

ANNI LI-LII-LIII - 1982-83/1983-84/1984-85

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



NUOVA SERIE A - N. 35-36-37

BANDINO GIACOMO ZENOBI

DA FERRARA A BENEVENTO:
I MODULI DEL POTERE OLIGARCHICO
TRA BASSO MEDIOEVO ED ETA' BAROCCA

SOMMARIO: Lo spessore politico delle oligarchie cittadine italiane. — I moduli dell'esperienza possibile. — Gli eredi del collasso signorile. — Verso il modello patriziale attraverso la « deroga » e il fronte unico della proprietà terriera laica.

Già quarant'anni or sono Luigi Simeoni, in apertura del suo lavoro sulle Signorie — un classico del quale oggi ci si ritrova spesso debitori e non solo in quanto insuperato lavoro d'insieme sull'intero periodo — avvertiva come appunto « L'età delle Signorie e dei Principati [...] ha per caratteri salienti [...] la trasformazione del comune [...] nella Signoria o *nelle forme oligarchiche di governo* » (1). Un versante della riflessione storiografica, quest'ultimo, allora largamente negletto, la cui dimensione quantitativa e portata politica non sembrano però sfuggire al Simeoni che dedica all'argomento due acute pagine del primo volume, purtroppo (e non poteva essere altrimenti) prive di un puntuale apparato critico.

Le oligarchie, dunque — oligarchie cittadine, naturalmente — come tratto relevantissimo del superamento dell'esperienza comunale avanzata e anche, lo ricordava di recente Giorgio Chittolini (3), come gruppo sociale nel complesso dominante e più significativo e tipico dell'Italia del Rinascimento (e, nella sua versione nobiliare, fino a tutto il secolo XVIII) e, insieme, come modello che, nei riscontri tedeschi e fiamminghi (ma non soltanto in questi), rivela, fra Tre e Cinquecento, il riallinearsi dell'assetto sociale e istituzionale italiano sulle coordinate del più ampio quadro europeo. Tale riallineamento, tuttavia — ed è questo uno dei risultati più cospicui, crediamo, della ricerca condotta sull'argomento nell'ultimo quarto di secolo — non si svolge, come a lungo, ed anche in tempi a noi prossimi, si è creduto, mediante un recupero su larga scala del contratto feudale e attraverso una operazione che veda come assoluto o preva-

(1) L. SIMEONI, *Le Signorie*, I, Milano, 1950, p. 1. (il corsivo è nostro).

(2) *Ibid.*, I, pp. 386-387.

(3) G. CHITTOLINI, *La crisi degli ordinamenti comunali e le origini dello stato del Rinascimento*, Bologna, 1979, pp. 11-13 e 46-47.

lente protagonista l'iniziativa dei principi, ma come spontanea e possente spinta di fondo della società civile in tutta l'Italia centro-settentrionale (4). In questo senso le ormai lontane impressioni del Simeoni, come la precisa visione del Chittolini, trovano una conferma nel bilancio sulle élites italiane in Età moderna proposto qualche mese fa da Maurice Aymard ove si afferma recisamente che « [...] l'originalité italienne se situe [...] dans l'existence d'une seconde définition de la noblesse, définition urbaine cette fois et spontanée ou autonome, même si elle reçoit ultérieurement la confirmation d'un pouvoir supérieur » (5).

Una grossa, decisiva e duratura esperienza, dunque, quella delle oligarchie tardo-medievali italiane, il cui spessore politico ancora agli esordi non era sfuggito all'autore del *De Regimine Principum* che ne aveva colto i tratti distintivi nella dislocazione su precise aree della penisola (6) ed il cui carattere specifico sotto il profilo sociale e giuridico aveva poi impegnato (e non poco) Bartolo (7) e i commentatori (8), come aveva sorretto la polemica antiviscontea di Coluccio Salutati (9). Segno del rilievo del fenomeno e della piena co-

(4) C. MOZZARELLI, *Stato, patriziato ed organizzazione della società nell'Italia moderna*, in « Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento », II, 1976, pp. 421-512; C. MOZZARELLI-P. SCHIERA (a cura di), *Patriziati e aristocrazie nobiliari. Ceti dominanti e organizzazione del potere nell'Italia centro-settentrionale dal XVI al XVIII secolo* (Atti del seminario tenuto a Trento il 9-10 dicembre 1977 presso l'Istituto Storico italo-germanico), Trento, 1978.

(5) M. AYMARD, *Pour une histoire des élites dans l'Italie moderne*, in AA. VV., *La famiglia e la vita quotidiana in Europa dal '400 al '700. Fonti e problemi*, Milano, 1986 (Atti del convegno internazionale tenuto a Milano il 1-4 dicembre 1983), pp. 207-219.

(6) TH. AQ., *De regimine principum*, IV, 8.

(7) BARTOLO, *Tractatus de regimine civitatis*, in *Consilia, quaestiones et tractatus*, Venezia, 1567, ff. 184r-185v; cfr. in proposito D. QUAGLIONI, *Per una edizione critica e un commento moderno del « Tractatus de regimine civitatis » di Bartolo da Sassoferrato*, in « Il pensiero politico », IX (1976), n. 1, pp. 70-93.

(8) Cfr. infra le note 19, 27, 29 e 78.

(9) C. SALUTATI, *Il Trattato « De Tyranno » e Lettere scelte*, a cura di F. ERCOLE, Bologna, 1942, pp. 66-67 (a Francesco Guinigi, sulla *libertas* di Lucca, 1374)), p. 92 (a Carlo III re di Napoli, 1381): « *nihil inter tyrannum et regem interest, nisi quia hic bonus, ille malus [...]*, pp. 119-127 (ad Andreolo Arese, 1385). Cfr. anche M. B. BEKER, *Florence in Transition. II. Studies in the Rise of territorial state*, Baltimore, 1968, pp. 227 che riporta una delle fiere apostrofi del Salutati: « *milia sunt hominum qui nostram rem publicam administrant, qui communitatis intra limitata tempora magistratibus nobis consulunt nosque regunt [...]* ».

scienza che ne ebbero i contemporanei, ma anche delle complesse e non univoche componenti reali che lo sostanziano e delle ancora largamente irrisolte contraddizioni che segnano — e segneranno fino a Cinquecento inoltrato — il coesistere, sotto la comune comprensione della definizione oligarchica, di uomini, di lignaggi, di istituti, di vocazioni ancora disparati e fra loro in parte antagonisti. Così nel *De Regimine Principum* viene contrapposto, in area italiana, al modulo dei regni quello delle *civitates* (il centro-nord), senza peraltro rilevare il timbro che ne diversifica la forma di reggimento e, dunque, lo specifico oligarchico di queste, cosa che non viene trascurata dai bartolisti, piuttosto sollecitati però, ed è naturale, da esigenze descrittive e definitorie che lasciano poi in ombra la società sottesa da quelle istituzioni, insieme alle spinte e alle caratteristiche vettoriali corrispondenti. Egualmente la invettiva del Salutati e, in genere, dei cronisti fiorentini, nel contrapporre all'odiato modulo di reggimento monocratico le esperienze di governo collegiale, finiscono con l'accommunare forme di tipo prevalentemente toscano e umbro (governo largo) a quelle più generalmente diffuse in area padana (governo stretto), fossero queste ultime di tipo ancora misto, fossero già tendenti (o compiutamente pervenute) alla formula aristocratica pura e formalizzata (penso al modello veneto).

In realtà la parola « oligarchia » o l'espressione « governo oligarchico », al di là della connotazione negativa con cui ci sono pervenuti dalla riflessione degli antichi sulle forme di governo e indipendentemente dalla ovvia considerazione che ogni forma di esercizio del potere politico che non sia monocratica (10) si presenta, necessariamente, come oligarchica nel senso etimologico del termine, possono essere applicate a designare quattro moduli di governo collegiale — repubblicano, se vogliamo — che si ritrovano a partire dal secolo XIV e si incontrano sempre più diffusamente nelle esperienze istituzionali e sociali delle città italiane del Centro-Nord e, cosa che maggiormente interessa in questa sede, di quelle comprese nell'area pontificia.

Un primo modello è costituito dal governo popolare antimagna-

(10) Si vedano su questi concetti N. BOBBIO, *Oligarchia*, in *Dizionario di politica* diretto da N. BOBBIO e N. MATTEUCCI, Torino, 1976, pp. 656-659 e D. MAROCCO STUAR-
DI, *La teoria delle forme di stato e di governo nella République di Jean Bodin* in « Il pensiero politico », XI, 1978 n. 3, pp. 321-344.

tizio, ove le famiglie dei « grandi » e gli interi rispettivi lignaggi (*nobiles seu de progenie nobilium*) sono esclusi, per precisa ed osservata disposizione statutaria e per prassi politica costante, dal reggimento della città, il cui accesso è riservato al restante degli abitanti adulti che godano della cittadinanza e siano iscritti alle matricole delle arti. In tal caso gli abili al governo formano un unico corpo di soggetti determinati, come determinato è il parco degli esclusi: residenti non cittadini o non immatricolati, oppure ascritti fra i magnati secondo varie modalità: la fama pubblica, lo stile di vita, un particolare *status* giuridico o, più sbrigativamente, la pura opportunità politica. È un modello che si ritrova (11), oltre che nella città di Roma, a Velletri fino al 1548, a Perugia fino al 1416, a Camerino fino al 1545, ad Osimo almeno dal 1308, a Fermo ancora sul finire del XIV secolo.

Un secondo ed un terzo modello sono costituiti dai governi misti, nelle due versioni ancora largamente indistinte fino a tutta la metà del XV secolo ed oltre, le quali presentano una partecipazione al potere di tutti i cittadini che dispongano di un certo censo, nella pratica primitiva e sugli inizi più diffusa, che vede la partecipazione di nobili e popolari in proporzioni vagamente determinate o in maniera del tutto promiscua alle cariche pubbliche, oppure nella forma più tarda e sofisticata che predispone, nei confronti dell'uno e dell'altro ceto, una porzione precisa dei seggi e delle magistrature appunto attribuita all'uno o all'altro ceto separatamente, con riserva, a favore dei nobili, degli uffici e posizioni di maggior rilievo. È quanto

(11) Si vedano per Roma P. RODOCANACHI, *Les institutions communales de Rome sous la papauté*, Paris, 1901, pp. 152-155 e passim e J. C. MAIRE VIGUEUR, *Classe dominante et classes dirigeantes à Rome à la fin du Moyen Age*, in AA.VV., *Storia della città*, I, 1976, pp. 4-26; per Velletri *Bollettino Ufficiale della Consulta Araldica*, IV, 1898, p. 394; per Perugia G. DEGLI AZZI, *Perugia. Archivio del Collegio del Cambio*, in *Gli Archivi della storia* a cura di G. MAZZATINTI, III, Rocca San Casciano, 1900-1901, pp. 162 sgg. e A. GROHMANN, *Ricchezza e potere a Perugia dall'avvento di Braccio alla guerra del sale (1416-1540)*, in *Annali della Facoltà di scienze politiche dell'Università di Perugia* 1979-80, 16, *Materiali di Storia* 4, pp. 127-128; per Camerino A. PARADISI, *Ateneo dell'uomo nobile*, I, Venezia, 1704, pp. 249-250 e F. CIAPPARONI, *I bossoli degli uffici a Camerino dopo la devoluzione del Ducato*, in « Studi Maceratesi » 18, 1983, pp. 125-177; per Osimo L. MARCORELLI, *Memorie storiche dell'antichissima e nobile città di Osimo*, Venezia, 1705, pp. 196-197 e C. GRILLANTINI, *Storia di Osimo*, I, Pinerolo, 1969, p. 330; per Fermo, G. FRACASSETTI, *Notizie storiche della Città di Fermo*, Fermo, 1842.

si può osservare (12) a Viterbo dal 1251 al 1401, a Terni fino al 1564, ad Assisi dal 1385, ad Amelia dal 1326, a Macerata fino al secolo XVI, a Iesi fino al 1586, a Recanati fino al Cinquecento inoltrato e in molti altri grossi centri come Urbino, Gubbio, Rimini, Imola, Senigallia.

Un ultimo modello che, insieme al terzo (governo misto con netta separazione di ceti) tenderà sul lungo periodo a sostituire i primi due ed a presentarsi fra Cinque e Settecento come formula dominante, è rappresentato dalla forma aristocratica pura, costituita dal governo di soli nobili ai quali vengono riservate tutte le cariche e magistrature con prevalente contenuto e rilievo politico sotto il duplice profilo simbolico e decisionale, presente inizialmente a Bologna dal 1449, a Fano dal 1463, ad Ancona, a Fermo, ad Ascoli pure dal secolo XV, a Viterbo già dal 1401, città nelle quali il potere è affidato a un numero ristrettissimo di famiglie determinate che esprimono la cittadinanza *optimo jure* costituita in unico corpo (13).

Una prima immediata osservazione sui dati finora esposti: la

(12) Si vedano per Viterbo *Bollettino Ufficiale* cit., *ibid.*, pp. 398-400; per Terni C. A. BERTINI FRASSONI, *La nobiltà nello Stato pontificio*, Roma, s.d. (ma 1934), pp. 75-80; per Assisi PARADISI, *Ateneo* cit., I, pp. 239-240; per Amelia *ibidem*, p. 233-234; per Macerata M. TROSCE', *Governanti e possidenti nel XVI e XVII secolo a Macerata*, in «Quaderni storici» 21, 1972, pp. 827-849; per Iesi R. MOLINELLI, *Un'oligarchia locale nell'età moderna*, Urbino, 1976 e *Id.*, *Città e contado nella Marca pontificia in età moderna*, Urbino, 1984, pp. 113-127; per Recanati, M. MORONI, *Per una storia della nobiltà recanatese nell'età moderna* in «Rivista di studi marchigiani» I, 2, 1878, pp. 175-234; per Urbino, BERTINI FRASSONI, *La nobiltà* cit., pp. 306-309; per Gubbio *ibidem*, pp. 379-384 e R. PACI, *Politica ed economia in un comune del Ducato di Urbino: Gubbio tra '500 e '600*, Urbino, 1967, pp. 3-33; per Rimini PARADISI, *Ateneo* cit., p. 282; per Imola C. ROTELLI, *La finanza locale pontificia nel Cinquecento: il caso di Imola*, in «Studi storici» IX, 1968, pp. 107-144; per Senigallia G. MANFREDI, G. MORETTI, *Nobiltà e potere amministrativo a Senigallia nei secoli XVII e XVIII* in «Quaderni storici delle Marche», 12, 1969, pp. 485-509.

(13) Si vedano per Bologna P. COLLIVA, *Bologna dal XIV al XVIII secolo: «governo misto» o signoria senatoria?*, in *Storia dell'Emilia Romagna* a cura di A. BERSELLI, II, Bologna, 1977 e S. VERARDI VENTURA, *L'ordinamento bolognese dei secoli XVI-XVII. Introduzione all'edizione del ms. 1114 della Biblioteca dell'Archiginnasio* «Lo stato, il governo et i magistrati di Bologna del cavalier Ciro Spon-tone», in «L'Archiginnasio» 1979; per Fano G. MORONI, *Dizionario di erudizione storico-ecclesiastica*, Venezia, 1840-61, XIII, p. 167; per Ancona cfr. *infra*, nota 47; per Fermo, FRACASSETTI, *Notizie storiche* cit., per Ascoli *Guida generale degli Archivi di Stato italiani*, I, Roma, 1981, p. 394; per Viterbo BERTINI FRASSONI, *La nobiltà* cit., pp. 229-247.

formula di governo cittadino appare indifferente al fenomeno signorile, con cui eventualmente si trovi a coabitare, nella versione tiranica o vicariale e formalizzata di esso. Moduli aristocratici puri coesistono con il potere dei Bentivoglio a Bologna e dei Prefetti di Vico a Viterbo, come la esclusione dei magnati si accompagna al governo dei Varano a Camerino ed i reggimenti di tipo misto si riscontrano a Iesi sotto i Simonetti, ad Urbino e Gubbio sotto i Montefeltro, a Senigallia sotto i Della Rovere, a Perugia sotto i Baglioni. La signoria sembra in genere restare impassibile rispetto al modulo di governo delle città su cui esercita il dominio: di fatto sorveglia da vicino l'attività delle oligarchie presenti, ne utilizza gli esponenti più fidi e dotati, evita di interferire, per quanto possibile, su costumi profondamente radicati, su tradizioni e su vocazioni intensamente sentite da larghi strati delle popolazioni urbane. Se mai sarà il caso di vedere come si riassestano le istituzioni e gli aggregati sociali nei vertici di ciascuna città allorché, crollato o venuta meno la signoria, i relativi spazi di potere vengono in gran parte rivendicati dal governo centrale e, in proporzioni meno ampie — sarà opportuno rammentarlo — recuperati appunto dalle forze locali (14). Si tratta di porzioni immense di potere politico che trovano, nel trapasso, una nuova dislocazione. Il grosso del bottino va alla Santa Sede tra i primi decenni del secolo XV e la fine del XVI. Ai primi del Quattrocento il governo diretto del Pontefice non va ancora più in là, com'è noto, delle immediate adiacenze di Roma, dell'Umbria nella dimensione compresa fra il Tevere ed il Regno, della costa marchigiana e del suo immediato retroterra limitatamente al tratto che si estende dalla foce dell'Esino alla valle del Tronto. Tutto lo spazio a Nord, fra la bassa valle del Po e Camerino è tenuto stabilmente in signoria, in vicariato, talora *sine titolo*, da singoli signori o da casate potenti, condizioni nelle quali, fino alla metà del secolo ed oltre, si troveranno anche Perugia, Città di Castello, Foligno, Orvieto, Viterbo. Vaste zone dell'Appennino tosco-emiliano del Montefeltro, della Massa Trabaria, quasi tutto il Patrimonio, la Sabina, la Campagna e Marittima sono infeudate.

(14) R. VOLPI, *Le regioni introvabili. Centralizzazione e regionalizzazione dello Stato pontificio*, Bologna, 1983, pp. 7-133; B.G. ZENOBI, *I caratteri della distrettuazione di antico regime nella Marca pontificia*, in AA. VV., *Scritti storici in memoria di Enzo Piscitelli*, Padova, 1982, (pubblicazioni della Facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università di Macerata, 10) pp. 61-105; Id., *Tarda feudalità e reclutamento delle élites nello Stato pontificio (secoli XV-XVIII)*, Urbino, 1983.

I recuperi in dominio diretto realizzati dalla Santa Sede nel Quattro e nel Cinquecento sono dunque imponenti, tali da riguardare oltre i due terzi dell'intero territorio dello Stato ecclesiastico (che solo ora, in realtà, diventa tale) e molto di più sotto il profilo politico, economico e strategico se si considera il rilievo delle aree e delle città recuperate: le più ricche, popolate ed attive dell'intero dominio.

Ma si tratta anche di recuperi che hanno spesso sapore fortemente pattizio: si pensi alle due fasi del rientro di Bologna del 1447 e del 1512, alla ricaduta di Cesena (1465), di Fano (1463), alla miriade di città e di cittaduzze di area marchigiana che, attraverso una ennesima serie di minuziose e puntigliose capitolazioni, ricontrattano, una per una, l'accettazione del dominio pontificio nelle fasi del collasso della signoria di Francesco Sforza, specie fra 1444 e 47. E si pensi alle larghe franchigie e concessioni che la Santa Sede offre alle classi dirigenti camerinesi, ferraresi, alle città del Ducato di Urbino, al momento delle rispettive devoluzioni. Trattative e concessioni tutte ispirate da una logica di scambio — scambio certamente ineguale, ma pur sempre contrattato e bilaterale — che consentono alle oligarchie locali il mantenimento, spesso l'ampliamento in termini reali, di facoltà e poteri che il dominio signorile aveva certamente compresso nella sostanza, talora anche nella forma e che riacquistano ora, rispetto ad un potere centrale lontano, localmente sotto-rappresentato e — quel che più conta — quasi mai bene armato, una valenza e una grinta squisitamente politici (15) in materie decisive: finanze, annona, fisco, giurisdizione, specie se riferiti a quell'ampio campo di azione su cui possono ora esercitarsi, nella loro pienezza, le prerogative cittadine: intendo i relativi contadi soggetti, come tali riconosciuti e rispettati dal governo centrale e nei quali persisterà, fino alla caduta dell'*ancien régime*, un'amplissima area di dominio mediato. Sotto questo aspetto i tempi e le modalità di devoluzioni e recuperi non sembrano generalmente incidere sull'atteggiarsi del riequilibrio politico centro-periferia: così nella prima grande espansione del dominio diretto che si consuma nel corso del Quat-

(15) Cfr. oltre ai lavori citati nella nota precedente ed a quelli pure citati di Raffaele Molinelli, P. PRODI, *Il sovrano pontefice. Un corpo e due anime: la monarchia papale nella prima età moderna*, Bologna, 1982; P. PARTNER, *The papal state under Martin V. The administration and government of the temporal power in the early Fifteenth century*, London, 1958; A. DE BENEDICTIS, *Patrizi e comunità. Il governo del contado bolognese nel '700*, Bologna, 1984; C. CASANOVA, *Le mediazioni del privilegio. Economie e poteri nelle Legazioni pontificie del '700*, Bologna, 1984.

trocento (Marca collinare e pedemontana, Fano e Cesena, alcune città umbre e Viterbo), così nella più convulsa e duplice riconquista operata dai Borgia e poi da Giulio II (le altre città di Romagna e Bologna), così nelle più a lungo adocchiate e preparate devoluzioni dei Ducati di Camerino, di Ferrara e di Urbino.

Un potere oligarchico nelle città pontificie, dunque, che precede l'esperienza signorile, che convive, affievolito, con essa e che, in ogni caso, ad essa sopravvive dimostrando, sul lungo periodo, una intensa capacità di tenuta, di recupero e di ripresa. E tutto ciò anche nella misura in cui, nell'adottare nuovi moduli di reggimento, esso riesce da un lato a piegare sempre più consapevolmente in rinnovate forme di esercizio del potere i risultati delle modificazioni profonde (16) che si sono prodotte nella composizione stessa degli aggregati sociali che costituiscono le singole oligarchie o che sono ad essa immediatamente soggiacenti e dall'altro, nel quadro più generale espresso dal diverso rapporto instauratosi col potere centrale e dal nuovo correlarsi della compagine degli stati regionali italiani con le realtà costituite dalle monarchie di Olt'Alpe, si mostra capace di riallineare, dopo un lungo ed eccezionale divorzio, le formule di governo dell'Italia centro-settentrionale con quelle vigenti ed usuali nel restante dell'Europa cristiana.

I due secoli XIV e XV rappresentano in effetti, per quanto riguarda l'atteggiarsi del potere cittadino in area pontificia, un lungo periodo contrassegnato dal predominio di oligarchie largamente informali. Malgrado il nostro tentativo di ridurre, più che altro per necessità espositive preliminari, a quattro moduli tipici le forme di governo in esame, nella realtà una porzione enorme di esse trova una sua adeguata e reale collocazione nell'ancora diffusamente indistinta categoria dei governi « misti » (modello secondo-terzo, ma con il secondo ancora ampiamente dominante) all'interno dei quali potrebbe per molti aspetti essere collocato anche il primo modello, nei casi in cui l'esclusione dei magnati non implicasse automaticamente il divieto d'ingresso nei quadri del potere nei confronti di tutti i nobili. I governi del tipo aristocratico puro, oppure anche misto, ma con formalizzata e netta separazione di ceti e che, dunque, presentino una nobiltà definita dal diritto di accesso alle cariche civiche e, in particolare, alle più rilevanti di esse, appaiono per tutto il Tre e Quattrocento piuttosto tardivamente e possono reputarsi eccezio-

(16) CHITTOLINI, *La crisi degli ordinamenti* cit., pp. 9-26 e 41-47.

nali. E tuttavia, se si osserva l'intera area comprendente il dominio pontificio nell'ambito cronologico che separa l'epoca della più antica nobiltà, formalizzata sulla base delle categorie vassallatiche o cavallesche (17), dall'età classica delle nobiltà « nuove », formalizzate anch'esse su larga scala secondo i moduli dei rinnovati contratti feudali, degli Ordini militari di cavalleria, e, specialmente, dei patriziati cittadini (18), risulta largamente percepibile, dalla fine del Due alla prima metà del Cinquecento, una condizione nobiliare difficile da individuare in aggregati sociali ben definiti sotto il profilo giuridico, ma sicuramente sentita e riconosciuta dalla comune opinione e, con altrettanta difficoltà, ma con eguale decisione, ammessa e concettualizzata in alcuni suoi tratti essenziali dai giuristi (19). Questa condizione e considerazione nobiliare si diffondono in proporzioni che si fanno nel volgere dei lustri sempre più evidenti ed imponenti. E non penso soltanto, né principalmente, ai tardi, impoveriti e declinanti epigoni delle antiche casate medio-basse dei *domini*, dei *milites*, dei discendenti di tante minori signorie rurali, che si ritrovano in gran numero nel corso di quei secoli, sul viale del tramonto e sui quali Giorgio Chittolini ha scritto alcune pagine indimenticabili (20). Penso, piuttosto, alla folla dei conti, *domini*, *milites*, cavalieri, nobili, più genericamente, dal secolo XV « gentiluomini » (21), che pullulano e si fanno sempre più spazio nelle corti si-

(17) G. TABACCO, *Su nobiltà e cavalleria nel medioevo. Un ritorno a Marc Bloch?* in « Rivista storica italiana » XCI, 1979, pp. 5-25; G. FASOLI, *Città e feudalità* in AA. VV., *Structures féodales et féodalisme dans l'Occident méditerranéen (X^e-XIII^e siècles)*, Roma, 1980 (Bibliothèque de l'Ecole française de Rome, 44), p. 366; Id., *Premessa*, in AA. VV., *Aristocrazia cittadina e ceti popolari nel tardo Medioevo in Italia e in Germania*, Bologna, 1984 (Istituto Storico italo-germanico in Trento, Atti della settimana di studio 7-14 settembre 1981), pp. 13-14; M. KEEN, *Chivalry*, London, 1984.

(18) B. GUENÉE, *Y a-t-il un État des XIV^e et XV^e siècles?*, in « Annales E.S.C. » XXVI, 1971, pp. 339-406; MOZZARELLI, *Stato, patriziato* cit.; B. G. ZENOBI, *Il « sommerso » delle classi al potere in Antico Regime. Montalto da Sisto V a Napoleone*, Milano, 1984, pp. 1-18 e 109-129.

(19) BARTOLO, *De dignitatibus*, in *Opera*, VIII, Venetiis, 1590; IOHANNES DE PLATEA, *Super tribus ultimis libris codicis*, Lugduni, 1550, XII, 4.

(20) CHITTOLINI, *Signorie rurali e Feudi alla fine del Medio Evo*, in AA. VV., *Storia d'Italia* diretta da G. GALASSO, IV, Torino, 1981, pp. 606-610.

(21) C. VASOLI, *Il cortigiano, il diplomatico, il principe. Intellettuali e potere nell'Italia del Cinquecento*, in AA. VV., *La corte e il « Cortegiano »*. II. *Un modello europeo*, Roma, 1980 (Centro studi « Europa delle Corti ». Biblioteca del Cinquecento, 9) pp. 174 e 182; GROHMANN, *Ricchezza e potere* cit., pp. 128-145.

gnorili, al seguito di signori-condottieri, che ricoprono posizioni di primo piano nelle cancellerie, nelle tesorerie, nei tribunali, nelle giudicature in genere, sia nel temporale, sia nello spirituale, anche qui in una collocazione che appare, spesso, ancora paritaria con altri soggetti — giudici, capitani, addetti all'attività diplomatica, a volte notai — la cui posizione e provenienza appaiono però indefinibili o sicuramente plebee. Che cosa assicura dunque agli uni e nega agli altri la reputazione di nobili, una volta diradatasi, col declino e l'eclisse del potere imperiale, la funzione generatrice e ratificante della nobilitazione sovrana e non ancora affermatasi, d'altra parte, su larga scala i nuovi modelli formalizzati del brevetto regio e dei patriziati cittadini?

Alle piuttosto indeterminate e consapevolmente sfumate definizioni della trattatistica politica (22) che tende a mantenere un legame stretto tra nobiltà naturale e nobiltà civile, fra virtù dell'individuo, antiche ricchezze ed eccellenza della stirpe, i giuristi contrappongono la sostanziale identificazione fra lo *status* nobiliare dei singoli (e poi delle famiglie che ad essi fanno capo) e la loro costituzione in dignità, mediante la concessione della *qualitas* [...] *per principatum tenentem* (23), fino a comprendere, fra i soggetti forniti della potestà di nobilitare, attraverso la concessione della *dignitas*, le *civitates* che siano titolari del *jus condendi leges statutarias* (24). Con l'utilizzo combinato delle categorie relative alla potestà statutaria e alla costituzione in dignità (i decurionati e le magistrature civiche) i giuristi aprono il varco alla giustificazione, sul piano istituzionale, del carattere nobiliare delle oligarchie cittadine ed al loro definitivo assestarsi sui moduli del patriziato.

Ma perché nella realtà questa metamorfosi si compia in dimensioni cospicue fino a determinare la formula patriziale come caratteristica dominante della organizzazione politica delle città italiane in età moderna, dovranno trascorrere ancora quasi due secoli: sono i giuristi stessi della metà e del tardo Trecento ad avvertire che esiste, al presente, uno iato fra principio e situazioni reali: a Perugia, ancora per tutto il secolo ed oltre, i decurioni, in quanto tali, non sono nobili; a Firenze sono espressamente popolari, a

(22) DANTE, *Il Convivio*, Torino, 1927, pp. 186-212; P. BRACCIOLINI, *De nobilitate liber*, in *Opera*, Basilea, 1538, pp. 64-83.

(23) BARTOLO, *De dignitatibus* cit., n. 61.

(24) IOHANNES DE PLATEA, *Super tribus* cit., n. 8.

Venezia sono tutti e solo nobili (25). E, del resto, una ricognizione d'insieme, sia pure invecchiata, sugli statuti e le istituzioni cittadine di molte città dello Stato pontificio precinquecentesco forniva, già sul finire del secolo scorso, un quadro complessivo piuttosto eloquente: nella loro compilazione ed evoluzione fino alle soglie dell'assolutismo i testi legislativi comunali presentano un quasi totale allineamento del modulo sulle forme di « governo largo » e su una normativa statutaria che raramente prevede, anzi, per lo più esclude *ex professo*, la qualifica nobiliare in ordine all'accesso al decurionato e alle magistrature civiche (26).

In presenza di queste aporie i giuristi precisano: « [...] et sic statutum et *consuetudo* civitatis super huiusmodi dignitatibus et nobilitatibus attenditur » (27) ove, alle prescrizioni statutarie si affianca la *consuetudo regionis, universitatis, loci* (28): giacché è noto « consuetudinem esse tacitam populi voluntatem, statutum expressam » (29). Ora è piuttosto all'atteggiarsi della *consuetudo* che è forse il caso di prestare particolare attenzione: individuare i tempi in cui il costume subisce un ribaltamento e si creano le premesse perché il *mos* si carichi di tale intensità innovativa da imporre un mutamento del *jus scriptum* significa andare alle radici della trasformazione delle oligarchie in patriziati.

Le oligarchie comunali pontificie durante il Tre e Quattrocento si compongono, lo sappiamo, anche nelle versioni più aperte e popolari, di esponenti tratti dagli aggregati urbani non infimi, con qualche spazio, talora, riservato ai maggiorenti del contado. E dunque: *domini*, cavalieri, capitani, giudici, notai procuratori, medici, mercanti, speciali, artigiani padroni di bottega, talora anche salariati e, per il contado e distretto, agricoltori che lavorino su fondi propri. A partire da un certo momento, però, tutto il reggimento

(25) *Ibidem*.

(26) V. LA MANTIA, *Storia della legislazione italiana. I. Roma e lo Stato Romano*, Torino, 1884, ove le formule di governo largo sono riscontrate negli statuti di Roma, Bologna, Cagli, Pesaro, Urbino, Foligno, Velletri, Gubbio, Fermo, Recanati, Senigallia, Perugia, Città di Castello, Forlì, Orvieto. Nell'equivoco sembra restare anche il Pieri (P. PIERI, *Il Rinascimento e la crisi militare italiana*, Torino, 1952, p. 149).

(27) IOHANNES DE PLATEA, *Super tribus* cit., n. 7, 8 e 63.

(28) BARTOLO, *De dignitatibus* cit., n. 96, 97 e 100.

(29) A. TIRAQUELLO, *De Nobilitate et iure primogeniorum*, Lione, 1559³, X, pp. 89-92, che rinvia a Bartolo, a Giovanni di Piazza Armerina, ad Andrea Da Isernia e a Matteo d'Afflito.

locale o porzioni scrupolosamente determinate e qualificate di esso, vengono riservate soltanto ad esponenti di alcune precise categorie sociali fra quelle in precedenza abilitate alle cariche e che si è cercato di elencare. La esclusione dal reggimento o da alcune magistrature civiche specifiche e, insieme, rilevanti, passa per una linea che separa e pone in posizione subordinata rispetto alle altre, le famiglie ove si esercita o si è esercitata di recente qualunque forma di mestiere manuale che non sia quello delle armi: si tratta, si noti bene, di una esclusione dalla idoneità al comando *nuova* per l'Italia del tempo, specie per le aree di antica tradizione comunale, ma *consueta*, *normale* e da secoli acquisita e praticata al di là delle Alpi (30) (ove si eccettuino aree marginali ed appartate come quella elvetica). Ma le oligarchie cittadine italiane vanno ben oltre su questa via: a quanti appartengono a famiglia di recente impegnata in arti « meccaniche » o « vili » (31), si equiparano la mercatura, specie al minuto che sarà tassativamente esclusa in una ventina di città (32), consentita in modo esplicito, ma con numrose

(30) Significativa, a questo proposito, la sorpresa di Ottone di Frisinga nel metter piede in Italia nella seconda metà del secolo XII: « [i Lombardi ...] non disdegnano di elevare al grado della cavalleria e ad ogni grado di autorità giovani di umile nascita e perfino operai di spregevoli arti meccaniche che gli altri popoli allontanano come pestiferi dalle più nobili e liberali professioni » (*M. G. H., Scriptores, XX, Gesta Friderici Imperatoris*, II, 13), oppure, sul finire del Cinquecento, le quasi analoghe considerazioni di Michel de Montaigne che ha appena messo piede nella Marca anconitana: « Dacché avevo schiaffeggiato il mio vetturino — grande affronto qui, secondo l'uso locale (ne è esempio il vetturino che uccise il principe di Tresignano) — non vedendomi più seguire da costui e dato che ero un po' preoccupato per la piega che avrebbe potuto prendere l'incidente [...] » (M. E. MONTAIGNE, *Il giornale di viaggio in Italia*, Milano, 1960, p. 194).

(31) Per una tarda ma compiuta teorica sulle deroghe si veda G. P. DE CRESCENZI ROMANI, *La corona della Nobiltà d'Italia*, I, Bologna, 1639, pp. 12-29 e *Id.*, *Il nobile Romano o sia Trattato di Nobiltà*, Bologna, 1693, parte II, pp. 194-213. Su tutta la materia cfr. i recenti lavori di G. ANGELOZZI, *La trattatistica su nobiltà e onore a Bologna nei secoli XVI e XVII* in « Atti e memorie della Deputazione di storia patria per le Province di Romagna », N.S., XXV-XXVI, 1974-1975, pp. 187-274 e di F. ERSPAMER, *La biblioteca di Don Ferrante. Duello e onore nella cultura del Cinquecento*, Roma, 1982 (Centro studi « Europa delle Corti ». Biblioteca del Cinquecento n. 18).

(32) Si tratta di Anagni [ARCHIVIO DEL SOVRANO MILITARE ORDINE DI MALTA, *Memorie trasmesse dalle Città comprese nei limiti del Gran Piorato di Roma del Sovrano Ordine Gerosolimitano in risposta alli quesiti proposti dalla Nobile Deputa-*

cautele in altre dieci (33); la medicina, specialmente se pratica, non consentita ai nobili in otto città umbro-marchigiane (34), permessa in altre ventitré dell'intero Stato con alcune riserve (35); il notariato e addirittura la pratica del diritto e l'avvocatura (ove non si presentino come strettamente connesse alla « giudicatura » o alle cancellerie) che risultano espressamente precluse, seppure spesso

zione della Veneranda Lingua d'Italia per il rotolo da presentarsi al Capitolo dell'anno 1776, (da ora in avanti A.S.M.O.M., *Memorie*), III, Classe II, di Orvieto (PARADISI, *Ateneo* cit., I, pp. 276-277), Perugia (*ibid.*, pp. 278-279), Rieti (*ibid.*, pp. 281-282), Città di Castello (*ibid.*, pp. 251-252), Assisi (*ibid.*, pp. 239-240), Amelia (*ibid.*, pp. 233-234), Camerino (*ibid.*, pp. 249-250), Ascoli (*ibid.*, pp. 235-239), Macerata (*ibid.*, p. 272), Fano (*ibid.*, pp. 254-257), Urbino (*ibid.*, pp. 293-294), Pesaro (*ibid.*, p. 280), Gubbio (*ibid.*, pp. 270-271), Fossombrone (*ibid.*, pp. 269-270), Ravenna (*ibid.*, p. 281), Rimini (*ibid.*, p. 282), Forlì (*ibid.*, p. 269), Faenza (*ibid.*, p. 254), Ferrara (*ibid.*, pp. 257-261: non derogava in antico, « oggi se ne astengono »), Bologna (Id., *ibidem*, III parte, I-II, Venezia 1711, pp. 500-511), Fermo (cfr. infra, nota 34).

(33) Si tratta di Benevento (PARADISI, *Ateneo* cit., I, p. 240: non ripugna alla nobiltà « l'aver esercitato »), Spoleto (*ibid.*, pp. 285-286: non derogava ma non viene esercitata), Foligno (*ibid.*, pp. 266-269), Ancona (*ibid.*, pp. 234-235), Iesi (*ibid.*, p. 271: deroga se minuta), Osimo (*ibid.*, p. 277), Cesena (*ibid.*, pp. 250-251: non deroga se « in grande »), Imola (*ibid.*, pp. 271-272), Recanati (*Capitula seu Ordinationes regiminis vetustissimae Civitatis Recineti a Sanctissimo Domino Nostro Clemente Papa XI noviter approbata*, Romae, 1718, Cap. II, che riprende il 4° dei Capitoli dell'anno 1603, ora editi in M. MORONI, *Per una storia* cit.), Tolentino (B. G. ZENOBI, *Dalla oligarchia informale alla nobiltà formalizzata*, di imminente pubblicazione in « Studi Urbinati » di Scienze giuridiche, politiche ed economiche N.S.A. n. 38).

(34) Si tratta di Orvieto (PARADISI, *Ateneo* cit., I, pp. 276-277), Perugia (*ibid.*, pp. 278-279: deroga se esercitata), Rieti (*ibid.*, pp. 281-282), Assisi (*ibid.*, pp. 239-240), Ascoli (*ibid.*, pp. 235-239), Macerata (*ibid.*, p. 272), Fano (*ibid.*, pp. 254-257: deroga da circa duecento anni), Fermo, *ibid.* (ma ed. 1760, tomo I, parte III, cap. XI).

(35) Si tratta di Viterbo (PARADISI, *Ateneo* cit., pp. 292-293), Benevento (*ibid.*, p. 240: non deroga « avere esercitato »), Città di Castello (*ibid.*, pp. 251-252: non dev'essere esercitata dopo che si è ammessi al reggimento), Spoleto (*ibid.*, pp. 285-286), Foligno (*ibid.*, pp. 266-269), Amelia (*ibid.*, pp. 233-234: gli ammessi alla nobiltà debbono lasciare l'esercizio), Todi (*ibid.*, pp. 286-287), Camerino (*ibid.*, pp. 249-250), Iesi (*ibid.*, p. 271: non deroga « se teorica »), Osimo (*ibid.*, p. 277: tollerata solo negli originari) Urbino (*ibid.*, pp. 293-294), Pesaro (*ibid.*, p. 280), Gubbio (*ibid.*, pp. 270-271), Fossombrone (*ibid.*, pp. 269-270), Ravenna (*ibid.*, p. 281), Rimini (*ibid.*, p. 282), Cesena (*ibid.*, pp. 250-251), Forlì (*ibid.*, p. 269), Faenza (*ibid.*, p. 254), Imola (*ibid.*, pp. 271-272), Ferrara (*ibid.*, pp. 257-261), Bologna (Id., *ibid.*, III cit., parte I-II, pp. 500-511).

piuttosto tardi, alle nobiltà di venticinque città (36) e consentite esplicitamente, ma, anche qui, con varie cautele, in altre dodici (37). Si tende in definitiva ad escludere dalle cariche civiche o, quanto meno da quelle di maggior rilievo politico, chiunque tragga il proprio sostentamento da una remunerazione che risulti troppo immediata rispetto all'attività prestata, così che questa possa essere riguardata come lavoro dequalificante e servile. Certo, il quadro complessivo che scaturisce dalle oltre quaranta realtà cittadine prese in esame, presenta, come si è visto, anche numerose eccezioni su punti particolari, legate alla *consuetudo locorum*: la « deroga » non comprende necessariamente e dovunque tutte le attività lavorative accennate ch , anzi, si riscontra, nella forma pi  totale, soltanto in nove casi (38), ma il tono di fondo  , sulla materia, abbastanza univoco. Il gruppo di famiglie che si   riservato il potere politico nelle

(36) Si veda in generale per la teorica DE CRESCENZI ROMANI, *La Corona* cit., I, p. 25; ID., *Il nobile Romano* cit., cap. X. Per le singole citt  si tratta di Orvieto (PARADISI, *Ateneo* cit., I, pp. 276-277), Orte (BERTINI FRASSONI, *La nobilt * cit., pp. 350-356), Sezze (*ibid.*, pp. 359-363), Perugia (PARADISI, *Ateneo* cit., I, pp. 278-279: deroga se esercitato), Rieti (*ibid.*, pp. 281-282), Assisi (*ibid.*, pp. 239-240: deroga almeno da un secolo e mezzo), Camerino (*ibid.*, pp. 249-250), Ascoli (*ibid.*, pp. 235-239), Macerata (*ibid.*, p. 272), Fano (*ibid.*, pp. 254-257: deroga da circa due secoli), Iesi (*ibid.*, p. 271: non derogava, « oggi deroga »), Pesaro (*ibid.*, p. 280: non derogava, « oggi troverebbe difficolt  », Urbino (*ibid.*, pp. 293-294: non derogava, « oggi deroga »), Gubbio (*ibid.*, pp. 270-271), Fossombrone (*ibid.*, pp. 269-270: non derogava, « oggi deroga »), Rimini (*ibid.*, p. 282: deroga da duecento anni), Faenza (*ibid.*, p. 254: non derogava, « oggi deroga »), Ferrara (*ibidem*, pp. 259-261: non derogava « ma oggi nobili se ne astengono »), Benevento (*ibid.*, p. 240: non ripugna l'aver esercitato) Citt  di Castello (*ibid.*, pp. 251-252: non derogava, ma non dev'essere pi  esercitata da coloro che sono ammessi al reggimento) Amelia (*ibid.*, pp. 283-284: gli ammessi al Consiglio dei Dieci debbono lasciare l'eventuale esercizio), Todi (*ibid.*, pp. 186-287), Cesena (*ibid.*, pp. 250-251: non derogava, ma non   pi  praticato), Treia (B. G. ZENOBI, *Dai governi larghi all'assetto patriziale. Istituzioni e organizzazione del potere nella Marca dei secoli XVI-XVIII*, Urbino, 1979, pp. 81-82), Fermo (cfr. nota 34).

(37) Si tratta di Viterbo (PARADISI, *Ateneo* cit., I, pp. 292-293), Ancona (*ibid.*, pp. 234-235), Osimo (*ibid.*, p. 277: tollerata negli originari), Ravenna (*ibid.*, p. 281), Imola (*ibid.*, p. 271-272), Forl  (*ibid.*, p. 269: non derogava, ma da mezzo secolo viene solo esercitata nelle « Segreterie de' Magistrati ed altri impieghi simili »), Foligno (*ibid.*, pp. 266-269). Bologna (ID., *ibid.*, III, parte I-II cit., pp. 500-511) Recanati (*Capitula seu Ordinationes* cit., *ibid.*), Montalto (ZENOBI, *Il « sommerso »* cit., ZENOBI, *Dalle oligarchie informali* cit.).

(38) Si tratta, come si   visto alle note precedenti, di Orvieto, Perugia, Citt  di Castello, Assisi, Rieti, Ascoli, Macerata e Fano, Fermo.

città non è soltanto piuttosto ristretto da qualificarsi come « oligarchico ». È il risultato di una selezione che lo ha reso compatto sotto il profilo sociale come aggregato dominante precisandone i contorni fino a identificarlo con un ceto dirigente nuovo che possiede, ormai, i caratteri nobiliari secondo i canoni del tempo: una ricchezza non recente legata all'esercizio esclusivo dei poteri locali o della porzione più elevata e decisiva di essi.

I tempi del trapasso dalle oligarchie miste ai modelli rigorosamente patriziali sono generalmente noti per quanto riguarda il Centro-Nord della penisola nel suo insieme e vanno collocati fra la prima metà del Cinquecento ed i primi decenni del Seicento (39). In ordine alle città comprese nei domini pontifici, non disponiamo di un'analisi condotta a tappeto e a distanza ravvicinata sull'intero territorio. Si può dire, in ogni caso, che la formalizzazione delle chiusure di ceto, piuttosto rara nel secolo XIV (sembra accertata soltanto a Gubbio (40), Amelia (41), Sezze (42)) appare più frequente nel XV (Bologna (43), Cesena (44), Foligno (45), Fano (46), Ancona (47), Perugia (48), Toscanella (49), Viterbo (50), Ascoli (51), Fermo (52) ed è generalizzata invece largamente nel XVI e primi del XVII

(39) M. BERENGO, F. DIAZ, *Noblesse et administration dans l'Italie de la Renaissance. La formation de la bureaucratie moderne*, Moscou, 1970 (XIII^e Congrès international des sciences historiques, Moscou, 16-23 Août 1970); MOZZARELLI, *Stato, patriziato* cit.; MOZZARELLI-SCHIERA, *Patriziati e aristocrazie* cit.

(40) PARADISI, *Ateneo* cit., I, pp. 270-271; PACI, *Politica ed economia* cit.

(41) PARADISI, *ibid.*, I, pp. 233-234.

(42) BERTINI FRASSONI, *La nobiltà* cit., pp. 359-363.

(43) PARADISI, *ibid.*, I, pp. 241-248.

(44) J. ROBERTSON, *The Return of the Cesena to the Direct Dominion of the Church after the Death of Malatesta Novello*, in « Studi romagnoli », XVI, 1965.

(45) A.S.M.O.M., *Memorie*, XXIV, Classe I; PARADISI, *Ateneo* cit., I, pp. 266-269; *Guida generale* cit., II, p. 511.

(46) G. MORONI, *Dizionario* cit., XIII, p. 167.

(47) L. FRANCHI, *Benvenuto Stracca giureconsulto anconitano del secolo XVI. Note bio-bibliografiche*, Roma, 1888, pp. 28-35.

(48) Cfr. *infra*, nota 11.

(49) BERTINI FRASSONI, *La nobiltà* cit., pp. 248-249; *Bollettino Ufficiale* cit., IV, 170, 1898, pp. 392-393.

(50) Cfr. *infra* nota 13.

(51) Cfr. *infra* nota 13.

(52) Cfr. *infra* nota 13.

(Recanati (53), Forlì (54), Rimini e Ravenna (55), Fossombrone (56), Urbino (57), Narni (58), Todi (59), Camerino (60), Terni (61), Orvieto (62), Città di Castello (63), Osimo (64), Macerata (65), Ripatransone (66), San Severino (67), Iesi (68), Tolentino (69), Montalto (70), Ferrara (71)). Anche se la coincidenza della formalizzazione con la fine dei moduli signorili e le devoluzioni alla Santa Sede si riscontra soltanto in alcuni casi (Ferrara, Forlì, Cesena, Rimini, Fano, Camerino e in certo senso, Bologna), pure il numero imponente di serrate quattro e, specialmente, cinquecentesche, induce, anche per questo verso, a pensare che maggiori spazi di potere siano stati ottenuti dai maggiorenti locali nel trapasso fra regime signorile e dominio diretto che si consuma nel corso dei due secoli. Nel senso, come s'è detto, che la signoria trova, in area pontificia,

(53) M. MORONI, *Per una storia cit.*

(54) G. MORONI, *Dizionario cit.*, XXV, pp. 277-278; *Guida generale cit.*, II, pp. 366 sgg.

(55) PARADISI, *Ateneo cit.*, I, p. 282; *Guida generale cit.*, pp. 266 sgg. Per Ravenna cfr. M. FANTUZZI, *Monumenti ravennati de' secoli di mezzo*, Venezia, 1802, voll. IV e V e R. MELANDRI, *Ravenna nel Cinquecento. Note di vita sociale e amministrativa*, Imola, 1973.

(56) BIBLIOTECA COMUNALE DI FOSSOMBRONE, ms. 82 *Memorie di Francesco Casali*, ff. 284-301.

(57) BIBLIOTECA UNIVERSITARIA DI URBINO, *Fondo Comune*, ms. 128 (*Consigli dei Quaranta*, vol. X, 1626-1630, seduta del 22 marzo 1627).

(58) A.S.M.O.M., *Memorie cit.*, XXXV, Classe I.

(59) *Ibidem*, LVII, Classe I.

(60) PARADISI, *Ateneo cit.*, pp. 249-250.

(61) A.S.M.O.M., *Memorie cit.*, LIV, Classe I e Classe IV.

(62) BERTINI FRASSONI, *La nobiltà cit.*, pp. 357-358.

(63) *Ibid.*, pp. 117-118 e 130-141.

(64) GRILLANTINI, *Storia di Osimo cit.*, I, p. 330.

(65) Cfr. *infra* nota 12.

(66) BERTINI FRASSONI, *La nobiltà cit.*, pp. 30-41.

(67) *Ibid.*, pp. 294-297.

(68) Cfr. *infra* nota 12.

(69) C. SANTINI, *Saggio di memorie della città di Tolentino*, Macerata, 1789, pp. 152-153; cfr. anche ZENOBI, *Dalla oligarchia informale cit.*

(70) ZENOBI, *Il « sommerso » cit.*

(71) PARADISI, *Ateneo cit.*, I, pp. 257-261; BERTINI FRASSONI, *La nobiltà cit.*, pp. 204-209. Cfr. anche per il quadro pre-signorile a Ferrara, le interessanti operazioni di A. CASTAGNETTI. *Società e politica a Ferrara dall'età postcarolingia alla Signoria esterna (secoli X-XIII)*, Bologna, 1985, pp. 234-258.

due successori, sia pure per quote diverse: accanto alla rata principale e più cospicua ottenuta dal Sovrano, rimane *in loco* una porzione residua di potere politico che la Santa Sede non è stata in grado di assorbire del tutto e che il Pontefice *deve* limitarsi a riconoscere come pertinente alle oligarchie locali. Da qui l'esigenza, da parte delle oligarchie stesse, di ridefinirsi proprio come titolari in via esclusiva ed ereditaria di un potere, certamente subordinato, ma anche parallelo ed originario rispetto a quello statale e di legittimare, attraverso la compiuta formalizzazione del modello, l'esercizio, riservato e per diritto proprio, di funzioni pubbliche in una autonoma sfera di notevole rilievo politico ed istituzionale.

La formalizzazione della chiusura di ceto segue, l'abbiamo visto, ad un grosso mutamento sempre più generalizzato del costume nelle singole città, mutamento che è sboccato in uno spostamento della somma dei poteri comunitativi in direzione degli strati più alti delle popolazioni locali. Tuttavia, se i tempi reali dell'indebolimento politico di alcuni aggregati sociali all'interno del comune vanno ricercati assai più a monte nel tempo rispetto alle « serrate » quattro e, specialmente, cinquecentesche, e ricollocate in quella crisi del comune classico che ha aperto la via alle signorie e poi agli Stati regionali (72), le tracce di una effettiva, maturata e convinta svolta nella sensibilità e nel costume che rivelino un nuovo orientarsi dei gusti e delle inclinazioni culturali, prima ancora che precise preferenze politiche, ideologiche o dottrinali, non sembrano emergere prima del pieno costituirsi, appunto, e dello stabilizzarsi, in area italiana, dello Stato regionale. A partire, cioè, dalla metà del XV secolo (73), quando i segni di una notevole (recuperata) stabilità di alcuni modelli generali, prima ancora che le sicure fortune delle loro particolari manifestazioni, fanno ormai percepire i contorni di un assetto che si presenta con forti caratteri di solidità e di durata. La presenza del Magnanimo a Napoli e, poco dopo, degli Sforza a Milano, la ricomposizione, specialmente, di un forte potere monarchico in una grossa area limitrofa come quella francese, e

(72) G. CHITTOLINI, *Alcune considerazioni sulla storia politico-istituzionale del tardo Medioevo: all'origine degli « Stati regionali »*, in « Annali dell'Istituto Storico italo-germanico in Trento », II, 1976, pp. 401-419; Id., *La crisi degli ordinamenti comunali* cit., pp. 7-50.

(73) ERSPAMER, *La biblioteca di Don Ferrante* cit., pp. 45 e 78-95.

poi nell'Inghilterra Tudor e nei regni iberici del Cattolico, le imminenti e poi immense fortune asburgiche, portano con sé e riflettono, anche all'esterno, una nuova organizzazione delle corti e della fiscalità, secondo dimensioni e modalità in gran parte diverse ed ignote rispetto al passato e, certamente, rispetto al costume italiano. Così le oligarchie cittadine, operanti a ridosso o collocate in subordine rispetto ai regimi signorili e alle formazioni statuali di dimensione ormai regionale, avvertono chiaramente la necessità di rimodulare e correlare la propria immagine esterna ed il proprio assetto istituzionale su quello delle limitrofe corti italiane, impegnate esse stesse — si badi bene — in un'azione di recupero dei modelli cortigiani e cavallereschi offerti dalle grandi monarchie transalpine (si pensi all'influsso diretto o mediato della corte di Bruxelles) che sono anche, però, i modelli epocali di vertice della più aggiornata e vincente organizzazione del potere e del più solido, consumato e coerente impianto delle gerarchie sociali su scala europea. La stessa trattatistica su nobiltà e onore, nella sua diffusione e fortuna, segue in Italia, del resto, i medesimi itinerari, impiantandosi infatti definitivamente e saldamente, dopo i primi ancora incerti esordi quattrocenteschi, sulle aree dell'Italia padana e pontificia (74), cioè sulle zone ove maggiore si è rivelata la presa e la tenuta, sul lungo periodo, delle oligarchie cittadine.

Contemporaneamente la nuova, più rigorosa e più articolata, dislocazione della fiscalità, impone sia alle nobiltà più antiche e formalizzate — i cui diritti di esenzione vengono di fatto largamente erosi e, in area pontificia, progressivamente annullati, specie dopo l'istituzione del Sussidio Triennale » — sia ai gruppi emersi più di recente ed estranei alla gerarchia feudale, ma costituiti anche essi di proprietari terrieri, di compattarsi, nella risposta alle sfide dell'assolutismo condotte sul terreno della esazione, presentandosi quale unico fronte dei maggiori contribuenti e di garanti del normale gettito fiscale (75). Per questa via, dunque, sono le parallele vicende tributarie che travolgono le antiche partizioni nell'ambito dei consigli cittadini. Queste avevano fino ad allora contrapposto

(74) *Ibid.*; ANGELOZZI, *La trattatistica* cit.; O. NICCOLI, *I sacerdoti, i guerrieri, i contadini. Storia di un'immagine della società*, Torino, 1979, p. 56.

(75) A. GARDI, *La fiscalità pontificia tra Medioevo ed Età moderna*, in « Società e storia », 33, 1986, pp. 509-557.

nobili di estrazione feudale (i quali pretendono il rispetto della esenzione fiscale, compromessa dalle iniziative della Santa Sede) e « cittadini » che possono condividere quelle iniziative del governo centrale in materia di immunità e che però, per essere titolari essi stessi di grosse porzioni di reddito rustico, sono orientati, per il resto, a fare blocco (76) con la nobiltà più antica in ordine all'accertamento, al riparto, all'imposizione ed all'esazione di tributi che finiscono con il ricadere, per la quasi totalità, sulla proprietà fondiaria.

Se ancora nella prima metà del Cinquecento la dicotomia e contrapposizione fra *nobiles* e *cives* all'interno di consigli cittadini — cioè delle oligarchie dominanti — si presenta come largamente consueta, già nella seconda metà e sul finire del secolo la formalizzazione delle chiusure di ceto, ormai consumatasi su larga scala, rivela la costituzione dei patriziati (77) come nuova classe dirigente. È infatti soltanto a partire dal XVII secolo che i giureconsulti saranno chiamati a dare pareri su una materia la cui sistemazione dottrinale è vecchia di oltre due secoli, ma il cui dibattito giurisprudenziale appare ancora tutto da costruire: l'interpretazione del concetto di nobiltà secondo gli usi locali (78), in base ai moduli, cioè nei quali le antiche oligarchie cittadine avevano finalmente trovato una propria collocazione istituzionale e una propria definitiva fisionomia.

Urbino, maggio 1987

(76) C. ROTELLI, *La finanza locale pontificia* cit., pp. 119-129.

(77) Negli altri Stati dell'Italia centro-settentrionale tempi e modalità della omologazione *nobiles-cives* non sembrano diversi: cfr. G. BORELLI, *Il problema della nobiltà. Preliminari di una ricerca storica*, in «Economia e storia», 1970, pp. 496 e 502; G. R. F. BACHER, *Nobiltà in declino: il caso di Siena sotto i Medici e gli Asburgo-Lorena* in «Rivista storica italiana», LXXXIV, 1972, p. 588; M. BERENGO, *La città di antico regime* in «Quaderni storici» 27, 1974, p. 668; M. BOSCARELLI, *Intorno alla nobiltà semplice piecentina nei secoli XVII e XVIII*, in «Bollettino storico piacentino», LXXXI, 1986, pp. 3-4, oltre a quanto emerge dalla ricca ricognizione condotta da Cesare Mozzarelli sulla materia: MOZZARELLI, *Stato, patriziato* cit. Per alcune impressioni sulle tarde resistenze alla fusione dei due gruppi si veda ERSPAMER, *La biblioteca di Don Ferrante* cit., pp. 99-100.

(78) A. VISCONTI, *Della nobiltà e delle sue prove secondo il diritto comune* in «Rivista di Storia del diritto italiano», 1942, pp. 302 e 309-314; A. SPAGNOLETTI, *Elementi per una storia dell'Ordine di Malta nell'Italia moderna*, in «Mélanges de l'école française de Rome. Moyen Age-Temps modernes» 96, 1984, 2, pp. 1046-1047. Per la tarda sistemazione giurisprudenziale della materia si veda G. B. DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae*, II, Lib. II, p. II De Praeinentiis et Praecedentiis, Venezia, 1698, pp. 64-106.

GIAN GALEAZZO STENDARDI

PROPRIETÀ, PROGRAMMAZIONE, PIANIFICAZIONE:
OPPORTUNITÀ DI UNA DELEGIFERAZIONE

SOMMARIO: 1. Progressiva inefficacia degli ordinamenti giuridici. — 2. Modificazione dei criteri di produzione delle norme. — 3. Sistemi per ridurre l'intervento degli ordinamenti giuridici. — 4. Programmazione e pianificazione come istituti in contrasto con tale riduzione. — 5. La pianificazione come istituto che postula l'incremento della normativa. — 6. Applicazione ad uso della proprietà privata.

1. Una delle ragioni che rendono gli ordinamenti giuridici esistenti sempre più difficilmente adattabili alle esigenze contemporanee e, quindi, sempre meno produttivi di conseguenze efficaci, è costituita dal fatto che gli ordinamenti stessi sono stati concepiti e costruiti da e per un mondo e una società in cui gli utenti erano poco numerosi e, in particolar modo, limitati, proprio nei campi in cui la celerità costituiva un requisito essenziale per la loro efficacia.

Una volta che al numero limitato di utenti sia andato sostituendosi progressivamente, ma inarrestabilmente, un numero sempre più elevato, gli ordinamenti stessi sono entrati in crisi, a nulla servendo l'aumento degli addetti ai lavori, dato che le difficoltà nascevano non tanto dal rapporto fra utenti e fornitori del servizio, quanto dallo schema logico su cui gli ordinamenti avevano forgiato gli istituti e questi avevano operato.

Citeremo alcuni esempi:

a) L'Assemblea annuale dei soci di una società per azioni, per l'esame e l'approvazione del bilancio, è istituto che consente il più ampio dibattito possibile fra gli interessati circa le vicende e gli indirizzi della società stessa. L'Assemblea è quindi un organismo indispensabile, il cui funzionamento, però, diviene sempre più difficile man mano che aumenta il numero dei suoi componenti. Certamente una Assemblea di 20 Soci può funzionare bene; una Assemblea di 200 Soci darà luogo a dei problemi di funzionamento ma un'Assemblea di 20.000 Soci è assolutamente impensabile, anche perché non esisterebbe luogo capace di contenerla.

Non solo, ma l'effetto che l'esposizione delle opinioni dei singoli soci può avere sugli altri (effetto di cui la giurisprudenza ordinaria amministrativa ha tenuto largo conto nelle sue decisioni riguardanti

la legittimità o illegittimità della partecipazione ai lavori assembleari ad opera di un soggetto) scompare totalmente, quando vi sia un numero particolarmente elevato di partecipanti. In tal modo Assemblee di società per azioni aventi un numero di Soci di quell'ordine di grandezza sono possibili solo in quanto i Soci non vi partecipino o vi partecipino solo i portatori di un numero elevatissimo di deleghe, si da ridurre il numero dei partecipanti da una misura non funzionale ad una misura funzionale.

Questa prospettiva, di per sé sola, indica come venga così frustrato lo scopo sostanziale dell'Assemblea, che è proprio quello dello scambio di opinioni fra tutti gli interessati sull'andamento della gestione societaria.

b) Molte volte si è visto nei film e si è letto nei romanzi dell'intervento del tutore dell'ordine che risolve in maniera spiccia, ma efficace, qualche piccolo problema di turbativa della pace pubblica, trattenendo per una notte in guardina l'ubriaco molesto, e rimettendolo in libertà il giorno dopo, a sbornia smaltita. Questo tipo di provvedimento postula solo che il numero degli ubriachi sia tale da poter essere contenuto nella disponibilità di celle di un corpo di polizia. Ma se gli ubriachi di una città sono migliaia, non vi sono celle sufficienti e, quindi, il sistema non può più funzionare.

c) Il processo penale richiede garanzie per l'imputato, anche sotto il profilo della celerità degli accertamenti e delle pronunce. Ciò può essere conseguito con l'applicazione delle norme esistenti, a condizione che il numero degli imputati non vada al di là di quella che possa essere la capacità materiale, delle strutture e delle persone, di svolgere, nei tempi brevi necessari, le loro incombenze, ma, una volta che il numero degli imputati diventi così elevato da rendere necessario l'impiego di moltissimo tempo solo per l'espletamento delle funzioni pregiudiziali, ancorché elementari, allora quella esigenza di sollecitudine, che pure le norme esistenti hanno appagato, viene disattesa proprio in funzione del numero dei soggetti cui contestualmente si devono applicare le norme stesse.

d) Il procedimento giurisdizionale amministrativo è costruito in modo logico e funzionale in previsione dell'esistenza di un certo numero di atti dell'Amministrazione suscettibili del controllo giurisdizionale. Ma quando gli interventi dell'Amm.ne nella vita di tutti i giorni aumentano sempre di più sino ad investire quasi tutti o tutti

gli aspetti dell'esistenza del singolo, allora le controversie possibili aumentano a dismisura, fino a rendere inefficaci quegli strumenti che, in circostanze numeriche diverse, avevano dato dimostrazione di efficienza e validità.

2. Di fronte a questa situazione si presenta la necessità di modificare i criteri mediante i quali si sono creati e si sono approvati determinati istituti giuridici. Gli interventi possibili sono di diverso genere: a) la riduzione delle aree di intervento dell'ordinamento giuridico nella vita dei singoli; b) la creazione di nuovi sistemi per disciplinare gli interventi dell'ordinamento stesso c) la limitazione degli interventi normativi secondo lo schema di tipo tradizionale a quei casi di particolare rilevanza o nei quali sussista ancora un equilibrio fra utenza e capacità di rendimento del servizio.

3. L'ambito di riduzione dell'intervento dell'ordinamento giuridico nella vita dei singoli soggetti può avvenire attraverso differenti sistemi.

Innanzitutto mediante la « banalizzazione » di molti comportamenti, sino ad ora ritenuti bisognosi dell'intervento dell'ordinamento stesso, e che possono, invece, essere lasciati, con maggior efficacia e migliori risultati, o privi di una disciplina generale, od affidati ad una disciplina frutto della libera scelta degli interessati; con la concentrazione dei sistemi normativi in testi unici coordinati e razionalizzati in modo da togliere dalle leggi « il troppo e il vano »; con l'introduzione di sistemi di automatismo, per cui sia richiesto sempre meno l'intervento del potere giurisdizionale, e sempre più a determinate situazioni, che l'ordinamento ritiene di dover vincolare, corrispondano conseguenze negative automatiche; con l'attribuzione sempre maggiore ai singoli di un potere di autoregolamentazione dei rapporti di natura pattizia; col riconoscimento ai singoli di un maggior potere contrattuale nei confronti dell'Amministrazione, e di un numero più elevato di posizioni in cui si trovi ad essere in condizioni di parità nei confronti dell'Amministrazione e non di sottoposizione.

a) La banalizzazione è uno strumento il cui impiego risulta necessario proprio in considerazione del fatto che moltissimi comportamenti, di cui in precedenza si era ritenuta necessaria la regolamentazione, col passare del tempo, o per effetto di nuove tecniche,

o in conseguenza dell'adozione di differenti concezioni, sono divenuti così poco rilevanti da poter essere esclusi dalla normativa ed affidati, se del caso, eventualmente, alla pura e semplice disciplina formalizzata in sede di rapporto contrattualmente disciplinato.

b) Appare, parimenti, strumento necessario da usare, la formazione dei testi unici. Dopo aver constatato la tendenza costante alla « decodificazione » ora si mostra ancor più necessaria una ricostruzione del sistema di « codici », cioè di un sistema organico di norme che investa tutto un settore, in modo tale da evitare le anomalie, le discordie e le interferenze fra norme di diverso tipo aventi per oggetto la medesima attività e per destinatari i medesimi soggetti, da rendere comprensibile la lettura, agevole l'inquadramento normativo generale del fenomeno, più pronta l'opera interpretativa dell'operatore del diritto.

c) I sistemi di automatismo di cui si considera necessaria una sempre più estesa applicazione sono quelli che fanno derivare direttamente da determinate premesse particolari conseguenze, senza bisogno di un accertamento (sia esso in sede amministrativa o contenziosa), sì che, poste determinate premesse, ne discendano automaticamente e senza necessità di altre operazioni, determinate conseguenze. Esempio tipico di questo è la nullità *ex lege* di atti quando gli stessi siano compiuti in presenza o in mancanza di determinati requisiti, considerati determinanti per la nullità o per la validità del negozio giuridico stesso.

d) Come già visto molte materie già in precedenza disciplinate dal legislatore, possono essere « banalizzate », affidandole eventualmente alla regolamentazione che scaturisce dal contratto.

L'ambito di applicazione del contratto dovrebbe essere sempre più esteso, riducendo così la rilevanza dell'intervento normativo come sistema di prescrizione generale di comportamenti. A ciò servirebbe una sempre più estesa ammissibilità dei patti in deroga alle prescrizioni di legge.

e) Per aumentare la possibilità di autoregolamentazione dei rapporti e di riduzione, quindi, dell'attività normativa, è necessario giungere ad una disciplina dei rapporti tra privati e Amministrazione in cui sia esteso il numero delle situazioni in cui Amministrazione e privati siano posti su un piano di parità, in modo tale da consentire loro di stipulare accordi che siano effettivamente il risultato di una

trattativa tra contraenti di pari forza, e siano estese le ipotesi di affidamento all'opera di Collegi Arbitrali della soluzione delle controversie.

4. È in conflitto con l'esigenza di delegiferazione, la soluzione, sino ad ora prospettata, di introduzione, prima, e di allargamento, poi, della programmazione e della pianificazione.

È nozione di comune esperienza che ogni soggetto, nel suo agire, compie opera di programmazione, individuando risultati da conseguire, mezzi da impiegare per conseguirli, tempi da rispettare nell'impiego di tali mezzi. Di per sé, quindi, la programmazione, rientra fra le attività naturali ed inevitabili dell'uomo.

Ma la sua esistenza assume un rilievo particolare quando: a) il programma è fatto da altri; b) è a lui imposto, perché, in quel momento, sorge il problema delle risorse che possono essere impiegate quando il programma non sia realizzato da uno dei soggetti necessariamente coinvolti ed investiti, e sino a qual limite detto soggetto possa essere costretto ad eseguirlo.

È in quel momento che il programma, se intende essere tale, deve disporre di strumenti idonei ad operare coattivamente, conducendo a conseguenze negative od afflittive il soggetto che se ne distacchi. Quindi si verificherà, per l'esigenza della sussistenza stessa del programma, l'emanazione di una serie di prescrizioni normative, tanto più numerose e dettagliate quanto maggiore sia l'esigenza di realizzare concretamente detta programmazione. Saranno non solo norme destinate a regolare l'azione, ma anche norme creative di conseguenze negative per chi non dovesse dare esecuzione al programma. Senza queste norme lo stesso concetto di programma verrebbe ad essere vanificato.

A maggior ragione ciò varrà per la pianificazione: il piano ha un significato solo in quanto venga attuato da tutti i destinatari nei modi, tempi e forme prestabiliti. È sufficiente una sola variante introdotta arbitrariamente per vanificare integralmente il piano.

5. La pianificazione, comunque attuata, si pone concettualmente in conflitto non solo con la tendenza, ma, addirittura, con l'esigenza della delegiferazione. Infatti una pianificazione è tanto più efficace quanto più è complessa e ricca di regole che, direttamente o indirettamente, concorrano alla sua realizzazione. In tal modo l'in-

tervento del pubblico potere decisorio diviene determinante, e realizza quella situazione in cui non soltanto l'Amm.ne è in una condizione di supremazia, ma, addirittura, i pubblici poteri stabiliscono limiti, modi e forme in cui persino i più elementari diritti dei cittadini possono essere realizzati. Assume, quindi, un notevole rilievo la considerazione che, ove si ritenga indispensabile il ricorso alla pianificazione, questa potrà essere esclusivamente, per rispondere alle esigenze di riduzione dell'intervento del legislatore nella vita di tutti, il risultato della soluzione, già precedentemente indicata, consistente nella contrattazione fra le parti in condizioni di parità.

Il piano non potrà essere soltanto sottoposto ad un esame degli interessati i quali abbiano il potere di fare le proprie osservazioni, fermo restando il potere dell'Amm.ne di decidere su tali osservazioni, ma dovrà essere frutto di una contrattazione intercorsa tra gli interessati e l'Amm.ne, in cui vi sia una totale parità di condizioni, in modo che il risultato sia quello di un accordo delle volontà e non del prevalere di una volontà sull'altra.

Solo in questo modo, riconducendo la pianificazione nell'ambito di un rapporto di tipo contrattuale, con la previsione, persino, di un sistema di arbitrato per superare i punti di contrasto per i quali non sia possibile giungere ad un'intesa ad opera delle parti, si darà luogo ad un'effettiva modificazione della situazione attuale, e ad un reale adeguamento dei sistemi giuridici alle esigenze contemporanee, che impongono una riduzione dell'intromissione normativa e l'aumento del potere discrezionale dei singoli soggetti.

6. Quanto sopra esposto trova il suo più necessario campo di applicazione nel diritto di proprietà privata. L'incremento delle norme disciplinatrici del contenuto del diritto e del suo esercizio ha condotto a restringerne l'area di espansione in maniera tale da farlo comparire quasi come una pura e semplice espressione verbale, priva di effettivo contenuto che non sia quello costituito da obblighi. Vi è quindi una concreta esigenza di delegiferazione sull'argomento: la proprietà, per essere tale, ha bisogno di essere libera; l'unica forma di programmazione generale e, talvolta, di pianificazione, cui può essere ricondotta, è quella di tipo « contrattuale » in cui sia possibile ottenere la tutela e il temperamento di reciproci interessi, perché, diversamente, si realizzerebbe quel sistema di compressione della proprietà che va ben oltre il limite della « funzione sociale », considerata come

caratteristica contemporanea del diritto di proprietà stesso. Tale funzione sociale esprime il dovere di partecipare alla soddisfazione di interessi generali, ma non può essere estesa sino al punto di far venir meno l'effettivo contenuto del diritto.

L'art. 17 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, approvata all'unanimità da tutti gli Stati aderenti all'ONU, sancisce che: « Ogni individuo ha diritto di avere una proprietà personale o in comune con altri. Nessun individuo può essere arbitrariamente privato della sua proprietà ».

Se, attraverso l'infittirsi delle prescrizioni dirette o indirette sulle modalità di esercizio e di uso di questo diritto, lo stesso viene ridotto ad una pura espressione letteraria, il principio generale stesso è violato, con danno diretto ed immediato anche di quella funzione sociale, che pure si è voluta ricondurre al contenuto del concetto di proprietà.

GIAN GALEAZZO STENDARDI

DELEGIFERAZIONE

SOMMARIO: 1. Contenuto del termine « delegiferazione ». — 2. Premessa: l'eccesso di produzione legislativa. — 3. Significato e funzione delle norme. — 4. Ragioni dell'espansione della produzione normativa. — 5. Conseguenze della produzione di norme. — 6. Esigenza di riduzione. — 7. Strumenti per operare. — 8. Settori di intervento. — 9. Metodi per la riduzione. — 10. L'abolizione di norme. — 11. La necessità di impedire la ripetizione del fenomeno.

1. Vi sono fatti nuovi nel mondo dell'attività normativa, intesa in senso sostanziale: decodificazione; riforma; ed, ora, delegiferazione. Quest'ultimo termine mostra poca familiarità con la lingua italiana; è oggetto di contrasti persino sul suo significato letterale, ma è un'ulteriore indicazione dell'attenzione che lo studio ha posto sul fenomeno normativo. Se tale attenzione discende dall'avvento della Corte Cost.le, quale giudice dell'operato del legislatore, è indubbio che la paternità è stata prolifica.

Prima di procedere ad un esame della « delegificazione » appare opportuno, innanzitutto, tentare di individuare una denominazione corretta; poi, di definirla.

Il termine, infatti, è stato coniato corrompendo una traduzione nemmeno molto precisa del termine anglosassone « deregulation »; se delle traduzioni si dice che siano come le donne (se belle, infedeli; se fedeli, non belle), di questa si potrà dire che non è bella e non è fedele.

In effetti con quel termine si è inteso individuare il fenomeno di riorganizzazione del mondo normativo attuato con la riduzione delle norme mediante la concentrazione, il coordinamento, la razionalizzazione, la soppressione di quelle esistenti. Dato questo presupposto, ne deriva che il termine meno scorretto potrebbe essere quello di « delegiferazione ».

2. Il tema è un argomento di cui si è cominciato a trattare da non molto, già con difficoltà iniziali persino circa il significato del termine usato per identificarlo: si è sentito, in un recente conve-

gno di studi a Pavia, dibattere a lungo sulla corrispondenza o meno del neologismo alla « deregulation » anglosassone; sull'effettivo contenuto del termine; sull'ambito di operatività dello stesso.

Può darsi che sul proporsi di questo tema all'attenzione generale abbia inciso anche il fatto della « decodificazione », oggetto di studi tanto rilevanti quanto acuti, che hanno posto in luce, fra l'altro, come ad un sistema codificatorio (poche regole generali per tutti), si sia progressivamente sostituito un sistema costituito da « molte regole particolari per gruppi sempre più ristretti ».

Per non prostrarre equivoci nel tempo, e per dare a questa indagine dei confini precisi, sembra si possa rifarsi ad un antico insegnamento dantesco: la delegiferazione consiste nel fare ciò che Dante aveva attribuito quale merito a Giustiniano: togliere alla massa delle leggi « il troppo e il vano ».

Inizieremo, quindi, da una constatazione di un fenomeno, che è comune a tutti gli operatori del diritto: la produzione normativa — intendendosi con tale concetto qualunque norma giuridica, prescindendo dalla sua forza (norma costituzionale, legge formale od atto avente forza di legge formale, regolamento, etc.) — è diventata così intensa e folta, da renderne sempre più: difficile l'applicazione; ardua la conoscenza; problematica la interpretazione; e, persino, inefficiente l'esistenza.

Il fenomeno non è nuovo nella storia dell'umanità. Tacito scriveva che « corruptissima Respublica, plurimae leges »; Campanella scriveva che « le leggi ottime sono le poche e le brevi che s'accordano al costume del popolo, e al bene comune. Le leggi tiranniche sono molti laccioli che ad uno o a pochi sono utili e non s'accordano col costume pubblico, purché crescano li pochi autori di esse ».

Il fatto, è noto, è valutato in modo negativo. Occorrerà, quindi, indagare le ragioni per cui il fatto si verifichi, e perché venga valutato in tal modo. Per fare ciò sarà necessario ricordare, innanzitutto, cosa sia una norma, e, in particolare, una norma giuridica.

3. Una norma è una regola di comportamento; norma giuridica è quella che fa parte di un ordinamento giuridico, ed è quindi assistita da un complesso sistema che non solo ne esige, ma ne ottiene l'applicazione anche là dove e quando i destinatari non intenderebbero darvi esecuzione. Prescindiamo, quindi, in questa nostra analisi, dai problemi delle fonti, della forza, della forma delle

norme; consideriamo tali, quindi, anche quelle che sono il risultato di interpretazioni giurisprudenziali costanti.

Il sovraespuesto concetto ha delle implicazioni, le più evidenti delle quali sono che: a) ogni norma limita la libertà di azione del singolo; b) la norma tende a far tenere un comportamento che il singolo non terrebbe spontaneamente se non vi fosse indotto dalla norma; c) la norma è posta in funzione di quello che si considera un interesse generale meritevole di tutela e di realizzazione al di sopra ed al di là degli interessi individuali. In genere, quindi, la norma prescrive un comportamento che il singolo individuo non terrebbe, appunto, se non vi fosse la norma; e se non paventasse le conseguenze negative, o non aspirasse alle conseguenze positive, che la norma minaccia o promette.

Quindi la norma incide sostanzialmente sul comportamento del singolo inducendolo ad un comportamento che non corrisponde alle sue vere aspirazioni, le quali, a loro volta, sono il risultato della valutazione che il singolo fa della situazione, in relazione ai suoi bisogni, alle sue risorse, alla concezione del mondo che egli ha.

La norma, in realtà, non può eliminare le inclinazioni e le tendenze degli uomini, può solo tentare di eliminare, o ridurre, o, addirittura, vanificarne gli effetti.

E ciò solo: a) collocando alcune inclinazioni o tendenze nel campo di quelle « indifferenti » od irrilevanti per l'ordinamento giuridico; b) valorizzando alcune inclinazioni o tendenze per neutralizzarne altre; c) reprimendo direttamente, o con la coercizione materiale, o col timore, o con la speranza, tendenze ed effetti che si vogliono eliminare, o, quanto meno, ridurre.

4. Dati tali presupposti, appaiono con sufficiente precisione le ragioni per cui la produzione normativa avviene, e le ragioni della sua sempre maggiore espansione.

a) Ogni qualvolta una norma è posta, il suo destinatario, quando tale norma osti alle sue aspirazioni o tendenze, cerca di aggirarla o superarla, mediante l'interpretazione, in modo tale da ricavarne una conferma od un appoggio piuttosto che un ostacolo contro o a favore di ciò che egli teme o desidera.

b) Ciò dà luogo alla produzione di altre norme che impediscano al singolo di aggirare l'ostacolo posto dalle prime alle sue tendenze, e lo costringano, restringendone sempre di più l'area di

scelta libera, in modo tale da obbligarlo a fare ciò che il legislatore vuole, e il singolo non vuole.

c) Il legislatore, quindi, ritiene essere la norma il solo strumento idoneo a limitare o ad ovviare alle inclinazioni del singolo, che egli ritiene nocive, e ad avviarlo verso quello che lo stesso legislatore ritiene essere il comportamento ottimale, cioè a rimediare ai difetti del singolo. La concezione Agostiniana e Macchiavellica secondo cui l'uomo è naturalmente malvagio, trova, così, nella sempre crescente produzione delle norme, la risposta ritenuta più idonea, per rendere attuabile la convivenza e governabile l'umanità.

d) La quantità e qualità delle materie di cui la collettività ritiene necessario occuparsi accresce sempre di più tanto l'ambito delle materie in cui il legislatore è costretto ad intervenire, quanto la sfera di azione del legislatore stesso, che reputa dover incrementare il proprio intervento anche là dove, sino a quel momento, vi era ampia libertà di azione per il singolo.

Ciò è accresciuto anche dalla tendenza alla speculazione nell'operato del singolo, che conduce alla frammentazione della disciplina, ed all'attesa di regole per ogni sempre più minuto settore particolare, anche quando tale settore era stato, sino ad allora, ritenuto libero. E ciò per ottenere una « sicurezza » nell'operare in quel settore.

e) L'aspirazione alla « sicurezza », che ciascun soggetto ha, trova nell'esistenza di una norma una fonte di appagamento, dato che quante più sono le norme, tanto più affidabile appare la prospettiva di una « sicurezza » nel comportamento altrui e proprio. La « certezza » non è che un aspetto della sicurezza.

f) Si confonde il « perfezionamento » del sistema, quale risultato cui si intende pervenire, con l'aumento della produzione normativa, attribuendo i difetti, le manchevolezze, gli errori dell'ordinamento, a « mancanza di norme ». In altri termini si identificano le deficienze del sistema con la mancanza di norme, e si vede nelle norme il rimedio sovrano. Il che certamente non è sempre; e molte volte non è affatto, dato che le deficienze possono ben nascere, come vedremo, anche da eccesso di norme, o da illogicità delle stesse.

g) Talvolta si ricorre alle norme per sopperire alla mancanza di altre risorse, che pur meglio consentirebbero di conseguire i

risultati voluti. È un modo per rovesciare su singoli soggetti o gruppi di soggetti un onere che dovrebbe gravare sulla collettività, ma che questa potrebbe affrontare solo distogliendo una parte delle proprie risorse da scopi che ritiene egualmente essenziali.

Mediante le norme, così, si ritiene di poter costringere una parte della collettività a compiere quell'opera che dovrebbe, invece, essere svolta dall'intera organizzazione del corpo sociale.

Queste sono le ragioni che spingono gli organi competenti — attuali o potenziali — alla sempre maggior produzione normativa.

5. Le conseguenze dell'operato degli organi produttori di norme non sono sempre quelle desiderate od attese.

a) Può, infatti, accadere che, nel tentativo di evitare la vanificazione o la evasione della norma, il legislatore dia luogo ad un complesso di regole tale da essere, ad un certo momento, l'una in conflitto con l'altra, sì da renderne impossibili o l'interpretazione o l'applicazione.

b) Può accadere che l'entità della produzione normativa sia tale da escludere, alla fine, qualunque possibilità di azione del singolo, anche là dove e quando tale libertà di azione sarebbe necessaria, o, almeno, utile, per lui e per la collettività.

c) Può avvenire che il tentativo di escludere la realizzazione di determinate aspirazioni del singolo sino al punto di « colpevolizzarle » o di « criminalizzarle » dia luogo al crearsi di fenomeni di delinquenza endemica, con tutti i suoi risvolti negativi, tali da creare, per la collettività, danni maggiori di quelli che sarebbero derivati dalla libera realizzazione dei comportamenti che si è ritenuto necessario eliminare.

d) L'intervento, sempre più esteso e sempre più minaccioso, nell'ambito di attività del singolo, può essere così penetrante da ledere quelle che vengono ritenute le libertà essenziali e fondamentali e che corrispondono alle aspettative elementari delle singole persone umane. L'aumento della « sicurezza », infatti, è sempre a scapito della « libertà ».

e) L'accollo ad uno o più componenti del gruppo di oneri che dovrebbero gravare sull'intera collettività crea squilibri per compensare i quali si verificano, poi, fuori o nell'ambito della materia in questione, fenomeni abnormi o deformati, la cui nocività, per la

collettività, è ben maggiore di quella che sarebbe derivata dal mancato assolvimento, in generale, del compito accollato al singolo od al gruppo ristretto.

Come si vede, quindi, le ragioni che conducono all'aumento della produzione normativa, sono anche fonte di una serie di inconvenienti, la cui entità diviene tale da ridurre od eliminare l'entità dei vantaggi che la normativa può dare alla collettività ed al singolo.

Di qui il giudizio critico che viene formulato sul fenomeno.

A queste cause di sovrapproduzione normativa si deve poi aggiungere anche il fenomeno dell'errore nell'azione normativa, errore che si può ricondurre ad errate scelte di politica legislativa, o ad ignoranza del legislatore, o ad incongruenze nella predisposizione delle norme. Si ha incongruenza quando vi sia sproporzione fra contenuto delle norme e suoi fini; non corrispondenza fra norme e realtà; disarmonia fra disposizioni diverse; contraddittorietà dei criteri usati per regolare la medesima materia. Tutto ciò, oltreché poter condurre ad un eccesso di produzione normativa, richiede inevitabilmente una correzione e, quindi, un aumento delle norme esistenti.

6. In presenza di tutti i suddetti aspetti negativi, che pure gravano sui singoli e sulla collettività sino ad indurli ad invocare una inversione di tendenza, e, quindi, una diminuzione della normativa, occorre, innanzitutto, vedere se le cause della sovrapproduzione normativa possano essere cancellate o ridotte; quindi quali siano i criteri da seguire per tale eliminazione o riduzione; infine quali i metodi da seguire per impedire la ripetizione del fenomeno.

Le cause della superproduzione sono già state enunciate; se possano essere ridotte od eliminate è problema da affrontare.

7. a) Innanzitutto sarebbe necessario operare un confronto tra gli effetti che potrebbero derivare dall'appagamento di aspirazioni naturali e gli effetti che derivano dalla loro repressione normativa, per verificare se, in termini di costi e ricavi, sia giustificata la repressione. Se da tale confronto apparirà che i danni derivanti alla collettività dalla normativa sono superiori ai vantaggi che alla stessa collettività possono venirne, si sarà identificato uno dei campi in cui la normativa vigente va soppressa, o, almeno, ridotta.

b) Si può, poi, prendere in esame l'ambito della materia in cui il legislatore ha ritenuto necessario intervenire, non più con un

esame comparativo fra costi e ricavi, bensì con un esame circa la essenzialità o meno di tale intervento sotto il profilo del pubblico interesse. È da rivedere se sia, realmente, di pubblico interesse che il legislatore si occupi di certe materie, o se non sia preferibile lasciarle nell'ambito di una regolamentazione di tipo contrattuale, escludendo l'intervento del potere normativo pubblico.

c) È possibile, inoltre, verificare quali e quanti siano i casi in cui una « educazione » preventiva, possa valere per evitare il predominio di tendenze individuali nocive, senza giungere all'impiego della normativa.

Si dovrà accertare in quali casi l'impiego di strutture differenti, più razionali e maggiormente funzionali di quelle esistenti, possa condurre a far diminuire la necessità della normativa.

8. Vi sono, quindi, almeno quattro settori di intervento per ridurre l'impiego, e, conseguentemente, la produzione della normativa.

I criteri per la riduzione della produzione normativa sono strettamente connessi con gli strumenti cui si ritiene di poter ricorrere per tale opera di riduzione. Ogni strumento, infatti, è la realizzazione pratica di un criterio adottato per la soluzione del problema.

Quindi l'attività di riduzione della normativa può essere realizzata mediante strumenti differenti:

a) raggruppamento delle fonti per materia in modo tale da garantire l'esaurimento dell'indagine sulle fonti mediante il ricorso ad un solo centro di raccolta;

b) concentrazione delle norme esistenti in più testi unici coordinati anche sotto l'aspetto formale;

c) riduzione delle norme esistenti in una particolare materia quando il loro complesso abbia un risultato contrastante con le finalità cui pure il legislatore si era originariamente ispirato nel disciplinare quella materia;

d) individuazione delle materie in cui la normativa può essere ridotta, restituendole ad una autonoma disciplina contrattualmente stabilita, e di quelle in cui può essere soppressa, restituendole alla libertà di azione del singolo.

9. A) Una delle ragioni che spingono i destinatari (siano o meno operatori) della normativa a rivolgere la loro attenzione alla produzione della norma ed alla riduzione di tale produzione è costituita dal fatto che sempre più di frequente norme appartenenti ad una determinata materia vengono inserite, in modo più o meno volontario, in testi destinati a disciplinare tutt'altra materia. È rimasto famoso, fra gli addetti ai lavori, il caso di una norma rivolta a disciplinare la notifica alla P. A. dei ricorsi proposti innanzi al Giudice Amministrativo, inserita nella legge di riforma dell'Avvocatura dello Stato; così come si ricordano norme in materia di contratti di locazione inserite in testi destinati a disciplinare interventi finanziari dello Stato nel campo dell'edilizia pubblica. Questo *modus operandi* ingenera: a) incertezza negli operatori del diritto, cui non è data sicurezza alcuna circa le possibilità che esistano altre norme attinenti ad una determinata materia, inserite in testi estranei alla materia stessa; b) possibilità di irrazionalità nella disciplina della materia in questione, dato che l'indagine sul coordinamento fra le varie disposizioni di una stessa fonte normativa viene compiuta con riferimento all'oggetto di quella disciplina specifica, non con riferimento a tutti gli oggetti possibili della disciplina normativa. Evitare questa conseguenza negativa è una necessità sotto il profilo della sicurezza e della celerità.

B) Più « punti di raccolta » o testi normativi attinenti alla medesima materia possono coesistere a seguito di interventi successivi, di forza pari o differente, nella medesima materia. L'incremento di queste fonti conduce, ad un certo momento, alla necessità di raggruppare tutta la normativa esistente in un « punto unico » o « testo unico », coordinato in modo tale da realizzare una disciplina organica.

Si tratta di un'operazione che può ricomprendere anche quanto esposto sub A) mentre quanto previsto sub A) può esser compiuto anche senza la formazione di « centri normativi unificati » (o testi unici).

Inoltre il raggruppamento della disciplina esistente per una materia in un testo unico implica, come già detto, il coordinamento della norma e la organicità del risultato finale; questa implicazione non esiste nell'ipotesi sub A), che ha come risultato la pura e semplice razionalizzazione della collocazione della norma nell'ambito del-

la sua materia, giungendo, così, solo in via eventuale ed indiretta ad una riduzione dell'entità normativa globale.

Il coordinamento organico della disciplina attinente una particolare materia implica, invece, la riduzione dell'entità della disciplina stessa. È un'operazione in contrasto con la tendenza attuale alla « decodificazione », perché il testo unico è in sostanza un « piccolo codice », ma la « decodificazione » è un fenomeno attuale, non un fenomeno ottimale.

C) Più difficile è la soluzione del problema quando ci si trovi davanti ad un complesso di norme che, ispirato dall'intento di conseguire particolari risultati, in conseguenza di interventi correttivi successivi compiuti senza verificarne la compatibilità con lo scopo originario, sia pervenuto a risultati del tutto opposti a quelli che la normativa si era originariamente prefissi.

Infatti questa situazione postula l'indagine circa la reale volontà originaria del « legislatore » (inteso in senso materiale, e non formale) per stabilire se il risultato cui si è pervenuti di fatto fosse effettivamente contrario od estraneo a tale volontà o non fosse, invece, ciò che il « legislatore » concretamente voleva ottenere. Con una precisazione: che nessuno opera coscientemente per conseguire il risultato contrario a quello che si è prefisso.

Un esempio corrispondente all'ipotesi predetta si può avere quando si vieti il traffico non pedonale in una zona per garantirne la libera utenza ai pedoni, e questi, allontanati dalle altre zone a cagione dell'aumentato volume di traffico verificatosi altrove ed imputabile a detto divieto, si rovescino nella prima zona in misura tale da impedirne la libera utenza a coloro che avrebbero dovuto avere i benefici dall'originario divieto.

La disciplina sull'impiego delle risorse naturali, ove attuata mediante una serie di norme accavallantesi l'una sull'altra ed intrecciantesi col solo scopo di evitare le evasioni dalle norme stesse, può pervenire ad impedire sostanzialmente qualunque attività produttiva, anche quelle che vengono considerate necessarie per un miglioramento della qualità della vita.

In questo caso l'opera di delegiferazione può consistere soltanto nella soppressione di alcune o più norme, in modo da restituire all'ambito di disponibilità di scelta e di indirizzo dei singoli, una parte, almeno, della materia invasa dalla normativa. Il problema è politico e dovrà essere risolto in quella sede con una scelta

politica; ma vi è anche un aspetto tecnico, derivante dalla impossibilità di coesistenza di norme contrastanti fra loro, ed aventi effetti di paralisi generale. Tale impossibilità condurrà necessariamente ad individuare almeno le « zone di preminenza » in cui si eserciterà l'azione prevalente del potere pubblico, privilegiando l'uno o l'altro dei risultati; anche questo avrà come effetto l'avvio di una delegificazione nell'ambito delle materie che risulteranno soccombenti, cioè non rientranti nelle « zone di preminenza ».

D) Peraltro vi è un ulteriore prospettiva per l'opera di delegificazione, costituita non dalla necessità di ridurre o di sopprimere norme giuridiche, bensì dalla opportunità di trasferire o restituire determinate materie all'ambito della regolamentazione attuata con strumenti tipicamente privatistici, quali il contratto e l'arbitrato.

Poiché il problema di fondo è quello di individuare se e quali aspetti della possibile attività umana debbano essere disciplinati, una volta compiuta tale individuazione si dovrà ancora scegliere se tale regolamentazione debba avvenire per opera dei pubblici poteri o per opera contrattuale, intesa, quest'ultima, come incontro della volontà delle parti interessate. Il passaggio di una materia dalla normativa pubblica a quella privata rientra nel concetto di « delegificazione », dato che la sua disciplina è così affidata alla valutazione, prima, ed all'attività, poi, delle parti private.

10. In realtà quest'ultimo è il punto più delicato dell'opera di delegificazione. Identificare quali siano le materie da sottrarre all'intervento del legislatore, rimettendone la disciplina all'autonomia privata, e, addirittura, collocandole nell'ambito delle « indifferenze » per il legislatore, implica, innanzitutto, scoprire ed accettare i criteri in base ai quali si sono individuate le ragioni per cui il legislatore ha ritenuto di dover intervenire in determinate materie, incamerandole nella sua sfera di azione.

Quattro sono stati i criteri impiegati per giustificare tale intervento: a) l'entità, in termini di ampiezza e di costo, degli interessi costituenti i presupposti di determinate materie; b) la necessità della « indifferenza » o « terzietà » del soggetto preposto alla cura di altre materie, in quanto solo detta indifferenza o terzietà potevano assicurare una efficiente — e non distorta — tutela degli interessi costituenti i presupposti della materia stessa; c) la complessità, in termini di quantità di dati e di interdipendenze fra i dati stessi, di altre materie, complessità che coinvolgeva un numero di soggetti co-

sì eterogeneo da imporre una mediazione fra i loro differenti interessi; d) l'esistenza di situazioni di emergenza, in termini di temporanea carenza di beni o servizi, in cui per la sopravvivenza del gruppo e dei suoi componenti, è necessario imporre — temporaneamente — una disciplina destinata a rendere equilibrata ed imparziale la carenza stessa.

Dati questi criteri è possibile prendere in esame tutte le materie in cui il legislatore è intervenuto per rilevare se il suo intervento sia riconducibile ad uno dei criteri stessi, o sia stato, invece, determinato da considerazioni di qualsiasi altro genere.

Infatti, tali criteri consentono di riconoscere quale sia la « necessità » dell'intervento del legislatore, non la sola « possibilità » di detto intervento, riconducendo, così tale intervento nell'ambito dei compiti originari dello Stato: difesa, ordine interno, giustizia, sanità, istruzione, risorse naturali. Si tratta di esigenze « di base » il cui appagamento non solo è presupposto per la sopravvivenza del gruppo e dei singoli, ma è stato persino presupposto logico per la formazione del gruppo e la sua conseguente organizzazione.

Di fronte all'asserzione secondo cui la cura del benessere è divenuta ormai la preoccupazione preminente dello Stato, si che dalle possibilità di provvedere a tale benessere si son fatte derivare persino la legittimità dei governanti e la possibilità di mantenere l'ordine pubblico, dato che la « grande politica » non sarebbe più affare proprio per molti Stati, è da osservare che le materie sopraindicate quale « riserva » e, contemporaneamente, limite per il legislatore, attengono tutte alla formazione ed al mantenimento dei « presupposti del benessere », ma che, una volta assicurati formazione e mantenimento dei presupposti, lo Stato non può accollarsi l'onere della realizzazione delle conseguenze; tanto meno l'onere della realizzazione coattiva, perseguita attraverso l'opera del legislatore, con comandi e divieti.

11. Impedire il riprodursi del fenomeno di eccesso di legislazione, una volta che si fosse giunti ad arrestarlo, prima, ed a sopprimerlo, poi, richiede l'accettazione dei criteri sopraindicati per stabilire quando l'intervento del « legislatore » sia necessario, e l'abbandono della convinzione che il comportamento naturale dell'individuo sia un « male » cui sia possibile porre rimedio soltanto con la produzione normativa.

Abbiamo già accennato, nei punti precedenti, al fatto che mol-

ti comportamenti naturali non sono un « male » ex se, ma lo divengono solo perché in un certo momento ed in un certo contesto, vengono considerati tali; che l'intervento delle norme non è il solo strumento possibile, né il solo mezzo efficace, per evitare o ridurre i comportamenti giudicati negativamente; che, anche quando sia pure inevitabile l'impiego di una normativa, questa non dovrà essere ineluttabilmente pubblica, ma potrebbe essere anche « privata » o contrattuale.

D'altro canto la revisione critica delle ipotesi in cui si sia ritenuto necessario l'intervento del legislatore, ricordando, come già detto, che l'opera sua è giustificata dalla necessità di creare i presupposti di determinati risultati, e non i risultati stessi, potrà costituire altro strumento più che efficace per prevenire il riprodursi del fenomeno della eccessiva proliferazione legislativa.

VITTORIO PARLATO

I DIRITTI DEI *CHRISTIFIDELES*:
ATTUAZIONE NELLA NORMATIVA DEL C.I.C. *

* L'art. pubblicato con il contributo del M.P.I., costituisce un primo risultato di uno studio sulla concreta attuazione dei diritti comuni a tutti i *Christifideles* nella normativa della Chiesa latina e di quella delle Chiese orientali. I diritti enunciati nel tit. I del libro II del *c.i.c.*, formulati da entrambe le commissioni codificatrici, saranno riportati anche nel redigendo codice per le Chiese orientali (cfr. *Nuntia*, 19, 1984, pp. 93-94).

SOMMARIO: Premessa. — 1. *I diritti ricomprensibili nello 'ius recipiendi ab Ecclesia quae necessaria sint ad salutem aeternam'*. — 1.1. Precisazione introduttiva. — 1.2. Il *moderamen* ecclesiastico. — 1.3. Diritto soggettivo e soggezione. — 1.4. Il principio d'uguaglianza. — 1.5. I diritti connessi al *munus santificandi*. — 1.5.1. Il diritto ai sacramenti ed, in specie, al matrimonio. — 1.5.2. Il diritto alla propria spiritualità e al proprio rito. — 1.6. I diritti connessi al *munus docendi*. — 1.6.1. Il diritto all'educazione cristiana. — 1.6.2. Il diritto alla ricerca in materie sacre. — 1.7. I diritti relativi al *munus regendi*. — 1.7.1. Il diritto alla promozione e sostentamento dell'apostolato. — 1.7.2. Il diritto alla manifestazione del proprio pensiero su ciò che riguarda il bene della Chiesa. — 1.7.3. Il diritto di associazione. — 1.7.3.1. Nel *codex* pio-benedettino. — 1.7.3.2. Nei documenti del concilio Vaticano II e nello schema di *Lex fundamentalis*. — 1.7.3.3. Nel nuovo codice. — 1.7.3.3.1. Il diritto di riunione. — 1.8. La tutela penale — 2. *I diritti fondati sulla dignità della persona umana*. — 2.1. Precisazione introduttiva. — 2.2. La libera scelta del proprio impegno ecclesiale. — 2.3. La tutela legale. — 2.4. La tutela della buona fama. — 2.5. La giusta retribuzione.

Premessa

Il nuovo *Codex Iuris canonici*, libro secondo, evidenzia, prima, i diritti e i doveri comuni a tutti i *Christifideles*, poi, quelli dei laici, quindi quelli dei chierici, infine quelli delle persone di vita consacrata.

Scopo di questo studio è l'esame delle garanzie di diritto sostanziale e processuale che il diritto canonico offre per l'effettivo esercizio di questi diritti.

È noto che per l'esistenza di un diritto soggettivo, fondamentale o no, occorre che l'ordinamento non solo lo enunci, ma che lo protegga con tutta una serie di norme che ne consentano la realizzazione in concreto. Da una valutazione comparata di vari ordinamenti secolari si nota che in molti testi normativi, anche a carattere costituzionale, vengono affermati diritti soggettivi, anche fondamentali, cui però non corrisponde una reale possibilità di attuazione e di godimento da parte dei singoli, vuoi per la volontà stessa dell'ordinamento di impedirne la concreta realizzazione, vuoi

perché l'ordinamento li garantisce e li protegge solo se funzionali al raggiungimento del fine che si è prefisso, come si verifica negli ordinamenti etici.

In molti di siffatti ordinamenti aventi struttura monista, ideologicamente caratterizzati, finalizzati al raggiungimento di una meta prefissa, cui sono debitori, spesso, della loro stessa esistenza, si è avvertita la necessità di adeguare, almeno formalmente, la propria normativa a quella degli ordinamenti pluralisti e garantisti, rispondenti ad una matrice liberal-giusnaturalista, e si è proceduto, così, ad enumerare una serie di situazioni giuridiche, di interessi, presentandoli come diritti dei singoli, senza, peraltro, attribuire il medesimo contenuto e le medesime garanzie di attuazione e tutela che si riscontrano per quei diritti negli ordinamenti pluralisti.

Rileva Bellini che questi ordinamenti monisti, tra i quali va ricompreso quello della Chiesa, non sono partecipi dell'impostazione ideologica pluralista « quale si incentra nel principio dell'*oggettiva equivalenza* in funzione dell'attuazione del programma della più completa elevazione civica ed etica dei singoli qual è inteso da quei medesimi sistemi, *di tutte le opzioni spirituali personali*: e che essi viceversa sono tratti dalle loro impreteribili esigenze sistematiche a *privilegiare*, sempre in ragione delle istanze connesse a quel programma di maturazione personale qual essi lo intendono a loro volta, o questa o quella opzione spirituale tipica » (1).

Per questa ragione non possiamo fermarci alla presa d'atto dell'esistenza di determinati e nominati diritti nell'ordinamento canonico, anche se evidenziati in modo singolare nel nuovo codice; occorre analizzare tutto l'ordinamento per vedere quali garanzie esso offra per la loro attuazione, quali strumenti metta a disposizione dei singoli, quando li richiami e li applichi concretamente nella normativa sul diritto delle persone, in quella sacramentaria, processuale e penale.

Secondo la comune concezione giuridica civile, poi, solo quando l'ordinamento dà la possibilità di sottoporre la violazione di un

(1) P. BELLINI, *Libertà dell'uomo e fattore religioso nei sistemi contemporanei*, ora in P. B., *Libertà e dogma. Autonomia della persona e verità di fede*, Bologna 1984, p. 59; R. BOTTA, « *Bonum commune Ecclesiae* » ed esercizio dei diritti fondamentali del fedele nel nuovo codice di diritto canonico, in *Raccolta di scritti in on. di Pio Fedele*, Perugia 1984, p. 321.

interesse ad un giudizio imparziale ed indipendente si può parlare dell'esistenza di un diritto; nelle altre ipotesi vi sarebbero solo interessi più o meno protetti, non diritti (2).

Nell'ordinamento canonico, strumento, esso stesso, funzionale al raggiungimento del fine ultraterreno della Chiesa, i diritti (e i doveri) hanno necessariamente configurazione e natura diversi, sicché forse si possono qualificare come diritti tutte quelle situazioni giuridiche che l'ordinamento enuncia e protegge in quanto utili al raggiungimento del *bonum spirituale*, della *salus aeterna animarum*, o che almeno non ne siano d'ostacolo.

Nella chiesa e nelle aggregazioni all'interno di essa non si entra, né si opera, per veder tutelati nel modo più efficace i propri diritti; manca, infatti, nell'ordinamento canonico, tale finalità (3).

I diritti, poi, che vengono individuati e tutelati, o scaturiscono da *status* determinati da sacramenti e da altri atti di natura religiosa, e sono fuori in ogni caso della disponibilità dei soggetti, in quanto volti alla santificazione dei singoli; oppure sono ancorati a principi del diritto divino naturale, questi ultimi possono essere disponibili. Così si può rinunciare al diritto alla vita, offrendosi in olocausto al posto di altri, o per subire il martirio; si può altresì rinunciare al diritto alla libertà, alla patria, al lavoro; in vista della perfezione evangelica si può rinunciare al matrimonio, alla proprietà privata, all'attuazione della propria volontà per scelte autonome come avviene con i vincoli sacri di castità, povertà e obbedienza; si può, infine, rinunciare alla libertà di ricerca scientifica, alla divulgazione delle proprie scoperte, alla difesa dei propri diritti, sia di uomo che di fedele, in vista di un *bonum Ecclesiae* contingente (4).

L'esercizio di tutti questi diritti comunque non potrà mai alterare il carattere e il funzionamento della costituzione gerarchica

(2) F. FINOCCHIARO, *Intervento alla III Tavola rotonda*, in *Persona e ordinamento della Chiesa*, Milano 1975, p. 300.

(3) G. BARBERINI, *L'ordinamento della Chiesa e il pluralismo dopo il Vaticano II*, Perugia 1979, pp. 15-16.

(4) G. GHIRLANDA, *De obligationibus et iuribus christifidelium in communione ecclesiali deque eorum adimplentione et exercitio*, in *Periodica de re mor. can. lit.*, 1984, p. 337.

della Chiesa e i conseguenti rapporti intersubiettivi che all'interno di essa si instaurano e perdurano.

* * *

Il nuovo codice di diritto canonico non parla di diritti fondamentali, ma di diritti e doveri comuni a tutti i *Christifideles* (5); questi diritti sono nella sostanza quelli indicati nello schema della *Lex Ecclesiae fundamentalis* del 1970.

Non è scopo di questa ricerca qualificare questi diritti come fondamentali, primari, soggettivi, né indicare il grado gerarchico da essi occupato tra le varie situazioni giuridiche soggettive riconosciute e garantite dall'ordinamento canonico (6). Mi sembra opportuno solamente rilevare che la volontà del legislatore e la dizione letterale da lui usata sono criteri primari d'interpretazione della normativa (7); il fatto che il *Codex* dopo un pluriennale dibattito in dottrina sull'esistenza e individuazione di diritti fondamentali abbia parlato di diritti comuni a tutti i *Christifideles* per quelli che in dottrina venivano considerati come diritti fondamentali, elencati nello schema di *Lex fundamentalis*, autorizza a rite-

(5) Questi diritti vengono chiamati fondamentali da alcuni primi commentatori del nuovo Codice; cfr. G. FELICIANI, *I diritti e i doveri dei fedeli in genere e dei laici in specie. Le associazioni*, in *Il nuovo codice di diritto canonico*, Bologna 1984, pp. 259-260, pur precisando che hanno natura diversa dai diritti fondamentali tipici degli stati democratici e pluralisti; di diritti fondamentali parla T. BERTONE, *Sistematica del libro II - I «Christifideles»: doveri e diritti fondamentali*, in *Apollinaris* 1983, p. 432 ss.; BOTTA, *op. cit.*, pag. 323 ss.; P. COLELLA, *La libertà religiosa nell'ordinamento canonico. Seconda edizione riveduta ampliata aggiornata sulla base della nuova codificazione canonica*, Napoli, 1984, pp. 86-88, nutre delle perplessità sulla effettiva configurabilità di tali diritti; parlano invece di diritti comuni a tutti i fedeli M. PETRONCELLI, *Diritto canonico*, Napoli 1983, p. 147 e GHIRLANDA, *op. cit.*, p. 336 ss.

(6) Dice E. CORECCO, *Considerazioni sul problema dei diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, in *I diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, Atti del IV Congresso internazionale di diritto canonico, Fribourg 1980, Fribourg-Suisse, Freiburg i. Br., Milano 1981, p. 1227, «che l'eventuale negazione del carattere di fundamentalità dei diritti del cristiano nella Chiesa non implica per nulla la negazione dell'esistenza dei diritti del cristiano nella Chiesa; diritti tra cui esiste un'evidente scala gerarchica di priorità».

(7) P. LOMBARDIA, *Estructura del ordinamento canónico in Derecho canónico*, Pamplona 1974, p. 205.

nere che il legislatore non abbia voluto individuare una categoria di diritti fondamentali.

La qualifica di diritto fondamentale per alcune situazioni giuridiche era stata attribuita già nel 1950 da De Luca, prima del dibattito dottrinale suscitato dal concilio Vaticano II (8).

La qualificazione di De Luca muoveva dalla considerazione che diritti fondamentali sono quelli che « costituiscono e realizzano in modo dinamico lo sviluppo della stessa appartenenza confessionale » in quanto se è vero che i diritti fondamentali dell'uomo sono il minimo degli strumenti che esso deve possedere per adempiere il suo compito, la *salus aeterna* « tutto l'ordinamento della Chiesa non ad altro serve che a facilitare tale compito dell'uomo » (9).

Nel 1969 Lombardia (10), riprendendo una tesi di Viladrich, sosteneva che « i diritti fondamentali sono, da un punto di vista materiale, esplicitazioni soggettive della volontà di Cristo, mentre fondava la sua Chiesa, implicite nella condizione ontologica sacramentale del fedele, consistenti in sfere di autonomia (filiazione divina) ed in sfere di attuazione (sacerdozio comune). Dal punto di vista formale questi principi soggettivi di diritto divino costituiscono nozioni giuridiche primarie ». La tesi sempre sostenuta da Viladrich è stata quella tendente ad ancorare questi diritti allo stesso diritto divino positivo, come partecipazione al sacerdozio comune, proprio di ogni fedele, e di vederne la concreta realizzazione nell'esercizio dei *tria munera santificandi, docendi et regendi* (11).

(8) L. DE LUCA, *I diritti fondamentali dell'uomo nell'ordinamento canonico*, in *Acta congressus internationalis iuris canonici*, Romae 1953, p. 93, vedeva nei diritti fondamentali le facoltà inviolabili che Dio, autore della natura, ha concesso all'uomo perché egli possa essere veramente libero di seguire la via del bene e di fuggire quella del male. Come diritti ricomprensibili nello *ius divinum positivum* l'A. affermava che tali diritti erano immutabili e inviolabili.

(9) L. DE LUCA, *I diritti fondamentali*, cit. p. 94.

(10) P. LOMBARDIA, *I diritti fondamentali del fedele*, in *Concilium*, 8, 1969, ed. it., p. 106.

(11) P. J. VILLADRICH, *Teoria de los derechos fundamentales del fiel. Presupuestos criticos*, Pamplona 1969, p. 289 ss., 351 ss., 395 ss., a p. 396-397 aveva individuato quindici diritti fondamentali: diritto ai beni spirituali, diritto a partecipare attivamente alla vita e ai fini della Chiesa, diritto ad una propria spiritualità, diritto al proprio rito, diritto all'esercizio integrale dei propri carismi personali, diritto al perseguimento della propria vocazione ecclesiale, diritto al proprio apostolato, diritto di

Di recente, Bellini (12), rilevava che, per la particolare natura dell'ordinamento canonico, non si potevano applicare le categorie della dommatica civile a situazioni ecclesiastiche, anche quando, in ipotesi, la normativa canonica avesse usato la terminologia giuspubblicista statale.

Nell'ordinamento canonico, sosteneva l'A. (13), esiste il dovere primario di ogni uomo di conseguire la salvezza ultramondana, da questo suo dovere fundamentalissimo e imprescindibile nasce il diritto, altrettanto fondamentale, di ricevere dalla Chiesa quello che è necessario per raggiungere detto fine.

Altri ha, poi, evidenziato che la fundamentalità di un diritto non postula eguali presupposti ed effetti in ogni ordinamento giuridico, ma le caratteristiche proprie di ciascuno determinano la diversità del concetto stesso di diritto fondamentale (14).

Nell'ordinamento canonico i diritti non hanno tanto, e, direi istituzionalmente non possono avere, la funzione di offrire solo uno spazio di autonomia ai soggetti, né comportano, solo, da par-

petizione, diritto a manifestare pubblicamente la propria opinione su problemi della Chiesa, diritto di informazione, diritto ad una giusta libertà di ricerca nelle scienze sacre, diritto all'insegnamento delle scienze sacre, diritto alla libera associazione ecclesiale, diritto alla giusta autonomia nella sfera temporale. Cfr. anche P. LOMBARDIA, *Los derechos fundamentales del cristiano en la Iglesia y en la sociedad*, in *I diritti fondamentali del cristiano*, cit., pp. 25-26. Nell'art. si sintetizza il dibattito sentito e seguito, in modo particolare, dalla canonistica spagnola.

(12) BELLINI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 143 ss.

(13) BELLINI, *Diritti fondamentali*, cit. p. 142; CORECCO, *Considerazioni*, cit., p. 1226, vede nella tesi di Bellini una matrice luterana là dove si considera il diritto come dovere.

(14) È noto che a diverse concezioni politiche corrispondono diversi tipi di diritti fondamentali: nella concezione liberal-democratica, di matrice illuminista, fondamentali sono quei diritti che tutelano in modo particolare l'individuo e la sua dignità, cioè la libertà di fede e di coscienza, eguaglianza dinanzi alla legge, protezione giuridica del cittadino nei confronti dell'organizzazione statale, diritto di proprietà, certezza del diritto e della pena; nella concezione socialista saranno, al contrario, fondamentali quei diritti che permetteranno la concreta e reale eguaglianza, soprattutto a tutela dei ceti meno privilegiati; nel terzo mondo fondamentali sono quei diritti che attengono alla sopravvivenza dell'uomo attraverso il lavoro retribuito in modo giusto e proporzionato, che salvaguardano l'autenticità culturale, l'assenza di discriminazioni razziali; cfr. anche J. BERNHARD, *Les droits fondamentaux dans la perspective de la 'Lex fundamentalis' et la revision du code de droit canonique*, in *I diritti fondamentali*, cit., pp. 369-70 e CORECCO, *Considerazioni*, cit., 1224-1225.

te dell'ordinamento e dell'autorità gerarchica un principio di non interferenza, di astensione, in vista della realizzazione di valori individuali o collettivi dei soggetti privati; quanto, piuttosto, postulano un'azione, un comportamento positivo di incitamento, promozione, aiuto, guida, avvertimento e controllo in funzione della finalità suprema trascendente propria della Chiesa, del diritto canonico, e di ogni fedele (15).

Tra gli ultimi, Corecco, ha notato che i diritti specifici dei fedeli non sono preesistenti alla Chiesa, come si sostiene da parte dei filosofi d'impronta giusnaturalista, per i diritti fondamentali nello Stato, ma sono, invece, conferiti dalla Chiesa stessa attraverso il battesimo e gli altri sacramenti (16).

Inoltre, sostiene, sempre, l'A. (17), il carattere della fundamentalità assunto dai diritti dell'uomo nel sistema costituzionale dello Stato è tale perché determina profondamente la struttura stessa della costituzione, il cui *telos* è quello di garantire che questi stessi diritti vengano realizzati.

Questo non è il fine della Chiesa, società spirituale funzionale alla *salus aeterna animarum*, per cui il concetto di autonomia individuale derivante dai diritti fondamentali non è applicabile alla costituzione della Chiesa.

Ciò non significa che il cristiano non goda di una propria autonomia, solo che le implicazioni legate al concetto di diritto fondamentale non sono ad esso applicabili; il carattere della fundamentalità non sembra essere un concetto trascendente i due ordinamenti, statuale e canonico, di conseguenza non può essere applicato *analogia proportionaliter* alle due realtà (18).

Un aiuto alla migliore qualificazione di questi diritti può venire tenendo presente quanto aveva affermato Saraceni circa la configurabilità di ogni *status personalis* dai doveri specifici imposti al singolo; questi doveri scriveva « sono attribuiti agli organizzati in maniera che l'individuo non viene affatto in considerazione in quanto tale: gli stessi doveri gravano su l'uno e sull'altro degli associati senza subire alcuna modificazione qualitativa e logica ... tali da

(15) BOTTA, « *Bonum Commune Ecclesiae* », cit. p. 325.

(16) CORECCO, *Considerazioni*, cit., p. 219 ss.; GHIRLANDA, *op. cit.*, pp. 338-339.

(17) CORECCO, *Considerazioni*, cit., p. 1221.

(18) CORECCO, *Considerazioni*, cit., p. 1222.

rimanere immutati nonostante il variare degli individui ... Concettualmente » precisava l'A. « nell'adempimento di tali doveri, ciascun associato potrebbe sostituirsi all'altro, senza che per ciò resti modificato il contenuto del rapporto fondamentale ». Il singolo aderente viene considerato come investito di una funzione che interessa la sua esplicazione oggettiva non assegnata ai singoli *intuitu personae* (19). I diritti restano « dopo la formulazione legislativa, per così dire, allo stato potenziale e perché essi entrino nel patrimonio giuridico individuale, è sempre necessario un atto di volontà, almeno presunto dell'interessato » (20). Il diritto in sostanza non dà alcuna effettiva caratteristica alla persona che *ad libitum* può rinunciarne all'esercizio, il dovere, invece, risponde ad un complesso di scopi che si compongono in armonia su di una base spiccatamente programmatica.

Alla luce di queste riflessioni si possono vedere i doveri, comuni a tutti i fedeli, indicati nel codice, unitamente ai diritti, come caratterizzanti lo *status* di 'Christifidelis in comunione con la chiesa cattolica', *status* base, questo, nell'ordinamento canonico.

Da questi doveri riconducibili al dovere primario di tendere alla salvezza eterna — riassumibili, in primo luogo, nell'obbligo di essere e conservare sempre, anche nel modo di agire, la comunione con la chiesa, nel vivere secondo il proprio impegno ecclesiale, nell'ubbidire alle dichiarazioni del magistero ecclesiastico, nel contribuire alla diffusione del Vangelo, e nel sovvenire, secondo le proprie possibilità, alle necessità della Chiesa e dei poveri (rispettivamente canoni 209, 200, 212, 211 e 222) — derivano o sono connessi dei diritti propri dello *status* base di battezzato in comunione con la chiesa cattolica, ma proprio perché questi diritti sono funzionali a quello *status* ed alla permanenza di quello *status* non possono essere che esercitati sotto la guida, il controllo, il *moderamen* dell'autorità ecclesiastica, preposta da Cristo e assistita dallo Spirito, nella guida del fedele verso la salvezza ultramondana.

Diritti 'fondamentali', quindi secondo me, in quanto legati o connessi ai doveri caratterizzanti lo *status* fondamentale del fedele nella Chiesa.

Da ciò si può dedurre che la natura e portata di tali diritti

(19) G. SARACENI, *Il concetto di 'status' e sua applicazione nel diritto ecclesiastico*, in *Arch. giur.*, 1954, p. 125.

(20) SARACENI, *Il concetto*, cit., p. 126.

non può che derivare dai tradizionali e immutabili principi base dell'ordinamento della Chiesa: dovere di ogni fedele di raggiungere la salvezza eterna, diritto di ricevere « dai pastori l'annuncio integrale della fede, della speranza e della carità attraverso la mediazione dei Sacramenti e della Parola. Da questo diritto » continua Corecco (21) « ne deriva un altro: quello di partecipare responsabilmente, secondo modalità, funzioni e carismi diversi alla costruzione della chiesa ». A questi va aggiunto il principio della dignità della persona umana da cui derivano quei diritti, ancorati al diritto divino naturale, volti alla tutela dell'uomo e del battezzato, in specie, validi ed esercitabili fin quando non contrastino con i principi del diritto divino positivo (22).

Solo la violazione di questi principi determina l'irrazionalità di qualsiasi atto legislativo, esecutivo e giudiziario (23); se si verificassero, con tali atti, anche potenzialmente, situazioni di peccato individuale e collettivo, verrebbe meno la loro giustificazione e sarebbero carenti di legittimazione (24).

Ugualmente illecita ed ingiustificabile sarebbe la violazione dei succitati principi fatta da altri soggetti privati e l'ordinamento (lo vedremo nella seconda parte della ricerca, quando si tratterà dei diritti legati alla dignità della persona) tutelerebbe i diritti dei singoli non solo dai comportamenti illeciti dei titolari della potestà ecclesiastica, ma anche da quelli degli altri fedeli.

* * *

Un'ultima considerazione: questi diritti comuni a tutti *Christifideles* non sono i soli diritti dei battezzati, ne esistono altri, propri di ogni essere umano, riconducibili prevalentemente all'ordine temporale, come quelli relativi alla vita ed integrità fisica e morale della persona (25). Diritti, questi, evidenziati dalla dottrina

(21) CORECCO, *Considerazioni*, cit., p. 1230.

(22) Cfr. anche CORECCO, *Considerazioni*, cit., p. 1228 s.

(23) DE LUCA, *I diritti fondamentali dell'uomo*, cit., p. 100.

(24) G. DALLA TORRE, *Diritti dell'uomo o diritti del cristiano?* in *I diritti fondamentali*, cit., p. 134.

(25) DALLA TORRE, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 135, scrive che il diritto all'integrità personale « deve essere inteso come diritto all'integrità psicologica e spirituale » mentre « negli ordinamenti statali è in primo luogo e soprattutto inteso come diritto all'integrità fisica ».

già sotto la normativa pio-benedettina e ribaditi a chiare lettere dai Padri del Vaticano II (26).

Il nuovo codice, al can. 1937, punisce l'omicidio, i rapimenti di persone, il loro ferimento e mutilazione, e, addirittura, fulmina la scomunica *latae sententiae* (can. 1398) a coloro che procurano l'aborto, volendo tutelare, in modo particolare, il diritto alla vita del nascituro.

A questi si unisce il diritto alla libertà religiosa, con i limiti e le caratteristiche che esso può avere in un ordinamento monista trascendente (27), diritto che si concretizza, in primo luogo, nel principio per il quale *ad fidem nullus est cogendus invitus* (28), ribadito ora al can. 748,2.

* * *

Le considerazioni che seguiranno terranno presente il dibattito dottrinale su questa tematica e quanto, sotto l'impero del codice pio-benedettino, interpretato ed applicato alla luce dei Decreti del Concilio Vaticano II, è stato attuato o permesso dall'autorità ecclesiastica in ordine ai diritti dei battezzati nella vita della Chiesa.

Una più sicura valutazione dell'attuazione e garanzia relativa ai diritti enunciati si avrà quando si potrà tener conto dello *stylus* e della *praxis* della Curia romana e di quelli delle altre curie vescovili, della normativa d'attuazione emanata dalle Conferenze episcopali, nonché della giurisprudenza dei tribunali, specie, pontifici.

1.1. — Molte situazioni giuridiche soggettive sotto il titolo *De omnium Christifidelium obligationibus et iuribus* si riferiscono alla vita ecclesiale, all'arricchimento spirituale dei singoli e sono direttamente legate alla loro *salus animarum*. Su queste si porrà, innanzi tutto, la mia attenzione al fine di individuarne il contenuto, i limiti, le garanzie apprestate dall'ordinamento per la loro realizzazione e tutela legale.

Questi diritti attengono alle tre funzioni primarie della Chiesa,

(26) Cost. *Gaudium et Spes*, n. 27 (Rispetto della persona umana) n. 51 (Accordo dell'amore coniugale con il rispetto della vita umana).

(27) P. COLELLA, *Libertà religiosa*, cit., soprattutto pp. 5 ss., 69 ss.

(28) DALLA TORRE, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 131.

ai tria munera santificandi, docendi et regendi. Si enunciano i diritti del fedele a ricevere i sacramenti, strumenti di grazia, ad ottenere l'insegnamento e la conoscenza della vera dottrina e dei comportamenti coerenti con il messaggio evangelico e quindi moralmente validi, il diritto ad avere una guida attraverso disposizioni normative, atti amministrativi, provvedimenti giudiziari, per la salvezza eterna; le stesse pene hanno funzione medicinale prevalente e servono a riportare l'*homo viator* sulla retta via.

Sono diritti ricomprensibili in uno più ampio, vero diritto fondamentale dell'ordinamento canonico, attribuito ad ogni *Christifidelis*, il diritto di ricevere dalla sacra gerarchia i mezzi necessari per la propria salvezza eterna (29).

Diritto fondamentale, dicevo, perché il fine della *salus aeterna* di ogni singola anima determina, da un lato il dovere primario di ogni uomo, di ogni battezzato in specie (30), di ricercare la propria salvezza eterna e, dall'altro, un diritto-dovere dei sacri Pastori, responsabili di questo dinanzi a Dio, di guidare i fedeli, loro affidati, verso tale finalità ultramondana (31).

Nell'ordinamento canonico diritto e dovere si presentano come facce di un'unica realtà; il principio del dovere primario di salvezza traduce il diritto fondamentale del fedele nel potere di disporre degli strumenti necessari per la sua realizzazione. Ne consegue che questi diritti ricompresi in questo diritto fondamentale « non hanno un contenuto soltanto negativo, giacché essi non si limitano esclusivamente ad una pretesa *erga omnes* all'astensione da illegittime turbative ..., ma essi hanno anche un contenuto positivo, nel senso che ad essi inerisce la facoltà di estrinsecare le fondamentali attività materiali o spirituali della persona umana per il perseguimento appunto del proprio fine fondamentale » (32).

In questo fondamentale diritto rientrano la maggior parte di quelli comuni a tutti i fedeli enunciati nel nuovo Codice,

(29) P. BELLINI, *Diritti fondamentali dell'uomo, diritti fondamentali del cristiano*, ora in P. B., *Libertà e dogma*, Bologna 1984, p. 139 ss.

(30) BELLINI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 135 ss.

(31) BELLINI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 142 ss.

(32) L. DE LUCA, *I diritti fondamentali dell'uomo nell'ordinamento canonico*, p. 96, cfr. anche da R. BOTTA, « *Bonum Commune Ecclesiae* » ed esercizio dei diritti fondamentali del fedele nel nuovo codice di diritto canonico, in *Studi in on. di P. Fedele*, Perugia 1984, p. 325.

come quello di ricevere i mezzi di salvezza dalla sacra gerarchia (can. 213) e quello di rivolgere a Dio il culto dovuto secondo le modalità del proprio rito, approvato dall'autorità ecclesiastica (can. 214), ma anche quelli enunciati nei canoni successivi, il diritto ad una educazione cristiana per meglio vivere il messaggio evangelico (can. 217), il diritto ad una 'giusta' libertà di ricerca e di studio delle scienze sacre (can. 218), quello di presentare alla sacra gerarchia le proprie necessità, soprattutto spirituali, e i propri desideri (can. 212,2). Accanto a questi diritti direttamente, immediatamente e imprescindibilmente legati alla *salus aeterna*, ricomprensibili nei *munera santificandi et docendi*, vanno considerati anche quelli relativi al *munus regendi*, cioè il diritto di promozione e sostentamento dell'azione di apostolato e proselitismo (cann. 211 e 216), quello di manifestare il pensiero su ciò che riguarda il bene della Chiesa e di renderlo noto agli altri fedeli (can. 212,3), il diritto di associazione (can. 215).

1.2. — Proprio perché la Chiesa non ha come fine primario quello di garantire la realizzazione dei diritti dei singoli, ma di assicurare la permanenza del mistero di Cristo nella Chiesa (33), tutti questi diritti, legati in modo diretto alla santificazione personale, devono essere esercitati in modo corrispondente alle finalità della comunità ecclesiale, il che comporta sia un limite di profilo interno: esercizio dei diritti funzionale al bene comune, sia di profilo esterno: esercizio dei medesimi secondo un'indicazione ed un *moderamen* rimessi alla sacra gerarchia (34). Questo *moderamen* è presente esplicitamente o implicitamente nell'enunciazione di tutti i diritti surricordati.

Il diritto all'educazione cristiana presuppone una larga discrezionalità sul contenuto e sulle modalità di tale insegnamento impartito su mandato dell'autorità ecclesiastica, e lo stesso dicasi per

(33) G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico dopo il codice del 1983*, Bologna 1985, p. 115.

(34) Cfr. C. MIRABELLI, *La protezione giuridica dei diritti fondamentali*, in *I diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, cit., p. 410 e R. BOTTA, « *Bonum Communae Ecclesiae* », cit., p. 328. Già in *Communicationes*, vol. VIII, n. 2, 1976, p. 87 il can. 223 aveva la dizione attuale cui precedeva anche la frase: « *In usu suorum iurium christifideles obsrevent oportet principium responsabilitatis personalis et socialis* ».

il diritto a ricevere i sacramenti, riferimento esplicito al *moderamen* si ha per il diritto al culto divino, secondo il proprio rito, per lo studio delle scienze sacre che deve essere 'giustamente' libero e sottomesso al magistero sacro; ancor più esplicito è il *moderamen* per i diritti connessi al *munus regendi* sia che riguardi l'attività di apostolato, che quella di consiglio e suggerimento, in ordine al bene comune, rivolti all'autorità ecclesiastica, sia per quel che concerne il diritto di associazione.

La logica e giustificazione di questo *moderamen* all'esercizio dei singoli diritti presuppongono alcune considerazioni concernenti la struttura e le caratteristiche del sistema entro cui esso deve operare.

È chiaro, innanzitutto, che ci troviamo di fronte ad un ordinamento (quello ecclesiale) impostato « in ragione di una ideologia di redenzione escatologica di derivazione rivelazionistica » (35) nel quale l'uomo non può essere visto semplicemente come un agente nella sua sola dimensione terrena, ma altresì come essere teso a una costante ricerca di salvezza in relazione alla sua vita ultraterrena. Tale ordinamento è concepito in modo da favorire il cammino umano verso la trascendenza, predisponendo gli strumenti più adatti per mantenere e stimolare la sua fede e « rimuovere gli ostacoli d'ordine sociale che la impediscono o raffrenano » (36).

La *societas ecclesia* presenta, quindi, una sua propria originalità che la distingue dalle società civili, e, se introduce nel proprio ordinamento concetti e categorie logiche degli ordinamenti temporali, essa rimane però chiaramente differenziata nei fini e quindi necessariamente nella propria struttura da essi, ne segue che questi concetti e categorie logiche dei diritti secolari necessariamente subiscono un ridimensionamento nel momento in cui si entra nell'ordinamento canonico e devono adattarsi alle peculiarità di quello.

Questi diritti hanno un fondamento ed una natura diversi da quella riconosciuta ad analoghi diritti nelle società civili; e questo per le obiettive differenze esistenti tra i due tipi di società, religiosa e civile, e per la diversa concezione del rapporto tra persona e comunità cui si ispirano i rispettivi ordinamenti.

(35) P. BELLINI, *Libertà dell'uomo e fattore religioso nei sistemi ideologici contemporanei*, ora in P.B. *Libertà e dogma*, cit., p. 61.

(36) BELLINI, *Libertà*, cit., p. 65.

Basti ricordare che nella *societas religiosa* non può esistere contrapposizione tra bene pubblico e bene privato perché « ogni fedele realizza il proprio destino personale nella partecipazione alla comunità ecclesiale dal momento che questa è stata istituita perché tutti e singoli uomini giungano alla salvezza » (37).

La comunità ecclesiale o *communio ecclesiae* è basata su di un *vinculum cultus, fidei et disciplinae* che assurge a prima finalità della *societas Ecclesia*. L'instaurazione ed il mantenimento tra i singoli e tra i singoli e la gerarchia della *communio* costituisce un dovere primario cui ogni fedele è tenuto, proprio per il raggiungimento della *salus aeterna*, suo dovere fondamentale. Dovere primario di ognuno, dal semplice battezzato al vescovo, cui corrisponde un dovere, specifico della sacra gerarchia, di reggere il popolo di Dio e la Chiesa in modo tale da garantire il mantenimento della comunione ecclesiastica.

Da queste considerazioni scaturisce anche la risposta ai rilievi fatti da Colella (38) circa l'incidenza del *moderamen* esercitato dall'autorità gerarchica sui diritti dei fedeli. Egli avverte che questi diritti difficilmente possono essere configurati come « veri e propri diritti intersubiettivi del singolo » e che le « aspirazioni di giustizia e d'intervento dei singoli sono ancora troppo lasciati alle concezioni discrezionali dell'autorità ecclesiastica e dipendono sempre da questo buon volere le concessioni di esercizio dei *munera autoritativa* delle medesime con il pericolo di giustificare abusi e anche di non promuovere quell'armonico sviluppo di una normativa che considera l'uomo come portatore oltre che di doveri e di obblighi anche di valori, di facoltà, di responsabilità e di diritti che l'ordinamento giuridico deve garantirgli in tutte le relazioni intersubiettive ».

(37) FELICIANI, *Le basi*, cit., p. 114. Scrive BOTTA, « *Bonum commune Ecclesiae* » cit., p. 323: « Non esiste nella Chiesa quella 'bipolarità correzionale' tra fedele e autorità che esiste, invece, tra cittadino e stato: il popolo di Dio si riconosce nell'unità, nella comune dignità dei suoi membri, nella radicale eguaglianza che vige tra tutti nell'edificazione del corpo di Cristo. È questo l'insegnamento del Concilio, è questo il piano normativo del nuovo *codex* che abbandona le suggestioni 'statualistiche' presenti nell'architettura del codice pio-benedettino ».

(38) P. COLELLA, *La libertà religiosa nell'ordinamento canonico, seconda edizione riveduta ampliata e aggiornata sulla base della nuova codificazione canonica*, Napoli 1984, p. 88.

Ora proprio a causa della natura stessa della Chiesa e, di conseguenza, del suo ordinamento giuridico, finalizzati alla *salus aeterna animarum*, a causa del dovere primario che spetta alla sacra gerarchia di tutelare il mantenimento del *vinculum cultus*, del *vinculum fidei* e del *vinculum disciplinae*, cioè della comunione ecclesiastica, strumento visibile di salvezza, le garanzie invocate dal Collella non possono presentarsi se non funzionali alla finalità stessa della Chiesa.

È stato più volte rilevato, del resto, che per quanto attiene ai diritti riconosciuti ai fedeli, in quanto tali, nessuno di essi può essere considerato antecedente all'ingresso nella *Ecclesia*, tramite il battesimo, né inerente alla persona al di fuori della Chiesa stessa; ne consegue che: « Christifidelis ... nunquam intellegi potest in oppositionem ad Ecclesiam, ut erga eam sua iura affirmet et vindicet, sed in adimptione fideli suorum iurium ut Ecclesia in qua et de qua vivit aedificetur » (39).

Ne segue che, in eventuale contrasto tra esercizio di un diritto da parte di un singolo e *periculum peccati* con conseguente perdita della comunione ecclesiastica, è l'esercizio del diritto che deve venir meno, in quanto si porrebbe come atto *irrationalis*.

Quindi, per queste esigenze primarie e trascendenti all'ordinamento, nessun diritto può essere considerato assoluto e illimitatamente esercitabile salvo quello, che è a base della salvezza eterna stessa, cioè di ricevere la vera fede, ricomprensibile in quello più vasto e fondamentale, di *recipere quae necessaria sint ad salutem aeternam*.

Un'interpretazione di questi diritti in chiave puramente individualistica sarebbe smentita, non solo dall'enunciazione esplicita e implicita del *moderamen* ecclesiastico nei singoli canoni, ma anche dal can. 223 c.i.c. che chiude e suggella il titolo « De omnium Christifidelium obligationibus et iuribus », dove si afferma che l'*exercitium iurium* è apertamente subordinato al *bonum commune Ecclesiae*.

Certo non sarà facile definire, sia in astratto con l'enuncia-

(39) G. GHIRLANDA, *De obligationibus et iuribus christifidelium in comunione ecclesiali deque eorum adimptione et exercitio*, in *Periodica de re mor. can. lit.*, 1984, p. 374.

zione di una regola generale, sia in concreto, i singoli casi, il giusto equilibrio tra le esigenze della *salus aeterna animarum*, o anche dell'anima del soggetto cui venga moderato o limitato l'esercizio dei diritti, e la tutela dell'attuazione dei diritti stessi.

Questo esercizio non potrà essere regolato dall'autorità ecclesiastica se non « entro i confini di una competenza che non può mai esorbitare nell'arbitrarietà e nella strumentalizzazione » (40); lo stesso legislatore, del resto ha dato un'indicazione, al can. 18, affermando che le leggi statuenti una pena e limitative dell'esercizio dei diritti « *stricte subsunt interpretationi* ».

Una garanzia all'esercizio dei diritti si può certamente rinvenire nel can. 221,1, là dove si parla appunto della tutela giudiziaria accordata ai diritti stessi.

Del resto la difficoltà di conciliare i diritti dei singoli e le prerogative dell'autorità, accentuata dall'importanza della materia, si riscontra in ogni azione di governo quando occorra mediare tra interessi contrapposti facenti capo a singoli o collettività e interesse generale dell'ordinamento (41).

1.3. — Un'ulteriore considerazione in materia riguarda il rapporto tra situazioni giuridiche attive e passive che caratterizza, in modo peculiare, l'ordinamento canonico, giacché l'attività ecclesiastica nel compimento delle sue funzioni poggia su due concetti, ciascuno, reciprocamente, attivo e passivo.

Da una parte c'è il diritto dei fedeli a ricevere dalla Chiesa *quae necessaria sint ad salutem*, e, correlativamente, il dovere di ogni fedele di porre in essere i presupposti individuali perché l'attività svolta a quel fine dalla *Ecclesia* possa produrre la *salus aeterna*; dall'altra il dovere e, correlativamente, il diritto che compete alla Chiesa, e perciò ai suoi organi, di distribuire, *ad normam iuris*, i mezzi di grazia, gli strumenti di salvezza necessari ad assicurare la realizzazione del fine trascendente per cui la Chiesa stessa è stata istituita.

In altre parole, nell'ordinamento canonico situazioni giuridi-

(40) BOTTA, *op. cit.*, p. 331.

(41) P. CIPROTTI, *Relazione al II Congresso internazionale di diritto canonico. Persona e ordinamento. Terza tavola rotonda*, in *Persona e ordinamento nella Chiesa*, Milano 1975, p. 296. Cfr. anche BOTTA, « *Bonum commune Ecclesiae* », *cit.*, p. 374.

che di vantaggio per un soggetto e conseguenti situazioni giuridiche di svantaggio per un altro soggetto sono condizionate e correlate perché necessariamente funzionali alla realizzazione del fine primario e trascendente della Chiesa e dei singoli soggetti.

Anche nel diritto canonico al titolare di una situazione giuridica attiva è permesso di comportarsi in modo da attuare il proprio interesse e di pretendere una prestazione di fare o di dare da parte di chi è nella situazione giuridica passiva corrispondente.

La situazione giuridica attiva, attribuita dalla normativa, si realizza attraverso il potere di comandare per attuare l'interesse tutelato tramite l'altrui obbedienza al comando. La manifestazione della volontà esce dal soggetto e si pone in riferimento all'attività dovuta dall'altro soggetto.

Quando l'interesse tutelato è quello del soggetto attivo siamo dinanzi ad un diritto soggettivo; altrimenti quando l'interesse tutelato è altrui la situazione soggettiva si configura piuttosto come potestà, cioè potere di comandare per l'attuazione di un interesse altrui.

Nella Chiesa in cui i sacri Pastori sono investiti della *potestas santificandi, docendi et regendi* e sono anche i soggetti passivi del diritto soggettivo dei fedeli al recepimento dei mezzi di salvezza c'è una intersecazione di situazioni giuridiche attive: *diritto* dei fedeli a recepire i beni spirituali, quelli stessi che i Pastori hanno il *potere* di conferire per la tutela dell'interesse dei fedeli medesimi.

E ancora il rapporto tra gerarchia e fedele si configura sotto due aspetti: « come relazione di obbedienza (posizione giuridica di soggezione) e come relazione di servizio dell'organizzazione ecclesiastica rispetto al fedele. L'obbedienza e la posizione giuridica di soggezione non esprimono i rapporti tra autorità e suddito, come nell'ordinamento statale », bensì come obbedienza funzionale perché gli stessi sacri Pastori si presentano come strumenti per la realizzazione del fine trascendente della Chiesa (42).

Un'ultima considerazione: certi diritti, come quello di conoscenza della dottrina e morale cattolica comune a tutti i *Christifideles*, si trasformano in doveri per i chierici, in quanto essi debbono, per la loro missione istituzionale nella Chiesa, insegnarle e spiegarle agli altri fedeli.

(42) F. BOLOGNINI, *Profili giuridici sull'opinione pubblica nell'ordinamento della Chiesa*, Milano 1983, p. 31.

1.4. — Il legislatore ha posto il principio d'uguaglianza (can. 208) all'inizio dell'elencazione dei doveri e dei diritti di tutti i fedeli; ciò ha fatto ritenere che da tale principio scaturisca « la dottrina dei diritti fondamentali del fedele, che è uno degli elementi più importanti per la concezione moderna del diritto costituzionale canonico, e che si concretizza in un sistema di riconoscimento di tutela e di promozione dei diritti fondamentali della Chiesa » (43).

A me pare che occorra subito precisare che il can. 208 non enuncia un principio generale di eguaglianza cui sono soggetti tutti i fedeli; ma parla di eguaglianza nella dignità e nell'agire e in forza di questa eguaglianza tutti cooperano all'edificazione del *Corpus Christi*, secondo la condizione e i compiti di ciascuno. Nel canone si fanno queste affermazioni.

Si riprende e sanziona il principio ecclesiologico, ribadito dai Padri del Vaticano II, in base al quale vi è una eguale dignità di ogni *Christifidelis*, conferita con il battesimo, atto costitutivo della figliolanza divina, indipendentemente dalle funzioni esercitate nella Chiesa e dallo *status* personale di ciascuno (44). Questo principio si trova enunciato in special modo nel n. 32 della *Lumen Gentium*: « Uno solo è ... il popolo di Dio: — un solo Signore, una sola fede, un solo battesimo — comune è la dignità dei membri per la loro rigenerazione in Cristo ... nessuna ineguaglianza, quindi, in Cristo e nella Chiesa per riguardo alla stirpe o alla na-

(43) T. BERTONE, *Fedeli, laici, chierici e costituzione gerarchica* in *La normativa del nuovo Codice*, a cura di E. CAPPELLINI, Brescia 1983; P. J. VILADRICH, *La distinzione essenziale Sacerdozio comune - Sacerdozio ministeriale e i principi di eguaglianza*, in *Il dir. eccl.*, 1972, I, p. 127. Sull'eguaglianza nella *Lex fundamentalis* cfr. anche A. RAVA', *Un pontificato, un concilio, una costituzione: da Giovanni XXIII al progetto della « Lex fundamentalis Ecclesiae »* in *Il dir. eccl.*, 1972, I, p. 82.

(44) Secondo G. PIANA, *Note sull'ecclesiologia del nuovo codice di diritto canonico*, in *Hermeneutica*, 3, 1984, p. 158. « L'accento posto sul primato del popolo di Dio, inteso come comunità di vita teologale, cioè di fede, speranza e carità, e come sacramento di salvezza per l'intero genere umano, obbligava ad una revisione e ristrutturazione dell'ordine tradizionale del Codice, dando luogo ad un'articolazione nuova delle diverse parti. Si assiste così all'affermazione dell'esistenza di un unico stato di *christifidelis*, i quali partecipano collegialmente della triplice funzione sacerdotale, profetica e regale. La distinzione tra chierici, religiosi e laici non è, di conseguenza, più fondata sullo stato giuridico, ma unicamente sul concetto ministeriale e funzionale di servizio; mentre magistero ecclesiastico e azione sacramentale vengono presentate come forme particolari di servizio al popolo di Dio ».

zione, alla condizione sociale o al sesso, poiché non c'è giudeo né greco, non c'è né schiavo né libero, non c'è né uomo né donna: 'tutti voi siete in Cristo Gesù' ».

Una seconda affermazione è che l'eguaglianza attiene la dignità e l'azione comune dei *Christifideles* ciò non vuol dire che tutti i battezzati compiano le medesime azioni, in ordine alla realizzazione della Chiesa, ma che le azioni differenti proprie del diverso ruolo che hanno i fedeli nella Chiesa sono egualmente degne e concorrenti all'edificazione del *Corpus Christi*. Cioè l'eguaglianza è funzionale alla dignità dell'azione salvifica, non all'azione salvifica stessa che viene effettuata (si chiarisce subito) secondo la condizione e i *munera* di ciascuno.

Non mi sembra, pertanto, di poter condividere quanto criticava Viladrich (45) a proposito del can. 10 dello *Schema* di *Lex fundamentalis*, ripreso quasi alla lettera dal can. 208 C.I.C. (46); sosteneva l'A., infatti, che il contenuto della dichiarazione conciliare era l'uguaglianza radicale di ogni fedele poiché (indipendentemente dalle funzioni esercitate) per il solo battesimo è attribuita a tutti la medesima azione di edificazione del Corpo di Cristo (47).

(45) P. J. VILADRICH, *La declaración de derechos de los fieles*, in *El proyecto de ley fundamental de la Iglesia*, Pamplona 1971, p. 125 ss.

(46) Il testo dello schema della L.E.F. diceva: « Etsi eorum quidam ex voluntate Christi ut doctores, mysteriorum dispensatores et pastores pro aliis constituuntur, inter Christifideles omnes quippe qui ex divina dignatione fratres sint in Christo, vera viget aequalitas quoad dignitatem et quoad actionem qua cuncti, unusquisque quidem secundum propriam conditionem, ad aedificationem Corporis Christi cooperantur; nec ulla adest inter eos inaequalitas ratione stirpis vel nationis, conditionis socialis vel sexus »; il can. 208 del C.I.C. statuisce: « Inter Christifideles omnes ex eorum quidem in Christo regeneratione, vera viget quoad dignitatem et actionem aequalitas, qua cuncti, secundum propriam cuiusque conditionem et munus, ad aedificationem Corporis Christi cooperantur ».

(47) Tra gli ultimi COLELLA, *op. cit.*, p. 72 ss. rileva che in base ai documenti conciliari, a tutti i fedeli « debba essere riconosciuta una completa e piena eguaglianza nell'ordinamento canonico ed una conseguente condizione di effettiva parità » con il definitivo superamento della « vecchia e tradizionale concezione gerarchica e clericale della chiesa istituzionale e visibile concepita come 'societas inaequalium in qua alii ab aliis subordinantur' ». Il can. 208 va letto pertanto nel senso che ciascun fedele, in forza della sostanziale eguaglianza dei figli di Dio, possa e debba realizzare la Chiesa di Cristo secondo la propria condizione giuridica, superando la vecchia dicotomia tra membri attivi e membri passivi. Pur ovviamente prevedendo un'organizzazione gerarchica l'A. sottolinea che l'esercizio dei *tria munera docendi, santificandi e*

Ritengo, invece, che il canone, indipendentemente dai diversi significati che può avere l'azione del fedele nella realizzazione del regno di Dio, abbia voluto porre l'accento sulla diversità di funzione proprie di ciascun battezzato, secondo l'impegno ecclesiale che si è assunto e gli specifici *munera* affidatigli, e che il principio di eguaglianza proprio perché funzionale alla realizzazione del *finis Ecclesiae*, ammetta quella distinzione di compiti e di azioni contemplate ed indicate nello stesso diritto divino positivo, che i canoni successivi prevedono sull'organizzazione della Chiesa, sui compiti dei chierici e dei laici, sul ruolo delle persone di vita consacrata.

Vi è sì nella Chiesa un'eguaglianza fondamentale e radicale tra tutti i suoi membri ma la Chiesa è una *communio* sia spirituale, sia istituzionale; vi è una vera eguaglianza circa la dignità, vi sono diritti e doveri comuni a tutti, i quali tuttavia sono da adempiersi ed esercitarsi in modo diverso, sì che tra i fedeli c'è anche diseguaglianza (48).

La struttura fondamentale della Chiesa è carismatico-istituzionale (49); attraverso il battesimo tutti ricevono la figliolanza divina, ma ciascuno deve vivere ed operare secondo il proprio impegno ecclesiale e le funzioni che sono connesse a quell'impegno. Rileva Ghirlanda « tota Ecclesia in se ipsa ex varis ordinibus conflatur iuxta charismata et ministeria quae ex illis fluunt, et diversae condiciones iuridicae non sunt quid pure legale, sed theologale, scilicet expressio in sphaera vitae institutionalis visibilis Ecclesiae uniuscuiusque vocationis, ideoque suae ipsius relationis interioris cum Deo » (50).

Ulteriore riprova della diversità di azione si riscontra anche in relazione all'impegno ecclesiale delle persone di vita consacrata.

Se è vero che tutti sono chiamati alla salvezza ultramondana è vero anche che alcuni sono tenuti solo ai precettori necessari alla salvezza: laici e chierici; altri, invece, all'ottemperanza dei consigli evangelici, a causa di uno specifico impegno giuridico, in funzione

regendi, viene dopo « la partecipazione di tutti al servizio sacerdotale, profetico e regale di Cristo » e che questi *munera* sono concepiti e strutturati in funzione ed al servizio della Comunità.

(48) Cfr. GHIRLANDA, *op. cit.*, p. 342.

(49) GHIRLANDA, *op. cit.*, p. 342 e bibliografia ivi cit. nonché il riferimento alla *Lumen Gentium*, n. 12.

(50) GHIRLANDA, *op. cit.*, p. 342.

della loro perfezione cristiana; ne consegue che questo principio d'eguaglianza che presuppone già diversità di funzioni e compiti nella Chiesa — distinzioni connesse alla natura stessa dell'individuo: uomo, donna, laico o chierico — ammette anche un'ulteriore distinzione in funzione della stessa finalità suprema e ultramondana dei soggetti a seconda che siano destinati solo alla salvezza eterna o anche alla perfezione evangelica e questa distinzione, si noti, è tanto più importante in quanto attiene proprio all'aspetto metagiuridico che viene assunto come elemento di pari dignità.

Non c'è, nel nuovo codice, la fine della *società inaequalis* descritta dal codice del 1917, imperniata sul rigido *discrimen* tra chierici e laici, principio di diritto divino, lo stesso nuovo codice afferma al can. 274,1 che solo i chierici possono ricoprire quegli uffici ecclesiastici per l'esercizio dei quali occorra la *potestas ordinis* o la *potestas regiminis ecclesiastici* (51). Un dato sembra però evidente — come rileva P. Grossi — « si insiste più sulle identità e sulle comunanze che sulla diversità e si pone al centro della Chiesa, anche della Chiesa giuridica, della Chiesa istituzionale, la colonna portante di questo generico cittadino della città sacra contrassegnato né dalla clericità, né dalla laicità ma soltanto dalla fede in Cristo e nella salvezza in grazia di Lui. Clericità e laicità vengono dopo. La Chiesa ha innanzitutto bisogno di questa funzione unitaria — il popolo di Dio —, unitaria perché costruita sull'unicità della fede, sull'unicità dello strumento sacramentale del battesimo » (52).

(51) P. BONNET, « *Habere pro conditione dignitatem libertatemque filiorum Dei* », in *Il dir eccl.*, 1981, I, p. 606 ss., rileva che tutti i Christifideles sono chiamati al reggimento della finalità suprema della Chiesa indicato dai Padri del Vaticano II nel 'Regnum Christi ubique terrarum dilatando ad gloriam Dei Patris' da ciò consegue che 'vige ... nella Chiesa fra tutti i battezzati una straordinaria eguaglianza fondamentale molto ben determinata, ma non per questo ristretta, abbracciando in modo davvero integrale e completo l'intera ricchissima vita che si svolge all'interno della comunità ecclesiale. Pur esistendo delle diversificazioni in base ai compiti ed impegni ecclesiali di ognuno questa eguaglianza non viene compromessa, anzi se mai esaltata ». A me sembra che queste asserzioni abbiano un riflesso soprattutto teologico, ecclesiale, in quanto questa eguaglianza nella dignità delle azioni di ciascun fedele ammette sul piano giuridico tali diversità di obblighi e diritti giustificati nello *ius divinum positivum* che nella realtà non si può parlare della vigenza di un principio di eguaglianza per quanto attiene l'ambito prettamente giuridico.

(52) P. GROSSI, *Novità e tradizione nel diritto sacro*, in *Il foro it.*, 1983, p. 177 della parte quinta.

Conseguenza di ciò sarà anche l'orientamento dell'esercizio della *potestas regiminis* (legislativa, esecutiva e giudiziaria) alla realizzazione concreta dell'eguale dignità dei fedeli, sempre appunto nelle loro azioni di cooperazione alla realizzazione del *Corpus Christi* (53), tenendo presente però, che la sua applicabilità è limitata dal diritto divino positivo, come nel caso dell'esclusione delle donne dall'ordine sacro (can. 1202) (54) o dei laici dalla *potestas regiminis* (can. 129).

Terza affermazione è che questo principio d'uguaglianza, basato sul dato teologico, attiene alla realizzazione del Corpo di Cristo, cioè alla funzione salvifica, ai diritti e doveri ancorati allo *ius divinum positivum*, ai *tria munera santificandi, docendi et regendi*, non anche ai diritti facenti capo al diritto divino naturale per i quali varrà un altro principio d'uguaglianza.

Questo secondo principio d'uguaglianza, seppur non esplicitamente menzionato, sembra presupposto da alcune norme e trova riscontro in un documento del Vaticano II. La *Gaudium et Spes*, n. 8, afferma che: « avendo tutti gli uomini dotati di un'anima razionale ed essendo creati ad immagine di Dio, la stessa natura e la stessa origine, e poiché, da Cristo redenti, godono della stessa vocazione e dello stesso destino divino, è necessario riconoscere ognor più la fondamentale uguaglianza fra tutti ... ogni genere di discriminazione nei diritti fondamentali della persona, sia in campo sociale che culturale, in ragione del sesso, della stirpe, del colore, della condizione sociale, della lingua e religione deve essere superata ed eliminata come contraria al disegno di Dio ». Sono principi, questi, di diritto divino naturale, non solo rivolti alla comunità politica, ma anche validi per l'ordinamento della Chiesa, subordinato anch'esso al diritto divino naturale fin quando quest'ultimo non si trovi in contrasto con specifiche statuizioni del diritto positivo.

(53) MIRABELLI, *La protezione giuridica*, cit., pp. 416-417.

(54) Circa il divieto di conferire il sacerdozio ministeriale alle donne cfr. la Dichiarazione della S. Congregazione per la dottrina della Fede del 15.X.1976, in *Communicationes*, 1977, p. 36 ss.; cfr. anche G. BARBERINI, *L'ordinamento della Chiesa e il pluralismo dopo il Vaticano II*, Perugia 1979, p. 63; COLELLA, *La libertà religiosa*, cit. p. 114 ss. e bibl. ivi cit.; sulla possibilità delle donne di leggere la Sacra Scrittura durante la celebrazione eucaristica cfr. F. J. URRITIA, *De quibusdam questionibus ad librum primum codicis pertinentibus*, in *Periodica de re mor. can. lit.*, 1984, p. 301 ss.

Un'applicazione di questo principio può vedersi, ad esempio, nella sostanziale equiparazione, fatta dal legislatore, ai fini processuali, dei patroni di parte con il promotore di giustizia ed il difensore del vincolo; in linea con il medesimo principio è anche il can. 1649 (55) che si preoccupa di rinviare ad una successiva normativa particolare la precisazione dei requisiti per la concessione del gratuito patrocinio; solo dando a tutti la possibilità di stare in giudizio si impedisce una sostanziale disuguaglianza tra i fedeli; ugualmente il can. 1490 prevede che in ciascun tribunale si costituiscano, per quanto è possibile, patroni stipendiati dal tribunale stesso i quali esercitino l'incarico di avvocati e procuratori, nelle cause soprattutto matrimoniali, per le parti che vogliano sceglierli, ciò sembra modificare quanto stabilito dalla legge precedente, per cui nelle cause di gratuito patrocinio l'avvocato otteneva il mandato dal giudice e non dalla parte (56), ponendo un grave ed ingiustificato *discrimen*, in ordine al conferimento del mandato, tra parti abbienti e no.

Un'applicazione integrale del principio d'eguaglianza avrebbe dovuto giungere a sovvertire il tradizionale principio penalista canonico che commisura la gravità del reato alla dignità ed ufficio della persona offesa, principio riscontrabile ancora nel can. 137, che prevede, appunto, diversità di pena a seconda che l'offeso sia il papa, un vescovo, un chierico, un religioso o un laico.

Altre disuguaglianze, difficilmente sostenibili anche in base ad un principio di ragionevolezza, sono riscontrabili nel can. 1572,1, che mantiene fermo il principio dell'attendibilità della testimonianza legata alla condizione ed onestà della persona, ed il can. 230 che riserva ai soli *viri laici* l'affidamento in modo stabile, con rito liturgico, del ministero di lettore e di accolito.

(55) Can. 1649: «Episcopus, cuius est tribunal moderari, statuat normas: ... de gratuito patrocinio vel expensarum diminutione concedendis». Già C. GULLO, *Diritto di difesa o difesa del diritto? (Analisi critica della legislazione e della giurisprudenza canoniche sul diritto di difesa)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1977, p. 296, aveva rilevato che norme precise e non derogabili del gratuito patrocinio erano indispensabili per tutelare la fondamentale eguaglianza tra i fedeli.

(56) Rileva GULLO, *op. cit.*, p. 297 che «in base alla legislazione vigente, nelle cause di gratuito patrocinio, l'avvocato ottiene il mandato dal giudice, non dalla parte. Questa normativa ... tutela molto dubbiamente il diritto di difesa della parte, in quanto manca ciò che sta alla base di qualsiasi rapporto tra avvocato e parte: il rapporto fiduciario».

In questo caso non è prevedibile nessun *moderamen* (come avviene per il principio d'uguaglianza, motivato da ragioni ultramondane) l'inapplicabilità può solo derivare da espresse normative in proposito che ne escludano l'applicazione meccanicistica, in base ad un principio di ragionevolezza e di tutela di principi di diritto divino positivo.

L'assenza di un sindacato supremo nella funzione legislativa e un'inesplorata possibilità della giurisprudenza dei tribunali ecclesiastici di far valere questo principio non permette di trarre ulteriori considerazioni.

1.5. — Connessi al *munus santificandi* sono quei diritti che attengono, in modo primario, al recepimento della Grazia ed all'esercizio della propria spiritualità attraverso il culto secondo il proprio rito.

1.5.1. — A proposito del diritto a ricevere i sacramenti va detto, innanzi tutto, che esso è sottoposto a modalità per lo più ordinate a far presente nel suscipiente l'importanza dell'atto sacramentale, le conseguenze d'ordine teologico e giuridico che ne discendono ad accertare la conveniente preparazione e disposizione d'animo.

Discorso analogo vale anche per gli altri beni spirituali: indulgenze, sepoltura ecclesiastica (57), il cui conferimento è condizionato all'esistenza di determinati presupposti idonei a provare la volontà di riceverli e l'adempimento degli oneri prescritti.

Correlato al diritto di ricevere i sacramenti sta il dovere della sacra gerarchia di amministrarli (58). È un obbligo che incombe su tutti i Pastori o *ex caritate*, o, *ex iustitia*: *ex caritate* per coloro che non hanno cura di anime, *ex iustitia* per tutti gli altri, giacché quando sono investiti del *munus* pastorale « *tacite seu quasi-*

(57) Tra i sacramentali vanno annoverate le esequie ecclesiastiche che il codice al can. 1176 configura come diritto comune a tutti i fedeli defunti, e anche dei catecumeni (can. 1183); in questo caso, ugualmente, la concreta attuazione del diritto è rimessa all'autorità ecclesiastica (cann. 1183 e 1184) che valuta in base al dettato normativo l'esistenza delle condizioni richieste.

(58) Il can. 841,1, afferma « Ministri sacri denegare non possunt sacramenta iis qui opportune eadem petant, rite sint dispositi, nec iure ab iis recipiendis prohibeantur ».

contractu sese obligant ad varia munia obeunda et ideo etiam ad sacramenta administranda » (59).

La funzione o *munus santificandi* viene esercitata innanzi tutto dai vescovi, dispensatori e moderatori dell'attività liturgica, dai sacerdoti, sotto l'autorità del vescovo, in quanto consacrati per celebrare il culto divino e santificare il popolo di Dio, dai diaconi che partecipano anch'essi al culto come anche i fedeli, in modo diverso e differenziato, infine in modo speciale partecipano alla stessa funzione liturgica i coniugi in quanto conducono una vita coniugale secondo lo spirito cristiano e attendono all'educazione cristiana dei figli (can. 835 C.I.C.).

La dottrina canonista, quando ha affrontato il tema dell'obbligo di amministrare i sacramenti ha evidenziato l'aspetto morale dell'obbligazione « Certum est » scrive Cappello (60) « qui in pastorali munere sunt constituti, per se teneri sub [peccato] gravi et quidem ex iustitia sacramenta administrare subditis rationabiliter petentibus », approfondendo la casistica relativa all'esistenza e gravità del peccato per omissione; nulla al contrario sull'inadempimento dal punto di vista giuridico e sull'eventuale diritto riconosciuto ai fedeli di pretendere l'amministrazione dei sacramenti stessi.

Il codice pio-benedettino aveva una sola norma espressa (can. 970), ripresa dal codice attuale (can. 1030), in cui si afferma che il vescovo poteva interdire l'accesso all'Ordine sacro per una causa canonica « salvo iure recursus ad Sanctam Sedem ». Il codice attuale parla invece di ricorso *ad normam iuris* non più, a mio avviso, un ricorso solo gerarchico, ma anche un'azione giudiziaria garantita dal diritto alla tutela giurisdizionale di cui al can. 221.

In particolare va rilevato che l'uomo che ha aderito alla fede cristiana ha diritto di essere battezzato, e l'uomo che ha ricevuto il battesimo acquista il diritto fondamentale agli altri sacramenti. Questo diritto rimane nel fedele fino a quando costui conservi la comunione con la Chiesa, per cui tutto ciò che ostacola la comunione ecclesiale (eresia, scisma, sanzione penale, peccato grave) ostacola anche l'esercizio del diritto ai sacramenti.

La *ratio* è che i sacramenti sono atti di Cristo e della Chiesa, solo coloro che accettano la Chiesa come « comunità di fede, di speranza e di carità; organo visibile ... società costituita di organi ge-

(59) F. CAPPELLO, *De sacramentis*, Torino 1962, p. 45.

(60) CAPPELLO, *op. cit.*, p. 45.

rarchici e Corpo di Cristo » (*Lumen Gentium*, 8) possono partecipare alle celebrazioni sacramentarie. Coloro che, in altre parole, sono legati da un vincolo di comunione con la Chiesa, uniti cioè da un *vinculum cultus, fidei et disciplinae*, sono aperti alla Grazia e disponibili alla missione che i sacramenti conferiscono (61).

La recezione del battesimo postula la professione della fede cattolica, l'intenzione di adempiere le obbligazioni della vita cristiana e il dolore dei peccati (can. 865), chi non intende adempiere tali obbligazioni non ha il diritto al battesimo (62). Per la confermazione si richiede, da chi ha l'uso di ragione, la volontà di ricevere il sacramento e di rinnovare le promesse battesimali (can. 889,2).

A norma del can. 912 ogni battezzato può essere ammesso all'Eucaristia a meno che non ne abbia la proibizione dal diritto, come gli scomunicati, gli interdetti dopo l'irrogazione o dichiarazione della pena e gli altri che ostinatamente perseverano in peccato grave e manifesto, sempre salvaguardando la buona fama dei medesimi (63).

Per la penitenza va rilevato che solo chi adempie l'obbligo di confessare i peccati e ha il proposito di emendarsi ha il diritto all'assoluzione. Anche il diritto a ricevere l'estrema unzione incontra un limite nell'ostinata permanenza in grave peccato.

Per l'ordine sacro va detto che non si può parlare di un vero diritto alla sua ricezione, dato che è rimessa all'autorità ecclesiastica la valutazione discrezionale dell'autenticità della vocazione divina, solo l'autorità ecclesiastica ha il diritto di ammettere agli ordini sacri (64).

Quanto al sacramento del matrimonio il can. 1058 C.I.C. afferma che tutti possono contrarlo a meno che la normativa non lo proibisca espressamente.

Al principio generale di uno *ius connubii* in favore di ogni uomo si uniscono delle norme specifiche relative alla necessaria preventiva preparazione dei nubenti, alla capacità giuridica dei con-

(61) F. COCCOPALMERIO, *Comunione ecclesiale e struttura del diritto a partecipare ai sacramenti*, in *La scuola cattolica*, 1974, p. 750 ss.

(62) GHIRLANDA, *op. cit.*, p. 358, fa il caso di un poligamo il quale non voglia vivere in un matrimonio monogamico, costui non ha diritto al battesimo.

(63) GHIRLANDA, *op. cit.*, p. 359.

(64) GHIRLANDA, *op. cit.*, p. 363.

traenti e agli impedimenti, alla tematica consensuale e alla forma.

Si tratta di norme inabilitanti come quelle relative all'impotenza *coëundi* o gli altri impedimenti (vincolo, ordine sacro, *crimen* ecc.) e alla stessa forma di celebrazione (*impedimentum clandestinitatis*) in cui l'inabilitazione si concretizza in mancanza di legittimazione. Altre norme limitatrici dello *ius connubii* sono quelle legate alla capacità naturale del soggetto agente, all'imputabilità morale e giuridica dell'atto umano, cioè quelle che condizionano la sua validità alla *debita scientia* e alla *deliberata voluntas*. Il matrimonio, contratto elevato alla dignità di sacramento, fa propri i requisiti di ogni atto giuridico (cann. 1095 - 1096 e seguenti).

Si potrebbe obiettare che l'impossibilità di contrarre matrimonio tra i cui fini c'è anche il *remedium concupiscentiae*, per coloro che sono incapaci di assumere gli *onera matrimonii*, in special modo quelli relativi alla fedeltà reciproca, all'indissolubilità, all'eterosessualità, lascerebbe ancora più esposti al peccato proprio le persone che per loro caratteri patologici hanno maggior bisogno del matrimonio stesso.

Io ritengo che la moralità di ogni atto umano, la responsabilità del soggetto agente, è strettamente condizionata alla libertà di scelta ed in certi casi la turbazione psichica limita, se non esclude, la colpevolezza; l'incapacità giuridica in *re matrimoniali* di certe persone presuppone la loro limitata responsabilità morale.

Altri limiti al generale *ius connubii* sono rinvenibili nel can. 1071 in cui si afferma, che, salvo il caso di necessità, senza l'autorizzazione dell'ordinario, non può essere celebrato matrimonio tra *vagi*, o quando quel matrimonio non possa essere riconosciuto dalle leggi civili territoriali, o quando, infine, uno dei nubenti non abbia adempiuto agli obblighi verso l'altra parte o i figli di un precedente matrimonio. Di queste potenziali limitazioni è senza dubbio più grave quella della rispondenza del matrimonio canonico a quello civile, perché si fa dipendere l'amministrazione di un sacramento anche da una legge civile, e non da un motivo religioso.

1.5.2. — Il can. 214 sancisce il diritto comune a tutti i fedeli di rendere a Dio un culto secondo le disposizioni del proprio rito approvato dai legittimi pastori della Chiesa e di seguire un proprio metodo di vita spirituale, conforme alla dottrina della Chiesa. Più che di due diritti sembra meglio parlare di un diritto alla propria spiritualità che ha tra i necessari corollari quello dell'uso di un pro-

prio specifico rito. Questi diritti nascono dalla stessa struttura carismatico-istituzionale della Chiesa, giacché la spiritualità è un modo reale di partecipare al mistero di Cristo, sia come singoli, sia come associati, e il rito deve essere inteso come manifestazione specifica e differenziata di spiritualità.

Dato che questi diritti, così come sono enunciati, fanno parte anche del redigendo codice per le Chiese orientali ritengo che per *riti* non si debba solo intendere liturgia, cerimonia liturgica, quali oggi sono i riti della Chiesa latina (romano, ambrosiano, mozarabico, quelli di alcuni ordini religiosi), ma anche le organizzazioni giuridiche di porzioni del popolo di Dio, come sono i riti orientali, caratterizzati da proprie norme liturgiche e disciplinari, tali da qualificarsi come chiese particolari (così definite dal n. 4 del Decreto *Orientalium Ecclesiarum*).

A mio avviso, poi, la norma ipotizza la creazione, sia nella Chiesa latina che in quelle orientali, di altri riti-organizzazione (riti *sui iuris*) in aggiunta a quelli già esistenti, la cui costituzione non postuli necessariamente una *universitas personarum*, legata a presupposti etnici o territoriali, ma anche individuata per peculiari condizioni storico-religiose (si pensi ad esempio al ritorno nella comunione romana della Chiesa vetero-cattolica o degli 'anglicani') ed, infine, anche determinata da opzioni volontarie connesse al perseguimento di un proprio metodo di vita spirituale.

Le argomentazioni a favore di quest'ultima ipotesi sono, invero, poche e indirette.

Se è vero che i riti orientali, *sui iuris*, in quanto chiese particolari, esprimono la spiritualità di un popolo o di un territorio, è anche vero che ci sono eccezioni. A norma del can. 111,2 C.I.C. qualsiasi battezzato che abbia compiuto quattordici anni di età, può liberamente scegliere di essere battezzato nella Chiesa latina o in un'altra Chiesa rituale di diritto proprio nel qual caso egli appartiene a quella Chiesa che avrà scelto, indipendentemente dalla sua etnia o regione di appartenenza.

È ammessa, anche, la possibilità per chiunque di cambiare rito, con licenza della Sede Apostolica; tale facoltà è riconosciuta ai coniugi e ai figli nei matrimoni interrituali e ai figli nei matrimoni misti (can. 112,1).

Nella Chiesa latina, poi, alcuni ordini religiosi hanno propri riti liturgici rispondenti a tradizioni e peculiarità proprie, legate alla spiritualità dei singoli ordini. E se non si parla formalmente

per costoro di rito-organizzazione, va tenuto presente che gli istituti religiosi, oltre al diritto comune a tutti loro, hanno proprie norme statutarie, che per certe materie, in fatto, determinano una organizzazione gerarchica a carattere personale, non funzionale al rito, è vero, ma funzionale alla specifica spiritualità dell'ordine di cui anche il rito-liturgia è parte.

È abbastanza facile ipotizzare la realizzazione del diritto al proprio rito-organizzazione, per fedeli di etnie, territori, e tradizioni religiose diverse, le quali ultime, come accennavo, si verificherebbero in comunità separate tornate alla pienezza della comunione cattolica. Nel caso di rito *sui iuris* a carattere personale, motivato da un diverso tipo di spiritualità non si può parlare che di legittima aspirazione di certi fedeli, l'attuazione sarà rimessa alla valutazione discrezionale dell'autorità ecclesiastica suprema, la quale terrà presente come regola primaria la *salus aeterna animarum* del popolo di Dio e di ogni singolo *Christifidelis* e potrà adattare, attraverso normative singolari, il diritto comune alle esigenze settoriali e singolari, quando lo ritenga pastoralmente utile.

La concreta attuazione del diritto dei fedeli a rendere a Dio il culto dovuto secondo il proprio rito troverà maggiore spazio nel futuro codice per le Chiese orientali, caratterizzate da una pluralità di riti, spesso coesistenti in un medesimo territorio o dell'oriente o del nuovo mondo; nel C.I.C. si prevede, in ciascuna diocesi, la costituzione di parrocchie per fedeli di singoli riti; naturalmente quando lo consigli il numero e lo permetta la disponibilità di sacerdoti, diaconi o anche laici, cui affidare le parrocchie stesse a norma del can. 517,2; in realtà l'esercizio di questo diritto, per ogni fedele, anche nel luogo del proprio domicilio, è difficilmente attuabile per le troppe circostanze oggettive che lo condizionano.

Più che l'effettiva azione culturale, credo che il can. 214 voglia garantire la libera scelta del rito, nei casi previsti (cann. 111 e 112,2 e 3), la possibilità di cambiar rito (can. 112,1) per meglio attuare la propria spiritualità, e, infine, la soggezione alle norme del proprio rito.

1.6 — Riguardano il *munus docendi* tutte quelle norme che enunciano altrettanti diritti dei fedeli relativi all'apprendimento della dottrina e della morale cattolica, attraverso l'azione di catechesi svolta sotto la guida della sacra gerarchia (can. 217), alla libertà di indagine e ricerca nelle scienze sacre e manifestazione dei loro

convincimenti (can. 218), alla facoltà di presentare alla sacra gerarchia le proprie necessità soprattutto spirituali e i propri desideri (can. 212,2) (65).

1.6.1. — Il can. 217 precisa, subito, che il diritto all'educazione cristiana è finalizzato a far vivere al cristiano una vita conforme alla dottrina evangelica; non si tratta di un apprendimento del cristianesimo o cattolicesimo a fini speculativi o critici, ma, seppur rivolto al conseguimento della maturità della persona umana, è un apprendimento finalizzato a vivere il mistero di salvezza.

Soggetti attivi di questo diritto sono tutti i fedeli, ma la legge canonica prevede gradi e modalità distinte per i laici, per i chierici e per le persone di vita consacrata, rispondenti alle necessità e caratteristiche dei diversi impegni ecclesiastici. Così i laici (can. 229) per essere in grado di vivere la dottrina cristiana e per poterla annunciare essi stessi, e, se necessario, difenderla, e per potere inoltre partecipare all'esercizio dell'apostolato, sono tenuti all'obbligo ed hanno il diritto di acquisire la conoscenza di tale dottrina, in modo adeguato alla capacità ed alla condizione di ciascuno.

Per i chierici il diritto alla conoscenza della dottrina e della morale cattolica si trasforma in obbligo e, sia prima che dopo la sacra ordinazione, devono considerare la propria formazione spirituale, seguendo corsi di lezioni, ed altre attività con le quali si offra l'occasione di acquisire una conoscenza più approfondita delle scienze sacre e delle metodologie pastorali (can. 279).

Per le persone di vita consacrata, accanto alla comune conoscenza della religione cattolica, si richiede, proprio in funzione del loro particolare impegno ecclesiale, che siano introdotti in un più impegnativo cammino di perfezione mediante l'orazione e il rinnegamento di sé; che siano guidati alla contemplazione del mistero della salvezza e alla lettura e meditazione delle sacre Scritture; che siano preparati a rendere un culto a Dio nella sacra liturgia; che siano formati alle esigenze della vita consacrata e alle finalità, spirito e disciplina dell'Istituto in cui effettueranno la professione religiosa (can. 652,2).

(65) Cfr. G. FELICIANI, *I diritti fondamentali dei cristiani e l'esercizio dei 'munera docendi et regendi'*, in *I diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, cit., relativo alla dottrina post-conciliare sul tema, in special modo p. 228 ss.

I soggetti passivi di questo diritto, coloro cioè che hanno il dovere di prestare, fornire, siffatta educazione sono in primo luogo gli investiti dell'autorità di magistero i quali, di persona o tramite persone idonee (66), sono tenute a soddisfare questa primaria esigenza del fedele (can. 794), ma tale obbligo investe anche i genitori i quali devono (can. 793), ed hanno il diritto di scegliere quei mezzi e quelle istituzioni attraverso i quali, secondo le circostanze del luogo, possono provvedere nel modo più appropriato all'educazione cattolica dei figli; un terzo soggetto obbligato, sia pure indirettamente, è anche la società civile (can. 793,2) che deve fornire ai genitori l'aiuto di cui hanno bisogno nel procurare l'educazione cattolica ai figli.

Per le persone di vita consacrata, non solo i superiori e i maestri dei novizi, ma tutti i membri dell'istituto si adoperino nel cooperare alla formazione dei professandi, per la parte che loro spetta, con l'esempio della vita e con la preghiera (can. 652,4).

Esiste anche un diritto dei catecumeni ad essere adeguatamente iniziati al mistero della salvezza ed introdotti a vivere la fede, la liturgia cattolica ad opera dei missionari, chierici, laici e persone di vita consacrata; si può configurare anche un particolare diritto dei neofiti di essere portati, con un'istruzione appropriata, a conoscere più profondamente le verità evangeliche e ad adempire i doveri assunti con il battesimo (cann. 788 e 789).

Non mi pare si possa parlare di tutela giudiziaria di questo diritto il cui contenuto, le cui modalità, sono rimesse alla valutazione discrezionale dell'autorità ecclesiastica o ai genitori.

L'unica tutela possibile, a parer mio, è quella prevista dal can. 212,2, cioè il diritto di manifestare ai sacri Pastori le proprie necessità, soprattutto spirituale e i propri desideri; quale maggior necessità spirituale di quella di ricevere un'adeguata educazione religiosa ed assistenza spirituale confacente al proprio 'status'!

È invece da escludere la sottrazione ai genitori di figli non educati secondo gli impegni assunti con il battesimo, un eventuale richiesta al giudice promossa dal promotore di giustizia nell'interesse spirituale del minore sarebbe in contrasto con il principio, riconosciuto nello stesso can. 793, di affidare ai genitori l'educazione della prole, ma soprattutto ci sarebbe un'impossibilità giuridica di realiz-

(66) Cann. 773 e 804 C.I.C.

zare una tale sottrazione, stante negli ordinamenti statali il principio dell'affidamento della prole ai genitori e una contrarietà nell'opinione pubblica di incidere su questo principio.

1.6.2. — Un diritto legato al precedente è quello sancito al can. 218 coloro che si dedicano alle scienze sacre godano della giusta libertà di investigare e di manifestare con prudenza il loro pensiero su ciò di cui sono esperti osservando il dovuto ossequio nei confronti del magistero della Chiesa.

Soggetti garantiti sono tutti i fedeli, anche se il canone riguarda più da vicino gli studiosi di scienze sacre.

Il contenuto della norma evidenzia, in effetti, due diritti, tra loro correlati, il primo quello di una 'giusta', non piena, libertà d'indagine e di ricerca nelle scienze sacre, il secondo quello di manifestare 'prudentemente' la propria opinione, frutto di quelle ricerche, nel rispetto e nell'obbedienza dovuta al sacro magistero ecclesiastico.

È evidente che la 'giustezza' o meno della libertà di ricerca sarà valutata dalla gerarchia ecclesiastica, e pure da essa sarà stabilito l'ambito lecito della divulgazione delle tesi avvalorate e sostenute. La 'giustezza' della libertà di ricerca e la 'prudenza' nella divulgazione dei risultati sembrano permettere all'autorità ecclesiastica di comprimere l'esercizio di questi diritti del fedele in base ad una valutazione discrezionale di cui si possono intravedere i parametri minimali.

In materia fideistica, dato che il fine della ricerca nelle scienze sacre è la maggiore comprensione e la più chiara spiegazione del *depositum fidei*, l'*investigatio theologicorum* deve rivestire il carattere di utilità e positività alla sempre migliore esposizione della Rivelazione ad opera del magistero ecclesiastico. Se la ricerca ed esposizione presenta conclusioni contrarie alla dottrina cattolica pone in pericolo l'integrità della fede per la cui salvaguardia spetta in modo imprescindibile ai sacri Pastori intervenire e proteggere la verità rivelata e infallibilmente definita (67).

Quando la ricerca teologica e la presentazione di essa non investe la natura dommatica può essere ammesso un diritto al dis-

(67) Cfr. GHIRLANDA, *op. cit.*, p. 353; egli ricorda anche se in caso di conflitto teologico lo studioso ha il diritto di difendersi nei modi e nelle forme garantitegli dalla legge.

senso, sempre « servato obsequio erga auctoritatem et servata prudentia » in modo da evitare scandalo e confusione tra i fedeli (68).

Le stesse considerazioni valgono per quanto concerne la sfera disciplinare dove ricerche storiche o teologiche prospettino soluzioni diverse o ipotizzino un differente modo di contenuto e di esercizio della potestà ecclesiastica e della sua stessa natura.

Anche in questi casi compete all'autorità ecclesiastica di avvertire i fedeli circa possibili errori e pericoli delle tesi esposte, ribadire la dottrina tradizionale, ammonire gli innovatori, al fine di tutelare l'ortodossia della Fede e la comunione ecclesiale, specie quando le tesi sostenute contrastino apertamente con quanto creduto e ritenuto valido nella Chiesa, anche se non assunto a definizione dommatica (69). È invero difficile che una nuova proposizione che si distacchi dal contenuto dottrinale cattolico possa costituire il « supernaturalis sensus fidei » della Chiesa.

La necessaria ed imprescindibile esigenza di salvaguardare, prima di ogni altra cosa, la *salus aeterna animarum* del popolo di Dio e di ogni singolo fedele fa sì che la Chiesa ha il diritto-dovere di cautelarsi, il più possibile, quando si opera in un campo così delicato, così facile a dare false indicazioni, false piste di indagine che si riflettono necessariamente in discutibili teorie, capaci unicamente di determinare dubbi ed incredulità nello studioso e soprattutto in chi, informato del lato più 'sensazionale' o più eterodosso della tesi proposta, tenda a screditare l'ortodossia della Fede, ad aderire a palesi errori e inficiare il contenuto rivelazionistico.

La Chiesa per le caratteristiche che le sono proprie (70) neces-

(68) Non si può negare il diritto al dissenso quando il superiore ordina fuori dall'ambito della sua competenza o fuori dell'esercizio della sua potestà: ad es. un superiore comandi di commettere peccato, o lo stesso sommo pontefice si esprima contro la struttura fondamentale della Chiesa, tale per diritto divino. È ovvio che un comando posto fuori della propria competenza è nullo, come una proposizione errata ammetta un legittimo dissenso. Per GHIRLANDA, *op. cit.*, p. 354, più che uno *ius* si tratta di una *stricta obligatio ad dissensum*; sul punto cfr. anche COLELLA, *La libertà religiosa*, cit., p. 93 ss.

(69) COLELLA, *op. cit.*, p. 93, ritiene che il magistero autoritativo della chiesa possa avvertire i fedeli circa i possibili errori e i pericoli insiti nelle opinioni proposte, ma che non debba impedire che nelle sedi appropriate continui la ricerca. L'autorità ecclesiastica agirebbe legittimamente quando svolge una funzione di servizio diaconale che non sia un controllo totale delle opinioni proposte, ma un dialogo, un confronto da cui possa scaturire la migliore comprensione della Rivelazione.

(70) P. A. D'AVACK, *Trattato di diritto canonico*, Milano 1980, p. 136 s.

sariamente conformate a quei fini trascendenti (ed unici) per i quali esiste ed opera non può comportarsi come un ordinamento pluralista tipico degli stati liberal-democratici.

Il fatto che l'ordinamento canonico enunci questi diritti, come comuni a tutti i *Christifideles*, che questi diritti vengano considerati dalla dottrina come caratterizzanti la nuova codificazione e la nuova ecclesiologia scaturita dal Vaticano II, fa sì che essi non possano tradursi, nella realtà, a causa del *moderamen* posto dall'autorità ecclesiastica, in generiche affermazioni di principio (71).

Il *moderamen* riconosciuto all'autorità ecclesiastica non può significare che essa nel regolare l'esercizio di questi diritti possa comportarsi come se non esistano o siano interamente abbandonati alla propria discrezionalità; la limitazione non può che essere giustificata da gravi e proporzionate ragioni (72). Se si confronta questo canone con quello corrispondente nel progetto di *Lex Fundamentalis*, il n. 18 (73), si nota che le parole « servato debito erga Ecclesiae Magisterium obsequio » del can. 218 C.I.C. sostituiscono la frase « servata quidem semper debita reverentia et oboedientia erga Ecclesiae Magisterium ». Se i contenuti delle due formule non sono troppo dissimili, se l'*obsequium* può raccogliere in sé la 'reverentia' e l' 'oboedientia' del can. 18, una qualche sfumatura tra le due espressioni è riscontrabile nell'assenza della locuzione 'quidem semper' e dell'endiadi 'reverentia et oboedientia'. La formula più scarna ed essenziale del can. 218 pone un limite all'attività scientifica del fedele perché il limite è imprescindibile dal punto di vista dottrinale, non vuole, però, riaffermare il potere autoritativo della sacra Gerarchia su ogni attività del fedele.

Ma, direi, il contenuto meno pregnante del *moderamen* ecclesiastico, rispetto a quello ipotizzato nel progetto della *Lex Fundamentalis* sta anche nell'enunciazione di un altro diritto, riconosciuto ai laici (can. 227), di cui non c'è traccia nello schema della *Lex*,

(71) FELICIANI, *Le basi*, cit. p. 114 ss.

(72) G. FELICIANI, *I diritti e i doveri dei fedeli in genere e dei laici in specie. Le associazioni*, in *Il nuovo codice di diritto canonico*, a cura di S. FERRARI, Bologna 1983, p. 261.

(73) « Ius est singulis Christifidelibus, ut in disciplinis sacris institutionem, ad normam iuris, persequantur; iisdem disciplinis incumbentes, iusta libertate fruuntur inquirendi, nec non mentem suam prudenter aperiendi in iis in quibus peritia gaudet, servata quidem semper debita reverentia et oboedientia erga Ecclesiae magisterium ».

quello cioè che riconosce al fedele di usufruire della « libertas quae omnibus civibus competit » nella società civile, e il canone prosegue affermando che nell'usufruire di tali libertà i laici facciano in modo che le loro azioni siano animate dallo spirito evangelico e prestino attenzione alla dottrina proposta dal magistero della Chiesa, evitando però di presentare nelle questioni opinabili la propria opinione come dottrina della Chiesa.

In questo canone c'è un accenno evidente alle tesi conciliari volte a favorire la compenetrazione tra le due libertà — spirituale e politica — e quindi un tentativo concreto di regolare l'interazione che ne deriva. Se permane il divieto al fedele di presentare la propria opinione come dottrina della Chiesa relativamente alle questioni opinabili, si riconosce in ogni caso al fedele stesso la possibilità di avere ed esprimere proprie opinioni (74).

Il problema che si pone a questo punto è il sindacato sulla legittimità dell'azione di controllo (forse più che di delimitazione) operabile dal magistero ecclesiastico sull'indagine nelle scienze sacre e nella divulgazione dei risultati delle ricerche; vedremo come opererà la tutela legale garantita ai *Christifideles*.

Le sanzioni che l'autorità ecclesiastica può comminare a colui che disattenderà le indicazioni, le esortazioni, i richiami della gerarchia sono per lo più indirette, quali quella di privarlo di un insegnamento in un Istituto d'istruzione cattolico, delle attribuzioni onorifiche in modo da lederlo nella sua credibilità scientifica; più raramente si arriverà alla comminazione di una sanzione — *iusta poena* — di cui al can. 1371; cioè solo nel caso in cui si insegni una tesi eretica o si rifiuti obbedienza all'autorità ecclesiastica che legittimamente comandi o proibisca, e dopo l'ammonizione prevista in caso di disubbidienza (75).

La normativa ha chiarito che certe affermazioni, certi principi, rinvenibili nei decreti conciliari, quali ad es. la legittima autonomia della cultura e delle scienze (*Gaudium et Spes*, n. 59), valo-

(74) G. BARBERINI, *L'ordinamento della Chiesa e il pluralismo dopo il Vaticano II*, Perugia 1979, p. 26.

(75) Ricordo l'allontanamento del prof. H. Küng dall'insegnamento dell'Università cattolica di Tubinga per la professione di tesi teologicamente inaccettabili, cfr. D'AVACK, *op. cit.*, p. 395. Sulla legittimità di simili provvedimenti cfr. GHIRLANDA, *op. cit.*, p. 354; COLELLA, *op. cit.*, p. 70, avverte che le pene comminate devono essere conformi alla dignità della persona umana.

rizzazione di una mentalità aperta al pluralismo (*Gravissimum Educationis* nn. 6 e 7), il diritto alla libertà religiosa e conseguente immunità dalla coercizione da parte di chicchessia in relazione alla scelta religiosa che si voglia effettuare (*Dignitatis Humanae*, n. 2), sono destinati alla società civile, non a quella ecclesiale ancorata ad un contenuto fideistico immodificabile per volontà del Divino Fondatore (76).

1.7. — I diritti legati al *munus regendi* sono quelli di promuovere e sostenere l'azione della Chiesa (cann. 216 e 211), quello, riservato a persone che abbiano la dovuta scienza e competenza, di esprimere il proprio parere su questioni riguardanti il bene della Chiesa e di manifestarlo anche agli altri fedeli (can. 212,3), il diritto di associazione per fini di carità, pietà e proselitismo (can. 215) (77).

Sono questi diritti legati in modo particolare all'esercizio dei carismi personali nella Chiesa. Dai passi dei documenti del Concilio Vaticano II si evidenzia che l'azione diretta ed immediata sui singoli fedeli, è una delle vie attraverso le quali si realizza l'azione direttiva dello Spirito Santo nella Chiesa, che i carismi sono vocazioni particolari che lo Spirito suscita liberamente e direttamente nella comunità dei fedeli per incrementare la santità e l'attività di apostolato in tutta la Chiesa, che, infine, i carismi attribuiscono ai fedeli il diritto-dovere di esercitarli per il bene dell'umanità e l'edificazione della Chiesa.

I Padri conciliari si sono anche preoccupati di indicare il me-

(76) Cfr. sul punto ad es. GHIRLANDA, *op. cit.*, p. 355, il quale critica Y. CONGAR, *Le droit au désaccord* in *L'année canonique*, 1981, p. 283, sostenitore dell'esistenza in una sorta di diritto alla libertà religiosa nella Chiesa, basato sulla *Dignitatis Humanae*. GHIRLANDA (p. 356) avverte che non può essere riconosciuto nella Chiesa un diritto a divulgare la propria opinione che leda l'integrità della Fede, perché sarebbe contro l'obbligo fondamentale di ogni cristiano di tutelare l'ortodossia e violerebbe il diritto degli altri fedeli all'ortodossia stessa.

(77) Il paragrafo 2 del can. 212 afferma il diritto dei fedeli di manifestare ai Pastori le proprie necessità, soprattutto spirituali e i propri desideri; è un diritto che si concretizza, a parer mio, nella semplice possibilità di informare su certi temi l'autorità ecclesiastica, senza che da ciò derivino altri obblighi se non quelli di permettere la presentazione dell'istanza e di prenderne atto.

Un modo in cui questo diritto si realizza è nell'esercizio della funzione consultiva, prevista a vari livelli e per differenti istituzioni (consigli presbiteriali, pastorali, capitoli di istituti religiosi, ecc.).

todo di soluzione per eventuali conflitti tra il diritto all'esercizio dei carismi particolari e la sacra gerarchia cui è affidata istituzionalmente la *salus aeterna animarum* ed il governo della Chiesa.

« Unus est Spiritus » dice la *Lumen Gentium*, n. 7 « qui varia sua dona secundum divitas suas atque ministeriorum necessitate, ad Ecclesiae utilitatem dispertit. Inter quae dona praestat gratia Apostolorum, quorum auctoritati ipsi Spiritus etiam charismaticos subdit »; per cui continua la costituzione conciliare « iudicium de eorum genuinitate et ordinato exercitio ad eos pertinet, qui in Ecclesia praesunt, et quibus speciatim competit, non Spiritum extinguere, sed omnia probare et quod bonum est tenere » (78).

Il carisma, quindi, dà, esso stesso, un diritto-dovere al suo esercizio per il bene della comunità; compete però alla sacra Gerarchia valutare i singoli carismi, e permetterne l'esercizio quando siano genuini e volti alla realizzazione del bene comune. La bontà e genuinità dei carismi dovrà riscontrarsi e verificarsi al confronto della dottrina proposta dal Magistero ecclesiastico nell'interpretazione autentica del messaggio evangelico. Quando l'esercizio di questi carismi personali determini un pericolo contro la fede o la disciplina ecclesiastica la Gerarchia dovrà impedirlo, ma perché tale proibizione contribuisca positivamente al bene comune, e non crei invece dissenso e risentimenti, occorre il rispetto di determinate garanzie giuridiche.

L'azione di valutazione e controllo dei carismi personali più che limitazione di un diritto, e dei diritti, va vista, invece, come dovere dell'autorità ecclesiastica di guidare il fedele alla sua salvezza e al bene comune delle anime.

Sicché la moderazione sull'esercizio del carisma attraverso disposizioni normative, atti amministrativi e provvedimenti giudiziari, concretizza il diritto dei *Christifideles* alla guida e assistenza, da parte dei sacri Pastori, per la loro santificazione.

In questi diritti relativi al *munus regendi* (in maggior misura di quanto concerne i *numera santificandi ed docendi*) abbiamo due tipi di situazioni giuridiche soggettive, alcune legate all'esercizio del sacerdozio regale di ogni fedele e quindi consistenti in una *facultas*

(78) N. 12 Cfr. P. LOMBARDIA, *Relevancia de los carismas personales en el ordinamiento canónico*, in P. L., *Escritos de derecho canónico*, III, Pamplona 1974, p. 79 ss.

agendi, altre, invece, legate al *munus regendi* della sacra gerarchia consistenti in uno *ius recipiendi* da essa ciò che è necessario alla salvezza.

Questa duplicità di diritti determina, da un lato, la proclamazione normativa di una *facultas agendi* e dall'altro contemporaneamente e, direi inscindibilmente, un *moderamen* all'esercizio della facoltà stessa.

E se è ipotizzabile la rinuncia ad es. del diritto di ricerca nelle scienze sacre, di divulgare le proprie ricerche, di far presenti le proprie opinioni sul *bonum Ecclesiae*, di associarsi, in vista del mantenimento e salvaguardia della *communio* ecclesiastica, imprescindibile è l'assistenza, il *moderamen*, il controllo della sacra gerarchia nell'esercizio di questi diritti, in quanto attraverso il *moderamen* operano i Pastori a tutela della *salus aeterna animarum* (79).

1.7.1. — L'enunciato del can. 216 corrisponde al can. 17 dello schema di *Lex fundamentalis* (80); in entrambi le formulazioni, pressoché identiche, si parla del diritto spettante al fedele di promuovere e sostenere l'azione apostolica e quindi di partecipare all'opera di apostolato della Chiesa. Anche in questo caso la normativa del *Codex* appare maggiormente volta a salvaguardare questo diritto; nel can. 216 si afferma infatti che nel compimento di tale attività « nullum tamen nomen catholicum sibi vindicet nisi consensus accesserit competentis auctoritatis ecclesiasticae », mentre nel can. 17 la stessa attività non avrebbe potuto attuarsi che « debita ad normam sacrorum canonum cum sacris pastoribus relatione servata », cioè esercitabile solo se strettamente subordinata all'osservanza della normativa e sotto il rigido controllo dell'autorità gerarchica. Si può dedurre, a mio avviso, che l'attività di apostolato può essere svolta dal fedele in nome della Chiesa (cioè ufficialmente) solo con il consenso dell'autorità ecclesiastica; questo non toglie che il fedele stesso possa svolgere l'opera di apostolato, sia pure non in nome della Chiesa, in assenza di un'esplicita disapprovazione della sacra Gerarchia; un caso di attività 'privata', di sacro apostolato,

(79) Cfr. *supra* p. 9; anche BOLOGNINI, *op. cit.*, p. 32.

(80) « Christifideles cuncti, quippe qui, unusquisque secundum proprium statum et propriam conditionem, in Ecclesiae missione, participant, ius habent ut, propriis etiam inceptis, apostolicam actionem promoveant vel sustineant, debita ad normam sacrorum canonum cum sacris Pastoribus relatione servata ».

potrebbe raffigurarsi nelle comunità di base, che non possono essere qualificate come associazioni in *Ecclesia*, ma che tendono ad una valorizzazione dei carismi personali e presa di coscienza dei valori religiosi.

È questo un diritto che la normativa canonica riprende solo quando tratta dei diritti del laicato, can. 225, precisando che esso ha il dovere e il diritto di impegnarsi per la diffusione del Vangelo in ogni luogo. Attuazione di questo principio può essere considerato il prescritto del can. 785 in cui si afferma che nello svolgimento dell'opera missionaria siano assunti i catechisti, cioè fedeli laici debitamente istruiti ed eminenti per vita cristiana, perché sotto la guida del missionario, si dedichino a proporre la dottrina evangelica e a organizzare gli esercizi liturgici e le opere di carità.

Per i chierici e per le persone di vita consacrata l'azione di apostolato è strettamente connessa con il loro impegno ecclesiale, per cui questo diritto non può che configurarsi come dovere.

Non mi pare esista un diritto al riconoscimento del *nomen catholicum* per l'iniziativa di apostolato, se mai il problema si porrà per l'eventuale revoca di tale qualifica; invero è difficile ipotizzare un ricorso giudiziario per un provvedimento di revoca, trattandosi sempre e comunque di valutazioni rimesse, per la loro stessa natura, alla sacra Gerarchia.

1.7.2. — Il can. 213,2 riconosce a coloro che hanno la dovuta scienza, competenza, in base al prestigio che godono, il diritto e talvolta anche il dovere, di manifestare ai sacri Pastori il loro pensiero su ciò che riguarda il bene della Chiesa; di renderlo noto agli altri fedeli, salva restando l'integrità della fede e dei costumi ed il rispetto verso i Pastori, tenendo inoltre presente l'utilità comune e la dignità della persona umana.

La norma attribuisce due diritti, uno di manifestare alla Gerarchia il proprio pensiero su ciò che riguarda il bene della Chiesa, l'altro di pubblicizzarlo nei confronti degli altri fedeli salvaguardando, tuttavia, una serie di situazioni.

Quello che colpisce subito di questa norma è che i titolari di siffatti diritti sono indeterminati, o meglio sono determinabili, di volta in volta, in base alle specifiche competenze su ciò che suggeriscono o criticano, e la determinazione dei titolari non può che essere rimessa all'autorità ecclesiastica; o meglio, suggerimenti e critiche saranno considerati validi e da tener presenti solo se

espressi da chi ha le su indicate qualità, altrimenti saranno qualificati come critiche ingiustificate, effettuate da persone incompetenti.

Si può dire che l'autorità ecclesiastica terrà nella dovuta considerazione i consigli di coloro che godono di una certa *auctoritas*, di una certa credibilità per le qualità intellettuali e morali che posseggono e per la posizione e prestigio che occupano nella società.

Anche in questo caso, comunque, la titolarità del diritto è attribuita a soggetti indeterminati che, di volta in volta, la sacra Gerarchia valuterà se siano o no titolari del diritto summenzionato. Si può ritenere che certe persone che ricoprono uffici e funzioni consultive nell'organizzazione ecclesiastica centrale o periferica siano istituzionalmente titolari di questi diritti, non è difficile attribuire i diritti in questione a chi per titoli accademici o professionali sia oggettivamente esperto in diritto canonico, in teologia o sociologia religiosa.

Il primo dei diritti garantiti si concretizza nella possibilità (e anche doverosità) di manifestare ai sacri Pastori il proprio pensiero su ciò che riguarda il bene della Chiesa. È questo un diritto con un contenuto veramente molto limitato, perché la situazione giuridica passiva corrispondente si configura come obbligo ad ascoltare e valutare il suggerimento o la critica (81).

Il secondo si estrinseca, invece, nella possibilità di sensibilizzare gli altri fedeli sui suggerimenti e critiche manifestate, ma non ritenute valide dalla Gerarchia.

In sostanza la norma suggerisce che, con le dovute cautele, si sensibilizzino gli altri fedeli in modo tale da creare un movimento d'opinione pubblica che determina la presa in considerazione di suggerimenti e critiche e che condizioni moralmente la sacra Ge-

(81) Osserva giustamente PIANA, *Note sull'ecclesiologia*, cit., p. 163, che «È vero che il can. 212,3 sancisce il diritto-dovere dei fedeli di manifestare il proprio pensiero ai pastori. Ma a questo diritto-dovere non corrisponde nei pastori il diritto-dovere di consultarli in tutti gli atti che interessano la vita della comunità ecclesiale, facendo di ogni atto di chiesa un momento di espressione della comune partecipazione»; G. RUGGIERI, *L'ecclesiologia conciliare nelle strettoie giuridiche*, in *Il Regno-Attualità*, 15 marzo 1983, p. 145 nota che in questo caso «l'affermata uguaglianza fondamentale di tutti i fedeli (can. 208) resta quindi poi praticamente smentita quando si tratta di tradurre in linguaggio giuridico questo dato».

rarchia sorda e inadempiente a provvedere nel senso richiesto e voluto dai fedeli.

La legittimazione alla creazione di un'opinione pubblica è, a ben guardare, un interessante innovazione normativa potenzialmente carica di conseguenze.

È comunque fuori di discussione ritenere che questa norma abbia ammesso una sorta di appello all'opinione pubblica per ottenere mutamenti nelle decisioni adottate dall'autorità; possibilità questa (dell'appello) esplicitamente respinta nei lavori preparatori della Costituzione *Lumen Gentium* di cui si trova eco nei limiti di questo diritto previsti nello stesso canone: salvaguardia dell'integrità della fede, dei costumi, rispetto verso i Pastori (82).

Questo diritto di dare suggerimenti e consigli alla sacra Gerarchia e questa possibilità di manifestare agli altri *Christifideles* i propri convincimenti critici è giustificato dalla profonda diversità di situazioni storiche e sociali nelle quali le chiese particolari vivono ed operano; dalla pluralità di culture e di stili di vita propri di ciascun fedele e di ogni singola nazione che il battezzato mantiene nella vita ed impegno ecclesiale; dalla molteplicità degli studi determinanti competenze proprie e specifiche di ciascun fedele, caratteristiche queste che la norma codiciale evidenzia primariamente. È ovvio che critiche, suggerimenti e consigli non possono che riguardare l'ordo agendi nella Chiesa, sia che esso riguardi l'azione pastorale ed organizzativa ecclesiastica, sia che riguardi indirizzi di comportamento in materia sociale.

In ogni caso resta esclusa qualsiasi possibilità di discussione su ciò che attiene i principi di diritto divino, naturale e positivo, e le affermazioni del magistero ecclesiastico straordinario infallibile. Per ciò che attiene i comportamenti in materia sociale si può osservare che oggetto del diritto riconosciuto al can. 212,3 è sicuramente il giudizio e la valutazione di dottrine economico-sociali, incidenti in questioni religiose e morali, e le direttive pastorali di vescovi (83).

(82) Cfr. BARBERINI, *op. cit.*, p. 202. Cfr. anche FELICIANI, *I diritti fondamentali dei cristiani e l'esercizio dei munera*, cit., p. 228 e osservazioni in nota 24.

(83) Cfr. anche BOLOGNINI, *op. cit.*, p. 45. Scrive GHIRLANDA, *op. cit.*, p. 356, che « etiam laici in exercitio iuris ad liberam rerum temporalium gestionem observare debent obligationem cum hoc iure implicatam et cohaerentem ad doctrinam a Magisterio propositam attendendi, caventes ne in quaestionibus opinabilibus propriam sententiam uti doctrinam Ecclesiae proponant ».

La norma in questione non autorizza, né tantomeno garantisce, un dissenso nella Chiesa; il rispetto verso i sacri Pastori e l'utilità comune, richiamata nella norma, mi pare che implicitamente lo neghino. Va comunque evitata una critica negativa « per sua natura incompatibile col clima di amore e di concordia che caratterizza i credenti, i quali nei loro Pastori debbono vedere la guida ferma e sicura della vita religiosa » (84).

La legittimità di critiche e suggerimenti e la facoltà di creare un movimento d'opinione sono, quindi, condizionati alla conformità sostanziale alla natura e fine della Chiesa delle quali, in ultima istanza, rimane giudice l'autorità gerarchica, i sacri Pastori responsabili dinanzi a Dio della salvezza del proprio gregge.

Va sottolineato comunque il valore positivo che dà « il contributo di idee sane e rispettose di ogni aspetto della vita della Chiesa, per migliorare e render più utile l'opera della chiesa stessa ... Molte volte la gerarchia, la stessa struttura ecclesiastica... fanno apparire la chiesa come un impenetrabile apparato burocratico. La continua opera di perfezionamento, la necessità di completare l'opera missionaria trovano un grande contributo nella presa di coscienza delle masse cattoliche per rendere più valido e attento alle realtà contingenti l'insegnamento evangelico » (85).

La normativa di cui al can. 212,3 non trova conferma e modalità di espletamento concreto in altre parti del codice, salvo a proposito dei consigli pastorali dove si dice che coloro che ne fanno parte possono, sotto l'autorità del Vescovo, studiare, valutare, proporre conclusioni operative su tutto ciò che riguarda le attività pastorali della diocesi (can. 511) e dei consigli presbiteriali, cui spetta coadiuvare il vescovo nel governo della diocesi, a norma del diritto, affinché venga promosso nel modo più efficace il bene spirituale della porzione del popolo di Dio a lui affidato (can. 495).

Come si vede i due organi consultivi per eccellenza né richiamano, né specificano il contenuto del can. 213,3, né, per giunta, riprendono il principio della manifestazione dell'opinione dissenziente ad altri fedeli.

(84) BOLOGNINI, *op. cit.*, p. 46-47.

(85) BOLOGNINI, *op. cit.*, p. 51.

1.7.3.1. — Il codice pio-benedettino, nell'affrontare la regolamentazione del diritto di associazione, proponeva una normativa rigida e limitata (non potendo prevedere il legislatore di allora quali sarebbero stati di lì a mezzo secolo gli sviluppi del fenomeno associativo), regolamentando tre soli tipi di *associationes in Ecclesia*, terzi ordini, confraternite, pie unioni; e in definitiva facendo sì che questo diritto potesse realizzarsi in forme ben definite e controllate dalla Gerarchia (86). Tutto questo corrisponde all'ecclesiologia preconciliare che vedeva nel fedele laico un soggetto da guidare, incapace di svolgere un ruolo attivo nella vita ecclesiale (87). Il can 684 considerava degni di lode quei fedeli che si iscrivevano ad associazioni fondate o almeno raccomandate dalla Chiesa e concludeva ammonendo il fedele a guardarsi dall'aderire ad associazioni segrete, condannate, sediziose, sospette, o che volessero sottrarsi alla *vigilantia Ecclesiae* (88).

1.7.3.2. — Già con il concilio Vaticano II i contenuti espressi dalla normativa pio-benedettina, relativa al diritto di associazione, vengono decisamente superati. Punto di partenza di tale trasformazione è la netta rivalutazione della persona umana nella sua dignità e nella sua aspirazione alla libertà, e più in particolare, la posizione di maggior rilievo attribuita al laico. Costui viene infatti espressamente coinvolto nella missione di apostolato della Chiesa e, anzi, indicato come elemento di primaria importanza per il

(86) L. DE LUCA, *I diritti fondamentali dell'uomo nel diritto canonico*, in *Acta congressus internationalis iuris canonici*, Romae 1953, p. 100, aveva rilevato che nel diritto canonico si poteva parlare di tutela del diritto di associazione nel suo aspetto negativo « nel senso, cioè, che nessuno può essere costretto ad aderire ad una qualsiasi associazione » e l'A. ricordava che il can. 2352 « sancisce la scomunica nemini riservata ipso facto a tutti coloro che in qualsiasi modo costringano un uomo o una donna 'ad religionem ingrediendam vel ad emittendam professionem tam sollemnem quam simplicem, tam perpetuam quam temporariam' ».

(87) L. GUERZONI, *Diritto di associazione, associazionismo spontaneo dei fedeli e « autonomia » delle Chiese locali*, in *Arch. Giur.*, 1970, p. 18 e s. dell'estratto.

Sul diritto di associazione dei chierici si dubitava in dottrina della sua esistenza stante il prescritto dell'enciclica *Pascendi*, di Pio X, volto a tollerare in casi rarissimi libere associazioni del clero e purché non favorissero una vocazione sociale del clero; tali divieti furono considerati operanti fino al Concilio Vaticano II; cfr. anche B. PRIMETSHOFER, *Il principio del diritto di associazione nel diritto canonico*, in *Concilium*, 8, 1969, ed. it., p. 120.

(88) BARBERINI, op. cit., pp. 106-107.

compimento della *consecratio mundi* (89), proprio in quest'ottica si inserisce il nuovo concetto di diritto di associazione, inteso proprio, nel suo esercizio, come il mezzo più idoneo per garantire e facilitare al *Christifidelis* lo svolgimento di compiti così importanti.

Non a caso infatti, il decreto conciliare nel quale si affronta *ex professo* il tema del diritto di associazione *in Ecclesia*, è quello relativo all'apostolato dei laici; è in esso che viene concettualizzata l'esistenza di un apostolato associato del quale si sottolinea la corrispondenza alle esigenze umane e cristiane dei fedeli (90). Ed è sempre nel decreto sull'apostolato dei laici (n. 21) che troviamo indicato un altro importante principio: pur raccomandandosi la stima e considerazione di cui devono essere fatte oggetto tutte le associazioni di apostolato, si qualificano come meritevoli di particolare considerazione quelle istituite o raccomandate dalla sacra Gerarchia, operando una contrapposizione tra queste e tutte le altre associazioni; si ammette quindi un diritto di associazione diverso da quello previsto nel *Codex* e in altre parole la possibilità dell'esistenza, accanto alle associazioni regolate dalla normativa, di altre forme associate liberamente costituite, cui si possa altrettanto liberamente aderire.

È stato rilevato, così, che dopo il Vaticano II si possa parlare di un vero e proprio diritto di associazione ecclesiale dei fedeli, qualificabile come *ius nativum* degli stessi, perché connaturale alla condizione umana e cristiana del fedele, inerente cioè alla dignità della persona elevata col battesimo all'ordine soprannaturale (91).

La prima concretizzazione di questo principio conciliare è rinvenibile nel can. 16 dello Schema di *Lex fundamentalis*. Il canone afferma che « *integrum est christifidelibus ... libere condant atque moderentur consociationes* », ammette cioè l'esistenza di un diritto di associazione di cui possono liberamente usufruire i fedeli (chierici e laici), pur ponendo delle limitazioni.

Innanzitutto i fini perseguibili dalle associazioni sono definiti come « *religionis vel pietatis* » rimanendo al di fuori di una esplicita definizione, proprio l'attività di apostolato. In secondo luogo è sempre posto l'accento sulla stretta connessione che le associa-

(89) P. GISMONDI, *Il diritto della Chiesa dopo il Concilio*, Milano 1973, p. 39.

(90) GUERZONI, *op. cit.*, p. 20 dell'estratto.

(91) GUERZONI, *op. cit.*, p. 21 dell'estratto.

zioni stesse devono mantenere con la gerarchia nell'esercizio del diritto (che deve svolgersi « debita cum competenti auctoritate ecclesiastica relatione servata »), nello svolgimento delle attività relative ai fini « quorum persecutio non uni Ecclesiae auctoritati natura sua reservatur », nel soggiacere (le associazioni private) alla vigilanza delle autorità competenti.

Ciò che risulta è sì un riconoscimento, mai prima d'allora ufficialmente concesso, dalla normativa canonica, dell'esistenza del diritto di associazione, ma è anche un diritto più limitato di quello deducibile dai principi conciliari.

1.7.3.3. — Il nuovo C.I.C. tratta del diritto di associazione in generale, al can. 215, e più specificamente nel titolo V del medesimo libro II.

Il can. 215 C.I.C. presenta dei cambiamenti rispetto al can. 16 della *Lex*; è utile il confronto testuale dei due canoni per notare le differenze.

Il can. 16 recita: « Integrum est christifidelibus sive clericis sive laicis, ut debita cum competenti auctoritate ecclesiastica relatione servata, libere condant atque moderentur consociationes ad eos fines religionis vel pietatis prosequendos, quorum persecutio non uni Ecclesiae auctoritati natura sua reservatur, utque conventus habeant ad eosdem fines in communis prosequendos; quae privatae associationes, sicut et conventus, vigilantiae auctoritatis ecclesiasticae competentis eiusque regimini, non secus ac singuli christifideles subiiciuntur ».

Il can. 215 dice: « Integrum est christifidelibus, ut libere condant atque moderentur consociationes ad fines caritatis vel pietatis, aut ad vocationem christianam in mundo fovendam, utque conventus habeant ad eosdem fines in communi prosequendos ».

Appare subito la maggiore brevità e semplicità del can 215, in parte dovuta a soluzioni tecniche, ad esempio la mancanza della precisazione « sive clerici sive laici » relativo ai titolari del diritto di associazione è spiegabile per la collocazione della norma nel titolo riguardante diritti e doveri di tutti i fedeli, la generalità del canone è compensata dalla regolamentazione specifica del diritto in altra sede (92).

In questo canone avrebbero potuto essere contenuti i riferi-

(92) Titolo V del libro secondo del Codex « De Christifidelium associationibus ».

menti relativi all'obbedienza e al rispetto dovuti all'autorità ecclesiastica, nonché ai controlli da essa esercitabili sull'esercizio del diritto stesso, magari in forma meno accentuata che nella *Lex*. La spiegazione può rinvenirsi nella qualificazione di questo canone come norma di rimando al titolo specifico del codice, dove, infatti, è riscontrabile, in alcuni canoni, il riferimento ai poteri essenzialmente di controllo che la gerarchia può esercitare sulla costituzione e vita delle associazioni; un rimando di tal genere non poteva avvenire per la *Lex*, che non prevedeva un'ulteriore immediata normativa specifica per il diritto di associazione. Forse la minore precisazione, già nella norma introduttiva del diritto di associazione, dei controlli riservati all'autorità ecclesiastica, risponde alla lieve tendenza ad una certa riapertura allo spirito conciliare emersa successivamente alla presentazione dello schema di *Lex fundamentalis* (93).

Dal raffronto dei due canoni si nota un'importante aggiunta nel can. 215; accanto ai fini *religiosi vel caritatis* perseguibili dalle associazioni già menzionati nella *Lex*, divenuti nella norma codiciale fini *caritatis vel pietatis*, si parla di fedeli che « libere condant atque moderentur consociationes ... ad vocationem christianam in mundo favondam »; troviamo cioè un'esplicita dichiarazione del canone che indica come i fedeli possano fondare e guidare associazioni, non solo a fini caritativi e di pietà (o, come nel can. 16 della *Lex*, a fini di religione, termine questo molto generico, che può prestarsi ad interpretazioni restrittive ed estensive), ma anche a fini di promozione religiosa e, quindi, di apostolato.

Vengono così restituite alla funzione primigenia per loro, prevista dal Concilio, le associazioni di fedeli e si ritorna a parlare in modo esplicito di quell'apostolato associativo che tanta importanza aveva avuto nell'ambito dell'impostazione dottrinale che il Concilio stesso aveva tracciato.

La concreta attuazione del can. 215 può essere meglio valutata dall'esame specifico dei canoni più significativi del titolo V del libro II. « De Christifidelium associationibus », avendo partico-

(93) FELICIANI, *I diritti e i doveri*, cit., p. 268; per A. GIANNI, *La nuova disciplina del diritto d'associazione del clero*, in *Il nuovo codice di diritto canonico*, p. 312, sembra che « la sistematica adottata dal nuovo codice sia persino più ampia di quella che era stata messa in luce sulla scorta delle indicazioni del Concilio che ipotizzava soltanto le tre forme del riconoscimento implicito, del riconoscimento esplicito, e dell'associazionismo laicale ».

larmente riguardo: a) alla verifica della corrispondenza, o meno, della normativa in questione ai principî conciliari (non è detto, infatti che, seppure l'esame del can. 215 dimostri che essi siano stati rispettati più che nella *Lex*, di tali principî il legislatore abbia tenuto in debito conto allorché ha regolamentato specificamente il diritto di associazione); b) agli eventuali punti di distacco o di contatto che la normativa contenuta nel nuovo codice può presentare rispetto a quella corrispondente del codice pio-benedettino; c) alla verifica, infine, se la mutata tipicizzazione delle associazioni non più raccolte negli schemi tipici (confraternite, terzi ordini, pie unioni), ma rapportate ad una libertà di schemi associativi, colga nuove realtà, anche se in fase di assestamento, come le comunità di base.

Ricordo che i caratteri salienti di tali comunità sono in primo luogo quello di essere un'aggregazione di fedeli in gruppi e strutture molto semplificate e al di fuori delle tradizionali associazioni già esistenti in Chiesa, e quello di costituirsi, inoltre, spontaneamente, senza un impulso della Gerarchia (si tratta generalmente di piccoli gruppi nascenti in ambiti sociali e territoriali piuttosto ristretti e che si identificano al massimo con la diocesi, ma più spesso (specie nei grossi centri) con la parrocchia (94).

Per simili riscontri occorre innanzitutto sezionare il diritto di associazione in quello relativo alla costituzione di un'associazione, in quello di adesione ad una società costituita, in quello di reggerla, in quello della libertà di realizzare i fini prefissi ed, infine, nell'esaminare la possibile posizione giuridica dell'associazione nella Chiesa.

Per quanto concerne il diritto di fondare un'associazione esso si concretizza in quello attribuito a tutti i fedeli (95) di costituire una società, mediante un accordo privato, che abbia questi specifici ci fini: esercizio di opere di pietà e carità, incremento della vocazione

(94) GUERZONI, *op. cit.*, p. 10 s.

(95) Il diritto di associazione per fini di carità, pietà o promozione della vita cristiana nel mondo è un mondo particolare di esercitare la propria spiritualità. Questo diritto può attuarsi nelle semplici associazioni oppure negli istituti di vita consacrata sia religiosa che secolare, come anche nelle società di vita apostolica. L'esercizio di questo diritto è delimitato dal fatto che la forma della vita spirituale deve essere sempre consentanea alla vita della Chiesa perché deve rivolgersi alla promozione spirituale di tutta l'*Ecclesia* stessa. Cfr. GHIRLANDA, *op. cit.*, p. 346. Dal combinato disposto dei cann. 298,1 e 307,3 le associazioni possono essere costituite sia dai soli laici, sia dai soli chierici, sia da entrambi i ceti, ad esse possono aderire i membri degli istituti religiosi, con il consenso del proprio superiore.

cristiana nel mondo, in cui si può ricomprendere un terzo fine: animazione dell'ordine temporale mediante lo spirito cristiano, finalità tutte che non siano riconducibili a quello di insegnamento della dottrina cristiana, in nome della Chiesa, incremento del culto pubblico, o altri il cui conseguimento è riservato per sua natura all'autorità ecclesiastica.

Direi che tale diritto di iniziativa associativa ha delle limitazioni non solo definite dalla norma stessa, ma altre individuabili, ai sensi del can. 301,1, dall'autorità gerarchica, specie riferibili a quelle associazioni che si prefiggono l'incremento della vocazione cristiana nel mondo, finalità invero generica, che l'autorità ecclesiastica potrà definire di volta in volta, non permettendo nella Chiesa associazioni con finalità di cui avochi a sé la completa attuazione.

Il can. 301,1 afferma che spetta unicamente alla Chiesa (96) erigere associazioni di fedeli che perseguono fini *natura sua* propri della sacra Gerarchia. Il verbo erigere non ha qui, a parer mio, il significato di erezione in persona giuridica o immissione nella struttura organizzativa ecclesiastica, ma quello di permettere; talché, per quelle finalità avocate dall'autorità ecclesiastica, uniche associazioni saranno quelle da lei istituite, indipendentemente dalla loro erezione o meno in persona giuridica.

I fedeli poi saranno liberi di aderire alle associazioni, anche se consigliati di aderire a quelle erette, lodate o raccomandate dall'autorità ecclesiastica. L'ammissione sarà regolata dagli statuti (can. 304). Come è ovvio contenuto della libertà in esame non è soltanto la possibilità di formare liberamente il vincolo associativo per il perseguimento di un fine ammesso, ma anche quella, per gli associati, di darsi un'organizzazione e di autogovernarsi.

Il codice usa una specifica terminologia quando parla delle associazioni « in Ecclesia »; esse possono essere *laudate o commendate* e possono acquistare personalità giuridica. Con la *laudatio o commendatio* associazioni costituite da fedeli per scopi consentiti vengono giudicate buone ed utili per il raggiungimento della *salus aeter-*

(96) Il termine *erigere* non ha un senso tecnico preciso. Già F. E. ADAMI, *Ecclesia minoribus aequiparatur*, Padova 1970, pp. 24-28, notava che l'erezione di un'associazione non comportava necessariamente la concessione della personalità giuridica (ma non viceversa).

na animarum, sia in vista del fine specifico, sia in ordine ai mezzi attraverso i quali si prefiggono di conseguirlo (97).

La valutazione avviene attraverso l'esame degli statuti sociali; il nuovo codice usa il termine *recognoscere*; come ho detto, si tratta di un giudizio morale che non trasforma l'associazione né in persona morale né in associazione pubblica nella Chiesa (98). La *recognitio* in sostanza, a mio avviso, si concretizza nel controllo sui fini e sui mezzi; una volta superato il controllo l'associazione è *agnita* nella Chiesa, ma non per questo è qualificabile come associazione cattolica, né tanto meno come associazione che agisce in nome della Chiesa cattolica.

Si potranno quindi avere delle associazioni che pur perseguendo finalità consentite dalla legge (cann. 299-301) non hanno avuto una *laudatio* o *commendatio*; non si avranno, invece, associazioni che perseguano finalità riservate all'autorità gerarchica a norma del can. 301, perché appunto l'autorità, nel venire a conoscenza, dovrebbe vietarle esplicitamente ai fedeli.

Quanto al governo delle associazioni medesime, anche per quelle private che abbiamo ottenuto o l'erezione in persona giuridica o solo raccomandate o lodate, si prevede che la loro azione sia sottoposta all'autorità ecclesiastica ai sensi del can. 323. Qualora l'attività di una associazione sia ritenuta di danno grave per la dottrina, per la disciplina ecclesiastica o di scandalo ai fedeli, l'autorità ecclesiastica sopprimerà quell'associazione (can. 326) con provvedimento amministrativo impugnabile sia dai dirigenti che dai soci, riconoscendo un diritto alla salvaguardia dell'associazione stessa, come sembra possa dedursi dal diritto alla tutela legale, di cui al can. 21.

Se ora vogliamo confrontare questa normativa con quella del codice pio-benedettino notiamo che le innovazioni sostanziali sono ben poche, se si accettano quelle relative agli scopi sociali, alla distinzione tra associazioni pubbliche e private e la non ripetuta

(97) M. TEDESCHI, *Preliminari ad uno studio dell'associazionismo spontaneo nella Chiesa*, Milano, 1974, p. 51.

(98) Rilevava giustamente TEDESCHI, *Preliminari*, p. 48, che la *commendatio* poteva essere « concessa anche ad associazioni che perseguano fini di natura meramente temporali, in quanto come è stato affermato, essa consiste in un giudizio esteriore sull'attività svolta e sulle finalità che non trasforma la natura extra ecclesiastica dell'associazione e non giova a sottrarla alla disciplina dettata dall'ordinamento giuridico laico in cui quella è venuta a formarsi ».

triplice ripartizione delle associazioni laicali in terzi ordini, confraternite e pie unioni, ammettendo una tipologia più ampia e non predeterminata.

Degli scopi lecitamente perseguibili in una *consociatio* alcuni sono gli stessi contenuti del can. 685 del codice precedente, cioè: favorire una perfetta vita cristiana, fare opere di pietà e carità; due finalità sono nuove: quella di promuovere l'opera di apostolato e di evangelizzazione e quella di animare l'ordine temporale con lo spirito cristiano.

Di questi ultimi fini il primo, che potrebbe essere interpretato, abbastanza agevolmente, come semplice ampliamento o esplicitazione della promozione del culto e dottrina cristiana, ha una sua particolare importanza, specie se ci riferiamo alle osservazioni prima fatte a proposito del can. 215, partecipazione del laico e delle associazioni da lui gestite alla missione di apostolato.

L'altra finalità presenta anch'essa una portata innovatrice, se la consideriamo rivolta particolarmente alle associazioni laicali; possiamo vedere, infatti, che non sono state disattese le indicazioni del concilio Vaticano II relative all'auspicato maggior coinvolgimento del cittadino-fedele nella vita della comunità politica, egli è considerato, nella nuova filosofia espressa nei documenti di quel concilio, come punto di intersezione tra il temporale e lo spirituale; come colui che deve santificare le realtà profane facendosi portatore delle istanze spirituali e chiesastiche nella vita politica dei propri stati (99).

Nuovo, in questo canone, è anche il riferimento alla cooperazione tra chierici e laici nell'ambito delle associazioni che potrebbe essere visto come inizio di un nuovo rapporto fedele-gerarchia inseribile nella generale rivalutazione della funzione del laico nella organizzazione ecclesiastica (100).

I cann. 229 e 301 presentano quella che probabilmente è l'innovazione più importante, in materia, contenuta nel nuovo codice, e cioè la distinzione delle associazioni in pubbliche e in private. Associazione pubblica è quella che viene eretta « a competenti auctoritate ecclesiastica » (can. 312) e « missionem recipit quatenus requiruntur ad fines quos ipsa sibi nomine Ecclesiae persequendos pro-

(99) Cfr. per tutti GISMONDI, *Il diritto della Chiesa dopo il Concilio*, cit., p. 8 ss.

(100) Sui maggiori controlli circa le associazioni di chierici alla luce del Vaticano II cfr. PRIMETSHOFER, *op. cit.*, p. 121.

ponit » (can. 313), venendo così inserita nella struttura organizzativa della Chiesa; privata sarà l'associazione avente le finalità indicate al can. 298, sia, o no, essa raccomandata o lodata dall'autorità ecclesiastica.

L'esistenza di associazioni private dovrebbe favorire e facilitare la formazione dei gruppi spontanei di apostolato auspicati dai Padri conciliari.

Ma se, ad una prima valutazione delle norme, sembra rilevarsi un favore nei confronti di tutte le forme associative, ad un'analisi più approfondita si nota che il legislatore si è mosso con estrema prudenza.

Se un'associazione privata vuole acquistare personalità giuridica deve sottoporsi alla normativa del can. 312, quella che regola l'erezione in persona giuridica pubblica di una *consociatio*; viene da chiedersi, allora, (e poco importa che il can. 322,2 affermi che nonostante ciò « *naturam privatam non immutat* ») quale sia la differenza realmente esistente tra i due tipi di associazione, se non quella del mancato inserimento nella struttura organizzativa della Chiesa. Va ricordato, poi, che solo le associazioni pubbliche possono fregiarsi del *nomen catholicum* (cann. 300 e 312) ed agire così in nome della Chiesa istituzione.

Un'innovazione, almeno formale, è riscontrabile nel secondo comma del can. 298 dove si afferma: « *christifideles sua nomina dent iis praesertim consociationibus, quae a competentibus auctoritate aut erectae aut laudatae vel commendatae sint* »; ciò significa che preferibilmente il fedele deve aderire ad una associazione valutata positivamente dalla sacra Gerarchia, ma che questo non può sempre accadere e che si tollera l'adesione anche ad altre associazioni.

Invero il can. 684 del vecchio codice, oltre a consigliare l'iscrizione ad associazioni « *ab Ecclesia erectis vel saltem commendatis* », indicava anche quali fossero quelle cui era vietato appartenere, permettendo così alla dottrina di argomentare *a contrario*, e affermare che la libertà associativa dei battezzati era riconosciuta anche per quei sodalizi « *de quibus, licet bonos fines licitis modis persequantur, Ecclesia nullum tulit iudicium* » (101), ma costringeva l'inter-

(101) TEDESCHI, *Preliminari*, cit., p. 48, aveva notato (riprendendo la tesi di H. JONE, *Commentarium in codicem iuris Canonici*, Paderborn 1948, p. 607) che libertà associativa dei battezzati « *resta riconosciuta anche in ordine a quei sodalizi 'de quibus, licet bonos fines licitis modis persequantur, Ecclesia nullum tulit iudicium'* ».

prete a delle argomentazioni complesse che alla luce della nuova normativa non appaiono più necessarie.

In conclusione, rispetto alla legislazione precedente, appare chiaro che il nuovo *Codex* ha introdotto delle innovazioni tendenti a valorizzare il fenomeno associativo nella Chiesa, queste innovazioni sono più liberali di quelle previste nello schema di *Lex fundamentalis* che segnò un momento di ripensamento nei confronti delle aperture conciliari.

Rispetto ai contenuti espressi in molti documenti del Vaticano II, al dibattito dottrinale, che ha accompagnato e seguito il Concilio (102), deve si notare che il nuovo codice se ha tenuto presenti le premesse e le norme appaiono restrittive rispetto all'impostazione sinodale, ciò è dovuto alla necessaria conciliazione dei diritti e facoltà evidenziate nei documenti conciliari con le esigenze istituzionali della Chiesa in ordine al suo mandato trascendente.

Del resto, se nel decreto *Apostolicam actuositatem* (n. 19) si afferma che spetta ai laici lo *ius* di *condere* e *moderari* libere associazioni, si precisa subito che deve essere servata una *debita relatione* con l'autorità ecclesiastica e (n. 24), nessuna iniziativa può rivendicare la denominazione cattolica se non interviene il consenso dell'autorità ecclesiastica. Sarà necessariamente la normativa codiciale a stabilire in che cosa consista la *debita relatione* con la gerarchia e quali i requisiti richiesti per il *nomen catholicum* di una associazione (103).

(102) Cfr. ad es. A. DEL PORTILLO, *Ius associationis et associationes fidelium iuxta concilio Vaticano II doctrinam*, in *Ius canonicum* 1968; G. CAPUTO, *Gruppi spontanei ed esigenze religiose delle nuove generazioni*, in *I problemi di Ulisse: La Chiesa post-conciliare*, Firenze 1969; L. GUERZONI, *Diritto di associazione, associazionismo spontaneo dei fedeli e 'autonomia' delle Chiese locali*, in *Arch. giur.* 1970; M. TEDESCHI, *Preliminari ad uno studio dell'associazionismo spontaneo nella Chiesa*, Milano 1974; R. BOTTA, *Principi conciliari e associazionismo spontaneo dei fedeli*, in *Studi in on. di P. A. D'Avack*, I, Milano, 1976; W. SCHULTZ, *Le norme canoniche sul diritto di associazione*, in *Apollinaris*, 1977; P. A. BONNET, *De Christifidelium consociationum lineamentorum iuxta schema de 'populo Dei' recogniti anni 1979 adumbratione*, in *Periodica de re mor. can. lit.*, 1982.

(103) Come ho detto prima la *recognitio* si concretizza nel controllo sui fini e sui mezzi attraverso l'esame degli statuti, i quali non debbono, a mio avviso, contenere norme contrastanti con l'ordinamento giuridico canonico. Il can. 299,3 usa il verbo *recognoscere*, la traduzione italiana del can. dell'UECI usa il verbo *esaminare*, FELICIANI, traduce il verbo *recognoscere* con *rivedere* (*I diritti e i doveri* cit., p. 271). Il Codice usa il verbo *recognoscere* anche a proposito della validità delle deliberazioni

La dottrina aveva già rilevato il riconoscimento di uno *ius nativum* dei fedeli alla costituzione di associazioni in *Ecclesia* con dei limiti precisi (104): che non possono darsi associazioni proibite o che vengano a collidere con finalità ed ambiti di competenza propria della sacra Gerarchia (*declaratio fidei*), che ogni associazione debba essere soggetta alla vigilanza e giurisdizione ecclesiastica, nel medesimo modo e con la medesima ampiezza con cui sono sottomessi alla gerarchia i fedeli *uti singuli* (105).

Un'ultima considerazione, la normativa non sembra favorire l'associazionismo di base, infatti il can. 299,3, stabilisce che nessuna associazione (privata), è riconosciuta in *Ecclesia* se i suoi statuti non sono stati « *recognita* » dall'autorità competente; nel can. 300 si dice che nessuna associazione può assumere il nome di cattolica se non ottempera al disposto del can. 312 (in questo caso da coordinarsi col can. 322) e il can. 312 è quello che indica quali siano le pubbliche autorità competenti « *ad erigendas consociationes* », in relatione ai diversi tipi di *consociationes* medesime.

Tutto ciò significa che una comunità di base, che generalmente si presenta come associazione giuridica non riconosciuta, non potrà, né considerarsi *consociatio in Ecclesia*, se non sottoporrà il proprio statuto all'esame dell'autorità gerarchica, né tantomeno cattolica, se non si sottometterà alla procedura prevista, e ciò anche nell'ipotesi che i fini da essa perseguiti non siano stati riprovati dall'autorità gerarchica stessa (106).

Come si può dedurre per questi tipi di associazioni la normativa ha innovato ben poco.

delle conferenze episcopali (can. 455,2), il testo dice: « *vim obligandi non habent, nisi ab Apostolica sede recognita* »; il testo italiano UECI usa il verbo *rivedere*; la revisione da parte della S. Sede si realizza nel controllare che le disposizioni non siano in contrasto con i principi di diritto divino e la normativa comune.

(104) Una completa analisi dei lavori conciliari relativi allo *ius nativum* dei fedeli di costituire associazioni la troviamo in A. DIAZ, *Derecho fundamental de asociación en la Iglesia*, Pamplona 1972, pp. 93 ss. e 115 ss. L'A. dimostra che tale diritto non sia stato considerato come derivante dalla sacra Gerarchia; la portata di tale affermazione, però, è limitata dal fatto che perché una associazione possa essere in qualche modo *agnita* nella Chiesa, e ancor più per ottenere il *nomen catholicum* deve assoggettarsi a controlli e sorveglianza da parte della autorità ecclesiastica. Sullo *ius nativum* cfr. anche TEDESCHI, *op. cit.*, p. 58; COLELLA, *op. cit.*, p. 119 ss.

(105) R. BOTTA, *Principi conciliari*, cit., p. 439.

(106) Sulle comunità di base cfr. COLELLA, *op. cit.*, p. 126 ss. e bibl. ivi cit.

1.7.3.3.1. — La libertà di riunione, di cui al medesimo can. 215, è finalizzata alla attività associativa « ... utque conventus habeant ad eosdem fines persequendos », dice la norma.

Non si tratta, quindi, di un diritto autonomo spettante ai fedeli in quanto tali, ma ai membri di associazioni per perseguire fini sociali. In altre parole il diritto in questione è una libertà strumentale per l'esercizio di una attività connessa con il fine sociale.

La problematica relativa a siffatto diritto è evidentemente abbastanza scarsa se si eccettuano tre punti, il primo relativo al luogo delle riunioni, il secondo concernente la necessità di preavvisi e autorizzazioni, il terzo i limiti. Non si può parlare di riunioni in luogo privato, aperto al pubblico o pubblico come nel diritto statale, giacché l'ordinamento della Chiesa non ha funzioni di tutela dell'ordine pubblico, salute pubblica ecc., proprie di un ordinamento temporale che esercita una sovranità su un territorio.

L'ordinamento canonico non può prendere in considerazione che riunioni che si tengano o nei locali dell'associazione, in luoghi di culto o in edifici annessi (107).

Va da sé che riunioni nei locali delle associazioni saranno soggette alle norme statutarie che prevedono e regolano le assemblee o i comitati di soci, ogni riunione effettuata in violazione delle regole statutarie non può che essere illegittima; altre riunioni nei locali di culto ed in edifici annessi, nei quali è consentito, in certe ore il libero accesso ai fedeli, non potranno effettuarsi se non con il consenso dell'autorità ecclesiastica cui sono affidati o che ne abbia la custodia. Il can. 1213 afferma infatti che: « potestates suas et munera auctoritas ecclesiastica in locis sacris libere exercet » formula che riprende quella del can. 1160 del precedente codice.

La norma, invero, parla di *loca sacra* cioè quelli destinati al culto divino o alla sepoltura, mediante una *deputatio ad cultum* (can. 1205), ma edifici della curia diocesana e della parrocchia sono configurabili come pertinenze del luogo sacro o destinati ad attività postorali e pertanto sottoposti all'autorità ecclesiastica consegnataria.

Da ciò deriva che qualsiasi riunione in un luogo sacro o di proprietà di un ente ecclesiastico non può aver luogo se non dopo

(107) Per quanto riguarda cortei e processioni, salvo quanto disposto dalle leggi civili per il loro svolgimento in luoghi pubblici, va rilevato che, a norma del can. 944, spetta solo al vescovo diocesano stabilirne le direttive.

l'autorizzazione, almeno implicita, e l'autorità ecclesiastica potrà far sciogliere la riunione in luogo sacro se i partecipanti commettano atti proibiti ai singoli dalla norma canonica relativa a quei luoghi sacri (cann. 1210-1211), indipendentemente se tali atti siano di un singolo o vengano fatti propri dalla collettività.

1.8. — Tra i diritti comuni a tutti i *Christifideles* il Codice indica anche quello di non essere colpiti se non da pene canoniche espressamente previste, per azioni qualificate come reati. La funzione punitiva della sacra gerarchia nei confronti dei fedeli, rientra certamente in quel diritto-dovere che compete ai Pastori di indirizzare gli uomini alla salvezza e fornire i mezzi necessari d'ordine sacramentale, magisteriale e direttivo, e tra questi ultimi le pene che hanno appunto funzione medicinale prevalente e servono a riportar il trasgressore sulla retta via (108).

È un diritto, questo, riconosciuto nel II comma del can. 221, il cui contenuto è meramente passivo e si concretizza in un *non pati*; ma questa assicurazione è subito contraddetta dal can. 1399 il quale prevede la punibilità di quelle azioni che, a giudizio dell'autorità ecclesiastica, si presentassero come scandalose: in quel caso essa ha il compito di punirle, anche se non espressamente previste come reato *ad praeveniendam vel reparandam scandalum*.

Nel diritto penale canonico la qualifica delittuosa di un comportamento e la punizione del responsabile è rimessa, salvo casi determinati, sia in positivo che in negativo, all'autorità gerarchica, la quale valuterà le circostanze e soprattutto la ripercussione sociale, lo scandalo, la convenienza, o meno, ai fini della salvezza ultramondana dei singoli e della comunità, della punizione stessa (109). Dis-

(108) G. PIANA, *Note sull'ecclesiologia del nuovo codice di diritto canonico*, in *Hermeneutica*, 3, 1984, p. 161, rileva che: «Notevole importanza rivestono pure il libro riguardante le sanzioni nella chiesa, nel quale viene operato il superamento di una concezione punitiva della pena per fare, invece, spazio ad una concezione medicinale e restauratrice, con notevole riduzione e mitigazione delle sanzioni stesse e l'invito a tener conto della persona e delle esigenze della situazione» cfr. anche GHIRLANDA, *op. cit.*, p. 377.

(109) Il can. 1718 affida all'ordinario la scelta discrezionale se avviare un processo per infliggere una pena o se invece dichiararla, se si debba ricorrere ad un processo giudiziario o procedere con decreto extragiudiziale, a meno che la legge lo vieti espressamente; cfr. anche *Acta Commissionis*, in *Communicationes*, II, 1, 1970, pp. 101-102.

simulazione, tolleranza, applicazione della pena *ad modum praecepti*, comminazione di una sanzione, anche in assenza di una specifica norma che la preveda, e la stessa « *iusta poena* » di cui parla il nuovo Codice — una pena non *ad arbitrium iudicis*, ma una pena medicinale valida ed utile per quella specifica persona colpevole — sono strumenti di un ordinamento giuridico fondato su presupposti teologici e funzionale al raggiungimento di un fine spirituale ultramondano.

Siamo di fronte ad un ordinamento che non punta su delle buone leggi, ma sull'applicazione 'ponderata' della propria normativa, da parte di un ceto di persone investite di uno speciale carisma, di uno speciale diritto-dovere di condurre il gregge alla salvezza.

Da queste considerazioni appare chiaro che l'esercizio del diritto di cui al can. 221,3, o, meglio, l'applicazione di questo diritto, è interamente rimessa al *moderamen* dell'autorità ecclesiastica.

Quello che, semmai, si può dire è che il legislatore fa un chiaro invito alla sacra gerarchia ad attenersi — salvo in casi eccezionali — al principio del *nullum crimen sine lege poenali*, ma la stessa indeterminatezza di molte pene — la *iusta poena* — attenua ulteriormente il principio (110).

Si è affermato e proposto in dottrina, prima e dopo la promulgazione del *Codex*, che la normativa penale non dovesse colpire coloro che si autoescludono dalla comunione ecclesiale, i *nolescentes*, garantendo appieno, senza sanzioni, il diritto di recesso (111).

A norma del can. 748,2, si riconosce al fedele, sia esso credente in altra fede o no, il diritto di ricercare la Verità senza coercizione ed aderirvi, eguale libertà dovrebbe essere riconosciuta al battezzato cattolico che si allontana dalla Chiesa con convinzione.

Come ho sempre rilevato, siamo in un ordinamento monista

(110) J. ARIAS GOMEZ, *Protección jurídica de los derechos fundamentales, principio de legalidad penal*, in *I diritti fondamentali*, cit., p. 470, sostiene che se in casi del tutto eccezionali per urgenza si deve applicare una pena *ad modum praecepti*, questa non deve essere penale, ma amministrativa. Il nuovo codice non ha fatto proprie, però, le sue indicazioni.

Sulle origini del principio « *nullum crimen sine praevia lege poenali* » cfr. O. GIACCHI, *Relazione alla Tavola Rotonda sulla Lex Fundamentalís Ecclesiae*, a cura A. MORONI, Milano 1973, p. 33 dove valuta tale principio riportato nello schema di *Lex Ecclesiae Fundamentalís*.

(111) Cfr. COLELLA, *op. cit.*, p. 147.

trascendente e non si possono applicare in esso principi propri di un ordinamento pluralista secolare. Un postulato teologico impone una diversa soluzione. Il battezzato entrando nella Chiesa non può esercitarvi alcuni diritti propri della sua condizione umana, come quello fondamentale dell'uomo alla libertà di coscienza e di religione, anche se tale diritto è ritenuto importantissimo anche dalla Chiesa, infatti, si sostiene (112), solo se è rispettato da tutti permette ad ognuno di conoscere la Vera Fede, di accettarla e di entrare nella Chiesa (can. 748) (113).

Chi è entrato nella Chiesa accede ad un ordine superiore in quanto l'adesione alla Vera Fede costituisce per lui un valore sommo; manterrà il diritto ad allontanarsene senza che la Chiesa possa costringerlo direttamente; essa interverrà con ammonizioni, sanzioni solo per avvertirlo della perdita spirituale cui va incontro.

L'azione della Chiesa non solo è un diritto, ma anche un dovere, sia nei confronti dei dissenzienti e apostati, sia nei riguardi degli altri fedeli che devono essere avvertiti dall'antigiuridicità dei comportamenti e pericolosità dei soggetti e delle tesi sostenute; la sacra Gerarchia interverrà o per confermare l'autoesclusione o per dichiararla solamente.

Si è, quasi, rilevata una contraddizione nel fatto che gli scomunicati, gli interdetti, i sospesi, oltre che essere esclusi dalla comunità ecclesiale, siano privati dell'esercizio dei diritti, pur restando *membra Ecclesiae* (114).

Vorrei rilevare però, in primo luogo, che l'esercizio dei diritti nella Chiesa postula l'esistenza della piena comunione gerarchica e che la ricerca e permanenza della piena comunione costituisce uno dei doveri fondamentali di ogni battezzato, proprio perché legato al dovere fondamentale di salvarsi.

(112) Nella *Dignitatis Humanae*, n. 10, si esalta la libertà e volontarietà nell'abbracciare la fede e, al n. 13, si afferma che il diritto alla libertà religiosa deve essere garantito per tutti nei vari diritti civili.

(113) GHIRLANDA, *op. cit.*, p. 333-334.

(114) COLELLA, *op. cit.*, p. 144. L'A. riporta un'ampia bibliografia relativa alla riforma del diritto penale canonico alla luce di documenti conciliari. Anche P. GRISMONDI, *Il diritto della Chiesa dopo il Concilio*, Roma 1973, auspicava (pp. 148-149) «una totale rielaborazione della disciplina dei delitti contro la fede, l'unità della Chiesa, la religione nel senso che la maggior parte di essi non dovrebbero più essere puniti con sanzione giuridica in foro esterno ma solo in foro interno».

Inoltre i diritti inesercitabili, a norma del can. 1331, sono o strettamente legati ad azioni liturgiche, alla *communicatio in sacris* di cui presupposto è il *vinculum communionis*, o ad azioni di governo e di guida del popolo di Dio che necessariamente per il *bonum animarum* postulano la comunione gerarchica, o sono dei privilegi e vantaggi economici legati a funzioni ecclesiali.

2.1. — Altri diritti, enunciati nel titolo *De omnium Christianorum obligationibus et iuribus*, si fondano sulla dignità della persona umana.

Nella Chiesa due realtà sono imprescindibili, da un lato il fatto che il suo ordinamento sia legato ad una finalità ultramondana, e che, di conseguenza, gli istituti giuridici siano visti come strumenti per la realizzazione dello scopo imposto alla Chiesa dal divino Fondatore (115), dall'altro la dignità della persona umana, cui deve essere garantito il rispetto delle proprie scelte morali e giuridiche, l'onorabilità e la possibilità di tutelare i propri diritti, sia connessi ai *tria munera santificandi, docendi et regendi*, sia quelli connessi alla sua dignità e libertà.

Questa seconda serie di diritti trova fondamento nello stesso diritto divino naturale e la loro attuazione non è soggetta allo stesso tipo di *moderamen* esercitato dall'autorità ecclesiastica per quelli legati ai *tria munera*, ma il limite che il can. 223 (116) pone al loro esercizio si ispira anche ai tradizionali principi del diritto naturale classico: *aliquem non laedere, honeste vivere, unicuique suum tribuere* (117); la norma, infatti, parla del rispetto dei diritti altrui, dell'osservanza dei propri doveri nei confronti degli altri, oltre che del *bonum Ecclesiae, societas hominum viatorum*. L'autorità ecclesiastica è investita della regolamentazione di questi diritti, sia in vista della *salus aeterna animarum*, sia del bene comune sociale.

In questa categoria di diritti rientrano quelli alla libera scelta del proprio impegno ecclesiale, alla tutela legale, alla buona fama, menzionati rispettivamente ai cann. 219, 221, 220, a questi ne aggiungo un altro, quello relativo alla giusta retribuzione che, impli-

(115) P. A. D'AVACK, *Trattato di diritto canonico*, Milano 1980, p. 105 ss.

(116) « In iuribus suis exercendis christifideles tum singuli tum in consociationibus adunati rationem habere debent boni communis Ecclesiae nec non iurium aliorum atque suorum erga alios officiorum ».

(117) F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, I, *Le Fonti*, Milano, 1953, p. 471.

citamente, rientra nella salvaguardia dei diritti altrui e nell'osservanza dei doveri nei confronti degli altri, di cui al can. 223, e che d'altra parte è strettamente legato ai principi di equità e giustizia sostanziale, da sempre ritenuti principi di diritto divino naturale, imprescindibili nell'ambito della Chiesa.

2.2. — Il can. 219, ricalcando quasi alla lettera il can. 22 dello schema di L.E.F., afferma che tutti i fedeli hanno il diritto ad essere immuni da qualsiasi costrizione nella scelta del loro *status vitae* (118).

Non si garantisce, si badi bene, il diritto di ogni *Christifidelis* di scegliersi la condizione giuridica base, il proprio impegno ecclesiale con i relativi diritti e doveri, senza la concorrente adesione, sotto modalità diverse, della sacra gerarchia (119), ma il contenuto del diritto enunciato si concretizza in un divieto, nei confronti di chiunque, di costringere alcuno a scegliere uno *status* personale, cioè a divenire coniuge per mezzo del sacramento del matrimonio, chierico, attraverso la recezione dell'*ordo sacer*, persona di vita consacrata tramite la professione religiosa.

L'ordinamento canonico al can. 219 stabilisce l'illiceità della coazione nella scelta dello *status personale*, ma non attribuisce medesimi effetti in ordine al matrimonio, professione religiosa e *ordo sacer*, ricomprendendo anche queste fattispecie nella regola generale di cui al can. 125; cioè si avrà nullità quando l'atto giuridico di scelta dell'impegno ecclesiale è posto per la *vis* esercitata *ab extrinseco* su una persona « cui ipsa nequaquam resistere potuit » (120);

(118) Il can. 22 dello schema della L.E.F. diceva: « Christifideles omnes iure gaudent ut a quacumque coactione immunes, statum vitae eligant ». Già nel 1950 L. DE LUCA, *I diritti fondamentali dell'uomo nell'ordinamento canonico*, conferenza tenuta al Congresso Internazionale di Diritto Canonico, 25-30 Sett. 1950, in *Acta Congressus Internationalis Iuris Canonici*, Romae 1953, p. 100, aveva rilevato che il diritto a non essere coartato nella professione religiosa poteva essere qualificato come diritto fondamentale.

(119) Sul diritto a ricevere i sacramenti cfr. *supra* p. 34 ss., in particolare per il matrimonio spetta all'autorità ecclesiastica, can. 1066, si rimette al vescovo o Superiore maggiore competente, la valutazione dell'idoneità del candidato; per la professione religiosa, infine, il can. 656, prevede, pena la nullità, che essa debba essere ricevuta dal legittimo superiore, cfr. anche V. PARLATO, *La professione religiosa*, Milano 1979, p. 31 ss. e 34 e ss.

(120) PARLATO, *La professione* cit., p. 53.

quando invece si tratterà di violenza morale — minaccia *ab extrinseco* di un male grave ed ingiusto — proprio perché c'è stata una manifestazione di volontà, il soggetto (*coactus sed voluit*) ha scelto tra due situazioni e ha optato per l'impegno ecclesiale (121), la norma prevede la nullità nel matrimonio e nella professione religiosa, la possibilità di rescissione dalle obbligazioni, relative allo *status clericalis*, per l'*ordo sacer* (122).

« La correlazione tra validità e rescindibilità risponde, scrive Maffeo (123), ad un sistema poggiante su due elementi distintamente giustificati. A suggerire la prima stanno argomenti filosofici, psicologici e giuridici lungamente elaborati fin dal diritto romano, passati poi nella dottrina canonista antica e moderna. Spiega la seconda invece la necessità di assicurare il ristabilimento dell'ordine giuridico comunque turbato, a difesa del soccombente, quando egli non voglia accettare il fatto compiuto ... [così] la norma ... sancisce in favore di chi fu costretto a un comportamento indesiderato e unicamente in suo favore la possibilità di una *restitutio in pristinum statum* ».

Non c'è alcuna norma di diritto divino o ecclesiastico che dichiari irriti l'*ordo sacer* in caso di violenza morale.

Del resto la Chiesa non ha alcun potere di stabilire impedimenti dirimenti, almeno per gli ordini gerarchici, al di fuori delle incapacità stabilite dal diritto divino (124). Così, in linea con la tradizione, il can. 1026 avverte che chi viene ordinato deve godere della debita libertà e che non è assolutamente lecito costringere alcuno, per qualsiasi causa a ricevere gli ordini, oppure distogliere un candidato canonicamente idoneo a riceverlo, ma non prevede la nullità. Data la validità dell'ordine sacro, anche se conferito con violenza morale, l'ordinamento ammette il rimedio rescis-

(121) A. MORONI, *La volontà nell' 'ordo sacer'*, Milano 1957, p. 201, scrive: « ... il soggetto vuole gli effetti della manifestazione; li vuole per evitare un male maggiore, ma li vuole ».

(122) MORONI, *La volontà*, cit., p. 162 ss. Vi è quasi una duplice adesione, una all'*ordo sacer*, l'altra agli obblighi che ne derivano; chi è stato ordinato con la coazione, e tolta la causa del timore, non l'abbia ratificata almeno tacitamente, con l'esercizio della potestà d'ordine, volendo con tale atto esprimere l'assunzione dello stato clericale, deve essere ridotto allo stato laicale e liberato così da tutti gli oneri inerenti allo stato clericale stesso. Cfr. MORONI, *La volontà*, cit. p. 178.

(123) L. MAFFEO, *I vizi della volontà nell'ordine sacro*, Torino 1960, p. 153 s.

(124) MAFFEO, *op. cit.*, p. 154-155.

sorio unicamente nei confronti delle obbligazioni, senza pregiudizio per la validità del vincolo (125).

Per il matrimonio il can. 1103 commina invece la nullità se contratto per violenza o timore grave, *ab extrinseco* e ingiusto. La *ratio* della differente normativa sta nel principio dell'autonomia sacramentale (126), che spiega tutti i suoi effetti nell'*ordo sacer*, per cui il sacramento è nullo solo quando manca di uno dei suoi elementi — volontà, materia e forma —; mentre per il matrimonio che oltre ad essere sacramento è un contratto, in cui il sacramento si sostanzia, la volontà del soggetto agente ha un ruolo di particolare rilievo.

Per la professione religiosa il can. 656, n. 4 stabilisce che essa, pena la nullità, deve essere emessa senza che ci sia violenza, timore grave o inganno; come negozio bilaterale, non sacramento, dipende la sua validità dall'esistenza del libero consenso (127).

Va rilevato, poi, che mentre il codice pio-benedettino al can. 2354 (128) comminava la scomunica a coloro che avessero costretto l'uomo ad abbracciare lo stato clericale e l'uomo o la donna ad entrare in religione, il nuovo codice non commina sanzione penale alcuna per queste fattispecie, sancendo solo l'illiceità morale e lasciando impregiudicata qualsiasi azione patrimoniale volta al risarcimento del danno (129).

Direi che l'enunciato del can. 219 ha soprattutto il valore di norma di principio la cui ottemperanza è affidata, come per molte altre norme canoniche, alla spontanea adesione dei soggetti (130).

Nel principio affermato al can. 219 non può essere ricompre-

(125) MAFFEO, *op. cit.*, p. 154.

(126) Nella dottrina sacramentaria non è ritenuta sempre necessaria la volontà di ricevere il sacramento, ma si richiede l'assenza di una volontà contraria. Cfr. MAFFEO, *op. cit.*, p. 25. Cfr. anche MORONI, *La volontà*, cit., p. 183.

(127) MAFFEO, *op. cit.*, p. 58; PARLATO, *La professione*, cit., p. 51 ss.

(128) MAFFEO, *op. cit.*, p. 57 rileva che la sanzione operava solo per il conferimento degli ordini maggiori.

(129) Il termine « nefas » definisce l'illiceità della coazione inflitta, ma non pregiudica la questione degli effetti della ordinazione coatta; l'equiparazione alla stessa sanzione penale di chi costringeva agli ordini o di chi obbligava all'ingresso in religione metteva sullo stesso piano la coazione a ricevere un sacramento con quella ad un atto non sacramentale, perché teneva presente, la costituzione di nuovo *status* in capo al soggetto coartato.

(130) D'AVACK, *Trattato*, cit. p. 75 s.

so quello del can. 748 (131) cioè che « homines ad amplectendam fidem catholicam contra ipsorum conscientiam per coactionem adducere nemini numquam fas est »; infatti qui i soggetti garantiti sono tutti gli uomini, battezzati in una Chiesa o comunità acattoliche e non battezzati, e anche se lo *status* di 'battezzato in piena comunione con la Chiesa cattolica' è uno *status* fondamentale nella *Ecclesia*, per il conseguimento e permanenza di quello operano altre norme, diverse e proprie per le singole situazioni.

Un'ulteriore considerazione sul can. 219 riguarda il principio più ampio, che cioè non solo la coazione vizia la scelta dello *status vitae in Ecclesia*, ma anche l'ignoranza e l'errore sugli obblighi nascenti dagli *status* personali stessi e che comunque occorre la *discretio iudicii* prevista dalle singole norme (132). Sia per il matrimonio, sia per l'*ordo sacer*, sia per la professione religiosa la dottrina e la normativa del codice pio-benedettino avevano rilevato l'incidenza dell'ignoranza e dell'errore. Nel matrimonio e nell'ordine sacro era stata sostenuta (133) la necessaria compatibilità tra l'intento pratico e l'intento giuridico; compatibilità che si realizza quando il fine per cui il soggetto opera, trova soddisfazione e tutela nell'atto o contratto posto in essere.

Per la professione religiosa, invece, la norma richiedeva non solo la piena conoscenza di tutti gli effetti che da essa derivano, cioè dell'intento giuridico, ma anche di tutte le obbligazioni relative che il professo dovrà adempiere (134). La nuova normativa riprende quella precedente.

Per il matrimonio in particolare il can. 1036 afferma che i contraenti non devono ignorare che il matrimonio è la comunità permanente tra l'uomo e la donna, ordinata alla procreazione della prole mediante una qualche cooperazione sessuale, conoscenza ben più limitata della natura e caratteristiche del matrimonio ricavabili dai cann. 1055, 1056, 1057 (135).

(131) Nel codice pio-benedettino al can. 1351 si affermava: « Ad amplectendam fidem catholicam nemo invitus cogatur ».

(132) Non è rilevante invece la simulazione; nel matrimonio la simulazione « non opera propriamente la 'fictio sacramenti', ma la 'fictio contractus matrimonialis' », MORONI, *La volontà*, cit., p. 76.

(133) PARLATO, *La professione*, cit., p. 41 ss.

(134) PARLATO, *La professione*, cit., p. 45.

(135) PARLATO, *La professione*, cit., p. 44.

Per l'*ordo sacer* è stato giustamente rilevato che « se l'errore causa un consenso di contenuto tale che abbia in sé implicito il contenuto vero, l'ordinazione è evidentemente valida; se invece causa un consenso di contenuto tutto diverso dal richiesto che implicitamente si contiene in esso ... l'ordinazione sarà da considerarsi invalida » (136), con l'avvertenza però che l'errore e l'ignoranza « riguardo agli oneri annessi, esplicherà i suoi effetti solo sull'obbligazione circa essi, ma non intaccherà mai l'*ordo* che è sempre valido quando il consenso si svolge, come minimo, ad accettare quella realtà soprannaturale che la Chiesa intende conferire » (137).

Per la professione religiosa, infine, il soggetto, come ho accennato, deve possedere al momento della professione la piena e completa conoscenza delle costituzioni della *societas* in cui con la professione stessa sarà incorporato e degli obblighi cui sarà sottoposto e che modificheranno profondamente la sua condizione giuridica; gli stessi voti obbligano nei contenuti e nelle modalità previste dalle costituzioni dei singoli istituti di perfezione, specie per quanto concerne il voto di povertà e di obbedienza (138).

Questa piena e completa conoscenza viene ottenuta tramite l'istituto del noviziato che è proprio ordinato a far sì che i novizi possano prender meglio conoscenza della vocazione divina, quale è propria dell'istituto, sperimentarne lo stile di vita, formarsi mente e cuore secondo il suo spirito, e, al tempo stesso, a controllare da parte degli organi preposti l'idoneità del novizio alla vita religiosa (139).

Alla luce di queste considerazioni il can. 219 poteva essere allora formulato così: « Christifideles omnes iura gaudent ut in eligendo statum vitae debitam scientiam et liberam voluntatem habeant »; esso avrebbe espresso un concetto pienamente rispondente ad un principio di diritto divino naturale, quello, cioè, che la validità e l'imputabilità dell'atto umano presuppongono la *debita scientia* e la libera manifestazione della volontà.

(136) MORONI, *La volontà*, cit., p. 175.

(136) MORONI, *La volontà*, cit., p. 175.

(137) MORONI, *La volontà*, cit., p. 176.

(138) PARLATO, *La professione*, cit., p. 41.

(139) Cann. 650, 659, 660 del nuovo Codice.

2.3. — Nel codice pio-benedettino non si parla mai esplicitamente del diritto alla tutela legale, anche se l'intera normativa dedicata alle regole processuali ne ammette implicitamente l'esistenza, sia pure in termini vaghi e indeterminati (140).

Siamo debitori al Concilio Vaticano II e al suo sforzo di adeguare la realtà interna della Chiesa a quella degli ordinamenti garantisti moderni del tentativo di isolare la categoria dei diritti 'fondamentali', o diritti comuni a tutti i fedeli, allo scopo di meglio tutelare e rafforzare la sfera di dignità e libertà dell'uomo (del fedele), e della possibilità, quindi, di addivenire, da parte della dottrina, all'individuazione di tale diritto (141) e alla determinazione dei suoi contenuti.

La prima consacrazione 'ufficiale' dell'esistenza del diritto alla tutela legale si trova nello schema di *Lex Ecclesiae Fundamentalis* del 1970, che dedica ad esso il can. 20 (142).

Il diritto si concretizza essenzialmente in due diverse e consequenziali garanzie legali: quella di poter adire la via giudiziaria e, nei casi previsti dalla legge, la via amministrativa, per proteggere e tutelare i propri diritti, e quella di essere giudicato solo in base alle prescrizioni di legge.

Tale contenuto, del diritto alla tutela legale, appare molto si-

(140) Già L. M. DE BERNARDIS, *Diritti soggettivi ed aspettative dei laici in relazione ai «tria munera» della Chiesa nell'attuale evoluzione del diritto canonico*, in *I diritti fondamentali del cristiano*, cit., p. 286, aveva parlato di diritto fondamentale alla tutela legale garantito dal can. 1552,2 del *Codex* pio-benedettino, il quale can., ripreso dal can. 1400 del nuovo *Codex*, si limita a dire «Obiectum iudicii sunt: Personarum physicarum vel moralium iura perseguenda aut vindicanda, vel earundem personarum facta iuridica declaranda; et tunc iudicium est contentiosum...».

(141) Significativi contributi sono rinvenibili nel vol. I *I diritti fondamentali del cristiano*, cit.: C. MIRABELLI, *La protezione giuridica dei diritti fondamentali*, in specie a p. 417; J. I. ARRIETA *Oportunidad de la tutela procesal de los derechos fundamentales del fiel*, p. 475 ss.; J. GOTI, *Dimension procesal de los derechos fundamentales*, p. 547 ss.; E. LABANDEIRA, *La tutela de los derechos subjetivos ante la seccion II^a de la Signatura Apostolica*, p. 571 ss.; M. J. VILLA ROBLED, *Las garantías jurídicas de los derechos fundamentales*, p. 629 ss.; R. BERTOLINO, *La tutela dei diritti nella Chiesa*, Torino, 1983, p. 15 e 19.

(142) Il can. 20 dello schema di *Lex Fundamentalis* diceva: «Christifidelibus competit ut iura quibus in Ecclesia gaudent legitime defendant in foro ecclesiastico, et quidem via iudiciali necnon, in casibus iure definitis, via amministrativa, ad normam sacrorum canonum. Christifidelibus ius est quoque ut, si ad iudicium ab auctoritate ecclesiastica vocentur, iudicentur servatis iuris praescriptis, cum aequitate applicandis».

mile a quanto garantito negli stati democratici e pluralisti e non può non far pensare ad un sincero sforzo ed impegno della Chiesa di venire incontro alle aspettative imposte dalla realtà presente. Le critiche al canone non mancarono. Innanzi tutto si dissentì sulla collocazione del canone, ci si chiese infatti il perché, per la collocazione di un diritto concepito come difesa del legittimo esercizio degli altri diritti, non si fosse preferita la fine della rubrica « Christifidelium officia et iura fundamentalia », e non invece una posizione mediana, quasi che i quattro canoni successivi, contenenti importanti affermazioni garantiste restassero esclusi dalla loro tutela legale (143); una simile tesi, invero, aveva suscitato notevoli e giuste perplessità; una migliore sistemazione del canone era comunque auspicabile.

Si criticava, anche, che i soggetti garantiti fossero solo i *Christifideles* e non tutti gli uomini, e si faceva presente che molti diritti riconosciuti ai catecumeni e anche ai non battezzati non sarebbero stati tutelati; cosa grave questa perché tra i diritti dei catecumeni e dei non battezzati si indicavano anche quelli al battesimo, alla buona fama, all'immunità dalla coazione in materia di fede (144).

Una terza critica, mossa sempre dai canonisti spagnoli (145) riguardava la tutela legale accordata solo ai diritti veri e propri, e non anche a situazioni giuridiche non qualificabili come diritti, che pur essendo riconosciute giuridicamente rilevanti dall'ordinamento non sono in esso direttamente regolamentate da norme di relazione (146).

Il nuovo codice sancisce il diritto alla tutela legale nel 1° e 2° comma del can. 221. Il primo comma presenta un testo ridotto rispetto a quello del primo comma del can. 20 della L.E.F., in esso manca, infatti, l'esplicito riferimento alla difesa dei diritti dinanzi alla giurisdizione amministrativa (147).

(143) P. J. VILADRICH, *La declaration de derechos y deberes de los fieles*, in *El Proyecto de ley fundamental*, cit., p. 152.

(144) VILADRICH, *La declaration*, cit., p. 152.

(145) G. DELGADO, *Administracion eclesiástica y garantías jurídicas* in *El proyecto de ley*, cit., p. 198.

(146) A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1982, p. 100.

(147) BERTOLINO, *La tutela dei diritti nella Chiesa*, cit., p. 78 scrive: « depennati radicalmente nel codice del 1983 la disciplina del ricorso in sede giurisdizionale e l'intero titolo terzo sulla procedura amministrativa, ne è seguita l'abolizione della facoltà, riconosciuta allora in modo ampio ed elastico, di un passaggio dall'*ordo administrativus* a quello *iudiciarius* e viceversa ».

Giustamente, e seguendo i suggerimenti, il legislatore ha postposto questo diritto ad ogni altro nel Titolo I del libro II « De omnium christifidelium obligationibus et iuribus », ma ovviamente esso copre anche altri diritti rinvenibili nelle parti successive del *Codex*.

Il contenuto e le modalità d'esercizio di questo diritto vanno ricercate nei principi generali del diritto processuale stabilito nel nuovo codice. Così al can. 1476 si riscontra l'attribuzione del diritto di agire in giudizio a tutti gli uomini, battezzati e non, facendo proprie sia alcune considerazioni già espresse in dottrina (148), a favore del diritto di agire, riconoscibili già nel precedente codice, agli infedeli, sia forse le critiche espresse a proposito dello schema di L.E.F. da parte della canonistica spagnola, attenta alla rivalutazione della persona umana operata dai documenti del concilio Vaticano II (149).

Lo studio delle garanzie giudiziarie nell'ordinamento canonico presuppone una considerazione di base che investe di sé tutto l'ordine processuale: accanto alla tutela dei diritti della persona, accanto all'accertamento della verità assoluta dei fatti, deve essere sempre presente la *salus aeterna animarum*, finalità suprema della Chiesa stessa.

Ed essa è presente in modo tale che tutta l'attività processuale, sia che riguardi il *bonum publicum* o il *bonum privatum*, dall'applicazione delle leggi '*cum aequitate*', dall'*officium iudicis*' al non passaggio in giudicato di determinate sentenze, tutto deve essere in funzione della salvezza ultramondana.

Il secondo comma del can. 221 ricorda che i fedeli hanno il diritto di essere giudicati secondo le disposizioni di legge, da applicare con equità (come già era scritto nello schema della L.E.F.), quasi una contraddizione perché proprio l'*aequitas* impedisce la certezza formale del diritto e la stretta legalità. Quando il giudice, richiamandosi all'equità canonica si rifiuta di decidere in conformità della lettera della norma positiva, rivela, in quel caso concreto,

(148) P. LOMBARDIA, *Infieles*, in P.L. *Escritos de derecho canonico*, II, Pamplona 1973, p. 95 ss. Sono venute meno anche l'incapacità del religioso di voti pubblici senza il consenso del superiore e l'esclusione dal diritto d'agire comminata allo scomunicato.

(149) VILADRICH, *La declaration*, cit., p. 152.

contraria allo *ius divinum naturale* o alla *caritas* o alla *benignitatis Ecclesiae*, a ciò egli si ritiene autorizzato proprio e soltanto in virtù di un mero processo interpretativo della norma medesima; sul presupposto, cioè, che il legislatore stesso o non abbia avuto la potestà di imporre l'osservanza in quel caso determinato *in perniciem animarum* o non abbia avuto la volontà di estendere ad esso tutto il *rigor iuris* (150). Tutto questo porta a negare quel principio astratto di legalità di cui si pasce la cultura e la dommatica giuridica di matrice illuminista, e lo stesso principio di certezza del diritto si realizza non tanto nell'applicazione incondizionata della legge, quanto, piuttosto, nella sicurezza che la norma applicata sarà nei singoli casi funzionale alla *salus aeterna*.

Quanto all'*officium iudicis* esso è stato notevolmente ampliato nel nuovo codice. Il giudice dirige la fase probatoria col poter chiedere prove anche su un fatto ammesso dal convenuto (can. 1526,2), con l'assumere deposizioni di parti (can. 1528), nel fare o no prestar giuramento *de veritate dicenda* o *dictorum* (can. 1532), ammette *sub moderatione* testimonianze (can. 1547) anche di minori o deboli di mente (can. 1550,1), può, inoltre, ammettere o vietare la presenza di avvocati durante gli esami dei testi (can. 1559), provvede a reintegrare i diritti istruttori in caso di comparizione tardiva (can. 1592).

Tutte queste attribuzioni, poteri, facoltà sono funzionali alla possibilità di giudicare *ultra alligata et probata* dalle parti al fine di ricercare e stabilire la verità.

Rileva giustamente Bertolino (151) che il legislatore canonico ha avuto di mira il perseguimento della « 'giusta' giustizia sostanziale in ogni caso » e che a tal fine ha previsto la facoltà del giudice di supplire le parti, anche nelle cause private 'ad vitandam graviter iniustam sententiam' non solo adducendo, egli stesso, prove, ma ponendo altresì eccezioni ed azioni riconvenzionali ».

Un altro aspetto della tutela legale accordata ai *Christifideles* è la normativa relativa al diritto di difesa; il can. 1620,7, dichiara viziata da nullità insanabile la sentenza nel caso in cui sia stata ne-

(150) P. A. D'AVACK, *Trattato di diritto canonico*, Milano 1981, p. 119.

(151) BERTOLINO, *La tutela dei diritti nella comunità ecclesiale*, in *Il nuovo codice*, cit., p. 192.

gata ad uno o a tutte e due le parti il diritto di difesa (152), nel processo penale si prevede necessariamente la nomina di un difensore, anche d'ufficio (can. 1723). Si delinea, al tempo stesso, una sostanziale equiparazione tra promotore di giustizia e difensore del vincolo e avvocati; anche questi ultimi possono assistere all'esame delle parti, dei testi e dei periti, a meno che il giudice, per circostanze di cose e di persone, non ritenga doversi procedere in segreto (cann. 1559 e 1678, 1 e 2). Va notato, però, a questo proposito, che se si escludono i patroni di parte non si possono escludere il difensore del vincolo e il promotore di giustizia, nelle cause dove è richiesta la loro presenza (can. 1433), alternando a favore delle parti pubbliche il rapporto processuale.

Altre disparità di trattamento sono riscontrabili nella possibilità, riconosciuta al difensore del vincolo e al promotore di giustizia (can. 1603,3), di replicare alle ultime deduzioni delle parti e nel fatto che, se le parti abbiano trascurato di preparare in tempo utile le loro difese o si rimettano alla scienza e conoscenza del giudice, questi potrà pronunciare la sentenza dopo aver chiesto le osservazioni del difensore del vincolo e del promotore di giustizia (can. 1606) (153).

Nel processo penale spetta all'accusato o al suo difensore l'ultima parola (can. 1725).

Se la presenza dell'avvocato, patrono di parte, è considerata indispensabile nelle cause penali e in quelle contenziose di *bonum*

(152) Per il can. 1742 del codice pio-benedettino si faceva obbligo al giudice di interrogare le parti, ma dall'inosservanza di quest'obbligo non se ne faceva derivare la nullità della sentenza (GULLO, *Diritto di difesa*, cit., p. 216). Il nuovo codice sembra voler porre l'accento sul diniego del diritto di difesa ad una o ad entrambe le parti e non sulla effettiva partecipazione delle parti al processo. La nullità della sentenza, insomma, si verifica solo se ad una o ad entrambi le parti si nega il diritto di intervenire nel dibattito processuale, non se una delle due parti non interviene o non chiede di intervenire. Certo non si può non rilevare che la verità nasce dalla piena conoscenza dei dati in possesso del giudice; la mancata necessità dell'interrogativo delle parti oltre a ledere il diritto di difesa investe anche il tema della veridicità stessa della sentenza.

(153) N. CAPPONI, *I principi della pubblicità e della parità delle parti in giudizio nel nuovo processo contenzioso canonico e nel processo matrimoniale in specie*, in *Il dir. eccl.*, 1984, I, p. 174 dice che se le parti rimettono alla giustizia del tribunale, nel processo matrimoniale, l'ultima parola spetta al difensore del vincolo.

publicum, o relative ai minori, è invece qualificata superflua nelle cause matrimoniali (can. 1481,3) (154).

Non posso, a questo punto, non riprendere quanto giustamente già rilevato da Gullo; questi aveva fatto notare (155) che il processo di nullità matrimoniale è un tipico processo relativo al *bonum publicum*, in quanto l'oggetto in contestazione è il valore di un sacramento e lo *status* personale di un fedele nella *Ecclesia*. In questo processo scriveva: « la difesa viene considerata come diritto dovere, per ciò stesso non rinunciabile, in quanto l'ordinamento ha un preciso interesse all'accertamento obiettivo della verità, cosa che si realizza certamente meglio se la contesa si svolge fra persone non soggette a condizionamenti psicologici, quali sarebbero le parti in questi tipi di giudizi » (156).

Grave è anche, a mio avviso, il disposto del can. 1701,2, il quale statuisce che, nelle procedure per la dispensa del matrimonio rato e non consumato, non è ammesso il patrono, anche se per la difficoltà del caso il vescovo può permettere che l'oratore e la parte convenuta si avvalgano dell'opera di un legale; qui si ha proprio, direi, la negazione del diritto alla tutela legale.

Benché questo diritto alla tutela legale sia riconducibile al diritto divino naturale, posto a salvaguardia della dignità della persona umana e quindi non soggetto al *moderamen* ecclesiastico, esercitabile per i diritti legati a quello fondamentale di ricevere dalla Chiesa i mezzi di salvezza, tuttavia anche in questo caso spetta, « competit » (157), all'autorità gerarchica regolarne l'esercizio, in vista del fine trascendente e bene comune, con leggi invalidanti e inabilitanti.

Va rilevato, poi, che la garanzia della tutela legale appare indebolita dalla disposizione secondo cui questa tutela deve esercitarsi *ad normam iuris* e non si specifica se si parli di norme processuali

(154) BERTOLINO, *La tutela dei diritti nella Chiesa*, cit., p. 107; M. F. POMPEDDA, *Diritto processuale nel nuovo codice di diritto canonico: revisione o innovazione*, in *Studi di diritto canonico matrimoniale e processuale*, I, Roma, 1983, p. 18; A. DORDET, *Notae quaedam ad conferentiam officialium Germaniae habitam anno 1966*, in *Ius Populi Dei*, Romae 1972, p. 648.

(155) GULLO, *Diritto di difesa*, cit., p. 305.

(156) GULLO, *Diritto di difesa*, cit., p. 300.

(157) Can. 223,2: « Ecclesiasticae auctoritati competit, intuitu boni communis, exercitium iurium, quae christifidelibus sunt propria, moderari ».

in genere o di riserva di legge, o solo di riserva di diritto oggettivo, creato anche attraverso la funzione esecutiva, stante nel diritto canonico il principio dell'unicità della potestà ecclesiastica e non la separazione dei poteri.

2.4. — Il can. 220 afferma che non è lecito ad alcuno ledere illegittimamente la buona fama di cui uno goda, o violare il diritto di ogni persona a difendere la propria intimità. La disposizione ricalca l'art. 23 dello schema di *Lex Fundamentalis*, ampliandone il contenuto; mentre, infatti, nello schema si parlava solo di proibizione di ledere illegittimamente l'onorabilità e la buona fama dei singoli fedeli, nel codice si proibisce l'illegittima lesione della buona fama e la violazione del diritto di ognuno a difendere la propria intimità (158).

Soggetti garantiti sono tutti gli uomini battezzati e non, essendo il diritto alla propria onorabilità e riservatezza funzionale alla dignità della persona umana e quindi riconducibile ai principi di diritto divino naturale.

Il contenuto di questi diritti di onorabilità e riservatezza non è affatto precisato in tutta la normativa del nuovo codice; alcune norme se ne presentano come concreta attuazione.

Una è il can. 1390,2, dove si prevede e punisce il delitto di diffamazione (159); le altre appartenenti al libro VII si riferiscono al processo penale. Il can. 1717,2, avverte che nelle indagini a seguito di un delitto si deve provvedere che con questa indagine non sia messa in pericolo la buona fama di alcuno (160); il can. 1724,2, stabilisce che il promotore di giustizia può rinunciare all'istanza, ma

(158) Can. 23 della L.E.F. «Christifidelibus ius est ut bona fama qua gaudent ad omnibus in honore habeantur; quapropter nemini licet eandem illegitime laedere». Il can. 220 C.I.C. «Nemini licet bonam famam, qua quis gaudet, illegitime laedere nec ius cuiusque personae ad propriam intimitatem tuendam violare». Rilevava giustamente O. GIACCHI, *Relazione alla Tavola Rotonda sulla Lex Fundamentalis Ecclesiae*, a cura di A. MORONI, Milano 1972, p. 34 che il fatto che la norma parli di lesione *illegitime* non può significare che sia lecito ledere la fama di alcuno in modo legittimo, «è evidente che vi è permanente contraddizione tra 'lesione' e 'legittimità' di essa».

(159) Il can. 1390,2 dice: «Qui aliam ecclesiastico Superiori calumniosam praebet delicti denuntiationem, vel aliter alterius bonam famam laedit, iusta poena, non exclusa censura, puniri potest».

(160) Ca. 1717,2: «Cavendum est ne ex hac investigatione bonum cuiusquam nomen in discrimen vocetur».

che tale rinuncia è valida solo se accettata dall'imputato (161); il can. 1726 avverte che qualora il giudice accerti l'innocenza dell'imputato deve assolverlo con sentenza, anche se consti l'estinzione dell'azione criminale (162); il can. 1727, infine, prevede l'appello dell'imputato anche se prosciolto perché la pena era facoltativa (163). Tutte e quattro queste disposizioni hanno la finalità di tutelare la buona fama, di un innocente, compromessa da un'azione penale nei suoi confronti; a queste si deve aggiungere il prescritto del can. 212,3, il quale tra i limiti posti a coloro che vogliono manifestare il loro pensiero su questioni ecclesiali, pone anche quello del rispetto della dignità della persona umana.

Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, se la buona fama e onorabilità, visto che i soggetti tutelati sono tutti gli uomini, siano concetti legati alla morale e reputazione cattolica, o invece vadano visti nel contesto sociale di singoli territori, nazioni, civiltà; e ancora, qualificazioni negative d'ordine religioso cattolico, come concubino, eretico, apostata, fatte dall'autorità ecclesiastica al fine di screditare un soggetto, o solo di allontanare i fedeli da persone che si sono macchiate di peccati-delitti canonici, sono possibili ancor oggi?

2.5 — Del diritto ad una giusta retribuzione si parla sia a proposito dei laici, sia dei chierici, sia delle persone di vita consacrata, ovviamente per motivi e contenuti diversi.

Così si afferma al can. 281 che i laici occupati in modo stabile al servizio della Chiesa hanno diritto ad un'onesta retribuzione, adeguata alla loro condizione, per provvedere decorosamente, anche nel rispetto delle disposizioni del diritto civile, alle proprie necessità e a quelle della famiglia.

Per i chierici si parla, al can. 281, di una remunerazione adeguata alla loro condizione, tenendo presente sia la natura dell'ufficio, sia le circostanze di luogo e di tempo, perché essi possano provvedere in modo idoneo alle necessità della propria vita ed alla giusta retribuzione di chi è al loro servizio. I diaconi coniugati, can.

(161) Can. 1724,2: « Renuntiatio, ut valeat, debet a reo acceptari, nisi ipse sit a iudicio absens declaratus ».

(162) Can. 1726: « In quolibet penalis iudicii gradu et stadio, si evidenter constet delictum non esse a reo patratum, iudex debet id sententia declarare et reum absolvere, etiamsi simul constet actionem criminalem esse extinctam ». n

(163) Can. 1727.

281,3, che si dedicano a tempo pieno al ministero ecclesiastico siano remunerati in modo che possano provvedere al loro sostentamento e a quello della loro famiglia (164).

Queste disposizioni, sia pure non precise, danno delle indicazioni di massima per la determinazione della retribuzione alle categorie summenzionate, non in base ad un principio di mera uguaglianza, ma in considerazione delle necessità e responsabilità di ognuno; per i laici si fa riferimento anche ai parametri delle retribuzioni dei singoli territori. Quello che però sembra più importante è l'indicazione della natura stessa della retribuzione per i chierici diocesani e per i laici, impegnati in modo stabile in diocesi. Il rapporto tra chierico, laico e la diocesi sembra potersi configurare come un rapporto tra un soggetto sopraordinato, *gubernator*, *dispensator* ed uno subordinato; il primo provvede a distribuire i *bona communia secundum proportionalitatem*, dando quanto corrisponde alla personale necessità, responsabilità, dignità di ciascuno dei subordinati: siamo di fronte ad un rapporto di giustizia legale o distributiva.

La valutazione della congruità della remunerazione rimane ancorata ad un potere decisionale dell'autorità ecclesiastica, al subordinato rimarrà certamente la possibilità di far ricorso amministrativo contro quanto stabilito, ma comunque, in ultima analisi, la retribuzione sarà sempre determinata da un organo dell'amministrazione ecclesiastica e non da un accordo bilaterale.

Al can. 620 si enuncia il diritto delle persone di vita consacrata a ricevere, dagli istituti in cui sono incorporate « quae ad normam constitutionum necessaria sint ad suae vocationis finem asse-

(164) « Il diritto alla remunerazione, fino al concilio Vaticano II era basato in molti paesi sul cosiddetto 'sistema beneficiale' che è già presente nel Medioevo e che fu accolto dalla C.I.C. del 1917 (cann. 1409-1488). Sostanzialmente tale sistema consisteva nella configurazione di alcuni istituti giuridici — 'benefici' — integrati da un 'ufficio ecclesiastico' e dal diritto del titolare dell'ufficio a percepire le rendite di una dotazione economica annessa all'ufficio » BERTONE, *Fedeli, Laici, Chierici*, cit., p. 80.

Tale retribuzione non costituiva un diritto del chierico in quanto tale, ma come titolare di un ufficio nell'ambito dell'organizzazione ecclesiastica; cfr. P. LOMBARDIA, *Estructura del ordenamiento canónico*, in *Derecho canónico*, Pamplona 1974, p. 177 ss. Il decreto conciliare *Prebyterorum Ordinis* ha invece evidenziato un diritto alla retribuzione di tutti i Chierici, alle ferie ed alla sicurezza sociale e ha posto le premesse per la futura legislazione in proposito, già iniziata da Paolo VI, Enc. *Ecclesiam Suam*, parte I, n. 8.

quendum». In questa locuzione, a parer mio, oltre a quanto le singole costituzioni prevedono come valido per l'impegno religioso assunto, va ricompresa una vasta gamma di prestazioni sia cioè gli strumenti idonei per il conseguimento della perfezione evangelica (strumenti d'ordine spirituale, guida e correzione fraterna, sacramenti ed aiuti spirituali in genere nella misura idonea al raggiungimento del *sequi Christum*), sia i mezzi di sostentamento riconducibili all'ordine temporale.

Legato, in qualche misura, a questo diritto è il problema del sussidio richiesto (165), ormai sempre più, da coloro che si allontanano da un istituto religioso, dopo avervi prestato per anni attività di lavoro; il can. 702, se da un lato avverte che chi si allontana legittimamente da un istituto religioso, o ne è legittimamente dimesso, non può esigere nulla dall'istituto stesso per qualunque attività compiuta in esso, dall'altro afferma che l'istituto deve osservare l'equità e la carità evangelica verso il religioso che se ne separa.

A ben guardare la norma nega l'esistenza di un diritto soggettivo a favore dell'ex religioso, ma al tempo stesso prescrive all'istituto un trattamento nei suoi confronti ispirato alla carità e all'equità (166).

Possiamo dire che non siamo dinanzi ad un principio di giustizia *commutativa* « tibi do quia fecisti », ma forse, dinanzi ad un principio di giustizia *distributiva*; contenuto, modalità della prestazione sono rimesse, non solo *ex caritate*, ma anche *ex aequitate*, all'autorità religiosa, che come *dispensator* provvederà secondo una valutazione ponderata che dovrà tener presenti più fattori, quali ad esempio, la disponibilità dell'istituto in relazione alle sue finalità, le reali necessità del soggetto, i motivi della secolarizzazione.

Ci si ispira, a grandi linee, allo stesso principio che regola i rapporti all'interno dell'istituto, o, meglio, che è tenuto presente

(165) Cfr. il Decreto della S. Congregazione per i religiosi e gli istituti secolari « De auxilio eis qui institutum deserunt praebendo » del 25.1.1974, in *A.A.S.* 1974, p. 149 ss. Per i riflessi anche nel dir. it. cfr. L. NOTARO, *Lavoro subordinato e appartenenza ad una congregazione religiosa*, in *Studi di diritto ecclesiastico e canonico*, Napoli 1978, p. 117 ss. a L. NOTARO, *Sulla natura del rapporto associazione religiosa-professo in una prospettiva di diritto sociale*, in *Studi di diritto ecclesiastico e canonico*, Napoli, 1981, p. 195 ss. con bibl. cit.; R. BORTA, *Il lavoro dei religiosi*, Padova 1984.

(166) La norma riprende quanto nella sostanza affermato al can. 643 del codice pio-benedettino.

per soddisfare i bisogni d'ordine materiale e umano dei professi. Al superiore è dato istituzionalmente il compito di somministrare ai confratelli gli strumenti idonei, spirituali e temporali, al raggiungimento della perfezione evangelica che si è prefisso il religioso.

È stato osservato che la precarietà, l'aleatorietà e l'esiguità del sussidio scoraggiano indirettamente la persona, non più pienamente convinta, a lasciare gli istituti religiosi e creino, di fatto, una coazione nella scelta del proprio impegno ecclesiale, in aperta violazione del disposto del can. 219 (167). Va fatta subito una precisazione: bisogna distinguere tra professione temporanea e professione perpetua, tra uscita volontaria o dimissione. Solo nel caso di una professione temporanea in cui l'impegno consensuale era previsto per un certo tempo, anche se rinnovabile, si potrebbe parlare di costrizione indiretta nel rinnovo del consenso al momento della scadenza della professione effettuata *ad tempus*, costrizione indirettamente motivata dalla difficoltà di un reiserimento nel mondo secolare, negli altri casi no.

Non è questa la sede per ricordare che nella professione religiosa, come nel matrimonio si richieda un libero consenso iniziale, non continuato, e se un'indiretta costrizione si può verificare essa è relativa a far mantenere al soggetto l'impegno perpetuo (168) liberamente assunto. Nel caso di dimissioni, poi il soggetto è stato dimesso per la sua condotta e la secolarizzazione non è stata da lui voluta.

Quanto alla professione temporanea, essa avviene dopo un periodo di preparazione (noviziato) durante il quale il soggetto ha modo di conoscere gli obblighi che si assumerà e i diritti cui rinuncerà, anche d'ordine economico.

Urbino, settembre 1985.

(167) COLELLA, *op. cit.*, p. 158.

(168) La professione perpetua è ammessa dopo un periodo di noviziato e di professione temporanea al fine di permettere al soggetto una effettiva conoscenza dell'impegno ecclesiale che si accinge a scegliere in modo definitivo (cann. 658 e 657).

GUIDO GUIDI

BICAMERALISMO E « SENADO » SPAGNOLO

SOMMARIO: 1. Molteplicità delle funzioni bicamerali e loro classificazione. La funzione di contrappeso in particolare. Sua ridefinizione negli ordinamenti contemporanei. — 2. Alcuni avvertimenti in ordine all'opportunità di considerare le caratteristiche socio-politiche degli ordinamenti presi in esame. — 3. La configurazione del *Senado* nella *Ley para la reforma política*. — 4. Il dibattito all'Assemblea Costituente e la posizione dei partiti. — 5. Sulla natura giuridica: principi generali e sistemi elettorali. I senatori « provinciales » e « comunitarios ». — 6. L'art. 69 Cost.: momento di compromesso tra due diverse prospettive costituenti? — 7. Le funzioni del *Senado* nell'ambito della problematica autonomistica. — 8. Le altre funzioni senatoriali e la prevalenza del *Congreso*. — 9. Il *Senado* come istituzione di stabilità e di continuità. — 10. La dottrina spagnola. — 11. Alcune riflessioni di carattere comparato tra il sistema spagnolo e l'italiano. — 12. La riaffermazione della prospettiva garantista della Commissione Bozzi e la conferma delle diversità funzionali tra Senato italiano e spagnolo pur nell'ambito della comune concezione organica. — 13. Le influenze del bicameralismo francese.

1. La seconda Camera adempie una pluralità di funzioni, talora solo nominalisticamente differenziate, che si è soliti indicare come: funzioni di moderazione, di riflessione, d'intermediazione, di controllo della volontà popolare, di contrappeso, di conciliazione, di revisione legislativa, di perfezionamento tecnico delle leggi, di specializzazione delle funzioni parlamentari, d'integrazione democratica, di rappresentanza degli Stati membri e delle entità territoriali, delle professionalità e degli interessi, di equilibrio interistituzionale, di omogeneizzazione dell'indirizzo politico, di garanzia dell'ordinamento e delle minoranze, di « custodia » della Costituzione, di stabilizzazione degli esecutivi. Di queste la dottrina ha fornito ampie ricostruzioni nella comprensione delle singole esperienze nazionali, non senza giungere a pregevoli risultati d'inquadramento e di classificazione (1).

(1) Per una panoramica delle funzioni espletate dai parlamenti bicamerali, sia pur assumendo diversi criteri classificatori, cfr.: BURDEAU, *Traité de Science Politique*, Tomo VI, Paris, 1971, pp. 304 ss.; P. LUCAS VERDU', *Curso de Derecho Político*, III, Madrid 1976, pp. 318-181; BON VALSASSINA, *Il bicameralismo imperfetto o limitato nelle costituzioni contemporanee*, *Rassegna di diritto pubblico*, 1959, special. pp. 321-326; GUARINO, *Del sistema bicamerale*, in *Studi Senesi*, 1953, special. pp. 215 ss.;

Volendo andare però alle ragioni fondamentali, soprattutto sotto il profilo politico, dell'istituzione senatoriale, in specie per quanto attiene gli ordinamenti non federali (2) di tipo parlamentare, è necessario fermare l'attenzione su due di tali funzioni, che, com'è stato detto (3), rappresentano il nucleo centrale di ogni, pur articolato, *animus constituendi*, e cioè: la cosiddetta funzione di garanzia (dell'ordinamento e) delle minoranze e la funzione di stabilizzazione delle maggioranze e degli esecutivi (4). Si tratta, come si può ben capire, di scopi tra loro per molti aspetti antitetici; infatti: là dove ci si propone di tutelare le minoranze sarà senza dubbio minore il predominio dei governi e delle maggioranze che li sostengono in parlamento, mentre, là dove s'intende tutelare l'efficienza e la stabilità dei governi, ridotti saranno i margini d'incidenza delle minoranze.

Con questo non si vuol escludere l'eventualità di tendenze bicamerali ispirata alla contemporanea tutela delle due esigenze, ma, per quanto attiene l'esperienza europea, si deve ammettere che la filosofia costituente rincorre in prevalenza, volta per volta, ora l'uno ora l'altro obiettivo, nell'attuazione di un indirizzo politico e strategico legato in gran parte a circostanze storiche e ad interessi contingenti (5).

È pertanto errato pretendere di operare una classificazione dei fini del bicameralismo nell'ambito del diritto costituzionale generale, procedendo per concetti astratti, utilizzabili per la comprensione di

MADISON, JAY, HAMILTON, *Il Federalista*, edizione italiana a cura di AMBROSINI, D'ADDIO, NEGRI, Pisa, 1955, pp. 421 ss.; G. NEGRI, voce *Bicameralismo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. V, pp. 345-354; LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, pp. 626-628; TRIVELLI, *Le bicaméralisme*, Lausanne, 1975; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, pp. 465 ss., per il quale: « Impropiamente si chiamano bicamerali quei sistemi, sempre più diffusi nell'attuale fase storica, che attribuiscono ad una delle camere una posizione di inferiorità rispetto all'altra, privandola di un vero potere deliberante ».

(2) Per una disamina delle problematiche connesse al bicameralismo negli Stati federali, cfr.: W.R. SHARP, *Le problème de la Seconde Chambre et la Démocratie moderne*, Bordeaux, 1922.

(3) GUARINO, *Del sistema bicamerale*, cit., pp. 215 ss.

(4) CORTA, in *Il problema del bicameralismo-monocameralismo nel quadro di un'analisi struttural-funzionale del parlamento*, *Rassegna italiana di scienza politica*, 1971, p. 559, parla di modelli « minoritari » o « negoziali » e di modelli « maggioritari ».

(5) Circa il carattere relativo e prevalentemente storico-politico della problematica bicamerale, tra gli altri: S. TOSI, *Diritto parlamentare*, Milano, 1974, pp. 33 ss.

ogni ordinamento statuale (6). Con questo convincimento si è affrontato spesso il tema del bicameralismo come uniforme fenomeno, volto a conseguire individuati obiettivi, soggetto a identiche cause di giustificazione e di adattamento evolutivo. Alla luce della moderna esperienza, però, e della multiforme sua concretizzazione, se di univocità si vuol parlare ci si può riferire soltanto alle origini storiche del fenomeno e alle sue prime teorizzazioni, mentre, gli adattamenti e, talvolta, le radicali modificazioni subite all'interno degli ordinamenti contemporanei non autorizzano passive trasposizioni di dogmatismi non aggiornati.

Volendo andare dunque alla ricerca delle ragioni della conservazione della seconda assemblea fino ad oggi e della sua vitalità anche negli odierni dibattiti di revisione costituzionale, si devono obbligatoriamente ricercare le rinnovate ragioni politiche che ne costituiscono il nuovo fondamento.

Le classificazioni tradizionali offrono tutt'ora un utile e comodo strumento d'interpretazione, vanno però rilette tenendo conto della mutata articolazione dello Stato partitocratico. In questo diverso contesto, infatti, il tradizionale ruolo di contropotere, storicamente espresso in termini negativi, di freno, di tutela d'individuati interessi o di conservazione, è arricchito di nuovi, più articolati contenuti, definibili genericamente come fini di garanzia dell'ordinamento e di equilibrio costituzionale che incidono complessivamente all'interno della forma di governo come fattori regolatori dei rapporti governo-parlamento (7).

Con questo non si vuol negare la validità dell'antica e sempre valida qualificazione del Senato come camera di « contrappeso », si

(6) Per un richiamo a non considerare in termini astratti il tema del bicameralismo, cfr.: TESAURO, *Il sistema bicamerale nell'esperienza costituzionale*, *Rassegna di diritto pubblico*, 1951, p. 3 ss.

Sulle differenze tra teoria generale del diritto e diritto comparato, cfr.: LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Milano, 1986, p. 25 e PIZZORUSSO, *Corso di diritto comparato*, Milano, 1983, pp. 103 ss.

(7) Come osserva SANTI ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, p. 219: « La storia ci offre parecchi esempi di istituzioni che, sorte per una causa speciale e contingente, sono rimaste anche quando tale causa è venuta meno, attingendo da nuovi e sopravvenuti elementi vitali forza ed autorità ».

Circa la « novazione » del ruolo delle seconde Camere in generale, cfr.: *Les Parlements bicaméraux*, numero speciale di *Informations Constitutionnelles et Parlementaires*, N. 68, Ginevra, 1966 e S.S. BHALERAO, *The Second Chamber: its role in modern Legislatures*, Nuova Delhi, 1977.

deve ammettere però che, anche per quanto concerne la Spagna, come si vedrà in seguito, questa qualificazione si è arricchita e può essere oggi accettata soltanto se assunta in un significato più ampio, neutro e generale, non necessariamente incasellabile come scelta di reazione e definibile piuttosto, più genericamente, come scelta per la continuità, per la stabilizzazione dell'indirizzo politico e dell'ordinamento (8).

2. Della necessità di partire dalla conoscenza del quadro socio-politico ed istituzionale prima di rischiare ogni tentativo di comprensione del fenomeno bicamerale, aveva già parlato il Guarino, nello scritto sopra citato in nota, in cui si affermava che il bicameralismo persegue fini totalmente antitetici a seconda che si attui in ordinamenti democratici *omogenei* o *non omogenei*. Nell'un caso infatti il Senato realizzerebbe il fine della stabilità, nell'altro invece, quello della garanzia delle minoranze e della Costituzione (9).

Le considerazioni del Guarino si sviluppano essenzialmente in chiave evolutiva nell'analisi delle ragioni del bicameralismo durante il passaggio del predominio dalla proprietà feudale alla borghesia; tuttavia, i presupposti di omogeneità-disomogeneità sociale sono utilizzati anche per comprendere l'evoluzione dell'istituto all'interno delle forme di Stato contemporanee.

La relazione omogeneità-stabilità/disomogeneità-garanzia resta dunque di grande aiuto anche oggi ed è ampiamente utilizzabile con l'avvertenza però di non assumerla in termini rigidamente alternativi. Ciò si rileva anche da una preliminare analisi del caso spagnolo, caratterizzato, da un lato, da un sistema politico dominato da due partiti (UCD e PSOE) di indiscussa democraticità, dall'altro, da una particolare, e per alcuni aspetti eccezionale, complessità del quadro etnico.

Qui infatti l'istituzione bicamerale ineguale, a duplice rappresentanza politica, pur se ispirata dai timori della destra post-franchista preoccupata di perdere la maggioranza nel *Congreso*, non si caratte-

(8) Simili argomentazioni aveva sostenuto l'on. Vanoni all'Assemblea Costituente italiana nel difendere il principio bicamerale. Cfr.: NEGRI, voce *Bicameralismo*, cit., p. 353. Sul punto, in generale, si veda: C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, pp. 386-400.

(9) In un contesto più ampio, per una distinzione tra parlamenti che si organizzano per la tutela delle minoranze e parlamenti che si orientano prevalentemente sulle maggioranze, si può vedere: G. DI PALMA, *Sopravvivere senza governare*, Bologna, 1978, pp. 252-53.

rizza soltanto, come vedremo, per essere un fattore di stabilizzazione del Governo e dell'indirizzo politico maggioritario, bensì si configura anche, pur se parzialmente, come strumento di allargamento della base rappresentativa dello Stato. Per tali ragioni prendendo in esame il *Senado* spagnolo (10) — ma l'avvertimento è valido in ordine al-

(10) Per una bibliografia in lingua spagnola, oltre agli Autori segnalati nelle note del testo, cfr.: L. AGUILO LUCIA, *Composición y organización de las Cortes*, in *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Valencia, 1980, pp. 302-312; A. BALLARIN MARCIAL, *El Senado*, in *Constitución, economía y regiones*, II, Madrid, 1978, pp. 379-402; J. CAPO GIOL, *El debate sobre el bicameralismo: La Cámara denominada de representación territorial*, in *Parlamento y Sociedad civil*, Barcelona, 1980, pp. 283-289; M. GONZALO, *Posición de las Cortes Generales en la nueva Constitución*, in *Lecturas sobre la Constitución*, Madrid, 1978, pp. 639-675; P. LUCAS VERDU', *El control por el Senado de la política gubernamental (Responsabilidad política del Gobierno ante el Senado?)*, in *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas*, pp. 361-371; M. MARTINEZ SOSPEDRA, *Desigualdad y representación en la Constitución española de 1978: el caso de las Cortes Generales*, in *Parlamento y sociedad civil*, Barcelona, pp. 187-224; E. RERCORDER DE CASSO, *Artículo 66.1*, in *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, pp. 1011-1019; Id., *Artículo 69*, in *Comentarios a la Constitución*, cit., pp. 1053-1068; Id., *Artículo 74*, in *Comentarios de la Constitución*, cit., pp. 1141-1151; SANCHEZ FERRIZ - SEVILLA MERINO, *La provincia y el Senado en la Constitución de 1978*, in *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Valencia, 1980, pp. 425-433; J. A. SANTAMARIA PASTOR, *Artículo 89*, in *Comentarios*, supra cit., pp. 1274-1280; Id., *Artículo 90*, in *Comentarios*, cit., pp. 1281-1291; C. VALVERDE MAZUELAS, *El Senado, pieza clave para la convivencia democrática*, in *Club siglo XXI. Convivencia y respecto social*, III, pp. 9-49; DE CARVAJAL, *El Senado un año después*, in *Vida Pública*, N. 21, 1984, pp. 21; R. L. CHUECA RODRIGUEZ, *Teoría y práctica del bicameralismo en la Constitución española*, *Revista española del Derecho Constitucional*, N. 10, 1984, pp. 63-90; F. FERNANDEZ SEGADO, *El bicameralismo y la naturaleza del Senado*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, N. 6, 1982, pp. 61-113; Id., *La composición del Congreso y del Senado desde la perspectiva del Derecho Comparado*, *Revista de Derecho Público*, N. 76-77, 1979, pp. 621-642; Id., *La construcción del Senado en el proceso constituyente*, *Revista de Estudios Políticos*, N. 38, 1984, pp. 63-125; P. GARCIA ESCUDERO MARQUEZ - B. PENDAS GARCIA, *El Senado en el Sistema constitucional español: Realidades y perspectivas*, *Revista de las Cortes Generales*, N. 2, 1984, pp. 51-112; L. VANDELLI, *Opciones estatales e instancias regionales: aspectos de las relaciones entre el Estado y las autonomías en España y en Italia*, in *Revista de Política Comparada*, N. 4, 1981, pp. 85-97; E. AJA, *Por un Senado de las Nacionalidades y de las Regiones*, in *Federalismo y Regionalismo*, Madrid, 1979, pp. 447-465; R. PUNSET, *El concepto de representación territorial en la Constitución española de 1978*, in *Revista del Departamento de Derecho Político*, 1980, N. 6, pp. 105-118; J. J. GONZÁLES ENCINAR, voce «Bicameralismo», in *Diccionario del sistema político español*, Madrid, 1984, pp. 33-44.

l'intero fenomeno bicameralistico — non si potrà prescindere da una valutazione complessiva della forma di Stato e di Governo, nonché dal ruolo che la seconda Camera, da taluni definita « *pieza para la convivencia democrática* » (11), svolge in quel sistema (12).

3. Già la *Ley para la reforma política* del 4 gennaio 1977, approvata dalle *Cortes* organiche, delineava nettamente il sistema che s'intendeva creare: un sistema di bicameralismo imperfetto che, fatta eccezione per la fase costituente (13), privilegiava il *Congreso de los Diputados*, con un *Senado* privo di funzioni colegislative necessarie, composto di 207 membri eletti « *en representacion de las entidades territoriales* », con « *criterios de escrutinio mayoritario* » in ragione di quattro per provincia.

Il comma 2 dell'art. 3 prevedeva inoltre: « *El Rey podrá designar, para cada legislatura, Senadores en numero no superior a la quinta parte del de los elegidos* ».

Pur se definita Camera di rappresentazione delle entità territoriali, tuttavia, la Camera Alta era formata con gli stessi criteri di rappresentanza politica del *Congreso* e, come questo, eleggeva i propri rappresentanti nell'ambito della medesima circoscrizione territoriale: la Provincia. Pertanto si deve ritenere che il generico riferimento secondo cui: « *Los senadores serán elegidos en representación de las entidades territoriales* » (14), abbia prevalentemente costituito, come si vedrà in seguito, la giustificazione teorica ed offerto il consenso necessario all'istituzione senatoriale, senza per questo produrre la conseguenza di farne la Camera delle regioni.

Si riconosce anche al *Senado* una potenzialità funzionale in

(11) Così: C. VALVERDE MAZUELAS, *El Senado*, cit., p. 37.

(12) In merito si veda, in un più ampio contesto: TOSI, *op. e loc. supra cit.* Sulla impossibilità di valutare il ruolo del Senato italiano fuori dal contesto istituzionale, cfr.: BARBERA, *Oltre il Bicameralismo*, in *Democrazia e diritto*, 1981, pp. 43 ss., in più punti; nonché: CARETTI, *Funzionalità del parlamento e proposte di riforma*, in *Democrazia e diritto*, 1981, p. 65 ss.

(13) L'art. 3, comma 2, della *Ley* diceva: « *Qualquier reforma constitucional requerirá la aprobación por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y del Senado* » ... « *Las discrepancias se someterán a una Comisión mixta* » ... « *Si esta Comisión no llegara a un acuerdo o los términos del mismo no merecieren la aprobación de una y otra Cámara, la decisión se adoptará por mayoría absoluta de los componentes de las Cortes en reunión conjunta de ambas Cámaras* ».

(14) Cfr. l'art. 2, comma 3, della *Ley*.

gran parte parificata a quella del *Congreso*, con l'intenzione di renderlo idoneo a svolgere un effettivo ruolo di contropotere nei confronti della rinnovata prima Camera (15). Allo scopo il sistema elettorale adottato per la sua composizione agevola, come vedremo, la rappresentanza delle aree periferiche, agricole e più conservatrici del Paese (16).

È con queste statuizioni che la *Ley para la reforma política* avvia il processo di transizione alla democrazia, attraverso la creazione di un parlamento democraticamente eletto che s'inserisce perfettamente nella strategia di transizione, cosiddetta di « reformismo continuista » (17), unanimemente perseguita dal Governo, dalla maggioranza dell'oligarchia post-franchista e dell'insieme delle forze politiche. All'interno di questo processo il *Senado*, potendo contare su una maggioranza preordinata alla realizzazione di un tale progetto, risponde perfettamente alle dichiarate esigenze di continuità (18). In questo modo s'inquadra nell'evoluzione classica e ricorrente di molti regimi che, nell'ampliare le proprie istituzioni democratiche, hanno introdotto specifiche cautele a difesa degli antichi equilibri.

Questa preoccupazione, tutt'altro che infondata, aveva trovato espressa manifestazione nello stesso Preambolo alla *Ley* che, volendo anteporre una premessa di carattere ideologico alle singole disposizioni normative, pur nell'affermare il valore della democrazia e l'« imperio y la supremacía de la ley », pretendeva nel contempo di porre come punto di partenza del nuovo ordinamento, non il rifiuto del passato, ma l'accoglimento della « realidad social existente y de la historia asumida ».

(15) L'art. 4 della *Ley Suarez* detta: « En la tramitación de los proyectos de ley ordinaria, el Senado deliberará sobre el texto previamente aprobado por el Congreso. En caso de que éste no fuera aceptado en sus términos, las discrepancias se someterán a una Comisión mixta, compuesta de la misma forma que se establece en el artículo anterior. Si esta Comisión no llegara a un acuerdo o los términos del mismo no merecieran la aprobación por mayoría simple, de una y otra Cámara, el Gobierno podrá pedir al Congreso de Diputados que resuelva definitivamente por mayoría absoluta de sus miembros ».

(16) Si veda il Real Decreto-Ley N. 20 del 18 marzo 1977, del quale ci occuperemo trattando del sistema elettorale.

(17) In tal senso: P. LUCAS VERDU', *La octava ley fundamental - Crítica jurídico-política de la reforma Suarez*, Madrid, 1976, pp. 13 ss.

(18) D'accordo con questa interpretazione è, tra gli altri: ALVAREZ CONDE, *El regimen político español*, Madrid, 1983, p. 109.

Il Preambolo, come logico, scompare dal testo definitivo (19) ed i cinque articoli di legge con le tre disposizioni transitorie apparentemente non rivelano tutto il valore politico della normativa di transizione. Tuttavia, dalla stessa *Ley*, dall'*Informe del Consejo Nacional del Movimiento* e dall'*Informe de la Ponencia de las Cortes*, pubblicati congiuntamente alla legge, balza lucidamente tutto il valore strategico dell'accordo raggiunto dalle forze di destra e di sinistra, arbitro e autore il Gabinetto (20).

Sintetizzando il contenuto dell'accordo si può dire che la destra franchista aveva convenuto sulla necessità di pervenire alla trasformazione dello Stato organico in Stato partitocratico; aveva anche preteso però, quale contropartita, almeno per la prima fase, di assumere un ruolo di guida in tale processo di cambiamento, affinché nel nuovo sistema parlamentare le forze « conservatrici » fossero in condizione di mantenere rilevanti margini di manovra e, possibilmente, anche l'esercizio del potere.

È utile riferire al riguardo, pur se brevemente, alcune delle osservazioni più significative contenute negli *Informe* sopra citati, al fine di documentare e confermare la funzione che la struttura bicamerale doveva assumere nella visione strategica della destra.

In particolare il *Movimiento* non rinuncia, in linea di principio e in omaggio evidente alla storia costituzionale trascorsa, alla configurazione del *Senado* come camera organica degli interessi e delle istanze territoriali. Scopo di tale scelta però non è tanto la ricerca di una più articolata rappresentazione della società, quanto esclusivamente l'istituzionalizzazione di un organismo in grado di svolgere una « función equilibradora », limitatrice della supremazia del *Congreso* (21).

La ricerca di questo obiettivo è confermata anche dalla raccomandazione di differenziare la durata del mandato parlamentare in

(19) Ciò avviene per espressa richiesta del *Consejo Nacional del Movimiento* che pretese, in alternativa, la pubblicazione del proprio *Informe* del 16 ottobre 1976. Per un approfondimento di tali questioni, si veda: P. LUCAS VERDU', *op. supra cit.*, pp. 97-102.

(20) P. LUCAS VERDU', *op. cit.*, p. 65, afferma che la *Ley Suarez* è una legge « sucinta, con el fin de soslayar los obstáculos de la clase política franquista, el llamado bunker, e intentar, de paso, satisfacer en alguna medida a la oposición ».

(21) Cfr. il par. 4 dell'*Informe del Consejo Nacional del Movimiento*, in: *Normas políticas y administrativas de la transición (1975-1978)*, a cura del Servicio central de publicaciones della Presidencia del Gobierno, Madrid, 1982, p. 21.

modo da non far coincidere i periodi elettorali delle due Assemblee « y existan, en una y otra Cámara, espacios de tiempo de mayor madurez parlamentaria coincidiendo con otros de iniciación en la Cámara correlativa » (22).

La prevista « facoltà » di nomina da parte del Re di una consistente quota di senatori, poi, rappresenta l'estremo rimedio contro un *Senado* eccessivamente sbilanciato, in ipotesi, su posizioni inidonee a garantire la vecchia e la nuova borghesia spagnola.

Per espressa teorizzazione della *Ponencia* delle *Cortes*, infine, si dice anche che, mentre il *Congreso* rappresenta in qualche modo le correnti di pensiero che il dinamismo democratico produce, il *Senado*, invece, deve puntare più sulla continuità e la stabilità politica, sulla riflessione ed il perfezionamento tecnico dei testi, dal momento che: « El Congreso es la asamblea política por excelencia, (mentre) el Senado está concebido como regulador de la Constitución y equilibrador de las relaciones ejecutivo-legislativo » (23).

Su tale ultima proposizione sarà utile fermare più avanti la nostra attenzione. Qui è sufficiente mettere in evidenza che, fin dalla fase precostituzionale è chiarissimo il ruolo che dovrà assumere il blocco *Ejecutivo-Senado* nell'ambito della nuova forma di governo spagnola. Infatti, come cercheremo di dimostrare dettagliatamente, si può fin d'ora anticipare che, nella visione della destra e del Governo Suarez, il *Senado* deve rappresentare essenzialmente uno strumento del Gabinetto per il controllo dell'attuazione dell'indirizzo politico in Parlamento. Questa sarà, tra l'altro, una delle ragioni, se non la principale, dell'abissale diversificazione di funzioni tra le due assemblee, con sottrazione di importanti attribuzioni al *Senado*, prima fra tutte il voto di sfiducia.

4. Si deve dar conto che nei lavori preparatori non è traccia di alcuna reale contrapposizione mono o bicameralista (24), sia a

(22) Cfr. l'*Informe del Consejo Nacional del Movimiento*, *supra cit.*, p. 22.

(23) Si veda l'*Informe de la Ponencia de las Cortes* del 10 novembre 1976, in *Normas políticas*, *cit.*, p. 34. Al riguardo, negli stessi termini: SANTI ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, *cit.*, pp. 220-21.

(24) Per un excursus storico delle realizzazioni mono-bicameraliste in Spagna, si legga: C. VALVERDE MAZUELAS, *El Senado*, *pieza cit.*, pp. 14-20. Sull'alternativa monocameralismo-bicameralismo, in generale, cfr.: LUCAS VERDU', *Curso de Derecho Político*, *cit.*, pp. 327 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Pa-

causa del recente tragico fallimento della Costituzione monocamerale del 1931 (25), sia perché il nodo era già stato sciolto dal legislatore di transizione, sia soprattutto perché, un po' in tutti i partiti e per diverse motivazioni, esisteva una netta opzione favorevole alla struttura bicamerale (26).

Se infatti, come è storicamente accertato, il bicameralismo persegue finalità di garanzia e/o di stabilizzazione degli ordinamenti, la presenza in Spagna di entrambe tali esigenze, pur se sostenute da opposti schieramenti, ha fatto sì che il principio dell'istituzione senatoriale riscuotesse un generale consenso. Al riguardo, mentre le sinistre, con sfumature più o meno accentuate, spingevano sul progetto tendente a far nascere un'istituzione dello Stato federale, i partiti di centro-destra, al contrario, si proponevano di far svolgere alla seconda Camera il tipico ruolo di contrappeso, frenando nel contempo ogni ipotesi di strutturazione federalizzante (27).

È opportuno dunque prendere in esame dettagliatamente le singole posizioni emerse durante il dibattito costituente, al fine di conoscere le premesse dei due schieramenti ed offrire un contributo d'interpretazione alle soluzioni adottate. In merito si considerino: l'attuale art. 66, c. 1, Cost. e l'art. 69 nel suo complesso.

L'art. 66, unanimemente votato dalle Cortes (28), si limita ad affermare il principio bicamerale.

dova, 1981, pp. 262-266; N. OLIVETTI RASON, voce *Bicameralismo*, in *Dizionario di politica*, Torino, 1976, pp. 97-98; COTTA, *Il problema del bicameralismo-monocameralismo*, cit., pp. 545 ss.

Per una panoramica delle diverse soluzioni vigenti nel mondo cfr. COLLIARD, *Les régimes parlementaires contemporains*, 1978, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, pp. 55-58.

(25) Ampiamente sul punto: NICETO ALCALA ZAMORA, *Los defectos de la Constitución de 1931*, Madrid, 1981, Cap. IX.

(26) Cfr. F. FERNANDEZ SEGADO, *El bicameralismo y la naturaleza del Senado*, cit., p. 71 e CHUECA RODRIGUEZ, *Teoría y práctica*, cit., s. p. 77.

(27) Per un'analisi delle diverse posizioni sul punto, anche se riferite, in particolare, all'istituzione regionale, cfr.: Y. MENY, *La posizione delle regioni nello sviluppo e nella trasformazione dello Stato: un'analisi comparata delle politiche di regionalizzazione in Francia, Italia e Spagna*, in *Le Regioni*, 1984, n. 6, p. 1144, 1146. Sul tema, più specificatamente, cfr.: M. MARTINEZ SOSPEDRA, *Aproximacion al derecho constitucional español*, Valencia, 1982, specific. p. 163.

(28) Per un resoconto dello svolgimento del dibattito parlamentare e per la conferma dell'affermazione contenuta nel testo, cfr. F. FERNANDEZ SEGADO, *El bicameralismo*, cit., pp. 71-74.

Sulla formulazione dell'art. 69 Cost., soprattutto per quanto concerne la definizione del *Senado* come « Cámara de representación territorial », è opportuna invece qualche precisazione per cui è utile ricostruire dettagliatamente il dibattito parlamentare.

Nel testo dell'*Anteproyecto* di Costituzione, pubblicato il 5 gennaio 1978, il territorio da rappresentare in *Senado* era individuato nei « territorios autónomos que integran España », cioè nelle Comunità Autonome. Si specificava: « Los senadores serán elegidos por las asambleas legislativas de los territorios autónomos, entre sus miembros, por un período igual al de su propia legislatura, con arreglo a un sistema de representación proporcional y de manera que se asegure la representación de las diversas áreas del territorio ». « Cada territorio autónomo designará diez senadores y otro más por cada 500.000 habitantes o fracción superior a 250.000 habitantes. Ningun territorio autónomo podrá designar un número de senadores igual o mayor al doble del número de senadores que corresponda a otro territorio autónomo » (29).

Su tale articolo che, se confermato nel testo definitivo, avrebbe inequivocabilmente configurato il *Senado* come Camera delle Comunità Autonome, non si sono appuntate inizialmente obiezioni sostanziali da parte di nessun partito, ivi compresi l'Unione di Centro Democratico e Alianza Popular. Ciò si può far risalire al fatto che la definizione del *Senado* come: « Cámara de las entidades territoriales » risaliva alla stessa *Ley Suarez* (30). Nell'evoluzione del confronto, però, la difesa della Camera regionale è stata sostenuta fino in fondo solo dal PCE e dal Partito Vasco: due raggruppamenti fortemente minoritari. UCD, infatti, sospinta da orientamenti prevalentemente antiregionalisti, fin dalle prime discussioni in *Congreso* aveva proposto di assumere come circoscrizione di riferimento la Provincia e il PSOE, a seguito di un accordo intervenuto con UCD e AP, si era convertito a tale tesi in cambio della costituzionalizzazione del metodo proporzionale per l'elezione del *Congreso*, secondo la richiesta sostenuta dall'insieme delle forze di sinistra e dalla *Minoría Catalana* (31).

(29) Cfr. il *Boletín Oficial de las Cortes*, N. 44 del 5 gennaio 1978.

(30) Leggasi l'art. 2, comma 3.

(31) Così interpretano: AJA e ARBOS, *El Senado, Cámara posible de las autonomías*, in *Revista de estudios Políticos*, 1980, N. 17, pp. 39-40.

Se questa è verosimilmente la circostanza « contrattuale » che ha consentito il prevalere della posizione di UCD, si deve anche ricordare l'atteggiamento complessivo del PSOE nello svolgimento di tutta la fase costituente per capirne le reali motivazioni. Infatti, con una forza elettorale di poco inferiore a quella di UCD, il PSOE, conscio di poter diventare — così com'è avvenuto — forza di governo, ha contrattato i suoi voti con molto realismo e, con prese di posizione scevre da ogni ideologismo, si è mostrato particolarmente attento a preconstituire le condizioni per la governabilità complessiva del sistema, senza nulla cedere alle possibilità di rafforzamento delle spinte centrifughe tipiche delle forze regionaliste (32). Pertanto, quando l'On. Oscar Alzaga ha presentato nella Commissione del *Congreso* l'emendamento volto a trasformare il *Senado* in camera di predominante rappresentanza provinciale, ad esso il gruppo socialista ha dato immediato assenso.

Il testo attuale dell'art. 69 Cost. non ricalca per la verità integralmente quello proposto dall'On. Alzaga (33), ad esso s'ispira però l'adozione del criterio base volto a fare eleggere, a suffragio universale e diretto, quattro senatori all'interno di ogni provincia.

Similmente, all'interno del *Senado*, il fronte per la configurazione della seconda Camera come assemblea delle autonomie era composto da: PCE, partito *Vasco*, *Entesa dels Catalans* e partito dei *Progresistas y socialistas Independientes* (34), mentre il PSOE si era coerentemente allineato sulle posizioni già assunte in *Congreso*, facendosi esso stesso latore dell'emendamento che stabilisce soltanto

(32) Circa il « deseo de las dos grandes formaciones políticas de configurar una Cámara Alta con una estructura que les posibilitara en las mejores condiciones posibles su predominio », cfr.: F. FERNANDEZ SEGADO, *La construcción del Senado*, cit., p. 124.

(33) Tale emendamento recitava: « El Senado se compone de cuatro senadores elegidos por los votantes de cada provincia en los términos que señale una ley orgánica ». « Las Comunidades Autónomas que se constituyan podrán proponer, de acuerdo con lo que señalen sus Estatutos, en el marco de una ley orgánica, dos candidatos a senadores que serán nombrados por el Rey. Este número se reducirá a uno en el caso de las Comunidades Autónomas cuyo ámbito no supere el de una provincia ». Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Seduta del 20 giugno 1978, pp. 3524 ss.

(34) Si vedano in proposito gl'interventi dei Senn.: Martin-Retortillo Baquer (PCE), Villar Arregui (PSI), Audet Puncernau (Gruppo Misto), Benet Morell (*Entesa dels Catalans*), in *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, pp. 2236 ss.

in uno più uno ogni milione di abitanti il numero dei senatori designabili da parte di ogni Comunità Autonoma (35).

Pertanto oggi, in base all'art. 69 Cost., il *Senado* risulta costituito di 208 senatori « provinciales », eletti in ragione di « quattro per ogni provincia a suffragio universale, libero, eguale, diretto e segreto da parte dei votanti di ciascuna di esse, nei termini indicati da una legge organica » (c. 2), e da 45 senatori « autonomicos » (36) designati dall'assemblea legislativa delle Comunità Autonome in ragione di « un Senatore più un altro per ogni milione di abitanti del loro rispettivo territorio... in accordo con quel che stabiliscono gli Statuti che assicureranno, comunque, la rappresentanza proporzionale » (c. 5).

Sul sistema di elezione e sull'insieme dei rapporti esistenti tra le due categorie di senatori con gli enti territoriali di provenienza, è opportuno fermare qui, sia pure brevemente, la nostra attenzione, anche perché dal tipo di risposte che daremo in merito, potremo trarre conclusioni diverse in ordine all'individuazione della natura giuridica del *Senado*.

La Costituzione a questo riguardo contiene alcune affermazioni di principio che, essendo il frutto di differenti concezioni sull'organizzazione dello Stato, se individualmente prese, prospetterebbero soluzioni contraddittorie; le prendiamo pertanto in esame congiuntamente al fine di coglierne il significato complessivo e compiere gli opportuni approfondimenti.

5. L'art. 66, co. 1, Cost., dispone: « Le Cortes Generales rappresentano il popolo spagnolo e sono formate dal Congresso dei Deputati e dal Senato ». L'art. 69, co. 1, Cost., specifica: « Il Senato è la Camera di rappresentanza territoriale » (37).

(35) *Diario de Sesiones del Senado, Comision de Constitución*, p. 2261.

(36) Per un quadro complessivo della distribuzione dei senatori, per Provincia e per Comunità, si può vedere il quadro critico N. 1, pubblicato da: E. ALVAREZ CONDE, *El regimen politico cit.*, p. 130.

(37) Sull'intera problematica, cfr.: R. PUNSET, *El Senado en la nueva Constitución española*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 57, pp. 137 ss.; Id., *El concepto de representación territorial en la Constitución española de 1978, cit.*, pp. 105 ss.; E. AJA, *Por un Senado de las Nacionalidades y de las Regiones, cit.*, pp. 449-465. Per il commento dell'art. 69 Cost. cfr.: RECORDER DE CASSO, *Comentarios, cit.*

Secondo il principio per cui la norma di carattere speciale derogava la generale, dovremmo dedurre che soltanto il *Congreso* si configura come camera di rappresentanza politica, mentre il *Senado* costituisce la camera di rappresentanza degli enti territoriali, secondo lo schema classico degli ordinamenti federali o prefederali.

Un primo dubbio in merito lo pone però l'art. 67, co. 2, Cost., secondo cui: « I membri delle *Cortes Generales* non saranno vincolati a mandato imperativo ». La negazione del carattere « regionale » del *Senado* è negata poi in modo risolutivo se si considera il metodo utilizzato per la selezione dei suoi membri e il rapporto di dipendenza elettorale cui essi sottostanno.

Più specificatamente il problema non si pone tanto per i senatori di estrazione provinciale, quanto piuttosto per gli « autonomi » o « comunitari » sui quali è necessario fissare la nostra attenzione, in quanto membri elettivi di secondo grado, senza dimenticare per altro che i « provinciali », rappresentando i 4/5 dell'assemblea, paiono in grado di caratterizzare da soli l'organo nella sua complessità (38).

I senatori « provinciali » in attesa dell'emanazione della legge organica, se mai verrà (39), cui rinvia il secondo comma dell'art. 69 della Costituzione, ancor oggi vengono eletti in base alla legislazione contenuta nel *Real Decreto-Ley* n. 20 del 18 marzo 1977, ispirato dalla *Disposición transitoria primera* della *Ley para la reforma política* (40).

In base a tale Decreto trasfuso poi nelle linee essenziali nel-

(38) Così anche: L. AGUILLO LUCIA, *Composicion y organizacion*, cit., p. 310. Giova ricordare, tra l'altro, che le *Comunidades Autonomas* non sono previste come organi necessari e pertanto, pur se soltanto in linea teorica, il Senato avrebbe potuto essere formato esclusivamente di senatori provinciali.

Per un aggiornato quadro del processo di regionalizzazione, che si è tuttavia esteso all'intero territorio nazionale, cfr.: VANDELLI, *Influenza delle autonomie regionali sull'assetto e sull'attività di organi costituzionali nel sistema spagnolo*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di Pizzorusso e Varano, Milano, 1985, Tomo II, p. 1336, 1338.

(39) È noto che, una volta fissate le regole per la selezione di una classe dirigente, difficilmente questa ne accetterà la loro modificazione.

(40) La *Disposición* detta: « El Gobierno regulará las primeras elecciones a Cortes para constituir un Congreso de 350 diputados y elegir 207 senadores, a razón de cuatro por provincia, y uno más por cada provincia insular, dos por Ceuta y dos por Melilla. Los senadores serán elegidos por sufragio universal directo y secreto de los españoles mayores de edad que residan en el respectivo territorio ». ... « Las elecciones al Senado se inspirarán en criterios de escrutinio mayoritario ».

l'art. 69, co. 2, Cost.: « Cada distrito electoral — cioè ogni provincia indipendentemente dal numero di abitanti — elegirá cuatro Senadores » (art. 19, co. 4), salvo le eccezioni ivi riferite (41). « Los electores sólo podrán dar su voto a un máximo de tres de entre los candidatos proclamados en el distrito », e resteranno proclamati eletti « aquellos candidatos que mayor número de votos obtengan hasta completar el de Senadores asignados al distrito » (art. 21, co. 1 e 2 del Decreto).

È evidente l'adozione di un metodo accentuatamente maggioritario soprattutto in rapporto alla composizione del *Congreso*, come avevano del resto dimostrato le elezioni del 1977, convalidate poi, nella tendenza bipartitica, dalle elezioni del 1° marzo 1979, del 28 ottobre 1982 (42) e del 22 giugno 1985 (43). Infatti, nelle prime elezioni il partito di maggioranza ha ottenuto il 51,2% dei seggi (UCD), nel 1979 il 57% (UCD), nel 1982 (con il passaggio della

(41) Si veda l'art. 19, co. 4, del decreto.

(42) Per alcune riflessioni di natura politologica sul sistema partitico spagnolo definito, con terminologia Sartoriana, di « pluralismo polarizzato », cfr.: J. MARIA MARAVALL, *La transizione alla democrazia. Allineamenti politici ed elezioni in Spagna*, *Riv. it. di Sc. Pol.*, 1981, n. 3, pp. 377-421. Più possibilista sull'evoluzione del sistema in senso bipartitico, è: JUAN J. LINZ, *Il sistema partitico spagnolo*, in *Riv. it. di Sc. Pol.*, 1978, n. 3, pp. 363-414. Sul tema, pur se incidentalmente, cfr. anche: M. MARTINEZ CUADRADO, *La Costituzione spagnola del 1978 nella storia del costituzionalismo spagnolo*, in *La Costituzione spagnola del 1978*, Milano, 1982, pp. 11-12. Per un'analitica lettura dei risultati elettorali nelle prime due consultazioni politiche, cfr.: F. VEGA MARISCAL DE GANTE Y MIRON, in *Diccionario de la Constitución*, Barcelona, 1983, pp. 144-145.

(43) In questa ultima recente tornata elettorale si sono avuti i seguenti risultati:

	Camera	Senato
PSOE	184 seggi 52,5%	124 seggi 59,6%
Coalizione popolare (comprendente AP)	105 seggi	63 seggi
CDS (Adolfo Suarez)	19 seggi	3 seggi
Convergenza e unione	18 seggi	8 seggi
Sinistra unita	7 seggi	— seggi
PNV	6 seggi	7 seggi
Herri Batasuna	5 seggi	1 seggio
Euzkadido Ezkerra	2 seggi	— seggi
Altri	4 seggi	2 seggi

maggioranza assoluta al PSOE) il 64,03% e nel 1986 il 59,6% (PSOE). Il secondo partito, invece, ha riportato rispettivamente: il 23,18% (PSOE), il 33,65% (PSOE), il 28,07% (AP) e il 30,2% (Coalizione Popolare) dei seggi.

Per tali ragioni, assieme al riconoscimento di un forte premio elettorale al partito vincitore delle elezioni (44) è chiara anche la tendenza a voler concentrare il ruolo di opposizione prevalentemente su un partito di struttura nazionale, capillarmente presente sull'intero territorio nazionale (45).

In proposito, si è molto parlato della funzionalità del sistema alle esigenze del partito di Adolfo Suarez e dell'intera area socio-politica rappresentata dai partiti di centrodestra costituenti lo spirito democratico del *continuismo* post-franchista (48); per questo si è additata anche la fortissima sproporzione tra le province più popolate e le meno popolate di Spagna a tutto vantaggio della sovrarappresentazione delle aree rurali e più conservatrici (47). Ciò costituisce un problema reale. Tuttavia si deve riconoscere — l'andamento delle consultazioni elettorali dell'82 e dell'86 ne sono conferma — che quel sistema ha puntato prima di tutto e soprattutto alla formazione di un partito nazionale maggioritario, di qualsiasi tendenza esso fosse, nell'intento di fissare così un solido presupposto per la stabilità politica e, secondariamente, per la semplificazione dei ruoli di governo e di opposizione.

Per la fase costituente e per la prima legislatura il sistema ha premiato anche il partito della « conservazione », così però non è stato per le ultime consultazioni elettorali che, in ogni caso, confermano la medesima tendenza bipartitica inseguita (48).

(44) Cfr.: ALVAREZ CONDE, *El regimen*, cit., pp. 129-133 e gli altri Autori ivi citati.

(45) Analoghe conclusioni si traggono anche dalla « simulazione » del sistema spagnolo sul caso italiano operata da LANCHESTER, pur se con riferimento all'elezione della Camera dei Deputati, in: *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, 1981, pp. 267-268. A conferma delle affermazioni contenute nel testo, cfr.: CHUECA RODRIGUEZ, *Teoría y práctica*, cit., pp. 89-90.

(46) Cfr. CACIAGLI, *Il sistema elettorale delle Cortes negli articoli 68 e 69*, in *La Costituzione spagnola del 1978*, supra cit., special. p. 515.

(47) La provincia di Soria, notoriamente la meno popolosa, ha un senatore ogni 26.151 abitanti, quella di Barcellona, un senatore ogni 1.134.014. Cfr. in merito: CACIAGLI, *op. e loc. cit.*

(48) Cfr. in tal senso: AJA-ARBOS, *El Senado*, cit., p. 49.

Dentro questo quadro, il complesso dei senatori che abbiamo definito « provinciales » e che sono eletti in attuazione dei punti 2, 3 e 4 dell'art. 69 Cost., non sottendono alcun requisito di « territorialità », a meno di non voler ritenere determinante, così come si è tentato durante il dibattito parlamentare, la circostanza per cui ogni provincia, di qualsiasi dimensione essa sia, elegge un egual numero di senatori; ma tali argomentazioni, artatamente utilizzate in sede politica, non possono trovare spazio in questa sede.

Radicalmente diverso è il modo di elezione della quota di membri « designados » dall'Assemblea legislativa delle Comunità Autonome.

Il fatto che tali senatori siano designati può, a prima vista, far pensare all'instaurazione di un vincolo di mandato con l'organismo designante (49), sull'esempio del *Bundesrat*, tanto più che a favore di questa conclusione proponendo alcuni elementi in gran parte contrastanti con il principio del divieto del mandato imperativo di cui all'art. 67, co. 2, Cost.

Ci riferiamo in particolare: alla possibilità di vincolare la durata del mandato senatoriale alla durata della legislatura dell'Assemblea comunitaria di provenienza, così come previsto da alcuni statuti e ribadito recentemente dallo stesso *Tribunal Constitucional* (50); all'ammessa possibilità di cumulare il mandato senatoriale col mandato di membro del Parlamento di una Comunità Autonoma (51); nonché alla facoltà di costituire « grupos territoriales », ai sensi degli artt. 32 e 33 del regolamento interno del *Senado* (52).

È chiaro che, pur senza sanzionare un legame istituzionalizzato, queste ipotesi di collegamento con le Comunità Autonome, possono

(49) In tal senso si sono espressi: AJA-ARBOS, *op. cit.*, pp. 63-64.

(50) Cfr.: F. FERNANDEZ SEGADO, *El bicameralismo y la naturaleza del Senado*, *cit.*, pp. 95-97 e PUNSET, *La designación de senadores por las Comunidades Autónomas (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981)*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, N. 8, 1983, pp. 161-185.

(51) Per una disamina esauriente del punto, con riferimento al disposto degli statuti regionali e alle decisioni del Tribunal Constitucional, cfr. anche: F. FERNANDEZ SEGADO, *supra cit.*, pp. 93-95.

(52) Sul tema: J. SANCHEZ GARCIA, *Los grupos territoriales del Senado* in *Jornadas de derecho parlamentario*, I, 1984, II, p. 1175-1196 e J. GARCIA FERNANDEZ, *Los grupos territoriales del Senado*, in *Jornadas, cit.*, I, vol. I, pp. 141-160.

Circa l'analogo fenomeno della *state delegation* del Congresso americano, si può vedere: CORTA, *Il problema, cit.*, p. 552.

costituire un indiscutibile legame politico ed elettorale di non secondaria importanza con gli organismi di designazione. In particolare, aver voluto legare la decorrenza del mandato senatoriale alla decorrenza del mandato comunitario, ha l'indubbio significato di produrre una dipendenza politico-territoriale strettamente connessa alle caratteristiche di composizione dell'ente designante. Così disponendo cioè, si è voluto ribadire che le Comunità Autonome non sono soltanto l'ambito di elezione indiretta dei senatori « autonomicos », bensì anche e soprattutto organismi che incidono, con le proprie mutevoli caratterizzazioni interne, sulla formazione di un organo preposto alla determinazione dell'indirizzo politico generale.

Non tutti i riscontri, però, conducono nella stessa direzione. La stessa prevista facoltà di costituire « grupos territoriales », se esaminata in tutti i suoi aspetti, si mostra assai meno determinante di quanto appare a prima vista. Questi, infatti, non sono parificati agli altri gruppi politici e, con l'assegnazione di limitatissime funzioni (53), si possono formare soltanto « dentro de los grupos parlamentarios » già esistenti, con due conseguenze altamente significative: la prima, che anche i senatori « autonomicos » sono obbligati a una preliminare opzione per un gruppo politico nazionale (con l'effetto di produrre una frantumazione dell'istanza regionalista nella più generale istanza politica), la seconda, che si potranno avere senatori « autonomicos » che, pur designati dalla stessa Comunità, aderiranno a gruppi parlamentari diversi e, per conseguenza, anche a gruppi territoriali differenziati. Per questi motivi i gruppi territoriali, anche per il limitatissimo ruolo che adempiono, non costituiscono il tramite per l'esecuzione di deleghe comunitarie ma, più semplicemente, il luogo attraverso cui manifestare, in forme e con strumenti privilegiati, le specifiche istanze delle Comunità Autonome, la cui concreta attivazione nelle procedure parlamentari resta all'iniziativa dei maggiori raggruppamenti politici.

I « grupos territoriales » non sono dunque « delegazioni » delle Comunità Autonome ma si configurano come sottosistemi di rappresentazione delle istanze territoriali frazionate e preventivamente fil-

(53) L'art. 32, co. 3, del regolamento del *Senado* prevede soltanto che: « Los Grupos territoriales podrán intervenir en los casos y en la forma establecidos en los artículos 43 y 85 de este Reglamento »; cioè: possono intervenire alle riunioni della *Junta de Portavoces* e godono di un ampliamento del diritto di parola a favore dei gruppi parlamentari cui aderiscono.

trate dai gruppi politici. Non per niente la loro costituzione è ammessa soltanto all'interno dei gruppi già precostituiti che siano composti da membri provenienti da due o più Comunità, ond'evitare aggregazioni caratterizzate per la tutela d'interessi geograficamente limitati (art. 32, co. 1, R.S.).

A confermare il peso determinante del sistema dei partiti e dei gruppi politici sui membri « autonomicos » sta, infine, la disposizione dell'ultima parte del comma 5 dell'art. 69 che, nel predisporre le regole di designazione, vincola gli statuti comunitari ad assicurare comunque la « rappresentanza proporzionale » dell'Assemblea designante. In questo modo ci si discosta dall'elezione paritaria o ponderata tipica degli ordinamenti federali e si punta a frazionare ulteriormente la rappresentanza nel sistema partitico e gruppocratico nazionale.

A ciò si può aggiungere, anche se solo come cenno, la natura accentuatamente gruppocratica delle *Cortes* che caratterizza l'organizzazione interna del *Congreso* e del *Senado* (54).

Con tutto ciò non si vuole negare la sostanziale diversità dei 45 senatori espressi dalle Comunità Autonome, anche perché si ritiene che il vincolo dell'investitura comunitaria costituirà comunque un legame ineludibile, vincente talvolta sugli stessi appelli alla disciplina di partito. Ma, risulta evidente che, tanto per l'organizzazione rigidamente partitocratica dell'ordinamento del suo complesso, quanto soprattutto per il limitato numero dei rappresentanti territoriali così designati, il *Senado* finirà per costituire prevalentemente una proiezione del *Congreso*, dominata dalla stragrande prevalenza delle componenti politiche nazionali (55). Così per lo meno è oggi e continuerà ad essere finché il sistema elettorale per la selezione dei « provinciali » resterà l'attuale, con i noti effetti distorsivi e l'irrimediabile penalizzazione dei raggruppamenti minori.

6. Secondo i rappresentanti di UCD la causa dell'attuale formulazione dell'art. 69 Cost. si deve rinvenire nella ricerca di un punto di sintesi tra le istanze provinciali e le istanze regionali. Tale

(54) Sul punto: SANTAOLALLA LOPEZ, *Derecho Parlamentario Español*, Madrid, 1984, s. pp. 113-113 e MANZELLA, *Le Cortes nel sistema costituzionale spagnolo*, in *La Costituzione spagnola del 1978*, cit., pp. 459-463.

(55) Così anche: CHUECA RODRIGUEZ, *op. cit.*, pp. 82-83 e SANCHEZ FERRIZ-SEVILLA MERINO, *La provincia y el Senado*, cit., p. 433.

articolo realizzerebbe cioè un compromesso tra l'esigenza di garantire la rappresentanza delle Province e delle Comunità Autonome.

Un qualche tentativo di compromesso in vero esiste (56) e balza evidente se si tiene conto delle rispettive posizioni di partenza e dello svolgimento del dibattito successivo. Tuttavia, si deve avvertire che, se di compromesso si vuol parlare, questo non è soltanto tra la scelta provinciale e la regionale, quanto piuttosto tra due concezioni, di valenza politica più ampia, tra loro radicalmente divergenti, che hanno coinvolto sia l'organizzazione territoriale dello Stato che ragioni più profonde. Su questo tema, del resto, si sono scontrate la prospettiva che abbiamo definito « continuista » e la prospettiva « innovatrice ». Infatti, nell'opinione corrente, storicamente diffusa e radicata, la provincia ha rappresentato il legame con la restaurazione e il vecchio regime, mentre la regione il suo distacco; la provincia il centralismo, mentre la regione l'autonomismo e il federalismo (57); la provincia la conservazione, la regione l'innovazione; l'una il vecchio, l'altra il nuovo; e, più recentemente, la provincia il metodo maggioritario, mentre la regione il proporzionale.

Tutto ciò ovviamente non è apparso nelle argomentazioni dei partiti di centro destra (58) i quali, anzi, speculando sull'unanime richiesta di dover garantire una qualche rappresentanza alle « entità territoriali », hanno preteso di risolvere il contrasto a tutto vantaggio delle Province, per giunta considerate soltanto come circoscrizioni elettorali, ben consci che l'adozione di un collegio elettorale provinciale non è assolutamente sufficiente a garantire una qualsiasi rappresentatività dell'ente Provincia (59).

(56) Sul tema si può vedere: DIAZ LOPEZ, *The Autonomic State: a Democratic Challenge to the Creative Imagination*, in *Dix ans de régionalisation en Europe: Bilan et Perspectives*, Paris, Cujas, 1982, pp. 132 ss.

(57) Cfr. in merito: PORTERO MOLINA, *El Senado en la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979, p. 221.

(58) È apparso però nelle argomentazioni dei partiti di sinistra. Per il Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes si legga l'intervento di Villar Arreguì, in *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, Seduta del 5 settembre 1978, pp. 2236-37; per il Grupo Vasco, si veda: Unzueta Uzcanga, in *Diario supra cit.*, pp. 2253-54-55.

(59) Per SOLE' TURA e APARICIO PEREZ, in *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Madrid, 1984, p. 34: « Los senadores, al igual que los diputados, son elegidos en la provincia, no por la provincia ».

È allora chiaro che, quando UCD sostiene che l'art. 69 Cost. contiene un *equilibrio* tra richieste discordanti (60), fa riferimento ad un equilibrio puramente nominale, dato che solo in via teorica ha dimostrato di acconsentire ad un'ipotesi di evoluzione verso schemi di tipo regional-federalista, mentre, di fatto, si è dimostrata fermissima nella difesa della propria concezione unitaria dello Stato. Del resto, la sintesi tra Province e Comunità Autonome sta soltanto in questo, e cioè nell'immediata costituzionalizzazione dell'attuale articolo 69, in cambio della generica proclamazione d'intenti a pervenire, in futuro, alla formazione di uno Stato delle nazionalità. UCD, in accordo con lo PSOE, cioè, ha riconosciuto tutto il valore programmatico dell'« autonomia de las nacionalidades y regiones » di cui all'art. 2 Cost., ha riaffermato l'opportunità che questa trovi concreta attuazione definendo, in linea di principio, il *Senado* « Cámara de representación territorial », ma, nel contempo, si è limitata, a prevedere la designazione di un limitatissimo numero di senatori « autonomicos », intendendo con ciò segnalare soltanto l'inizio del cammino verso la costituzione di un ipotetico Stato delle autonomie (61), ancora tutto da disegnare e costituzionalizzare.

La battaglia per il *Senado* delle Comunità Autonome era dunque perduta. Lo stesso partito Vasco, il più acceso su posizioni indipendentiste, ha dovuto prenderne atto e, guardando realisticamente i margini di manovra rimasti, ha dovuto cedere alle esigenze « continuiste », pur senza rinunciare in prospettiva alle originarie posizioni (62).

Da questo tipo di valutazioni era nata la proposta avanzata

(60) Per Jimenez Blanco, relatore di UCD, la soluzione contenuta nell'attuale art. 69 rappresenta « un equilibrio entre la realidad territorial de la región y la realidad territorial de la provincia, tan amada por muchos de nosotros », in *Diario de Sesiones del Senado, Comision de Constitución*, Seduta del 5 settembre 1978, p. 2250.

(61) Si vedano al riguardo gl'interventi dei senatori Satrustegui (PSOE) e Blanco (UCD), secondo i quali il Senado « es una Cámara de representación territorial y hemos procurado encontrar una fórmula entre varios Grupos, que supone armonía entre el sentido actual de la organización territorial y la vocación de futuro que se anuncia ». Inoltre, con la previsione di cui all'art. 69 Cost.: « se inicia el camino de dar una representación a la región », in *Diario de sesiones del Senado*, Seduta del 5 settembre 1978, pp. 2249 e 2240.

(62) Cenni in proposito si trovano in: AJA-ARBOS, *El Senado, Camara posible de las autonomias*, cit., p. 40.

da questo partito per l'aggiunta di una disposizione transitoria che, senza modificare per il presente il testo costituzionale, consentisse in futuro alle singole Comunità la scelta di un diverso sistema di elezione dell'*insieme* dei propri rappresentanti in *Senado* (63). Anche questa richiesta però non ha ottenuto il favore della maggioranza che l'ha respinta perché il livello di autonomia statuito rappresentava il massimo consentito (64).

Ad ulteriore conferma, se ce ne fosse bisogno, della totale preminenza dei timori e delle ragioni politiche addotte a difesa dell'attuale composizione del *Senado*, stanno infine le dichiarazioni del capogruppo del PSOE al *Senado* stesso, secondo il quale: nella formulazione dell'art. 69 Cost. non si è potuta dimenticare la posizione centrale in cui il costituente ha voluto collocare il pluralismo politico che si concreta in prevalenza nel *sistema di partiti*, in quanto sistema in grado di ricostruire la vita nazionale e garantire solidarietà e integrazione politica tra i diversi popoli di Spagna. Nell'assolvere questo essenziale ruolo, dunque la Camera Alta non adempie solo il compito di attuare, anche se parzialmente, il diritto all'autonomia di cui all'art. 2 Cost., ma integra anche i presupposti per formare e consolidare la nuova forma di Stato partitocratico, sociale e di diritto proclamato nell'art. 1 Cost. (65).

7. Che il *Senado* non è la Camera delle Regioni si ricava, oltre che dalla disamina degli aspetti strutturali, anche, e in misura altrettanto convincente, dall'analisi degli aspetti funzionali connessi alla problematica autonomistica (66).

(63) Cfr. l'intervento del Sen. Unzueta Uzcanga volto ad illustrare la proposta di un emendamento aggiuntivo all'art. 69, in *Diario de Sesiones del Senado*, *supra cit.*, pp. 2253-55.

(64) Ciò traspare anche dall'intervento del Sen. Jimenez Blanco, in *Diario de Sesiones*, *supra cit.*, p. 2255.

(65) Così: Ramos Fernandez-Torrecilla, in *Diario de Sesiones*, *supra cit.*, pp. 2257-58.

(66) Per un'analisi delle funzioni svolte dal *Congreso* e dal *Senado* nelle relazioni con le Comunità Autonome, si legga: SOLE' TURA - APARICIO PEREZ, *Las Cortes Generales*, *cit.*, pp. 271-284. VANDELLI, in *L'influenza cit.*, p. 1338-39, si limita a definire il *Senado*: «un punto di riferimento di interessi ed esigenze ... territoriali»; e sotto l'aspetto funzionale: parziale «organo di coordinamento tra Stato ed autonomie regionali».

Si prendano in proposito in esame gli articoli: 81 Cost., 150 co. 1, co. 2, co. 3 Cost., 155 co. 1, 145 co. 2 e 158 co. 2 Cost. (67).

L'art. 81 Cost. dispone che gli Statuti di autonomia delle Comunità Autonome si approvano con *leggi organiche*, per le quali si richiede, com'è noto, ordinariamente, il consenso della maggioranza assoluta del *Congreso* (68).

Art. 150, co. 1: « Le Cortes Generales, nelle materie di competenza statale, possono *attribuire* a tutte o ad alcune delle Comunità Autonome la facoltà di emanare, per proprio conto, norme legislative nel quadro dei principi, norme di base e direttrici fissate da una *legge statale*. Ferma restando la competenza dei Tribunali, in ogni legge quadro saranno stabilite le modalità di controllo delle *Cortes Generales* su queste norme legislative delle Comunità Autonome ».

Art. 150, co. 2: « Lo Stato potrà *trasferire o delegare* alle Comunità Autonome, mediante *legge organica*, determinate facoltà relative a materia di titolarità statale che per propria natura siano suscettibili di trasferimento o delegazione. La legge prevederà in ciascun caso il corrispondente trasferimento di mezzi finanziari, così come le forme di controllo che lo Stato si riserva ».

(67) Per la classificazione delle potestà legislative regionali e per gli altri aspetti connessi alla problematica autonomistica, cfr.: VANDELLI, *L'ordinamento regionale spagnolo*, Milano, 1980; LEGUINA VILLA, *Le Comunità Autonome*, in *La Costituzione spagnola*, cit., s. p. 760 ss. Per la dottrina in lingua spagnola, cfr.: ALVAREZ CONDE, *El regimen*, cit., pp. 399-544.

(68) Circa il depotenziamento del ruolo del *Senado* nel procedimento di approvazione delle leggi organiche in generale, e in particolare nell'approvazione degli Statuti delle Comunità Autonome, relativamente al combinato disposto degli articoli 90.2 Cost. e 81.2 Cost., cfr. PIZZETTI, *Rigidità e garantismo nella costituzione spagnola*, I, Torino, 1979, pp. 138-139, 150-151. In vero, nell'approvazione delle leggi organiche è previsto un appesantimento della procedura solo per quanto riguarda il Congresso, mentre al Senato è richiesto lo stesso apporto statuito per l'approvazione della legge ordinaria.

Con riferimento specifico all'approvazione degli Statuti di autonomia, come fa notare lo stesso Pizzetti (*op. supra cit.*, p. 146), oltre al procedimento « normale », cioè per legge organica, la Costituzione prevede anche un'ipotesi straordinaria, contenuta nell'art. 151.4 Cost., in base alla quale, al termine di un lungo e laborioso iter, il progetto di statuto verrà trasmesso alle *Cortes Generales* che deliberano entrambe in seduta plenaria « mediante un voto de ratificación ». In questo caso, anche se del tutto straordinario, si afferma una maggiore parità tra *Congreso* e *Senado* (PIZZETTI, *op. cit.*, pp. 150-51), con una qualche preminenza, però, ancora per il *Congreso* (VANDELLI, *Opciones estatales e instancias regionales: aspectos de las relaciones*, cit., s. p. 89).

Art. 150, co. 3: « Lo Stato potrà dettare leggi che stabiliscano i principi necessari all'*armonizzazione* delle disposizioni normative delle Comunità Autonome, anche nel caso di materie attribuite alla loro competenza, quando lo esiga l'interesse generale. Compete alle *Cortes Generales* valutare, a *maggioranza assoluta di ciascuna Camera*, questa necessità ».

Art. 155, co. 1: « Qualora una Comunità Autonoma non abbia adempiuto agli *obblighi* che la Costituzione o altre leggi le impongano, o abbia agito in forma tale da attentare gravemente all'interesse generale della Spagna, il Governo, dopo aver diffidato il Presidente delle Comunità Autonome, e, se disatteso, dopo aver ottenuto il voto favorevole nella *maggioranza assoluta del Senato*, potrà adottare le misure necessarie per obbligare la stessa Comunità Autonoma all'*adempimento forzoso* di detti obblighi o per tutelare il menzionato interesse generale » (69).

L'art. 145, co. 2, prevede che gli accordi di cooperazione tra le Comunità Autonome dovranno essere autorizzati dalle *Cortes Generales* (70).

L'art. 158, co. 2, infine, dispone che: « Al fine di correggere squilibri economici interterritoriali e di rendere effettivo il principio di solidarietà sarà costituito un *Fondo di compensazione* destinato a spese di investimento, le cui risorse saranno distribuite dalle *Cortes Generales* tra le Comunità Autonome e, all'occorrenza, tra le Province ».

Nelle prime tre fattispecie i due rami delle *Cortes* sono coinvolti entrambi o nell'ambito della procedura di approvazione delle leggi organiche, oppure all'interno del procedimento legislativo ordinario. Pertanto, in base all'*iter* legislativo di cui agli artt. 81 e 90 Cost., un ruolo del tutto preminente è assegnato al *Congreso* deli-

(69) Al riguardo, cfr.: VANDELLI, *L'influenza, cit.*, pp. 1342-43. Come sostengono SOLE' TURA e APARICIO PEREZ, *op. supra cit.*, p. 276: « Este es el único caso de relación entre el poder central y una Comunidad Autónoma en el que la intervención de las Cortes Generales se hace únicamente a través del Senado ». « Este es el caso más explícito de mantenimiento de la concepción federal del Senado ».

Circa la presa a modello del meccanismo della *Bundesexecution* di cui all'art. 37 della legge fondamentale tedesca, cfr.: G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato, cit.*, p. 16.

(70) Sul tema: SANTAOLAYA MACHETTI, *En torno al principio de cooperacion*, in *Revista de Derecho Político*, N. 21, 1984, pp. 83-109.

berante a maggioranza semplice o assoluta, mentre il *Senado*, come si vedrà in seguito, svolge un ruolo marginale e non imprescindibile.

Per quanto riguarda invece le fattispecie previste negli artt. 150, co. 3 (leggi di armonizzazione) e 155, co. 1, Cost. (adempimento forzoso), la Costituzione impone un maggior coinvolgimento senatoriale, prevedendone l'obbligatorio intervento con proprie deliberazioni a maggioranza assoluta.

Le diverse modalità di coinvolgimento del *Senado* hanno una spiegazione coerente con il progetto costituente complessivo volto ad assegnare alla seconda Camera un ristretto ambito funzionale. Nelle prime tre ipotesi in vero ci troviamo in presenza di funzioni « ampliative » della sfera di azione delle Comunità Autonome, talché è sembrato inopportuno attribuire un potere *codeliberante* all'Assemblea che per definizione si colloca fra gli organismi di « rappresentanza territoriale »; negli altri due casi invece ci troviamo di fronte a disposizioni tramite cui si può incidere soltanto « restrittivamente » sull'ambito funzionale delle stesse, pertanto il ruolo del *Senado* diventa imprescindibile (71).

Non mi soffermerò, a questo punto, sulle cause che hanno condizionato questa scelta; è tuttavia chiaro che qui, come in altre ipotesi, la paura del costituente per una possibile rottura dell'unità del sistema a causa delle note tendenze indipendentiste di alcune Comunità rappresentate nel *Senado*, ha giocato un peso determinante.

Pertanto, così come identificate in questi ristretti ambiti, le funzioni del *Senado* non si possono definire « *propulsive* » del sistema regionalistico in quanto tale e testimoniano più che altro l'assolvimento di attribuzioni di mera garanzia dei livelli di autonomia regionale disposti in Costituzione (72).

Per quanto riguarda poi gli artt. 145, co. 2 (accordi di coope-

(71) In riferimento all'art. 150, co. 3, Cost., SOLE' TURA e APARICIO PEREZ, *op. cit.*, pp. 279-80, affermano che: « Al no preverse la posibilidad de conflicto entre las decisiones de una y otra Cámara y al no arbitrar, por consiguiente, ningún órgano de conciliación de las discrepancias en forma de Comisión Mixta, cada Cámara cuenta con un autentico derecho de veto ». Analogamente vedasi: L. SANCHEZ AGESTA, *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1984, p. 324.

(72) Sul punto cfr.: MANZELLA, *Le Cortes nel sistema costituzionale spagnolo*, in *La Costituzione spagnola*, *cit.*, pp. 453-457 e R.L. CHUECA RODRIGUEZ, *Teoría y práctica*, *cit.*, p. 83.

razione) (7) e 158, co. 2, Cost. (fondo di compensazione), in essi si prevede, in una prima fase, il coinvolgimento complessivo delle due Camere, iniziando dal *Senado*, ma si aggiunge: « Se non ci sarà accordo fra *Congreso* e *Senado*, si procurerà di ottenerlo mediante una *Comisión Mixta* composta di un egual numero di deputati e senatori. La Commissione presenterà un testo che sarà votato da entrambe le Camere. Se non lo si approva nella forma stabilita, deciderà il *Congreso* a maggioranza assoluta » (art. 74, co. 2 Cost.).

Queste due ultime fattispecie non si qualificano necessariamente per un effetto « restrittivo » della sfera d'intervento delle Comunità, tuttavia, nell'ipotesi di un insanabile contrasto fra le due Camere, la Costituzione privilegia ancora una volta il *Congreso* nella ricerca, fuori da ogni preoccupazione garantista, di una sintesi, tutta di natura politico-procedimentale, che esclude il *Senado*. Non si può dunque che ribadire il limitatissimo e secondario ruolo assegnato alla seconda Camera nell'intera problematica autonomistica, confermando la conclusione per cui esso non è e non svolge le funzioni di Camera delle regioni talché, depotenziato nelle attribuzioni, esplica unicamente circoscritti e limitati compiti di tutela dei livelli di autonomia statuiti, contro le più gravi involuzioni centralizzatrici.

8. La maggiore differenza funzionale dei due rami parlamentari a tutto vantaggio del *Congreso*, si riscontra nella normativa concernente la funzione legislativa e di controllo. Sia che si tratti di legge ordinaria o di legge organica, infatti, in entrambi i casi il *Congreso* ha sempre la possibilità di superare il veto o gli emendamenti del *Senado* riapprovando il testo originario in seconda lettura, a maggioranza assoluta o a maggioranza semplice.

Al riguardo l'art. 90, co. 2, Cost., sulla « competenza legislativa del *Senado* », dispone: « Il Senato, nel termine di due mesi dal giorno in cui ha ricevuto il testo legislativo, può con messaggio motivato, porvi il suo veto od emendarlo. Il veto dovrà essere deciso a maggioranza assoluta. Il progetto non potrà essere sottoposto all'approvazione del Re se prima il *Congreso* non ne avrà ratificato, in caso di veto, il testo originario a maggioranza assoluta, o a maggioranza semplice trascorsi due mesi dall'interposizione del medesimo, oppure

(73) Sul tema: A. MENÉNDEZ REXACH, *Los convenios entre las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1982.

non si sarà pronunciato sugli emendamenti, accettandoli o meno a maggioranza semplice » (74).

In tema di emanazione delle leggi organiche, poi, l'art. 81, co. 2, Cost. detta: « L'approvazione, la modifica o la deroga delle leggi organiche esigerà la maggioranza assoluta del Congresso, in una votazione finale sull'insieme del progetto » (75).

Per tali ragioni l'intervento senatoriale nei due procedimenti può produrre soltanto un temporaneo prolungamento dell'*iter legis*, allungando se mai i termini di approvazione, senza però poter arrestare risolutivamente le determinazioni della maggioranza congressuale.

Nessuna prerogativa infine esplica la Camera Alta in tema di « convalidación o derogación » dei decreti legge che, per il disposto dell'art. 86, co. 2, Cost., devono essere sottoposti a discussione e votazione del solo *Congreso* (76).

(74) Per un'analisi dell'articolo, arricchita dalla normativa dei regolamenti parlamentari, cfr.: SOLE' TURA - APARICIO PEREZ, *op. cit.*, pp. 256-63, nonché SANTALLA LOPEZ, *Derecho parlamentario, cit.*, pp. 215-299. Per il riscontro di alcune analogie con il « Consiglio della Repubblica » della Costituzione francese del 1946, cfr.: MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, 1973, pp. 230-232.

(75) Sul tema in generale, cfr.: PREDIERI, *Le fonti del diritto nella Costituzione spagnola del 1978*, in *La Costituzione spagnola, cit.*, pp. 186-195; LOMBARDI, *La nuova Costituzione di Spagna, cit.*, pp. 77-79 e MANZELLA, *Le Cortes nel sistema costituzionale spagnolo, cit.*, p. 480, secondo cui: « La categoria delle leggi organiche fa delle Cortes una costituente permanente ». Nella bibliografia spagnola, cfr.: JAVIER PEREZ ROYO, *Las fuentes del derecho*, Madrid, 1985, pp. 55-80.

Una valutazione complessiva dell'amplissimo ruolo attribuito dalla Costituzione alla legge organica, unitamente all'interpretazione dell'art. 81 Cost., si trova anche in: PIZZETTI, *Rigidità e garantismo, cit.*, pp. 132-234. Come osserva l'Autore: « Questa particolare fonte, e il procedimento che la caratterizza, trova la sua prima ragion d'essere nella necessità di rinviare a una fase successiva a quella costituente, e attraverso un procedimento che richiede comunque un consenso più ampio della maggioranza di governo, il compimento del processo di trasformazione dell'ordinamento » (pp. 6 e 16-17). Analogamente anche: P. LUCAS VERDU', *Constitución y dinamica constitucional*, Relazione presentata alle *V Jornadas internacionales de ciencia política y derecho constitucional*, Granada, 7-8 giugno 1979.

Al riguardo si può osservare che, con l'estesa previsione di questa procedura « d'integrazione costituzionale », il ruolo del *Senado* scema grandemente rispetto al ruolo, del tutto paritario, svolto in sede costituente. A ulteriore conferma di ciò si può anche evidenziare che, ai sensi dell'art. 81, co. 1, Cost., al *Senado* è sottratta la stessa disciplina elettorale per la propria formazione (PIZZETTI, *op. cit.*, p. 151).

(76) Per alcune considerazioni in merito, si può vedere: ENRIQUE LINDE PA-

Per quanto concerne il controllo politico del Gabinetto il predominio del *Congreso* è ancora maggiore. Com'è noto, la forma di governo parlamentare spagnola prevede, secondo una tendenza diffusa, un rapporto di fiducia soltanto con il *Congreso* (77) cui compete, in forma esclusiva: « la votación de investidura » (art. 99, co. 2, Cost.), la « cuestión de confianza » (art. 112 Cost.) e la « moción de censura » (art. 113 Cost.) (78). Al *Senado*, come alla prima Camera, rimane dunque soltanto la possibilità di inoltrare « interpelaciones » (79) e « preguntas » (80) nei modi previsti dal regolamento

NIAGUA, *Ley y Reglamento en la Constitución*, in *Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid, 1979, p. 267.

(77) Così è previsto anche dalle Costituzioni di: Austria, Australia, Gran Bretagna, Giappone, Irlanda, RFT.

Per uno sguardo comparatistico e critico in tema di esclusione della seconda Camera dal controllo politico, cfr.: TESAURO, *Il sistema bicamerale*, cit., pp. 6, 14 e 16. In generale, sull'instaurazione del rapporto di fiducia nel quadro del diritto comparato: GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Milano, 1973, pp. 333-415.

(78) Art. 99 Cost. (*Votación de investidura*) « El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara » (comma 2). « Si el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgare su confianza a dicho candidato, el Rey le nombrará Presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple » (comma 3).

Art. 112 (*Cuestión de confianza*) « El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, puede plantear ante el Congreso de los Diputados la cuestión de confianza sobre su programa o sobre una declaración de política general. La confianza se entenderá otorgada cuando vote a favor de la misma la mayoría simple de los Diputados ».

Art. 113 (*Moción de censura*) « El Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura ».

(79) L'art. 181, co. 1, del Reglamento del *Congreso*, analogamente all'art. 170, co. 2, del Reglamento del *Senado*, detta: « Las interpelaciones habrán de presentarse por escrito ante la Mesa del Congreso y versarán sobre los motivos o propósitos de la conducta del Ejecutivo en cuestiones de política general, bien del Gobierno o de algún Departamento ministerial ».

(80) In diritto spagnolo si distinguono: preguntas orales en sesión plenaria (art. 191 R.C., art. 162, co. 1, R.S.), preguntas orales en comisión (art. 189 R.C., art. 168 R.S.), preguntas de contestación escrita (art. 190 R.C., art. 169 R.S.).

parlamentare, richiedere informazioni (81) e nominare « comisiones de investigación » (82).

Una diversa collocazione su posizioni parzialmente paritarie assume la Camera Alta nella procedura per la *reforma constitucional*, che si configura come revisione « totale » o « parziale ». All'interno del laboriosissimo *iter* approvativo, infatti, in caso di revisione « totale », la seconda Camera viene coinvolta, secondo il disposto dell'art. 168 Cost., negli stessi termini e modi in cui è coinvolta la prima, con una doppia deliberazione a maggioranza dei due terzi interframezzata dallo scioglimento di entrambe le assemblee. In caso di revisione « parziale », invece, se non si ottiene la maggioranza dei tre quinti delle *Cortes* in prima battuta, in mancanza di accordo, l'approvazione della riforma può avvenire anche col solo voto dei due terzi del *Congreso* e la maggioranza assoluta del *Senado* (art. 167, co. 2, Cost. (83). Pertanto, considerata la composizione delle due Camere, si deve ritenere che tale ultima disposizione punti essenzialmente a penalizzare la componente rappresentativa delle Comunità Autonome costituita dai senatori comunitari, cui si preclude la possibilità di ostacolare le deliberazioni di una forte maggioranza politica del *Con-*

(81) Dispone l'art. 109 Cost.: « Las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los Presidentes de aquéllas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas ».

(82) La normativa base è contenuta nell'art. 76 Cost.: « El Congreso y el Senado, y, en su caso, ambas Cámaras conjuntamente, podrán nombrar Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público. Sus conclusiones no serán vinculantes para los Tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas ». « Será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. La ley regulará las sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación ». Sul tema del controllo parlamentare del Governo, in generale, cfr.: J. GARCÍA MORILLO, *El control parlamentario del Gobierno en el ordenamiento español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

(83) Per una problematica disamina dei due tipi di procedimenti e dei rapporti tra loro esistenti, cfr.: PIZZETTI, *Rigidità*, cit., pp. 49-129. Per quanto concerne la *ratio* costituente dell'art. 167, co. 2, Cost. ed il conseguente « depotenziamento » del *Senado*, come « influenza, spesso non perfettamente amalgamata, delle esperienze costituzionali straniere », vedasi in particolare l'*op. supra cit.*, pp. 100-101, nota n. 16. Per la bibliografia spagnola, cfr.: P. DE VEGA, *La reforma constitucional*, in *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Madrid, 1978 e M. CONTRERAS, *La reforma de la Constitución*, *Estudios sobre la constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979, pp. 405-421.

greso. Il pericolo da contrastare sta, ancora una volta, nell'eventualità di un blocco del procedimento a causa di alcune rigidità delle posizioni autonomistiche, per cui, pur nell'ampliamento dell'ambito di partecipazione, si punta ad emarginare le minoranze territoriali garantendo esclusivamente le minoranze politiche (84). La normativa che ne esce non risulta negatoria delle motivazioni garantiste in assoluto ma si configura tesa a privilegiare, ancora una volta, il sistema dei partiti in generale (85).

Per il disposto dell'art. 116 Cost. lo *stato di allarme* sarà dichiarato dal Governo mediante decreto deliberato in Consiglio dei Ministri per un periodo massimo di quindici giorni, *avvisandone il Congresso dei deputati*, cui compete l'eventuale autorizzazione alla proroga di detto termine. La dichiarazione dello *stato di eccezione* compete al Governo *previa autorizzazione del Congresso*. Lo *stato di asedio* è dichiarato dalla *maggioranza assoluta del Congresso dei deputati*, su proposta esclusiva del Governo (86). Nessuna prerogativa è riconosciuta dunque al *Senado* nella dichiarazione dello stato di « alarma », « excepción » e « sitio »; anzi, di fronte alla dichiarazione di uno di tali « stati » il 5° comma dell'art. 116, nell'ipotizzare un rischio grave per l'integrità territoriale dello Stato, autorizza lo scioglimento del *Senado* stesso nella convinzione che in quello potrebbero trovare appoggio tali tensioni (87).

L'art. 92 Cost., nel prevedere che le decisioni politiche di speciale importanza potranno essere sottoposte a referendum consultivo, dispone che esso: « Será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente *autorizada* por el Congreso de los Diputados ».

Anche l'incriminazione del Presidente e degli altri membri del Governo davanti alla *Sala de lo Penal del Tribunal Supremo* per l'accusa di tradimento o di qualsiasi delitto contro la sicurezza dello Stato può essere promossa soltanto per iniziativa di un quarto dei

(84) Sul punto, con differenti valutazioni, cfr.: MANZELLA, *Le Cortes nel sistema costituzionale spagnolo*, cit., p. 479.

(85) Sul riconoscimento e la valorizzazione del sistema partitocratico in Spagna, si può vedere: PINELLI, *Discipline e controlli sulla « democrazia interna » dei partiti*, Padova, 1984, pp. 125-192, il capitolo dedicato all'ordinamento spagnolo.

(86) Per un'ampia bibliografia sullo « stato di crisi » in generale, cfr.: G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 218 ss.

(87) Così: R. L. CHUECA RODRIGUEZ, *Teoria y practica*, cit., p. 81.

membri del *Congreso* e con l'approvazione della maggioranza assoluta dello stesso (art. 102 Cost.).

Maggior spazio, pur se sempre in posizione subordinata, è riservato alla seconda Camera in tema di autorizzazione alla conclusione dei Trattati internazionali. Se si tratta di autorizzare la conclusione di trattati « con cui si attribuisce ad una organizzazione o istituzione internazionale l'esercizio di competenze derivate dalla Costituzione » (si pensi all'adesione della Spagna alla Cee), si richiede l'adozione di una *legge organica* (art. 93 Cost.). Nel caso della stipula di trattati ai sensi dell'art. 94 Cost. (88), è richiesta la previa autorizzazione di *entrambe le Camere, con prevalenza del Congreso a maggioranza assoluta* in caso di dissenso col *Senado*. Negli altri casi, *Congreso e Senado* « serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios » (art. 94, co. 2, Cost.).

È noto che attraverso gli accordi internazionali sono possibili rilevanti limitazioni della sovranità interna. I trattati istitutivi delle Comunità Europee, ad esempio — per restare nell'ipotesi certamente più presente in sede di elaborazione costituente — nel consentire l'emanazione di decisioni e regolamenti direttamente efficaci in tutti i Paesi aderenti, esplicano una notevole incidenza nei settori tradizionalmente conferiti alla potestà legislativa regionale. È pertanto inevitabile che la « Camera di rappresentanza territoriale » ne sia coinvolta, nei modi qui sopra considerati. Di fronte al caso di un'insanabile contrapposizione tra le due Assemblee, però, la soluzione del contrasto è affidata, secondo uno schema ricorrente, alla maggioranza assoluta del *Congreso* che, in tal modo, viene a rappresentare lo strumento di aggravamento per superare il bicameralismo « a base territoriale ». In tal modo, ancora una volta, si punta a privilegiare la Camera dominata dai maggiori partiti nazionali, garantendo l'allargamento del consenso unicamente alle minoranze partitiche.

Gli artt. 95 e 162 Cost. assegnano, inoltre, ad *entrambe le Ca-*

(88) Trattasi di: « Tratados de carácter político. Tratados o convenios de carácter militar. Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I. Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública. Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución ».

mere la facoltà di ricorrere preventivamente al *Tribunal Constitucional* per richiedere una valutazione di conformità dei trattati e delle leggi alla Costituzione (89). Qui però il *Senado* non esplica funzioni tali da incidere direttamente sull'indirizzo politico e si limita ad attivare, in chiave garantistica, l'intervento giurisdizionale di un organo di giustizia costituzionale.

Congreso e *Senado*, infine, in posizione totalmente equiparata, designano, mediante elezione qualificata, una parte dei membri del *Tribunal Constitucional* (90), del *Consejo General del Poder Judicial* (91), del *Consejo de Administración del Ente Público RTVE* (92), del *Tribunal de Cuentas* (93) e, con una lieve preminenza per il *Congreso*, il *Defensor del Pueblo* (94). In tutti questi casi le due Camere designano la stessa quota di componenti, in alternativa organizzatoria alla seduta comune adottata invece, per analoghe ipotesi, in Italia.

L'adozione di tale formula da parte del legislatore spagnolo costituisce un'ovvia valorizzazione dei senatori che, sia pure a questi limitati fini, si ritengono portatori di specifiche rappresentatività, anche se, ancora una volta, filtrate dal predominante sistema dei partiti cui compete la negoziazione dell'ampio consenso richiesto.

Da tutto quanto detto si ricava pertanto che il sistema bicamerale spagnolo s'inquadra perfettamente nell'ambito della diffusa tenden-

(89) Secondo l'art. 162 Cost. sono legittimati a presentare ricorso d'incostituzionalità cinquanta deputati e cinquanta senatori.

(90) Art. 159, co. 1, Cost.: «El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial».

(91) In base all'art. 122, co. 3, Cost., le *Cortes* eleggono otto dei venti membri previsti, di cui quattro da parte del *Congreso* e quattro da parte del *Senado*, a maggioranza dei tre quinti dei componenti.

(92) L'art. 7, co. 1, della legge 4/1980 del 4 gennaio, stabilisce: «El Consejo de Administración estará compuesto por doce miembros, elegidos para cada Legislatura, la mitad por el Congreso y la mitad por el Senado mediante mayoría de dos tercios de la Cámara, entre personas de relevantes méritos profesionales».

(93) Art. 30 della legge organica 2/1982 del 12 maggio: «Los Consejeros de Cuentas serán designados por las Cortes Generales, seis por el Congreso de los Diputados y seis por el Senado, mediante votación por mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras».

(94) Per il procedimento si rinvia a: SOLE' TURA - APARICIO PEREZ, *Las Cortes*, cit., pp. 286-87.

za contemporanea volta a diffondere sistemi di bicameralismo imperfetto o, com'è stato da taluni detto, proprio con riferimento alla Spagna, di « monocameralismo articolato » (95). Tale assetto, tra l'altro, riscuoteva l'assenso di UCD e del Partito socialista che, pur perseguendo finalità diverse e talora discordanti, si sono trovati d'accordo nel perseguire il medesimo disegno di depotenziamento del *Senado*, nel timore che potesse svolgere un ruolo ostruzionistico e destabilizzante. Infatti, mentre il PSOE ne temeva la natura « conservatrice », UCD voleva evitare che l'eccessivo aggravio delle procedure parlamentari nelle due sedi potesse compromettere il carattere rigidamente « governato » del sistema.

Si aggiunga da ultimo che la riduzione delle attribuzioni senatoriali, nonostante il buon esito offerto dalla parificazione delle due Assemblee in sede costituente, si deve anche ad alcune valutazioni contingenti del partito socialista che, avendo registrato nella consultazione del 1977 un risultato più negativo al *Senado* rispetto al *Congreso*, avrebbe preteso una restrizione delle sue competenze specie nell'esercizio dell'attività legislativa (96).

9. Come si è visto il *Senado* esplica funzioni sia in relazione all'attuazione del decentramento autonomistico sia nell'ambito più generale connesso al funzionamento della forma di governo. Il suo ruolo si svolge dunque, in parte, per la verità del tutto marginale, nell'ambito del sistema delle autonomie e, in parte prevalente, nel quadro più generale delle istituzioni di governo.

Questa duplice anima che in alcuni ordinamenti si riassume nell'istituzionalizzazione di una « Camera delle regioni » (97), scivola invece in Spagna e si appiattisce essenzialmente sulle esigenze del Governo centrale, giustificandosi prevalentemente per ragioni di natura politico-procedimentale (98).

(95) Così: MANZELLA, *Il sistema parlamentare nel progetto costituzionale spagnolo*, *Politica del diritto*, 1978, N. 1-2, p. 330.

Per una qualificazione del sistema italiano, nel periodo della solidarietà nazionale, come « monocameralismo imperfetto », cfr.: LONG, *Il monocameralismo imperfetto*, in *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà*, Milano, 1979, pp. 177-82.

(96) Così: VALVERDE MAZUELAS, *El Senado*, *pieza*, *cit.*, p. 47.

(97) Per una rilevazione comparatistica sul punto, cfr.: J. ELIZALDE, *El Senado como Cámara de representación territorial en el Estado autonómico: una perspectiva comparada*, *Revista de Política Comparada*, 1981, N. 6, pp. 195 ss.

(98) Per LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, p. 626, le ragioni del bicameralismo possono essere: sociali, etnico-federative, politico-procedurali.

In questo quadro il costituente spagnolo, tenuto conto che i Senati possono rafforzare le prerogative dei parlamenti o collocarsi a fianco dei governi (99): possono cioè servire o per allargare le basi della democrazia parlamentare (100) o per consolidare l'indirizzo governativo (101); tenuto anche conto delle considerazioni precedentemente fatte in ordine ai connotati, entrambi presenti nella società spagnola, di relativa omogeneità (politica) e di disomogeneità (etnica), ha avuto presenti entrambe le esigenze (per questo si è preoccupato di garantire anche una qualche rappresentanza alle Comunità Autonome), su tutte però ha prevalso la seconda prospettiva, in quanto storicamente necessitata come condizione per il cambio di regime.

Nei primi anni di vita della democrazia, in vero, i motivi d'instabilità avrebbero potuto essere numerosi di fronte a una società frazionata e con un sistema partitico tutto da collaudare. Si è pertanto preferito rinunciare a un'eccessiva « ricchezza » istituzionale (102), andando innanzitutto alla ricerca della stabilità.

E il *Senado*, per le funzioni che gli sono riconosciute oltre che per quelle che gli sono negate, contribuisce in gran parte allo scopo. Determinante sotto tale profilo è il suo ruolo all'interno del procedimento legislativo che, se per un verso non può contrastare il predominio del *Congreso* — cui, tra l'altro, vanno prioritariamente presentate le *proposiciones*, i *proyectos de ley* e i bilanci dello Stato (103) — può però incidere notevolmente in caso di necessità di recupero dei

(99) Per un'esplicita collocazione del *Bundesrat* a fianco del Governo tedesco, anche a causa delle sue specifiche modalità di elezione, cfr.: W. APELT, *Quelques remarques sur les rapports entre le Parlement et le gouvernement dans la démocratie parlementaire*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1957, IX, p. 667.

(100) In questo senso, cfr.: LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., p. 628 e COTTA, *Il problema del bicameralismo*, cit., p. 593. Con specifico riferimento al caso italiano, cfr.: SPAGNA MUSSO, *Bicameralismo e riforma del parlamento*, in *Parlamento, Istituzioni, Democrazia*, Milano, 1980, pp. 120-122; Id., *Bicameralismo e riforma del Parlamento*, in *Istituzioni politiche e politica delle istituzioni, Studi in onore di Marcello Capurso*, volume edito dalla Rivista *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, Roma, 1985, pp. 63-70.

(101) Il tema è estesamente analizzato da: Y. WEBER, *La crisi du bicaméralisme*, *Revue du droit public et de la Science Politique*, 1972, pp. 599-603.

(102) Per l'opposto atteggiamento tenuto dal costituente della seconda Repubblica spagnola, cfr.: LOMBARDI, *La nuova Costituzione*, cit., p. 22.

(103) Si vedano tuttavia gli artt. 125 R.C. e 108 R.S. che autorizzano la preventiva « toma in consideración » da parte del *Senado* delle « proposiciones de ley ».

provvedimenti sfuggiti al controllo della maggioranza in prima istanza (104).

A confermare l'assunto ci sono poi le ipotesi in cui il *Senado* non esplica alcun tipo di funzioni e, pertanto, non può incidere in alcun modo nel contesto istituzionale, in specie per quanto riguarda la vita e l'azione del Gabinetto. Basti considerare: l'impossibilità di votare l'*investidura* al Presidente del Governo, l'impossibilità di discutere la *moción de censura* e la *cuestión de confianza* (105), l'interdizione a far valere la responsabilità penale del Presidente del Governo e dei Ministri, il diniego di competenza nel convalidare i decreti legge e l'esclusione della previa autorizzazione del referendum consultivo d'iniziativa governativa per le « decisiones políticas de especial transcendencia » di cui all'art. 92 Cost. Cioè là dove non serve di supporto all'azione del Gabinetto si può anche prescindere dal *Senado*, che viene così escluso da ogni circuito procedimentale.

La Camera Alta rappresenta dunque uno strumento per la stabilizzazione complessiva dell'ordinamento e del Governo parlamentare di gabinetto, pur non potendosi attribuirle, a causa del carattere elettivo, il ruolo conservatore in senso politico tipico di altre esperienze (106).

La seconda Camera spagnola infatti, a differenza della Camera dei *Lords*, da taluni definita « classista » e « conservatrice » (107), non esplica un ruolo politicamente e contenutisticamente orientato,

(104) Sulla « utilización del Senado por el Gobierno como instrumento para renegociar un proyecto que no fue aprobado en el Congreso de forma satisfactoria », cfr.: AJA-ARBOS, *El Senado*, cit., p. 54.

(105) Circa la considerazione generale per cui due centri di controllo aumentano le occasioni di crisi del Gabinetto, cfr.: N. OLIVETTI, voce *Bicameralismo*, in *Dizionario di politica*, cit., p. 97.

(106) Per una tale caratterizzazione della Camera dei *Lords* e del Senato francese della terza Repubblica, cfr.: Y. WEBER, *La crisi du bicaméralisme*, cit., p. 590.

(107) Così soprattutto: LASKI, *Parliamentary Government in England*, London, 1950, pp. 11 ss. Sulla sua evoluzione, le ragioni di permanenza e il ruolo svolto nell'ordinamento britannico, con note critiche rispetto alle affermazioni del testo, cfr.: L. STURLESE, *La crisi del bicameralismo in Inghilterra*, Milano, 1967 p. 57 ss.; DE CESARE, *La Camera dei Lords e la crisi del bicameralismo limitato in Gran Bretagna*, in *Riv. Trim. di Scienza Politica e della Amministrazione*, 1968, N. 3, pp. 75-93; BON VALSASSINA, *Il bicameralismo*, cit., pp. 223-262. Circa alcune perplessità sul carattere conservatore della *House of Lords* desumibili dalla sua composizione sociologica, anche: J.R. VINCENT, *The House of Lords*, in *Parliamentary Affairs*, vol. XIX, N. 4.

quanto piuttosto funzioni di equilibrio interistituzionale (108) che potremmo definire *neutre*, dal momento che s'inquadrano in un ambito parlamentare tendente a garantire alla maggioranza, qualunque essa sia, alcune condizioni per la governabilità. Del resto, mentre la posizione del veto da parte dei *Lords*, col vietare la riapprovazione del progetto di legge prima di un anno, può effettivamente determinare, soprattutto nell'ultimo periodo della legislatura, la definitiva caduta del testo con gravi conseguenze ostruzionistiche (109), in Spagna invece, a causa del termine di sospensione previsto in soli due mesi, ciò non si verifica.

Si consideri inoltre che il già scarso margine di manovra concesso al *Senado* in termini temporali molto ristretti è ulteriormente riducibile, ad opera del *Congreso* o del *Governo*, in caso di *proyectos declarados urgentes* (art. 90, co. 3, Cost.), ciò che ribadisce la filosofia di fondo del costituente volta a privilegiare il momento governante.

Il *Senado* dunque non è stato concepito come contropotere nei riguardi del Gabinetto e, appunto per questo, non gli è stato attribuito il potere di esprimere la sfiducia nonostante possa essere sciolto qualora deviasse dalla precipua funzione di stabilizzazione che gli è assegnata (art. 115 Cost.).

Tale configurazione senatoriale s'inserisce perfettamente nella prospettiva più generale che delinea un ruolo di preminenza del Governo sul Parlamento nel suo insieme. Di ciò è evidentissima riprova la previsione, certamente non originale, contenuta nell'art. 134, co. 6, Cost., per cui: « Ogni proposta o modifica che comporti un aumento dei crediti o una riduzione delle entrate di bilancio richiederà l'accordo del Governo perché possa avere corso ».

Confermano queste deduzioni, tra l'altro, talune previsioni contenute nei regolamenti parlamentari che, nel complesso, mostrano

(108) Cfr. in particolare: SOLE' TURA - APARICIO PEREZ, *Las Cortes*, cit., special. p. 245; PORTERO MOLINA, *El Senado en la Constitucion Española*, cit., p. 229 e AJA-ARBOS, *El Senado, Camara posible*, cit., special. p. 54. Sulla funzione di equilibrio delle seconde camere negli ordinamenti non federali, si veda, in generale: Y. WEBER, *La crise du bicaméralisme*, cit., special. pp. 584-85.

(109) Sul punto: BON VALSASSINA, *Il bicameralismo*, cit., special. p. 224, che riferisce alcune osservazioni di CADART, contenute in: *Le Parlement Act de 1949 et la consolidation du bicaméralisme limité en Grande-Bretagne*, *Revue du droit public*, 1952, pp. 681 ss.

notevole attenzione verso le esigenze di governo. Nel raffronto tra *Congreso* e *Senado*, poi, pur nel riconoscimento di una maggior autonomia individuale riservata talvolta ai singoli senatori (110), in tema d'iniziativa legislativa il procedimento senatoriale si rivela di gran lunga più rigido di quello previsto per il *Congreso* (111). In tema di ordine del giorno, poi, mentre per il *Congreso* è previsto un procedimento che privilegia i partiti assieme ad alcune esigenze prioritarie del Gabinetto (112), per quanto concerne il *Senado*, la scelta di potenziare le prerogative degli organi istituzionali (*Gobierno e Mesa*) (113), rafforza ulteriormente le aspettative del Governo.

In questa stessa ottica e nella stessa prospettiva, inquadrata genericamente nell'ambito delle esigenze di continuità e di stabilità, con rilevanza e conseguenze ovviamente molto più incidenti, si debbono tra l'altro allineare, accanto all'istituto monarchico: i procedimenti altamente rigidi di revisione costituzionale, l'istituzionalizzazione della mozione di censura « costruttiva » (114), il rigido controllo partitocraticizzato delle procedure elettorali (115), di quelle costituzionali e parlamentari (116), il ridotto spazio lasciato alle opposizio-

(110) Ad esempio, in tema di presentazione di « enmiendas », si leggano gli artt. 110 R.C. e 107 R.S.

(111) In proposito, l'art. 108 R.S. prevede che le *proposiciones de ley* devono essere sottoscritte da un gruppo parlamentare o da venticinque senatori, mentre l'art. 126 R.C. si riferisce a un gruppo o quindici deputati.

(112) Si veda l'art. 67 del regolamento del *Congreso*.

(113) L'art. 71 del regolamento del *Senado* detta: « El orden del día del Pleno será fijado por el Presidente del Senado de acuerdo con la Mesa y oída la Junta de Portavoces. El representante del Gobierno podrá incluir un solo asunto con carácter prioritario ».

Si deve ricordare che la *Mesa del Senado* è composta da un Presidente, due Vicepresidenti e quattro Segretari eletti ai sensi degli artt. 8 e 9 del R.S., con accentuazione del principio maggioritario (Cfr. SANTAOLALLA LOPEZ, *Derecho Parlamentario Español*, cit., p. 131).

(114) Si veda l'art. 113, punto 2) Cost.

(115) Si ricordi che il sistema elettorale adottato per l'elezione del *Congreso* si basa su liste cosiddette « cerradas y bloqueadas ». Sul tema, con note critiche, cfr.: E. LINDE PANTAGUA, *Il meccanismo elettorale*, in *Una costituzione democratica per la Spagna*, a cura di G. De Vergottini, Milano, Angeli, pp. 121-142.

(116) L'organizzazione del lavoro parlamentare avviene per soggetti politici e non per individualità. A titolo esemplificativo si consideri che i dibattiti parlamentari sono organizzati sulla partecipazione dei gruppi, che la fissazione dell'ordine del giorno nel *Congreso* avviene su deliberazione della *Junta des Portavoces* con voto

ni (117), la generale sottovalutazione dell'istituto referendario (118), nonché, pur se in una cornice di carattere più propriamente garantista, l'istituzionalizzazione del *Tribunal Constitucional* (119).

In questo articolato e, a un tempo, coerente schema organizzativo la seconda Camera spagnola dunque s'inserisce perfettamente, e, collocandosi tra le istituzioni sorte appositamente per garantire continuità (120), consolida il carattere tutto pragmatico di una Costitu-

ponderato (art. 67, c. 1, R.C.) e che l'iniziativa legislativa è consentita soltanto ai gruppi o a una consistente quota di deputati o senatori (artt. 126, co. 1, R.C., 108, co. 1, R.S.). Per rafforzare poi la disciplina di gruppo il regolamento del *Congreso* dispone che: « En ningún caso la votación podrá ser secreta en los procedimientos legislativos » (art. 85, co. 1, R.C.).

Sulle tendenze gruppocratiche dell'ordinamento spagnolo si veda, tra gli altri: MANZELLA, *Il sistema parlamentare nel progetto costituzionale spagnolo*, cit., pp. 329-334 e ID., *Le Cortes nel sistema costituzionale spagnolo*, cit., pp. 460-63.

(117) Conformemente, si veda: GALEOTTI, in *La Costituzione Spagnola*, cit., pp. 61-62 e DE VEGA, in *op. supra cit.*, pp. 9-20.

(118) Circa il ruolo decisamente secondario attribuito all'istituto del referendum come conseguenza dell'accoglimento di un rigido pluralismo partitocratico, cfr.: Sori, *Pluralismo e supremazia dei partiti nella nuova costituzione spagnola*, Riv. Trim. dir. pubbl., 1979, pp. 209 ss. e ALVAREZ CONDE, *El Regimen político español*, cit., p. 189. Per MANZELLA, *Le Cortes nella nuova Costituzione spagnola*, nell'estratto dal *Commentario alla Costituzione spagnola a cura di E. Garcia De Enterría e A. Predieri*, Madrid, Civitas, 1979, p. 61, secondo la prospettiva che qui si sostiene, il referendum è stato concepito come: « strumento di governo e non già anche come contropotere popolare al potere dello Stato-apparato ».

(119) In merito, si può vedere: ROLLA, *Giustizia costituzionale ed indirizzo politico in Spagna: prime riflessioni sull'esperienza del Tribunale Costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 1984, pp. 115 ss. Sulla configurazione del *Tribunal Constitucional* come garante del « cambio politico », cfr.: ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Napoli, 1986, pp. 103-112, special. p. 110.

(120) Al fine di valutare lo spirito che ha animato il partito di Suarez, ma non solo questo, fin dall'approvazione della *Ley para la reforma política*, è interessante leggere il testo del discorso letto dallo stesso Suarez, di fronte alla TVE, l'11 settembre 1976, in: P. LUCAS VERDU', *La octava ley fundamental*, cit., pp. 109-119. Inoltre, nell'*Informe della Ponencia*, tra le osservazioni all'art. 3 del progetto di legge, specificatamente, si legge che: mentre « el Congreso de los Diputados se piensa debe representar de alguna forma las corrientes de opción que a corto plazo produce su dinamismo democrático, ... el Senado debe atender más a la continuidad y estabilidad política y a la reflexión reposada y perfeccionamiento técnico de los textos legales ».

In generale, sull'esistenza di meccanismi stabilizzanti all'interno del Parlamento, cfr.: GALEOTTI, in *La Costituzione Spagnola*, cit., p. 59.

zione non animata da grandi rotture ideologiche col passato (121) (come per esempio l'italiana (122)) e tesa, senza forti passionalità progettuali e senza radicali rifiuti storicamente ascrivibili, a disegnare unicamente una forma di Stato riconducibile agli schemi classici delle democrazie europee.

10. L'attuale configurazione del sistema politico spagnolo, caratterizzato dal conseguimento di schiaccianti maggioranze nei due rami del Parlamento da parte del partito vincitore delle elezioni, non ha consentito di sperimentare fin'ora il ruolo di riserva o, se si vuole, di recupero, assumibile dal *Senado*, anche perché il senso di disciplina di deputati e senatori ha garantito alle forze politiche di governo la massima compattezza. Se però, come lasciano intendere i risultati elettorali del 1986, soprattutto nell'ambito dei partiti di centro-destra si svilupperà una competizione tale da produrre la duplicazione del polo moderato, l'eventuale alternativa di centro-destra al partito socialista potrebbe configurare un sistema di relazioni intercamerali caratterizzato da un maggior peso del *Senado* nei termini sopra evidenziati.

Nella situazione odierna è ovvia la generica qualificazione di Camera di *reflexión* formulata recentemente dal Presidente del *Senado* José Federico De Carvajal (123); è tuttavia certo che il costituente ha prefigurato per la seconda Camera un ruolo politico più articolato ed incidente.

J. Capo Giol, ad esempio, pur nel definire « contradictorio » il compromesso raggiunto nella delineazione della seconda Camera, la

(121) Per LOMBARDI, *La nuova Costituzione*, cit., p. 119, nel testo costituzionale spagnolo « l'ideologia, se non emarginata, risulta, per così dire filtrata in forme di divenire predeterminate e sdrammatizzate ». Analogamente, anche: J. J. GIL CREMADES, *Las ideologías en la Constitución española de 1978*, in AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979, pp. 77 ss.

(122) Sul tema, cfr.: CHELI, *Il problema storico della Costituente*, *Politica del diritto*, 1973, special. pp. 510 ss.

Come afferma LUCATELLO, in *Riflessioni sulle riforme istituzionali (dopo la Commissione Bozzi)*, *Il Politico*, giugno 1985, p. 311, diverso è stato lo spirito che ha animato i lavori della Commissione Bozzi. Allo « spirito di frontiera » del 1948, si è sostituito, infatti, un atteggiamento difensivistico, volto a conservare le « posizioni raggiunte ».

(123) J. F. CARVAJAL, *El Senado un año después*, cit.

inquadra complessivamente nell'ambito dei sistemi di « bicameralismo classico » (124).

P. García Escudero Marquez e B. Pendas Garcia specificano che la funzione di « reflexión » va intesa nel senso di consentire « que se perfilen pactos políticos o que se logren acuerdos en materias controvertidas » (125).

Ramón Punset parla di funzioni di « repercusión » e di « moderación del poder » (126).

J. De Esteban e L. Lopez Guerra mettono in risalto che, pur di fronte a una prassi parlamentare ancora tutta da sviluppare, la « segunda lectura » consentirà i miglioramenti tecnici consentiti dall'attenuata « tension partidista » (127).

R. L. Chueca Rodriguez in un articolato studio, già citato (128), condivisibile quasi *in toto*, sostiene tra l'altro che: « La homogeneidad en términos de fuerzas políticas que se produce entre Congreso y Senado ... favorece y potencia la coherencia del poder ejecutivo en la medida en que la coordinación entre ambas Cámaras reside ... en las fuerzas políticas mayoritarias, al no existir ningún tipo de oposición estructural entre las mismas ».

Potremmo anche continuare con i riferimenti alla dottrina spagnola passando in rassegna le interpretazioni dei vari Autori ricche di sfumature e di specificazioni (129); non lo facciamo però perché sono tutte riconducibili agli schemi del bicameralismo classico contemporaneo, con ciò che ne segue in ordine all'individuazione delle funzioni che la dottrina suole in essi ricomprendere.

Nella stessa direzione, tra l'altro, s'inseriscono le osservazioni contenute nell'*Informe del Consejo Nacional del Movimiento*, secondo cui: « Las ventajas esenciales del sistema bicameral se pueden considerar resumidas en dos fundamentales. Una, la de la mayor eficacia de la representación política, incorporando a la tarea legislativa la representación territorial. ... Otra, la función equilibradora que el

(124) J. CAPO GIOL, *El debate sobre el bicameralismo*, cit., p. 289.

(125) P. GARCIA ESCUDERO MARQUEZ e B. PENDAS GARCIA, *El Senado en el sistema constitucional*, cit., p. 57.

(126) R. PUNSET, *El Senado en la nueva Constitución española*, cit., pp. 158-159.

(127) J. DE ESTEBAN - L. LOPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español*, vol. 2, Barcelona, 1984, p. 45.

(128) R. L. CHUECA RODRIGUEZ, *Teoría y práctica*, cit., pp. 83-84.

(129) Si vedano in merito gli Autori di cui alla nota n. 10.

ejercicio simultaneo e independiente de la tarea legislativa por ambas Cámaras comporta, racionalizando el proceso parlamentario, sometiendo a mayor reflexión los procesos de poder, limitando, en su justa medida, la tendencia a la supremacía de cada Cámara, e imponiendo los controles precisos, para la mayor eficacia de la tarea legislativa » (130).

Analogamente, tra le osservazioni contenute nell'*Informe de la Ponencia de las Cortes*, si legge: « El Senado debe atender más a la continuidad y estabilidad política y a la reflexión reposada y perfeccionamiento técnico de los textos legales » (131).

Considerazioni altrettanto significative ci sembrano, da ultimo, quelle svolte da P. Lucas Verdú nel suo *Curso* del 1976, dato che consentono di capire gli orientamenti più influenti della dottrina pre-costituzionale e mettono nella giusta luce i condizionamenti teorici cui sono stati sottoposti i costituenti. Per la verità l'Autore offre soprattutto un quadro del bicameralismo di carattere storico-comparativo senza prospettare immediate soluzioni *de jure condendo*, ma, sia pure velatamente, lascia intendere che l'istituzionalizzazione della seconda Camera nel suo Paese è auspicabile anche a causa della « peculiar distribución de los partidos políticos que numerosos, y con mayorías fluctuantes en la Cámara baja, han de ser contrapeados por otra Asamblea capaz de mantener una línea política mas continua » (132).

Dall'insieme delle posizioni della dottrina, anche di quella che non è stata qui presa in esame, risulta pertanto netta la tendenza ad inquadrare prevalentemente il bicameralismo spagnolo tra gli istituti volti a condizionare il funzionamento della forma di governo più che tra quelli indirizzati a qualificare la rappresentanza parlamentare. Se è vero ciò, di fronte anche ad una prassi confortante (133), il *Senado* contribuisce grandemente a consolidare le fondamenta della recen-

(130) Cfr. l'*Informe del Consejo Nacional del Movimiento*, in *Normas políticas*, cit., p. 21.

(131) Cfr. l'*Informe de la Ponencia de las Cortes*, in *Normas políticas*, cit., p. 34.

(132) P. LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, cit., p. 333.

(133) Esemplificativamente si vedano: M. SENEN HERNANDEZ Y M. CAVERO GOMEZ, *Senado (Septiembre 1983 - Junio 1984)*, in *Revista de las Cortes Generales*, N. 2, 1984 pp. 153-193; Id., *Cronica del Senado, (Septiembre - Diciembre 1984)*, in *Revista de las Cortes Generales*, N. 4, 1985, pp. 215-247.

te democrazia spagnola: tipico esempio di « *democratie gouvernée* » (134).

11. S'impongono a questo punto alcuni raffronti di carattere comparato tra il sistema spagnolo e l'italiano (135) sia, in generale, per le affinità storiche e politiche che uniscono i due ordinamenti sia, in particolare, per la centralità che il tema del bicameralismo ha assunto nel recente dibattito italiano sulle proposte di aggiornamento delle nostre istituzioni. A quest'ultimo riguardo, se è vero che il costituente spagnolo ha avuto sott'occhio la Costituzione italiana, specie nel tentativo di evitare alcuni tipici difetti « nostrani » (136), sarà interessante vedere gli accorgimenti adottati in quell'ordinamento per valutarne l'applicabilità al caso nostro.

Prima di operare qualsiasi raffronto è però necessario passare preliminarmente in rapida rassegna le similitudini e le diversità politiche, storiche e ordinamentali tra i due sistemi, restando ovvio che, al di là della verifica di pur ampie analogie strutturali, per unanime convincimento è fondamentale l'analisi delle finalità complessive perseguite dentro la forma di governo prescelta e la valutazione degli scopi che in quell'ambito il bicameralismo specificatamente persegue (137).

Le più evidenti analogie tra il Senato italiano e quello spagnolo si ritrovano: — nella pari rappresentatività politica dei senatori che, nonostante l'elezione su base regionale in Italia e la derivazione « territoriale » in Spagna, non concretizzano la formazione di una vera Camera delle regioni; — nell'essere frutto di compromesso tra diverse concezioni istitutive (138); — nell'operare, genericamente, nell'ambito di una forma di governo parlamentare razionalizzato; — nel-

(134) BURDEAU, *Traité, cit.*, p. 304 ss.

(135) Sulla validità della comparazione tra i due ordinamenti, si veda: VANDELLI, *L'influenza, cit.*, p. 1337.

(136) Così, pur se in riferimento all'elaborazione dell'anteprogetto di Costituzione: GALEOTTI, in *La Costituzione Spagnola, cit.*, p. 50.

(137) Oltre TESAURO, *op. cit.*, p. 3, per un richiamo metodologico in tal senso, anche: PASQUINO, *Restituire lo scettro al principe. Proposte di riforma istituzionale*, Roma-Bari, 1985, p. 50 e 64, nonché LAVAGNA, *Prime considerazioni per uno studio sulla migliore struttura del Parlamento*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1954, pp. 272-273.

(138) Per U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e Stato borghese*, Roma, 1975, p. 96, il bicameralismo costituisce per definizione l'istituto del compromesso tra vecchie e nuove classi dominanti.

l'essere stati concepiti, a seguito di un comune ciclo autoritario, come istituti sostanzialmente garantistici ond'evitare il rischio di facili riflussi antidemocratici.

Se si esclude però l'elettività, che rappresenta l'autentica, vera analogia, si constata che le differenze prevalgono di gran lunga sulle analogie, anche su quei punti che sono stati qui sopra riferiti come fattori di similarità.

Innanzitutto, le più evidenti disparità si riscontrano sotto il profilo funzionale tanto da avere indotto qualcuno, com'è noto, a parlare di « monocameralismo articolato » piuttosto che di bicameralismo imperfetto (139).

Inoltre, pur se l'attuale configurazione del *Senado* scaturisce dall'accordo tra due concezioni portatrici di finalità divergenti, il compromesso raggiunto, a differenza che nel caso italiano, non snatura il primitivo progetto di UCD (140). La forma di governo, poi, a differenza di quella italiana, tutta volta alla creazione di contropoteri (141), si avvicina moltissimo alla monarchia parlamentare britannica (142), sia per il ruolo di Primo Ministro riconosciuto al Presidente del Governo (143), sia per il ruolo del Governo in Parlamento (144), sia per la struttura sostanzialmente bipartitica del si-

(139) Cfr. la nota n. 95.

(140) In tal senso anche: CACIAGLI, *Il sistema elettorale delle Cortes*, in *La Costituzione spagnola del 1978*, cit., p. 542.

(141) Tra gli altri: CHELI, *Tendenze recenti della forma di governo italiana*, in *Costituzione*, cit., pp. 167-177; MIGLIO, *Una Repubblica migliore per gli italiani*, Milano, 1983, special. p. 11. G. AMATO e F. BRUNO, *La forma di governo italiana. Dalle idee dei partiti alla Assemblea Costituente*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, III, Milano, 1984, p. 54, affermano che nel delineare la forma di governo i partiti si sono ispirati a criteri di massima « fluidità istituzionale ».

(142) Sulle più recenti tendenze del rapporto governo-parlamento in Gran Bretagna, cfr.: CHITI, *Riforma del parlamento e controllo dell'esecutivo in Gran Bretagna*, *Democrazia e diritto*, 1979, pp. 861-869.

(143) Così anche: GALEOTTI, op. cit., special. pp. 50 e 57, nonché: MANZELLA, *Le Cortes della nuova Costituzione spagnola*, cit., pp. 57 ss. Per F. ROVERSI MONACO, *Brevi considerazioni su Governo ed amministrazione nella nuova Costituzione spagnola*, in *La Costituzione spagnola del 1978*, cit., pp. 583-591, il Presidente del Governo spagnolo è assimilabile alla figura del Cancelliere federale germanico.

(144) Sul ruolo del governo in tutto lo svolgimento dell'iter legislativo, si veda: MANZELLA, *Le Cortes nel sistema costituzionale spagnolo*, in *La Costituzione*, supra cit., pp. 476 e 484-85.

stema che, nel complesso, offre — come già detto — scarsa protezione all'opposizione parlamentare (145).

Se è poi vero che i due Senati esplicano, genericamente, funzioni di garanzia, si deve dire che, mentre in Italia per ammissione unanime la seconda Camera, per com'è composta e per come opera, tutela sia i partiti di governo che le opposizioni (146), in Spagna invece, nasce prevalentemente come garante dell'indirizzo del partito (UCD) o dei partiti di maggioranza (147).

Del resto, com'è ampiamente noto, la prima consultazione del '77, per effetto del sistema elettorale applicato, aveva dato all'Unione di Centro Democratico un più marcato successo nell'ambito del *Senado*, cosa che si sarebbe sicuramente ripetuta se tale partito non fosse entrato in crisi a causa di un inarrestabile processo di smembramento che l'ha poi portato alla dissoluzione.

Per queste ragioni il prosieguo della vicenda politica non conferma le originarie premesse, per lo meno nelle valutazioni più uti-

(145) Sul punto si veda la precedente nota n. 117.

In proposito, a titolo meramente esemplificativo, si può ricordare che, in base all'art. 188, co. 2, R.C. ad ogni gruppo parlamentare compete la presentazione di un numero di interrogazioni proporzionale alla rispettiva consistenza numerica. Ciò, ovviamente, è a tutto svantaggio dell'opposizione.

(146) Specificatamente sul punto: ARMAROLI, *La democrazia di Saint Just non prevede il bicameralismo*, in *Prospettive nel mondo*, N. 39/40, 1979, s. pp. 71-73.

(147) Tale affermazione, in vero molto netta, non può in ogni caso far dimenticare che il *Senado* esplica anche talune funzioni garantiste a tutela dei diritti delle minoranze. Tra queste si può ricordare: il diritto d'impugnazione delle leggi e dei trattati al *Tribunal Constitucional* esperibile da parte di 25 senatori ex artt. 162 e 95 Cost.

(148) In proposito, CHIMENTI (in: *Introduzione alla forma di governo italiana*, Rimini, 1985), nel ribadire la centralità del problema del superamento della *conventio ad excludendum*, afferma: «È difficile convincersi che il PCI possa davvero consentire alle migliori degli appartamenti padronali, se gli è destinato di abitare soltanto nell'appartamento di servizio» (p. 446). Su tali questioni con analoghe conclusioni anche: ARMAROLI, *L'introvabile governabilità*, Padova, 1986, pp. 280-85 e pp. 331-336.

PASQUINO, in *Restituire lo scettro*, cit., p. 16 ss., sostiene che nell'ambito della Commissione Bozzi è prevalsa la totale mancanza di idee chiare, convinzioni nette e programmi coerenti.

Per l'ampio e variegato dibattito sviluppatosi sui temi istituzionali, con particolare riferimento alle risultanze della Commissione Bozzi, cfr.: CUCCODORO, *La riforma istituzionale in Parlamento*, Firenze, 1985 e *Verso la riforma delle istituzioni - Cronache*, Firenze, 1983.

litaristiche e contingenti, ribadisce però, con i successi elettorali del partito socialista di Felice Gonzales e la conquista della maggioranza assoluta nei due rami parlamentari con preponderanza per la maggioranza del *Senado*, la validità delle scelte costituenti, volte a predisporre in ogni caso i noti presupposti per la continuità.

Può insegnare qualcosa la pur giovane esperienza spagnola al riformatore italiano? Certamente sì, se si terrà conto di quanto le soluzioni spagnole siano state influenzate dal contingente storico e politico del momento. Preliminare ad ogni evoluzione del caso italiano è dunque il mutamento di strategia e di prospettiva delle forze politiche, di maggioranza e di opposizione, che, lo si deve dire, non paiono in questo momento intenzionate a delineare progetti ed assetti diversi da quelli tradizionali (148).

12. Se il riformatore italiano vorrà imboccare la strada della razionalizzazione dei rapporti Governo-Parlamento a partire dal consolidamento dell'egemonia della maggioranza, l'esempio spagnolo può offrire non pochi spunti imitativi.

Senza contare però le diffuse incertezze e resistenze in tema di modifiche del sistema elettorale (149), dopo un iniziale fervore verso ipotesi di revisione di tipo « efficientista » dei primi dibattiti della Commissione Bozzi (150), la maggioranza di pentapartito, divisa al suo interno e incalzata dal PCI, non pare più in grado di attuare gli originari propositi mentre si va incamminando in ordine sparso verso più ampi equilibri che confermano il noto quadro « partecipazionista » scaturito dalla Costituzione del '48 (151).

(149) Per tutti, cfr.: G. DI PALMA, *Sopravvivere senza governare*, cit., pp. 135-141, 146-148.

(150) Circa l'esistenza di due linee di politica istituzionale nel dibattito sulle riforme istituzionali, cfr.: RODOTÀ, *Relazione di minoranza del gruppo parlamentare della Sinistra Indipendente*, in *Commissione parlamentare per le riforme istituzionali*, vol. II, *Relazioni di minoranza*, Pubblicazione a cura della Camera dei Deputati e del Senato, Roma, 1985, special. pp. 632-634. Sotto un profilo più propriamente politico: PASQUINO, in *Degenerazioni dei partiti e riforme istituzionali*, Roma-Bari, 1982, pp. 173-77, ipotizza due prospettive di approccio alla riforma istituzionale: l'una, più efficace, di natura *sistemica* e l'altra *partigiana*.

(151) In merito, in generale, cfr.: CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, 1978, p. 11; anche, più estesamente, in *Il problema storico*, cit. Per un'analisi del ruolo del parlamento a partire dal centrismo, al centrosinistra, alla cosiddetta « terza fase », con alcune precisazioni in ordine all'affermazione contenuta

Pertanto, pur essendo prematuro configurare il tipo di revisione cui andrà incontro il Senato italiano (152), si può già affermare con buona dose di certezza che, salvo mutamenti imprevedibili del quadro politico volti a rafforzare l'attuale coalizione di governo e l'eventuale sua strategia di lungo periodo, l'approccio al tema resterà sostanzialmente, anche per l'intreccio di veti incrociati già altre volte sperimentato, quello del '48, pur se in parte rimodernato (153).

Il costituente del 1948, in vero, aveva adottato la soluzione bicamerale perfetta nell'esplicito intento di fare del Parlamento il luogo *centrale* della negoziazione, del dialogo e della contrattazione più che della divisione, predisponendo un sistema partecipativo e di garanzie generalizzate a favore della *totalità* delle forze politiche (154).

nel testo, cfr.: BALDASSARRE, *Il parlamento come soggetto di indirizzo e di controllo politico*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, 1982, pp. 16-41.

Più limitatamente si deve dire che il quadro non cambia anche in riferimento alle recentissime modifiche del Regolamento della Camera del 5 maggio e 26 giugno 1986, relative agli artt. 36, 39, 40, 41, 44, 45, 73, 83, 86, 88, 94, 115, in tema di discussione dei progetti e disegni di legge.

(152) Per le proposte avanzate in merito dal «gruppo di Milano» cfr.: GALEOTTI, *Per il rimodellamento della forma di governo in «Governo di legislatura»*, in *Verso una nuova Costituzione*, I, Milano, 1983, pp. 406-410, secondo cui il Senato dovrebbe diventare la Camera delle Regioni con funzioni ineguali, nel quadro degli schemi ricorrenti in Europa. Analogamente, anche: AMATO, *La riforma delle istituzioni centrali: la forma di governo e il sistema elettorale*, in *Una Repubblica da riformare*, Bologna, 1980, special. pp. 182-185 e TOSI, *Correggiamo i vizi della «Costituzione materiale»*, in *Prospettive nel mondo*, N. 39/40, 1979, pp. 34-35.

(153) In tal senso si può vedere: CALANDRA, *Il bicameralismo «snellito» della Commissione Bozzi*, *Quaderni Costituzionali*, 1984, pp. 269-82; PIZZORUSSO, *Riformare la Costituzione?*, *Democrazia e diritto*, 1980, pp. 101-102. Sulla riproposizione del bicameralismo come «momento» istituzionale necessario del contenzioso garantista, cfr.: TOSI, *Correggiamo i vizi*, cit., loc. *supra cit.*

(154) Tale soluzione, come tutte le soluzioni bicamerali, era perfettamente calata nel suo tempo e, nella sua logica di compromesso, risentiva delle preoccupazioni più vive dei costituenti che chiedevano e predisponavano essenzialmente garanzie. Garanzie chiedevano i comunisti che, perduta la battaglia del monocameralismo, volendo evitare il rischio di un Senato differenziato di stampo conservatore o a composizione organica, non dominabile dai partiti, hanno preteso nei due rami la stessa rappresentatività politica (Cfr. ROTELLI, nella *Prefazione* a: AIMO, *Bicameralismo e regioni*, Milano, 1977, p. 10). Garanzie chiedeva anche la democrazia cristiana, consapevole che l'attuazione di una costituzione «di principi» a contenuto altamente programmatico necessitava di un alto grado di verifica parlamentare. Per la ricostruzione del dibattito svoltosi all'Assemblea costituente, cfr. G. AMATO-F. BRUNO, *La forma di governo italiana*, cit., pp. 3-60.

Tale tendenza, in presenza di crescenti motivi di divisione della società italiana sempre più caratterizzata da un eccesso di attese, a causa della perdurante debolezza delle coalizioni di governo e per effetto anche delle divisioni interne ai partiti, com'è noto, nel corso degli anni '70 si è ulteriormente rafforzata e, pur se parzialmente attenuatasi ultimamente, perdura ancora, tanto da ribadire la valorizzazione complessiva dei partiti nel Parlamento, concepito come sede centrale e privilegiata della democrazia tendenzialmente consociata (155) e, com'è stata da taluni definita, « inerte » (156).

La stessa tendenza, notevolmente snellita e rimodernata, è nella

Sul ruolo garantistico della struttura bicamerale italiana e per un ampio rinvio alla bibliografia sul tema, cfr.: PIZZETTI, *Riforme istituzionali e prospettive del bicameralismo in Italia: riflessioni e interrogativi*, in *Quaderni Costituzionali*, 1984, N. 2, p. 249, nota 20. Sull'argomento si può anche vedere: ARMAROLI, *La democrazia di Saint Just*, cit.; CARETTI, *Funzionalità*, cit., p. 66; LAERIOLA, *Parlamento, Istituzioni, Democrazia*, Milano, 1980, pp. 46-47; LAVAGNA, *Maggioranza al Governo e maggioranze parlamentari*, in *Problemi giuridici delle istituzioni*, Milano, 1984, pp. 186-87; G. DI PALMA, *Sopravvivere senza governare*, cit., in più parti; MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., p. 75; MATTARELLA, *Il Bicameralismo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1983, pp. 1162 ss.; G. FERRARA, art. 55, in *Le Camere, Commentario alla Costituzione a cura di G. Branca*, Tomo I, pp. 7 e 9; PASQUINO, *Restituire lo scettro*, cit., p. 63; SPAGNA MUSSO, *Bicameralismo e riforma del Parlamento*, in *Parlamento, Istituzioni*, supra cit., p. 125.

Circa il carattere garantistico del modello proporzionalistico in generale, si veda: J. STEINER, *The Principles of Majority and Proportionality*, in *British Journal of Political Science*, n. 1, 1971.

In senso ancor più lato. È la stessa forma di governo parlamentare che, presupponendo il metodo della discussione e del compromesso, si pone in termini garantistici. Così, specificatamente, in un contesto di motivazioni storiche: LALUMIERE e DEMICHEL, in *Les régimes parlementaires européens*, Paris, 1978, in più parti.

(155) Per un giudizio positivo sulle tendenze consociative del parlamento italiano e per un richiamo a tener conto di queste nelle ipotesi di riforma parlamentare, cfr.: CARETTI, *Funzionalità*, cit., p. 68 ss. Retrospectivamente anche: CHELLI, *La vera crisi del parlamento italiano*, in *Costituzione e sviluppo*, cit., pp. 95-102.

Sul tema, pur se con diverse, più articolate e talora discordanti conclusioni, anche: ELIA, voce *Governo (forme di)*, in *Enc. del Dir.*, XIX, p. 654 ss.; CHIMENTI, *Introduzione alla forma di governo*, cit., special. pp. 196 ss. e 424 ss.; CUOCOLO, *Rapporti fra parlamento e governo*, in *Iustitia*, 1983, 96-113; CAPURSO, *Sistema parlamentare, principio di maggioranza e consenso delle minoranze negli ordinamenti democratici e l'esperienza italiana*, in *Riv. Internaz. di filosofia del diritto*, 1981, pp. 231-255; ONIDA, *Recenti sviluppi della forma di governo in Italia: Prime osservazioni*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, cit., pp. 195-221.

Sul modello consociativo in generale, con particolare riferimento al caso olandese

sostanza confermata anche dalle risultanze contenute nelle Relazioni della Commissione Bozzi. Da queste infatti si ricava, oltre alla quasi unanime preferenza per il mantenimento della seconda Camera: la conferma dell'adozione del criterio della rappresentanza politica proporzionale indifferenziata senza significativi premi di maggioranza (157); la permanenza di un'ampia riserva di leggi bicamerali (158); l'istituzionalizzazione del riesame senatoriale delle *leggi monocamerali* su richiesta del Governo o di un terzo di senatori, in conformità ad un'analogha previsione avanzata dal PCI, pur nell'am-

e sotto un profilo prevalentemente politologico, cfr.: LIJPHART, *The politics of accommodation. Pluralism and democracy in the Netherlands*, London, 1975, secondo cui presupposto dell'adozione della forma di governo parlamentare nella versione « consociativo-compromissoria » è il connotato di disomogeneità della società.

Per un giudizio fortemente critico nei confronti degli ordinamenti « parlamentari integrali » o compromissori, cfr.: MIGLIO, *Il Parlamento e la forma di governo, Relazione al Convegno di Padova del 25, 26 e 27 marzo 1984*, in *Le riforme istituzionali*, Padova, 1985, pp. 25-31, oltre che nel più noto: *Una repubblica migliore per gli italiani*, Milano, 1983.

Per un giudizio d'inopportunità e per una previsione pessimistica sulle capacità del sistema politico italiano a stabilizzarsi in assetti di tipo consociativo, cfr.: A. PAPPALARDO, *Partiti e governi di coalizione in Europa*, Milano, Angeli, 1978, pp. 98-114.

(156) Per G. DI PALMA, *Sopravvivere*, cit., special. p. 343 ss. e 351 ss., democristiani e comunisti trovano frequente e tacito assenso nel rinviare la trattazione delle grosse questioni, ricorrendo nel contempo all'abuso delle leggine a fini clientelari.

(157) In vero, la nota « proposta De Mita » per un premio elettorale alla coalizione di partiti vincente, non pare riscuotere un consenso tale da far pensare al suo possibile accoglimento. Sembra invece che un maggior consenso si raccolga sul documento presentato dai commissari: Scoppola, Barbera, Giugni, Pasquino, Pontello, Lipari e Segni (in: *Relazione della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali*, vol. I, pp. 77-78), volto ad introdurre un sistema misto di tipo tedesco.

Recentemente, si è espresso a favore dell'introduzione di un premio di maggioranza: N. COLAJANNI, *Il premio di maggioranza*, in *La Repubblica*, 15 febbraio 1986. Per un rapporto più diretto tra scelte popolari e governi da formare. cfr.: INGRAO, *Alternativa di Stato*, in *L'Espresso*, 23 febbraio 1986. Per il mantenimento della proporzionale, invece, cfr.: FORLANI, in *La Repubblica*, 28 febbraio 1986.

Per un'analisi dei possibili riflessi producibili dalla modifica del sistema elettorale sulla riforma delle istituzioni, cfr.: ORTINO, in *Comunicazione al Convegno di Padova del 25, 26 e 27 marzo 1984*, cit., pp. 63-68.

Per un'esplicita presa di posizione favorevole all'introduzione del sistema elettorale misto simile a quello della Germania Federale, si veda: GIOVANNELLI, *Intervento al Convegno di Padova*, supra cit., pp. 141-145.

(158) Sul tema si veda: PIZZETTI, *Riforme istituzionali*, cit., pp. 258-59.

bito della solita proposta monocameralistica, dell'istituzione della « seconda lettura » ad iniziativa di un quinto di membri del Parlamento o di tre regioni (159).

Tutto ciò conferma che le motivazioni garantiste restano ancora prevalenti su ogni progetto di tipo « decisionista » e che la stessa proposta monocamerale avanzata dal PCI (160), al di là delle proclamazioni verbali in parte legate alla tradizione di questo partito, con l'istituzione della seconda lettura si mostra anch'essa largamente interessata alla conservazione di garanzie individuate nell'ambito procedimentale (161).

Per queste ragioni il Senato in Italia ed in Spagna continuerà a collocarsi su piani e con prospettive molto diverse, nonostante si annoveri dentro una comune concezione che considera il parlamento bicamerale come un'unica istituzione organicamente concepita e articolata in due assemblee (162).

(159) Cfr. *Relazione della Commissione parlamentare, cit.*, vol. II, p. 613.

(160) Per alcune prese di posizione in merito, si può vedere: INGRAO, *Masse e potere*, Roma, Ed. Riuniti, 1977, p. 277; MATTEUCCI, *Una democrazia modello Saint-Just*, in *Il Giornale nuovo*, 20 gennaio 1977; SECHI, *Proposta alle Sinistre: aprire una campagna per abolire il Senato*, in *Corriere della Sera*, 7 settembre 1979; nonché: JOTTI, intervista a *Il Tirreno*, 16 settembre 1979.

(161) Per queste ragioni il dilemma bicameralismo-monocameralismo non si pone in termini così radicalmente antitetici come può a prima vista sembrare, dal momento che, ribadita l'opportunità del mantenimento della stessa rappresentanza politica nelle due assemblee, e, accettata comunque l'utilità dell'istituto della « seconda lettura », la sua concretizzazione all'interno di un'unica camera o di due diverse assemblee, riveste un valore prevalentemente formale. In entrambi i casi, infatti, la seconda lettura finisce per essere procedimentalizzata all'interno della stessa « area parlamentare » integralmente costituita da rappresentanti politici, organizzati in una o due assemblee. Così stando le cose l'alternativa bicameralismo-monocameralismo diventa prevalentemente un fatto nominalistico differenziato soltanto da diversità procedimentali.

Per una conferma della sostanziale parità di posizioni tra monocameralisti e bicameralisti in ordine all'utilità dell'istituto del « riesame », si veda: BARBERA, *Oltre il bicameralismo, cit.*, pp. 56-57 e 62, che, nel proporre il superamento dell'attuale assetto bicamerale, afferma, indifferentemente, l'utilità di un « monocameralismo con procedimento rinforzato », o di un « bicameralismo non paritario ».

Circa « la survivance du bicaméralisme dans le cadre de la chambre unique », cfr.: Y. WEBER, *op. cit.*, pp. 603-606.

(162) Cfr.: MANZELLA, *Il Parlamento, cit.*, pp. 73-81.

Diversamente, come osserva H. H. KLEIN, in *Il Bundesrat della Repubblica Federale di Germania: la « seconda Camera »*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1984, p. 5: « il

Tale caratterizzazione, già forte oggi in Italia con lo sviluppo delle Commissioni bicamerali, risulta rafforzata anche dalle indicazioni che scaturiscono dai lavori della Commissione Bozzi. Qui infatti, l'introduzione della legge monocamerale accanto alla bicamerale consolida la concezione di unitarietà complessiva dell'insieme delle istituzioni legislative, pur nella differente utilizzazione degli organi.

Questa concezione organica è applicabile anche, e a maggior ragione, al Parlamento spagnolo che, volta volta, viene coinvolto, ora come *Congreso*, ora come *Senado*, ora come organo complesso costituito da *Congreso e Senado*, ora con deliberazioni assunte a maggioranza semplice ora qualificata, con l'effetto di presentare una variegata diversificazione procedimentale arricchita, oltre che dalla utilizzazione dei *quorum* (163), anche dalla modulazione del sistema monocamerale con quello bicamerale (164).

13. Secondo l'opinione di alcuni commentatori, l'elaborazione della Costituzione del 1978 si deve considerare una specie di *mosaico* delle soluzioni più significative adottate negli ordinamenti parlamentari contemporanei (165).

Tale valutazione, viste le analogie strutturali col Senato italiano, quelle funzionali col *Sénat* francese e, in qualche limitata parte, col *Bundesrat*, si deve ritenere estensibile anche allo specifico tema bicamerale.

Si è già detto però che il bicameralismo spagnolo è essenzialmente frutto di scelte dettate da esigenze interne e da difficili compromessi tra le maggiori componenti politiche; pertanto, il raffronto riveste essenzialmente il valore di una rilevazione *ex post* delle soluzioni tecniche adottate nei vari ordinamenti.

Bundesrat non si presenta come parte integrante di un organo legislativo ad articolazione complessa ed unitaria sia dal punto di vista concettuale sia da quello istituzionale ».

(163) Sulla istituzione e funzionalizzazione dei sistemi e sottosistemi decisionali alla « dimensione » degli interessi da comporre mediante la diversificazione delle maggioranze dei collegi deliberanti, cfr.: PREDIERI, *Le fonti del diritto nella Costituzione spagnola del 1978*, cit., special. pp. 159-160.

(164) Sull'accentuazione procedurale più che strutturale del bicameralismo spagnolo, cfr.: MANZELLA, *Le Cortes*, cit., pp. 458-59, nonché R. L. CHUECA RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 80.

(165) Cfr.: J. DE ESTEBAN - L. LOPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español*, cit., vol. I, p. 43.

L'accostamento al bicameralismo italiano si deve all'elettività diretta dei due rami parlamentari, con l'avvertenza che il sistema adottato per l'elezione del *Senado*, producendo i noti effetti distortivi rispetto alla composizione del *Congreso*, ne diversifica il ruolo complessivo.

Qualche generico riferimento si può rinvenire anche rispetto al *Bundesrat*, specie per quanto concerne la configurazione del *Senado* come possibile organo di collegamento con le Comunità Autonome.

Le maggiori affinità funzionali e finalistiche si ritrovano però nel raffronto col *Sénat* francese (166) che, com'è stato chiaramente messo in luce, è prevalentemente un'istituzione funzionale all'operato del Governo (167). In proposito è significativo ricordare soprattutto il noto istituto del « dernier mot » di cui all'art. 45 della Costituzione francese, in base al quale il Gabinetto, secondo proprie insindacabili valutazioni, può alternativamente decidere di prescindere dalle deliberazioni del *Sénat*, oppure, non attivandosi, di mantenere la seconda lettura senatoriale, per tentare di bloccare, in ipotesi, l'iniziativa della prima Camera (168).

Tale istituto, come altri di chiara ispirazione francofona autorevolmente sostenuti da parte del raggruppamento di UCD in sede costituente (169), non ha trovato tuttavia accoglimento nel testo definitivo. Ciò non toglie che il modello francese (come per altri aspetti quello tedesco e britannico) abbia rappresentato nel suo insieme un riferimento costante, specie per quanto attiene la determi-

(166) Così anche: PIZZETTI, *Rigidità*, cit., p. 151.

(167) Cfr.: GIOVANNELLI, *Aspetti della V Repubblica, da De Gaulle a Mitterand*, Milano, 1984, pp. 185-190, anche per la peculiare situazione verificatasi con l'avvento del Governo Mitterand; C. DE CARO BONELLA, *Il bicameralismo nella V Repubblica francese, Quaderni Costituzionali*, 1984, pp. 283-315; indirettamente anche: PEGORARO, *Il Governo in Parlamento, l'esperienza della V Repubblica francese*, Padova, 1983, special. p. 48; DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 1971, pp. 289-90; WEBER, *La crise*, cit., p. 601. Contra: AVRIL, *Il Parlamento francese nella quinta Repubblica*, Milano, 1976, pp. 135-40.

(168) Sull'istituto del « dernier mot » e sul ruolo svolto complessivamente dal *Sénat* nella V Repubblica, cfr.: GIOVANNELLI, *op. e loc. supra cit.* e M. VOLPI, *La democrazia autoritaria*, Bologna, 1979, pp. 150-52.

(169) Mi riferisco in particolare all'originaria adozione di un sistema di fonti del tipo previsto dagli artt. 34 e 37 dell'attuale Costituzione francese e al diffuso favore per una forma di governo di tipo semipresidenziale.

nazione delle scelte connesse al rafforzamento dell'esecutivo, ai rapporti governo-parlamento (170) e ad alcuni aspetti della forma di governo.

In proposito si può ricordare: la comune origine « provinciale » dei due Senati (171), l'esclusione della responsabilità politica del Governo nei confronti della seconda Camera, la parziale analogia nella procedura di approvazione delle leggi organiche (172), l'istituzionalizzazione di una commissione mista paritetica per la soluzione dei conflitti intercamerali (173), il paritetico coinvolgimento delle due assemblee nella composizione degli organi di giustizia costituzionale, nonché la facoltà d'impugnazione preventiva delle leggi al giudice costituzionale da parte di una frazione minoritaria di deputati e senatori (174).

In termini più generali il *Senado* spagnolo s'inquadra nell'ambito del diffuso fenomeno del bicameralismo differenziato che, propagatosi dalla Gran Bretagna nel resto d'Europa, ha inteso rispondere complessivamente alle esigenze di equilibrio costituzionale, stabilità e garanzia degli ordinamenti. Nel collocarsi però solo oggi accanto alle più diffuse esperienze europee, con un'instabile tradizione

(170) Si ricordi in particolare il già citato art. 134, comma 6, della Cost. spagnola e l'art. 40 della Cost. francese sull'inammissibilità delle proposte o emendamenti parlamentari che comportino diminuzioni di entrate o creazione di maggiori oneri senza il consenso del Governo.

(171) Il riferimento alla « provincia » nei due sistemi si può assumere solo in relazione alla derivazione rurale, conservatrice e locale dei due Senati. Sul carattere rurale e conservatore del *Sénat* si veda, tra gli altri: MORTATI, *Le forme di governo*, cit., pp. 259-60 e LUCIFREDI, *Appunti di diritto costituzionale comparato. Il sistema francese*, Milano, 1979, p. 72 ss.

(172) Si veda l'art. 46 della Costituzione francese.

(173) Per l'ordinamento francese cfr. l'art. 45 Cost. Per l'ordinamento spagnolo cfr.: GARCIA HERRERA, *La Comisión mixta Congreso-Senado*, in *Revista de Estudios Políticos*, N. 4, 1978, pp. 67-95. Analoghi istituti esistono negli USA e nella RFT.

(174) Si leggano, in merito, gli artt. 61 della Costituzione francese e 162 della Costituzione spagnola. Con specifico riferimento a quest'ultima, cfr.: S. GALEOTTI - B. ROSSI, *Il Tribunale costituzionale nella nuova costituzione spagnola: mezzi d'impugnazione e legittimati ad agire*, in *Justitia*, 1979, 1, pp. 40-69. Per l'ordinamento francese, cfr.: D. NOCILIA, *I recenti tentativi di revisione costituzionale in Francia e l'attribuzione alle minoranze del potere di adire il Conseil Constitutionnel*, in *Giur. cost.*, 1975, pp. 3491-3505. Circa l'esclusione dell'istituto nell'ordinamento italiano, cfr.: SICARDI, *Maggioranza, minoranze e opposizione nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1984, pp. 240-249.

bicamerale (175), risente delle antiche motivazioni « conservatrici ». Pertanto, così com'è avvenuto per il caso italiano, non potendo contare né sul particolare prestigio e competenza specifica dei propri membri, né sulla forza proveniente dal legame con specifici interessi sociali e territoriali, dal momento stesso della sua istituzione è stato oggetto di aspre critiche volte a sollecitarne la riforma (176).

Sembra di assistere alla stessa storia post-costituzionale italiana in cui il dibattito sulla riforma del Senato non ha quasi mai conosciuto tregua (177). Sia il caso italiano che quello spagnolo rivelano però, al di là degli apparenti « ibridismi » istituzionali, un notevole grado di aderenza alla costituzione materiale, ciò che non renderà agevole la proposizione di rivoluzionari interventi riformatori soprattutto, come si è visto, in considerazione della precisa collocazione assunta dalla seconda camera all'interno della forma di governo.

Autunno 1986

(175) Per una ricostruzione dello sviluppo costituzionale spagnolo dalla Costituzione di Cadice in poi, cfr.: LOMBARDI, *La nuova Costituzione*, cit., pp. 3-41.

(176) Per tutti: AJA, *Por un Senado de las nacionalidades y de las regiones*, in *Federalismo y regionalismo*, Madrid, 1979, pp. 448-465; AJA - ARBOS, *op. cit.*, pp. 61-66; F. FERNANDEZ SEGADO, *El bicameralismo y la naturaleza del Senado*, cit., pp. 100-113.

(177) Per i progetti di riforma e la dottrina, si veda: NEGRI, voce *Bicameralismo*, cit., pp. 353-54, nonché: ANTONELLI, *Note sul sistema bicamerale nell'attuale ordinamento italiano*, *Studi Urbinati*, XLVII. 1978-79, pp. 6 ss.; RUINI, *Il parlamento e la sua riforma*, cit., pp. 102-107; e, soprattutto, specie per il primo decennio postcostituzionale: ARISTA, *Saggio bibliografico sulla riforma del Senato*, in *Studi sulla Costituzione*, vol. II, Milano, 1958, pp. 321-372.

ANNA MARIA GIOMARO

IPOTESI
SULLA DATAZIONE DELLA « DEO AUCTORE »

SOMMARIO: 1. Caratteri e toni di *Deo auct.* pr.3. — 2. Dallo stile «evocativo» a quello «imperativo»: il divario tonale fra la prima e la seconda parte della costituzione. L'eco della legge delle citazioni. — 3. *Deo auct.* 7 — 4. Il programma e la realizzazione: confronti stilistici e contenutistici fra *Deo auctore* e *Tanta*. — 5. La *Deo auctore* nel *Codex repetitae praelectionis* (C. 1,17,1). — 6. Triboniano, autore della costituzione in esame. — 7. Nov. XVII, Triboniano *quaestori sacri palatii*: un esempio.

1. *Imperator Caesar* (1) *Flavius Iustinianus Pius* (2) *Felix* (3)

(1) Generalmente la dottrina esamina separatamente i due appellativi. Il prenome di *imperator* in particolare (cfr. COMBÈS, *Imperator, Recherches sur l'emploi et la signification du titre d'Imperator dans la Rome républicaine*, Paris 1966, p. 121 ss.) sarebbe stato assunto stabilmente soltanto dopo Vespasiano: anteriormente i vari imperatori vi si erano riconosciuti più o meno frequentemente (si pensi, per esempio, a Nerone, a Galba), ma fin dai tempi di Augusto [vedasi LESUISSE, *La nomination de l'empereur et le titre d'imperator*, in *L'antiquité classique* 30 (1961), p. 415 ss.], come dimostra la ricca documentazione epigrafica riportata da MUSCA, *Le denominazioni del principe nei documenti epigrafici romani (27 a.C.-69 d.C.)*, II, Bari 1982, p. 27 ss. (nonché I, Bari 1979, p. 39 ss.: si vedano in particolare, come significative, anche se per un periodo molto risalente dell'impero, le conclusioni del vol. II *cit.*, p. 57 s.). Il significato che la denominazione verrebbe a consolidare nel tempo sarebbe quello che identifica il detentore della carica e che «effettivamente esercita il potere» (così DELL'ORO, *Il titolo della suprema carica nella letteratura giuridica romana*, Milano 1968, p. 25 s.), contrapposto a *princeps*, che indicherebbe invece «la carica in astratto», peraltro «munita del potere costituente» (così anche p. 161: «*imperator* risulta più idoneo per indicare la posizione attuale del titolare dell'organo, soprattutto se nominalmente espresso, nell'esercizio concreto del potere»).

Quanto al *cognomen* di *Caesar* [si confronti LESUISSE, *Le titre de Caesar et son évolution au cours de l'histoire de l'Empire*, in *Les études classiques* 29 (1961), p. 271 ss.], di esso dice il DELL'ORO (*ibidem*) che «dopo aver accompagnato per i Giulio Claudi il nome dell'esercente la carica, viene adoperato in seguito specialmente per indicare questo in quanto esercita un potere personale su persone o cose». L'uso epigrafico (che più dovrebbe avvicinarsi a quello relativo all'intestazione di una costituzione imperiale) ci documenta una trasformazione di significato «dalla valenza di elemento onomastico ad una valenza politica via via più accentuata (MUSCA, vol. II *cit.*, p. 109 s.) e appunto sulla base di tale valenza riterrei di dovermi allineare con quanti preferiscono considerare i due appellativi unitariamente quando compaiono

Inclitus (4) *Victor ac Triumphator* (5) *semper Augustus* (6) *Triboniano quaestori suo salutem* ».

insieme, quasi l'uno complementare dell'altro [cfr. SYME, *Imperator Caesar: a study in nomenclature*, in *Historia* 7 (1958), p. 179 ss.]. Interessanti al riguardo taluni spunti di DELL'ORO, *Le titolature della suprema carica nelle costituzioni*, in *Studi Biscardi*, II, Milano 1982, p. 51 ss.

(2) *Pius*, quale appellativo imperiale, viene usato, spesso in connessione con *felix*, fin dai tempi di Commodo, che *impius et felix ... simul esse cupit* (come lo descrive Giulio Capitolino, *Script. hist. aug., Opil.* 11, 4), che *nam pius et felix poterat dicique viderique (ibidem)*. Sull'origine ed i significati di tale titolatura si veda TURCAN, *Le culte impérial au III^{ème} siècle*, in *Aufstieg und Niedergang der röm. Welt*, II, 16, 2, Berlin - New York 1978, p. 1061 s.; si veda anche RÖSCH, *Onoma Basileias*, Wien 1978, p. 42 ss.

Il titolo esprimeva, insieme a *felix*, « le qualità essenziali dell'Augusto, la *pietas* verso il Dio dei cristiani che lo aveva investito del potere e lo assisteva con il suo favore, e la *felicitas*, che ne derivava e che rendeva possibile la prosperità dell'impero » (ARNALDI, *Le titolature imperiali sulle monete da Costantino a Teodosio I*, in *Studi Biscardi*, II, cit., p. 77): sulla scia di queste parole, colorandole della massima solennità possibile, debbono intendersi il « *pius* » ed il « *felix* » (vedi nt. seguente) anche in rapporto a Giustiniano.

(3) L'appellativo di *felix* (vedasi anche la nt. precedente), ci informa Seneca (*clem.* 1, 14, 2: *Magnos et Felices et Augustos diximus; epist.* 94, 60: *quos Magnos Felicesque populus vocat*), ha l'applicazione di un comune *cognomen* ad indicare la grandezza del personaggio e il favore della fortuna, paragonabile a *Magnus*, paragonabile ad *Augustus*. Silla lo usò per primo, se ne gloriò, lo predilesse come laudativo per sé per sottolineare lo scopo del suo compito. L'applicazione al *princeps* ebbe origine da Commodo, il novello Silla secondo le parole di Elio Lampridio (*Comm.* 8, 1: *Commodus ... appellatus est Felix ... quasi quidam novus Sulla*), ed è ripetuta per gli altri imperatori divenendo d'uso comune ed entrando quindi fra le titolature ufficiali (cfr. in specie CIL V 4318; CIL VI 1339; INSCR. numm. Cohen III p. 230, 19 nonché VI p. 460 n. 404; CIL VI 3141, 3; Amm. 16, 32, 18; CIL VI 1030, 4; CIL VIII 19495 e 19920).

(4) Il CIL (V 7780, 15) riferisce all'anno 214 il primo uso documentato epigraficamente dell'attribuzione di *inclitus* ad un *princeps* [si tratta, è ben noto, di una lapide riscoperta ad Albenga nel 1553, assai mutila nella parte iniziale dov'era riportato il nome dell'imperatore dedicatario, che tuttavia attraverso le altre indicazioni (*divi Veri filius, divi Marci Antonino ... nepos, divi Antonini Pii pronepos, divi Hadriani abnepos, divi Traiani et divi Nervae adnepos*) si precisa sicuramente per Marco Aurelio: a lui, *fortissimo inclitoque ac super omnes felicissimo principi*, è dedicata].

Ma quale il significato che *inclitus* assume in tale forma lo si può dedurre dall'uso non attributivo del termine stesso, che vale *nobilis, clarus* (Paul. Diaconus, *epitoma Festi*, p. 107), *illustris* (GLOSS. II, *Abavus*, IN 42) *sanctus, praeclarus* (IN 43), *invictus, gloriosus aut sublimatus* (GLOSS. III, *Abstr.*, IN 32): ἔνδοξος greco. Invero l'uso onorifico del termine nei confronti dell'imperatore romano, epigrafico

Nonostante la felice intestazione, semplice e chiara nella sua linearità, la costituzione *Deo auctore*, datata da Costantinopoli il diciottesimo giorno dalle *kalendae* di gennaio del 531 (cioè il 15 di-

e non, mi sembrerebbe presentare una curiosa alternanza di significati fra la valenza religioso-sacrale, che, ponendo *inclitus* in correlazione endidica con *fortis*, con *felix* (cfr., per esempio, INSCR. Afr. Cagnat-Merlin-Chatelain 314; CIL XI 11; C. 1, 1, 8, 7), con *pius* (cfr., per esempio, CIL II 4108), ne fa un altro termine cognominale, con sapore sempre più accentuatamente sostantivale talché possa essere usato autonomamente (cfr. INSCR. Afr. Cagnat-Merlin-Chatelain 276; CIL VIII 969; Eutr., 10, 18, 3; C. Th. 10, 10, 24; CIL VI 31402; Symm., *rel.* 40, 4; Cassiod. *var.* 8, 1, 5: per fare soltanto alcuni esempi), e la valenza bellica, in cui *inclitus* accompagna e qualifica quale aggettivo termini laudativi come *victor*, come *triumphator* (cfr. la *Collectio Avellana*, p. 81, 21 nonché 59, 16: si veda anche il *virtute inclitus* riferito a Graziano da CIL VIII 12455), o anche, io credo, altri appellativi laudativi già di per sé indicanti vittorie militari come nella testimonianza degli *Acta Conciliorum Oecumenicorum* (ed. SWARTZ, tomus II, vol. II, pars 2, p. 87, 38 ss.), dove peraltro le due valenze mi sembrerebbero accomunate insieme da quel singolare uso ripetuto di *inclitus*, sia accanto a *pontifex*, sia, di seguito, accanto a *Germanicus*, *Alamannicus* (titolature, queste, *devictarum gentium*; su cui *infra*, nt. 10), per poi tornare a qualificare il sostantivo *pontifex* [impp. *Caesares Flavius Valentinianus pontifex inclitus Germanicus inclitus Alamannicus inclitus Sarmaticus inclitus tribuniciae potestatis vices septies imperator vices septies consul et Flavius Marcianus pontifex inclitus Germanicus inclitus Sarmaticus inclitus Alamannicus inclitus tribuniciae potestatis vices septies imperator consul semel (de prohibitis disputationibus a Christianis editum civibus nostris Constantinopolitanis)*].

Nel nostro caso, come anche nel caso già citato della *Collectio Avellana* (p. 59, 16) che parla dei *domini imperatores Honorius et Theodosius pii felices incliti victores*, la collocazione del termine senza alcuna frattura fra la serie degli appellativi a carattere divinizzante (*pius*, *felix*) e gli appellativi a carattere guerresco (*victor* e *victor ac triumphator*) non consente di definirne con sicurezza la valenza.

(5) I due epiteti, insieme o anche separatamente, sono generalmente usati a magnificare la grandezza dell'imperatore quale condottiero sempre vittorioso. Diventano usuali a partire da Costantino, che se ne fregia dopo la vittoria di Ponte Milvio, e rientrano fra le titolature ufficiali per i figli di lui [cfr. CHASTAGNOL, *Les inscriptions constantiniennes du cirque de Mérida*, in MEFRA 88 (1976), p. 273 ss.] col significato più generico di *victor omnium gentium*, *triumphator gentium barbararum*, ecc. (cfr. ARNALDI, *Le titolature*, cit., p. 77).

Per Giustiniano possiamo documentare un significato proprio e particolare, quale è attestato da Iordanes (*Get.* 315: *victor ac triumphator Iustinianus imperator et consul Belisarius Vandalici Africani Geticique dicentur*) all'indomani della riconquista occidentale, che, però, per il 15 dicembre 530 sarebbe forse prematuro (cfr. *infra*, nt. 10). Ma lo stesso imperatore (o Triboniano per lui) si fa autore di una valenza traslata dei due termini, come la si legge in *Imperatoriam*, pr.: *Imperatoriam maiestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus et bellorum et pacis recte possit gubernari et princeps Romanus*

cembre 530), non si presenta a più attenta lettura così lineare e piana come ci aspetteremmo (7).

victor existat non solum in hostilibus proeliis, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellens, et fiat tam iuris religiosissimus quam victis hostibus triumphator.

(6) Non sorprende certo il titolo di *Augustus*, né sorprende il *semper* che l'accompagna: l'espressione, infatti, non è inusitata, come altre che, a maggior lode dell'imperatore, prolungano al di là dei tempi il suo imperio [indicativa potrebbe essere, ad esempio, la testimonianza riportata in CIL VI 3141, 3, relativamente alle parole *dn. Valentiniano, perpetuo ac Felici semper, Augustus*; sul punto si veda ARNALDI, *Motivi di celebrazione imperiale su monete ed epigrafi*, II: «*Perpetuus*» nella titolatura tardo-imperiale, in *Riv. ital. di numismatica e scienze affini* 82 (1980), p. 99 ss.].

È poi d'uso comune nelle *Novellae* giustiniane a partire dall'anno 537 una *subscriptio* che si presenta nella formula *data ... imperante domino nostro Iustiniano perpetuo Augusto anno XI (XII, XIII, ecc.)*», per proseguire poi con ulteriori indicazioni temporali, «*post consulatum Belisarii v.c. anno I*» (537), ovvero «*Johanne v.c. consule*» (538), o «*Apione v.c. consule*» (539), ecc.; analogamente la perpetuità dell'augustalità giustiniana è espressa nella *subscriptio* delle costt. *Cordi* (534), *Omnem* (533), *Imperatoriam maiestatem* (533), *Haec quae necessario* (528), nonché in molte altre costituzioni giustiniane riportate nel secondo Codice.

(7) Si avvede di certe incongruenze l'ERBRARD [*Die Entstehung des Corpus iuris nach den acht Einführungsgesetzen des Kaisers Justinians*, in *Schweizer Beiträge zur allgemeine Geschichte* 5 (1947), p. 28 ss.], soprattutto in rapporto alle note ed affermazioni riportate nella *Tanta* del 533 (per un confronto vedasi *infra*, § 4) e sulla base di certi spunti del Bluhme e del Riccobono. Secondo l'Erbrard il progetto quale traspare dalla lettura della *Deo auctore* è sostanzialmente diverso da quello che appare realizzato e di cui sono indicate le linee generali nella *Tanta*: l'Autore ritiene che ciò sia dovuto alle difficoltà incontrate nel corso dell'opera le quali avrebbero poi portato alla modificazione graduale del progetto e alla necessità, susseguente, di modificazione della costituzione programmatica. Avrebbe questa origine la divisione in frammenti, ciascuno con propria *inscriptio*, essendo risultato evidentemente troppo complesso il lavoro di coordinamento dei singoli brani tratti da autori diversi in un discorso unitario (del tipo delle *Institutiones*), che doveva essere nel progetto; avrebbe questa origine la conseguente possibilità di riscoprire nei frammenti l'eco di dispute e controversie scolastiche (o anche personali), che era stata invece drasticamente vietata nella *Deo auctore*; come pure da successivi ripensamenti deriverebbe la definizione precisa dello schema dell'opera, che manca assolutamente nella costituzione programmatica, l'attribuzione del titolo di *Digesta* o *Pandectae*, che trova giustificazione solo nella *Tanta*, ed altre notazioni formali che suscitano perplessità.

Scopo di questo studio è quello di confrontare tali ed altre perplessità con la tradizione e con i dati storici in nostro possesso per cercare di comprendere i motivi del disagio e nel tentativo di portare un pur minimo contributo allo studio della compilazione giustiniana.

Un'immediata perplessità sorge in rapporto al fatto che il destinatario, Triboniano, appare come diretto interlocutore imperiale soltanto nel § 3 e poi nel § 14, l'ultimo, mentre gli altri paragrafi o sono assolutamente spersonalizzati, quasi meditazione dell'imperatore su un ricordo o su un astratto dover essere (8), ovvero si rivolgono globalmente a tutti i commissari; inoltre, nella costituzione mi sembrerebbe di poter rilevare, per diversità di toni e di stili, una molteplicità di mani (9) e, in definitiva, una differenza cronologica di stesura nonché i segni del conseguente raffazzonamento interno.

Deo auct. pr.-1 Deo auctore nostrum gubernantes imperium, quod nobis a caelesti maiestate traditum est, et bella feliciter peragimus et pacem decoramus et statum rei publicae sustentamus: et ita nostros animos ad dei omnipotentis erigimus adiutorium, ut neque armis confidamus neque nostris militibus neque bellorum ducibus vel nostro ingenio, sed omnem spem ad solam referamus summae providentiam trinitatis: unde et mundi totius elementa processerunt et eorum dispositio in orbem terrarum producta est. 1. Cum itaque nihil tam studiosum in omnibus rebus invenitur quam legum auctoritas, quae et divinas et humanas res bene disponit et omnem iniquitatem expellit, repperimus autem omnem legum tramitem, qui ab urbe Roma condita et Romuleis descendit temporibus, ita esse confusum, ut in infinitum extendatur et nullius humanae naturae capacitate concludatur: primum nobis fuit studium a sacratissimis retro principibus initium sumere et eorum constitutiones emendare et viae dilucidare tradere, quatenus in unum codicem congregatae et omni supervacua similitudine et iniquissima discordia absolutae universis hominibus promptum suae sinceritatis praebeant praesidium.

Lo stile trionfale dell'inizio, con l'usuale tono dei proemii giustiniani delle costituzioni introduttive alla compilazione (laddove

(8) Così almeno ci appaiono tutte le costituzioni imperiali nella loro parte dispositiva per la necessità di astrattezza che la normazione sempre comporta: nel caso specifico, però, tale freddezza, questo parlare astratto non è spiegabile se confrontato con lo slancio affettuoso dell'intestazione, *quaestori suo salutem*, con il carattere epistolare che l'intestazione stessa dovrebbe preannunciare (cfr. *infra*, § 6).

(9) Come dirò poi più diffusamente tale molteplicità di mani non deve essere intesa nel senso di una pluralità di autori (l'autore ne è unico, è, direi, Triboniano stesso: vedi *infra*, § 6), ma nel senso che l'unico autore vi ha posto mano in più riprese.

la gloria romana si rivela attraverso un breve cenno alle campagne militari, alla pace, al consolidamento delle strutture dell'impero, tutto sotto lo sguardo provvido ed onnipotente di Dio) (10), cede

(10) Il confronto con le altre costituzioni introduttive alla compilazione deve cominciare dalle intestazioni. In queste noterei, infatti, un progressivo crescendo di lodi, un graduale ma inarrestabile ampliarsi dell'esaltazione imperiale, ch  da intestazioni lapidarie qual'  quella della *Haec quae necessario* («*Imperator Iustinianus Augustus ad senatum*») si passa nel 529 alla formulazione ben pi  complessa, «*Imperator Iustinianus Pius Felix Inclitus Victor ac Triumphator semper Augustus (Menae viro illustri praefecto praetorio II ex praefecto huius almae urbis ac patricio)*», della cost. *Summa rei publicae*, e poi alla intestazione della *Deo auctore*, che alle titolature imperiali aggiunge soltanto il *Caesar* (ed il *nomen Flavius* dello stesso Giustiniano), ed infine alla fanfara delle costt. *Imperatoriam maiestatem, Tanta, Omnem e Cordi*, «*Imperator Caesar Flavius Iustinianus Alamannicus Gothicus Francicus Germanicus Anticus Alanicus Vandalicus Africanus Pius Felix Inclitus Victor ac Triumphator semper Augustus ...*».

Si   gi  detto dei titoli laudativi della *Deo auctore*. Le posteriori costituzioni vi aggiungono praticamente solo le titolature dei *nomina devictarum gentium* (su cui vedasi, in generale, KNEISSL, *Die Siegestitulatur der römischen Kaiser*, Göttingen 1969, *passim*, e, in particolare le tabelle di confronto).   facile ricollegare a ciascun titolo una vittoria, sugli Alamanni, sui Goti, sui Franchi, sui Germani, sugli Anti, sugli Alani, sui Vandali, sull'Africa tutta, e, in generale riconoscerli le tappe di una riconquista che doveva portare, nei desideri di Giustiniano, al recupero di tutti i territori un tempo di Roma: ma a ben guardare queste titolature in quelle intestazioni denotano gi  l'intervento di un falsificatore. Si consideri ciascun singolo episodio adombrato da ciascun titolo:

a) ALAMANNICUS. Il titolo   attribuito a Giustiniano per le sue vittorie sul suolo germanico, come pure a tale giustificazione si devono certamente riferire i titoli di *Alanicus* e *Germanicus*. Non si tratta certamente di una prima attribuzione, ch  il titolo era in uso, come riferiscono le fonti, fin dai tempi di Costantino II (anzi sporadicamente anche in precedenza: Aelius Spartianus, *Script. hist. aug.*, Carac. 10, 6, lo ricorda per Caracalla), che lo usa per se stesso in un'epistola del 331 (CIL III 7000, 3, 6): qualche anno dopo, nel 354, appare accompagnato dal pi  generico *Germanicus ... maximus* (CIL III 3705). Il suo uso diventa comune:   ricordato per Valentiniano (CIL VI 1175), per Graziano (Ausonius Burdigalensis, 419, 8), per Teodosio (*Paneg.* 12, 5 p. 275, 20), per Anastasio (*Collectio Avellana*, p. 506, 20). Giustiniano lo riprende nelle costituzioni introduttive a partire dal novembre 533, lo riporta in una costituzione del Codice del 534 (C. 1, 27, 1) ed in talune delle Novelle (cfr. *infra*, in questa stessa nota; si veda anche CIL III 13673). Su tutto si veda SEECK, voce *Alamannicus* (*Gothicus, Francicus, Alanicus, Vandalicus*), in PWRE I, p. 1280). Peraltro il DIEHL (*Giustiniano. La restaurazione imperiale in Occidente*, in *Storia del mondo medievale*, I: *La fine del mondo antico*, Milano 1978, p. 591) ricollega il titolo di *Alamannicus*, con quelli di *Francicus* e *Germanicus*, ai successi militari imperiali negli anni intorno al 540 e seguenti, senza comunque chiedersi come

subito il passo, nella struttura della costituzione, ad un inusitato aulico tono narrativo: vi si fa il resoconto, sunteggiato in brevi tratti, delle attività già svolte dall'imperatore nel campo della legisla-

mai tali titolature siano presenti in costituzioni precedenti. Anche STEIN (*Histoire du Bas Empire*, II, Amsterdam 1968, p. 318, in part. nt. 5) riconosce che alla data del 533/534 Giustiniano non aveva alcun motivo ufficiale a titolarsi *Alamannicus Gothicus Germanicus Francicus*: egli spiega la presenza di quei *nomina* parlando di un impiego fittizio, di stile, cui non corrisponderebbe alcuna realtà storica. L'Autore ricollega i titoli che precedono *Anticus* [per il quale a suo parere si dovrebbe sicuramente riconoscere un aggancio storico nell'azione vittoriosa di Chibuldio, su cui *infra*, e al punto e)] alle titolature assunte a partire da Giuliano l'Apostata, di *Germanicus maximus*, *Alamannicus maximus*, *Francicus maximus*, *Sarmaticus maximus* (Dessau 8945) e riconfermate, per esempio per Anastasio, che si qualifica nel 516 *Germanicus inclitus*, *Alamannicus inclitus*, *Francicus inclitus*, *Sarmaticus inclitus* (*Collectio Avellana*, 113, 1): l'assenza del titolo di *Sarmaticus* e la presenza in sua vece di *Gothicus* deriverebbe dall'aderenza della formula delle titolature alla formula in vigore alla fine dell'anno 369 (Dessau 771): l'opinione, però, non mi convince, soprattutto per il disagio che si avverte per il fatto che la formulazione compaia soltanto in talune costituzioni e non in altre.

b) *GOthicus*. In particolare il DIEHL (*op. cit.*, p. 587) riporta l'assunzione del titolo di *Gothicus* da parte di Giustiniano ad un frettoloso atto d'orgoglio dell'imperatore stesso che sul finire dell'anno 540, dopo la conquista di Ravenna da parte di Belisario (Procopio, il consigliere giuridico ed amministrativo di Belisario, la narra come atto di fedeltà assoluta del generale verso l'imperatore in quanto avendo ottenuto la resa del re Vitige nella forma di un'abdicazione in favore dello stesso Belisario e dopo aver dato assicurazione che avrebbe mantenuto per sé solo il potere, preferì rimettere la città nelle mani di Giustiniano; interpreta diversamente STEIN, *op. cit.*, p. 366 s.), considerò conclusa la riconquista dell'Italia.

c) *FRANCICUS*. Il DIEHL, riferendo di questa titolatura nell'ambito della narrazione dei fatti relativi agli anni 539/40 (*op. cit.*, p. 591, sembrerebbe ricollegarla a successi della diplomazione imperiale che aveva legato a sé d'alleanza i re Franchi della Gallia assicurandosene una pur incerta fedeltà mediante la corresponsione di sussidi.

Direi indicativi in proposito la testimonianza di Iordanes (*Rom.* 375): *post haec ad Ariminum persecutus exindeque eum effugatum* (sc. Vitige) *Ravenna clausum in deditionem suscepit* (è, dunque, l'anno 540), *atque unus consul dum contra Getas dimicat, pene pari eventu de Francis, qui cum Theodeperto rege suo plus ducenta milia advenerant, triumphavit*.

d) *GERMANICUS*. Relativamente a tale titolatura si veda quanto già detto a proposito di *Alamannicus* e *Gothicus*. Qui, invero, non mi sembra che possa porsi in evidenza un particolare episodio di contatto di Giustiniano con i Germani, se non, in senso molto lato, all'indomani della riconquista dell'Italia.

e) *ANTICUS*. Il titolo di *Anticus* apre alla nostra attenzione il problema delle invasioni e migrazioni barbariche nei Balcani e della scarsa difesa, se non proprio dell'abbandono, che il paese ebbe contro gli invasori da parte di Giustiniano. Tale tra-

zione. L'azione è al passato (*repperimus, nobis fuit studium*), ed ha il tono dell'esperienza già vissuta e ormai riguardata con l'occhio ammirato ma superiore, quasi spettatore, di chi, volte le proprie forze

scuratezza da parte dell'imperatore sarebbe dovuta, dice il LEMERLE, *Invasions et migrations dans les Balkans*, in *Revue hist.* 211 (1954), p. 284 s. (ora in LEMERLE, *Essais sur le monde byzantin*, London 1980), alla concomitanza di due situazioni, il rafforzamento delle popolazioni barbariche da un lato, e l'assorbente impegno dell'imperatore nella riconquista dell'Occidente dall'altro. In un primo momento il rapporto di Bisanzio con gli Anti è d'alleanza: Giustiniano consente, o meglio favorisce il loro stanziamento a est dei Balcani, in modo da impedirne l'accesso ai Bulgari. Ma l'argine è insicuro: nel 528 i Bulgari conquistano la Tracia e nel 529 si trascinano dietro Slavi ed Anti. Le cronache del tempo ci riportano il ricordo di qualche iniziale successo dei generali romani, in particolare del *magister militum* per la Tracia, Chilibudio, che, finché non fu ucciso nel 533, contenne le tre masse di popolazione: non mi sembra però che le sue vittorie potessero inorgoglierne talmente l'imperatore da indurlo a denominarsi *anticus*. Forse la titolatura potrebbe giustificarsi assai meglio dopo il 535, quando a seguito delle vittorie del *magister militum praesentalis* Sitta sui Bulgari, Giustiniano ristabilisce a nord del Danubio il centro dalla prefettura dell'Illirico (cfr. la *Nov.* XI).

f) ALANICUS. L'appellativo di *Alanicus*, seguito da quello di *Vandalicus*, starebbe ad indicare la vittoriosa condotta bellica di Giustiniano contro il re Gelimero in Africa, e quindi la usurpazione delle titolature che erano di questi: in una pelve argentea ritrovata presso Ippona Regia Gelimero è infatti qualificato come *rex Vandalorum et Alanorum* (CIL VIII, 17412; cfr. anche CIL III 13673 nonché i *CARMINA LATINA EPIGRAPHICA* 1522 v.p. 1479). Gli Alani, popolazione di stirpe sarmata le cui vicende seguono quelle dei Vandali a seguito dei quali trasmigrarono in Africa fin dal 429, si erano ben presto fusi coi Vandali stessi come dimostra l'appellativo di Gelimero, e prima di lui di Hunerich, che è chiamato *rex Vandalorum et Alanorum* fin dal 483.

L'assunzione del titolo di *Alanicus* da parte di Giustiniano deve essere quindi riconnessa alle vicende della riconquista dell'Africa (sulla possibilità che egli potesse vantarsene negli anni 533/34 si veda anche *infra*, ntt. 54 e 58).

g) VANDALICUS. *Vandalicus* (come poi *Africanus*) sarebbe, secondo il DIEHL (*op. cit.*, p. 591) titolo laudativo assunto da Giustiniano nel marzo del 534, dopo la resa del re dei Vandali Gelimero, arroccato sul monte Pappua. Ma, presumendo anche in questo caso un'anticipazione d'orgoglio dell'imperatore, la titolatura potrebbe anche riportarsi all'indomani della battaglia di Tricamaro combattuta e vinta nella metà di dicembre del 533 (cosa che non giustificerebbe, però, la titolatura stessa in una costituzione, la *Imperatoriam maiestatem*, che è precedente di un mese), o addirittura all'indomani della battaglia di Decimum (13 settembre) che segnò il primo crollo di Gelimero e la presa di Cartagine: si noti però che la riconquista di Cartagine, insieme alla Libia tutta, è ricordata espressamente soltanto nella *Tanta* (*Tanta*, pr.), mentre la *Imperatoriam* parla genericamente di riconquista dell'Africa e di *aliae innumerosae provinciae*.

ad impresa ben più alta, non ha molto tempo per riguardare al passato, di cui peraltro ha fatto tesoro e di cui si compiace: le esigenze

h) AFRICANUS. Come *cognomen* imperiale il titolo di *Africanus* indicherebbe nella posizione che occupa, cioè dopo la denominazione di *Alanicus* e di *Vandaticus*, la completezza della riconquista africana, non una vittoria, non una guerra felicemente conclusa, ma il risultato di essa, il dominio sull'Africa.

Il titolo di *Africanus* non era usuale fra le titolature imperiali. Anteriormente le fonti lo documentano soltanto per Gordiano, ma con una giustificazione particolare (Capitol., *Gord.* 9,4: *ipsum etiam Gordianum Africanum appellaverunt. addunt quidam Africani cognomentum Gordiano idcirco inditum, non quod in Africa imperare coepisset, sed quod de Scipionum familia originem traberet*; vedasi anche IDEM, 17,2) che, se non serve ai nostri fini, tuttavia dà indicazioni utili sul significato generalmente d'uso al tempo di Giulio Capitolino, la nostra fonte (IV sec. d.C.), quello cioè di *coepere in Africa imperare*. Ma più chiara indicazione ci viene dal già menzionato passo di Iordanes, *Get.* 315 (*victor ac triumphator Iustinianus imperator et consul Belisarius Vandalici Africani Geticique dicentur*), dove l'attenzione dell'autore del *de origine actibusque Getarum* è chiaramente accentrata sull'appellativo di *Geticus* (= *Gothicus*) di cui a suo dire l'imperatore ed il *consul* si fregiarono dopo la resa di Vitige (sul finire del 540): il passo conclude così trionfalmente le poche pagine dedicate alla serie delle conquiste giustiniane (che rappresentano la parte finale dell'opera di Iordanes) d'Africa e d'Italia.

Da tutto ciò si deve concludere che le intestazioni di queste costituzioni introduttive sono state ritoccate. È sintomatico poi che l'aggiunta delle varie titolature *devictarum gentium* sia avvenuta nel corpo centrale dell'intestazione, immediatamente dopo il nome dell'imperatore, *Iustinianus*, e prima della serie dei titoli sacrali, *pius, felix*, ecc., iniziando tuttavia dalla gloria più recente (*Alamannicus*), e proseguendo via via fino alla più antica (*Africanus*). Nulla vieta, in effetti, che l'intestazione, per la parte laudativa dell'imperatore, potesse cambiare in base alle vicende del momento e secondo le circostanze della citazione (si notino le differenze fra le intestazioni della *Deo auctore* e della *Tanta* come introduttive alla compilazione e le stesse riportate nel Codice, C. 1,17,1 e C. 1,17,2): sorprende, allora, che non siano state ugualmente modificate e di volta in volta ampliate anche le intestazioni delle costt. *Haec quae necessario, Summa rei publicae* e *Deo auctore*, allorché tutte, con le altre, furono impiegate ad introduzione della compilazione giustiniana. Si può forse pensare che la trascuratezza sia stata volontaria, che accortamente il « falsificatore » abbia cercato di riprodurre nelle costituzioni introduttive le differenze che dovevano esserci sul piano della politica estera giustiniana fra l'anno 528, il 529/30 ed il 533/34, anche calcolando la diversa importanza complessiva di ciascuna, ma non se la sia sentita, non abbia voluto o potuto fare a meno di anticipare alla data più recente (e più importante) glorie militari che non si erano ancora verificate, facendo delle intestazioni delle costituzioni del 533 e del 534 un ritratto sintetico, ma completo, della figura di Giustiniano anche dal punto di vista politico-militare.

Infatti le intestazioni delle *Novellae*, anche le più recenti, nulla aggiungono a quella serie di titolature: si deve anzi dire che in genere si presentano nella forma

di chiarezza, di certezza, di linearità, di organicità e di coerenza che avevano tanto campo d'espressione nelle costituzioni di impostazione

più semplice « *Imperator Iustinianus Augustus* », mentre solo talune, e quasi esclusivamente nella versione greca, ripetono la formula completa, con poche e logiche variazioni ortografiche, « *Imperator Caesar Flavius Iustinianus Alamannicus Gothicus Francicus Germanicus Anticus Alanicus Vandalicus Africanus* (o *Africus*) *Pius Felix Inclitus Victor ac Triumphator* (la Nov. XLII trasforma i tre ultimi termini in *Gloriosus Victoriosus ac Triumphalis*) *semper Augustus* » (Nov. XVII: 535; XLII: 536; XLIII: 536, che presenta la stessa intestazione anche nella versione latina; LXXXVI: 539; CXXXIV: 566; CXXXVII: 565; CL: 563; nonché Ed. VII: 542, e, senza l'appellativo di *Caesar*, le costituzioni riportate nell'*Appendix* dell'ed. Schoell-Kroll coi numeri II, III, VI, VIII e X rispettivamente degli anni 541, 542, 552, s.d., 558); a ciò si deve aggiungere che la Nov. VII presenta la formula « *Imperator Caesar Flavius Iustinianus Augustus* » (535), analoga a quella della Nov. CXXXIX, « *Imperator Caesar Flavius Iustinianus* » e della Nov. CXXXVIII, « *Imperator Iustinianus perpetuo Augustus* », ambedue senza data, e, infine, che la sola versione latina della Nov. CXXXII (dell'anno 542) offre la formula « *Imperator Caesar Flavius Iustinianus Felix Inclitus Victor ac Triumphator semper Augustus* ». La serie degli anni non denota una maggiore frequenza dell'intestazione completa relativamente ad un certo periodo sì che se ne possa arguire l'origine cronologica dell'attribuzione a Giustiniano dei cognomina *devictarum gentium*. Ricordiamo però che nel Codice del 529 è riportata all'interno di C. 1, 1, 8 una lettera scritta nel 533 dall'imperatore all'arcivescovo di Roma che presenta intestazione « *Victor Iustinianus Pius Felix Inclitus Triumphator semper Augustus* »: mi sembra che questo testo, alla cui intestazione, dal momento che esso si inserisce all'interno di altra costituzione, non credo che siano stati effettuati tagli semplificatori, possa essere assunto come indizio del fatto che a quella data (il 5 giugno del 533) Giustiniano non si gloriava ancora di vittorie militari (si veda poi C. 1, 27, 1 del 13 aprile 534).

Il confronto fra la *Deo auctore* e le altre costituzioni introduttive della compilazione dovrebbe proseguire sul piano del contenuto. Al *proemium* della *Deo auctore* si possono confrontare quello della *Summa rei publicae* (*Summa*, pr.: *Summa rei publicae tuitio de stirpe duarum rerum, armorum atque legum veniens vimque sua exinde muniens felix Romanorum genus omnibus anteponi nationibus omnibusque dominari tam praeteritis effecit temporibus quam deo propitio in aeternum efficiet; istorum etenim alterum alterius auxilio semper viguit, et tam militaris res legibus in tuto collocata est, quam ipsae leges armorum praesidio servatae sunt. merito igitur ad primam communium rerum sustentationis semina nostram mentem nostrosque labores referentes militaria quidem agmina multiplicibus et omnem providentiam continentibus modis correximus, tam veteribus ad meliorem statum brevi tempore reductis, quam novis non solum exquisitis, sed etiam recta dispositione nostri numinis sine novis expensis publicis constitutis, legum vero praesidia primo servando positas, deinde novas ponendo firmissima subiectis effecimus.*), quello della *Imperatoriam maiestatem* congiuntamente al § 1 (*Imperatoriam*, pr. 1: *Imperatoriam maiestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque*

e di pubblicazione del primo codice, del 528 (11) e del 529 (12), sono qui sintetizzate in due note, relative l'una alla confusione del materiale legislativo *qui ab urbe Roma condita et Romuleis descendit temporibus*, l'altra alla sua illimitatezza, ma in maniera tale che la seconda si pone quasi come immediata e logica conseguenza della prima (*ita... ut...*), mentre non v'è traccia (se non nella conseguente rilevata incapacità di comprensione della mente umana) per l'esaltazione delle conseguenze pratiche della codificazione, il *prolixitatem litium amputare* (13), il *caliginem (legum) extirpare* (14), né per lo scopo, altrove sintetizzato nelle brevi parole *ad citiores litium decisiones* (15).

Deo auct. 2 Hocque opere consummato et in uno volumine nostro nomine praefulgente coadunato, cum ex paucis et tenuioribus relevati ad summam et plenissimam iuris emendationem pervenire properaremus et omnem Romanam sanctionem et colligere et emendare et tot auctorum dispersa volumina uno codice indita ostendere, quod nemo neque sperare neque optare ausus est, res quidem nobis difficillima, immo magis impossibilis videbatur. sed manibus ad caelum erectis et aeterno auxilio invocato eam quoque curam nostris reposuimus animis, deo freti, qui et res penitus desperatas donare et consummare suae virtutis magnitudine potest.

Anche nel § 2 continua il tono del racconto, l'atmosfera rievocatrice di un passato (*properaremus, reposuimus animis*) immedia-

tempus et bellorum et pacis recte possit gubernari et princeps Romanus victor existat non solum in hostilibus proeliis, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellens, et fiat tam iuris religiosissimus quam victis hostibus triumphator. 1. *Quorum utramque viam cum summis vigiliis et summa providentia adnuente deo perfecimus, et bellicos quidem sudores nostros barbaricae gentes sub iuga nostra deductae cognoscunt et tam Africa quam aliae innumerosae provinciae post tanta temporum spatia nostris victoriis a caelesti numine praestitis iterum dicioni Romanae nostroque additae imperio protestantur. omnes vero populi legibus iam a nostris vel compositis reguntur* e quello della Tanta (il testo *infra*, p. 221 s.): il tema della doppia gloria dell'impero, militare e legislativa, non compare invece nelle frasi d'apertura della *Haec quae necessario* (la prima del ciclo), della *Omnem* e della *Cordi* (forse in queste due ultime perché il ricordo delle glorie militari sarebbe apparso troppo estraneo allo scopo particolarissimo delle stesse).

(11) *Haec quae necessario*, 2.

(12) *Summa rei publicae*, 1, nonché 3-4.

(13) *Haec quae necessario*, pr.

(14) *Summa*, 1.

(15) *Haec quae necessario*, 3.

tamente susseguente alla redazione del codice. Vi si sente comunque l'eco di una breve notazione della costituzione *Summa rei publicae* (datata, si sa, 7 aprile 529), che, vietando per l'avvenire a chiunque sotto pena di *crimen falsi* di far *recitatio* di costituzioni da altra fonte che non fosse il novello codice giustiniano, ammetteva tuttavia anche la possibilità di aggiungere citazioni dalle opere rielaborative dell'antico diritto (*Summa*, 3) (16): qui però, ciò che nel 529 era solo ammissione, dimostra d'aver assunto un particolare rilievo, d'essere diventato un'immediata tensione *ad summam et plenissimam iuris emendationem*, per raggiungere un ben più preciso risultato: *omnem romanam sanctionem et colligere et emendare et tot auctororum dispersa volumina uno codice indita ostendere*.

Deo auct. 3 Et ad tuae sinceritatis optimum respeximus ministerium tibi que primo et hoc opus commisimus, ingeni tui documentis ex nostri codicis ordinatione acceptis, et iussimus quos probaveris tam ex facundissimis antecessoribus quam ex viris disertissimis togatis fori amplissimae sedis ad sociandum laborem eligere. his itaque collectis et in nostrum palatium introductis nobisque tuo testimonio placitis totam rem faciendam permisimus, ita tamen, ut tui vigilantissimi animi gubernatione res omnis celebretur.

Ancora nel passato si colloca la prima attenzione di Giustiniano per Triboniano, ricordata all'inizio del § 3 con le parole *et ad tuae sinceritatis optimum respeximus ministerium*, e soprattutto nel passato si colloca la commissione dell'opera (*et hoc opus commisimus*), il conferimento a Triboniano del compito di scegliere i suoi commissari (*et iussimus quos probaveris... eligere*), nonché la loro riunione

(16) Il passo è *falsi criminis subdendis his, qui contra haec facere ausi fuerint, cum sufficiat earundem constitutionum nostri codicis recitatio adiectis etiam veterum iuris interpretatorum laboribus ad omnes dirimendas lites*; si legga il divieto anche nella forma analoga in Tanta 19: *nemoque vestrum audeat vel comparare eas prioribus vel, si quid dissonans in utroque est, requirere, quia omne quod hic positum est hoc unicum et solum observari censemus ... nisi temerator velit falsitatis crimini subiectus una cum iudice, qui eorum audientiam patiat, poenis gravissimis laborare*. Un precedente si legge nella costituzione di pubblicazione del codice Teodosiano del 438: *... nulli post kalendas Ianuarias concessa licentia ad forum et cotidianas advocaciones ius principale deferre vel litis instrumenta componere, nisi ex his videlicet libris ... (§ 3) ... falsitatis nota damnandis, quae ex tempore definito Theodosiano non referuntur in codice (§ 6)*.

all'interno del palazzo imperiale (*bis itaque collectis et in nostrum palatium introductis*), il beneplacito imperiale a suggello della loro nomina (*nobisque tuo testimonio placitis*), ed infine l'affidamento totale dell'impresa alla loro perizia e capacità *tui vigilantissimi animi gubernatione*.

2. A questo punto la costituzione cambia improvvisamente ed inaspettatamente di tono: non solo la rievocazione del passato, fatta con le forme verbali del passato, cede il posto al presente *iubemus igitur* che si legge all'inizio del § 4, ma muta altresì inaspettatamente l'interlocutore ideale del discorso imperiale, il destinatario della disposizione: il « tu » si cambia in « voi », e l'imperatore, dopo aver protestato tanta deferenza nei confronti dei consigli di Triboniano, dopo d'averne magnificato l'opera e l'ingegno, dopo d'averlo eletto, lui, il « suo » *quaestor*, ad una pacata e compresa conversazione di ripensamento, smette d'un tratto il colloquio con lui per rivolgersi direttamente ai collaboratori da lui scelti (*iubemus igitur vobis...*) (17): recupererà i toni del dialogo con Triboniano solamente al § 14, l'ultimo, dove, peraltro, nel raccomandare riassuntivamente alla *prudentia* di Triboniano tutta la somma delle prescrizioni svolta immediatamente sopra, ancora mostra di sentire l'eco del plurale destinatario dei paragrafi precedenti allorché s'induce, quasi necessitato, all'aggiunta *una cum aliis facundissimis viris* che accompagna il nome del *quaestor* (18).

Lo stacco è sconcertante, tanto più se pensiamo che dei quattordici paragrafi della costituzione, nonostante la sua dedicazione a *Triboniano quaestori suo*, ben i 2/3 rivelano avere un destinatario differente.

Le disposizioni in essi contenute sono a tutti note: mi si con-

(17) *Deo auct. 4: Iubemus igitur vobis antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes prae-buerunt, libros ad ius Romanum pertinentes et legere et eliminare, ut ex his omnis materia colligatur, nulla (secundum quod possibile est) neque similitudine neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi quod unum pro omnibus sufficiat. quia autem et alii libros ad ius pertinentes scripserunt, quorum scripturae a nullis auctoribus receptae nec usitatae sunt, neque nos eorum volumina nostram inquietare dignamur sanctionem.*

(18) Il testo alla nt. 62.

senta tuttavia di tracciarne qui di seguito uno schema che tenga conto del tenore di ognuna e della rispettiva collocazione.

§ 4 — Ordine (19) dato ai commissari di esaminare e ritoccare le opere degli antichi giuristi muniti di *ius respondendi* (20) per toglierne ogni ripetizione e discordanza.

(19) Dal punto di vista formale distinguo « ordini », « raccomandazioni » e « prefigurazioni ». In particolare uso la parola « ordine » per indicare una disposizione imperativa nelle forme dell'imperativo appunto (§ 6: *iudicatote, moremini*), del *iubemus igitur vobis* (§ 4), o anche del *volumus ut vos* (§ 7) o del *nullo modo vobis ... permittimus* (§ 10); parlo di « raccomandazione », invece, dove la forma appare addolcita, dove il verbo è usato al congiuntivo lasciando sottintesa l'espressione del volere o comando imperiale (§ 14: *studeat*), o dove, usando una forma impersonale analoga a quella che indico come « prefigurazione », l'imperatore vi aggiunge il richiamo ai destinatari tramite pronomi personale magari incidentale (così al § 5: *oportet eam pulcherrimo opere extruere et quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae consecrare et in libros quinquaginta et certos titulos totum ius digerere, tam secundum nostri constitutionum codicis quam edicti perpetui imitationem, prout hoc vobis commodius esse patuerit, ...*); parlo, infine di « prefigurazione » o di « prefigurazione imperativa » per quei passi in cui la forma è assolutamente impersonale e l'imperatore si compiace di ammirare col pensiero (!) l'opera ultimata, le sue caratteristiche di struttura, la sua perfezione, le sue finalità: sono i passi in cui, come ho detto, l'imperatore esprime un « dover essere » e in questo manifesta il suo volere e perciò il suo ordine cui i commissari, per raggiungere il risultato auspicato, dovranno conformarsi.

(20) Così è stata generalmente intesa la frase *quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt* che il § 4 della *Deo auctore* riferisce ai giuristi le cui opere possono e debbono essere prese in considerazione dai commissari. A me sembra, però, che il passo debba essere considerato anche alla luce dei risultati, nei quali la disposizione, così come tradizionalmente intesa, mostra di non aver avuto applicazione: è pensabile che i commissari possano essersi discostati a tal punto dai dettami imperiali senza sentire la necessità di dare una spiegazione (come è, per esempio, per lo schema dell'opera, del quale in molti tratti della cost. Tanta, ai §§ 2-8, si giustifica la difformità rispetto alle linee indicate, al § 5 della *Deo auctore*, nel *Novus Codex* e nell'editto)? Inoltre la lettura tradizionale rischia di far sorgere contraddizione fra tale imperativo e le considerazioni riportate nella parte finale del § 5 e nell'inizio del § 6 (*... omnibus auctoribus iuris aequa dignitate pollentibus et nemini quadam praerogativa servanda, quia non omnes in omnia, sed certi per certa vel meliores vel deteriores inveniuntur. 6. Sed neque ex multitudine auctorum quod melius et aequius est iudicatote, cum possit unius forsitan et deterioris sententia et multos et maiores in aliqua parte superare. ...*) che assolutamente prescindono dal regime del *ius respondendi*: come potrebbe l'imperatore considerare *deterior* un giurista fra gli altri quando tutti siano insigniti di *ius respondendi*? come, a maggior ragione, lo potrebbe un commissario, un suddito?

- § 5 — Ordine ai commissari di organizzare tutto il materiale così elaborato in 50 libri, quanto mai completi ed esaustivi (21);
 — raccomandazione a non considerare prevalenze aprioristiche di autorevolezza fra giurista e giurista.
- § 6 — Ordine a non misurare il valore delle opinioni dei giuristi in base ad un semplicistico calcolo numerico di consensi fra gli stessi giuristi;
 — conseguente rivalutazione da effettuarsi relativamente ad autori minori, *cum possit unius forsitan et deterioris sententia et multos et maiores in aliqua parte superare*;
 — rivalutazione, conseguente alla precedente, delle opere di commento di Paolo, Ulpiano e Marciano a Papiniano: anche queste non dovranno essere trascurate;
 — conferimento a quei testi dello stesso valore delle costituzioni imperiali, *quasi... a nostro divino... ore profusa*.
- § 7 — Ordine di eliminare ogni perplessità, perfezionare ogni citazione, rifinire ogni incompletezza, riorganizzare sistematicamente il tutto (22);
 — conferimento ai commissari del potere e dell'autorizzazione a modificare e riordinare gli antichi testi senza che alcuno possa o osi parlare di falsificazione.

A me sembra che la problematica del *ius respondendi*, indipendentemente dal come lo si voglia considerare (assai suggestiva mi sembra l'opinione di BRETON, *L'enchiridion di Pomponio*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982, p. 214 ss.), sia assolutamente superata ai tempi di Giustiniano, come dimostrerebbe già un secolo prima l'inserimento di Gaio fra i cinque giuristi della legge delle citazioni.

Se poi leggiamo la frase del § 4 in correlazione con la chiusa dello stesso (*quia autem et alii libros ad ius pertinentes scripserunt, quorum scripturae a nullis auctoribus receptae nec usitatae sunt, neque nos eorum volumina nostram inquietare dignamur sanctionem*), essa viene ad acquistare un significato sicuramente pratico.

(21) Tale il significato delle parole del § 5 *ut nihil extra memoratam consummationem possit esse derelictum, sed his quinquaginta libris totum ius antiquum, per millesimum et quadringentesimum paene annum confusum et a nobis purgatum, quasi quodam muro vallatum nihil extra se habeat*.

Il passo, posto com'è di seguito alla « prefigurazione » del *sanctissimum templum iustitiae* che l'imperatore ha collocato all'inizio del § 5, può giustificarsi a mio avviso, nelle immagini nonché nell'arroganza del tono, soltanto a opera ultimata (vedi *infra*, § 4).

(22) Non si ripetono qui, più ampiamente, raccomandazioni già espresse al § 4?

- § 8 — Prefigurazione ammirativa dell'opera completata, quale deve risultare senza antinomie né difetti (conseguentemente vi si può leggere un ordine a ben curare l'eliminazione di tali vizi).
- § 9 — Espressione del desiderio imperiale che siano evitate ripetizioni, in particolare con le costituzioni del Codice, ammettendosi eccezione, e tuttavia *perraro*, soltanto *propter divisionem vel propter repletionem, vel propter pleniorum indaginem* (anche in questo caso l'ordine è indiretto).
- § 10 — Ordine ai commissari di eliminare le norme desuete (23).
- § 11 — Attribuzione vincolativa generale (*iubemus igitur*) del valore di fonte del diritto ai soli due codici così formati, ammettendosi la possibilità di una terza opera, istituzionale, per il futuro (*vel si quid aliud a nobis fuerit promulgatum institutionum vicem optinens*).
- § 12 — Attribuzione del titolo di *Digesta* o *Pandectae*;
— divieto generale, di comporre per il futuro commenti e opere interpretative sul Digesto, concedendosi soltanto *quaedam admonitoria* relativamente agli *indices* e alla *subtilitas titulorum*.
- § 13 — Divieto generale per il futuro di usare abbreviazioni grafiche nelle copie.
- § 14 — Raccomandazione vaga e riassuntiva (*haec igitur omnia... tua prudentia... studeat...*) a Triboniano affinché con la collaborazione dei commissari (*una cum aliis facundissimis viris*) porti velocemente a termine l'opera.

(23) Parlo di « ordine » perché la disposizione del § 10 appare chiaramente indirizzata ai commissari: mi preme rilevare, però, che in questo (come in altri casi) la nota « personalizzante » non è costituita da una forma verbale alla seconda persona plurale (elemento che escluderebbe qualsiasi dubbio sulla sua corrispondenza al testo originario, essendo complesso ipotizzare una modificazione di tutte le forme verbali), ma dall'inserimento di un pronome personale, *vobis* (*nullo modo vobis easdem ponere permittimus*), la cui presenza o assenza nulla toglierebbe al senso del discorso che ben potrebbe svolgersi in forma assolutamente impersonale come al § 8, o al § 9, o al § 11: è una forma imperativa, dunque (perché imperativamente devono intendersi il *nullo modo* ed il *permittimus*), ma con molti tratti di analogia con le forme che ho indicato quali « raccomandazioni » o addirittura quali « prefigurazioni », da cui l'imperativo imperiale deriva solo indirettamente.

Come appare ad una attenta lettura anche a livello di contenuto si legge un divario notevole fra le prime disposizioni, e particolarmente quelle contenute fino al § 6 compreso, e le rimanenti; anzi forse una prima frattura potrebbe rilevarsi addirittura entro gli stessi primi sei paragrafi, fra l'inizio, riassuntivo e genericamente evocativo, e le puntuali indicazioni contenute nei §§ 5, fine, e 6 (24).

Deo auct. 5 ... omnibus auctoribus iuris aequa dignitate pollentibus et nemini quadam praerogativa servanda, quia non omnes in omnia, sed certi per certa vel meliores vel deteriores inveniuntur. 6. Sed neque ex multitudine auctorum quod melius et aequius est iudicatur, cum possit unus forsitan et deterioris sententia et multos et maiores in aliqua parte superare. et ideo ea, quae antea in notis Aemilii Papiniani ex Ulpiano et Paulo nec non Marciano adscripta sunt, quae antea nullam vim optinebant propter honorem splendidissimi Papiniani, non statim respuere, sed, si quis ex his ad repletionem summi ingenii Papiniani laborum vel interpretationem necessarium esse perspexeritis, et hoc ponere legis vicem optinens non moremini: ut omnes qui relati fuerint in hunc codicem prudentissimi viri habeant auctoritatem tam, quasi et eorum studia ex principalibus constitutionibus profecta et a nostro divino fuerant ore profusa. omnia enim merito nostra facimus, quia ex nobis omnis eis impertietur auctoritas. nam qui non suptiliter factum emendat, laudabilior est eo qui primus invenit.

Non v'è alcun dubbio, a mio parere, che le disposizioni riportate nella parte finale del § 5 ed in tutto il § 6 siano dettate in aperta polemica col regime della c.d. « legge delle citazioni » (25):

(24) Per completezza riporto qui la parte iniziale del § 5 che continua con quanto è riferito nel testo; *Deo auct. 5: Cumque haec materia summa numinis liberalitate collecta fuerit, oportet eam pulcherrimo opere extruere et quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae consecrare et in libros quinquaginta et certos titulos totum ius digerere, tam secundum nostri constitutionum codicis quam edicti perpetui imitationem, prout hoc vobis commodius esse patuerit, ut nihil extra memoratam consummationem possit esse derelictum, sed his quinquaginta libris totum ius antiquum, per millesimum et quadringentesimum paene annum confusum et a nobis purgatum, quasi quodam muro vallatum nihil extra se habeat ...*

(25) C. Th. 1, 4, 3 (Impp. Theodosius et Valentinianus AA. ad senatum urbis Romae) Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur. eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum

vi si legge ad ogni passo il confronto, o meglio la contrapposizione. Dopo la prima, iniziale, definizione del lavoro da compiere, quale si legge in generale nel § 4 ed in parte del § 5, ecco l'accento polemico:

1) là, nella legge 7 novembre 426 (26), erano indicati alcuni particolari giuristi, e solo le opere di questi avrebbero avuto valore per un'eventuale *recitatio* giudiziale; qui sono considerati, invece, tutti quelli *quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praeberunt* (escludendo soltanto quelli le cui opinioni non incontrarono il consenso d'altri autori e pratici del diritto) (§ 4) (27);

2) là, nella legge delle citazioni, si avallava ufficialmente un sistema preferenziale nei confronti di alcuni giuristi sugli altri; qui tutti sono considerati *aequa dignitate* (§ 5, in fine);

3) là, ancora, per operare una scelta fra più opinioni pur nell'ambito dei cinque giuristi prescelti, si seguiva un criterio di prevalenza meramente numerico, con tutti i limiti che esso può avere a livello di efficacia equitativa; qui si dà campo anche all'opinione di uno solo, e addirittura del meno qualificato, quando si riveli più logica e giuridicamente fondata (§ 6, inizio);

libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur. ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari. ubi autem eorum pares sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus (D. VII id. Nov. Ravenna DD. NN. Theodosio XII et Valentiniano II AA. cons.).

Esclude un qualsiasi riferimento alla legge delle citazioni (se non addirittura la sola conoscenza di essa) nel testo della *Deo auctore* il BISCARDI, *Studi sulla legislazione del Basso Impero, I: La legge delle citazioni*, in *Studi Senesi* 53 (1939), p. 406 ss.

(26) Non prendo posizione circa le perplessità sollevate di recente (sia pure in modo indiretto) sulla datazione della norma di cui a C. Th. 1,4,3 derivanti dalla possibilità o meno che essa facesse parte di un unico più ampio testo normativo insieme ad altri brani riportati, parte nel Codice Teodosiano e parte nel Giustiniano, con la data 6 o 7 o anche 8 novembre 426 [sul punto VOLTERRA, *Sulla legge delle citazioni*, Roma 1983, p. 33. e BASSANELLI SOMMARIVA, *La legge di Valentiniano III del 7 novembre 426*, in *Labeo* 29 (1983), p. 280 ss.]; mi attengo pertanto alla data indicata nella *subscriptio* specifica di C. Th. 1,4,3.

(27) Cfr. *supra*, nt. 20.

4) là, ancora, nel regime della legge delle citazioni, si ribadiva il divieto dell'uso delle *Notae* di Paolo e Ulpiano (e Marciano) (28) a Papiniano; qui tali opere sono recuperate nella loro potenziale validità (§ 6);

(28) Marciano non era citato nel divieto stabilito prima da Costantino (C. Th. 1,4,1) e poi dalla legge delle citazioni: la ragione che induce Giustiniano a menzionarlo insieme a Paolo e ad Ulpiano ha dato campo a qualche disputa.

Un primo motivo di perplessità concerne l'esistenza di un divieto specifico che riguardi Marciano, come la *Deo auctore* sembrerebbe presupporre: il KRUEGER, *Römische Juristen und ihre Werke*, in *Studi Bonfante*, II, Milano 1930, p. 312 s., ritiene che la disposizione di Costantino riprodotta in C. Th. 1,4,1 coinvolgesse implicitamente anche le *Notae* di Marciano, le quali non sarebbero state esplicitamente menzionate per la loro esigua consistenza e per la scarsa rilevanza della stessa opera che commentavano, i *libri duo de adulteriis* di Papiniano: lo spirito del divieto, infatti, sarebbe stato quello di vietare ogni opera di commento a Papiniano, perché ogni commento non avrebbe potuto che impoverire a stravolgere il dettato dell'*excellentis ingenii vir*. JORS, invece, *Aelius Marcianus*, in *PWRE* I, p. 524 s. ipotizza l'esistenza di un particolare divieto legislativo a noi non pervenuto. Altri autori fanno derivare il divieto delle *Notae* di Marciano implicitamente dall'esclusione dello stesso Marciano dal novero dei giuristi « citabili » sulla base di C. Th. 1,4,3, a nulla rilevando la citazione di Marciano fatta da Ulpiano in D. 28,1,5 e da Paolo in D. 7,9,8 perché, a parte i sospetti che travolgono tali brani (su cui DELL'ORO, *Elio Marciano e la legge delle citazioni*, in *Scritti Salvi*, Bologna 1960, p. 171 ss.) non va dimenticato che la legge delle citazioni, ammettendo anche i giuristi menzionati dai cinque, ne imponeva però la *codicum collatio*.

Un secondo problema riguarda i motivi della riabilitazione dell'opera, di quella specifica opera marcianea, nella *Deo auctore*. Contro altri autori (in particolare si deve citare SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford 1953, p. 220 nt. 9 che basa appunto su D. 7,9,8 e D. 28,1,5 una generale rivalutazione degli scritti di Marciano) il DELL'ORO (*op. ult. cit.*, p. 159 ss.) ritiene che il giurista abbia riacquisito col tempo sempre maggiore considerazione grazie ad una particolare caratteristica dei suoi scritti che sono tutti « particolarmente ricchi di riferimenti alla legislazione e all'attività dei principi » (*ibidem*, p. 174): dalla rivalutazione complessiva dell'autore, citato insieme a Paolo in una costituzione di data assai presumibilmente posteriore alla legge delle citazioni (C. 9,8,6), sarebbe derivata la parificazione dell'efficacia delle sue *Notae* all'efficacia delle *Notae* dell'altro grande, Paolo, del quale condivideva le sorti.

Invero nel Digesto le *Notae* di Marciano sono riportate soltanto due volte (D. 23,2,57a e D. 48,5,8), ma in ambedue i casi in forma autonoma e con una particolare e complessa *inscriptio* « *In libro secundo de adulteriis Papiniani Marcianus notat* » (sulle possibili illazioni che si possono trarre dall'*inscriptio* vedasi PESCANI, « *Notat* », in *Sodalitas*, 2, Napoli 1984, p. 851 ss.).

5) là, si respirava ancora nel clima dell'ossequio verso Papiniano, *excellentis ingenii vir* (C.Th. 1, 4, 3); qui si giunge persino a prospettare la possibilità di una necessaria integrazione del testo di Papiniano, o, comunque, l'opportunità di chiarimenti *ad repletionem summi ingenii Papiniani laborum vel interpretationem*.

Il senso della polemica è a mio parere ben evidente anche nelle considerazioni filosofeggianti e morali che accompagnano e giustificano le nuove scelte imperiali in materia di *recitatio* giurisprudenziale: non è palese la polemica nel *quia non omnes in omnia, sed certi per certa vel meliores vel deteriores inveniuntur?* o nel *nam qui non suptiliter factum emendat, laudabilior est eo qui primus invenit* della chiusa del § 6?

3. Queste annotazioni di riflessione marginale, quasi un ripensamento, una ponderazione su temi più ampi, che colorano superbamente il discorso dei primi sei paragrafi, non si ripetono nei paragrafi seguenti, se si esclude una sola, puntuale, domanda retorica sulla fine del § 7, il *quid possit antiquitas nostris legibus abrogare?*, che conclude il breve accenno storico alla *lex regia* giustificatrice del potere imperiale.

È una prima differenza di stile. Invero dopo il § 7, così concitato, così grave di imperativi, unico punto di riferimento nella costituzione *Deo auctore* relativamente ai doveri ed ai poteri concessi ai commissari sui singoli testi (29), i paragrafi dall'ottavo alla fine sono, al contrario dei primi, assai stringati e tecnici nell'elencazione

(29) *Deo auct. 7: Sed et hoc studiosum vobis esse volumus, ut, si quid in veteribus non bene positum libris inveniatis vel aliquod superfluum vel minus perfectum, supervacua longitudine semota et quod imperfectum est repleatis et omne opus moderatum et quam pulcherrimum ostendatis. hoc etiam nibilo minus observando, ut, si aliquid in veteribus legibus vel constitutionibus, quas antiqui in suis libris posuerunt, non recte scriptum inveniatis, et hoc reformatis et ordini moderato tradatis: ut hoc videatur esse verum et optimum et quasi ab initio scriptum, quod a vobis electum et ibi positum fuerit, et nemo ex comparatione veteris voluminis quasi vitiosam scripturam arguere audeat. cum enim lege antiqua, quae regia nuncupabatur, omne ius omnisque potestas populi Romani in imperatoriam traslata sunt potestatem, nos vero sanctionem omnem non dividimus in alias et alias conditorum partes, sed totam nostram esse volumus, quid possit antiquitas nostris legibus abrogare? et in tantum volumus eadem omnia, cum reposita sunt, optinere, ut et si aliter fuerant apud veteres conscripta, in contrarium autem in compositione inveniatur, nulum crimen scripturae imputetur, sed nostrae electioni hoc adscribatur.*

delle molte raccomandazioni relative alla stesura dell'opera. Il tono del discorso è freddo, astratto, quasi impersonale; così, per esempio, non vi è alcun riferimento personale ai commissari nel § 8, nel § 9, nel § 11 e nel § 13, mentre i riferimenti al « voi », che sono ben otto, di cui ben cinque nella forma verbale della seconda persona plurale, nel § 7, si rarefanno straordinariamente nei rimanenti paragrafi trasformandosi inoltre in forma pronominale (30): ve n'è uno, incidentale, nel § 10 (*nullo modo vobis easdem ponere permittimus*) (31), e uno nel § 12, all'incirca dello stesso tenore stilistico (*quae a vobis deo adnuente componetur*); infine, come ho già detto, si ritorna nel § 14 al « tu » iniziale.

Inoltre altre due considerazioni formali possono ingenerare perplessità nella lettura dei paragrafi 7-13 della costituzione in esame. La prima (alla quale per il momento mi limiterò) (32) è l'esordio del § 7, *sed et hoc studiosum vobis esse volumus*, espressione che ancora una volta ed ancora di più farebbe pensare ad una scissura rispetto ai primi sei paragrafi ed in particolare alla fine del paragrafo precedente, tal che il § 7 e seguenti, col *sed et hoc*, rappresenterebbero un'aggiunta.

A conclusione di tutto ciò mi sembra possa legittimamente proporsi una prima ipotesi: che la costituzione *Deo auctore* del 15 dicembre 530 sia derivata dal congelamento, operato a posteriori, di due testi normativi, ambedue rimasti molto frammentari e solo parzialmente riprodotti, l'uno, precedente (ma comunque posteriore alla data del 7 aprile 529), corrispondente ai paragrafi 4-6, l'altro, più completo, riportato ai paragrafi 7-13, con la necessaria aggiunta della premessa riassuntiva espressa nei paragrafi pr.-3.

Il tentativo di individuare, se possibile, la data di queste due distinte costituzioni e di chiarire il tempo ed i motivi della loro fusione in una permettono di illuminare ancor più la complessa storia di questo testo.

Viene immediato di pensare all'atto della pubblicazione del Digesto nel 533, quasi che Giustiniano, volendo premettere all'opera come già aveva fatto e disposto per il Codice, le due costituzioni,

(30) Distinguo le forme verbali nella seconda persona plurale dalle forme pronominali per il carattere insitico che, come ho più sopra notato, può avere un pronome *vos* o *vobis* (*supra*, nt. 23).

(31) Si veda *supra*, nt. 19.

(32) Altra considerazione a p. 206 s. nonché a p. 208.

programmatica e definitiva, poiché il progetto del Digesto, al contrario di quello del Codice, si era evidentemente venuto formando di mano in mano, avesse potuto essere indotto ad unirne in una le varie tappe. Ecco allora la necessità (nonché la giustificazione) di quei primi tre paragrafi a carattere non solo laudativo, bensì, soprattutto, riassuntivo, in cui la Commissione risulta già costituita e l'opera già iniziata (33): direttamente a seguito di questi, e precisamente a seguito dell'evocazione del momento in cui l'imperatore, ratificata la nomina dei commissari propostigli da Triboniano, confidò ad essi l'esecuzione del Digesto, potrebbero essere state riportate le parole di quel precedente atto imperiale ad essi rivolto (34) che in tre paragrafi esprime la prima idea, embrionale e più emotiva che tecnicamente precisa, dell'opera, in netto contrasto col regime di C.Th. 1, 4, 3.

Direi che doveva trattarsi di una breve costituzione completamente dedicata all'argomento, o, se si vuole, della parte finale di una tal costituzione: si noti, in particolare il valore conclusivo dell'ultima disposizione del § 6, quel *a nostro divino ... ore profusa*, che assai degnamente potrebbe chiudere una costituzione (35) ed il cui concetto, pur non così magistralmente, è ripetuto nel § 10 della Tanta (36).

Dal *sed et hoc studiosum vobis esse volumus* (che, si badi

(33) La dottrina, sulla base del dato testuale, ammette generalmente che alla data tradizionalmente accolta per la *Deo auctore* i lavori della commissione fossero già in atto.

(34) Così si giustificerebbe il mutamento dei tempi verbali dal passato al presente.

La ipotesi non meravigli. Di un « Giustiniano interpolante se stesso » dice il Guarino trattarsi di una possibilità « pienamente attendibile » (GUARINO, *Giustiniano « interpolante se stesso »*, in *Iusculum iuris*, Napoli 1985, p. 190), e ciò anche sulla base di affermazioni di Gradenwitz, di Riccobono, di Zachariä von Lingenthal, ed altri: il primo e più evidente esempio ne sarebbe, a mio avviso, questo. Né si tratterebbe in questo caso, a parer mio, soltanto di semplici aggiunte o modifiche ad un testo preesistente (così opina l'Erbrard, come dico *supra*, alla nt. 7), quanto piuttosto della fusione in uno di vari testi con le necessarie modificazioni di assestamento ed eventualmente anche la composizione *ex novo* delle necessarie premesse (§§ 1-3).

(35) Addirittura, come accenno fuggacemente in altri punti, le stesse riflessioni che seguono la frase *a nostro divino ... ore profusa* potrebbero essere un'aggiunta, che avrebbe in tal caso la funzione di confermare una disposizione presa in precedenza ed ora ripresa con più ampi argomenti.

(36) Tanta, 10: *... ut quidquid ibi scriptum est, hoc nostrum appareat et ex nostra voluntate compositum*.

bene, a distanza di cinque paragrafi, ripete la struttura formale e lessicale dell'inizio dell'esordio riassuntivo, il *cum itaque nihil tam studiosum in omnibus rebus invenitur* del § 2) (37) riprende invece il testo dell'altra, successiva, costituzione, dove il tono polemico è assolutamente superato e si leggono invece le preoccupazioni e le difficoltà di stesura dell'opera: vien fatto di identificare questo testo con un eventuale e successivo intervento regolativo imperiale, magari su richiesta di Triboniano, in seguito all'urgere di tali difficoltà fattesi pressanti sulla Commissione coll'inizio dei lavori. Si tratterebbe dunque di una delle costituzioni *ad commodum praepositi operis pertinentes* (38)?

Direi di più. Forse lo stesso § 7, così strano con tutti quei « riferimenti personali », lì, in apertura di una parte della costituzione peraltro fredda, tecnica, asettica e spersonalizzata, vuole proprio essere l'elemento di raccordo fra il primo testo, inteso soltanto a illustrare sulle differenze di vedute rispetto alla legge delle citazioni, ed il secondo: qui, nel § 7, continuando nelle forme del rapporto diretto coi commissari (come era logico, rattoppandosi al testo precedente ad essi indirizzato), senza avvertire disagio alcuno in relazione all'intestazione della costituzione al singolare, *Triboniano suo*, Giustiniano sembra riassumere l'inizio di un testo autentico (il secondo), di cui riprende l'ampiezza e l'ampollosità nei ricordi storici alla *lex regia*, fonte antichissima del potere imperiale, e negli interrogativi retorici; vi sintetizza inoltre, pur senza cedimenti di chiarezza, una serie di disposizioni relative ai poteri di tagliare superfluità ed imperfezioni, di sintetizzare, di perfezionare, di modificare e ristrutturare l'antico testo, nonché un'affermazione di assoluta validità del testo così riformato contro ogni confronto o, addirittura, contro ogni accusa di falsificazione, che è, in definitiva, una larvata protesta di superiorità del potere imperiale, e quindi della *lex imperialis*, su tutto il *ius vetus*.

Né si accorge l'imperatore che tale felicissima sintesi, cui assai

(37) Un'analoga ripetizione della forma iniziale pur a distanza di diversi paragrafi (ben 10) si ritrova nella cost. *Tanta* fra l'inizio della costituzione stessa (*Tanta circa nos divinae humanitatis est providentia...*) e l'inizio del § 10 (*Tanta autem nobis antiquitati habita est reverentia...*) con cui, dopo l'esposizione dello schema dell'opera in sette parti e la menzione dei commissari, inizia il tratto più significativo della disposizione imperiale relativo ai caratteri e ai tratti del lavoro svolto dalla Commissione.

(38) Cfr. *Cordi*, 1.

felicemente poter appoggiare i paragrafi finali del secondo testo, non riesce a dare giustificazione d'un riferimento *secundum quod dictum est* che si legge all'inizio del § 9, poiché evidentemente la disposizione ivi espressa (che non vi siano ripetizioni, in particolare con norme riportate nelle costituzioni del Codice già pubblicato) non aveva trovato posto nella sintesi del § 7 (39).

4. A partire dal § 8 il tono della costituzione scade notevolmente, si fa freddo, essenziale, sbrigativo, burocratico: sembra proprio un'altra mano (40) (e direi altra mano persino rispetto alla sintesi operata nel § 7).

Né basta a risollevarne il tono il colto riferimento alle forme lessicali greche all'inizio del § 8 [*antinomia (sic enim a vetustate Graeco vocabulo nuncupatur)*] che anche sostanzialmente, oltre che formalmente, ha la configurazione di un inciso (41), né il richiamo, anch'esso prezioso, all'opinione di Salvio Giuliano, al § 10, *quae indicat debere omnes civitates consuetudinem Romae sequi, quae caput est orbis terrarum, non ipsam alias civitates*, con la seguente precisazione che si debba intendere come tale non solo l'antica, ma anche Costantinopoli, la seconda Roma.

Ma forse questi richiami possono fornire qualche spunto ulteriore alla riflessione. Infatti ritroviamo ambedue i riferimenti nella cost. *Tanta* del 533.

La versione greca, al § 15, recita:

Δέδωκεν 15. Ἐναντίως δὲ τοῖς ἄλλοις ἔχοντά τινα νόμον τῶν ἐπὶ τοῦ βιβλίου τούτου κεμένων οὐκ ἂν τις εὖροι ραδίως, εἴγε διὰ πάντων τῶν τῆς ἐναντιότητος ὅρων διεξελθεῖν υπεύσειεν' ἀλλ' ἔστιν· τι τὸ διάφορον, ὃ προσληφθὲν ἁλλοιοτέραν ἴσως παρὰ θάτερον ποιεῖ τὴν τοῦ νόμου θέσιν.

(39) A meno che non si voglia pensare alla breve nota, *nulla (secundum quod possibile est) neque similitudine neque discordia derelicta* del § 4, cosa che, però, escluderei in quanto quella *similitudo* riguardava solo i brani degli autori fra di loro, non anche in rapporto alle costituzioni del Codice.

(40) Se non ci fossero certi preziosismi, che direi tipicamente triboniane, si potrebbe pensare ad «un'altra mano» in senso ben diverso da quello indicato alla nt. 9.

(41) In effetti il termine sembra di nuova coniazione nell'ambito del diritto: esso, infatti, non è mai usato dai giuristi del Digesto. Si tratta forse di un grecismo triboniano? Non pare nemmeno che abbia avuto un'immediata fortuna dal momento che nel Codice è riportato soltanto qui e in un altro punto della stessa *Deo auctore* (§ 13), né mai compare nelle *Novellae*.

Non è ripetuta pur avendone occasione, la formula sostantivale ἀντινομία, quanto mai appropriata col suo tecnico significato di « ambiguità giuridica », ma ne è usata la forma derivata avverbiale ἐναντίως più esatta nella sua semplicità e più aderente al contesto in cui si inserisce, ove il termine νόμος (νόμον) è autonomamente espresso: e la stessa parola, nella forma aggettivale ἐναντιότητος, è poco più sotto ripetuta.

Lo stesso accade per il richiamo a Giuliano. Al § 18 (42) il riferimento al giurista adrianeo è ripetuto con finalità che direi analoghe: là, nella *Deo auctore*, l'opinione di Giuliano serviva a riaffermare la superiorità delle consuetudini di Roma rispetto alle consuetudini locali, qui in pratica ancora una volta si confronta l'efficacia di due fonti giuridiche per riaffermare la superiorità dell'intervento legislativo imperiale su ogni altra possibile interpretazione della legge.

Una tale corrispondenza può sconcertare; ma mentre è logico e comprensibile che sempre si parli di antinomie laddove si discute di una codificazione, meno comprensibile appare che in due momenti così cronologicamente distinti (stando alle fonti) e per due circostanze che, se pure *lato sensu* affini, sono pur tuttavia quanto mai diverse, si faccia ricorso a Salvio Giuliano. Forse che non v'era la possibilità di leggere affermazioni del genere di *Tanta* 18 anche in altri autori (43)?

I due riferimenti, com'era logico aspettarsi, hanno un puntuale riscontro nel Digesto.

D. 1, 3, 32 (IUL. 1. 84 dig.) De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum

(42) Per il testo vedi *infra*, p. 211 s.

(43) Cfr. ARCHI, *Interpretatio iuris Interpretatio legis Interpretatio legum*, in ZSS 87 (1970), in specie p. 19 ss.; L'Autore sostiene che sul punto Giuliano avrebbe espresso un'opinione particolare, e soprattutto particolarmente in linea con i progetti politici imperiali, talché ben poteva essere preso a simbolo di un atteggiamento di pensiero. E tuttavia riterrei che espressioni come *igitur constituto principe datum est ei ius, ut quod constituisset, ratum esse* (D. 1, 2, 2, 11) di Pomponio, o *quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit ... id legis vicem optineat* (Gai. 1, 5) di Gaio (su cui cfr. DELL'ORO, *La posizione delle « constitutiones principum » in Giuliano*, in *Studi Grosso*, II, Torino 1968, p. 365 ss.), o anche *quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat* (D. 1, 4, 1, 1) di Ulpiano avrebbero servito ugualmente alla citazione.

est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet. 1. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

D. 1, 3, 11 (IUL. 1. 90 dig.) Et ideo de his, quae primum constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principi certius statuendum est.

Nonostante ambedue i passi siano tratti dalla medesima opera, i *digesta* di Giuliano, anche se varia il libro di riferimento, l'ottantaquattresimo nell'un caso, il novantesimo nell'altro, non riterrei che la stesura delle due costituzioni che fanno accenno ai due passi sia stata effettuata sulla scia di una particolare attenzione ai libri giulianeî come opera da prendere a modello (44).

Mi sembra invece assai significativa la identica collocazione dei due passi sotto il titolo « *de legibus senatusque consultis et longa consuetudine* »: il che m'indurrebbe a ritenere che lo spunto alla citazione di Giuliano sia derivata nell'uno come nell'altro caso dalla conoscenza e meditazione del tit. 1,3 del Digesto giustiniano.

Come pure a riflessione sul tit. 1,4 del Digesto, « *de constitutionibus principum* », si ispira certamente il riferimento alla *lex regia* del § 7 della costituzione del 530. Vi si legge infatti per bocca di Ulpiano:

D. 1, 4, 1 (ULP. 1. 1 *inst.*) Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat. 1. Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens

(44) Nonostante la precisazione espressa al § 5 che tutto il materiale debba essere raccolto *tam secundum nostri constitutionum codicis quam edicti perpetui imitationem*. Tale precisazione è fra gli argomenti che inducono la BIANCHINI, *Osservazioni minime sulle costituzioni introduttive alla compilazione giustiniana*, in *Studi Donatuti*, I, Milano 1973, p. 121 ss., a controbattere i dubbi dell'Erbrard sulla *Deo auctore*, in particolare in relazione all'assenza che lo studioso tedesco lamenta nel testo 15 dicembre 530 di criteri precisi circa un'organizzazione dei materiali del Digesto (in specie, p. 126).

decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus. 2. Plane ex his quaedam sunt personales nec ad exemplum trahuntur: nam quae princeps alicui ob merita indulset vel si quam poenam irrogavit vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur.

Deo auct. 7 ... cum enim lege antiqua, quae regia nuncupabatur, omne ius omnisque potestas populi Romani in imperatoriam translata sunt potestatem, nos vero sanctionem omnem non dividimus in alias et alias conditorum partes, sed totam nostram esse volumus, quid possit antiquitas nostris legibus abrogare? et in tantum volumus eadem omnia, cum reposita sunt, optinere, ut et si aliter fuerant apud veteres conscripta, in contrarium autem in compositione inveniantur, nullum crimen scripturae imputetur, sed nostrae electioni hoc adscribitur.

Ora, poiché la qualificazione della *lex de imperio* come di una legge regia è tipicamente di Ulpiano (non la si ritrova in Gaio, non la si riscontra in Pomponio, e, per quanto ne sappiamo, è comunque sorprendente) (45) mi sembra che l'autore della costituzione giustiniana non potesse che pensare al passo delle Istituzioni ulpianee, e, presumibilmente, nella versione ufficializzata che leggeva nel Digesto, ad apertura del titolo dedicato al potere normativo imperiale come giustificazione di quello.

Il tema ricompare al § 18 della cost. *Tanta*. Qui, peraltro, la giustificazione è ben altra, è un'affermazione di assolutezza che può riecheggiare il *nos vero sanctionem omnem non dividimus in alias et alias conditorum partes, sed totam nostram esse volumus*, ma che, non essendo temperata dal richiamo al *populus romanus*, né dal riferimento letterario alla *lex regia*, mal si concilia con una costituzione relativa alla pubblicazione di un'opera classicheggiante, in cui si protesta tanta *reverentia antiquitati* (*Tanta*, 10) e in cui l'argomento è trattato iniziando con i temperamenti che sappiamo. La si può però giustificare col desiderio di riaffermare cert'altri spunti dello stesso tit. 1,4 del Digesto:

Tanta 18. Sed quia divinae quidem res perfectissimae sunt, humani vero iuris condicio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit (multas etenim formas edere natura novas

(45) Sul punto in particolare da ultimo PESCANI, *Considerazioni sul potere normativo imperiale*, in *Sodalitas*, 6, Napoli 1984, p. 2625 ss. ed in part. p. 2628 ntt. 10 e 11: ivi bibliogr.; inoltre DELL'ORO, « *Imperium* » e « *lex imperii* » alla luce del codice di Giustiniano, *ibidem*, 4, p. 1569 ss.

deproperat), non desperamus quaedam postea emergi negotia, quae adhuc legum laqueis non sunt innodata. si quid igitur tale contigerit, Augustum imploretur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis deus praeposuit, ut possit omnia quae noviter contingunt et emendare et componere et modis et regulis competentibus tradere. te hoc non primum a nobis dictum est, sed ab antiqua descendit prosapia: cum et ipse Iulianus legum et edicti perpetui subtilissimus conditor in suis libris hoc rettulit, ut, si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur. et non ipse solus, sed et divus Hadrianus in compositione edicti et senatus consulto, quod eam secutum est, hoc apertissime definivit, ut, si quid, in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas.

D. 1, 4 DE CONSTITUTIONIBUS PRINCIPUM

1 ULPIANUS *libro primo institutionum* Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.

1. Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus. 2. Plane ex his quaedam sunt personales nec ad exemplum trahuntur: nam quae princeps alicui ob merita indulsit vel si quam poenam irrogavit vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur.

2 ULPIANUS *fideicommissorum libro quarto* In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure, quod diu aequum visum est.

3 IAVOLENUS *epistularum libro tertio decimo* Beneficium imperatoris, quod a divina scilicet eius indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus.

4 MODESTINUS *libro secundo excusationum* Αἱ μεταγενέστεραι διατάξεις ισχυρότεραι τῶν πρὸ αὐτῶν εἰσιν.

Ebbene, se a tutto ciò si aggiunga che la riflessione sul tema *de legibus* ..., quanto mai opportuna in occasione della pubblicazione di un'opera codificatoria, aveva un illustre precedente, com'è dimostrato dai *Gesta senatus de Theodosiano publicando* del 438 (46), dovendosi sottolineare fra i due episodi una sola differenza consi-

(46) Su cui DE MARINI, *La politica legislativa di Valentiniano III e Teodosio II*, Torino 1975, p. 130 ss., oltre che VOLTERRA, *op. cit.*, p. 239 ss.

stente nel fatto che nell'un caso si era fatta lettura dal titolo « *de constitutionibus principis et edictis* » del Codice Teodosiano, col suo contenuto di costituzioni imperiali, mentre qui la meditazione, senza lettura espressa, è fatta sui corrispondenti titoli « *de legibus senatusque consultis et longa consuetudine* » (1,3) e « *de constitutionibus principum* » (1,4) del Digesto, con il loro contenuto giurisprudenziale, a meno di pensare che i titoli suddetti, ma solo quelli o poco di più (47), fossero già stilati alla data del 15 dicembre 530, viene logico spostare di conseguenza al 533 anche la composizione del § 7, e con esso dei seguenti, della *Deo auctore*.

Invero la *Deo auctore* appare un misero sunto di temi tutti assai più ampiamente sviluppati nella cost. *Tanta*.

Si consideri, per esempio, la lettura del § 9 (48), che, soprattutto nella frase *cum divalium constitutionum sanctio sufficit ad eorum auctoritatem* sembra riecheggiare la stessa citazione giulianea della *Tanta*, il *si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur*.

È si consideri l'adombrato progetto delle *Institutiones* che appare nel § 11 della *Deo auctore* e che tanta rilevanza assume nel corrispondente § 11 (tutto il § 11) della *Tanta*. È ben vero che nella *Tanta* le *Institutiones* appaiono come opera già ultimata e di cui pertanto ben può parlarsi a lungo, sia per quanto riguarda le vicende e le circostanze della composizione, sia per quanto riguarda le linee generali del risultato: tuttavia a me sembra che lo stesso embrionale accenno della *Deo auctore* sia abbastanza preciso e ponderato nel suo tenore, forse troppo ben delineato per essere, come dovrebbe, semplice frutto di una riflessione estemporanea, cui non corrisponda già

(47) O che fossero già praticamente in uso nelle scuole e da queste siano stati desunti: cfr. VAN WARMELO, *D.* 1, 3 (« *de legibus senatusque consultis et longa consuetudine* »), in *Studi Volterra*, I, Milano 1971, p. 409 ss.

(48) *Deo auct.* 9: *Sed et similitudinem (secundum quod dictum est) ab huiusmodi consummatione volumus exulare: et ea, quae sacratissimis constitutionibus quas in codicem nostrum redeimus cauta sunt, iterum poni ex vetere iure non concedimus, cum divalium constitutionum sanctio sufficit ad eorum auctoritatem: nisi forte vel propter divisionem vel propter repletionem vel propter pleniorum indaginem hoc contigerit: et hoc tamen perraro, ne ex continuatione huiusmodi lapsus oriatur aliquid in tali prato spinosum.*

una qualche concretezza di realizzazione (49). A me sembra di poter notare inoltre una certa assonanza lessicale fra i due passi (50):

Deo auct. 11. Ideoque iubemus duobus istis codicibus omnia gubernari, uno constitutionum, altero iuris enucleati et in futurum codicem compositi: vel si quid aliud a nobis fuerit promulgatum institutionum vicem optinens, ut rudis animus studiosi simplicibus enutritus facilius ad altioris prudentiae redigatur scientiam.

Tanta 11. Sed cum prospeximus, quod ad portandam tantae sapientiae molem non sunt idonei homines rudes et qui in primis legum vestibulis stantes intrare ad arcana eorum properant, et aliam mediocrem emendationem praeparandam esse censuimus, ut sub ea colorati et quasi primitiis omnium inbuti possint ad penetralia eorum intrare et formam legum pulcherrimam non coniventibus oculis accipere. et ideo TRIBONIANO viro excelso, qui ad totius operis gubernationem electus est nec non THEOPHILO et DOROTHEO viris illustribus et facundissimis antecessoribus accersitis mandavimus, quatenus libris, quos veteres composuerunt, qui prima legum argumenta continebant et institutiones vocabantur, separatim collectis, quidquid ex his utile et aptissimum et undique sit elimatum et rebus, quae in praesenti aevo in usu vertuntur, consentaneum invenitur, hoc et capere studeant et quattuor libris reponere et totius eruditionis prima fundamenta atque elementa ponere, quibus iuvenes suffulti possint graviora et perfectiora legum scita sustentare. admonuimus autem eos, ut memores etiam nostrarum fiant constitutionum, quas pro emendatione iuris promulgavimus, et in confectione institutionum etiam eadem emendatione ponere non morentur: ut sit manifestum et quid antea vacillabat et quid postea in stabilitatem redactum est. quod opus ab his perfectum ut nobis oblatum et relectum est, et prono suscepimus animo et nostris sensibus non indignum esse iudicavimus et praedictos libros constitutionum vicem habere iussimus: quod et in oratione nostra, quam eisdem libris praeposuimus, apertius declaratur.

(49) Mi limiterò qui a considerare come non possa essere frutto di vaghi propositi la previsione di una promulga direttamente imperiale *institutionum vicem optinens*, e come sia sicura e precisa la formulazione dello scopo della futura opera istituzionale che debba fornire i primi rudimenti del diritto attraverso la voce dell'imperatore stesso (che è la stessa giustificazione della *Tanta*), e come stretta sia la correlazione, anche formale, fra l'immagine *ut rudis animus studiosi simplicibus enutritus* della *Deo auctore* e quella analoga, suscitata dall'espressione della *Tanta*, *aliam mediocrem emendationem (= simplicibus) praeparandam esse censuimus, ut sub ea colorati et quasi primitiis (= simplicibus) omnium inbuti (= enutriti)*, ambedue ispirate alla figura di un «banchetto della scienza».

(50) In particolare, oltre al ripetersi della figurazione del «banchetto della scienza», noterei qui il ripetersi di certe forme di struttura grammaticale e sintattica, in particolare nella proposizione finale (*ut ... enutritus + cong.; ut ... inbuti + cong.*)

Nello stesso modo i paragrafi 12 e 13 della *Deo auctore* corrispondono ai paragrafi 21 e 22 rispettivamente della *Tanta*.

Deo auct. 12. Nostram autem consummationem, quae a vobis deo adnuente componetur, digestorum vel pandectarum nomen habere sancimus, nullis iuris peritis in posterum audentibus commentarios illi applicare et verbositate sua supra dicti codicis compendium confundere. quemadmodum et in antiquioribus temporibus factum est, cum per contrarias interpretantium sententias totum ius paene conturbatum est: sed sufficiat per indices tantummodo et titulorum supplitatem quaedam admonitoria eius facere, nullo ex interpretatione eorum vitio oriundo. 13. Ne autem per scripturam aliqua fiat in posterum dubitatio, iubemus non per siglorum captiones et compendiosa aenigmata, quae multas per se et per suum vitium antinomias induxerunt, eiusdem codicis textum conscribi: etiam si numerus librorum significatur aut aliud quicquam: nec haec etenim per specialia sigla numerorum manifestari, sed per litterarum consequentiam explanari concedimus.

Tanta 21. Hoc autem, quod et ab initio nobis visum est, cum hoc opus fieri deo adnuente mandabamus, tempestivum nobis videtur et in praesenti sancire, ut nemo neque eorum, qui in praesenti iuris peritiam habent, nec qui postea fuerint audeat commentarios isdem legibus adnectere: nisi tantum si velit eas in Graecam vocem transformare sub eodem ordine eaque consequentia, sub qua et voces Romanae positae sunt (hoc quod Graeci *κατὰ πόδα* dicunt), et si qui forsitan per titulorum supplitatem adnotare maluerint et ea quae *παράτυλα* nuncupantur componere. alias autem legum interpretationes, immo magis perversiones eos iactare non concedimus, ne verbositas eorum aliquid legibus nostris adferat ex confusione dedecus. quod et in antiquis edicti perpetui commentatoribus factum est, qui opus moderate confectum huc atque illuc in diversas sententias producentes in infinitum detraxerunt, ut paene omnem Romanam sanctionem esse confusam. quos si passi non sumus, quemadmodum posteritatis admittatur vana discordia? si quid autem tale facere ausi fuerint, ipsi quidem falsitatis rei constituentur, volumina autem eorum omnimodo corrumpentur. si quid vero, ut supra dictum est, ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari. 22. Eandem autem poenam falsitatis constituimus et

che nei due testi diversi segue la medesima situazione (e cioè nell'un caso la previsione di una futura promulgazione *a nobis*, nell'altro il ricordo della stessa) ed introduce alla medesima situazione, cioè la maggiore e più alta conoscenza del diritto. Ma noterei anche, e soprattutto, il riproporsi della forma comparativa nelle espressioni *ad altioris prudentiae ... scientiam* della *Deo auctore* e *quibus iuvenes affecti possint graviora et perfectiora legum scita sustentare* della *Tanta*.

adversus eos, qui in posterum leges nostras per siglorum obscuritates ausi fuerint conscribere. omnia enim, id est et nomina prudentium et titulos et librorum numeros, per consequentias litterarum volumus, non per sigla manifestari, ita ut, qui talem librum sibi paraverit, in quo sigla posita sunt in qualemcumque locum libri vel voluminis, sciat inutilis se esse codicis dominum: neque enim licentiam aperimus ex tali codice in iudicium aliquid recitare, qui in quacumque sua parte siglorum habet malitias. ipse autem librarius, qui eas inscribere ausus fuerit, non solum criminali poena (secundum quod dictum est) plectetur, sed etiam libri aestimationem in duplum domino reddat, si et ipse dominus ignorans talem librum vel comparaverit vel confici curaverit quod et antea a nobis dispositum est et in Latina constitutione et in Graeca, quam ad legum professores dimisimus (51).

(51) La corrispondenza non è soltanto contenutistica, ma anche formale.

Così, per esempio, si deve notare la ripetizione perfetta della formula che compare all'inizio dei paragrafi, 12 e rispettivamente 21, *deo adnuente*, che a Dio ricollega l'opera, e che, pur conservando la stessa forma, si colora di toni diversi, invocativi nel caso in cui a Dio affidi l'opera da compiere (*Deo auct.*, 12), riconoscenti allorché si tratti dell'opera compiuta (*Tanta*, 21).

Ne segue il divieto di comporre commentari all'opera legislativa prodotta: qui si deve notare che rispetto alla *Deo auctore* la *Tanta* sembrerebbe aggiungere una categoria di persone quali destinatarie di tale divieto, ché non soltanto sono considerati i giuristi *in posterum* menzionati dalla *Deo auctore* (*qui postea fuerint*, come dice la *Tanta*), ma anche i presenti (*qui in praesenti iuris peritiam habent*). Ma l'aggiunta non trasforma in realtà il significato del divieto, poiché l'*in posterum* della *Deo auctore* è da considerarsi quale futuro in rapporto alla compilazione e quindi comprensivo, in sé, e del presente e del futuro indicati nella *Tanta*, all'indomani della compilazione stessa.

Le figurazioni che seguono, la deprecazione della confusione creata dai commentari antichi e l'individuazione delle sole opere consentite, sono disposte nei due testi a chiasmo, ché al *quemadmodum et in antiquioribus temporibus factum est, cum per contrarias interpretantium sententias totum ius paene conturbatum est* della *Deo auctore* corrisponde la specificazione *quod et in antiquis edicti perpetui commentatoribus factum est, qui opus moderate confectum huc atque illuc in diversas sententias producentes in infinitum detraxerunt, ut paene omnem Romanam sanctionem esse confusam* della *Tanta* (dove si noti che nell'uno come nell'altro caso l'introduzione al passo è simile, è il già ricordato *nullis iuris peritis in posterum audentibus commentarios illi applicare et verbositate sua supra dicti codicis compendium confundere* nella *Deo auctore*, è l'*alias autem legum interpretationes, immo magis perversiones eos iactare non concedimus, ne verbositas eorum aliquid legibus nostris adferat ex confusione dedecus* che nella *Tanta* ripete il divieto dei commentari già espresso in *praesenti* ed in *posterum* qualche riga prima, come più sopra si è detto); e alla successiva concessione imperiale, *sed sufficiat per indices tantummodo et titulorum suptilitatem quaedam admonitoria eius facere, nullo ex interpretatione eorum vitio*

A questo punto direi che l'ipotesi avanzata in precedenza debba essere in parte modificata nel senso che se è vero che la cost. *Deo auctore* può dirsi effettivamente derivata dalla riunione di due testi, per il primo dei quali (§§ 4-6), indirizzato ai commissari, possiamo accettare con ogni verisimiglianza la data tradizionale del 15 dicembre 530, per quanto riguarda il secondo (§§ 7-14), più che ad un momento, una tappa di chiarificazione durante i lavori della Commissione, dovrebbe pensarsi ad un intervento imperiale successivo cui ben mi sembra possa darsi il valore di una necessaria ratifica rispetto ad un operare, quello dei commissari, che per metodi e risultati ha di molto sorpassato oltre che le aspettative anche le direttive a suo tempo impartite.

Diventava logicamente necessario tagliare l'esordio della costituzione programmatica iniziale, dove forse erano espresse le dispo-

oriundo (frase, quest'ultima, che si ricollega, sintetizzandola, a quella parallela già citata *alias autem legum interpretationes, immo magis perversiones...*) del 530 corrisponde l'esplicazione del 533 *nisi tantum si velit eas in Graecam vocem transformare sub eodem ordine atque consequentia, sub qua et voces Romanae positae sunt (hoc quod Graeci κατὰ πόδα dicunt), et si qui forsitan per titulorum supplitatem adnotare maluerint et ea quae παράπτια nuncupantur componere*, che sembrerebbe aggiungere semmai soltanto la possibilità di versione greca.

Il § 21 della *Tanta* termina con una domanda retorica e con due richiami a disposizioni già espresse in precedenza, la minaccia di pena per i contravventori, rei di *crimen falsi* (*Tanta*, 19; *De auct.* 12, inizio) e la riaffermazione della prevalenza in ogni caso dell'interpretatio imperiale (*Tanta*, 18; *Deo auct.* 6-7), ripetizioni che il carattere essenziale del testo del 530 rifiuta assolutamente.

Ugualmente essenziale si mostra il § 13 della *Deo auctore*, quello che per evitare qualunque *in posterum dubitatio* (le *in posterum ... obscuritates* della *Tanta*) vieta che il testo possa essere ritrascritto *per siglorum captiones et compendiosa aenigmata, quae multas per se et per suum vitium antinomias induxerunt* (più diffusamente la *Tanta* infarcisce l'essenziale *omnia enim ... volumus non per sigla manifestari*, che costituirebbe perfetta corrispondenza col testo precedente, con particolari specificazioni: *omnia enim, id est et nomina prudentium et titulos et librorum numeros per consequentiam litterarum volumus, non per sigla manifestari, ita ut, qui talem librum sibi paraverit, in quo sigla posita sunt in qualemcumque locum libri vel voluminis, sciat inutilis se esse codicis dominum: neque enim licentiam aperimus ex tali codice in iudicio aliquid recitare, qui in quacumque sua parte siglorum habet malitias*). Il divieto di usare sigle d'abbreviazione, con la specificazione per il numero dei libri, è ripetuto nella *Deo auctore* alla fine del § 13 (indicandovi con un *aliud quicquam* ciò che nella *Tanta* appariva chiarito, *id est*, nel nome dei giuristi e nella numerazione dei titoli): e qui si rileggono le forme *per ... sigla manifestari* e *per litterarum consequentiam* già lette nella *Tanta*.

sizioni più limitative all'attività dei commissari, le linee progettate dell'opera, il significato che essa doveva avere: poteva salvarsi invece della stessa costituzione la parte più polemica che, comunque fosse l'inizio, ampliava invece il campo di attenzione dei Commissari ben oltre il tracciato della legge sulla *recitatio* degli *iura* di Valentiniano III e Teodosio II.

E riflettendo sulle affinità troppo evidenti fra *Deo auctore* e *Tanta*, direi proprio che appunto sulla falsariga di quest'ultima (che quindi dovrebbe logicamente essere stata composta, o comunque anche embrionalmente stesa, addirittura prima della *Deo auctore* nella sua attuale versione), l'inizio della cost. 15 dicembre 530 potrebbe essere stato sostituito con i primi tre paragrafi quali a tutt'oggi si leggono, genericamente laudativi e riassuntivi.

Ulteriori spunti di dimostrazione si possono trarre a cominciare dal *proemium* della *Deo auctore*. Qui si fa cenno a tre espressioni dell'attività imperiale che, così come sono scritte, negli stessi toni della contemporaneità, risultano affatto contraddittorie: nel mentre che si parla di un *bella peragere*, si afferma un *pacem decorare*, e, ancora nello stesso tempo, uno *statum rei publicae sustentare*. Ora, se può dirsi usuale in costituzioni di questo tipo il contrasto fra la *sustentatio rei publicae* ottenuta mediante l'attività di revisione legislativa e la stessa ottenuta invece con le glorie militari (52) (le quali ultime, a loro volta, potrebbero essere espresse ugualmente attraverso il ricordo di *bella peracta* — o di *bella sopita*, come si esprime la *Tanta* —, ovvero con l'esaltazione del raggiunto stato di pace, ovvero ancora con entrambe le considerazioni), il porre accanto e come fatti contemporanei la conduzione delle guerre (sia pure con esiti che si presumono già favorevoli, sia pure già presumibilmente avviate a felice conclusione) da un lato e la *pax decorata* dall'altro, mi sembrerebbe incongruente. E di quale pace poi potrebbe parlare Giustiniano nel dicembre del 530, di quale pace potrebbe vantarsi? Le vicende storiche del periodo hanno condotto le armate di Bisanzio nelle regioni asiatiche, dove dagli anni di regno di Giustino I si è ridestato l'annoso contrasto contro i Persiani; l'attenzione imperiale è rivolta anche, sotto altre forme, alle terre d'Africa; i generali di Giustiniano hanno riportato diverse vittorie relativamente a battaglie particolari; ma nel 530 le situazioni militari sono ben lontane

(52) Cfr. *supra*, nt. 10, in fine.

dall'essere risolte: Belisario ha bensì inferto una gravissima sconfitta ai Persiani nella piana di Dara, ma non è ancora la vittoria conclusiva, non è ancora la pace, non è soprattutto una pace conseguita ed offerta allo *statum rei publicae* come suo stabile ornamento quale la farebbero pensare le parole dell'imperatore *bella feliciter peragimus et pacem decoramus et statum rei publicae sustentamus* (53).

A me sembra che l'atteggiamento mentale dello scrivente il *proemium* della *Deo auctore* sia lo stesso che ha ispirato il *proemium* della *Tanta*, ché i toni di ammirazione e riconoscenza con cui nel *proemium* della *Tanta* si parla della pace, nello stesso aspetto di conquista giustiniana, di gloria dell'imperatore, giustificati espressamente in questo caso dal porsi essa a conclusione del lungo e doloroso periodo delle guerre persiane, sono pressoché gli stessi del *proemium* della *Deo auctore*. Come spiegare altrimenti, dopo vicende storiche varie, dopo tre anni intensi di vita militare, tali evidenti analogie di pensiero, quando la cost. *Imperatoriam maiestatem*, che è del 21 novembre del 533, e precede quindi di ben poco la pubblica-

(53) La *pax aeterna* verrà stipulata soltanto nel settembre del 532 ed inizierà ad avere efficacia a partire dall'estate 533.

Nel dicembre del 530, anzi, per quanto riguarda la Persia le possibilità di pace, abbastanza concrete fino a qualche mese prima, si sono improvvisamente incrinare ed indefinitamente allontanate a seguito delle pressioni ed influenze dei Samaritani rifugiatisi nel regno persiano dopo la sanguinosa repressione da parte dei Romani della rivolta scoppiata in quell'anno in Palestina sotto la guida di Giuliano: pertanto la pace negoziata dal patrizio Rufino e dal *comes* Alessandro durante l'estate dello stesso 530 (alla quale il vecchio re persiano Kawa'dh si era convinto a seguito della vittoria romana di Dara del mese di giugno del 530 e delle vittorie dei *magistri militum* Sitta e Doroteo a Theodopolis ed a Satala in Armenia) (cfr. STEIN, *op. cit.*, p. 287 ss.) non ebbe ratifica. La Persia si diceva pronta a riprendere le armi.

Né può pensarsi nel 530 ad una pace africana, ché la presenza di Giustiniano in Africa nel dicembre di quell'anno è ancora prematura. Essa sarà, anzi, una presenza soltanto diplomatica (come alleato del deposto Ilderico, Giustiniano si preoccupò di richiedere più volte all'usurpatore Gelimer il rispetto delle norme stabilite a suo tempo da Genserico per la successione al trono) fino all'inverno 531/32, quando, come documentano le fonti, Belisario fu investito di poteri straordinari per la riconquista dell'Africa; di più, la fase decisiva della guerra africana inizierà con la partenza dell'armata imperiale (10.000 fanti, 5.000 cavalieri, 1.000 alleati, fra eruli e bulgari, 500 navi condotte da circa 1.500/2.000 bucellari) dal porto di Costantinopoli il 22 giugno del 533 (cfr. STEIN, *op. cit.*, p. 311 ss.).

Né a maggior ragione può pensarsi alla pace in relazione alle fasi della c.d. guerra greco-gotica che al 530 non si è ancora ventilata.

zione dei Digesti, fa soltanto un breve cenno a tempi che possono essere di guerra e di pace (54)? A me sembra, in conclusione, che il *pacem decorare* di cui si vanta Giustiniano possa essere stato scritto soltanto dopo il 532 (55), se non, addirittura, dopo la vittoria di Tricamaro su Gelimero del dicembre 533 (56).

(54) Mi riferisco al passo iniziale del *proemium* in cui si dice che la maestà imperiale *non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut, utrumque tempus et bellorum et pacis recte possit gubernari*; in ogni modo qui si avverte l'imminenza della definitiva vittoria nel *victor ... et ... triumphator* (vedi *supra*, nt. 5) che vi si legge.

(55) Infatti nel settembre 532 viene stipulata la *pax aeterna* fra Giustiniano e Cosroe I di Persia. Si tratta invero di una pace diplomatica, non conseguenza di vittoria e di conquista, essendo i due sovrani impegnati nella politica interna dei rispettivi paesi: infatti dopo la già ricordata vittoria di Belisario a Dara e l'invasione dell'Armenia (inizio più che favorevole di cui, però, Giustiniano non si curò di avvalersi), la reazione persiana aveva portato alla disastrosa sconfitta dello stesso Belisario a Callinico nel 531, nonché all'assedio di Martiropoli e di Antiochia. A sua volta il re Cosroe, succeduto a Kawa'dh sul trono persiano, non si curò di inseguire i propri successi, premuto com'era dalla necessità di assestare la propria posizione che lo induce ad acconsentire ai negoziati per l'«effimera» *pax aeterna*.

(56) È la già segnalata titubanza della cost. *Imperatoriam* a parlare della pace, pur dopo la stipula della *pax aeterna*, che mi suggerisce l'ipotesi che fra l'un *proemium* e l'altro, nello spazio di appena un mese (per fare un rapporto con la diversa sicurezza registrabile alla data della *Tanta*) sia intervenuto un episodio che ha rafforzato l'orgoglio militare di Giustiniano: e tale non può che essere la vittoria di Tricamaro.

Si tratta delle ultime fasi della guerra africana contro il re dei Vandali Gelimero che nel 531 aveva soppiantato sul trono il più debole Ilderico, dando occasione con ciò all'intervento di Giustiniano. Grazie al favore della popolazione ormai stanca della dominazione vandalica ed alla neutralità degli Ostrogoti, Belisario, sbarcato a Caput Vada nel settembre del 533, aveva subito riportato vittoria a Decimum e, di conseguenza, aveva riconquistato Cartagine. La vittoria decisiva è però quella di Tricamaro: essa si verifica verso la metà del mese di dicembre dello stesso 533 (ed ecco come la cost. *Imperatoriam maiestatem*, che si pone nel periodo fra l'una e l'altra battaglia, mesi di conquiste a marce forzate, di inseguimenti nell'entroterra, di impossessamenti, ma anche di timori per i tentativi di resistenza cui Gelimero si preparava richiamando le forze distaccate in Sardegna, non possa che accennare genericamente a «tempi di guerra» e «tempi di pace»). La resa definitiva di Gelimero si avrà tuttavia soltanto nel marzo del 534, dietro promessa della vita; e solo dopo quella data sarà decretato a Belisario il trionfo; e solo dopo quella data, direi, si giustifica la testimonianza di Iordanes, più sopra ricordata (Iord., *Get.* 315: *supra*, ntt. 5 e 10) che a Giustiniano (come a Belisario), Vandalico, Africano (nonché Gotico) attribuisce la lode di *victor ac triumphator*.

De auct. pr.-3. Deo auctore nostrum gubernantes imperium, quod nobis a caelesti maiestate traditum est, et bella feliciter peragimus et pacem decoramus et statum rei publicae sustentamus: et ita nostros animos ad dei omnipotentis erigimus adiutorium, ut neque armis confidamus neque nostris militibus neque bellorum ducibus vel nostro ingenio, sed omnem spem ad solam referamus summae providentiam trinitatis: unde et mundi totius elementa processerunt et eorum dispositio in orbem terrarum producta est. 1. Cum itaque nihil tam studiosum in omnibus rebus invenitur quam legum auctoritas, quae et divinas et humanas res bene disponit et omnem iniquitatem expellit, repperimus autem omnem legum tramitem, qui ab urbe Roma condita et Romuleis descendit temporibus, ita esse confusum, ut in infinitum extendatur et nullius humanae naturae capacitate concludatur: primum nobis fuit studium a sacratissimis retro principibus initium sumere et eorum constitutiones emendare et viae dilucidae tradere, quatenus in unum codicem congregatae et omni supervacua similitudine et iniquissima discordia absolutae universis hominibus promptum suae sinceritatis praebeant praesidium. 2. Hocque opere consummato et in uno volumine nostro nomine praefulgente coadunato, cum ex paucis et tenuioribus relevati ad summam et plenissimam iuris emendationem pervenire properaremus et omnem Romanam sanctionem et colligere et emendare et tot auctorum dispersa volumina uno codice indita ostendere, quod nemo neque sperare neque optare ausus est, res quidem nobis difficillima, immo magis impossibilis videbatur. sed manibus ad caelum erectis et aeterno auxilio invocato eam quoque curam nostris reposuimus animis, deo freti, qui et res penitus desperatas donare et consummare suae virtutis magnitudine potest. 3. Et ad tuae sinceritatis optimum respeximus ministerium tibi quoque primo et hoc opus commisimus, ingeni tui documentis ex nostri codicis ordinatione acceptis, et iussimus quos probaveris tam ex facundissimis antecessoribus quam ex viris disertissimis togatis fori amplissimae sedis ad sociandum laborem eligere. his itaque collectis et in nostrum palatium introductis nobisque tuo testimonio placitis totam rem faciendam permisimus, ita tamen, ut tui vigilantissimi animi gubernatione res omnis celebretur.

Tanta pr. Tanta circa nos divinae humanitatis est providentia, ut semper aeternis liberalitatibus nos sustentare dignetur. post bella enim Parthica aeterna pace sopita postque Vandalicam gentem ereptam et Carthaginem, immo magis omnem Libyam Romano imperio iterum sociatam et leges antiquas iam senio praegravatas per nostram vigilantiam praeiuvat in novam pulchritudinem et moderatum pervenire compendium: quod nemo ante nostrum imperium umquam speravit neque humano ingenio possibile esse penitus existimavit. erat enim mirabile Romanam sanctionem ab urbe condita usque ad nostri imperii tempora, quae paene in mille et quadringentos annos concurrunt, intestinis proeliis vacillantem hocque et in imperiales constitu-

tiones extendentem in unam reducere consonantiam, ut nihil neque contrarium neque idem neque simile in ea inveniatur et ne geminae leges pro rebus singulis positae usquam appareant. namque hoc caelestis quidem providentiae peculiare fuit, humanae vero inbecillitati nullo modo possibile. nos itaque more solito ad immortalitatis respeximus praesidium, et summo numine invocato deum auctorem et totius operis praesulem fieri optavimus, et omne studium Triboniano viro excelso magistro officiorum et ex quaestore sacri nostri palatii et ex consule credidimus eique omne ministerium huiuscemodi ordinationis imposuimus, ut ipse una cum aliis illustribus et prudentissimis, viris nostrum desiderium adimpleret. nostra quoque maiestas semper investigando et perscrutando ea quae ab his componebantur, quidquid dubium et incertum inveniebatur, hoc numine caelesti erecta emendabat et in competentem formam redigebat. omnia igitur confecta sunt domino et deo nostro Ihesu Christo possibilitatem tam nobis quam nostris in hoc satellitibus praestante.

Un'ulteriore affinità leggerei fra il *proemium* della *Tanta* ed il § 1 della *Deo auctore*: in ambedue i casi, lamentando lo stato di confusione e di oscurità del diritto, appena prima di riferire del primo intervento imperiale in questo campo, cioè la compilazione del primo codice, Giustiniano sente la necessità di ampliare lo sguardo *ab urbe condita*. L'espressione in sé meraviglia, soprattutto considerando che la segue immediatamente il ricordo del primo codice, che non aveva aspirazioni così ambiziose, dovendo limitarsi, secondo le parole di Giustiniano stesso, a *tam trium veterum Gregoriani et Hermogeniani atque Theodosiani codicum constitutiones quam plurimas alias post eosdem codices a Theodosio divinae memoriae ceterisque post eum retro principibus, a nostra etiam clementia positas in unum codicem felici nostro vocabulo nuncupandum colligi* (*Summa*, 1). Ma l'iperbole può forse giustificarsi come forma di esaltazione giustiniana. Sorprende invece l'uso della medesima espressione pur a distanza di tre anni e, in un caso almeno, nella presumibile completa ignoranza ed incertezza circa i risultati.

Peraltro si deve notare una diversità di formulazione che ancor di più potrebbe indurre a pensare alla *Deo auctore*, in certi suoi paragrafi, come ad una frettolosa ma ragionata sintesi della *Tanta*. Il testo della costituzione bilingue del 533 parla genericamente di *Romana sanctio ab urbe condita*, distinguendola immediatamente in due settori, il primo, impreciso, comprendente quella *intestinis proeliis vacillans*, che direi riferirsi al diritto giurisprudenziale, il secondo quella *in imperiales constitutiones extendes*: il pa-

rallelo testo della *Deo auctore*, in tono più sfumato, parla di un *omnis legum trames, qui ab urbe Roma condita et Romuleis descendit temporibus*, staccando poi semplicemente con un avverbiale *primum* il riferimento alla codificazione del 528/29, quasi a voler indicare che si trattava della prima iniziativa volta a revisionare il corpo legislativo romano, ma che lo stato del diritto, l'*omnis legum trames*, appunto, anche se impropriamente era usata la parola *lex*, richiedeva ben altro, perché comprendeva ben altro che le pure *leges*.

Ebbene, la specificazione dell'*urbs*, Roma, in un'allocuzione di uso e significato da secoli consolidatisi, sì da rendere superflua ogni qualsivoglia specificazione, solo può giustificarsi in un testo legislativo considerando come l'estensore abbia ben presente quanto viene esplicitamente affermato nello stesso testo poco oltre: *Romam autem intelligendum est non solum veterem, sed etiam regiam nostram, quae deo propitio cum melioribus condita est auguriis* (*Deo auctore*, 10) (57). L'imperatore, insomma, si preoccupa di riaffermare la romanità di Bisanzio, filo invisibile ma imprescindibile che collega il diritto del VI secolo costantinopolitano col diritto dei classici giuristi romani.

Ora la contrapposizione all'antica di una nuova e più felice Roma non manca nelle pagine della *Tanta*, ed è, qui, in fondo, una

(57) E questo sembrerebbe il portato conclusivo di una identificazione di cui si possono seguire le tracce di sviluppo nel pensiero giustiniano in C. 1,52,7 pr., del 531, che non osa attribuire a Costantinopoli il nome di Roma (*et in antiqua Roma et in hac alma urbe*) e in C. 8,14,7, del 532, che estende il nome senza giustificarlo (*in utraque Roma*) per giungere al § 10 della *Deo auctore* che contrappone le due Rome in un senso nuovo, più favorevole alla seconda, che *melioribus condita est auguriis*.

Alle suggestioni della *renovatio*, alle aspirazioni a far di Costantinopoli una seconda Roma sono stati in gran parte dedicati gli studi del volume *Roma Costantinopoli Mosca: da Roma alla terza Roma*, Napoli 1983. Si veda in particolare IRMSCHER, «Nuova Roma» o «Seconda Roma». *Renovatio o traslatio?* (p. 233 ss.), che esamina il mutarsi del rapporto fra l'idea dell'antica Roma, che ancora nell'animo del fondatore di Costantinopoli rimaneva il modello più alto, da imitare, e la nuova città, rapporto che già pochi decenni più tardi si trasforma nella sensazione di una vera e propria «trasmissione dei privilegi e delle funzioni della vecchia alla nuova capitale del mondo» (p. 240). Sul tema anche DAGRON, *Représentations de l'ancienne et de la nouvelle Rome dans les sources byzantines des VII^e-XII^e siècles*, *ibidem*, p. 295 ss.). Si veda inoltre BISCARDI, *Constantinopolis nova Roma*, in *Atti Accademia Romanistica Costantiniana*, II, Perugia 1976, p. 9 ss.

contrapposizione più netta, escludente, in sé considerata, qualsiasi possibilità di corrispondenza o di *renovatio*, se non fosse che si inserisce in un testo che mira a far proprie le leggi di Roma e quindi a rinnovare in sé l'*urbs* antica:

Tanta 6b. Sed in his nihil de caducis a nobis memoratum est, ne causa, quae in rebus non prospere gestis et tristibus temporibus Romanis increbuit calamitatibus, bello coalescens civili, nostris remaneat temporibus, quae favor caelestis et pacis vigore firmavit et super omnes gentes in bellicis periculis posuit, ne luctuosum monumentum laeta saecula inumbrare concedatur.

Anche qui direi che la riflessione su Roma, l'antica e la seconda, che il riferirsi ad una continuità di impero fra Roma e Bisanzio, pur sotto migliori auspici (il *melioribus ... auguriis* del § 10 della *Deo auctore*), sia frutto di un ripensamento, derivi cioè da una seconda stesura di quanto già scritto nella *Tanta* di primo impulso e nell'esaltazione della grandezza raggiunta; talché il § 1 della *Deo auctore* viene ad essere un curioso insieme di riflessioni condotte sulle orme della *Tanta*, talora sintetizzate, come il richiamo al duplice aspetto dell'*omnis legum trames*, talora più ponderate, come la meditazione sulla *Romae renovatio* (58).

E ancora dal *proemium* della *Tanta* sarebbe derivata, a mio avviso, la meditazione sulla grandezza del risultato ottenuto, *quod nemo ante nostrum imperium umquam speravit neque umano ingenio possibile esse penitus existimavit*, come si esprime la *Tanta* (cui si deve aggiungere la nota, di poco seguente nello stesso testo, *namque hoc caelesti quidem providentiae peculiare fuit, humanae vero inbecillitati nullo modo possibile*), ovvero, come replica sintetizzando la

(58) Mi rendo conto che con egual logica la prospettiva potrebbe essere capovolta, che, cioè, si potrebbe leggere nella sollecitudine imperiale ad equiparare Costantinopoli a Roma, pur *melioribus ... auguriis*, la preoccupazione preventiva dell'imperatore di fronte ad ogni eventuale obiezione futura contro un diritto che dovrebbe essere il diritto di Roma e non di Costantinopoli: non saprei, però, se una tale difficoltà sarebbe potuta sorgere alla mente dell'imperatore nel primo entusiasmo dell'inizio dei lavori, ancora inconscio dell'ampiezza che l'opera avrebbe assunto. Del resto nessun dubbio sulla legittimità ad usare del « diritto di Roma » rivelano le parole della *Summa* (§ 3) dedicate alle citazioni di opere giurisprudenziali. Non è forse possibile allora (se non più probabile) che il dubbio sia sorto a opera ultimata, di fronte alla mole del risultato?

Deo auctore (§ 2), *quod nemo neque sperare neque optare ausus est, res quidem nobis difficillima, immo magis impossibile videbatur* (59).

E ancora al *proemium* della *Tanta*, nella sua parte finale (*et omne studium Triboniano viro excelso magistro officiorum et ex quaestore sacri nostri palatii et ex consule credidimus eique omne ministerium huiusmodi ordinationis imposuimus...*) si ispira, anche letteralmente, l'inizio del § 3 della *Deo auctore*, *et ad tuae sinceritatis respeximus ministerium ibique primo et hoc opus commisimus*.

Similmente penserei in relazione ai paragrafi finali (dal 7° al 14°) della *Deo auctore*: che cioè, come ho in precedenza accennato, siano stati aggiunti sempre sulla falsariga della *Tanta*, superando l'imbarazzo di saldare il nuovo testo alla precedente costituzione del 530, nella sua formulazione personalizzata, con le molte note astratte di cui ha detto. Finché nel § 14, l'ultimo, ritorna un'affinità strutturale e lessicale ancora una volta con il *proemium* della *Tanta* (60): si tratta dell'allocuzione *una cum aliis facundissimis viris* seguita dalla proposizione finale *ut codex... offeratur*, che, quasi nella stessa

(59) Anche la figurazione del *sanctissimum templum iustitiae* del § 5 della *Deo auctore* (non v'è forse l'eco del *cuius* (sc. *iustitiae*) *merito quis nos sacerdotes appellet* che, con citazione dalle Istituzioni di Ulpiano, apre il primo titolo del Digesto, D. 1,1,1,1?) mi pare che avrebbe dovuto essere ripresa e sviluppata nella *Tanta*, se tuttavia fosse stata ideata prima della stesura di questa, tanto è bella, suggestiva, carica di significati. Nella *Tanta*, invece, essa appare avvilita al § 20, fra tant'altre notazioni: *Ne autem incognitum vobis fiat, ex quibus veterum libris haec consummatio ordinata est, iussimus et hoc in primordiis digestorum nostrorum inscribi, ut manifestissimum sit, ex quibus legislatoribus quibusque libris eorum et quot milibus hoc iustitiae Romanae templum aedificatum est. Legitatores autem vel commentatores eos elegimus, qui digni tanto opere fuerant et quos et anteriores piissimi principes admittere non sunt indignati, omnibus uno dignitatis apice inpartito nec sibi quodam aliquam praerogativam vindicante. Cum enim constitutionum vicem et has leges optinere censuimus quasi ex nobis promulgatas, quid amplius aut minus in quibusdam esse intellegatur, cum una dignitas, una potestas omnibus est indulta?* La diversa rilevanza della figurazione nelle due costituzioni mi fa pensare che essa abbia assunto il noto particolare rilievo soltanto nella composizione, successiva, della *Deo auctore* (si veda, comunque, *supra*, nt. 21).

(60) *Deo auct.*, 14: *Haec igitur omnia deo placido facere tua prudentia una cum aliis facundissimis viris studeat et tam suptili quam celerrimo fini tradere, ut codex consummatus et in quinquaginta libros digestus nobis offeratur in maximam et aeternam rei memoriam deque omnipotentis providentiae argumentum nostrique vestrique ministeri gloriam.*

formulazione, *una cum aliis illustribus et prudentissimis viris*, è ripetuta appunto nel *proemium* della *Tanta*, seguendo immediatamente l'*omne studium Triboniano ... credidimus*, e si inserisce a sua volta in una proposizione finale *ut... nostrum desiderium adimpleret*.

Ma ciò che convince maggiormente è un confronto con le costituzioni introduttive e programmatiche di altre opere di codificazione (quelle almeno che abbiamo, la *Haec quae necessario* relativa al primo Codice giustiniano, la *Ad similitudinem Gregoriani atque Hermogeniani* relativa al progetto teodosiano del 429, la *Omnes edictales generalesque constitutiones* relativa al codice Teodosiano del 435). Mi sembrerebbe, invero, quanto mai inopportuno (per non dire assurdo) (61) che in una costituzione programmatica, e per ciò stesso certamente e necessariamente determinata e precisa circa i metodi (se si vuole, e pur con una certa larghezza), le direttive, le linee programmatiche, ma al contempo vaga e generale, grave di titubanze e di incertezze circa gli effettivi risultati (tanto più in un campo, quello degli *iura*, in cui si doveva lamentare già un precedente grave insuccesso), Giustiniano si senta invece tanto sicuro del risultato (che pure *nemo neque sperare neque optare ausus est, res quidem nobis difficillima, immo magis impossibile*) da perdersi in disposizioni relative alla redazione grafica delle future copie (*Deo auctore*, 13) e al divieto di stilarne commenti ed opere interpretative (*Deo auctore*, 12); Nessuna delle costituzioni programmatiche più sopra ricordate riporta nel suo ambito disposizioni di tal genere (62): se il risultato era insperabile, se soprattutto già precedentemente non si era potuto effettuare, sarebbe più logico un discorso cauto, limitato a determinate direttive di lavoro (come è per il primo Codice la *Haec quae necessario*), senza dettare disposizioni per un futuro che dovrebbe poter essere lontanissimo (si pensi ai molti anni che erano stati necessari alla prima Commissione teodosiana per rendersi conto

(61) Per tal motivo, ritengo, la BIANCHINI (*Appunti su Giustiniano e la sua compilazione*, I, Torino 1983, p. 34) ammette che la *Deo auctore* sia stata per lo meno ritoccata una volta completata l'opera.

(62) Disposizioni di tal genere sono invece nelle costituzioni «pubblicatorie», in quella teodosiana del 438, per esempio (in part. § 1, inizio), nelle disposizioni che emergono dalla seduta del senato del 25 dicembre dello stesso anno per la recezione in Occidente dello stesso codice Teodosiano, nella *Summa rei publicae*, § 3).

dell'effettività dell'insuccesso) (63) e soprattutto soltanto eventuale.

Tuttavia, proprio al § 21, proprio relativamente alle disposizioni di cui ho testé detto, si legge nella *Tanta* l'unico riferimento ad una costituzione programmatica, che dovrebbe essere la *Deo auctore*: si tratta della breve frase *quod et ab initio nobis visum est, cum hoc opus fieri deo adnuente mandabamus* che introduce alla ripetizione ed esplicitazione del divieto di comporre commentari al Digesto. Peraltro, se il riferimento voleva essere fatto proprio al § 12 della *Deo auctore* (come vorrebbero far pensare le note di uguaglianza cui ho a suo luogo accennato), esso risulta senz'altro impreciso: la *Deo auctore* non è la costituzione con cui *hoc opus fieri deo adnuente mandabamus* (64)! O si fa qui riferimento all'autentica costituzione introduttiva, quella ai commissari rivolta, nella parte poi non riprodotta nella *Deo auctore*? che, quindi, in quella costituzione fosse espresso sì un divieto (ma semmai molto embrionale) che poi sia stato necessario ampliare e specificare in conformità con la *Tanta* (65)?

5. Il riferimento che il § 21 della *Tanta* dedica ad una costituzione programmatica è l'unico ostacolo (66) ad impedire un'ulteriore ipotesi che allontanerebbe ancor più nel tempo la « ricostruzione » della *Deo auctore*. È, infatti, l'unico tratto che ci assicuri della reale esistenza di una tale costituzione, quale ch'essa sia, escludendo la possibilità che l'imperatore avesse originariamente potuto limi-

(63) Mi sembra che le parole che dicono *perfecta et in tribus annis consummata, quae ut primum separari coepit, neque in totum decennium compleri sperabatur* (*Tanta*, 12) vogliano riferirsi, tenuto conto dei tempi, proprio ai lavori delle commissioni teodosiane, iniziati nel 429 e conclusi praticamente (ma con un insuccesso per quanto riguarda gli *iura*) circa un decennio dopo, nel 438.

(64) Cfr. *supra*, p. 204 ss..

(65) In conclusione quel *ab initio ... cum hoc opus fieri deo adnuente mandabamus* potrebbe essere stato scritto ad arte per collegare la *Tanta* alla *Deo auctore* e dare credibilità a quest'ultima; ovvero potrebbe essere stato pensato in origine come collegamento con la vera costituzione programmatica, conservato poi nel testo della *Tanta* poiché, dato il tenore vago del riferimento, potevano sempre trovarsi elementi (soprattutto dalla lettura del § 4 della *Deo auctore*) che potessero vagamente confermarlo. Di ben altro tenore è il riferimento che il § 1 della *Summa rei publicae* fa alle disposizioni programmatiche della *Haec quae necessario!*

(66) Peraltro superabile se solo si pensi che il riferimento era stato originariamente pensato non in rapporto alla *Deo auctore*, ma ad altra costituzione di cui non era necessario palesare l'intero contenuto alla data del 16 dicembre 533.

tarsi, una volta ultimata l'opera, nel 533, alla pubblicazione di essa tramite la *Tanta*, accennando all'incarico a suo tempo affidato, ma senza renderne pubblica la fonte. Ci si potrebbe chiedere qual mai necessità di « ratifica » (67) può aver coinvolto l'imperatore al difficile compito di « interpolare se stesso », quando sarebbe stata sufficiente la volontà espressa nell'emanazione dell'opera a conferirle la massima efficacia: che è poi il sistema seguito per le *Institutiones*, e per il secondo Codice.

Invero un'altra circostanza deve, a mio avviso, essere considerata: sia la cost. *Deo auctore* che la cost. *Tanta* sono state riprodotte nel secondo Codice giustiniano, sotto il titolo « *de veteri iure enucleando et auctoritate iuris prudentium qui in digestis referuntur* », ove campeggiano esse sole per tutta la loro lunghezza. Ora, si sa che i compilatori del secondo Codice ebbero altrettanto ampia libertà di operare sulle costituzioni, di *emendare*, di *circumducere*, di *separare*, di *replere*, di *retegere* (Cordi, 3), nonché di eliminare *constitutiones vero superfluas vel ex posterioribus sanctionibus nostris iam vacuatas*. Poiché la cost. *Deo auctore*, almeno per buona parte, non è che una scialba ripetizione della *Tanta*, perché non riportare solo quest'ultima?

A mio parere la risposta si legge appunto nei paragrafi che riproducono quel primo frammentario testo indirizzato ai Commissari in polemica con il regime della legge delle citazioni, che è, infatti, l'unico tratto della *Deo auctore* che non ha trovato l'usuale eco ingigantita nella *Tanta*.

E una conferma ne leggerei nel confronto col corrispondente titolo « *de auctoritate iuris prudentium* » (1,15) del primo Codice: anche questo, come C. 1,17 or ora citato, riproduceva due costituzioni soltanto, seppure di tenore totalmente diverso, in quanto l'una viene concordemente identificata con la legge delle citazioni di Valentiniano III e Teodosio II (68), e l'altra, una misteriosa costituzione

(67) Cfr. *supra*, p. 217.

(68) Com'è noto l'identificazione viene fatta sulla base della sola identità dell'*inscriptio*, « *impp. Theodosius et Valentinianus ad senatum* » fra C. Th. 1,4,3 e ciò che si legge al 1,15,1 del Pap. Oxy. 1814, unico vestigio del primo codice giustiniano, in rapporto alla collocazione di quest'ultima costituzione sotto il titolo « *de auctoritate iuris prudentium* » che praticamente dovrebbe sostituire il corrispondente titolo del Teodosiano 1,4 « *de responsis iuris prudentium* » (cfr. AMELOTTI-LUZATTO, *Le costituzioni giustinianee nei papiri e nelle epigrafi*, Milano 1972, p. 15 ss.).

di Giustiniano diretta al prefetto del pretorio Mena, doveva naturalmente conformarsi alla prima (69). Ebbene, la cost. *Deo auctore* (C. 1, 17, 1), ricollegandosi e contrapponendosi al contempo alla legge delle citazioni di cui nella sua prima parte riprende e controbatte il dettato punto per punto, mi sembra costituire la miglior risposta che i commissari del *Codex repetitae praelectionis* potessero opporre ai compilatori del titolo 1,15 del primo Codice.

Perciò, quand'anche a quella data (16 dicembre 534, *Cordi*, o poco prima) la costituzione 15 dicembre 530 non fosse stata ancora rimaneggiata, quand'anche i rifacimenti ipotizzati non fossero stati apportati proprio al momento della pubblicazione del Digesto nel 533, la cosa diventava comunque improrogabile al momento dell'inserimento nel secondo Codice della costituzione programmatica accanto e prima di quella definitiva: a questo punto quanto mai evidente risultava la necessità di stralciare da quel testo tutto quanto non corrispondesse più ai risultati ottenuti, così come apparivano dalla lettura della successiva C. 1, 17, 2 (cost. *Tanta*), ed anzi si avvertiva forse l'opportunità di completare il testo così frammentato in conformità con i risultati: cosa di più facile che sunteggiarvi di seguito i capitoli della *Tanta*?

(69) Circa l'identificazione di tale costituzione sono state avanzate ipotesi molto suggestive. Merita menzione in particolare quella del DE FRANCISCI [*Frammento di un indice del Primo Codice Giustiniano*, in *Aegyptus* 3 (1922), p. 68 ss.] che fa della costituzione stessa un'ulteriore riaffermazione della superiorità di ogni interpretazione imperiale di contro ad ipotesi concrete di contrasti giurisprudenziali (dunque, una delle tante *veteres altercationes decidentes*); merita menzione quella del BONFANTE [*Un papiro di Ossirinco e le « quinquaginta decisiones »*, in *BIDR* 32 (1922), p. 227 ss.] che vede nella costituzione l'atto con cui l'imperatore avrebbe preannunciato l'emanazione delle c.d. « *quinquaginta decisiones* ».

Nell'ambito di queste interessantissime ipotesi oserei avanzare qui una proposta che ritengo dovrebbe essere più attentamente vagliata, nei limiti del possibile. Nel clima di « piaggeria » nei confronti dell'imperatore quale si può immaginare e quale ci dicono tante pagine di Procopio (sia quando si erge ad amaro e pungente censore dei costumi della corte, come negli *anekdota*, sia quando loda ed esalta l'operato imperiale, come nel *de aedificiis*), riterrei poco probabile che la commissione del secondo codice abbia potuto sentirsi autorizzata a sopprimere, come inadeguata, anacronistica, errata, una costituzione dello stesso giovane imperatore, senza giustificazione alcuna, senza eventualmente poter dire di averla riutilizzata, se non tutta, in parte, in altro luogo. Sarebbe forse opportuno ricercarne le tracce, se possibile, nelle molte costituzioni dirette a Mena che sono pur riprodotte nel secondo Codice.

6. La mano è, in ogni caso, di Triboniano. L'Honoré ne riconosce lo stile passo per passo, direi di più, parola per parola (70). Per parte mia vi aggiungerei un'unica considerazione: che lo stile di Triboniano si riconosce fin dall'intestazione, dalla dedicazione della costituzione a Triboniano, ed in particolare nell'aggettivazione possessiva che segue la qualifica, *quaestori suo* (71).

Se mi è consentito oserei fare un'ipotesi su questa straordinaria dedicazione. Essa ha volutamente il tono familiare dell'*epistula*, creato, secondo me, ad arte e ad arte mantenuto (contro il confronto con la versione del Codice, in cui questa come altre *epistulae* sono riportate con l'aspetto formale della fredda ed astratta costituzione) per evitare che un controllo negli archivi della corte potesse svelare la sua inesistenza in rapporto al tempo in cui essa avrebbe dovuto essere emanata secondo la data ufficiale del 15 dicembre 530: il rapporto privato e quasi familiare fra l'imperatore ed il suo *quaestor* avrebbe giustificato la sua assenza dagli archivi; d'altra parte l'inserimento in essa di brani di una costituzione effettivamente emanata e ricevuta a suo tempo dai commissari (i §§ 4-6), necessariamente prima, pertanto, della data inventata per la lettera a Triboniano, il 15 dicembre 530, e questa facilmente controllabile negli archivi imperiali nonché ad opera degli stessi commissari che ne erano stati i destinatari, avrebbe dovuto logicamente dissipare ogni dubbio, se anche fosse sorto, di falsificazione (72).

(70) Cfr. HONORÉ, *Tribonian*, London 1978, p. 112, ed ivi i particolari richiami.

(71) Esempi di aggettivazione possessiva nell'intestazione di costituzioni imperiali non mancano, soprattutto laddove si tratti di *epistulae*, ma in tali casi il «suo» viene ad assumere una significazione sostantivale, ad indicare soltanto l'*amicitia*, in quanto non accompagnato dall'indicazione della qualifica pubblica del destinatario (per es. C. 10, 72, 14: ... *Eucharis suo salutem*; C. 11, 32, : ... *Verinus suo salutem*; C. 1, 21, 2 e C. 7, 62, 13: ... *Petronio Probianus suo salutem*; ecc.); qui invece il possessivo assume un valore ibrido fra quello amicale e quello che indica l'appartenenza, la dipendenza diretta del funzionario dall'imperatore.

Circa il largo uso di possessivi nello stile di Triboniano si veda anche HONORÉ, *op. cit.*, p. 82.

(72) Dunque, nonostante la contraria troppo sicura opinione del PARICIO, *rec. a Cenderelli, Digesto e predigesti. Riflessioni e ipotesi di ricerca*, in *AHDE* 54 (1984), p. 673 ss., si deve veramente ipotizzare una «burla imperial (anche se il termine "burla" non mi sembra né felice, né adeguato al clima di ossequio della corte del Basso Impero), no solo de las demas personas, sino de sus propios comisionados», sia pure negli stretti limiti che ho testé indicato (la critica sarebbe propriamente rivolta contro l'ipotesi del Cenderelli che vedrebbe nella schedatura degli *iura* effet-

Pur nel suo piccolo, la cost. *Deo auctore* rivela l'opera di una indubbia e grande personalità giuridica, cosa che non può negarsi in Triboniano, come pure di recente è stato riconosciuto (73). La serie delle costituzioni che a lui si riferiscono concordemente dimostra non soltanto una raffinatezza di stile (74), ma anche, e soprattutto, una straordinaria capacità di chiarificazione e sistemazione del pensiero giuridico: le costituzioni tribonianee (fra il 529 ed il 534) non si limitano ad imporre le soluzioni del diritto come promanate da una superiore e vincolante volontà impositiva, ma le vogliono giustificare, e ne provano la fondatezza con tutti i mezzi della logica giuridica, dalla domanda variamente retorica (75) all'argomentazione

tuata ma non portata a termine dalla prima commissione teodosiana del 429, e ritrovata accantonata negli archivi imperiali da Triboniano, quel « predigesto » che avrebbe costituito la base già apprestata del lavoro dei commissari: la « burla » consisterebbe nell'aver fatto credere che i commissari avessero lavorato direttamente sui testi antichi) Né a me sembra che debba sembrare tanto « inconcepibile » che un imperatore tenti di ricostruire la realtà dei fatti nella maniera e nella forma a lui più conveniente, senza che possa costituire ostacolo a ciò un rispetto della realtà vera o delle persone (solo per far qualche esempio si pensi alla paziente ricostruzione e falsificazione della realtà operata da Augusto, all'incendio romano di Nerone, al sogno di Costantino, ecc.). Purtroppo l'incendio degli archivi imperiali giustiniane, del *cartofilacium*, con la documentazione di tutti i misteri della corte di Giustiniano, che papa Gregorio I lamenta in una lettera del 599 (IX, 229) « *ut omnino ex eius temporibus paene nulla carta remaneret* », ha impedito alla storiografia cronachistica del tempo di documentarsi più sicuramente.

Non si dimentichi, però, che l'imperatore, accentrando nelle sue mani ogni espressione di vita del tempo, si costituisce lui stesso come unica realtà; non si dimentichi che il Digesto stesso, e il *Codex* prima ancora, vengono proposti fin dall'inizio come rifacimenti, rielaborazioni, sunti, per stessa ammissione imperiale, come dei falsi documentali: e pure *nemo ex comparatione veteris voluminis quasi vitiosam scripturam arguere audeat* (*Deo auct.* 7).

(73) Cfr. CENDERELLI, *Digesto e predigesti. Riflessioni e ipotesi di ricerca*, Milano 1983, in part. p. 47 ss.

(74) Rimando ancora una volta all'*HONORE*', *op. cit.*, ed in particolare ai capitoli 3, *His Latin Style*, e 4, *His Greek Novels*.

(75) Le costituzioni tribonianee risultano spesso costruite intorno ad uno o più punti interrogativi (si veda *infra*, nt. 81), o comunque punteggiate di interrogativi. L'interrogazione, in particolare nel testo scritto legislativo, viene a svolgere un'importante funzione di riflessione e di convincimento: essa infatti induce necessariamente ad un ripensamento, in quanto di fronte ad essa ci si pone, anche inconsciamente, nella disposizione di chi debba rispondere. E quando la risposta è nell'argomentare stesso, quando si deduce implicitamente dalle premesse, la convinzione del destinatario della norma ne risulta assoluta. Ma è un non usuale modo di esprimere le norme, con finalità più didattica che non imperativa. Bastino pochi esempi: tali sono, per

per assurdo basata sulla previsione delle conseguenze negative di comportamento non conforme (76), dalla citazione della dottrina come autorità del precedente (77) al confronto polemico con l'opinione dei *veteres* (78), dall'impostazione sistematica e tecnica delle varie ipotesi (79) alle valutazioni filosofeggianti su basi di utilità sociale (80). L'autore ne deve essere senz'altro un giurista, un giu-

esempio, gli interrogativi già incontrati nella stessa Deo auctore (*supra*, p. 204), tali gli interrogativi di C. 1, 14, 12 (529), *quid enim maius, quid sanctius imperiali est maiestati? vel quis tantae superbiae fastidio tumidus est, ut regalem sensum contemnat ...?*; così deve considerarsi il *cur enim, quod in principalibus personis iustum est, non ad heredes et adversus eos transmittatur?* di C. 8, 37, 13 (530); così C. 6, 27, 5, 1b (531), *quare non hoc et in hereditate et humanius et favore libertatis inducimus, ut, si quis servum suum scripserit heredem sine libertate, omnimodo civis Romanus efficiatur?*; così tutto il § 3 ed il § 5 di C. 6, 58, 14 (531); ecc.

(76) Tale potrebbe essere il *quod si pater hoc facere supersederit, ipse usuras vel ex redditibus vel ex sua substantia omnimodo dare compelletur* di C. 6, 61, 8, 4a (531); e tale il *quod si praedictum iusiurandum subire minime maluerit, tunc quasi falsa chartula nullas habeat vires adversus eum, contra quem prolata est* di C. 4, 21, 21, 3 (530); così C. 7, 32, 12, 1 (531-532); ecc. (talora tale forma stilistica si può esprimere anche con una interrogativa retorica come in C. 7, 37, 3 del 531: *Quod satis inrationabile est. quae enim differentia ...?*).

(77) Dalle citazioni dei giuristi (cfr. HONORÉ, *op. cit.*, p. 76 ss.) alla citazione di costituzioni imperiali precedenti, come in C. 4, 35, 23 pr. (531-532) o in C. 2, 7, 29(9) (531-534), ecc.

(78) Il confronto è particolarmente evidente nelle frequentissime costituzioni che sono impostate nella forma *veterum ambiguitatem decidentes sancimus* (come in C. 4, 29, 24), o *antiquae iurisdictionis retia et difficillimos nodos resolventes et supervacuas distinctiones exsulare cupientes sancimus* (di C. 4, 29, 23), o *veteris iuris altercationes decidentes generaliter sancimus* (di C. 8, 37, 13), o *magnam legum veterum obscuritatem, quae ..., amputantes sancimus* (di C. 8, 37, 12), o ancora *supervacuam observationem veterum legum, per quam ..., amputamus praecipientes* (di C. 6, 41, 1 e *maximum vitium antiquae subtilitatis praesenti lege corrigimus* (di C. 6, 2, 8, 4).

Ma spesso il confronto diviene addirittura una ricostruzione storica dell'istituto (così, per esempio, C. 3, 33, 16 pr. del 530), che può prendere le mosse dalla più remota antichità del diritto, come le XII tavole, per dipanarsi attraverso l'opinione dei *veteres*, fino al giustiniano *sancimus* (così in C. 6, 58, 14 del 531).

(79) Così per es. in C. 3, 1, 14 (530), in C. 7, 15, 1 (530), in C. 6, 38, 4 (531); talora tramite l'espressione introduttiva d'ogni singolo caso *sin autem*, o *si enim*, o *sed si* (come in C. 5, 70, 7, o in C. 8, 33, 3, ecc.) o tramite il *quid enim* interrogativo (come in C. 6, 51, 1, 9b) o altre simili.

(80) Sono frequentissime espressioni come *non est iuris incerti* [C. 2, 56(57), 1], o *apertissimi iuris est* (C. 3, 1, 16), o *certi iuris est* (C. 3, 1, 17), o *manifestissimi quidem iuris est* (C. 6, 2, 22 pr.), ecc., che, per quanto debbano forse essere riferite ad assenza di incertezze di valutazione giuridica (le *veteres altercationes*), potrebbero

rista che scrupolosamente ritorna sulle sue dimostrazioni con pazienza di scuola, con intento di chiarificazione estrema, con scopi di persuasione (81): un maestro, *doctissimus*, ὁ πολυμαθέστατος, come era comunemente definito per fama secondo il detto di Giovanni Lido, uomo che dimostrava una παιδεία ἐς ἄκρον, come ne parla Procopio (e sono testimonianze attendibili in quanto non contraddette nemmeno nell'attimo in cui i due autori fanno denuncia dei gravi difetti del *quaestor*) (82), ma che, allettato dai facili risultati della vita politica, spinse l'adulazione per Giustiniano, rimproveratagli da Procopio, al punto di affidare alle mani imperiali la sua idea o forse, come dirò fra breve, la sua opera, con la ben fondata speranza di ricavarne un compenso politico.

tuttavia già di per sé implicare una riflessione filosofeggiante. Ma altrettanto frequenti ed assai più pregnanti per quanto si è detto sono frasi del tipo *satis acerbum et nostris temporibus indignum esse iudicamus* ... di C. 6, 57, 5, 1 (529); *indignum esse nostro tempore putantes* ... di C. 8, 10, 13 (531); *sed humanius et latius eandem legis interpretationem extendere in omnibus casibus in quibus ..., melius etenim est* ... di C. 2, 40(41), 5, 1 (531); *cum satis inhumanum est* ... di C. 11, 48, 23 pr. (531-534); *satis acerbum et tam nostris temporibus quam iustis legibus contrarium est* ... di C. 4, 18, 2, 1 (531); *cum in nostris temporibus, in quibus ..., satis esse impium credidimus* di C. 7, 24, 1 pr. (531-534); *licet antiquis legibus permittebatur ... attamen indignum nostris temporibus esse videtur* di C. 6, 21, 18 (532); così tutto il § 3 di C. 4, 35, 23, che confronta il tempo attuale coi *tempora Anastasiana*, ecc.

(81) Si noti come spesso le costituzioni del periodo triboniano potrebbero dirsi costruite secondo un unico schema costituito di due o più parti: a) la impostazione del problema o mediante l'interrogazione o mediante il resoconto in sintesi delle *antiqui iuris altercationes*; b) la trattazione dell'argomento presso i *veteres*; c) la statuizione attuale (*sancimus*); d) i vari casi (es. C. 6, 2, 21; C. 7, 6, 1; C. 7, 15, 1; C. 3, 33, 16; ecc.).

(82) Cfr. Lyd., *de magistr.* 3, 20; ὁ πολυμαθέστατος significa « molto colto, ricco di dottrina e di sapere »; cfr. Proc., *de bello pers.* 24, 11 ss. nonché 25, 2: soprattutto è interessante notare la fama che, a detta di Procopio, lo vuole a nessuno seconda nella cognizione di tutte le arti (παιδείας ἐς ἄκρον ἀφίκετο), cioè nel sapere del tempo.

Vi è senz'altro dell'esagerazione nella lode che Giustiniano rivolge al suo *quaestor* (Tanta 17) che *antiquae autem sapientiae librorum copiam maxime praeibuit in quibus multi fuerant et ipsis eruditissimis hominibus incogniti*, ma vi deve essere anche a mio avviso qualcosa di vero: la qualifica di uomo ricco di cultura, ricco di tante nozioni del sapere giuridico e di eloquenza non è mai smentita, nemmeno laddove i due maggiori cronisti del tempo (appunto Giovanni Lido e Procopio) rivelano i difetti e le carenze di Triboniano, che, a ben vedere, riguardano soltanto l'uomo ed il politico, avido di ricchezze, adulatore, corrotto: Lyd., *ibidem*; Proc., *an.* 13, 12.

E invero Giustiniano stesso mostra di riconoscere al *quaestor* un ruolo di importanza veramente straordinaria nella compilazione del Digesto, talché la sua funzione ci appare davvero molto più incidente di quella di un semplice « presidente » della commissione, di un semplice *gubernator* (di *gubernatio* parla la *Tanta*, § 9 e § 11, così come, nella stessa forma, la *Deo auctore*, § 3) (83). Sarebbe inconcepibile ed assurdo un tale ossequio, un tale rispetto, un'adulazione così evidente dell'imperatore nei confronti del proprio funzionario senza ipotizzare una più concreta partecipazione dello stesso alla formazione del Digesto, che non si limitasse alla semplice *gubernatio* relativamente alla raccolta di testi non propri, secondo indicazioni di schema (formale e sostanziale) non proprie, e con possibilità di intervento sui testi stessi in base a poteri delegati dall'alto con precise disposizioni: l'espletamento di un tale lavoro non potrebbe giustificare le lodi di Giustiniano.

Se a ciò si aggiunga l'*omnia enim merito nostra facimus, quia ex nobis omnis eis impertietur auctoritas* della chiusa del § 6 della *Deo auctore*, riferendolo in questo caso non strettamente al rapporto fra l'imperatore ed i giuristi rappresentati nel Digesto (come letteralmente dovrebbe essere inteso), bensì al rapporto fra l'imperatore e l'operato della commissione e del funzionario in particolare (84) (quel funzionario di cui al massimo ci si può compiacere

(83) Come tale il suo nome non sarebbe tanto esaltato (si veda *Deo auct.* 3, *ingenii tui documentis ex nostri codicis ordinatione acceptis*; *Tanta* 9, *qui similiter eloquentiae et legitimae scientiae artibus decoratus et in ipsis rerum experimentis emicuit nihilque maius nec carius nostris unquam iussionibus duxit*; *Tanta* 11, *viro excelso, qui ad totius operis gubernationem electus est*; ma è significativo altresì che il nome del funzionario ricorra così di frequente, anche se accompagnato dalle semplici qualificazioni laudative d'uso per la sua carica, ad indicare una sua particolare attività in relazione alla compilazione): nessuna esaltazione, infatti, accompagna il nome di Antioco, per esempio, per il codice Teodosiano, o anche, per il primo codice giustiniano, il nome di Giovanni, i cui meriti, anzi, apparirebbero addirittura usurpati dallo stesso Triboniano, se si leggessero senza cognizione dei precedenti le parole che la *Tanta* giustiniana dedica al ricordo del primo Codice, immediatamente dopo una prima frase ammirativa nei confronti del suo *quaestor* (*Tanta*, 1 fine-2).

(84) La frase in sé è un'affermazione di assoluta centralizzazione del potere che non sopporta rivalità e di fronte alla quale cede anche il riconoscimento della paternità di un'opera (e tale opera può essere sia la creazione originale dei giuristi classici, sia l'operato della commissione triboniana, sia l'attività di Triboniano in particolare). A mio avviso la frase acquista un significato più ampio che prescinde dal particolare confronto con le opere dei giuristi escerpiti.

per la diligenza dimostrata quale esecutore di ordini e direttive), non si vede qual mai impulso di riconoscenza debba muovere Giustiniano nei confronti del *quaestor* da tradursi in palese parzialità, e in sperperate lodi, e nell'attribuire a questi un merito eccezionale (85).

Appunto alla luce di tutto ciò ben altro significato mi sembra assumere la straordinaria affermazione di fiducia che Giustiniano manifesta al suo *quaestor* nel fatto inusitato (e non giustificabile, come lo vorrebbe l'imperatore, con le chiare prove di capacità (86) e fedeltà dimostrate durante la compilazione del Codice — a meno che

(85) Al contempo a più riprese Giustiniano pretende di inserire la sua opera accanto a quella di Triboniano, protesta la sua personale partecipazione ai lavori, vanta frequentissimi interventi imperiali ed un costante controllo, una supervisione ininterrotta sull'opera dei commissari (il passo più indicativo in questo senso è *Tanta pr.*, sulla fine; ma si deve anche ricordare il precedente *per nostram vigilantiam*, il *sed cum omnia percontabamur* ed il *secundum nostra mandata* del § 1, nonché tutto l'atteggiamento della costituzione che riferisce alla 1^a pers. del plurale (e cioè alla maestà imperiale) tutte le attività e le iniziative della compilazione; si aggiungano ancora l'intervento finale di approvazione espresso nella chiusa del § 11 — peraltro in relazione, in particolare, alle *Institutiones* —, e le *constitutiones ad commodum operis pertinentes* che ricorda la cost. *Cordi*. E tutto ciò risulta così inusitato e fuor di luogo in occasione di una codificazione, anche alla luce dell'orgogliosa centralizzazione di ogni attività espressa nell'*omnia enim merito nostra facimus*, che potrebbe giustificarsi solo come ingenuo tentativo imperiale di conciliare due opposte necessità politiche, quella di tacitare le giuste rivendicazioni tribonianee sulla paternità dell'opera e quella di arrogarsene i meriti a maggior gloria del proprio giovane regno. Appunto quelle ripetute proteste di partecipazione, quegli interventi troppo vantati a me sembrerebbero quasi una rivalsa di Giustiniano di contro ai meriti del *quaestor*.

Giustiniano rivela un'estrema grandezza nell'aver compreso ed esaltato il valore di un'idea (o, piuttosto, come dirò fra breve, di un'opera già ben avanzata) a lui sottoposta, forse per adulazione, dal suo funzionario: ed è grandezza di non poco conto se rileggiamo ancora una volta in questa luce l'*omnia enim merito nostra facimus, quia ex nobis omnis eis impertietur auctoritas. nam qui non suptiliter factum emendat, laudabilior est eo qui primus invenit*: infatti, non si potrebbe leggere anche sotto quest'ultima frase (che vorrebbe essere rivolta, in realtà, ad un confronto fra l'opera creativa dei giuristi antichi al momento della produzione dei loro scritti e l'opera correttiva dei commissari al momento dell'utilizzazione di quegli scritti) una più ampia finalità di confronto fra l'opera del *quaestor*, meramente compilativa quando la si consideri a prescindere dalle direttive giustinianee, e l'opera dell'*emendatio* imperiale?

(86) I soli meriti scientifici difficilmente avrebbero potuto produrre i notevoli risultati che sono evidenti nell'evoluzione della carriera politica di Triboniano fra il 529 ed il 530 (sul punto CENDERELLI, *op. cit.*, p. 45 s.).

in questa fedeltà, nel *nihilque maius nec carius nostris unquam iussionibus duxit* del § 9 della *Tanta*, non si veda l'ossequio del suddito che nelle mani dell'imperatore ripone il suo progetto, o forse, come meglio dirò, la sua opera iniziata —) della concessione a Triboniano non solo della *gubernatio*, ma altresì della più ampia libertà di scegliere i propri collaboratori *tam ex facundissimis antecessoribus quam ex viris togatis fori amplissimae sedis*.

Risulta infatti quanto mai strano che ad introduzione del Digesto sia preposta non la costituzione che ha conferito a Triboniano ed ai commissari il *iussum* imperiale relativo all'opera, ma una successiva, o, meglio, una nella quale si dice che il conferimento era a suo tempo avvenuto: e purtuttavia Giustiniano non ritiene opportuno di palesare il nome dei commissari che avrebbe dovuto bene essergli noto avendoli egli *introduciti in nostro palatio* (87) ed *electi* (*Deo auct.* 3), ne indica bensì con chiara precisione (troppo chiara per derivare da un semplice suggerimento dato a suo tempo al *quaestor*) le categorie intellettuali d'appartenenza, la scuola ed il foro, ma sembra far mostra di non conoscerli.

Se facciamo un confronto col modo di procedere di Teodosio II o anche con quello usato da Giustiniano per il suo primo Codice, risulta ben evidente la differenza: nel 528 (per limitarmi alla precedente esperienza giustiniana) l'imperatore aveva indirizzato la *Haec quae necessario* al senato di Costantinopoli, vi aveva bensì espresso la sua premura di render edotti i senatori circa le sue decisioni in materia di codificazione, circostanza questa che dimostra come anche in questo caso il conferimento dell'incarico fosse avvenuto in precedenza, almeno come atto personale fra l'imperatore e gli eletti, ma vi aveva indicato singolarmente ogni membro della commissione: peraltro i toni della *Haec quae necessario*, a ben vedere, mi sembra che non allontanino di molto nel tempo il *iussum* imperiale

(87) Il Cenderelli (*op. cit.*, p. 50 e p. 48 nt. 9) ritiene che l'*introductio in nostro palatio* si riferisca ad un atto dovuto contemporaneamente ad una « incredulità » imperiale e ad una « scrupolosità » triboniana per verificare la consistenza dell'archivio di dottrina residuo dai lavori della prima commissione teodosiana e scoperto a distanza di un secolo da Triboniano. A me sembra che l'atto, per come è espresso e nel contesto in cui è espresso (soprattutto in quanto seguito dall'espressione *tuo testimonio placitis* che per l'approvazione dei commissari espressamente richiama l'intervento triboniano) si riferisca soltanto all'imperatore che consente l'ingresso a corte di quegli uomini che per ciò, non essendo funzionari, avrebbero avuto bisogno di uno speciale permesso.

rispetto alla data del 13 febbraio 528, ma che facciano pensare piuttosto ad una semplice e breve anteriorità (88). Diversa è la situazione della *Deo auctore* che, per essere presa come costituzione rappresentativa per l'inizio dei lavori di compilazione del Digesto, ci aspetteremmo menzionasse a sua volta uno per uno i commissari di cui così bene conosce l'estrazione culturale.

Ora, l'espressione *iussimus quos probaveris ... eligere* che leggiamo nella *Deo auctore* (§ 3) potrebbe essere, a mio avviso, indizio di una diversa anteriorità. Generalmente si considera il *probaveris* come un futuro anteriore da ricollegare secondo le regole sintattiche all'infinitiva *eligere*, a sua volta dipendente dal perfetto *iussimus*: se ne deduce, perciò, che la *probatio* deve precedere, com'è logico, l'*electio*. Non ci si è però mai posto il problema di una eventuale anteriorità della *probatio* rispetto allo stesso *iussum*. Ebbene a me sembra che l'espressione possa significare non soltanto un'idea di possibilità presente o futura a descrivere una situazione in cui la scelta, l'« approvazione » triboniana al momento del *iussum* dovesse essere ancora fatta (come generalmente la si intende), ma anche, e piuttosto, un'idea di anteriorità sempre rispetto al *iussum*, quasi che già al momento di questo la scelta triboniana fosse ben avvenuta (89).

(88) Ugualmente per quanto riguarda il codice Teodosiano, sia la cost. *Ad similitudinem Gregoriani atque Hermogeniani* del 429, sia la cost. *Omnes edictales generalesque constitutiones* del 435 sono dirette al senato, e costituiscono notifica allo stesso della decisione imperiale e dell'avvenuta elezione di commissari (C. Th. 1, 1, 5: ... *lectos vestra amplitudo cognoscat*; C. Th. 1, 1, 6: ... *erunt contextores huius Theodosiani codicis* ...): e in tali casi vi è, a mio avviso, una ancor più stretta correlazione temporale fra l'*electio* e le due costituzioni, quasi di contemporaneità.

(89) Considerando il *probaveris* come un perfetto congiuntivo di cortesia si supera anche l'obiezione che potrebbe muoversi, che la versione latina di una frase del tipo « comandai che fossero eletti ufficialmente quelli stessi che tu avevi già provati per tuo conto » richiederebbe piuttosto l'uso di un imperfetto indicativo *probaveras*; si noti, inoltre, che, avendo ipotizzato che l'imperatore fosse stato fino ad allora all'oscuro circa le iniziative compilatorie di Triboniano e soprattutto circa le persone coinvolte, la loro identità, i loro nomi, il perfetto congiuntivo assume, accanto ad una colorazione di cortesia, anche una di eventualità: esso si giustificerebbe, pertanto, sia in quanto collegato sintatticamente col perfetto indicativo, *iussimus*, che è un perfetto logico o perfetto presente indicante un'azione del passato le cui conseguenze perdurano però nel tempo presente, sia in quanto si pone come forma di cortesia nei confronti di Triboniano (si ricordino i tanti congiuntivi imperativi del § 7; vedi anche *supra*, nt. 19), sia in quanto esprime l'eventualità e l'autonomia dell'iniziativa di Triboniano.

Ecco giustificato sotto questa ipotesi lo strano comportamento dell'imperatore relativamente alla preterizione dei nomi dei commissari, ch  al momento della nomina (o ratifica) imperiale erano gi  in opera sotto la direzione e per iniziativa del solo Triboniano, ma di ci  l'imperatore poteva essere stato eventualmente all'oscuro: rifacendosi a quel momento la cost. *Deo auctore* rievoca inconsciamente l'atmosfera di quel momento, la ratifica imperiale rispetto a nomi che l'imperatore apprendeva allora per la prima volta e di cui solo poteva facilmente ricordare la funzione, anche per il fatto che per la prima volta nel movimento codificatorio di quei secoli figuravano gli *antecessores*.

7. Come la cost. *Deo auctore*, cos  anche la Nov. XVII, *de mandatis principum*, indirizzata nel 535 a Triboniano *quaestori sacri palatii et ex consuli*, presenta una curiosa costruzione che offre tratti d'analogia con quella della costituzione del 15 dicembre 530, segno di una tendenza letteraria, di uno stile, propri del *quaestor*: la *praefatio* (o *προῤῃμιον*) ed i 17 *capita* in cui si snoda la disposizione imperiale *de mandatis*, nella forma di un discorso personale dell'imperatore rivolto ad un generico ed ideale « tu » (*tibi percipienti administrationem*), assunto ad interlocutore ideale e continuamente menzionato sia nella forma pronominale sia in quella verbale, risultano preceduti da una sorta di « introduzione » personalissima diretta in prima persona ad un diverso « tu », a Triboniano. La finale in questo caso non riprende il discorso con il *quaestor*.

Si deve notare che l'« introduzione » si presenta soltanto in lingua latina, perch  presumibilmente soltanto in latino fu scritta (90), mentre a seguito di essa *praefatio* e *capita* offrono le due versioni, latina e greca, a costituire il *liber mandatorum*, quello di cui nell'« introduzione » anzidetta si vanta la composizione (*ideo librum mandatorum composuimus*) e che si dice allegato (*qui subter per utramque linguam adnexus est*).

Tuttavia il carattere additivo del *liber mandatorum* rispetto

(90) Cos  testimonierebbe anche l'*inscriptio* riportata nella *Collectio Athanasiana* che altro non fa se non trasporre in greco le singole lettere latine   αὐτὸς βασιλεὺς Triboniano *quae* ἑστὸρι ἐξ πλούριμις ἀντίκτοις (vedasi la nota relativa nell'edizione critica Schöll-Kroll). Cos  afferma il BIENER, *Geschichte der Novellen Justinians*, Berlin 1824, p. 256. Cos  si dovrebbe argomentare dal fatto che il *liber mandatorum* viene riprodotto nei Basilici (6, 3, 22), privato, perch , dell'« introduzione » cos  come della *praefatio*.

all'« introduzione » risulta ben evidente soltanto allorché lo si consideri nella versione greca, ove fa fede di ciò non solo la diversità della lingua, ma anche e soprattutto il fatto che il *liber* sia preceduto a sua volta, come un'autonoma costituzionale imperiale, da una sua intestazione, solenne e spersonalizzata, ἐν ὀνόματι τοῦ δεσπότητος Ἰησοῦ Χριστοῦ τοῦ θεοῦ ἡμῶν Αὐτοκράτωρ Καῖσαρ Φλάβιος Ἰουστινιανὸς Ἀλαμανικὸς Γοτθικὸς Φραγγικὸς Γερμανικὸς Ἀντικὸς Ἀλανικὸς Βανδαλικὸς Ἀφρικανὸς εὐσεβὴς εὐτυχὴς ἔνδοξος νικητὴς τροπαίουχος ἀεισέβαστος Αὐγουστος. La versione latina, invece, ricollegandosi direttamente alla parte introduttiva dopo aver soppresso l'autonoma intestazione, si costruisce come un discorso unitario sotto l'unica dedica a *Triboniano quaestori sacri palatii et ex consuli*, per cui, senza il conforto del testo greco, potrebbe risultare a prima vista difficile distinguere il « tu » rivolto al *quaestor* dal « tu » rivolto al futuro magistrato.

Ma isolando l'« introduzione » dal resto si può ben dire che essa stessa costituisca nel suo piccolo un'intera costituzione imperiale, nella forma di un'*epistula* che si conclude con la formula imperativa espressa tramite il congiuntivo di cortesia *praecipiat* (91).

Giustiniano (o Triboniano?) mostra di non aver dimenticato la partecipazione del *quaestor* ai lavori per la raccolta degli *iura* (92), e le prime parole sono ancora dedicate ai *libri antiqui qui iura*

(91) Così come *praecipiat* era la forma con cui riprendeva, nel § 14 della *Deo auctore*, il discorso con Triboniano.

(92) Il ricordo e la riconoscenza imperiali sono testimoniati anche dalla *Nov. XXXV, de adiutoribus quaestoris*, anch'essa rivolta a Triboniano, e anch'essa nel 535, che riveste un interesse particolare. Il § 4, *Cum igitur in praesenti comperimus eos, qui confectioni legum a nobis elimatarum et in ordinem per tuam excellentiam digestarum suum ministerium praebuerunt, dignos esse fungi adiutoris officio, quamvis cordi nobis est praedictum adiutorum numerum in sua stabilitate decurrere, tamen eos idoneos constitutos huiusmodi spe defraudari nullo modo iustum esse aestimamus*, è invero molto suggestivo: ma non concede poi quel che pare promettere.

L'esordio riferisce anche in questo caso delle *multae dubitationes* circa il numero degli *adiutores quaestoris* sorte in antico, e precisamente durante la questura di Thomas (?), che *quaestoriam censuram gubernabat nuper tam scrinii memoriae quam epistularum* con l'ausilio di 12 *adiutores* per la cancelleria *memoriae* e 14 (7+7) per le cancellerie *epistularum* e *sacrarum libellorum*, di Johannes (?), *viri magnifici quaestoris, cum per prolixum tempus tale gessisset officium*, allorché il numero degli *adiutores* si era accresciuto a dismisura, e di Proculo, *excelsae memoriae*, che nel periodo di regno di Giustino fra il 518 ed il 527, essendo questore, si era fatto promotore di una costituzione imperiale che stabiliva di ritornare all'antico numero di 26, costituendo per le unità eccedenti una sorta di « ruolo ad esaurimento » (la costituzione

nominis Romani continebant, i quali, per parte loro, avevano documentato tanta attenzione ai *mandata principis*:

Ex libris antiquis, qui iura nominis romani continebant, non ignorat tua sublimitas, quanta de mandatis principum legum latores in suo quoque volumine conscripserunt.

Il conforto degli *antiqui libri* è solo una causa occasionale rispetto alla presente disposizione, è un riferimento colto ad un'opera precedente, è un tentativo di collegare il *liber mandatorum* alle codificazioni di *leges* e di *iura* di quegli anni: ma è anche una breve premessa (sul tipo di quelle che si leggono nelle costituzioni « triboniane » del Codice, in cui il confronto contrapposto con l'opinione dei *veteres* viene espresso tramite la forma verbale del participio presente a preludio dell'imperativo, *sancimus*) (93) che dà rilevanza e forza al successivo *n o b i s repara[n]tib[us] om[n]em vetustatem iam deperditam, iam diminutam, placuit*, che riprende esattamente le forme grammaticali e sintattiche delle costituzioni ricordate del Codice.

Fraresi e parole si susseguono poi a ribadire la necessità amministrativa di un *liber mandatorum* come guida per una buona amministrazione: i toni sono descrittivi, o, al massimo, ottativi. Solo la frase finale,

Illustis igitur auctoritas tua, ad quem quaestoria pertinet censura, eadem mandata et in libris legum transcribere et in sacro laterculo deponi praecipiat, quatenus ex his una cum codicillis suscipiendis administratores, quemadmodum possint reipublicae subvenire, non ignorent,

suggerita da Proculo — o piuttosto, si noti, le due costituzioni — sono riportate come un solo testo unitario in C. 12, 19, 13, sotto il nome dell'imperatore Giustino, appunto, ma senza data, e riprese in un'altra costituzione senza data — ma certamente del 527 dal momento che risulta al nome di Giustino e Giustiniano, riportata in C. 12, 19, 15).

Derogando alle disposizioni così già approvate Giustiniano concede che coloro che hanno prestato la loro opera alla confezione del Digesto siano assunti nel numero dei 26 *adiutores* non appena se ne presenti la occasione per essersi liberato un posto, senza attendere il proprio turno e rispettare altre precedenza, se non quella, eventuale, del figlio di colui che *deficiat*. È però strano che i cinque nomi fatti da Giustiniano, Theodosius, Epictetus, Quirillus, Sabbatius e Perigenes, siano a noi assolutamente sconosciuti, quando dalla lettura del § 4 ci saremmo aspettati un riconoscimento nei confronti dei commissari della *Tanta*.

(93) Cfr. *supra*, nt. 81.

costituisce un imperativo diretto, rivolto a Triboniano, ed esprime, invero, lo scopo della « costituzione », consistente nella cura affidata allo stesso Triboniano relativa alla trascrizione dell'allegato *liber mandatorum in libris legum* e alla deposizione dello stesso *in sacro la-terculo* (94).

Non v'è dubbio che questo rientrasse nei compiti del *quaestor sacri palatii*, preposto, fra l'altro, alla conservazione degli archivi imperiali e alla necessaria archiviazione dei testi legislativi (95).

(94) Cfr. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, V, Napoli 1967, p. 223.

(95) Non sono molte le costituzioni che Giustiniano indirizza al suo *quaestor sacri palatii* Triboniano durante il periodo di carica di questi: ed invero, considerando la prima, trionfale, manifestazione di lui nello splendore della sua funzione e circondato come da baluardo delle lodi imperiali (*Deo auctore*), e considerando il numero relevantissimo di costituzioni che sono indirizzate invece al prefetto del pretorio Mena (528/29), al prefetto del pretorio Demostene (529), a Giuliano (530), a Giovanni (531 ss.) o ad altri funzionari maggiori, l'esiguità del numero potrebbe lasciare perplessi.

Innanzitutto tale esiguità può essere giustificata con la natura della carica ricoperta da Triboniano. Nemmeno il lungo corso di anni utili prima di Giustiniano vede la questura di palazzo molto rappresentata nella dedica di disposizioni imperatorie. Il Codice Theodosianus ne riporta 4 (C. Th. 1, 8, 1; C. Th. 1, 8, 2; C. Th. 6, 26, 17; C. Th. 11, 39, 5); il Giustiniano ne cita invece 5, di cui però due ripetono citazioni teodosiane (e sono C. 1, 30, 1 = CTh. 1, 8, 2 e C. 12, 19, 6 = CTh. 6, 26, 17, cui si aggiungono C. 1, 17, 1, la *Deo auctore*, e C. 7, 63, 5, ugualmente indirizzate a Triboniano, nonché C. 12, 19, 13, rivolta a Proculo, su cui *supra*, nt. 92).

Si tratta in genere di argomenti tutti strettamente legati alla carica di *quaestor sacri palatii*. In particolare delle 5/6 costituzioni che hanno come destinatario Triboniano [una essendo geminata ed una indirizzata ad un (?) Triboniano *praefectus urbis*] tre riguardano la materia degli appelli; rimangono isolate la *Deo auctore*, appunto, questa *Nov. XVII, de mandatis*, e la *Nov. XXXV, de adiutoribus quaestoris* (su cui *supra*, nt. 92) cui si deve forse aggiungere l'*Ed. IX, de argentariorum contractibus, Triboniano praefecto urbis*.

Al 15 novembre (settembre) del 529 risale una costituzione che trova luogo nel titolo *de temporibus et reparationibus appellationum seu consultationum* del *Codex repetitae praelectionis*, al numero 5 (C. 7, 63, 5).

La struttura della costituzione è semplice.

L'esordio accenna brevissimamente ad anteriori leggi alle quali dimostra di voler corrispondere: e pertanto, a sequela di esse, dispone un *iustum libramentum* degli spazi temporali necessari.

Segue la disposizione, *sancimus itaque*, che si snoda per tutti i §§ 1, 1a, 1b, stabilendo i tempi utili per proporre appello a seconda delle regioni.

Al § 1c ritorna la citazione delle *antiquae leges* le quali stabilivano un solo *dies fatalis*, circostanza, questa, che facilitava assai la estinzione della lite dovuta alla inattività della parte eventualmente impedita da vari, pur gravi, motivi.

Non mi sembra però che tale attività del *quaestor* dovesse essere esplicitamente espressa, tanto da richiedere la formulazione di una costituzione: essa è implicita nella funzione della questura di palazzo, talché le costituzioni risultano generalmente prive della disposizione relativa, ovvero, se anche presentano una nota analoga, questa si riferisce non già alla *insinuatio in acta* da parte del *quaestor*, ma alla pubblicazione e pubblicizzazione dell'atto imperiale, così come pre-

Segue un secondo *sancimus*, preceduto dall'usuale forma causativa del participio presente, *fortunaes relevantes insidias*.

Al § 2 si discute un altro caso, anche questo introdotto col rimando alla disciplina anteriore (*in his autem casibus, in quibus biennium constitutum est*) e anch'esso risolto con l'indicativo imperante *coartamus*.

Le disposizioni che seguono sono tutte aggiuntive: così quella del § 3, anche se l'estensore non se ne rende conto, ricollegandosi essa direttamente alle disposizioni precedenti, così quella del § 4, del § 5, del § 6, dove soprattutto ciò si fa evidente, in particolare nella forma iniziale dei §§ 4 e 5, nell'*illud enim merito addendum huic legi censemus* e nel *cui consentaneum est*. L'imperatore (o chi per lui), dopo d'aver seguito la normativa antica per approvarla o per discostarsene, ma pure in tal caso ponendosela accanto a guida e confronto, si riscatta poi dalla sequela del passato e mostra di aver recepito le esigenze pratiche del nuovo secolo.

Nel 536 Triboniano riunisce in sé la funzione di *magister officiorum* e di *quaestor sacri palatii*: nella sua doppia qualità lo saluta la Nov. XXIII, *de appellationibus et intra quae tempora debeat appellari*, una breve costituzione, la *praeformatio* e 4 *capita*, esclusivamente in latino.

Anche in questo caso la parte più interessante ai nostri fini è la *praeformatio*, anch'essa strutturata nell'usuale forma del participio presente con valore causativo (*imponentes, facientes*) che prelude al verbo indicativo della disposizione (*duximus esse necessarium*) anche qui proponendosi in polemico confronto con l'*acerbitas anteriorum legum*:

Anteriorum legum acerbitati plurima remedia imponentes et maxime hoc circa appellationes facientes et in praesenti ad huiusmodi beneficium pervenire duximus esse necessarium. Antiquitati etenim cautum erat ut, si quis per se litem exercuerit et fuerit condemnatus, intra duos dies tantummodo licentiam appellationis haberet; sin autem per procuratorem causa ventilata sit, et in triduum proximum eam extendi. Ex rerum autem experientia invenimus hoc satis esse damnosum: plures enim homines ignaros legum subtilitatis et putantes in triduum esse provocaciones porrigendas in promptum periculum incidisse et biduo transacto causas perdidisse. Unde necessarium duximus huiusmodi rei competenter mederi.

In questo caso, data forse la particolarità della disposizione (già trattata, come si è visto, nel Codice) il confronto con il regime precedente è risolto in brevi parole.

Il testo ha tutta l'apparenza formale di essere derivato dalla mano di Triboniano,

visto per lo stesso *liber mandatorum* a carico del singolo funzionario (uno dei *iudices qui minores vel medias administrationes gerunt*, trascelto *sive inter correctores sive inter consulares sive inter spectabiles*) dopo la nomina,

Caput XVI. Mox autem ut ingredieris provinciam, convocatis omnibus in metropoli constitutis (dicimus autem deo amabili episcopo et venerabili clero et nobilibus civitatis), insinuabis haec nostra sacra praecepta sub gestorum insinuatione, et propones exemplar eorum publice non solum in metropoli, sed et in aliis provinciae civitatibus, transmittens ea per officiales tuos sine damno, ut omnes agnoscent, in quibus suscepisti cingulum, et videant, si haec conservas et nostro dignum temet ipsum ostendis iudicio.

Pertanto lo scopo della « costituzione » non può essere quello che appare nella frase finale.

Si deve considerare un'ulteriore circostanza: le due versioni del

nelle espressioni come nella scelta dei vocaboli (si noti la *legum subtilitas*), così come triboniana è la forma di quel ripetuto *sancimus* (all'inizio del *caput I*; all'inizio del *caput II*; nel pr. del *caput III*; nel *caput IV*) e il confronto con l'*anti-quitas* come nel pr. del *caput III*.

Ma ancor più triboniano appare il breve *caput II* che, pur nella sua brevità, si arricchisce di ben due interrogativi retorici:

Ad hoc sancimus, si quando lis speratur in nostrum inferri consistorium, si forte contigerit imperatoriam maiestatem occupatam publicis causis ex mundanis provisionibus non posse convocare patres, quatenus causa agitur, non ex hoc litem periclitari. Quod enim vitium est litigantium, si culmen imperatorium occupetur? vel quis tantae est auctoritatis, ut nolentem principem possit ad convocandos patres ceterosque proceres coartare? Sed si quid tale evenierit, causa intacta permaneat, donec imperator monitus sua sponte et convocari proceres iusserit et litem inferri patiat et omnia secundum morem procedere.

Quasi un capitolo della precedente (per quel che riguarda l'argomento costituisce la *Nov. LXXV* rivolta a Triboniano *quaestori sacri palatii* nel 527, rubricata sotto il titolo *de appellationibus Siciliae* (mentre l'*Authenticum*, 4, 21, la rubrica *de praetore Siciliae*, come anche è ripetuta al n. CIV dell'edizione Schöll-Kroll delle *Novellae*). Lo Zachariae ha pensato che la costituzione in doppio esemplare fosse stata inviata e a Triboniano e a Giovanni, e che per tal motivo compaia due volte nella collezione delle *Novellae*, e con titoli diversi.

Argomento completamente a sé presenta l'*Ed. IX, de argentariorum contractibus*, in forma greca, che non direi presenti al suo interno tratti formali caratteristici dello stile triboniano (cfr. HONORE', *op. cit.*, p. 124 ss.).

liber mandatorum presentano una diversità di data nella *subscriptio*, risultando emanate l'una, la greca, il 16 aprile del 535, l'altra, la latina, il 1° maggio successivo. Mi sembra dunque evidente che il c.d. *liber mandatorum* (fra l'altro tale ambiziosa denominazione risulta soltanto nelle poche righe introduttive) sia stato autonomamente composto ed emanato, e che solo in seguito (il 1° maggio appunto), per una curiosa pretesa di letterarietà ed in un rinnovato tentativo di gloria personale, Triboniano abbia stilato l'« introduzione » curandone poi il raccordo con il testo del 16 aprile, anche se solo nella versione latina, mediante la semplice cancellazione dell'intestazione autonoma e l'assunzione del tutto sotto la data, 1° maggio, della sola « introduzione ».

Urbino, ottobre 1986

PAOLO PASCUCCI

AUTOREGOLAMENTAZIONE DELLO SCIOPERO
E ACCORDI SINDACALI NEL PUBBLICO IMPIEGO

SOMMARIO: 1. Le previsioni dell'art. 11, seconda parte, della legge quadro sul pubblico impiego. — 2. I soggetti destinatari della norma. — 3. a) La condizione posta nell'art. 11, comma 5º; 3. b) Le possibili conseguenze dell'inosservanza del disposto normativo. — 4. L'obbligo di preavviso. — 5. La lettera b dell'art. 11, comma 5º: i servizi essenziali. — 6. a) Il sesto comma dell'art. 11: l'allegazione e le sue conseguenze; 6. b) La questione di legittimità costituzionale *ex* art. 39, comma 1º, cost.; 6. c) La riserva di legge *ex* art. 40 cost.; 6. d) Le « illazioni » di Rusciano; 6. e) Il mancato richiamo degli accordi decentrati. — 7. a) La legittimità costituzionale del sistema di selezione della legge quadro: gli accordi sindacali; 7. b) Maggiore rappresentatività e libertà sindacale nel pubblico impiego. — 8. a) L'applicazione pratica della norma: i codici allegati all'accordo intercompartimentale del 18 dicembre 1985; 8. b) I diversi contenuti dei codici. — 9. Considerazioni conclusive: l'art. 11, seconda parte, e le sue conseguenze nel sistema di relazioni sindacali; il Protocollo del 1984 per il settore dei trasporti.

1. — A distanza di tre anni dalla emanazione della legge quadro sul pubblico impiego (l. 29 marzo 1983, n. 93) (1) ed in occasione del rinnovo degli accordi sindacali per molte categorie di pubblici dipendenti, pare necessario un ripensamento intorno ad un tema che non poche perplessità ha suscitato in dottrina. L'argomento in questione è quello dell'autoregolamentazione dello sciopero nel set-

(1) Vedila in *Gazz. uff.*, 6 aprile 1983, n. 93.

Sulla legge quadro, tra gli altri, cfr.: GIANNINI, *Considerazioni sulla legge quadro per il pubblico impiego*, in *Pol. dir.*, 1983, n. 4, p. 549 ss.; ARREDI-AURISICCHIO, *Alcune considerazioni sulla legge quadro sul pubblico impiego*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, p. 850 ss.; FOGLIA, *Autonomia collettiva e ruolo del sindacato nella legge quadro sul pubblico impiego*, in *Dir. lav.*, 1983, I, p. 257 ss.; GRANDI, *Contrattazione collettiva, conflitto collettivo e tutela sindacale nella legge quadro sul pubblico impiego*, *ivi*, p. 287 ss.; SAITTA, *La disciplina delle fonti nella legge quadro sul pubblico impiego*, *ivi*, p. 305 ss.; FEDERICO, *Contrattazione collettiva e tutela del lavoratore nella legge quadro sul pubblico impiego*, *ivi*, p. 318; BELLINI, *Legge quadro e pubblico impiego nelle regioni e nelle u.s.l.*, *ivi*, p. 366 ss.; ANTIGNANI, *La legge quadro del pubblico impiego nel settore sanitario*, *ivi*, p. 370 ss.; ORSI BATTAGLINI, *Della qua-*

tore pubblico o meglio delle previsioni che, riguardo ad esso, sono formulate nell'art. 11, commi 5° e 6°, della legge quadro. La norma presenta parecchi punti oscuri, o perlomeno ambigui, che esigono un ulteriore approfondimento in questa sede.

Il quinto comma dell'art. 11 così recita: « Il Governo è tenuto a verificare, come condizione per l'inizio delle procedure di cui agli articoli 6, 7, 8, 9, 10 e 12 che le organizzazioni sindacali di cui al precedente art. 6 ed ai successivi articoli 12 e 14 abbiano adot-

dratura di molti circoli, in *Pol. dir.*, 1984, I, p. 3 ss.; MAZZOTTA, *Una giurisdizione vecchia per una nuova politica del diritto*, *ivi*, p. 31 ss.; FIORILLO, *Modelli di contrattazione collettiva nell'impiego pubblico (e brevi riflessioni sui profili di legittimità costituzionale)*, in *Riv. giur. lav.*, 1984, I, p. 55; SIMI, *La legge quadro del pubblico impiego di fronte alla Costituzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, p. 58 ss.; RUSSO, *La legge quadro sul pubblico impiego*, Roma, 1983; AGUGLIA-NACCARI, *Guida alla legge quadro sul pubblico impiego*, Roma, 1983, n. 4; ORSI BATTAGLINI-MAVIGLIA-ALBANESE-LUCIBELLO, *Accordi sindacali e legge quadro sul pubblico impiego*, Milano, 1984; GIAMPAOLINO, *La legge quadro sul pubblico impiego*, Milano, 1984; RUSCIANO-TREU (a cura di), *La legge quadro sul pubblico impiego*, Padova, 1985.

Sul tema dell'autoregolamentazione dello sciopero nei servizi pubblici, cfr. in generale DI CERBO, *L'autoregolamentazione dello sciopero*, Milano, 1980; SAETTA, *Il codice sindacale di autoregolamentazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Dir. lav.*, 1980, I, p. 280 ss.; MAMMONE, *Autoregolamentazione del diritto di sciopero e poteri di autonomia del sindacato*, in *Dir. lav.*, 1981, II, p. 29 ss.; GIUGNI-VENTURA, *La regolamentazione del diritto di sciopero: i primi contributi di un dibattito*, in *Riv. giur. lav.*, 1981, I, p. 311 ss.; LAVAGNA, *Su alcune direttrici costituzionali per la regolamentazione degli scioperi*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1982, p. 179 ss.; CORSO, *Conflitto e autotutela nei servizi pubblici essenziali*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1981, p. 157 ss. ed *ivi* gli autori citati; RUSCIANO, *Autodisciplina dello sciopero: un sogno che cammina su ruote quadrate*, in *Pol. dir.*, 1984, p. 18 ss.; ZOLI, *La revisione dei limiti apposti al diritto di sciopero e l'autoregolamentazione « guidata »*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 806 ss.; CORSO, *Commento all'art. 11 commi 4-6 legge 29 marzo 1983, n. 93*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1984, p. 657 ss.; PASSINO DETTORI, *I servizi pubblici essenziali e la « regolamentazione » del diritto di sciopero*, in *Dir. giur.*, 1984, p. 12 ss.; SPAGNUOLO VIGORITA V., *Sciopero dei medici ospedalieri e autodisciplina nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, I, p. 287 ss.; ZANGARI, *La disciplina dei limiti ed esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Mass. giur. lav.*, 1984, p. 390 ss.

Nel presente lavoro non si è potuto tener conto dell'articolo di FIORAI, *La disciplina dello sciopero nei servizi pubblici: autoregolamentazione, eteroregolamentazione, forme spurie*, in *Studi senesi*, 1985, p. 47 ss., in quanto giunto in ritardo a chi scrive.

tato codici di autoregolamentazione del diritto di sciopero che, in ogni caso, prevedano:

a) l'obbligo di preavviso non inferiore a 15 giorni;

b) modalità di svolgimento tali da garantire la continuità delle prestazioni indispensabili, in relazione alla essenzialità dei servizi, per assicurare il rispetto dei valori e dei diritti costituzionalmente tutelati ».

Il sesto comma prevede che « I codici di autoregolamentazione debbono essere allegati agli accordi di cui agli articoli 6, 7, 8, 9, 10 e 12 ».

Innanzitutto un breve cenno alla sistemazione formale dell'articolo 11. La disposizione non è interamente dedicata all'autoregolamentazione del diritto di sciopero, ma consta di altri argomenti tutti insieme riassunti sotto questa rubrica: « Contenuto degli accordi sindacali in materia di pubblico impiego ». Il metodo seguito dal legislatore può sembrare discutibile dato che non consente di avere una chiara ed immediata percezione del problema; se è vero che una norma come, ad esempio, l'art. 17, che si occupa delle qualifiche funzionali, è intitolata con l'esatta definizione del proprio oggetto, non si vede perché un problema altrettanto grave — e senza dubbio più scottante — come quello dell'esercizio del diritto di sciopero nel pubblico impiego e della sua autoregolamentazione debba trovare la propria disciplina in una norma che, oltre ad essere vaga nel titolo, annovera nel contenuto argomenti eterogenei, giacché di diversa natura (cfr. art. 11, comma 1°, sulla disciplina, da parte degli accordi, degli assegni fissi e degli altri emolumenti; comma 2°, sul divieto di concessione di trattamenti integrativi; comma 3°, sulla definizione degli elementi necessari degli accordi) (2).

Sulla scorta di questi rilievi di ordine formale si potrebbe pen-

(2) In verità, già il quarto comma dell'art. 11 si occupa del conflitto, limitandosi però a prevedere che con i procedimenti e gli accordi *ex art. 3* possano essere dettate norme volte a disciplinare le procedure per la prevenzione ed il componimento dei conflitti di lavoro. La disposizione non pone quindi alcun obbligo, ma indica la strada per creare un sistema di composizione dei conflitti di lavoro nel pubblico impiego. Se pertanto le parti hanno intenzione di ricorrere ad un sistema siffatto, possono darvi vita giuridica con gli accordi contemplati nella legge; dato poi che la disciplina risultante dagli accordi costituirà la base per l'emanazione del decreto presidenziale di recezione, quel sistema diverrà vincolante per tutti.

sare ad una sorta di timore del legislatore a trattare direttamente la materia dello sciopero (o, meglio, della sua autoregolamentazione) e che, conseguentemente, le norme in esame sarebbero state « infilate » nelle pieghe della legge con la speranza che in tal modo non avrebbero destato troppo scalpore.

Più verosimilmente, l'inserimento delle disposizioni sullo sciopero nell'articolo riguardante il contenuto degli accordi tende a mettere in risalto il particolare collegamento tra accordi e codici voluto dal legislatore: un collegamento che richiede un attento esame nel prosieguo di queste pagine.

2. — Preliminarmente va esaminato il problema dell'identificazione dei soggetti destinatari della norma.

Da un lato è menzionato il Governo, cioè il Consiglio dei ministri, non potendosi confondere quest'ultimo con l'altro organo (sempre di natura governativa) che la legge prevede: la delegazione pubblica. Oltre ad avere composizione e funzioni diverse, tale delegazione è sempre tenuta distinta dal Governo anche da un punto di vista terminologico (3).

Dall'altro lato vengono in luce le organizzazioni sindacali di cui agli artt. 6, 12 e 14. L'espresso richiamo di queste tre disposizioni pone in essere un'elencazione tassativa. Si tratta delle organizzazioni sindacali che, in base alle norme summenzionate, sono dotate del requisito della maggiore rappresentatività, e cioè:

- a) le confederazioni, rispetto al piano nazionale;
- b) i sindacati nazionali di categoria, riguardo ad ogni singolo comparto;
- c) altri sindacati, nell'ambito dei singoli settori (ciò solo, ex art. 14, per gli accordi decentrati).

La legge quadro, e questo va particolarmente sottolineato, fa riferimento a tutte queste organizzazioni sindacali come alle sole

(3) Prendendo come parametro l'art. 6, che detta le norme per la formazione degli accordi sindacali per i dipendenti delle amministrazioni statali, è agevole riscontrare la differenziazione che il legislatore ha posto tra i due organi: differenziazione che non si limita al solo dato terminologico, ma che si evidenzia soprattutto nella diversa sfera di compiti ad essi affidati. Emblematico è, a tale proposito, il sesto comma di quella norma: « Nel corso delle trattative la delegazione governativa riferisce al Consiglio dei ministri ».

che possono essere rappresentate nella delegazione sindacale: quest'ultima è un organo — non previsto nella legislazione precedente — che è stato introdotto *ex novo* nella legge 93/1983 con il preciso compito di essere il coautore, insieme alla delegazione pubblica (o governativa), dell'ipotesi di accordo sulle materie tassativamente previste all'art. 3. L'introduzione di tale organo non è senza conseguenze: innanzitutto la rappresentanza sindacale che lo compone deve essere comunque definita in una fase preliminare alla trattativa; essa non può essere integrata successivamente e costituisce l'unico interlocutore aggregato sino alla stipulazione dell'accordo (4); « se infatti la legge richiede un'unica delegazione di rappresentanti dei sindacati ammessi, tale organo non può pensarsi come flessibile o fluttuante o, meno che mai, non esclusivo » (5).

Pertanto, rispetto alla situazione preesistente alla legge quadro, il riconoscimento dell'interlocutore sindacale da parte dei pubblici poteri consiste in una scelta che deve avvenire una volta per tutte sulla base del principio di maggiore rappresentatività: tale requisito viene valutato dalla delegazione pubblica (6) con un giudizio che non può non aver riguardo al passato. In altre parole, la delegazione pubblica terrà conto di quei sindacati che — a livello nazionale o nel singolo comparto — hanno mostrato di essere maggiormente rappresentativi fino al momento in cui si dovrà procedere alla formazione della delegazione per le trattative: il dato più significativo è che, stante l'immutabilità della delegazione sindacale, « viene ad essere preclusa la possibilità, finora pacificamente sussistente, di ammettere ulteriori sindacati in corso di trattativa sulla base della rappresentatività che, in relazione all'andamento specifico di questa, mostrino di rivestire » (7).

(4) Cfr. ORSI BATTAGLINI, *Relazioni sindacali e fonti normative nella legge quadro sul pubblico impiego*, in ORSI BATTAGLINI-MAVIGLIA-ALBANESE-LUCIBELLO, *Accordi sindacali e legge quadro sul pubblico impiego*, cit., p. 32.

(5) Così, ORSI BATTAGLINI, *op. loc. ultt. citt.*, p. 32.

(6) È l'autorevole opinione di ORSI BATTAGLINI, *op. loc. ultt. citt.*, p. 33, il quale ritiene che il requisito della maggior rappresentatività si presti ad essere valutato, riguardo ai singoli comparti, dalle relative delegazioni, escludendosi, quindi, la competenza del Governo (inteso come Consiglio dei ministri) a valutare la consistenza di tale requisito che, al di là delle singole aree contrattuali, non presenta un carattere generale che sia valutabile da parte del Governo.

(7) ORSI BATTAGLINI, *op. loc. ultt. citt.*, p. 33.

Tornando più precisamente all'argomento che qui ci occupa, risulta evidente che i soggetti sindacali contemplati dall'art. 11, comma 5°, sono quelli che, come si è visto, hanno dovuto superare un esame non indifferente per la legittimazione a trattare, esame sostenuto dinanzi alla delegazione governativa. Basta però iniziare a leggere il testo della norma per rendersi conto che le prove di idoneità non sono affatto esaurite: infatti l'accertamento della maggiore rappresentatività è un esame propedeutico che, se positivamente superato, abilita i candidati a sostenerne un altro, parimenti importante, per l'ammissione alle trattative.

3. a) — L'inizio delle procedure per la formazione degli accordi è subordinato, dall'art. 11, comma 5°, ad una condizione: « Il Governo è tenuto a verificare... che le organizzazioni sindacali... abbiano adottato codici di autoregolamentazione del diritto di sciopero... ».

Secondo l'opinione di uno studioso molto attento ai problemi del pubblico impiego, possono adottarsi due diverse interpretazioni di tale normativa (8).

Una prima interpretazione individuerrebbe nell'adozione dei codici una *condicio sine qua non* per l'inizio delle procedure negoziali e la non adozione dei medesimi — anche da parte di un solo sindacato — provocherebbe il blocco totale delle stesse procedure: in pratica, su tutti i sindacati graverebbe un vero e proprio obbligo giacché la legge imporrebbe ad essi un comportamento necessario a consentire l'esercizio dell'autonomia collettiva nel pubblico impiego. Tradotto in altri termini, ciò significherebbe un dovere in capo a tutti i sindacati (menzionati nella legge quadro) di adottare il codice, pena il non inizio delle trattative, venendosi così a configurare l'adozione come la condizione citata nell'art. 11 (9).

La seconda interpretazione è meno rigida: considerando che la condizione per l'inizio delle trattative non è l'adozione dei codici da parte sindacale, ma il solo esercizio, da parte del Governo, del potere-dovere di accertare e valutare tale adozione, in caso di non adozione del codice si potrebbe prospettare la mera esclusione del

(8) RUSCIANO, *Autodisciplina dello sciopero: un sogno che cammina su ruote quadrate*, cit., p. 24 ss.

(9) RUSCIANO, *op. loc. ultt. citt.*, p. 24.

sindacato inadempiente dalle trattative, le quali inizierebbero e procederebbero con le associazioni più « diligenti »: in questo caso l'adozione in oggetto non verrebbe più a configurarsi come *condicio sine qua non* per l'avvio delle procedure, ma solo come un onere a carico di ogni sindacato per parteciparvi a pieno titolo (10).

Secondo la stessa dottrina, la prima delle due interpretazioni condurrebbe a teorizzare che, nel pubblico impiego, l'accordo sindacale è uno strumento utile ma non necessario alla disciplina dei rapporti di lavoro (l'autonomia collettiva si configurerebbe come una struttura giuridica di pura facciata) ed alla legge competerebbe di colmare la carenza di disciplina derivante dal blocco assoluto delle procedure contrattuali (assoluto, lo si ripete *ad abundantiam*, giacché coinvolgente anche i sindacati adempienti). Si avrebbero, di conseguenza, gravi problemi di legittimità costituzionale riguardo alla libertà dell'organizzazione sindacale e dell'azione contrattuale (11). Una conclusione di tal fatta contrasterebbe, inoltre, con la stessa *ratio* della legge quadro che prevede gli accordi sindacali come necessario presupposto della fonte di regolamentazione dei profili lavoristici del rapporto di pubblico impiego.

Adottando invece la seconda interpretazione, e quindi ritenendo che la mancata adozione del codice da parte di un sindacato comporterebbe l'esclusione di esso soltanto dalle trattative (e non il loro blocco), si giungerebbe ad un accordo sindacale stipulato senza il contributo di un'organizzazione sindacale pur maggiormente rappresentativa, con l'ulteriore conseguenza di aver ottenuto un accordo che non è autentico frutto di autonomia collettiva e che è formalmente inidoneo a concludere positivamente la vicenda contrattuale, trattandosi di un accordo « zoppo » (12).

Rusciano individua pertanto, come unica condizione per l'inizio delle trattative, l'assolvimento del Governo del proprio potere-dovere di verificare che i sindacati maggiormente rappresentativi (quelli cioè rappresentati nella delegazione sindacale) abbiano adottato congrui codici di autoregolamentazione: tale risultato interpretativo appare senz'altro più realistico e più ragionevole. Invero non è possibile riscontrare nel dato testuale della norma la « sanzione » del

(10) RUSCIANO, *op. ult. cit.*, p. 24.

(11) RUSCIANO, *op. ult. cit.*, p. 25.

(12) RUSCIANO, *op. ult. cit.*, p. 26.

blocco generalizzato delle trattative che, oltretutto, finirebbe col punire anche i sindacati che hanno ottemperato alle prescrizioni della legge. Il sindacato non è pertanto obbligato ad adottare il codice, ma se vuole partecipare al negoziato (se cioè vuole raggiungere il soddisfacimento del proprio interesse a trattare) deve assolvere l'oneri dell'adozione, altrimenti ne resta estromesso.

3 b) — Prima di procedere all'esame delle ulteriori previsioni dell'art. 11, comma 5° (che riguardano il contenuto minimo obbligatorio dei codici di autoregolamentazione), riteniamo opportuno fermare l'attenzione ancora un poco sulle conseguenze della mancata adozione dei codici.

Abbiamo già rilevato che il sindacato inadempiente dovrebbe essere escluso dalla delegazione (ciò almeno stando alla *ratio* della norma). Analoga « sanzione », ma sotto forma di decadenza dallo *status* di parte ufficiale delle trattative, dovrebbe conseguire qualora un sindacato che abbia adottato il proprio codice lo violi durante il negoziato. Anche in questo caso, come nel precedente, la legge tace (13), dovendo quindi l'interprete argomentare secondo buon senso: a dir il vero, il silenzio normativo appare di una certa gra-

(13) Secondo ORSI BATTAGLINI, la legge richiede solo l'esistenza e conformità dei codici e tace sulla loro osservanza. « E che nessuna conseguenza discenda dalla loro violazione può anche essere plausibile, considerata la natura ambigua e compromissoria di questo istituto, la cui efficacia, nel settore privato, viene per lo più collegata con un sistema sanzionatorio interno all'ordinamento sindacale. È dunque possibile ritenere che anche l'art. 11 si limiti a richiedere la mera esistenza dei codici, intendendo in tal modo ottenere una sorta di impegno dai sindacati ammessi alla trattativa, impegno la cui violazione non sarebbe peraltro sanzionabile nell'ordinamento statale [...] ma sarebbe davvero assurdo pensare che risulti irrilevante l'osservanza delle regole in tal modo poste e che un sindacato che le ha regolarmente adottate e che le violi in modo aperto e sistematico sia trattato allo stesso modo di chi le ha osservate. Assumerebbe tra l'altro il senso di una beffa la prevista necessità di allegare agli accordi conclusi questi codici liberamente violati. Ma allora l'unica sanzione concepibile (anche se di non immediata costruzione interpretativa) consisterebbe nella successiva esclusione dalla trattativa dei sindacati inadempienti: soluzione che può fondatamente sostenersi sia in base al principio della necessaria permanenza delle condizioni richieste per l'ammissione al procedimento, sia in relazione al fatto che in tal modo si eviterebbero disparità di trattamento e, anzi, si ricostituirebbero ragionevolmente uguali condizioni per i sindacati che non hanno adottato l'autoregolamentazione e per quelli che, pur adottandola, non l'hanno osservata » (*op. loc. ult. cit.*, pp. 36-37).

vità e mostra, a nostro avviso, la scarsa convinzione del legislatore sull'utilità e serietà di un sistema di autoregolamentazione autentica.

Esiste poi un'altra situazione: quella in cui un sindacato regolarmente ammesso dichiara, all'inizio o durante la trattativa, di non parteciparvi; in questo caso, come del resto in quello che si verifica quando un'organizzazione che ha partecipato all'intero negoziato manifesta il proprio dissenso finale sull'ipotesi di accordo, la legge permette la trasmissione di proprie osservazioni al Presidente del Consiglio e alla delegazione governativa (art. 6, comma 7°). Ora è chiaro che entrambi i tipi di sindacati — quelli che dichiarano di non partecipare e quelli dissenzienti — rientrano nella cerchia di quelli che hanno adottato il codice di autodisciplina: ebbene, qualora lo violino, che cosa accadrà? Per i primi non è certo prospettabile l'esclusione o la decadenza, dato che si sono già messi da parte volontariamente. Quanto ai secondi, che sono tali (cioè dissenzienti) solo dal momento della formulazione dell'ipotesi di accordo, vanno distinte due ipotesi: *a)* il rappresentante (o i rappresentanti) del sindacato dissenziente abbandona il tavolo contrattuale definitivamente; *b)* il sindacato dissenziente mantiene ugualmente la propria rappresentanza nella delegazione sindacale, magari nella speranza (non del tutto mal riposta) che il Consiglio dei ministri non autorizzi la sottoscrizione dell'accordo, dovendo così le parti formulare entro sessanta giorni una nuova ipotesi di accordo la quale potrebbe trovare consenziente il sindacato in discorso (cfr. art. 6, comma 8°).

Argomentando per analogia con quanto più sopra è stato sostenuto, si dovrebbe ritenere che il sindacato dissenziente di cui all'ipotesi *sub b)* che violi il codice sia passibile — al pari di qualunque altro — di decadenza; riguardo, invece, al sindacato dissenziente di cui *sub a)*, ci pare che si trovi in una situazione assai simile, sostanzialmente, a quella in cui è il sindacato che ha dichiarato — all'inizio o in seguito — di non partecipare alle trattative: non essendo possibile quindi parlare di esclusione nel caso di non osservanza del codice, si potrebbe, a nostro sommo parere, propendere per una diversa sanzione, ossia il divieto di presentare osservazioni ufficiali al Governo e alla delegazione governativa, o perlomeno che non ne venga tenuto conto.

Il fondamento di tale conclusione, non suffragata dalla lettera della legge ma evinta per mera deduzione, risiede nell'asserto che l'accordo deve essere raggiunto con le organizzazioni che rispettano il proprio codice, sia che il loro contributo alla formazione dell'ipo-

tesi di accordo sia il più concreto possibile (partecipazione continua al negoziato, ivi compresa la sottoscrizione), sia che si limiti ad osservazioni formali (14).

Le conseguenze che derivano (o che dovrebbero derivare) dalla mancata osservanza del disposto dell'art. 11, comma 5°, rendono evidente l'intimo e funzionale collegamento della norma con il diritto a trattare dei sindacati dei pubblici dipendenti: sia che si tratti di esclusione o di decadenza dalla delegazione sindacale, sia che si tratti di impossibilità di presentare formali osservazioni al Governo e alla delegazione pubblica, la « sanzione » consiste pur sempre nella perdita del diritto del sindacato ad essere parte in via ufficiale del negoziato per la formazione dell'accordo.

(14) L'ipotesi della possibilità di presentare osservazioni ufficiali (o formali) va tenuta nettamente distinta da quella — non presente nel dato normativo, ma sicuramente probabile nella pratica — della presentazione di osservazioni che non rivestono il carattere dell'ufficialità: quest'ultima può venire posta in essere da quelle organizzazioni che non sono state ammesse alla trattativa o che ne siano state estromesse. Come rilevato da ORSI BATTAGLINI, *op. loc. ultt. citt.*, pp. 38-39, i sindacati esclusi « ... restano sempre liberi di avanzare e sostenere le loro rivendicazioni, e di influire sulle decisioni della delegazione pubblica e del Governo a cui non è certo vietato di tener conto, in fatto, della loro presenza e incidenza ». Secondo l'a., potrebbe addirittura prospettarsi un'interpretazione (seppure debole sul piano letterale) più estensiva dell'art. 6, comma 7°, consentendosi così di presentare formali osservazioni anche ai sindacati esclusi dalla trattativa: una tale soluzione potrebbe avere il vantaggio di una maggiore aderenza ai principi costituzionali in materia di libertà sindacale. Ciò però non appare conforme alla logica della legge: il potere di presentare formali osservazioni al Governo deve essere « considerato come una residua garanzia di partecipazione (soltanto, *n.d.r.*) per i sindacati ammessi alla trattativa ma rimasti minoritari nel corso di essa o al momento della sua conclusione ... ». Ciò posto va peraltro aggiunto che la rilevanza giuridica della vicenda 'parallela' che ha per protagonisti i sindacati 'esclusi', si concluda o meno con la presentazione di informali osservazioni, non può considerarsi inesistente » (Id., *op. loc. ultt. citt.*, pp. 42-43).

La configurabilità di uno sbocco alla presenza dei sindacati non ufficiali pare confermata dalla recentissima vicenda dello sciopero indetto dai sindacati autonomi dei medici dipendenti del Servizio sanitario nazionale per ottenere un contratto separato da quello del comparto che li riguarda: a tal proposito e sulla risposta 'possibilistica' del Ministro della sanità, v. l'articolo di A.D'AMICO, *Da oggi medici in sciopero, semiparalizzati gli ospedali*, apparso su *la Repubblica* del 7 gennaio 1986; sugli sviluppi di questa situazione di conflitto e sulle decisioni del Governo in merito (oltre alle prese di posizione 'negative' di Cgil - Cisl - Uil), v. gli articoli di MASTROGIACOMO apparsi nei giorni immediatamente successivi sullo stesso quotidiano.

Prima però di verificare la correttezza, soprattutto in ossequio al principio costituzionale di libertà sindacale, del modello di selezione appena delineato, è opportuno prendere in considerazione le altre previsioni contenute nella norma.

4. — I codici di autoregolamentazione del diritto di sciopero devono prevedere, innanzitutto, l'obbligo di preavviso non inferiore a 15 giorni (art. 11, comma 5°, lett. a) (15).

Indubbiamente la durata del preavviso appare notevole solo che si pensi all'art. 4 della legge 23 maggio 1980, n. 242, il quale prevede un obbligo di preavviso di soli 5 giorni in caso di sciopero per gli addetti ai servizi di assistenza al volo: è lecito allora parlare di dilatazione eccessiva dell'obbligo di preavviso? E ancora, esiste nella legge quadro un qualche temperamento a tale previsione?

Purtroppo il dato letterale non incoraggia tale ultima ipotesi perché l'art. 11 impone che i codici prevedano un così lungo preavviso « in ogni caso »: un simile inciso fa ritenere, a nostro avviso, che qualsiasi sciopero in qualsivoglia pubblico servizio deve essere preannunciato almeno 15 giorni prima del suo inizio.

Fermo restando che « l'imposizione di un obbligo di preavviso risulta un momento irrinunciabile nella costruzione di una disciplina dell'esercizio del diritto di sciopero soprattutto in quei settori ove è più avvertita l'esigenza di consentire l'approntamento di misure idonee in presenza di un coinvolgimento di interessi ulteriori rispetto a quelli delle parti in conflitto » (16), è pur vero che la misura richiesta dall'art. 11 può risultare eccessiva per numerosi servizi pubblici.

Come ben rilevato da Rusciano, un preavviso così lungo ed indifferenziato non pare posto per evitare che lo sciopero arrechi ec-

(15) Su tale argomento, cfr. RUSCIANO, *op. loc. ultt. citt.*, p. 28; CORSO, *La regolamentazione del conflitto tra accordi e codici di autodisciplina*, in RUSCIANO-TREU (a cura di), *La legge quadro sul pubblico impiego*, cit., p. 73 ss.; RUSSO, *La legge quadro sul pubblico impiego*, cit., p. 43 ss.; AGUGLIA-NACCARI, *Guida alla legge quadro sul pubblico impiego*, cit., p. 125 ss.

(16) Così, CORSO, *op. loc. ultt. citt.*, pp. 73-74. Questo a., soltanto a livello teorico, avanza l'ipotesi di una « forma di 'esimente', legittimante l'inosservanza dell'obbligo di preavviso quando l'azione di lotta scaturisca da una violazione da parte dell'amministrazione-datore di lavoro di specifici obblighi su di essa incombenti » (*Id.*, *op. loc. ultt. citt.*, p. 74).

cessivi danni alla collettività, bensì appare fissato « nell'interesse dell'amministrazione, allo scopo di precludere ai lavoratori eventuali reazioni rapide (da attuare entro qualche giorno) a comportamenti da 'cattivo' datore di lavoro della stessa amministrazione » (17).

In via puramente ipotetica si potrebbe pensare ad un collegamento tra la lettera *a* e la lettera *b* dell'art. 11, comma 5°, nel senso di riferire la lunga durata del preavviso (contemplata *sub a*) agli scioperi nei servizi pubblici essenziali che, *ex* lettera *b*, non devono pregiudicare la continuità delle prestazioni indispensabili: il testo della norma però non consente una simile interpretazione essendo insuperabile l'inciso « in ogni caso » premesso alle due previsioni.

Pare pertanto logico dedurre che il legislatore, sancendo un obbligo di preavviso così lungo, ha tentato di ridimensionare uno dei più tipici connotati dello sciopero, inteso come reazione ad un atteggiamento 'negativo' della controparte: la tempestività. Non resta che sperare che trovi piena attuazione il 4° comma dell'art. 11 sulla prevenzione ed il componimento dei conflitti di lavoro: se non altro si potrebbe utilmente sfruttare il lungo periodo di tempo che intercorre tra il dato preavviso e l'attuazione dello sciopero (18).

Per quanto concerne le conseguenze dell'inottemperanza al precepto legale di cui alla lettera *a* dell'art. 11, comma 5°, nel persistente silenzio della legge si devono ribadire, a nostro avviso, le conclusioni precedentemente prospettate circa la non adozione o il non rispetto del codice di autoregolamentazione: in altre parole, il sindacato che darà corso ad uno sciopero prima che siano trascorsi quindici giorni dal dato preavviso sarà escluso dalle trattative. C'è piuttosto da riflettere su di un punto in particolare: il protocollo sulle

(17) RUSCIANO, *op. loc. ultt. citt.*, p. 28, dove l'a. porta l'esempio della p.a. che non corrisponde puntualmente la retribuzione ai propri dipendenti (ipotesi non certo scolastica) chiedendosi se è pensabile che questi ultimi pazientino 15 giorni prima di attuare un legittimo sciopero di protesta.

(18) Cfr. RUSCIANO, *op. loc. ultt. citt.*, p. 28: « Molto più logico sarebbe stato, infatti, contemplare in via generale, anziché un così rigido e lungo termine di preavviso, un rapido tentativo obbligatorio di conciliazione. Che è auspicabile venga previsto dagli accordi sindacali ai sensi del citato art. 11, comma 4° ». In tal caso il preavviso assumerebbe un « esplicito ruolo di momento di raffreddamento; ma, come si è visto, mentre l'obbligo di preavviso diviene subito operante, l'attivazione di procedure preventive e compositive è in tutto rimessa ad un futuro ed eventuale accordo tra le parti » (CORSO, *op. loc. ultt. citt.*, p. 74).

relazioni sindacali nei trasporti pubblici del 16 luglio 1984 (19) fissa l'obbligo di preavviso in 10 giorni anziché in 15. Tale previsione, almeno formalmente, non è in contrasto con l'art. 11, comma 5°, lett. a, dato che riguarda un protocollo generale e non è inserita in un codice di autoregolamentazione adottato in vista di un accordo previsto dalla legge quadro: peraltro, qualora fosse riproposta in un codice di quest'ultimo tipo, concretizzerebbe un'aperta violazione della norma in esame.

Per altro verso si potrebbe ritenere che l'art. 11 è norma programmatica, nell'ambito della materia che disciplina, e che pertanto le sue disposizioni dovrebbero essere rispettate, in base ad un principio di coerenza, tutte le volte che ci si pone di fronte al problema dell'autoregolamentazione dello sciopero nel pubblico impiego. Stando però a quanto risulta dalla legge, il vincolo del preavviso di 15 giorni ha rilevanza, soprattutto dal punto di vista delle possibili conseguenze, solamente nell'ambito della situazione in cui si trovano i sindacati che vogliono trattare per porre in essere un accordo di regolamentazione del rapporto di pubblico impiego: in altri termini, una volta che l'accordo sia stato raggiunto e che la disciplina da esso risultante sia stata emanata con d.P.R., non si vede in che modo sia possibile (in base all'art. 11) « punire » il sindacato che proclami uno sciopero senza rispettare il preavviso di 15 giorni; non certo tenendo a memoria tale fatto trasgressivo al fine di escludere detto sindacato dal successivo rinnovo contrattuale (di lì a tre anni!), perché, comunque, la sua ammissibilità dovrà essere vagliata innanzitutto in base al requisito di maggiore rappresentatività che questa organizzazione potrà benissimo dimostrare di possedere al momento opportuno (senza dimenticare che essa potrebbe sempre adottare lo stesso o un altro codice nel pieno rispetto di quanto richiede l'art. 11, comma 5°).

In conclusione, possiamo sintetizzare quanto segue: l'obbligo di preavviso di 15 giorni costituisce uno dei contenuti essenziali dei codici di autoregolamentazione del diritto di sciopero che, per mancanza o per inosservanza di esso, non possono essere considerati « regolari »; detto obbligo vale per qualsiasi tipo di sciopero in un

(19) Vedilo in *Lavoro informazione*, 1984, n. 14, p. 79 ss. Il termine di 10 giorni, anziché di 15, potrebbe violare la previsione della lettera a dell'art. 11, comma 5°, della legge quadro, almeno per quanto riguarda gli scioperi nei servizi di trasporto gestiti da enti pubblici. Sul punto v. *infra*, par. 9.

qualsiasi servizio del settore del pubblico impiego; l'effettività dello stesso obbligo pare però limitata al momento ed alla materia delle trattative contrattuali; non esistono nella disposizione *de qua* elementi sufficienti a far ritenere l'obbligo in parola vincolante, o meglio sanzionabile, oltre quel ristretto ambito.

5. — Oltre all'obbligo di preavviso, esiste un altro contenuto minimo obbligatorio: i codici devono, in ogni caso, prevedere « modalità di svolgimento (dello sciopero) tali da garantire la continuità delle prestazioni indispensabili, in relazione alla essenzialità dei servizi, per assicurare il rispetto dei valori e dei diritti costituzionalmente tutelati » (art. 11, comma 5°, lettera *b*).

Il Governo, sulla base del proprio potere-dovere di verifica, può sindacare se le modalità di cui sopra siano sufficienti e può giudicare, secondo un proprio orientamento, quali siano le prestazioni indispensabili e i servizi essenziali: è pertanto possibile che un sindacato abbia una concezione delle modalità, delle prestazioni e dei servizi essenziali difforme da quella del Governo. In questo caso, stando alla *ratio* della norma, si verificherebbe nuovamente l'esclusione del sindacato dalle trattative. Secondo Rusciano, il Governo non vincolerà le proprie valutazioni all'elaborazione giurisprudenziale (soprattutto costituzionale) sull'art. 330 c.p., e si varrà della propria ampia discrezionalità in materia (20). Se ciò risultasse vero, ci troveremmo di fronte ad una situazione piuttosto ambigua ove il Governo potrebbe arbitrariamente alzare la soglia di ammissibilità del contenuto dei codici per privilegiare un sindacato rispetto ad altri, oppure abbassarla per consentire l'accesso alle trattative a vari altri sindacati (dotatisi di un codice un po' « striminzito ») con cui ha interesse a trattare, magari per ragioni di mero consenso politico.

La soluzione più ragionevole sarebbe che il Governo, nel proprio giudizio di sufficienza, ed i sindacati, nella redazione dei codici, si attenessero ai principi che, seppur faticosamente, si sono venuti affermando grazie all'opera della giurisprudenza: il che, oltretutto, sarebbe in linea con la prassi degli ultimi anni là dove, in assenza di leggi di fissazione dei criteri più importanti in materia, ci si è ispirati appunto alle massime giurisprudenziali (21).

(20) Cfr. RUSCIANO, *op. loc. ultt. citt.*, p. 27.

(21) Dopo le varie sentenze della Corte costituzionale, l'ambito del problema si è andato restringendo allo sciopero nei servizi pubblici c.d. essenziali che, oltre

Da tali ultime indicazioni (soprattutto da quelle contenute nella sentenza 3 agosto 1976, n. 222, della Corte costituzionale) (22) si evince che è ben possibile determinare quali servizi pubblici siano essenziali e quali no: se è vero che possono considerarsi servizi essenziali tutti quelli che tutelano un bene garantito costituzio-

a ledere diritti previsti nella carta costituzionale, danneggia i ceti economicamente più deboli. È proprio in questa direzione che si è mosso il legislatore della legge quadro.

Il problema nasce quando si tratta di individuare quali sono i servizi essenziali e con quali modalità è possibile scioperare nel loro ambito. Le sentenze della Corte costituzionale che si riferiscono all'argomento sono, in ordine cronologico, Corte cost., 2 luglio 1958, n. 46, in *Foro it.*, 1958, I, c. 1050; 28 dicembre 1962, n. 123, *ivi*, 1962, I, c. 5; 17 marzo 1969, n. 31, *ivi*, 1969, I, c. 795; 3 agosto 1976, n. 222, *ivi*, 1976, I, c. 2297.

(22) Citata in nota precedente. Riguardo al problema dello sciopero che implichi l'interruzione di servizi pubblici il cui funzionamento sia da considerare essenziale, cioè indispensabile alla collettività, la Corte ribadisce il principio stabilito nella precedente sentenza n. 31 del 1969, in base al quale l'individuazione di detti servizi è rimessa ai giudici, ad opera dei quali, negli ultimi anni, si è formata una notevole giurisprudenza in materia. Nella fattispecie, il giudice *a quo*, nella sua ordinanza di rinvio, aveva osservato che in una struttura come un ospedale psichiatrico tutti i servizi sono correlati e connessi, con la conseguenza di una loro essenzialità globale; da ciò discenderebbe che, per il personale di tali istituti, l'esercizio del diritto di sciopero andrebbe escluso totalmente. La Corte, nel dichiarare infondata la questione, ritiene che « La interdipendenza e la correlazione tra i servizi costituiscono l'espressione di un fatto organizzatorio caratteristico di ogni tipo di comunità, da cui, tuttavia, non può trarsi la conclusione che tutti i servizi abbiano uguale grado di importanza e di indispensabilità. Certo tutti sono necessari e tra loro in qualche modo complementari, quando la complessa attività cui dà luogo la vita della comunità si svolge in regime di normalità. Ma quando ragioni di necessità impongono di ridurre, eventualmente anche al minimo, l'appagamento delle esigenze della collettività o di una più ristretta comunità sociale, è sempre possibile individuare tra i servizi quelli che debbono conservare la necessaria efficienza — e che sono poi quelli essenziali — e quelli suscettibili di essere sospesi o ridotti. Orbene, quando ricorrono i presupposti perché uno sciopero venga proclamato ed attuato, quei servizi essenziali debbono essere mantenuti in efficienza, ed in nessun caso possono essere trasgredite le specifiche norme inderogabili eventualmente al riguardo esistenti ».

Nel caso di specie, la Corte è giunta ad affermare che, riguardo al trattamento minimo da mantenersi in efficienza durante uno sciopero in un ospedale psichiatrico, bisogna riferirsi ad una precisa norma di legge (art. 2, comma 4°, l. 18 marzo 1968, n. 431) ai sensi della quale deve essere comunque assicurata la presenza di un livello minimo di organico (un infermiere per ogni tre posti letto e un assistente sanitario o sociale per ogni cento posti letto).

nalmente, è altrettanto vero che la limitazione dell'esercizio del diritto di sciopero nel loro ambito va rigidamente predeterminata (essendo lo stesso sciopero un diritto costituzionale) rendendosi così necessaria un'elencazione tassativa degli stessi servizi pubblici essenziali: opera, quest'ultima, che deve essere svolta dalla legge (23).

Sull'argomento *de quo* un'attenta analisi dottrinale ha di recente messo in luce che il principio enunciato nella lettera *b* dell'art. 11, comma 5°, parrebbe di più vasta portata rispetto a quello ricavato dalle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità dell'art. 330 c.p.: nella legge quadro « non si funzionalizza più la previsione di limiti al diritto di sciopero alla tutela degli interessi costituzionali 'assolutamente preminenti', ma si assume come bene da proteggere l'insieme dei valori e dei diritti costituzionalmente protetti, senza introdurre alcun riferimento ad una differenziazione gerarchica » (24). In altri termini, la genericità cui è im-

(23) Si tratta, a ben vedere, della proposta avanzata dalla Commissione, presieduta dal prof. ZANGARI, per la disciplina del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali. Nella Relazione, in *Lavoro e prev.*, 1982, p. 658, si legge, tra l'altro: « La legge, secondo la Commissione, deve provvedere alla disciplina dei servizi pubblici essenziali con un'elencazione tendenzialmente tassativa che preveda, nell'ambito dei principi legislativi, alcuni spazi all'autorità amministrativa, e precisamente:

a) che la pubblica autorità (il Governo, ecc.) possa procedere d'ufficio (di proprio impulso, se necessario) alla declaratoria o dichiarazione di essenzialità di un'attività o di un servizio che non risultano compresi nell'elenco, con la conseguente applicazione agli addetti del medesimo delle norme sull'esercizio del diritto di sciopero contemplate dalla stessa legge;

b) che la medesima pubblica autorità possa, con apposito provvedimento, estendere, in occasione della proclamazione ed effettuazione di uno sciopero, le norme previste dalla legge, con i limiti e gli incombenti che ne scaturiscano, anche ad attività che sono collegate ad un rapporto di diretta o stretta interdipendenza e/o funzionalità con uno dei servizi essenziali già previsti nell'elenco (ad es. nei confronti degli addetti ad imprese fornitrici di carburante per gli aeromobili) ».

(24) Corso, *op. loc. ult. cit.*, p. 74: l'a. nota che « mentre nella prospettiva elaborata dalla Corte costituzionale si aveva riguardo (in un'ottica penalistica) ad un ristretto nucleo di interessi, in rapporto ai quali si definiva la 'essenzialità' e, quindi, la 'intangibilità' di determinati servizi (con la conseguente legittimazione della sanzione penale in caso di scioperi che ne sospendessero il funzionamento), lo intervento legislativo in esame appare rivolto alla salvaguardia di tutti i valori ed i diritti che trovano un riconoscimento nella Costituzione, vincolando all'osservanza di particolari cautele nell'uso dello sciopero tutte le volte che il funzionamento di un servizio, di un ufficio, di una struttura amministrativa risulti 'essenziale' al fine del rispetto di ogni valore o diritto di rango costituzionale.

prontata la norma in esame dà adito a problemi interpretativi di indubbia rilevanza: fermo restando che si avverte la carenza di una precisa determinazione dei servizi essenziali, l'individuazione di questi ultimi — che costituisce il nocciolo della vicenda — è rimessa ai sindacati, potendosi configurare in tal caso una difforme valutazione, da parte delle varie organizzazioni sindacali, sull'essenzialità di un certo servizio pubblico.

È abbastanza chiaro che senza una graduazione ed un temperamento dei vari interessi che l'ordinamento tutela è ben difficile ipotizzare azioni di sciopero le cui manifestazioni non siano lesive della continuità dei servizi essenziali.

Per quanto concerne il potere del Governo di sindacare il contenuto dei codici, un'interpretazione alquanto rigorosa, epperò rispettosa della lettera della norma, induce a ritenere che tale verifica non si limiti al mero accertamento dell'adozione dei codici da parte dei sindacati, ma si estenda alla valutazione di quanto in essi è sancito: ciò significa che il Governo ha a disposizione dei parametri alla cui stregua può soppesare l'adeguatezza delle norme di autoregolamentazione. In pratica ciò implicherebbe un vero e proprio potere di sindacare nel merito il contenuto dei codici, potendo quindi il Governo decidere della sufficienza di esso sulla base di una propria concezione discrezionale dell'essenzialità dei servizi pubblici.

Attenendosi strettamente al testo normativo, una simile interpretazione non può essere respinta a priori. Esiste però un dato che impone una necessaria riflessione: nella norma si parla di « autoregolamentazione », cioè di un'autonoma definizione delle norme di condotta da osservare in caso di sciopero. Pertanto se si configura un potere così ampio e discrezionale in capo al Governo, si viene

Se questa è dunque la prospettiva adottata dal legislatore, è evidente che lo stesso carattere di essenzialità... è destinato ad assumere una valenza assai più estesa che non quella desumibile dalla produzione giurisprudenziale sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali ».

Per una visione di insieme delle varie questioni attinenti al problema dei limiti al diritto di sciopero e a quello del bilanciamento con altri interessi costituzionali, soprattutto in un'ottica penalistica, cfr. utilmente la vasta monografia di GALLO, *Sciopero e repressione penale*, Bologna, 1981, specialmente p. 187 ss. circa una valutazione generale, e p. 355 ss. sullo specifico argomento dei servizi pubblici essenziali.

poi a svuotare della propria sostanza l'espressione « autoregolamentazione »: è possibile infatti considerare ancora come autonoma una regolamentazione adottata dai sindacati se, per la propria « legittimazione », essa abbisogna di essere vagliata nel merito da parte della pubblica autorità?

In dottrina si è proposta una soluzione meno rigida secondo la quale il « Governo dovrebbe unicamente accertare che la singola organizzazione sindacale abbia adottato un codice di disciplina dello sciopero che, oltre a prevedere un preavviso non inferiore a 15 giorni (obbligo specificamente imposto dalla legge), contempli un'articolazione normativa del ricorso allo sciopero, senza però poter sindacare nel merito l'autonoma definizione di norme di comportamento ritenute idonee dalla singola organizzazione ad assicurare il rispetto dei criteri di cui alla lettera *b* del comma 5° dell'articolo 11 » (25).

Quest'ultima interpretazione, però, non può spiegare che cosa in concreto avverrebbe qualora al Governo fossero presentati, dai vari sindacati, codici sostanzialmente difforni tra loro riguardo a quanto prescritto dalla citata lettera *b*: dovrebbe il Governo ritenarli comunque tutti idonei per il sol fatto che contengono una qualche risposta al precetto normativo in oggetto? E ciò dovrebbe verificarsi anche nell'ipotesi (non certo remota) in cui l'identificazione dei servizi essenziali fosse del tutto diversa nei testi dei codici?

Ma allora delle due l'una: o l'autoregolamentazione è e resta tale e in tal caso il Governo assume l'impegno del sindacato ad autodisciplinarsi per quello che è e che vale, oppure l'autoregolamentazione è il frutto di un'autonomia guidata dall'esterno che, proprio perché è siffatta, risente, in sede di formulazione, dei vincoli legali che la indirizzano su certi e determinati binari: il controllo, anche di merito, in quest'ultimo caso, diviene quasi una necessità al fine di accertare che il tragitto sia stato percorso senza deragliamenti.

A noi pare che l'autoregolamentazione indicata nella legge

(25) È l'opinione di Corso, *op. loc. ultt. citt.*, p. 77, che ritiene questa la soluzione più accettabile, anche se riconosce che ciò non appaga pienamente in termini di garanzia dell'affidabilità e dell'efficacia della disciplina, stante l'assoluta carenza di un apparato sanzionatorio per le ipotesi di inosservanza dei criteri legali.

quadro sia del secondo tipo: un'autoregolamentazione *regolamentata, ab initio*, nella norma in esame e soggetta a verifica di merito del Governo una volta che sia stata predisposta. Pertanto nell'articolo 11, se da un lato è stata prevista l'autoregolamentazione, dall'altro si sono legalmente determinati dei criteri (peraltro non legati a sicuri parametri oggettivi, ma vaghi e generici) cui essa deve essere ispirata, conseguendone pertanto dei possibili controlli (a posteriori) discrezionali e soggetti a mutevoli considerazioni storiche e politiche. Sorge così l'ennesimo e del resto ragionevole dubbio che la normativa apprestata abbia una qualche effettività solamente in funzione strumentale del fine per cui è stata dettata: quello appunto di creare un sistema di ulteriore selezione dei soggetti sindacali con i quali portare avanti una trattativa contrattuale, funzionalizzando allo scopo anche i contenuti dell'autoregolamentazione del diritto di sciopero. Se l'intento del legislatore era quello di porre in essere una disciplina che garantisse appieno un ordinato svolgimento delle azioni di lotta, appare con sufficiente evidenza che esso è andato abbondantemente deluso.

6. a). — Il sesto ed ultimo comma dell'art. 11 così recita: « I codici di autoregolamentazione debbono essere allegati agli accordi di cui agli articoli 6, 7, 8, 9, 10 e 12 ».

In via preliminare bisogna accertare a quali codici si riferisce la norma. Pare abbastanza ovvio che si tratta dei codici adottati dalle organizzazioni sindacali che hanno sottoscritto l'accordo, ma ciò non esaurisce il campo delle possibili ipotesi: infatti, come già accennato, esistono anche sindacati che, pur non giungendo al momento della sottoscrizione, possono aver concorso al raggiungimento dell'accordo tramite l'invio di formali osservazioni al Governo e alla delegazione pubblica; in pratica si tratta dei sindacati che hanno dichiarato, inizialmente o successivamente, di non partecipare alle trattative e di quelli che hanno manifestato il proprio dissenso finale sull'ipotesi di accordo (art. 6, comma 7°). Partendo dal presupposto che anch'essi hanno adottato congrui codici, valutati positivamente dal Governo; che non li hanno violati in corso di trattativa; che in virtù di tali fatti, e ammettendo ciò l'art. 6, comma 7°, hanno potuto contribuire, sia pure *ab externo*, alla formulazione dell'accordo con l'invio di osservazioni ufficiali; partendo da tale presupposto dicevamo, si potrebbe argomentare che all'accordo definitivo debbano essere allegati anche i loro codici, in quanto provenienti

da organizzazioni che la legge espressamente abilita a svolgere un ruolo ufficiale (seppur marginale) nella vicenda negoziale.

Sta di fatto però che questi sindacati non sono tra i firmatari dell'accordo e che la loro posizione è sostanzialmente di critica (anche se costruttiva) all'intesa in atto tra gli altri sindacati e la delegazione governativa (desumendosi ciò, inequivocabilmente, dal fatto che non vogliono trattare o che dissentono dall'ipotesi di accordo), onde non possono essere considerati, *stricto sensu*, come coautori dell'accordo. Pare pertanto preferibile escludere che i loro codici vadano ricompresi tra quelli menzionati nell'ultimo comma della norma in esame, e limitare quindi il riferimento di quest'ultima soltanto a quelli di cui si sono dotati i sindacati firmatari.

Qualche perplessità desta il termine « allegazione ». L'uso di tale espressione ha fatto sorgere il quesito circa la ricomprensione o meno dei codici nell'accordo, con ciò venendo alla luce il problema della loro efficacia.

La tesi prevalentemente accettata è che l'allegazione dei codici all'accordo non significa che quest'ultimo ricomprende anche quelli: i codici, quindi, non entrano a far parte integrante dell'accordo ovvero non possono far corpo con esso. Quanto all'efficacia dei codici allegati, si sostiene generalmente che essi abbiano un carattere documentario o di pubblicità e che possano spiegare efficacia solo nell'ambito interno alle singole organizzazioni adottanti (26). Indiscutibilmente il termine « allegazione » è un po' ambiguo o tale è perlomeno l'uso che se ne fa nella norma: infatti, ad una lettura superficiale, si potrebbe pensare che, tramite l'allegazione, i codici vadano a costituire parte integrante dell'accordo al pari delle altre norme in esso contenute (27).

(26) A tale conclusione giungono, tra gli altri, RUSSO, *La legge quadro*, cit., p. 44 ss.; GRANDI, *Contrattazione collettiva, conflitto collettivo e tutela sindacale nella legge quadro sul pubblico impiego*, cit., p. 300; AGUGLIA-NACCARI, *Guida alla legge quadro*, cit., p. 52; ORSI BATTAGLINI, *Della quadratura di molti cerchi*, cit., p. 13; CORSO, *op. loc. ultt. citt.*, pp. 77-78.

(27) Ammettendo per un attimo la bontà di tale interpretazione, vediamo le conseguenze. Come è noto, entro sessanta giorni dalla sottoscrizione dell'accordo, le norme risultanti dalla disciplina prevista dall'accordo stesso sono recepite ed emanate tramite d.P.R., previa delibera del Consiglio dei ministri. Se il Governo gode di ampia discrezionalità al momento della sua prima deliberazione (quella cioè che autorizza o meno la sottoscrizione dell'accordo), non ne ha altrettanta in sede di emanazione del d.P.R. di recezione: in altre parole, il d.P.R. deve avere una piena

Com'è agevole notare, un'interpretazione di tal fatta conduce inevitabilmente nel campo della pura immaginazione giuridica dato che non ha riguardo per i molteplici ostacoli che esistono in materia.

Innanzitutto va rilevato che gli accordi sindacali previsti nella legge quadro hanno un contenuto vincolato, cioè non possono disciplinare che le materie tassativamente elencate nell'art. 3 della legge: in quest'ultima norma non c'è alcuna menzione dello sciopero o della sua autoregolamentazione e pertanto va rigorosamente escluso che gli accordi assumano in sé le norme di autodisciplina. Per cercare una scappatoia a tale rigido sbarramento, si potrebbe tentare di seguire la via indicata dall'art. 11, comma 4°, il quale prevede la possibilità di dettare, con gli accordi di cui all'art. 3, norme dirette a disciplinare le procedure per la prevenzione ed il componimento dei conflitti di lavoro; anche tale strada pare comunque preclusa giacché riguarda un oggetto diverso da quello dell'autoregolamentazione dell'esercizio del diritto di sciopero. In ogni caso, nel quarto comma dell'art. 11 si parla di accordi che pongono in essere certe norme, cioè dell'incontro di volontà di due parti negoziali che ha come risultato la formulazione di una disciplina concordata, mentre nel caso in esame si tratta dell'inserimento, tra le norme concordate dalle due delegazioni, di normative adottate da una sola parte senza alcuna negoziazione.

Già quest'ultimo rilievo esclude che l'ipotetica interpretazione del termine « allegazione » abbia una qualche ragion d'essere: nell'accordo possono essere contenute esclusivamente norme che riguardino le materie espressamente previste e che comunque siano frutto dell'intesa congiunta delle due parti. Ma quell'interpretazione non può essere accolta anche, e soprattutto, per altri motivi.

corrispondenza sostanziale all'accordo ed il Governo, nell'emanare quelle norme, non può discostarsi da quanto l'accordo stabilisce.

E allora il Governo dovrebbe emanare e recepire anche le norme dei codici di autoregolamentazione, in quanto parti essenziali della disciplina dell'accordo: una vera e propria assurdità! Quanto al problema dei poteri del Governo in sede di emanazione del d.P.R., esso deve porre in essere delle mere operazioni tecniche di adattamento, cioè una sistemazione di tipo formale che consiste nella traduzione, in norme statuali, delle norme pattizie contenute nell'accordo, le quali sono frutto di un ordinamento diverso da quello statale (cioè quello intersindacale); così ORSI BATTAGLINI, *Relazioni sindacali*, cit., p. 90 ss.

6. *b*) — Il primo consiste nell'illegittimità costituzionale *ex* art. 39, comma 1°, cost. Infatti, dovendo la disciplina contenuta nell'accordo essere recepita con le norme di un atto — il d.P.R., per quanto riguarda il settore statale, o altro atto proprio delle altre pubbliche amministrazioni (per comodità di esposizione usiamo il parametro del settore statale) — di generale efficacia per tutti i dipendenti dell'amministrazione che concerne, il recipimento delle singole norme dei codici di autodisciplina (le quali non sono negoziate, ma frutto di autonoma determinazione) conferirebbe ad esse una generale efficacia estesa pertanto anche ai dipendenti che non sono affiliati ai sindacati che le hanno adottate. Ci troveremmo quindi in una situazione di questo tipo: da una parte avremmo vari codici di autoregolamentazione (dato che la legge consente l'allegazione di più codici ad un solo accordo), o, meglio, varie norme del decreto ognuna delle quali costituirebbe una regolamentazione dello sciopero identica, almeno sul piano sostanziale, al codice a cui si riferisce; dall'altra ci sarebbero tutti i dipendenti della categoria, appartenenti, però, a diversi sindacati. In siffatta ipotesi, i codici (*rectius*, le norme-codici) sarebbero vincolanti per tutti a prescindere dalle diverse affiliazioni sindacali e, pertanto, il codice adottato dal sindacato *tizio* vincolerebbe, oltre che i propri affiliati, anche gli associati del sindacato *caio*, il quale pure sarebbe titolare di un proprio codice, e così via. Dal punto di vista pratico, si creerebbe una vera e propria babilonia di norme di autoregolamentazione (ma, a questo punto, intervenuto il decreto, sarebbe meglio dire di regolamentazione) con il probabile risultato che si ritornerebbe a non rispettare più alcunché.

Anche ammettendo, sempre per ipotesi, che il codice del sindacato *tizio* e quello del sindacato *caio* contenessero il *minimum* richiesto dalle lettere *a* e *b* del 5° comma dell'art. 11 (e non potrebbero non contenerlo, pena il giudizio di insufficienza da parte del Governo), potrebbe tranquillamente verificarsi il caso in cui il codice di *tizio* contenga delle modalità di svolgimento dello sciopero nei servizi pubblici essenziali non coincidenti con quelle contenute nel codice di *caio* (e ben potrebbe averli il Governo valutati entrambi positivamente nel merito, per ragioni di consenso politico concretizzantesi nell'interesse di ammettere ambedue alle trattative): *quid juris* in questa situazione? Né si potrebbe rilevare che ogni codice vincola solo gli associati al sindacato che lo ha adottato, perché avremmo delle norme di generale applicazione di cui si

vorrebbe limitare l'applicabilità soltanto a certi soggetti, cioè una vera e propria contraddizione in termini.

Non è poi da tacere, stando sempre nel campo delle ipotesi, della situazione in cui si troverebbero quei pubblici dipendenti i quali, o perché affiliati ad organizzazioni sindacali che non abbiano adottato alcun codice (e che pertanto non hanno partecipato alle trattative), o perché semplicemente non affiliati ad alcun sindacato, non saprebbero quali norme osservare, non disponendo nemmeno del riferimento al proprio codice, come invece accadrebbe agli affiliati ad un sindacato che se ne è dotato.

6. c) — In tutte le ipotetiche situazioni prospettate, che però conseguono all'interpretazione del termine « allegazione » qui criticato, oltre alla palese violazione del principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, comma 1°, verrebbe a porsi l'ulteriore violazione del diritto di uguaglianza che la nostra carta costituzionale tutela all'art. 3. Un altro ostacolo, sempre di rilevanza costituzionale, sembrerebbe precludere qualsiasi fondatezza alla suddetta interpretazione: ci riferiamo alla riserva di legge contenuta nell'articolo 40 cost.

Come è noto, l'opinione dominante in dottrina ritiene che l'art. 40 cost. ponga una riserva di legge assoluta la quale impedisce agli atti di normazione secondaria di disciplinare l'esercizio del diritto di sciopero (28). Pertanto, stante la natura di fonte secondaria del decreto presidenziale che recepisce l'accordo, qualora quest'ultimo contenesse nella propria disciplina anche i codici, si avrebbe una regolamentazione del diritto di sciopero in base ad un atto amministrativo, cioè un'aperta violazione della predetta riserva di legge.

Non manca però chi sostiene la relatività della riserva di legge dell'art. 40 cost., desumendo tale opinione dal confronto tra la stessa norma e l'art. 13 cost.: in particolare si sostiene che quando ci si trova di fronte ad un diritto di libertà personale, come quello *ex* art. 13 cost., « è ben comprensibile che, in uno stato democratico, la riserva sia assoluta, per il fatto che i diritti strettamente personali rappresentano valori assoluti e, quindi, totalmente indisponibili... Nel caso dello sciopero, invece, siamo nel campo dei

(28) Cfr. ORSI BATTAGLINI, *Gli accordi sindacali nella legge quadro sul pubblico impiego*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1984, n. 21, p. 97.

diritti dell'economia; pertanto, mentre riteniamo logico e coerente con l'orientamento democratico l'assoluta indisponibilità della libertà della persona umana (dato che è un valore che non può essere fatto oggetto di contrattazione), riteniamo, invece, che nel campo dell'economia sia inevitabile il contratto, e quindi sia del tutto logico e coerente che un diritto dell'economia possa essere oggetto di disciplina negoziale » (29). In particolare, nel settore specifico del pubblico impiego, l'assunto della relatività della riserva di legge *ex art. 40 cost.* trova riscontro nella relatività della riserva di legge *ex art. 97 cost.*: infatti, se quest'ultima norma consente, per l'organizzazione ed il funzionamento degli uffici pubblici, il ricorso a fonti non necessariamente legislative (cosa che puntualmente avviene nella legge quadro), apparirebbe alquanto strano — si sostiene — disciplinare l'esercizio del diritto di sciopero esclusivamente

(29) Cfr. ROSSELLI, *L'autoregolamentazione*, in ASSINI-ROSSELLI, *Rapporto di lavoro tra pubblico e privato*, Milano, 1983, pp. 162-163. Lo a. sostiene che la « lettera dell'art. 40 è diversa da quella delle norme costituzionali che pongono una riserva assoluta, che pongono, cioè, come assolutamente indisponibile un diritto di libertà; è diversa, per esempio, dalla lettera dell'art. 13 cost., che contiene una riserva di legge assoluta espressa con la formula 'nei soli casi e modi previsti dalla legge' (soli, cioè soltanto la legge può porre limitazioni alla libertà personale; casi e modi, ossia la legge è l'unica fonte regolatrice del 'se' quanto del 'come' delle forme di detenzione, di ispezione o perquisizione personale o comunque di qualsiasi altra restrizione della libertà personale). Consideriamo, invece, l'art. 23 cost. che recita: 'Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge'; la dizione è 'se non in base alla legge' e non 'per legge' o 'nei soli casi e modi previsti dalla legge': questa dizione pone una riserva non più assoluta, ma relativa.

In una parola, quando la Carta costituzionale ha voluto porre una riserva assoluta della fonte legislativa, lo ha detto esplicitamente escludendo tassativamente ogni altra fonte; pertanto, quando ha taciuto sulla esclusione tassativa di altre fonti, ciò significa che non ne ha escluso la possibilità.

Nel caso dell'art. 40, la dizione non è, come nell'art. 13, 'Non è ammessa forma alcuna di disciplina dell'esercizio di sciopero se non nei casi e modi previsti dalla legge', bensì 'Il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano': non è quindi escluso che vi possa essere una disciplina autonoma, oppure che la legge possa essere anche una norma in bianco che demanda questa disciplina alla contrattazione collettiva. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere possumus*, e l'art. 40 parla testualmente di sciopero che 'si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano', senza distinguere tra regolamentazione in via immediata e regolamentazione in via mediata, quale è quella che si attua mediante riconoscimento legislativo della fonte sindacale » (Id., *op. ult. cit.*, pp. 161-162).

per legge, e ciò per il nesso strettissimo che intercorre tra la regolamentazione del rapporto (in base ad accordi sindacali) e le relative azioni sindacali (30).

Nonostante l'indubbio interesse di questa opinione, non possiamo non notare che nel caso in esame a nulla varrebbe l'assunto della relatività della riserva di legge dell'art. 40 cost.: infatti il decreto presidenziale che in ipotesi recepisce i vari codici non potrebbe comunque superare il permanente ostacolo dell'illegittimità costituzionale in riferimento all'art. 39, comma 1°, cost. Va da sé allora che la limitata efficacia dei codici allegati (efficacia solamente interna) dipende fondamentalmente dall'art. 39, comma 1°, cost. ancor prima che dall'art. 40 cost.

6. d) — Queste ultime considerazioni (in particolare quelle concernenti la relatività della riserva di legge dell'art. 40 cost.) ci consentono peraltro di allargare l'orizzonte interpretativo della norma in esame. In proposito (soprattutto riguardo agli sviluppi della norma in sede di concreta applicazione) merita dar conto dell'opinione di Rusciano, secondo il quale l'art. 40 cost. contempla una riserva di legge che permette di disciplinare lo sciopero o in base ad un intervento diretto della legge o, nell'ambito sempre di una specifica previsione di legge, in base anche ai limiti fissati dall'opera congiunta dell'autonomia collettiva e della normazione secondaria. Data la scarsa chiarezza della lettera della norma dell'art. 11, comma 6°, bisogna « tentare un'interpretazione teleologica e sistematica di essa »: l'allegazione ha come scopo di rendere rilevanti nell'ordinamento generale le norme che i sindacati hanno autonomamente adottato, in modo che esse possano definire l'ambito di legittimità dello sciopero; i codici sindacali hanno lo stesso valore e la stessa vincolatività degli accordi ai quali vanno allegati; l'atto di recezione (d.P.R. ecc.) che « imprime efficacia vincolante agli accordi abbraccia anche i relativi 'allegati'. Non si capirebbe altrimenti perché mai dovrebbero essere 'allegati' agli accordi dei codici contenenti norme la cui natura, anche dopo l'allegazione, rimane quella di norme interne all'ordinamento sindacale. Lo stesso carattere di pubblicità, che sicuramente l'allegazione possiede, dovrebbe infatti militare anch'esso a favore della natura normativa e vincolante delle norme dei 'codici

(30) Cfr. ROSSELLI, *op. loc. ultt. citt.*, pp. 163-164.

allegati', non sembrando giustificata tale forma di pubblicità per norme con mero valore interno al sindacato che le ha prodotte» (31).

Secondo lo stesso autore, essendo però impossibile che tutti i codici coesistano e che vengano tutti allegati all'accordo, nel silenzio della legge, « bisogna procedere per pure illazioni. Come quella che sia il Governo a scegliere *il* codice tra i vari codici, magari ammiccando al sindacato 'preferito'; oppure quella che il Governo costituisca un *codice-puzzle* con i pezzi presi dai vari codici; oppure che si apra una trattativa tra i sindacati della categoria per cercare volenterosamente di amalgamare i vari codici » (32).

Al di là delle asserzioni circa la medesima vincolatività dei codici e degli accordi, e circa il fatto che il d.P.R. imprime al tempo stesso efficacia vincolante agli accordi ed ai suoi 'allegati', asserzioni che non vanno considerate alla mera stregua letterale, ma che vanno — a nostro sommosso avviso — inquadrare nell'ottica teleologica in cui si muove questa teoria, al di là di ciò l'opinione menzionata presenta l'indubbio merito di aver ampliato i confini interpretativi della norma qui analizzata. Si tratta ora di stabilire se questo orientamento apre degli sbocchi concreti.

Innanzitutto, a scanso di equivoci, l'interpretazione di Rusciano si fonda sul presupposto della relatività della riserva di legge dell'art. 40 cost.: è chiaro, pertanto, che negando validità a tale assunto si giunge inevitabilmente a privare del necessario fondamento ogni implicazione di questa teoria; dando ciò per scontato, procediamo senz'altro.

La prima « illazione » è quella che il Governo scelga, tra i vari codici, *il* codice da allegare e da recepire. Non pare davvero che la legge autorizzi una simile possibilità: testualmente essa infatti si preoccupa solo che il Governo verifichi l'adozione dei codici e valuti la loro corrispondenza a quanto prescritto nelle lettere *a* e *b* dell'art. 11, comma 5°. Ma, se *per absurdum* il Governo avesse quella possibilità, a quali criteri dovrebbe ispirarsi nella scelta del codice (lo ripetiamo, del *solo* codice) da allegare? Dovrebbe forse privilegiare il codice del sindacato più rappresentativo? Se così fosse il Governo si troverebbe di fronte un vero e proprio *rebus*, dal momento che tutti i sindacati dotatisi di codici debbono, *ex artt.* 6, 12 e 14, es-

(31) RUSCIANO, *Autodisciplina dello sciopero*, cit., p. 22 ss.

(32) RUSCIANO, *op. loc. ultt. citt.*, p. 30.

sere maggiormente rappresentativi. Oppure dovrebbe il Governo prescegliere il codice più « garantista », ossia quello che gli sembri più « osservante » di quanto prescritto all'art. 11, comma 5°, *sub b*? In entrambi i casi, comunque, la scelta presenterebbe ampi margini di discrezionalità (invero eccessiva, stante quanto già la legge concede in termini di discrezionalità). Certo è che il Governo, in ambedue le ipotesi, ammiccherebbe al sindacato preferito, per ovvi motivi di consenso politico, con ciò non facendo alcunché di scandaloso dato che la logica dell'ammiccamento costituisce il substrato di tutta la disciplina della legge 93/1983 relativa ai sindacati! Dal punto di vista strettamente giuridico, qualsiasi scelta sarebbe discriminatoria e avrebbe come conseguenza (in base alla recezione e all'efficacia generale del d.P.R.) l'imposizione di una disciplina — frutto dell'autonoma determinazione di un'organizzazione sindacale — a tutti i dipendenti di un comparto, affiliati e non a quel sindacato (con le più che ovvie conclusioni in ordine all'art. 39 cost.).

Quanto agli altri sindacati dotatisi di codici, dovrebbero forse gettarli alle ortiche, vista l'elevazione di quel codice al rango di norma eteronoma? Sicuramente si sentirebbero beffati: prima si impone loro di adottare un proprio codice per partecipare alle trattative, poi li si obbliga a rispettarne un altro!

Scartata quindi la prima illazione per la propria irragionevolezza e la non rispondenza alla *ratio* della norma, prendiamo in esame la seconda, quella che cioè il Governo formi un codice-mosaico le cui tessere siano le singole norme dei vari codici. Quale tecnica compositiva dovrebbe adottarsi in siffatta ipotesi? Potrebbe il Governo assumere nel *codice-puzzle*, per esempio, la concezione dei servizi essenziali contenuta nel codice del sindacato *tizio*, quella che concerne le prestazioni indispensabili che è scritta nel codice di *caio*, quella delle modalità di svolgimento dello sciopero stabilita da *mevio*?

Così facendo si verrebbe a svilire del tutto ogni singolo codice: infatti si presume che, in ognuno di essi, ogni singolo argomento sia intimamente collegato agli altri, così da creare un quadro di norme il più organico possibile (sempre secondo la visione del sindacato adottante); se pertanto si estrapola una norma dall'insieme, è ben possibile che il significato che quella disposizione aveva all'interno della disciplina complessiva venga a mutare, potendo dar luogo ad interpretazioni ambigue, giacché parziali. In ogni caso, anche in questa ipotesi il Governo potrebbe compiere un'operazione altamente discrezionale e discriminatoria: si pensi solo al caso in cui esso prendesse

la maggior parte di norme dal codice più « rigido », costituendo poi esse la ossatura portante del codice vincolante anche nei confronti di quei sindacati che, riguardo alle fattispecie disciplinate da quelle norme, ne avevano adottate alcune meno « severe », ma pur sempre conformi alle prescrizioni di legge. Va inoltre sottolineato un altro dato: le tessere di un mosaico debbono essere tali da combaciare perfettamente tra loro allo scopo di rendere l'immagine totale in maniera del tutto unificata e priva di sfasature, cosicché in presenza di queste ultime l'artista deve provvedere ad una delicata opera di stuccatura. Nel nostro caso sarebbe molto probabile, se non addirittura certa, la presenza di sfasature tra le varie norme, provenendo esse da autori diversi ed essendo state « confezionate » ognuna secondo un determinato taglio: in tale situazione il Governo si potrebbe calare nella parte dello stuccatore, provvedendo a riempire i vuoti tra le varie norme con propri interventi autonomi e ancora una volta latamente discrezionali (non v'è affatto bisogno di sottolineare che la qualità dello « stucco » sarebbe del tutto particolare!)

Non ci pare il caso di dilungarci ancora sulla illegittimità di un sistema così farraginoso come quello prospettato e, pertanto, passiamo ad esaminare la terza « illazione », non senza però aver precisato che lo stesso Rusciano ritiene che le prime due, qualora avessero una qualche realizzazione, « potrebbero costituire il classico 'colpo basso' all'autoregolamentazione » (33).

La terza ipotesi, come si ricorderà, è quella che prevede una trattativa tra i vari sindacati al fine di amalgamare tra loro i vari codici. Senza alcun dubbio si tratta di una soluzione che, non prevedendo alcuno specifico intervento da parte del Governo, e quindi lasciando ampio spazio di manovra ai sindacati, si presta ad essere considerata come più attinente all'autoregolamentazione. Ciò non significa affatto che sia di facile attuazione, data la complessa situazione sindacale nell'area del pubblico impiego, caratterizzata dalla presenza, oltre che dei sindacati appartenenti alle tre maggiori confederazioni, di una pluralità di sindacati autonomi solitamente molto combattivi ed efficienti (come, ad esempio, lo Snals nel settore scolastico), ancorché arroccati in maggioranza su posizioni sostanzialmente di mere rivendicazioni salariali e di difesa ad oltranza dei privilegi (invero, non più così numerosi e sostanziosi come in passato) di cui godono alcune categorie di « colletti bianchi ».

(33) RUSCIANO, *op. loc. ultt. citt.*, p. 31.

A dir il vero, e ciò è riconosciuto dallo stesso autore, questa « illazione » avrebbe potuto « costituire il perno del sistema di autodisciplina » in un meccanismo però « diverso da quello della legge quadro » (34), come, ad esempio, nel caso che il legislatore avesse delegato il Governo « a recepire in decreto legislativo il codice di autoregolamentazione dello sciopero elaborato, per ciascuna categoria, dai sindacati confederali attraverso contatti con la 'base' e confronti con le altre organizzazioni rappresentative e sottoposto a referendum tra i lavoratori della categoria stessa » (35). Prescindendo dall'eccessivo rilievo conferito, in quest'ultima opinione, alle confederazioni e dalla conseguente limitazione dell'attività (circa l'elaborazione del codice) degli altri sindacati rappresentativi al mero confronto, non può negarsi che il meccanismo presenta aspetti davvero interessanti e degni di ulteriori sviluppi, sia teorici che pratici: il riferimento al referendum costituisce senz'altro un'idea che, ben al di là dei vari problemi concreti di realizzabilità, permette un preciso richiamo alla democrazia sindacale ed alla effettività delle scelte. Come osservato dallo stesso autore, « un meccanismo del genere avrebbe comportato il trasferimento di tutti i nodi da sciogliere nella area delle relazioni tra sindacati: senza quell'interferenza del Governo che invece la legge n. 93 legittima — facendo di esso l'arbitro delle indicate relazioni — e coerentemente con la filosofia di fondo dell'autodisciplina sindacale »; un sistema pertanto che, « senza creare alcuna stretta interdipendenza tra 'procedure contrattuali' e 'adozione del codice di autodisciplina' », si sarebbe incentrato sulla « valorizzazione della realtà e della democrazia sindacale » (36).

Probabilmente il riferimento al decreto legislativo può suscitare qualche dubbio ai costituzionalisti; per quanto concerne invece la riserva di legge *ex art. 40 cost.*, non dovrebbero sorgere problemi data la natura di fonte primaria dei decreti legislativi. Maggiori perplessità potrebbero derivare dal recepimento, dato che i sindacati, oltre ad avversare una regolamentazione dello sciopero proveniente da una fonte statuale (e, comunque, non sindacale), si sono sempre mostrati dubbiosi anche nei confronti di una recezione in provvedimento legislativo delle norme di autodisciplina dello sciopero da essi stessi adottate.

(34) RUSCIANO, *op. loc. ultt. citt.*, p. 31.

(35) RUSCIANO, *op. loc. ultt. citt.*, p. 30.

(36) RUSCIANO, *op. loc. ultt. citt.*, p. 30.

Infine va detto che l'ipotesi prospettata, più che un'illusione, ha i caratteri di una vera e propria proposta da tenere in considerazione qualora si pensasse di modificare l'art. 11, seconda parte, della legge quadro.

In conclusione di questa breve indagine sull'ultimo comma dell'art. 11, ribadiamo i risultati dell'interpretazione della norma: i codici di autoregolamentazione, adottati dai sindacati che hanno partecipato alla trattativa e che hanno sottoscritto l'accordo, debbono essere allegati all'accordo, senza che però questo implichi che ne vanno a costituire parte integrante, per i motivi accennati di rilevanza costituzionale; all'accordo vanno allegati tutti i codici e non uno solo, né tantomeno una miscellanea di essi; in virtù dell'allegazione i codici acquistano solamente una sorta di pubblicità, cioè una rilevanza esterna priva però di qualsiasi efficacia generalmente obbligatoria; non conseguendo altro che un valore meramente documentario, gli stessi codici allegati hanno un ambito di impegnatività limitato solo agli affiliati ai singoli sindacati che li hanno adottati (il codice del sindacato *tizio* vincola solamente gli iscritti a questo sindacato); il d.P.R. di recezione riguarda solo l'accordo e non tocca minimamente i codici allegati, i quali vengono soltanto riprodotti ognuno nella sua forma originale, in calce al d.P.R.

6. e) — In appendice a queste note, dobbiamo dar conto di un'omissione che si riscontra nell'art. 11: sia il comma 5° che il comma 6° non fanno riferimento agli accordi decentrati di cui all'art. 14, sorgendo così il quesito se gli accordi decentrati soggiacciono o meno al dettato dell'art. 11. La soluzione non è agevole dato che lo stesso art. 11, comma 5°, nel precisare quali organizzazioni sindacali debbano adottare i codici, richiama espressamente anche quelle di cui all'art. 14 (comma 2°) e cioè le organizzazioni maggiormente rappresentative nel settore interessato e le confederazioni maggiormente rappresentative su base nazionale. Giacché l'art. 11, comma 5°, non menziona l'art. 14 (norma di riferimento per gli accordi decentrati) tra le norme (artt. 6, 7, 8, 9, 10 e 12) che si riferiscono agli accordi in cui l'inizio delle procedure è subordinato all'avverarsi della condizione posta nell'art. 11, comma 5° (la verifica del Governo dell'adozione dei codici), è lecito pensare che tale condizione non gravi sull'inizio delle procedure per gli accordi decentrati?

A noi pare che le organizzazioni sindacali che intendono stipulare accordi decentrati ai sensi dell'art. 14 debbano adottare codici di

autodisciplina dello sciopero, al pari di tutte le altre che intendono partecipare alle trattative per gli accordi di comparto ed intercompartimentali (ciò in quanto l'art. 11, comma 5°, contempla espressamente quelle organizzazioni); visto però il silenzio della legge sull'altro aspetto della vicenda, non è possibile affermare con tutta sicurezza che tale adozione e la conseguente verifica a carico del Governo costituiscano quel complesso sistema che condiziona l'inizio della trattativa per il raggiungimento dell'accordo decentrato.

Quanto all'omissione di cui all'ultimo comma dell'art. 11, avendo assunto la previsione dell'allegazione dei codici agli accordi come obbligatoria, viene da pensare che l'obbligo di allegare i codici agli accordi di comparto ed intercompartimentali non riguardi invece il caso degli accordi decentrati.

Alla stregua di questi dati possono avanzarsi due interpretazioni. La prima è che a fronte dell'adozione dei codici da parte dei sindacati di cui all'art. 14 (prevista espressamente), la verifica di essi ad opera del Governo si risolva in un mero adempimento formale che non condiziona l'inizio delle procedure per gli accordi decentrati: l'eventuale mancata adozione dei codici, il non rispetto di essi in corso di trattative o, ancora, la loro non congruità riguardo alle previsioni delle lettere *a* e *b* dell'art. 11, comma 5°, aprirebbe una serie interminabile di problemi dal punto di vista dell'applicazione di eventuali sanzioni (quelle già viste in precedenza, come l'esclusione o la decadenza). Inoltre, la non previsione dell'obbligo di allegazione agli accordi starebbe a confermare il carattere del tutto aleatorio della *ratio* dell'art. 11, seconda parte, riguardo a questa particolare fattispecie.

La seconda interpretazione, di tipo analogico, è che, ad onta del silenzio dell'art. 11 (*rectius*, del parziale silenzio, il che è anche peggio), la previsione dell'adozione dei codici e della loro verifica comporta, anche nel caso delle procedure per gli accordi decentrati, le stesse conseguenze che si hanno nel caso degli accordi di grado superiore (condizionamento dell'avvio delle trattative ecc.), a nulla rilevando il dato della non allegazione dei codici stessi agli accordi.

Essendo ben difficile prendere sicuramente posizione in merito, ci pare che la seconda impostazione sia più aderente al senso complessivo dell'art. 11, seconda parte, e che permetta una ricostruzione unitaria di tutte le situazioni di cui la norma in qualche modo si occupa, senza lasciar sopravvivere eccezioni ingiustificate.

Quanto all'omissione di cui all'art. 11, comma 6°, essa può es-

sere fondata sul presupposto che almeno le confederazioni maggiormente rappresentative su base nazionale (che, come abbiamo visto, rientrano tra i soggetti sindacali rappresentati nella delegazione che deve trattare per gli accordi decentrati) avranno già allegato i propri codici all'accordo intercompartimentale ed a quello di comparto, ritenendo così il legislatore superfluo riproporre la stessa previsione per gli accordi decentrati che hanno validità solo nei limiti di quanto stabilito dagli accordi di grado superiore.

Se ciò è ammissibile — in quanto le confederazioni nazionali che trattano a livello intercompartimentale, a livello di comparto e a livello decentrato (o di settore) sono sempre le stesse — non va però sottovalutato il fatto che, per quanto concerne le organizzazioni maggiormente rappresentative nel settore interessato (che costituiscono gli altri interlocutori sindacali per gli accordi decentrati), potrebbero verificarsi dei problemi: come, ad esempio, che nella delegazione sindacale sia rappresentata un'organizzazione rappresentativa nel settore, ma non nel comparto; oppure rappresentativa anche in tale ambito, ma che non ha partecipato all'accordo di comparto (magari perché la delegazione governativa, secondo il proprio giudizio, non la riteneva maggiormente rappresentativa al tempo di questo accordo; o magari — ed è il caso più significativo — perché non aveva adottato un codice sufficiente in quella occasione). In tutte queste ipotesi (e, probabilmente, in molte altre) si tratta di sindacati i cui codici (ammesso che li abbiano) non risultano allegati ad alcun accordo di grado superiore e per i quali, quindi, non si giustifica l'omissione di cui all'ultimo comma dell'art. 11 (valida, pertanto, solo per quanto riguarda le confederazioni nazionali).

Pare quindi che un'interpretazione che estendesse la disposizione in esame anche nei confronti degli accordi decentrati non sarebbe contraria alla *ratio* della legge quadro. Mette conto rilevare, comunque, che l'art. 11, seconda parte, appare, ad una lettura più approfondita, come il frutto di una elaborazione affrettata e sconta il proprio carattere di norma di ripiego che risente di una scarsa ed approssimativa preparazione in sede redigente (37).

(37) Vedi in proposito quanto riportato da FOGLIA, *Autonomia collettiva e ruolo del sindacato nella legge-quadro sul pubblico impiego*, cit., p. 257: si tratta di un comunicato della Presidenza della Repubblica (Presidente Pertini) emesso in data 29 marzo 1983 (la stessa della emanazione della legge quadro). «Il Presidente della Repubblica ha promulgato in data 27 marzo la legge quadro sul pubblico

7. a) — Prima di verificare come si è proceduto nell'applicazione concreta della norma in esame, è necessario tentare di rispondere ad un fondamentale quesito già in precedenza prospettato: se cioè il modello di selezione dei soggetti sindacali delineato nella legge quadro (del quale la previsione dell'art. 11, seconda parte, costituisce elemento essenziale, insieme al disposto dell'art. 6, comma 4°) sia costituzionalmente legittimo in riferimento al principio di libertà sindacale previsto nell'art. 39, comma 1°, cost. L'attenzione cade inevitabilmente sul condizionamento del diritto dei sindacati di esser parte nelle procedure per la formazione dell'accordo.

Preliminarmente è necessario accertare (per non incorrere in giudizi troppo affrettati) quale sia l'atteggiamento del legislatore della l. 93 nei confronti dei soggetti sindacali.

Certamente la previsione di cui all'art. 3 (« Disciplina in base ad accordi ») presuppone già la presenza sindacale per la regolamentazione di quegli aspetti del rapporto di pubblico impiego tassativamente elencati nella norma: quest'ultima testualmente recita, nel suo 1° comma: « Nell'osservanza dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione e di quanto previsto dal precedente art. 2, sono disciplinati con i procedimenti e gli accordi contemplati dalla presente legge, in ogni caso, i seguenti aspetti dell'organizzazione del lavoro e del rapporto di impiego... ». Facendo riferimento ai *procedimenti* e agli *accordi* contemplati nella legge, la norma rinvia a quegli articoli (come l'art. 6, che qui assumiamo come disposizione paradigmatica) in cui è dettata tutta la disciplina procedimentale sugli accordi sindacali. Già abbiamo visto come l'art. 6, comma 4°, fissi i criteri di composizione della delegazione sindacale, ma ciò che ci preme qui sottolineare è che nei successivi capoversi si precisa in che cosa

impiego, presentata in Parlamento l'8 ottobre 1979, e approvata, in via definitiva, il 9 marzo scorso. Il Presidente della Repubblica ha riscontrato che alcune perplessità manifestate al Governo, al momento in cui aveva autorizzato la presentazione alle Camere del relativo disegno di legge, risultano superate nel testo della legge approvata dal Parlamento, nel quale sono stati altresì introdotti nuovi importanti istituti, che vengono a completare la disciplina di principio del pubblico impiego (onere di autoregolamentazione del diritto di sciopero)».

A quanto pare, dall'esame della norma specifica che qui si è fatto, il legislatore, pur dietro le sollecitazioni del Capo dello Stato, ha introdotto il nuovo istituto dedicandovi una cura invero sommaria senza, fra l'altro, meditare a dovere sulle conseguenze giuridiche e pratiche che discendono inevitabilmente da questa operazione approssimativa.

consista l'accordo e quale reale valore esso abbia. In particolare, al comma 8°, si prevede la possibilità per il Governo di assumere una determinazione negativa sull'ipotesi di accordo raggiunta dalle due delegazioni, cioè un'ampia discrezionalità in capo al Governo di autorizzare o meno la sottoscrizione dell'accordo.

Quest'ultimo elemento è in sé determinante per comprendere che il parlare, come comunemente si fa, di contrattazione collettiva nel pubblico impiego è probabilmente errato o quantomeno azzardato: infatti come si può tranquillamente asserire che ci troviamo di fronte ad un fenomeno pienamente contrattuale se (anche prescindendo per ora dalla questione dell'efficacia dell'accordo) quest'ultimo può non divenire tale (rimanendo allo stadio di « ipotesi di accordo ») in base ad un giudizio del Consiglio dei ministri che, negando l'autorizzazione a sottoscriverlo, lo fa praticamente caducare? (38).

Va da sé allora che, essendo previsto il vaglio del Governo sull'intesa (ipotesi di accordo) raggiunta dalle due parti (delegazione pubblica e delegazione sindacale), la pretesa natura contrattuale dell'atto negoziato viene ad essere sminuita di molto già nella fase procedimentale: il principio di parità ed autonomia che sovrintende ai diritti ed ai poteri delle due parti contraenti nei negozi bilaterali è qui intaccato seriamente dal ruolo che il Governo (come organo *super partes*) può giocare nella vicenda (39).

Senza entrare in profondità nel merito di argomentazioni che ci condurrebbero lontano dal preciso oggetto della nostra ricerca, va ribadito che la legge quadro ha sì istituzionalizzato l'accordo come presupposto della fonte di disciplina (e ciò non pare seriamente contestabile), ma lo ha fatto in modo tale che l'istituto in parola sia funzionalizzato al massimo ai poteri di controllo e di indirizzo del

(38) Come risulta dallo stesso comma 8° dell'art. 6, in casi come questo — che la norma definisce « caso di determinazione negativa » (del Consiglio dei ministri) — « le parti devono formulare entro il termine di sessanta giorni una nuova ipotesi di accordo, sulla quale delibera nuovamente il Consiglio dei ministri ».

(39) Sicuramente la fattispecie dell'accordo nella legge quadro ha una rilevanza del tutto particolare rispetto a quella che ha nel settore del rapporto di lavoro a regolamentazione privatistica: pare quasi superfluo menzionare l'impossibilità dell'accordo, una volta che ne sia stata autorizzata la sottoscrizione, a spiegare una diretta efficacia, dovendo la disciplina da esso risultante, ai sensi dell'art. 6, comma 9°, essere recepita con le norme di un decreto del Presidente della Repubblica, previa delibera del Consiglio dei ministri.

Governo, cosicché non possa — in alcuna fase del procedimento della sua formazione — manifestare un'influenza, se non mediata (e pertanto gradita all'Esecutivo), sulla vicenda che riguarda. A ben vedere, la legge quadro reca in sé una « tendenziosa coerenza » che si appalesa anche nel momento iniziale del procedimento previsto per gli accordi: infatti, la stessa concezione dell'accordo (o, meglio, stando al testo letterale, dell'ipotesi di accordo) come strumento da tenere sempre sotto rigido controllo, presiede alla fase di individuazione dei soggetti sindacali che dovranno concorrere alla sua formulazione. Così si fissano dei criteri legali di selezione, incidenti sul diritto a trattare, che risultano dal combinato disposto degli artt. 6, comma 4°, e 11, comma 5°, vale a dire il principio della maggiore rappresentatività e l'onere dell'adozione di codici di autodisciplina del diritto di sciopero che contengano il *minimum* richiesto dalla legge (40).

7. b) — Sull'adozione del criterio della maggiore rappresentatività molto si è discusso e molto si discuterà ancora (41), soprattutto

(40) Sul tema della maggior rappresentatività, così com'è utilizzato nella legge quadro, cfr. ORSI BATTAGLINI, *Relazioni sindacali*, cit., p. 21 ss.; FOGLIA, *op. loc. ultt. citt.*, p. 257 ss.; ZOPPOLI, *Commento artt. 6-10*, in RUSCIANO-TREU (a cura di), *op. loc. ultt. citt.*, p. 51 ss.; GRANDI, *op. loc. ultt. citt.*, p. 291 ss.; RUSSO, *op. loc. ultt. citt.*, p. 21 ss.; GIAMPAOLINO, *La legge quadro sul pubblico impiego*, cit., p. 164 ss.; ORSI BATTAGLINI, *Note critiche sulla selezione eteronoma dei soggetti sindacali*, in *Pol. dir.*, 1985, n. 3, p. 385 ss.; MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Bologna, 1985, p. 360 ss.; SIMI, *La legge quadro sul pubblico impiego di fronte alla Costituzione*, cit., p. 58 ss.

In generale, per una vasta panoramica sul tema, anche alla luce delle proposte della Commissione Bozzi sulla riforma dell'art. 39 cost., v. *Pol. dir.*, 1985, n. 3, fascicolo interamente dedicato ai principali interventi al convegno di studi dal titolo « Contrattazione collettiva e rappresentatività sindacale », svoltosi ad Ancona nei giorni 22-23 marzo 1985 presso la locale Facoltà di economia e commercio, promosso dall'Istituto di Scienze giuridiche con il patrocinio della Regione Marche.

(41) L'art. 40, ultimo comma, della legge 12 febbraio 1968, n. 192, riguardante i dipendenti ospedalieri, che costituisce il primo intervento legislativo sulla « contrattazione collettiva nel pubblico impiego », sanciva che « il rapporto di lavoro, per quanto riguarda il trattamento e gli istituti normativi di carattere economico, è stabilito, previ accordi nazionali tra i sindacati e le associazioni rappresentanti gli enti ospedalieri, dai singoli enti ospedalieri con delibera soggetta a controlli di legge », menzionando quindi soltanto i *sindacati* e senza far cenno ad alcunché circa la loro individuazione. Per il settore dei dipendenti statali, l'art. 24 della legge 28 ottobre 1970, n. 775, poi espressamente abrogato dall'ultimo comma del-

con riferimento al grado di effettività che esso può assicurare, ma, stante la penetrazione di tale criterio nel nostro ordinamento (v. articolo 19 st. lav.) e la sostanziale sua accettazione da parte della giurisprudenza (esemplare, a tale proposito, la sentenza n. 54 del 1974 della Corte costituzionale), non v'è da meravigliarsi se il legislatore della legge 93/1983 l'ha fatto proprio.

Non va però sottaciuto che mentre nel settore privatistico il principio è stato assunto come fondamento della c.d. legislazione di sostegno, nel settore pubblico, ed in particolare nella legge quadro, esso è posto alla base di una legislazione di conformazione (42):

l'art. 9 della legge 22 luglio 1975, n. 382, prevedeva che gli accordi fossero stipulati tra il Governo ed i sindacati rappresentativi individuati in forza della loro partecipazione ai consigli di amministrazione dei ministeri; in ogni caso l'art. 9 della legge 382/1975 parlava di organizzazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale, non accennando affatto alle confederazioni (come invece fa la legge quadro).

Anche nelle leggi successive al 1975, come la legge 23 dicembre 1978, n. 833 (riforma sanitaria), art. 47, ed il d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761, art. 30, pur affermandosi il criterio della maggiore rappresentatività, il riferimento è fatto esclusivamente alle organizzazioni sindacali nazionali delle categorie interessate.

(42) Cfr. ORSI BATTAGLINI, *Note critiche*, cit., pp. 386-387. Forse poteva parlarsi di legislazione di conformazione anche nei riguardi di quelle norme, precedentemente citate, che nelle leggi previgenti contemplavano espressamente i sindacati nazionali maggiormente rappresentativi per ogni categoria come quelli abilitati a trattare (venendo in tal modo a predeterminare in via legale l'autonomia negoziale dei vari sindacati presenti nelle aree contrattuali); certo è però che il grado di conformazione presente nella legge quadro è molto più elevato rispetto a quelle leggi.

Diversamente da quelle, infatti, l'art. 6, comma 4°, della legge quadro chiama in causa, sempre in ossequio al principio di maggiore rappresentatività, le confederazioni nazionali (in aggiunta alle organizzazioni nazionali di categoria) le quali, inoltre, ex art. 5, comma 2°, sono gli unici interlocutori sindacali degli accordi per la determinazione del numero e la composizione dei comparti e, ex art. 12, comma 3°, rivestono la stessa qualifica negli accordi intercompartimentali: tale scelta, operata probabilmente sulla scorta di ragioni prevalentemente politiche, pare discutibile non foss'altro per lo scarso seguito ed il basso *indice di gradimento* riscontrabile in larghi settori del pubblico impiego nei confronti delle grandi confederazioni nazionali.

Come rilevato da ORSI BATTAGLINI, *Relazioni sindacali*, cit., p. 28 ss., «L'art. 6, quarto comma, prevede anzitutto che tali organizzazioni (le confederazioni, *n.d.r.*) partecipino, accanto alle organizzazioni di categoria, alla formazione degli accordi nazionali di comparto, con la evidente finalità di investire in modo necessario, generalizzato, e ravvicinato, ed anche senza o contro il consenso dei sindacati di settore, di quel ruolo di coordinamento e di controllo delle varie politiche rivendicative che si è visto emergere nella prassi precedente in forme occasionali, contraddittorie e comunque rimesse alla volontà delle varie parti e affidate alla effettività delle singole

quest'ultima si manifesta in tutta la sua evidenza nella previsione, espressa nell'art. 6, comma 4°, della delegazione sindacale intesa come unica ed esclusiva aggregazione dei sindacati ammessi alle trattative, abilitati poi a tale scopo in forza dell'adozione dei codici di autoregolamentazione, *ex art.* 11, comma 5° (43).

Una giustificazione di questo fenomeno di predeterminazione legale della parte sindacale è stata ricercata nella peculiarità del settore in cui esso si manifesta: in particolare, è stato sostenuto che esistono due ordini di motivi che permettono di escludere la censura di incostituzionalità riguardo al problema accennato.

In primo luogo si rileva che lo Stato, « accettando di passare al modello sindacale per quanto attiene alla regolamentazione dei rapporti di lavoro, certamente gode, almeno, di quella libertà di determinazione che è riconosciuta nell'ordinamento all'imprenditoriali-

situazioni: e forse proprio gli scarsi successi conseguiti in questa direzione hanno alimentato la speranza (o l'illusione) che istituzionalizzare la presenza confederale potesse risolvere o attenuare le contraddizioni ».

(43) Per dovere di massima precisione, va comunque notato che, pur se non regolata in maniera così esplicita e capillare come avviene nella legge quadro, la delegazione sindacale aveva già fatto una comparsa nella legislazione precedente: ci riferiamo all'art. 28 della legge 20 marzo 1975, n. 70, per i dipendenti parastatali, che così recita: « Alle trattative fra la delegazione degli enti e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative su base nazionale dei lavoratori dipendenti partecipano osservatori del Governo.

L'ipotesi di accordo raggiunta è comunicata, entro 15 giorni, al Presidente del Consiglio dei ministri ed ai Ministri per il lavoro e la previdenza sociale e per il tesoro.

Entro lo stesso termine le organizzazioni sindacali dissenzienti dall'ipotesi di accordo o non rappresentate nella *delegazione* delle organizzazioni sindacali di cui al primo comma, possono trasmettere al Presidente del Consiglio dei ministri ed ai Ministri per il lavoro e la previdenza sociale e per il tesoro le loro osservazioni sulla materia dell'ipotesi di accordo sindacale ... ».

Come si può agevolmente notare, il termine *delegazione* ha qui un valore meramente descrittivo (serve cioè ad indicare l'insieme dei rappresentanti sindacali) senza implicare particolari profili di natura organica, come invece avviene nell'art. 6, comma 4°, della legge quadro. Ciò si desume, a nostro parere, dal mancato uso di tale termine nel primo comma della norma in cui si presentano i soggetti sindacali delle trattative.

Esiste un'altra norma in cui si parla di delegazione sindacale: è l'art. 95 della legge 1° aprile 1981, n. 121, per il personale della Polizia di Stato; a parte tutti i problemi particolari che riguardano tale argomento, non può non notarsi comunque anche in questo caso la funzione puramente descrittiva dell'espressione in parola.

tà » (44): in pratica, questa teoria assimila lo Stato a qualsiasi organizzazione imprenditoriale privata la quale, godendo al pari dei sindacati dei lavoratori dei vantaggi della libertà sindacale, può determinare le proprie regole di rapporto con il sindacato.

In secondo luogo si sostiene che quella predeterminazione per legge « dei limiti e delle modalità della sindacalizzazione nel settore pubblico può ampiamente giustificarsi in ragione dell'art. 97/1 Cost., laddove la Carta pone una riserva, pur relativa, di legge per quanto attiene all'organizzazione dei pubblici uffici al fine di assicurarne il buon andamento » (45).

Alla prima argomentazione si è obiettato che l'assimilazione tra organizzazione imprenditoriale e statale può essere certamente valida a condizione che venga impostata correttamente: così il soggetto che impersona lo Stato può essere individuato nell'insieme composto dal Governo e dalla delegazione pubblica che a pieno titolo rappresenta l'amministrazione quale datore di lavoro, e se a tale soggetto possono essere riconosciuti quei poteri di predeterminazione per decidere con chi trattare (al pari di qualsiasi organizzazione datoriale privata), quegli stessi poteri non possono essere però ricondotti al legislatore. Infatti, mentre la parte pubblica (delegazione e Governo) si trova (o, perlomeno, si dovrebbe trovare) sostanzialmente su di un piano di parità negoziale con la controparte, il legislatore si deve porre invece come ordinamento generale *super partes* e, come tale, deve formulare scelte che riguardino entrambe le parti in causa, non potendo esse incidere negativamente — in quanto interventi sulla sfera di libertà e di autonomia sindacale — sui principi costituzionali che sovrintendono alla materia (art. 39, comma 1°, cost.) (46).

Quanto al secondo argomento addotto, si è rilevato che la riserva di legge contenuta nell'art. 97, comma 1°, cost., non può essere considerata ostativa alla piena esplicazione del principio di libertà sindacale. La norma costituzionale ha riguardo al buon andamento ed alla imparzialità dell'amministrazione in relazione all'or-

(44) Cfr. PERA, *Legge e contrattazione collettiva nella regolamentazione del pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1979, V, c. 129; pur se antecedente all'entrata in vigore della legge quadro, si tratta di un articolo che prende in esame il relativo disegno di legge, nel quale erano già contenuti i principi del sistema di selezione dei sindacati qui in esame.

(45) PERA, *op. loc. ultt. cit.*, c. 129.

(46) Cfr., in tal senso, ORSI BATTAGLINI, *Relazioni sindacali*, cit., p. 46.

ganizzazione dei pubblici uffici (che deve essere regolata da disposizioni di legge) (47). La suddetta riserva di legge non può invece riguardare la predeterminazione dei soggetti sindacali: essendo essa collegata al solo sistema di produzione normativa (valido quindi il richiamo ad essa quando si tratta di definire l'efficacia dell'accordo sindacale che non è mai diretta, prevedendosi la recezione in d.P.R.), non può invadere il terreno specifico della libertà di organizzazione sindacale (48).

Riprendendo considerazioni fatte in precedenza, a noi pare che un dibattito che (come quello testé citato) si limiti ad affrontare il fenomeno sotto il mero profilo contrattuale non possa fornire una soluzione chiara e soddisfacente. « Per trovare una più plausibile giustificazione all'impiego » del criterio della maggior rappresentatività « occorre allargare il discorso, e considerare l'ottica funzionale speciale entro cui esso si trova situato, superando visuali meramente contrattualistiche o libero-contrattualistiche della complessa vicenda produttiva del regolamento normativo finale. Questa vicenda, in effetti, si svolge all'insegna dell'unicità del processo negoziale formativo dell'accordo, e siffatta unicità è in funzione del risultato finale, cioè della riproduzione del medesimo in un atto di normazione eterono-

(47) L'opinione dominante in dottrina ritiene che l'art. 97 cost. ponga una riserva di legge relativa: tra gli altri, cfr. BACHELET, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa*, Milano, 1965, p. 23 ss.; CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, p. 160; PALEOLOGO, *Contratto collettivo e pubblico impiego*, in *Foro amm.*, 1973, II, c. 614, il quale mette in rilievo la relatività della riserva di legge in esame, desumendola dal confronto con l'art. 95, comma 3°, cost.; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, p. 792; MERUSI, *Vicende e problemi della contrattazione collettiva nell'impiego ospedaliero*, in *Atti del XXV Convegno di Varenna su «Pubblico impiego e contrattazione collettiva»* (Settembre 1979), Milano, 1980, p. 33 ss.

In giurisprudenza v., per tutti, Corte cost. 27 febbraio 1980, n. 21, in *Riv. dir. lav.*, 1981, II, p. 84 ss.

Per un quadro in generale sulla riserva di legge nel nostro ordinamento costituzionale, cfr. FOIS, *La riserva di legge*, Milano, 1963; DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1970; nella manualistica di diritto amministrativo, cfr. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1979, p. 44 ss.

(48) A tale proposito, cfr. ORSI BATTAGLINI, *op. loc. ult. cit.*, p. 49. L'a. osserva che il legislatore della legge quadro a fronte di « un limitato ed ambiguo ritrarsi del principio unilateralistico a favore della contrattazione », ha posto in essere « una sensibile incidenza sull'autonomia organizzativa e sul pluralismo sindacale ».

ma (che costituisce la fonte esclusiva di regolamento dei rapporti) ». Pertanto, il vincolo dell'atto di recezione rispetto al contenuto dell'accordo impone la selezione dei soggetti sindacali con cui giungere all'accordo finale e il criterio di maggiore rappresentatività va inteso soprattutto come indicatore della più attendibile propensione dei sindacati « a perseguire politiche di tutela consone con quegli obiettivi di omogeneizzazione » cui, *ex art.* 4 della legge 93/1983, devono ispirarsi gli atti che disciplinano i rapporti di pubblico impiego. In pratica, all'interno del principio di maggiore rappresentatività è individuabile un elemento di interesse pubblico « connesso alla destinazione finale del regolamento congiunto dei rapporti e alla rispondenza del medesimo a vincoli di scopo, che introducono indirettamente una logica di funzionalizzazione nell'esercizio dell'autonomia collettiva » (49).

Ora, se l'adozione del criterio della maggiore rappresentatività può essere considerata ammissibile in ragione del suo collegamento funzionale al superiore interesse pubblico della p.a., altrettanto può dirsi riguardo alla previsione dei codici di autodisciplina. Infatti, come si è già visto, la maggiore rappresentatività è in sé sufficiente solo ad abilitare l'ingresso nella delegazione sindacale, ma non a garantirvi la permanenza e a rendere perfetto il diritto a trattare: questi due ultimi risultati possono essere conseguiti solamente osservando l'art. 11, comma 5°.

L'adozione dei codici, pertanto, integra e completa la qualifica rappresentativa e, al pari di questa, è in collegamento funzionale con un superiore interesse pubblico della p.a.: uno svolgimento ordinato e responsabile delle trattative per la formazione dell'accordo. In quest'ottica pare quindi che la selezione imposta dalla legge quadro, al di là delle apparenze, non sia in contrasto con il principio di cui all'art. 39, comma 1°, cost., dovendo quest'ultimo — nel settore del pubblico impiego — rendersi compatibile con interessi pubblici di primaria rilevanza. Se invece si continua a ritenere che il fenomeno degli accordi sindacali nel pubblico impiego è un feno-

(49) Cfr. GRANDI, *Contrattazione collettiva*, cit., p. 297. In verità, l'a. mette precedentemente in evidenza che i sospetti di incostituzionalità esistono, partendo dall'assunto che la Costituzione non conosce il criterio di maggiore rappresentatività come indicatore di capacità negoziale e come titolo di ammissione all'attività di autotutela collettiva. La soluzione giustificazionista pare quindi più legata a considerazioni contingenti e comunque più interne alla logica della legge quadro, che a considerazioni di ordine generale sull'autonomia negoziale.

meno puramente contrattuale (cosa invero difficile da sostenere), i dubbi di incostituzionalità del sistema di selezione permangono inalterati e consistenti.

8. a) — Quanto finora è stato sostenuto riguardo alla legittimità costituzionale del sistema di predeterminazione legale fondato (oltre che sulla maggiore rappresentatività) sulle previsioni dell'articolo 11, seconda parte, non significa anche che la norma risponda in maniera soddisfacente alle aspettative in essa riposte. Abbiamo visto precedentemente che essa appare scarsamente convincente sotto vari profili: dal totale silenzio sulle conseguenze della mancata adozione e dell'inosservanza dei codici, all'imposizione di un obbligo di preavviso troppo lungo ed indifferenziato; dall'eccessiva « responsabilizzazione » dei sindacati a definire le modalità di svolgimento degli scioperi nei servizi essenziali, al generico riferimento a questi ultimi senza indicare una graduazione degli interessi in essi tutelati; dall'ampia discrezionalità di cui gode il Governo, alla previsione dell'allegazione dei codici agli accordi (foriera di ambigue interpretazioni).

E ancora, come non pensare che scioperi proclamati da sindacati che non sono maggiormente rappresentativi (e che quindi non soggiacciono all'onere dell'adozione dei codici) non possono comunque incidere sullo svolgimento delle trattative (sia pure *ab externo*) vanificando in pratica l'intento della norma in esame? (50).

(50) Per citare un esempio, si pensi all'ipotesi in cui, avviata la trattativa (con i sindacati dotati di codice), i sindacati esclusi a priori (in quanto non riconosciuti maggiormente rappresentativi) diano corso ad azioni di sciopero incontrollato per protestare contro la propria esclusione o perché dissentono dal tipo di intesa che le due delegazioni stanno raggiungendo. In un caso siffatto, oltre alle conseguenze sui cittadini utenti, lo sciopero proclamato da quei sindacati (esclusi a priori dalle trattative) può avere ripercussioni sulle stesse trattative: infatti, alcune rivendicazioni avanzate dagli scioperanti potrebbero essere fatte proprie anche dai sindacati che stanno trattando, oppure questi ultimi potrebbero rivedere alcune concessioni che si accingevano ad ammettere per il fatto che il dissenso su di esse da parte degli scioperanti è ben più vasto della loro forza numerica, magari diffondendosi anche tra gli affiliati ai sindacati seduti al tavolo negoziale.

Se quest'ultima conclusione vale per le organizzazioni che non hanno alcun titolo per partecipare al negoziato, a maggior ragione può valere per quelle che (in quanto maggiormente rappresentative), inizialmente rappresentate nella delegazione sindacale, ne sono state in seguito escluse perché non hanno adottato il codice, o perché non l'hanno rispettato.

Ma vediamo come si è proceduto nell'applicazione concreta della norma, prendendo spunto dai codici di autoregolamentazione allegati al d.P.R. 1° febbraio 1986, n. 13: tale decreto, come è noto, ha recepito le norme risultanti dall'accordo intercompartimentale, sottoscritto il 18 dicembre 1985, relativo al triennio 1985-87 (51).

Trattandosi di un accordo intercompartimentale, i codici sono adottati esclusivamente dalle confederazioni maggiormente rappresentative su base nazionale le quali, *ex art.* 12 della legge quadro, sono gli unici interlocutori della delegazione pubblica per questo particolare tipo di accordi.

La prima osservazione da fare è che al decreto presidenziale sono allegati più codici (sette, per l'esattezza), ognuno proveniente da una confederazione (Cgil - Cisl - Uil ne propongono uno comune); non c'è quindi un *codice-puzzle*, né, tantomeno, un solo codice di un sindacato prescelto dal Governo. Tutti i codici dei sindacati che hanno sottoscritto l'accordo vengono pertanto allegati e ciò è in linea con l'interpretazione che precedentemente abbiamo proposto circa il sesto comma dell'art. 11.

Esaminando la veste formale del decreto in oggetto, si può notare che in capo agli articoli che derivano dall'accordo tra le due delegazioni non v'è l'intitolazione « Disciplina prevista dall'accordo 18 dicembre 1985, ecc. », la quale farebbe pensare ad una pura e semplice trasposizione nel decreto presidenziale dell'accordo così com'è, bensì l'intitolazione « Norme risultanti dalla disciplina prevista dall'accordo intercompartimentale, ecc. », da cui si arguisce trattarsi non di una mera recezione, ma di un'autonoma emanazione di norme sulla base dell'accordo raggiunto. I sette codici di autodisciplina, allegati in calce al d.P.R., sono invece gli stessi che sono allegati all'accordo e che vengono presentati insieme al decreto soltanto per una questione di « pubblicità ».

A noi pare che il modo con cui i codici vengono proposti nel decreto non sia dei più felici: la loro collocazione potrebbe indurre a sospettare che essi facciano parte integrante dell'atto regolamentare con tutte le conseguenze del caso. In capo ad ogni codice, infatti, è scritto « Allegato A », « Allegato B » e così via, potendosi con ciò supporre che i codici siano allegati alle norme del d.P.R.

(51) Trovasi in *Gazz. uff.*, 3 febbraio 1986, n. 27, p. 6 ss. Altri codici di autodisciplina, adottati in conformità dell'art. 11, seconda parte, si possono leggere in RUSCIANO-TREU (a cura di), *La legge quadro sul pubblico impiego*, cit., p. 198 ss.

risultanti dall'accordo che costituiscono la regolamentazione obbligatoria *erga omnes* (l'allegazione a norme giuridiche, al contrario dell'allegazione a norma pattizie, produce nel nostro ordinamento una efficacia normativa — di legge — anche nei confronti delle norme allegate, come nel caso dell'art. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E); invero, per non generare confusione, sarebbe stato più corretto usare una dizione di questo tenore: « Allegato A dell'accordo intercompartimentale 18 dicembre 1985 » e così via (il che avrebbe sicuramente fatto comprendere meglio come l'allegazione sia limitata al solo accordo e non possa comportare altre conseguenze se non quelle della maggior impegnatività per ogni sindacato adottante).

Al di là di questi rilievi di ordine formale, si tratta qui di analizzare il contenuto dei singoli codici e di verificare se i molti dubbi che abbiamo avanzato in sede di interpretazione dell'art. 11 (principalmente sulla compatibilità tra i vari codici) trovino, sul piano concreto, una risposta chiarificatrice.

Tutti i codici allegati, se si fa eccezione per quello della Usppi (Confederazione unione sindacati professionisti pubblico-privato impiego) (52), contengono, all'inizio, una breve premessa circa la convinzione che lo sciopero, pur costituendo un diritto costituzionale, non deve essere tale da porre in pericolo gli altri diritti costituzionali della collettività. I termini con cui tale convinzione viene espressa sono naturalmente diversi, ma non si tratta solo di una mera differenziazione letterale: mentre, infatti, nel codice di Cgil-Cisl-Uil si dice soltanto che « l'esercizio del diritto di sciopero deve garantire il massimo consenso dei lavoratori e degli utenti, attenuando per quanto possibile i disagi alla collettività », in quello della Cida ed in quello della Confsal si aggiunge che « un codice di autoregolamentazione ha valore nel contesto di un protocollo inteso a migliorare le relazioni tra le parti agenti, che si impegnano reciprocamente » e che « al senso di responsabilità delle organizzazioni dei lavoratori deve corrispondere un atteggiamento adeguato delle controparti ». In queste ultime affermazioni emerge una concezione dell'autoregolamentazione « non come rinuncia o limitazione del diritto di sciopero costituzionalmente garantito ma come

(52) La sottoscrizione dell'accordo da parte di questa confederazione è subordinata all'esito finale di un giudizio pendente circa la sua legittimazione come agente contrattuale, come si legge nella premessa del decreto.

insieme di comportamenti che assicurino i diritti fondamentali dell'utenza e del Paese »; pare quindi di notare un tentativo di coinvolgimento, o quantomeno di richiamo, della parte pubblica a far sì che gli impegni contrattuali assunti con il sindacato vengano pienamente rispettati.

Questa particolare *colorazione* dei codici, per quanto sia frutto della visione politico-sindacale di cui è portatore ogni sindacato, risente, a nostro avviso, del peculiare contesto in cui è inserita la richiesta di adozione dei codici medesimi: in altri termini, ponendosi quest'ultima come un requisito di legittimazione contrattuale (come accade nell'economia della legge quadro), non c'è poi da stupirsi che le organizzazioni sindacali la pongano in diretta relazione con quanto discende inevitabilmente dalla vicenda negoziale (e ciò, soprattutto, in termini di rispetto degli impegni che ne scaturiscono) (53).

Sempre restando nell'ambito delle premesse, pare interessante quella presente nel codice della Confedir: questa confederazione riconosce l'insufficienza del solo strumento dell'autoregolamentazione ed afferma la necessità di affiancarlo alla legge. « La Confedir prende atto che il Governo non ha provveduto finora a regolamentare l'esercizio del diritto di sciopero, né attraverso i necessari accordi con le organizzazioni sindacali né mediante lo strumento legislativo... Posto che il diritto di sciopero è sancito dalla Costituzione a tutela dei lavoratori, vanno disciplinate le forme del suo esercizio, al fine di limitare gli eccessi che provocano gravi scompensi nei servizi pubblici essenziali. A tal fine il Governo dovrà innanzitutto stabilire con esattezza, di concerto con le organizzazioni sindacali, il termine di 'essenzialità', con riferimento alle esigenze primarie della collettività nazionale. È inoltre indispensabile che le norme di autoregolamentazione siano condivise da tutte le organizzazioni sindacali rappresentative delle categorie di un determinato settore e si rende, quindi, necessario che il Governo fissi

(53) Curiosa, per non dir altro, la premessa del codice della Cisl: « Preso atto di quanto emerso negli incontri di trattativa di cui sopra circa i rapporti tra le parti stipulanti l'accordo e circa l'opportunità di formulare ora un codice di autodisciplina del diritto di sciopero ».

Bisogna invero riconoscere ai responsabili della Cisl una notevole dote di *humor* quando parlano di « opportunità » di adottare il codice; a meno di non voler pensare, un po' maliziosamente, che ignorassero la disposizione dell'art. 11, seconda parte, della legge quadro!

le linee generali che consentano di realizzare un'intesa preliminare tra le stesse su basi uniformi ». Indubbiamente bisogna riconoscere che gli argomenti testé citati rivestono un'importanza di tutto rilievo: la Confedir non si è limitata a riproporre quella formula, quasi rituale, secondo cui il diritto di sciopero non deve ledere i beni sovraordinati; essa ha colto invece, con molto acume, i punti caldi della questione posti proprio dalla non certo brillante formulazione dell'art. 11, comma 5°. La proposta riguardante la definizione congiunta dei servizi essenziali (pur restando al Governo il compito di fissazione definitiva) è assai interessante perché, oltre a coinvolgere i sindacati in tale operazione, risolverebbe i problemi cui avevamo accennato in sede di interpretazione della lettera *b* dell'art. 11, comma 5° (in particolare, riguardo all'ingrato compito per i sindacati di indicare, nei propri codici, quali servizi essenziali salvaguardare), potendo così le organizzazioni sindacali contare su di una definizione certa ed univoca (54).

8. *b*) — Scendendo sul terreno dei contenuti dei singoli codici, si nota che tra loro non sono affatto concordanti (cosa del resto prevedibile data la diversa provenienza e la mancanza di una preventiva intesa tra le varie organizzazioni).

Il codice di Cigl-Cisl-Uil è l'unico che non preveda espressamente l'obbligo di preavviso non inferiore a 15 giorni: esso infatti rinvia ai singoli codici di autodisciplina dei vari comparti l'individuazione dei termini di preavviso. Ora, il rinvio ai codici dei comparti può essere ammissibile in ragione del fatto che il codice *de quo* si riferisce ad un accordo intercompartimentale, ma ciò può valere per oggetti diversi dal preavviso. Come previsto letteralmente all'art. 11, comma 5°, *sub a*, i codici devono contenere la previsione del preavviso *in ogni caso* (ivi compreso il codice allegato all'accordo intercompartimentale). Non si comprende quindi il perché dell'omissione, né, tantomeno, il fatto che sia stata permessa senza rilievi da parte del Governo.

Un altro particolare interessante consiste nella previsione della

(54) Quanto all'ultimo punto della premessa del codice della Confedir, l'idea che il Governo tracci la strada per un'intesa tra i vari sindacati riguardo all'autoregolamentazione ci sembra davvero meritevole di attenzione: si tratterebbe di un'attività preliminare che consentirebbe di evitare allo stesso Governo di perdere troppo tempo nella verifica dei codici. In verità, la *ratio* è un po' quella che sta alla base della terza « illazione » di RUSCIANO: un'autodisciplina concordata tra tutti i sindacati, eventualmente sottoposta a referendum tra tutti i dipendenti del settore interessato.

durata degli scioperi. Nel codice di Cgil-Cisl-Uil la durata del primo sciopero non può essere superiore ad un'intera giornata di lavoro, mentre quella riguardante i successivi scioperi (relativi alla stessa vertenza) non può superare le due giornate lavorative in un'unica soluzione. Nel codice della Cida la durata massima del primo sciopero è fissata in 24 ore, mentre per gli scioperi successivi si provvederà comparto per comparto. Il codice della Cisl parla solo di inammissibilità di scioperi intermittenti nel tempo nell'arco della stessa giornata lavorativa. Gli altri codici praticamente rinviano ai codici di comparto.

Per quanto riguarda le modalità di svolgimento dello sciopero nei servizi essenziali (art. 11, comma 5°, lettera *b*), più o meno tutti i codici rinviano ai codici compartimentali, riservandosi alcuni di fissare in essi quali siano i servizi essenziali.

Alcuni codici, come quello della Cisl, prevedono espressamente i periodi dell'anno in cui è interdetto lo sciopero (festività ecc.).

Soltanto il codice di Cgil-Cisl-Uil fa un generico riferimento alle possibili sanzioni in caso di comportamenti difformi dalle norme del codice (trattandosi comunque di sanzioni statutarie).

Senza dilungarci oltre in questa descrizione, occorre fare qualche considerazione. Innanzitutto i codici ora citati, più che veri e propri codici con precise norme, sono dichiarazioni d'intenti: la loro diffusa genericità, il costante rinvio ai codici di comparto e la mancanza di norme definite indicano sufficientemente la loro scarsa concretezza.

In secondo luogo, balza agli occhi che l'art. 11, seconda parte, è andato abbondantemente disatteso: è il caso della mancata menzione dell'obbligo di preavviso nel codice di Cgil-Cisl-Uil (violazione della lettera *a* dell'art. 11, comma 5°) ed è il caso, ancor più lampante, del codice della Cisl (più sopra menzionato) che è stato adottato a trattative concluse e ad accordo raggiunto (il Governo deve verificare l'adozione del codice come condizione per aprire le trattative e, pertanto, il codice va adottato in un momento precedente a quelle).

Ma quello che appare più grave è che ogni codice è un testo a sé stante che non concorda (per omissioni o difformità) con gli altri. Cosicché, come avevamo anticipato in sede di commento della norma, si possono creare le situazioni più diverse in caso di sciopero, mancando un coordinamento tra le varie discipline.

In verità, non c'è poi tanto da stupirsi: quelli sott'occhio sono i frutti di una norma che sconta ora la propria scarsa chiarezza e la carenza di una profonda riflessione in sede di formulazione.

Pare invero che l'unica soluzione sia quella di avviare una trattativa tra i vari sindacati ed il Governo che sfoci nella fissazione di regole comuni per tutti ed unificate in un solo codice (uguale per tutti) da allegare all'accordo. Ciò fatto si potrebbe anche discutere sull'opportunità di recepire o meno quelle norme nel decreto presidenziale che recepisce l'accordo (55): al di là delle varie prese di posizione in merito, sicuramente si attenuerebbe l'ostacolo (evidente invece nell'attuale situazione) dell'incostituzionalità *ex* articolo 39, comma 1°, cost., che abbiamo rilevato quando ci siamo occupati del problema dell'allegazione.

9. — Non è il caso di ripetere, in chiusura, le considerazioni (già esposte in precedenza) che scaturiscono dalle possibili interpretazioni della norma esaminata; è invece, a nostro avviso, molto più opportuno tentare di accertare se l'istituto dell'autoregolamentazione ne esca in qualche aspetto modificato.

All'inizio la norma non è affatto piaciuta al sindacato per l'invadenza con cui si è introdotta nell'edificio della propria libera autodeterminazione (56); in seguito, però, esso si è reso conto che « una normativa in base alla quale ciascun sindacato adotta un proprio codice, in fin dei conti abbastanza generico ed ambiguo, che viene soltanto *allegato* agli accordi » difficilmente può « produrre effetti circa l'uso del diritto di sciopero » (57). Infatti, nonostante la fissazione legale delle linee su cui sviluppare le norme di auto-disciplina, l'art. 11, seconda parte, ha lasciato sostanzialmente immutato l'ambito ed il grado della loro effettività. L'eventuale sistema sanzionatorio interno ad ogni sindacato non risulta intaccato e, pertanto, la comminazione di « sanzioni » a quei gruppi di lavoratori affiliati che pongano in essere una violazione del codice resta,

(55) In senso positivo si è espressa la Uil: v. BUGLI, *Relazione*, in AA.VV., *I conflitti di lavoro nei servizi pubblici essenziali*, Roma, 1980, p. 59.

(56) Cfr. a tale proposito, RUSSO, *Contrattazione collettiva nel pubblico impiego*, in *Le relazioni sindacali in Italia. Rapporto 1982-1983*, a cura del Cesos, Roma, 1984, pp. 147 e 161.

(57) Così RUSCIANO e ZOPPOLI, *I diritti sindacali nel pubblico impiego*, in *Pol. dir.*, 1985, n. 2, pp. 333-334.

come precedentemente alla legge quadro, rimessa alla competenza e soprattutto alla volontà del sindacato.

Si può quindi affermare che, seppur guidata (58), l'autoregolamentazione — intesa come intervento autonomo sull'esercizio del diritto di sciopero — non appare di molto scalfita dalla disposizione summenzionata: con questo non si vuole affatto sottovalutare l'ambigua portata delle lettere *a* e *b* del comma 5° dell'art. 11 (che del resto si è già rilevata), ma solo indicare che se un mutamento rilevante esiste non è però in questa direzione.

Infatti l'art. 11 può essere identificato come foriero di cambiamenti, e non da poco, in un'altra prospettiva: quella delle contropartite, e cioè la prospettiva in cui al sindacato che intende essere coautore della regolamentazione del rapporto di pubblico impiego lo Stato chiede di pagare un prezzo. Un prezzo che, però, rispetto al passato, è lievitato: prima della legge quadro, infatti, era richiesto solo il requisito della maggior rappresentatività, mentre ora, oltre a quello, si esige il codice di autodisciplina.

In un'ottica del genere, che forse più che di contropartite e di prezzi sembra meglio definibile come « doganale », il sindacato ha assunto — abbastanza di buon grado — il ruolo di onesto cittadino che paga il proprio dazio conscio della sua utilità sociale (a parte, come si diceva, qualche brontolio iniziale). Ma non è tutto: scavalcato dal legislatore, il sindacato si è presentato negli uffici competenti ed ha ufficialmente sottoscritto la fondatezza e la necessità di quella imposizione, assumendola come condizione indispensabile per poter *circolare* sulle *strade contrattuali* dei servizi pubblici.

La vera innovazione che l'art. 11 ha apportato all'autoregolamentazione risiede nel fatto che questa disposizione sembra aver aperto un orizzonte nuovo e particolare nel sistema delle relazioni sindacali: il primo sviluppo (o prolungamento) della norma è infatti già presente nel Protocollo sulle relazioni sindacali nel settore dei trasporti del 16 luglio 1984 (59).

Nella premessa di tale documento — che non riguarda esclusivamente i trasporti a gestione pubblica, ma che ciò nonostante rap-

(58) Così la definisce ZOLI, *La revisione dei limiti apposti al diritto di sciopero e l'autoregolamentazione « guidata »*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, II, p. 806 ss.

(59) Vedilo in appendice a RUSCIANO-TREU (a cura di), *La legge quadro*, cit., p. 204 ss.

presenta un progetto di regolamentazione del conflitto in uno dei settori essenziali — si riconosce, al punto 2, che « il ricorso non regolamentato ad azione diretta può provocare danni sperequati all'utenza rispetto agli stessi obiettivi dell'azione sindacale ed agli interessi datoriali »; in forza di ciò « le parti convengono sulla necessità di dare trasparenza e contestualità ad una reciproca volontaria autoregolamentazione dei poteri autonomi di comportamento » (punto 3); inoltre « le disposizioni del presente Protocollo si aggiungono, sostituendo ove esistenti clausole meno incisive rispetto agli obiettivi del presente Protocollo, a tutti i contratti, pattuizioni, accordi preliminari ed autoregolamentazione che le parti hanno adottato nei settori individuati e prevalgono su tutte le disposizioni dei contratti stipulati dalle Oo. Ss. aderenti alla Cgil-Cisl-Uil e da imprenditori iscritti alle associazioni datoriali firmatarie » (punto 4). Al punto 1 della parte dedicata al codice di comportamento delle aziende si legge: « Le Associazioni delle Aziende si impegnano ad intrattenere relazioni sindacali soltanto con le Oo. Ss. firmatarie dei contratti collettivi nazionali e si impegnano perché esse adottino, quando non lo abbiano fatto, codici di autoregolamentazione e procedure negoziali sostanzialmente equivalenti a quelli previsti nel presente Protocollo, investendo in caso di rifiuto l'autorità politica competente ». Infine al punto 1 della parte dedicata alle norme di attuazione si stabilisce che, in caso di violazione presunta delle norme pattizie contenute nel Protocollo, « le parti potranno ricorrere ad una sede neutrale, preventivamente individuata di comune accordo, che si pronuncerà in merito... Il soggetto neutrale, accertata la violazione, provvede affinché essa venga denunciata alla pubblica opinione, attraverso la stampa per esteso della notizia, a spese della parte responsabile, su tre giornali quotidiani a diffusione nazionale ».

Il protocollo consta di molti punti interessanti (60) che meritano un particolare approfondimento in una sede diversa da questa; da parte nostra ci siamo limitati a segnalare quegli argomenti che sembrano maggiormente collegati — anche se risiedono in una sede del tutto particolare (si tratta infatti di un'intesa tra le parti contrapposte) — alla logica che ha ispirato la norma della legge quadro

(60) V., in proposito, il commento di RUSCIANO e ZOPPOLI, *op. loc. ultt. citt.*, p. 334 ss.; cfr. anche ARCONTI, *Il protocollo sullo sciopero nei trasporti*, in *Contr.*, 1984, n. 5, p. 11 ss.

che abbiamo esaminato. Indubbiamente i punti indicati di cui alla premessa del Protocollo costituiscono un superamento di quella logica, laddove la autoregolamentazione viene individuata come reciproca e volontaria, convenendo le parti di darvi trasparenza e contestualità: pare che l'accento alla volontarietà sia fatto proprio per rivendicare la totale appartenenza della materia dell'autodisciplina alla sfera della libera autodeterminazione dei sindacati, escludendo quindi qualsiasi intervento esterno di imposizione (come invece sancisce l'art. 11). Viene inoltre dato rilievo a due concetti, la contestualità e la reciprocità, che sono elementi innovativi rispetto alle precedenti esperienze: in altri termini, l'autoregolamentazione non viene più individuata in un ambito meramente unilaterale, ma diventa un istituto che si modella in un'ottica più ampia e cioè negoziale; in pratica il sindacato chiede ed ottiene che la propria autodisciplina proceda di concerto con quella della controparte e che pertanto non resti più, come in passato, una scelta isolata (61). Nel Protocollo è quindi presente una parte riservata al codice di comportamento delle aziende che, come si legge nella sua parte finale, « vincola in modo rigoroso ciascuna organizzazione firmataria del presente Protocollo per le rispettive competenze, e le aziende ad essa iscritte » (punto 5, ultimo comma).

Sempre nella premessa è disposto che le norme del Protocollo prevalgono su tutte quelle che le parti abbiano già adottato, in caso sostituendo le clausole che risultino meno incisive rispetto agli obiettivi che lo stesso protocollo si propone: da questa affermazione si inferisce l'esigenza che le varie discipline esistenti o future siano conformi, e coordinate, a quanto fissato in via generale nel Protocollo. L'unica disposizione che però non potrà aver vigore nel settore dei servizi di trasporto gestiti da enti pubblici è quella che stabilisce il preavviso minimo di almeno 10 giorni, la quale, se riproposta *sic et simpliciter* in un codice adottato ai sensi dell'art. 11,

(61) In effetti il sindacato ha ottenuto che le direzioni aziendali adottassero anch'esse un codice delle proprie responsabilità. Ciò però non in un'ottica scambistica, stando almeno a quanto dichiarato dal segretario generale della Filt-Cgil Lucio DE CARLINI in un'intervista dello scorso giugno 1984: « ... noi non chiediamo uno scambio tra la nostra autoregolamentazione e quella altrui. Ciascuno deve fare la sua parte autonomamente rispetto alle regole che si è dato. Ma ciò che manca oggi è un codice di responsabilità da parte delle direzioni aziendali ». (in *Rass. sind.*, n. 25, 22 giugno 1984, p. 9).

comma 5°, della legge quadro, sarebbe nettamente in contrasto con la previsione, di cui alla lettera *a* della stessa norma, che fissa il preavviso minimo in 15 giorni.

Dove però la concezione dell'autoregolamentazione assunta nella legge quadro sembra aver ispirato il Protocollo, è al punto 1 del codice di comportamento delle aziende in cui le associazioni di queste si impegnano ad intrattenere relazioni sindacali solo con le organizzazioni sindacali firmatarie di contratti collettivi nazionali e a far sì che queste ultime, qualora non l'abbiano già fatto, adottino codici di autoregolamentazione che siano conformi in tutto a quanto contenuto nel Protocollo. Ma, come si può ben notare, se è vero che la linea ispiratrice di questo punto può essere rinvenuta nelle norme della legge quadro, è anche vero che nel Protocollo c'è uno sviluppo ulteriore o, meglio, un superamento dei principi affermati in quelle disposizioni. Infatti la legge quadro propone un criterio di congruità dei codici in relazione alle previsioni delle lettere *a* e *b* dell'art. 11, comma 5°, in stretto collegamento con il potere discrezionale di valutazione in merito che fa capo al Governo: un criterio di congruità caratterizzato da vincoli legali ed autoritativi.

Il Protocollo, invece, fissa la congruità dei codici in riferimento alle proprie disposizioni che sono necessariamente autonome e pattizie e, pertanto, più aderenti alla logica dell'autoregolamentazione. Al di là di questa differenza, che è comunque notevole e sostanziale e che mette in luce una possibile futura linea di politica sindacale in materia, nel Protocollo viene comunque confermato (e ciò vale anche per il settore privato) il privilegio (o, se si vuole, il premio) contrattuale per i soli sindacati che si autodisciplinano: un dato che, proprio perché assunto in un settore così rilevante come quello dei trasporti, potrà in futuro essere seguito anche in altri campi in cui vengono in gioco servizi essenziali.

L'ultimo collegamento cui qui si accenna è quello rinvenibile tra il conferimento di pubblicità ai codici, tramite l'allegazione agli accordi, e la sanzione della pubblicità, tramite la stampa su tre quotidiani di rilevanza nazionale, delle violazioni delle norme pattizie di cui al Protocollo. Nonostante le chiare differenze fra le due fattispecie, esiste, a nostro avviso, un *trait d'union*: nell'un caso il codice adottato e nell'altro il fatto che integra la violazione sono sottoposti alla pubblica opinione ed al suo giudizio. Ciò pone in particolare risalto, al di là della questione dell'efficacia dei codici

nei rapporti endoassociativi, che l'istituto dell'autoregolamentazione possiede ormai, sia nell'ottica legislativa che in quella sindacale, una valenza del tutto pubblica, proprio perché è riferito ad una materia in cui affiorano molteplici interessi tutti riconducibili alla vita e ai diritti dell'intera collettività sociale.

Da questi brevi cenni di confronto emerge con sufficiente chiarezza che la sfida lanciata dal legislatore con la legge 93/1983 è stata raccolta prontamente dai sindacati aderenti alle tre maggiori confederazioni i quali, per ora nel settore dei trasporti, hanno già formalizzato la propria risposta riguardo a ciò che il Parlamento aveva disposto circa l'autoregolamentazione: una risposta che, pur rivendicando la propria libertà ad occuparsi della materia, segue (pur tentandone un superamento) le linee tracciate dall'art. 11, seconda parte. In fondo i sindacati aderenti alla « triplice » hanno un particolare interesse a non discostarsi troppo da quelle linee, visto che fino ad oggi sono stati sempre protagonisti di primo piano degli accordi raggiunti nel pubblico impiego, e ciò in forza di quello *status* che è stato loro costantemente riconosciuto: la maggior rappresentatività.

Quanto alle altre organizzazioni sindacali, per lo più hanno in mano il solo strumento dello sciopero, spesso usato in modi non certo ortodossi, per far sentire la propria voce (come nel caso del recente sciopero dei medici dipendenti dal Servizio sanitario nazionale).

Si viene così a creare una profonda spaccatura nel mondo sindacale che vede, da una parte, Cgil-Cisl-Uil nel ruolo di interlocutori privilegiati dei pubblici poteri e che, in quanto tali, si mostrano disposti (nelle parole e nei fatti) ad attuare le proprie azioni di autotutela in modo ordinato e responsabile in base a regole che si sono dati; dall'altra, alcuni dei sindacati autonomi che sembrano per il momento tagliati fuori dalla vicenda e continuano così a porre in essere forme di lotta ben poco rispettose dei diritti degli utenti. Così facendo, però, non si accorgono che contribuiscono essi stessi a quella *conventio ad excludendum* nei loro confronti che si fonda già su dati di diritto positivo.

In conclusione si può affermare che le linee di sviluppo del sistema delle relazioni sindacali nel pubblico impiego sono già tracciate: esse corrono sui binari paralleli della maggiore rappresentatività e dell'autoregolamentazione. Quest'ultima ha in sé, qualora il sindacato sappia assumerla responsabilmente in tutti i suoi aspetti,

le potenzialità per divenire finalmente quello strumento efficace di controllo democratico della conflittualità che finora non è stato; certamente d'ora in poi (cioè dalla legge quadro) essa è e sarà anche una condizione imprescindibile di legittimazione contrattuale.

Quanto alla maggiore rappresentatività, c'è solo da augurarsi che possa essere, come nell'art. 19 st. lav., « sinonimo di effettività » (62), della qual cosa, nel campo del pubblico impiego, è lecito un poco dubitare.

Pesaro, marzo 1986.

(62) Cfr. VARDARO, *Verso un nuovo rapporto tra legge e contratto*, in *Pol. dir.*, 1985, n. 3, p. 436, il quale ritiene, a nostro avviso giustamente, che solo così la maggiore rappresentatività può non costituire una violazione del principio della libertà sindacale di cui all'art. 39, comma 1°, cost.

GIANCARLO CIOPPI

SOGGETTIVITA' TRIBUTARIA E PROBLEMI FISCALI
DEGLI ENTI ECCLESIASTICI

SOMMARIO: 1. Gli Enti Ecclesiastici e il fattore tributario fino al 1984. — 2. Affari di culto e fini degli Enti Ecclesiastici. — 3. L'accordo 18 febbraio 1984 e l'articolo 20 Costituzione. — 4. I fini di religione o di culto, mutamento degli Enti Ecclesiastici. — 5. La tematica tributaria e fiscale degli Enti Ecclesiastici e l'egualianza tra persone giuridiche.

1. — Il principio della equiparazione, agli effetti tributari, del fine di culto e di religione con i fini di beneficenza e istruzione, espresso nell'art. 29 lettera h) del Concordato 11. febbraio 1929, — della norma cioè che « si sofferma a fissare taluni principi destinati a regolare la condizione giuridica di varie categorie di enti ecclesiastici » (1) — costituisce il cardine fondamentale del diritto ecclesiastico-tributario dai Patti del Laterano all'Accordo di modifica 18 febbraio 1984.

In tal guisa è possibile anzi affermare che lo Stato — nell'arco di tempo inter pattizio sopra cennato (1929-1984) — si era generalmente servito dello strumento dell'esenzione fiscale per raggiungere e soddisfare altri fini di carattere extrafiscale ritenuti socialmente utili e di pubblico interesse, fra i quali rientravano da sempre e sicuramente quelli della beneficenza, dell'istruzione, del culto e della religione cattolica. Perentoriamente soltanto la nuova legislazione pattizia ha posto il criterio rigido e inflessibile per cui « gli enti della Chiesa cattolica sono riconosciuti come 'enti ecclesiastici' quando abbiano un fine di religione o di culto che sia 'costitutivo ed essenziale' ». Con l'aggiunta includibile che « tale fine è riconosciuto *ipso iure* come proprio di quegli enti che fanno parte della Costituzione gerarchica della Chiesa, degli istituti religiosi e dei seminari » e coerentemente, nell'ambito procedurale degli accertamenti dell'autorità governativa, che preludono agli orientamenti dell'autorità tributaria, « in tali ipotesi, il fine costitutivo ed essenziale o di religione o di culto è presunto *iuris et de iure* » (2).

(1) T. MAURO, *Enti ecclesiastici (dir. eccl.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 1005.

(2) F. FINOCCHIARO, *Diritto Ecclesiastico*, Bologna 1986, p. 186.

Ma se questo è il punto di arrivo del « *concordato socialista* » (3) in materia tributaria applicata agli enti ecclesiastici e di svolgimento analitico del quadro di ingerenza concettuale e pragmatica di un linguaggio che si snoda dai termini « culto » e « religione » a quelli « assistenza » e « beneficenza »; questo per altro non è esattamente l'intendimento politico e la lettera normativa del « *concordato fascista* » (4).

Operando un'indagine retrospettica, si vede infatti come non poche disposizioni di legge favorivano nella stessa misura la pubblica beneficenza, l'istruzione ed il fine di culto e di religione: a tal proposito basterebbe ricordare la legislazione in tema di danni di guerra (l. 10 agosto 1950, n. 784); i provvedimenti concernenti la ricostruzione degli edifici di culto, assistenza, beneficenza ed educazione nell'Archidiocesi di Messina (r.d.l. 16 luglio 1936, n. 1592; l. 12 giugno 1931, n. 917; r.d.l. 20 marzo 1930, n. 301); i provvedimenti che concedevano il contributo statale per la riparazione degli edifici di culto e beneficenza danneggiati da terremoti o da alluvioni ed altri provvedimenti simili.

L'art. 29, lettera h) del Concordato disponeva, come è noto, che: « ferme restando le agevolazioni già stabilite a favore degli enti ecclesiastici dalle leggi italiane fin qui vigenti, il fine di culto o di religione è, a tutti gli effetti tributari, equiparato ai fini di beneficenza e di istruzione ».

Un primo esame della norma conduce anche oggi, come ieri, in maniera diretta e pertinente ai rilievi che la dottrina ha del resto giustamente proposto non senza aver disquisito sul rapporto tra enti-soggetti ed enti-patrimonio (5):

— l'equiparazione presenta carattere *unilaterale*, ossia è posta

(3) Cfr. G. MOLteni MASTAI FERRETTI, *Stato etico e Concordato socialista*, Milano 1986, p. 324 ss.

(4) Cfr. P. SCOPPOLA, *Il Concordato del 1929. Profilo storico*, in *Concordato 1984: premesse e prospettive* (atti Convegno di Arezzo gennaio 1985), Urbino 1985, p. 16.

(5) Le osservazioni generali sono riscontrabili soprattutto in G. CATALANO, *Sulla equiparazione agli effetti tributari del « fine di culto o di religione » con i fini di « beneficenza e istruzione »* in *Dir. Eccl.*, 1952, p. 3 ss.; mentre un interessante raffronto tra enti ecclesiastici che sono soggetti ed enti ecclesiastici il cui patrimonio offre già il fulcro della soggettività può leggersi in M. CONDORELLI, *Disposizioni modali dirette alla fondazione di enti e controllo sugli acquisti delle persone giuridiche*, in *Scritti in onore di A. C. Jemolo*, Milano, 1963, vol. I, p. 243.

ad esclusivo vantaggio degli enti con fini di culto o di religione; infatti mentre ad essi si estendono le agevolazioni tributarie concesse agli istituti di beneficenza e d'istruzione, per contro a questi ultimi non si applicano le esenzioni specificatamente accordate ai primi;

— l'equiparazione ha carattere *permanente*, in quanto si concreta nell'estensione agli enti con fini di culto e di religione non soltanto delle agevolazioni tributarie accordate agli enti di beneficenza e istruzione anteriormente all'entrata in vigore del Concordato, ma anche di quelle concesse successivamente;

— l'equiparazione ha carattere *automatico*, giacché ogni esenzione accordata agli istituti di beneficenza e istruzione deve ritenersi automaticamente estensibile agli enti con fine di culto e di religione, senza che sia necessario un richiamo legislativo « ad hoc ».

Se ne deduce, da quanto sopra, che ai sensi dell'art. 29, lettera h) del Concordato si allargava, rispetto alla precedente legislazione, la sfera di applicabilità delle agevolazioni tributarie dagli enti con fini di carità ed educazione a quelli con fini di culto e di religione, aumentando così i destinatari o meglio i beneficiari delle norme stesse (6).

Nel merito, il Ministero delle Finanze, già con la Circolare n. 92127 del 10 aprile 1930 fece un'elencazione quanto mai ampia degli Enti ammessi a godere del beneficio concordatario, comprendendovi « non solo quelli che hanno vera e propria natura di beneficio come le mense vescovili, i benefici parrocchiali, coadiutoriali, le prebende, le quote curate etc. ma anche quelli privi di questo carattere, come i capitoli, le fabbricerie, i seminari, i santuari etc.

(6) Utilissimi riscontri a quanto sopra espresso si possono ravvedere nelle trattazioni più recenti riservate agli argomenti specifici dell'assistenza, della beneficenza e dell'istruzione religiosa, ovviamente con riferimento ai tempi magari delle bozze di revisione del Concordato 1929 ma non dell'Accordo siglato nel 1984. Tra i più significativi: G. DALLA TORRE, *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, Milano 1977; V. TOZZI, *Riforma amministrativa e interessi religiosi. Il riassetto dell'assistenza e della beneficenza*, Napoli 1983; S. JANEZ CARRATU', *Assistenza sanitaria e istituzioni ecclesiastiche*, Napoli 1983; L. VANNICELLI, *Servizio sanitario e libertà religiosa nell'ordinamento italiano*, Milano 1985. Per problemi anche connessi al diritto del lavoro, cfr. R. BOTTA, *Il lavoro dei religiosi*, Padova 1984; e per confrontazioni con religioni diverse dalla cattolica cfr. V. TOZZI, *Assistenza religiosa e diritto ecclesiastico*, Napoli 1985.

o comunque qualsiasi altro ente, che pur non essendo amministrato da ecclesiastici, si proponga tuttavia il fine di culto ».

Stando quindi ai criteri interpretativi soprarichiamati, sembra si possa tranquillamente concludere che tutti i tipi di enti ecclesiastici erano potenzialmente ammessi al beneficio concordatario.

Diciamo « potenzialmente » giacché non era sufficiente la qualità di ente ecclesiastico perché si potesse fare luogo alla equiparazione, bensì occorreva l'*effettiva ricorrenza del fine di culto* o di religione nel singolo atto o bene soggetto al tributo.

Questa specificità è da ritenersi, infatti, fondamentale e può trovare ad esempio anche conferma nell'esclusione dalle agevolazioni tributarie delle donazioni a favore di enti ecclesiastici di fatto che entro un anno dal giorno in cui il testamento è divenuto eseguibile non abbiano fatto istanza per ottenere il riconoscimento (articolo 600 cod. civ.). Dello stesso indirizzo anche la più recente Riforma tributaria che ha preceduto l'Accordo Craxi-Giovanni Paolo secondo del 1984, la cui legge di delega, innovando l'intero sistema fiscale attraverso l'introduzione dell'IVA, dell'IRPEF, dell'ILOR, IRPEG e INVIM (7) e la contemporanea abrogazione delle vecchie imposte dirette e indirette esistenti, aveva introdotto anche il principio che gli enti ecclesiastici non riconosciuti, in quanto rientranti fra le associazioni, enti e organizzazioni di beni o di persone che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale, erano soggetti d'imposta allorché svolgessero attività commerciale e limitatamente all'attività stessa.

Questo basilare principio ha permesso implicitamente di superare le antiche diatribe tra presupposti soggettivi che la norma concordataria sembrava avere dato vita e presupposti oggettivi, da accertarsi di volta in volta in relazione al singolo atto, negozio o bene soggetto al tributo, ed a prescindere dalla qualità di ente ecclesiastico riconosciuto.

Per gli enti ecclesiastici riconosciuti valeva invece, ai fini delle imposte dirette, l'agevolazione di cui all'art. 6 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 601 e consistente nella riduzione a metà dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche (8).

(7) Per questo punto cfr. M. POLI, *L'INVIM e gli enti ecclesiastici*, in *Giur. ital.*, 1982, III, 2, 5.

(8) Per il riconoscimento e la ricognizione degli enti ecclesiastici, nella sfera dell'ordinamento statale, prima ancora di evidenziarsi il problema della valutazione

Va detto quindi subito e senza mezzi termini che tutta l'attività degli enti ecclesiastici non prettamente religiosa era attratta — al pari di quella religiosa — in una sfera di privilegio fiscale che contrasta fortemente col principio di eguaglianza tributaria sancito dalla Costituzione (art. 53) ancorché un tale privilegio fosse legittimato dai Patti Lateranensi.

È vero che l'art. 7 della Costituzione oltre ad affermare che: « Lo Stato e la Chiesa cattolica, sono, ciascuno nel proprio ordine indipendenti e sovrani » sancisce anche che: « I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi », ma ciò non pare possa condurre a ritenere che tutta l'attività non prettamente religiosa esercitata dagli Enti ecclesiastici (ivi compreso la beneficenza e l'istruzione ed anche l'assistenza), ancorché protesa verso il fine di culto e di religione, quale estrinsecazione primaria sua propria, fosse da escludere *tout court* dall'imposizione fiscale, ben potendosi verificare (ed in pratica si verificava) che alcuni enti ecclesiastici (o parecchi?) esercitassero delle vere e proprie attività industriali e commerciali, allo scopo s'intende di incrementare il reddito destinato in ultima analisi a scopi religiosi (9).

Al riguardo è sufficiente ricordare: la fabbricazione di prodotti artigiani e industriali (ed es. d'arte sacra), gestioni editoriali, laboratori, mense, ristoranti popolari, alberghi e posti di ristoro per pellegrini, ritrovi congressuali, attività tutte troppo frequentemente espo-

del reddito di tali persone giuridiche e della riduzione o riducibilità delle imposte sul reddito stesso, era emerso il problema dell'esordio dell'«ecclesiasticità riconosciuta» dell'ente. Con attenzione alle conseguenze della normativa introdotta pattizamente nel 1984 scrive infatti G. MELEGARI, *Riflessioni sugli enti ecclesiastici ed i loro beni dopo la legge n. 222/1985*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Padova 1985, p. 111. «Mentre dal riconoscimento della qualifica di ente ecclesiastico consegue, con decorrenza dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dei relativi decreti, l'acquisto della personalità giuridica, per l'attribuzione della piena capacità giuridica è necessaria un'ulteriore formalità: l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche. Il riferimento al registro-inventario previsto dall'art. 22 della legge n. 48/1929 viene spontaneo, con l'immediata percezione dell'importanza delle innovazioni introdotte, come premessa per ulteriori riforme, che potrebbero rendere il registro idoneo strumento di pubblicità di tutte le vicende delle persone giuridiche ai fini dell'accertamento della loro capacità di agire».

(9) Si è giustamente rilevato che non esiste una precisa disposizione di legge ed è insufficiente lo stesso art. 5 legge n. 848 di applicazione dei Patti Lateranensi per cogliere e definire le attività «economiche» di enti ecclesiastici: cfr. T. MAURO, *Enti ecclesiastici*, cit., p. 1031.

ste, oltre che a difficili inquadramenti fiscali, anche a fragili giustificazioni funzionali, se è vero che anche i mezzi terreni dovevano e debbono condurre fini superiori strettamente collegati alla *salus animarum*.

Questa forma di esclusione da ogni controllo statale, specialmente per gli enti ecclesiastici di fatto, ma non solo per questi, aveva tutta l'aria di una sorta di immunità fiscale che poneva certi Enti ecclesiastici in posizione di sicuro privilegio rispetto ad altre categorie che pur prevedendo nei loro statuti l'assoluta mancanza del fine di lucro (vedasi i Consorzi, le Cooperative e simili) e, ancor più, rispetto a quelle categorie che esercitavano attività commerciale o industriale o di istruzione privata. Indirettamente un tale indirizzo aveva lo stesso segno del contributo statale in favore di determinate categorie o attività ma, diversamente da queste, non subivano alcun controllo programmato da parte dell'Autorità Fiscale, anche a cagione del vincolo di cui all'art. 30 del Concordato, secondo cui: « La gestione ordinaria e straordinaria dei beni appartenenti a qualsiasi istituto ecclesiastico ed associazione religiosa ha luogo sotto la vigilanza ed il controllo delle competenti autorità della Chiesa, escluso ogni intervento da parte dello Stato italiano... » (10).

2. — Anche per le considerazioni che più avanti emergeranno vale la pena di ricordare che in tempo ante-1984, presso il Ministero dell'Interno era già operante una DIREZIONE GENERALE DEGLI AFFARI DI CULTO, istituita con D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616. Questa però appariva solamente rivolta a regolare il flusso dei contributi economici dello Stato connessi ad una certa linea di politica ecclesiastica, senza alcuna forma di coordinamento, ispezione e controllo idonee per garantire l'efficienza dei servizi (ad es. nel campo dell'assistenza e dell'istruzione); il rispetto di standards minimi e di regole inderogabili a tutela della dignità umana, della sicurezza e della libertà; impedire deviazioni dai fini istituzionali, malversazioni, sperperi, cattive amministrazioni e così via. E ciò anche se questa stessa legge distingueva invece « gli enti che svolgono la loro attività in tutto il territorio nazionale, o almeno in quelli di più Regioni, da quelli che operano nell'ambito di una Regione, stabilendo il passaggio dei beni e l'estinzione degli enti, là dove c'è stato il

(10) Ampi sviluppi su questo tema in G. MOLTENI MASTAI FERRETTI, *L'amministrazione dei benefici ecclesiastici*, Milano 1974, p. 165 ss.

passaggio alle Regioni di tutte le funzioni » (11) in virtù della stessa legge delega che avrebbe avviato il noto discorso sulle IPAB (12).

Questa *Direzione Generale degli Affari di Culto*, nata per effetto del D.P.R. sopraindicato, dalla fusione delle preesistenti due direzioni generali: quella di *Culto* e quella del *Fondo per il culto*, si proponeva retta da un Prefetto e articolata nelle seguenti dieci divisioni, a partire dal 1° ottobre 1977:

1) *Divisione Affari Generali*: la quale trattava, fra l'altro, « questioni di massima concernenti l'applicazione del Concordato e del Trattato con la S. Sede, misure a tutela della sovranità dello Stato Città del Vaticano, piccole rettifiche di territori di diocesi, gradimento del Governo per la nomina di Ordinario Militare, vicari e ispettori, questioni connesse con l'assistenza spirituale alle forze armate dello Stato, problemi riguardanti il clero, rapporti con il Ministero degli Esteri e con la Nunziata Apostolica »;

2) *Ufficio studi, Legislazione e Contenzioso*: cui erano affidati anche gli « affari costituzionali »;

3) *Divisione Affari Patrimoniali*: con competenza circa « provvedimenti concernenti costruzione, manutenzione ordinaria e straordinaria di edifici di proprietà anche non destinati al culto, alienazioni, acquisti e cessioni in uso, provvedimenti di retrocessione e concessione in uso di edifici e chiese ex conventuali, procedimenti relativi a espropriazioni, affranchi, servitù varie, canoni enfiteutici, censi livelli »;

4) *Divisione congrue*: con compiti tutti esposti alla riforma di questo tipo di finanziamento statuale e di contributo « alimentare », oggetto di crescenti critiche nel sistema amministrativo dello Stato ma anche nella disciplina canonistica che con il Codex 1983 aveva annunciato la sostanziale fine dell'era beneficiale (13);

(11) A. C. JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*⁵, Milano 1979, p. 286.

(12) Primi commenti ecclesiastici in: G. DALLA TORRE, *Prime note sull'interpretazione dell'art. 25, sesto comma, D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616*, in *Dir. eccl.*, 1978, I, p. 555 ss.; G. MASCIONE, *IPAB e decentramento regionale: problemi attuali di diritto ecclesiastico (e costituzione)*, *ibidem* p. 536 ss.

(13) Quando venne pubblicato il nuovo Codice di Diritto Canonico nel 1983 irreversibilmente si diffuse l'opinione che un nuovo Concordato avrebbe affrontato in qualche modo l'argomento « congrua » nel quadro di una riforma beneficiale e probabilmente in vista di un progetto finanziario più moderno a sostegno del clero e più in linea con la laicità dello Stato. Anche se con molta prudenza anche il portavoce vaticano sembra orientato in questo senso, ovviamente sulla stretta scorta dell'in-

5) *Divisione interventi per costruzione e restauro edifici del culto*: chiamata a regolare non solo i « contributi per lavoro di restauro e per costruzione ed installazione di impianti e chiese ed edifici ecclesiastici », ma anche quelli per « acquisto, restauro e manutenzione mobili e arredi sacri »;

6) *Divisione sovvenzioni a favore del clero bisognoso e per ufficiatura chiese*, con competenza sulle « sovvenzioni al clero e per spese di ufficiatura delle chiese aperte al culto pubblico e semi-pubblico, nonché sui contributi in favore delle missioni cattoliche italiane all'estero per le spese di ufficiatura e manutenzione delle chiese, per l'istruzione e la beneficenza, nonché per la diffusione del culto e della religione cattolica e sui contributi per restauro e costruzioni di edifici ecclesiastici nazionali all'estero »;

7) *Divisione Riconoscimenti Giuridici e Vigilanza*: che impegnata al « riconoscimento giuridico enti ecclesiastici beneficiari e mutamenti degli stessi, l'imposizione di pensioni e di tributi canonici su benefici ecclesiastici, relativo mutamento e stralci patrimoniali, il riconoscimento di personalità giuridica a chiesa, le fondazioni di culto e di religione, gli istituti religiosi ed enti ecclesiastici e mutamenti degli stessi, le autorizzazioni connesse con i riconoscimenti per l'accettazione di lasciti e donazioni e per l'acquisto di beni immobili a titolo oneroso, la vigilanza sulle chiese palatine, i santuari, le fabbricerie, i riconoscimenti, le soppressioni e le nomine di fabbricerie, confraternite, veneranda Arca di S. Antonio in Padova, Opera Pia di Terrasanta in Napoli e di Sicilia ed enti vari, l'approvazione bilanci e conti consuntivi, ed accertamenti contabili, il trattamento economico di cappellani palatini »;

8) *Divisione Affari Patrimoniali Enti Ecclesiastici*: con riguardo alla « tutela sugli enti beneficiari e sulle chiese amministrate da fabbricerie per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, le autorizzazioni agli enti ed istituti ecclesiastici ad accettare lasciti e donazioni e ad acquistare beni immobili a titolo oneroso, l'accertamento di responsabilità per danni al patrimonio prebendale e sequestro di temporalità beneficarie, i registri inventario degli stati patrimoniali

segnamento del Concilio Vaticano secondo: cfr. A. NICORA, *Le novità del Concordato circa gli Enti e i Beni Ecclesiastici e circa il trattamento economico del Clero, in Concordato 1984, premesse e prospettive*, cit., p. 171 ss.

di enti ed istituti ecclesiastici, il controllo sulla gestione delle aziende speciali di culto di Venezia e della Toscana » (14);

9) *Divisione Culti Acattolici*: con competenza per « riconoscimenti giuridici degli istituti di culti acattolici, affari contenziosi, intese di cui all'art. 8 della Costituzione e di cui agli artt. 5 e 6 della legge 22 dicembre 1973, n. 903, approvazione delle nomine dei ministri di culto, vigilanza e tutela, autorizzazioni per gli effetti civili, all'apertura di templi e oratori, problemi attinenti all'assistenza religiosa acattolica ai ricoverati in luoghi di cura e di ritiro, agli internati negli istituti di prevenzione e pena, ai militari, questioni relative al servizio militare dei ministri di culto con nomina approvata e degli studenti delle scuole teologiche riconosciute dallo Stato o delle scuole rabbiniche ugualmente riconosciute, applicazione delle norme sulle comunità israelitiche italiane e sull'Unione delle comunità medesime, pareri sul soggiorno dei missionari stranieri, intese costituzionali in materia ospedaliera, problemi attinenti all'insegnamento religioso nelle scuole »;

10) *Divisione Gestioni Contabili*: che trattava « bilanci di previsione delle entrate e delle spese delle tre aziende di culto, gestione dei fondi di riserva, controllo gestione economato Fondo culto, emissione ruoli di spesa fissa relativi agli assegni di congrua al clero, trattamento economico del clero ex regime austro-ungarico, trattamento di quiescenza del personale già dei ruoli delle Aziende di culto ».

Su quest'ultima divisione gravitavano le tre aziende di culto denominate rispettivamente *Fondo per il culto*, *Fondo speciale per usi*

(14) Bibliografia vastissima della quale si ricorda: F.E. ADAMI, *I controlli canonici e la loro rilevanza nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. Eccl.*, 1973, I, p. 3 ss.; S. BERLINGO' *Il potere autorizzativo nel culto ecclesiastico*, Milano 1974, p. 51 ss.; R. BOTTA, *L'attività degli enti ecclesiastici nei prospetti di revisione*, in *Dir. Eccl.*, 1981, I, p. 31 ss.; A. CONSOLI, *L'attività amministrativa della Chiesa nel diritto italiano*, Milano 1961; S. LARICCIA, *Sulla natura giuridica dell'autorizzazione agli acquisti delle persone giuridiche ecclesiastiche*, in *Dir. Eccl.*, 1967, II, p. 304 ss.; F. MARGIOTTA BROGLIO, *In tema di attività negoziale degli enti ecclesiastici regolari*, in *Dir. Eccl.*, 1963, I, p. 158 ss.; G. MOLteni MASTAI FERRETTI, *I controlli canonici e l'art. 44 del Concordato*, in *Jus*, 1965, p. 188 ss.; G. SARACENI, *Operazioni bancarie con enti ecclesiastici (problema della rilevanza giuridica dei controlli canonici)* in *Banca, borsa e tit. credito*, 1961, I, p. 60 ss.; E.G. VITALI, *Note in tema di autorizzazione agli acquisti « mortis causa » degli enti ecclesiastici*, in *Jus*, 1966, p. 208 ss.

di beneficenza e di religione della città di Roma e, infine, Patrimoni riuniti ex-economali ovvero Fondi di religione ex austriaci.

Trattavasi di Enti Morali la cui esistenza era il contrassegno di vicende storiche e salvaguardie complesse; Enti in ogni caso civilmente riconosciuti, con distinta gestione e bilanci separati i quali venivano sottoposti annualmente all'approvazione del Parlamento unitamente al Bilancio del Ministero dell'Interno (artt. 19 e 20 legge 27 maggio 1929, n. 848) e con i seguenti compiti:

— *il Fondo per il culto* provvedeva quasi per intero all'integrazione degli assegni in favore dei titolari di Uffici Ecclesiastici (congrue) e cioè in favore degli Arcivescovi di sede metropolitana, Arcivescovi, Vescovi, abati, prelati, canonici, parroci, ecc. nella misura di cui alle più recenti leggi. Il contributo dello Stato erogato al Fondo era di volta in volta fissato nel bilancio dallo Stato;

— *il Fondo speciale per usi di beneficenza e di religione della città di Roma* provvedeva per la città di Roma alle stesse mansioni che il Fondo per il culto esplicava per il restante territorio della Repubblica (15).

Anche in questo caso una voce del bilancio statale fissava di volta in volta il tetto dell'assegnazione;

— *il Fondo patrimoni riuniti ex-economali* provvedeva a sovvenire il clero particolarmente benemerito e bisognoso ed a favorire scopi di culto, di beneficenza e d'istruzione attingendo dall'avanzo netto delle rendite patrimoniali dell'Ente medesimo (art. 56 r.d. 2 dicembre 1929, n. 2262).

Altre contribuzioni si manifestavano annualmente attraverso il Ministero della difesa per la spesa per i Cappellani militari; il Ministero di Giustizia relativamente alla spesa per l'assistenza religiosa nelle carceri (considerata peraltro spesa per l'assistenza morale ai detenuti) e il Ministero dei LL.PP. per la costruzione di nuove Chiese a titolo di particolare contribuzione. Del tutto diversa appariva la

(15) Non è disagevole cogliere il nesso tra questo istituto e la natura speciale della città di Roma. La letteratura sulla «sacralità» dell'Urbe si incentra su due testi che, fino alla sottoscrizione degli Accordi di modifica 18 febbraio 1984, hanno costituito i massimi apporti dottrinali: vedi E. GRAZIANI, *Il carattere sacro di Roma, Contributo alla interpretazione dell'art. 1 cpv Concordato*, Milano 1960; G. CAPUTO, *Il carattere sacro in Roma*, in AA.VV., *Studi per la revisione del concordato*, Padova 1970. Notizie anche in A. RICCARDI, *Roma «Città sacra»*. Dalla Conciliazione all'operazione Sturzo, Milano 1979.

presenza dello Stato nei confronti degli Enti ecclesiastici non congruati né congruabili.

Tali enti soggiacevano « ope legis » alle norme del diritto comune, se non anche, e forse prevalentemente, alle norme di diritto canonico (associazioni religiose non riconosciute, enti di fatto, istituti congregazioni, persone giuridiche ecclesiali ecc.) ma nella realtà gravitavano maggiormente (o preferibilmente?) nella sfera del pubblico o del semi-pubblico, non senza determinare difficoltà anche d'ordine classificatorio (16).

Una simile collocazione non va dubbio che li poneva quindi paradossalmente in una posizione di privilegio rispetto ad attività analoghe e le sottraeva anche, di conseguenza, a qualsiasi controllo di natura fiscale, sia perché non risultando essi iscritti, per la maggior parte, nei pubblici registri (Tribunali o Prefetture) l'Amministrazione Finanziaria ignorava completamente la loro esistenza, e sia perché riguardando il loro oggetto sociale principalmente (o esclusivamente) scopi socio-culturali, socio-religiosi, di beneficenza, di assistenza, istruzione ecc., la loro attività veniva ad inquadrarsi, presumibilmente per una scelta politica, fra le categorie ritenute (forse a torto) di scarsa rilevanza fiscale, e ciò per il prevalere del carattere sociale o religioso rispetto ad ogni altro interesse dello Stato.

Questa conclusione (17) della libertà, non disattesa dalla Costituzione del 1946 così come dall'Accordo tra Italia e Santa Sede del 1984, che secondo il diritto dello Stato hanno gli Enti ecclesiastici di svolgere ogni tipo di attività economica, va intesa nel senso che il diritto positivo non ha ancora approntato i mezzi adeguati per impedire una tale attività. Non si deve però pensare che lo Stato non potrebbe reagire ad eccessi anche (o prevalentemente) con la manovra fiscale. Tant'è che quello che era problematicamente annunciato prima del neo-concordato 1984 e della successiva legge n. 222 del 1985, diviene realtà viva e operativa con l'assetto che il « concordato socialista » ha introdotto alla luce dello spirito pluralistico che deve animare il rapporto Stato-Chiesa e della tutela statutale sotto l'aspetto finanziario e fiscale (18).

(16) Ai confini di « pubblico » e « privato », non applicabili agli enti ecclesiastici che sono « *sui generis* », dedica un'osservazione manualistica S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, Padova, 1982, p. 179.

(17) Cfr. A. C. JEMOLO, *op. cit.*, p. 280.

(18) Cfr. G. MOLTENI MASTAI FERRETTI, *Stato etico e Concordato Socialista*, cit., più volte sottolinea l'importanza di una visione laica del fenomeno clericale nel

Del resto ogni Concordato è stipulato anche sul presupposto che la struttura della Chiesa evidenzii compiti e fini dei suoi enti, delineati dal CODEX con il proposito di scoraggiare ogni attività non volta a fini strettamente ecclesiastici, per quel bisogno di purificazione e di purità che deve o dovrebbe contrassegnare anche le cose mortali delle Chiese (19).

Pertanto di fronte ad una ingente attività economica svolta da enti ecclesiastici, ed anche di fronte ad un accentuato dominio da parte loro di imprese economiche magari attraverso il possesso di pacchetti azionari, lo Stato potrebbe ritenere decaduto un presupposto del Concordato.

Quello che si viene a calpestare è tuttavia un terreno dove le considerazioni politiche possono più di quelle giuridiche; un esempio del prevalere di quelle su queste era rilevabile, alla vigilia dell'Accordo 1984, nel settore Ospedaliero ed in quello dell'assistenza e beneficenza.

Per il settore ospedaliero, gli interessi economici e sociali, ancor più e prima di quelli religiosi, erano da ritenersi rilevanti poiché « è noto che vi sono congregazioni religiose dedicate alla cura dei malati e con Ospedali propri, ed altresì Congregazioni con fini molteplici, uno dei quali può essere la cura dei malati, in Ospedali di proprietà della Congregazione o gestiti da questa » (20).

Proprio siffatta legge 12 febbraio 1968, n. 132, dopo aver disposto all'art. 1 che è « salva la vigilanza tecnico-sanitaria spettante al Ministero della Sanità, precisava che « nulla è innovato alle disposizioni vigenti per quanto concerne il regime giuridico-amministrativo degli *istituti ed enti ecclesiastici* civilmente riconosciuti che esercitino l'assistenza ospedaliera », tanto che si pensava formulato così il presupposto dell'esistenza di una legge o regolamento in materia, che invece non esisteva. La norma era più correttamente da intendersi nel senso che nulla si era mutato, e questi enti continuavano ad avere il regime di enti ecclesiastici pur avendo loro ospedali. Essi potevano poi secondo detto articolo, ottenere ove forniti dei requisiti pre-

senso di intendere la presenza della rete capillare dei preti e degli enti ecclesiastici come un servizio spirituale per la popolazione e quindi un bene tutelabile dallo Stato senza tuttavia che le premesse filosofiche e politiche confondano l'esigenze fiscali e finanziarie dell'erario e quindi della comunità civile intera.

(19) Cfr. O. GIACCHI, *La Chiesa e le « cose mortali » dopo il Concilio in Chiesa e Stato nell'esperienza giuridica* (1937-1980), I, Milano, 1981, p. 740 ss.

(20) A. C. JEMOLO, *op. cit.*, p. 28.

scritti dalla legge, di avere i loro ospedali classificati come regionali, provinciali o comunali » (21).

Era stata quindi particolarmente salvaguardata (o privilegiata?) l'attività degli enti ecclesiastici che svolgevano attività ospedaliera ma nulla era stato fatto perché, al pari delle Cliniche private o Ospedali privati, tali enti venissero attratti nella disciplina fiscale ordinaria senza riduzione alcuna dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche obbligo della redazione del bilancio secondo le forme di legge, possibilità di ispezione fiscale al pari di qualsiasi altro ente.

Per il settore assistenza e beneficenza è noto che il legislatore con la ormai famosa legge di delegazione n. 382 del 1975 e l'ancor più famoso D.P.R. 616 del 1977 si era proposto di smantellare quasi del tutto il vecchio sistema assistenziale, attribuendo funzioni, personale e beni delle vecchie IPAB a Comuni e Regioni, e sconvolgendo così un sistema (22) guidato e controllato in sostanza quasi del tutto dalla Chiesa Cattolica. Senonché a seguito del D.L. 19 giugno 1979, n. 209, che ha modificato profondamente l'art. 24 del d. lgs. 616, vennero escluse dal trasferimento ai Comuni le IPAB di ispirazione religiosa per effetto del contenuto dell'art. 3 dello stesso decreto il quale dispose che tale circostanza (quella di istituzione di ispirazione religiosa) sussisteva quando ricorressero congiuntamente i seguenti elementi:

a) che l'attività istituzionale attuale perseguisse indirizzi e finalità religiosi;

b) che risultasse collegata ad una confessione religiosa mediante la designazione negli organi collegiali deliberanti, in forza di disposizioni statutarie, di ministri del culto o di appartenenti a istituti religiosi o di rappresentanti di autorità religiose, e mediante la collaborazione di personale religioso come modo qualificante di gestione del servizio.

Ancora una volta, dunque, il terreno di scontro tradizionale tra Stato moderno (23), che rivendica per sé la materia dell'assistenza, secondo nuovi e diversi criteri e chiesa cattolica, che da sempre, avoca a sé, se non proprio l'esclusività, per lo meno la preminenza rispetto alla materia dell'assistenza e beneficenza, in forza di un suo diritto-

(21) Cfr. ancora A. C. JEMOLO, *op. cit.*, pp. 281-282.

(22) Cfr. G. UGO RESCIGNO, in AA.VV., *Assistenza e beneficenza tra pubblico e privato*, F. Angeli ed., Bologna, 1980, p. 80 ss.

(23) Ancora G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 83.

dovere irrinunciabile, si risolveva in favore delle istituzioni con indirizzi e finalità religiose, rafforzando così un sistema di privilegi in contrasto con i principi fondamentali della Costituzione repubblicana che vuole eguaglianza e libertà (artt. 3, 8, 53 e 117 Cost.) e riprivatizzando in pratica ciò che largamente era stato reso pubblico con la legge 3 agosto 1862, n. 753 e legge 17 luglio 1890, n. 6972 (c.d. legge Crispi).

Ulteriori privilegi fiscali, non più compatibili con le continue esigenze economiche dello Stato, erano agevolmente visibili qua e là, talvolta in relazione ai singoli atti (donazioni, trasferimenti di proprietà da ente ecclesiastico ecc.) e talaltra in relazione alle singole imposte (esenzione decennale INVIM, esenzioni settoriali IVA, esenzioni settoriali e riduzioni IRPEG).

Ciò perché una volta ammessa la concezione della chiesa cattolica quale ordinamento giuridico primario, com'è nella nostra Costituzione, non si scorgeva più « la possibilità di considerare gli enti ecclesiastici come chiamati, al pari degli altri enti pubblici, ad integrare e completare l'attività dello Stato, come enti che cooperino con lo Stato a raggiungere i fini di questo » (24).

Ne conseguiva la necessità non solo di « accertare se gli enti ecclesiastici possono svolgere direttamente o indirettamente attività economiche vere e proprie » (25) ma anche di valutare l'opportunità di sopravvivenza (o di proliferazione) di enti che sotto l'etichetta di ecclesiastici esplicano talvolta un'attività privata che si sostituisce a quella pubblica (o di competenza pubblica), col singolare privilegio di godere contemporaneamente di tutti i vantaggi del regime pubblico e di quello privato e di non soffrire nessuno degli svantaggi.

3. — Svolta decisiva in senso laico sul piano politico, in senso moderno sul piano finanziario e fiscale, è quella indubbiamente suggellata dal testo del nuovo patto tra Stato e Chiesa, importante anche per leggere in modo nuovo e più chiaro il dettato della Costituzione del 1946.

Il discorso sugli enti ecclesiastici, formalizzato dall'art. 7 dell'Accordo 18 febbraio e proiettato per vasta gamma di sviluppi alla conclusione dei lavori affidati alla Commissione paritetica prevista

(24) A. C. JEMOLO, *op. cit.*, p. 325.

(25) Cfr. T. MAURO, *op. cit.*, p. 1031, che muove dalle considerazioni previste anche da FERRABOSCHI, *Gli enti ecclesiastici*, Padova, 1956, p. 7 ss.

dalla norma stessa, molto significativamente muove dal richiamo dell'art. 20 della Costituzione italiana.

Già opportunamente il testo del nuovo Concordato aveva compiuto un aggancio alla Costituzione repubblicana quando in esordio, all'art. 1, aveva riproposto inalterato il dettame della famosa disposizione costituzionale che fa « lo Stato e la Chiesa, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani ». E per converso, lo stesso art. 1 aveva richiamato l'irrinunciabile finalità del Concilio Vaticano Secondo che parla di « promozione dell'uomo e bene del Paese » (26) così da consentire l'ipotesi terminologica di una concordatizzazione del Concilio, allo stesso modo che parallelamente si consentiva il linguaggio nuovo — emerso anche al Convegno di Parma maggio 1984 — di concordatizzazione della Costituzione (27). Ma preme soprattutto sottolineare che quando si statuisce che il « carattere ecclesiastico o il fine di religione o di culto... non possono essere causa di speciali limitazioni legislative, né di speciali gravami fiscali », non solo si constata un sostanziale rinvio alla Costituzione per quanto attiene un momento fondamentale della vita e dell'attività di associazioni o istituzioni cattoliche, ma si propone una riflessione costituzionalistica ampia quanto la portata dell'art. 20 Costituzione (28).

(26) La svolta decisiva del Concilio ultimo sulla tematica Stato-Chiesa, sempre più preoccupata di tutelare la persona, anche fino alla rinuncia di privilegi, è stata ampiamente descritta tra gli altri da L. SPINELLI, *Il diritto pubblico ecclesiastico dopo il Concilio Vaticano II*, 1985, p. 109 ss.

(27) AA.VV., *Concordato e Costituzione*, a cura di S. FERRARI, (Convegno di Parma 1984), Milano 1985.

(28) Con questa disposizione — sostiene S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, 1986, p. 109 — « a proposito della quale può richiamarsi il già ricordato insegnamento secondo il quale molto spesso le disposizioni costituzionali sono una protesta contro ciò che avvenne nel periodo precedente, il costituente ha inteso evitare che, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, si potesse ancora adottare in Italia, come era già avvenuto in passato, la formula organizzatoria del giurisdizionalismo. La norma costituzionale in esame pone un limite all'attività-ordinaria di normazione, con lo stabilire che il legislatore ordinario non possa emanare norme restrittive speciali, e cioè norme che pongano limitazioni esclusivamente rispetto alla costituzione, alla capacità e all'attività degli enti di culto: limitazioni e restrizioni potranno essere dunque previste solo in quanto riguardino tutti gli enti ed abbiano quindi un carattere di generalità ». Cfr. anche F. FINOCCHIARO, *Art. 19 e 20*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Art. 13-20, Rapporti Civili*, Bologna-Roma, 1977, p. 238; G. CATALANO, *Osservazioni sull'art. 20 Costituzione*, in *Dir. Eccl.*, 1964, I, p. 353 ss.

Non si tratta di un intervento confessionistico o di sostegno di un assetto confessionale malamente mascherato da pluralismo statico. Infatti è pur vero che con l'art. 2 dell'Accordo 18 febbraio 1984 la Repubblica italiana riconosce alla Chiesa cattolica la piena libertà di svolgere la sua missione pastorale, educativa e caritativa, di evangelizzazione e di santificazione, nel rispetto altresì della sua libertà di organizzazione, ma garanzia di libertà non può mai significare, peraltro, acritico riconoscimento o indiscriminato sostegno dei profili organizzativi e istituzionali della confessione; ancor meno nel contesto di un Accordo in cui la S. Sede stessa acconsente di ridimensionare la rilevanza dei poteri organizzativi ecclesiastici proprio nei confronti dei soggetti ad Essa maggiormente subordinati, quali i chierici ed i religiosi proprio per il rispetto dovuto ai diritti costituzionalmente garantiti dei cittadini.

Del resto, come era nella mente dei Costituenti, l'ambito dell'art. 20 è di respiro ben più ampio di quello riconducibile, a prima vista, al suo stesso enunciato, per il complesso intreccio che riconnette questa norma non solo agli artt. 7 e 8 Costituzione ma anche ad un sistema di norme costituzionali più vasto, in cui rientrano, in primo luogo, l'art. 2, il secondo comma dell'art. 3, l'art. 18 e l'art. 19 della Carta fondamentale.

In altri termini: prima ancora di una funzione di garanzia e di difesa l'art. 20 possiede una carica promozionale di un criterio di parità sostanziale da applicare alla fenomenologia sociale religiosa. Sarebbe un criterio di giustizia che non si limiterebbe a tutelare l'eguale libertà delle associazioni e istituzioni religiose, ma la estenderebbe a tutte le associazioni e istituzioni non religiose, eppure di egual genere.

4. — Pertanto, lungi dal pensare a ritorni giurisdizionalistici, si deve constatare piuttosto che, mentre lo « specifico » della *libertas Ecclesiae*, assicurato alla confessione cattolica da altre norme dell'Accordo e concentrato, se mai, attorno alla dimensione pubblicistica della soggettività della Chiesa e dei suoi organi rappresentativi, il ricorso all'art. 7 dell'Accordo e all'art. 20 Costituzione si impone solo quando l'organizzazione rappresentativa della Chiesa ritenga utile aggiungere alle garanzie assicurate dal semplice regime di libertà anche quelle derivanti dal supporto di una personalità giuridica civile.

La norma concordataria dell'art. 7 anche al numero 2 dell'Accordo 1984, disciplinando il riconoscimento della personalità giuri-

dica degli Enti ecclesiastici, ripropone una situazione di equilibrio tra le « qualità di religione o di culto — che non consentono di tollerare limitazioni legislative e fiscali speciali così come di agevolazioni lesive dell'eguaglianza tra confessioni — e la possibilità esistenziale stessa degli enti che siano portatori di tali fini nell'ambito del diritto e della vita dello Stato (29).

L'Accordo si preoccupa di avvalorare concretamente la connessione tra ordinamenti e tra autorità preposte a specifiche funzioni; in altre parole si preoccupa di facilitare l'azione di persone giuridiche, regolarmente « erette » nel diritto Canonico, anche nel quadro sociale e giuridico italiano, abbandonando quindi intenzioni di discriminazione verso enti di provenienza cattolica e intenzioni di preconcetta non collaborazione con organi canonici che già hanno espresso giudizi e compiuto atti utili alla costituzione e all'organizzazione degli enti stessi.

Quello che importa qui rilevare è che si fa carico ai rappresentanti della Chiesa di esercitare una iniziativa diretta a domandare il riconoscimento, agli effetti del diritto italiano, degli enti « aventi sede in Italia, eretti o approvati secondo le norme del diritto canonico » ma si riafferma inequivocabilmente il potere e il dovere discrezionale dell'autorità nazionale sia per il riconoscimento stesso delle persone giuridiche di origine canonica, sia per la legittimazione di eventuali mutamenti sostanziali degli enti in questione, sia per i criteri da adottare in sede di procedura e/o di autorizzazione al « riconoscimento » e/o al « mutamento » (30).

Si potrà fondatamente annotare che le linee di politica amministrativa e di « procedura » emergenti dal numero 2 dell'art. 7 non

(29) L'osservazione può diventare ampiamente generalizzante sia per quanto riguarda il tipo di vita che gli enti possono compiere nello spazio e territorio dello Stato, sia per il confronto di assimilazione con gli Enti di altre professioni religiose, nel segno di una costante volontà di superamento di disuguaglianze. Di questo cammino è testimonianza in G. B. VARNIER, *Stato e confessioni religiose: nuovi rapporti e nuovi problemi, Cronaca di un anno*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1985, cit., p. 145 ss.

(30) D'altro canto è prerogativa dell'autorità civile quella di valutare discrezionalmente cose e opportunità che si affacciano nell'ambito della sua giurisdizione e del suo territorio. Questo per i principi generali del diritto pubblico italiano (e non soltanto italiano) e del diritto amministrativo in particolare. La manualistica e la dottrina specifica non ha mai dubitato su questo argomento imprescindibile per ragioni di certezza del diritto, di chiarezza del suo esercizio, di funzionalità dei ruoli e di manifestazione piena di giurisdizione, di competenza e forse anche di sovranità.

sgombreranno il campo da controversie di dottrina e di giurisprudenza, note anche ai tempi anteriori il febbraio 1984, stante la natura complessa degli enti ecclesiastici e la non sempre agile possibilità di scandagliare a fondo i veri propositi e gli obiettivi collaterali ai fini dichiarati ed assistenziabili dagli enti stessi.

Senza entrare in polemiche, ma tenendo conto della prassi amministrativa e giurisprudenziale al riguardo, dopo il Concordato del 1929 ma soprattutto negli anni più recenti, non si potrà negare il disagio che si prova a catalogare ad esempio figure soggettive proiettate verso un prossimo prevedibile futuro quali gli enti ecclesiastici ospedalieri di diretta promanazione confessionale; centri e istituti superiori di cultura e formazione religiosa con connesse attività per il tempo libero; enti assistenziali che siano immediate articolazioni delle stesse strutture costituzionali canoniche; tradizionali luoghi di culto, come basiliche e santuari, attorno a cui ruotano sempre più spesso attività commerciali, turistiche, alberghiere di incerta e difficile inerenza e configurazione; istituti che, a norma del can. 1274 del Codice di diritto canonico 1983 dovrebbero gradatamente sostituirsi all'attuale sistema beneficiale.

Per questo motivo forse sarebbe opportuno prevedere il ricorso a procedure di partecipazione, nel contraddittorio delle parti interessate, al fine di appianare eventuali dubbi o contrasti per le categorie di enti più controverse; ma soprattutto occorrerebbe puntare su di una piena valorizzazione del criterio discrezionale offerto dalla concreta attività svolta dall'ente (31).

Del resto tale criterio, accanto a quello tradizionale della qualifica soggettiva degli enti, ha preso sempre più corpo nel corso della redazione delle ultime bozze della revisione concordataria, sino ad essere evidente anche nel testo definitivo dell'Accordo.

Infatti nel numero 3 dell'art. 7 dell'Accordo, le attività dirette al fine di religione o di culto acquistano autonomo rilievo rispetto alle figure soggettive corrispondenti; e proprio questa loro autonomia giustifica, nel contesto di una lettura sistematica dell'intero articolo, anche l'ultimo inciso del numero 2, cioè la subordinazione al ricono-

(31) Si sente proporre con crescente frequenza il ricorso a figure note ai cultori delle formule consortili nonché ai sostenitori della necessità di potenziare e stimolare ogni forma di volontariato. Il discorso si fa estremamente complesso e van ben oltre i confini degli enti ecclesiastici e del loro aspetto fiscale per farsi tematica sociologica di primaria importanza politica e giuridica, oltre che religiosa e caritativa.

scimento civile di ogni mutamento sostanziale degli enti medesimi. Si vuole evitare, così, che la qualifica soggettiva attribuita all'atto del riconoscimento possa essere utilizzata per occultare pratiche trasformistiche: nel presupposto, quindi, che a caratterizzare la sostanza dell'ente non sia la classificazione, avvenuta una volta per tutte, in questa o in quella categoria di persone giuridiche, bensì l'attività effettivamente svolta e quindi non l'attività programmata ed enunciata ma quella realizzata palesamente. E ciò anche perché, ancora senza polemica, l'esperienza insegna che, in molti casi, l'oggetto si definisce e si precisa nel corso della vita dell'ente, sia esso ecclesiastico o di altra natura per un naturale processo di evoluzione, giustificato dal mutare dei tempi e delle esigenze e delle applicazioni stesse dei metodi pastorali, di culto, di beneficenza, di istruzione, di assistenza o di cultura alle realtà politiche, sociali ed economiche dei paesi, certamente anche nell'interesse dei singoli individui: guarda caso, proprio le controversie svolte in ambito tributarie (32) riguardo alle quali si è proposto di sostituire la tradizionale ripartizione fra attività istituzionali e attività non istituzionali di persone giuridiche, con la più articolata e calibrata distinzione fra attività istituzionali primarie, attività istituzionali secondarie e attività meramente occasionali, forniscono una possibile chiave di soluzione estensibile agli enti della Chiesa riconosciuti nel diritto italiano.

Invero questo criterio discrezionale potrebbe tornare utile, in pratica, quando la principale attività di culto risultasse affiancata, ordinariamente ma subordinatamente, da attività di altro tipo, sì da non escludere, ad esempio, in relazione ad esse, un corrispettivo economico e la qualifica di vere e proprie attività commerciali. Il riscontro e l'individuazione di attività di tal genere consentirebbe, in effetti, di attribuire ad esse la natura di imprese in senso tecnico e di applicare la prevista disciplina. Di converso, laddove l'esercizio delle attività « ulteriori » e non propriamente « istituzionali » rivestisse i caratteri dell'occasionalità pura e semplice, le attività suddette, in base al criterio discrezionale proposto, sarebbero sempre

(32) Cfr. R. GIOVINARDI, *La riforma tributaria e gli enti ecclesiastici*, in *Dir. Eccl.*, 1976, I, p. 276; E. DOMIANELLO, *Ancora in tema di riforma tributaria ed enti ecclesiastici*, in *Dir. Eccl.*, 1981, III, p. 426 ss.; A. VITALE, *Enti ecclesiastici e imposta sulle società*, in *Giust. civ.*, 1979, p. 276 ss.; N. COLAIANNI, *L'esenzione dell'INVIM decennale: un segno di contraddizione nel trattamento tributario degli enti ecclesiastici*, in *Il Foro Italiano*, I, 1985, 1918 ss.

« imponibili » per il fisco che, come si sa, prescinde dalla ricorrenza o meno della finalità di lucro e dalla « commercialità » in senso stretto del bene prodotto, ma non assumerebbero rilevanza autonoma sotto altri profili interessanti il nostro ordinamento.

In ogni caso il dibattito sui fini degli enti, sulla loro lucratività compatibile con la nostra « ecclesiastica » e non sottraibile al regime fiscale vigente nel nostro Paese è del tutto aperto e da rinviare quanto meno all'interpretazione dei lavori della Commissione paritetica investita del problema e al fine anche di delimitare l'ambito del « culto » e della « religione » da applicarsi agli enti ecclesiastici (33).

5: — Importa qui rilevare che « agli effetti tributari » gli enti ecclesiastici con fine di culto o di religione (come pure « le attività dirette a tali scopi ») sono equiparati a « quelli aventi fine di beneficenza o di istruzione ». Questo enunciato del numero 3 del medesimo art. 7 dell'Accordo 1984 vuole attestare un ulteriore aggancio della norma pattizia ai principi costituzionali e va valutato, come gli altri punti delle norme concordate sottoscritte da Casaroli e da Craxi, in armonia con i principi della suprema Carta repubblicana.

La disposizione non si risolve in un privilegio ma invita ad osservare come, pur prestandosi ad avallare deroghe al diritto comune non ha la forza di vanificare i principi di eguaglianza e di libertà fondamentali della costituzione ed, in genere, le basi dell'impianto organizzativo dei pubblici poteri che vuole salvaguardare il modulo delle autonomie e tanto meno ha la forza di vanificare il pluralismo cui si ispira l'intera società civile italiana attuale (34).

L'esigenza di rispetto per le strutture e le finalità degli enti ecclesiastici trova all'interno della stessa Costituzione il proprio alimento e non può dunque valere a vanificarla. Come la Costituzione legittima un campo d'indipendenza non derivata per l'istitu-

(33) Cfr. le previsioni formulate da S. BERLINGO', *Gli enti e il patrimonio della Chiesa*, in *Dir. Eccl.*, 1984, I, p. 277 ss.; F. FINOCCHIARO, *Gli enti ecclesiastici e l'accordo 18 febbraio 1984 tra Stato e Chiesa*, *ibidem*, p. 433 ss.; G. VEGAS, *I profili tributari del nuovo Concordato*, *ibidem*, p. 705 ss. e in AA.VV., *Nuovi accordi tra Stato e Confessioni religiose*, Milano 1985, p. 469 ss.

(34) Cfr. G. ANDREOTTI, *Il concordato di Villa Madama del 1984 e le sue prospettive*, in *Concordato 1984: premesse e prospettive*, cit., p. 155 ss.

zione confessionale, così è la stessa Costituzione, non vanamente richiamata dall'Accordo concordatario, ad impedire che il rispetto dell'« ecclesiasticità » possa estendersi oltre la salvaguardia degli organismi strutturali proprie dell'apparato istituzionale della confessione nonché delle attività connesse alla diretta esplicazione dei suoi fini.

Pertanto, in mancanza di espresse ulteriori determinazioni forse indicate dalla Commissione paritetica in carica, questa « ecclesiasticità » sarà oggetto, così come già il fine di religione o di culto, di una autonoma valutazione e verifica da parte delle competenti autorità civili, probabilmente sorrette da situazioni di collaborazione con gli organi della Chiesa e da procedure di « partecipazione » a questo punto davvero auspicabile.

Non soltanto « agli effetti tributari » ma per conformità alla Costituzione e per tutela stessa dell'ambito delle finalità degli enti della Chiesa è anche auspicabile che nel novero delle attività estranee ai fini istituzionali degli enti si includano anche quelle attività economiche a scopo speculativo a cui, decidessero di dedicarsi per grave eventualità, gli enti ecclesiastici o in modo occasionale o in forma anche soltanto subordinata rispetto alla propria prevalente o principale attività, poiché questi obiettivi speculativi non possono neppure rientrare nell'ordinario concetto di amministrazione dei beni ecclesiastici, cui si riferisce il numero 5 dell'art. 7 dell'Accordo (35).

Sempre auspicabili, per i sacrosanti principi della certezza del diritto, sarebbero idonee forme di pubblicità, quanto meno per le regole statutarie degli enti ecclesiastici derogatorie o integrative delle disposizioni del Codice di diritto canonico in tema di controlli. E ciò perché di fatto non esiste una facilità conoscitiva di statuti e norme vive nelle pieghe della realtà e dell'ordinamento canonici.

È innegabile che la « diversità » e l'« alterità » rispetto alle qualità di religione o di culto (o equiparate) non consente via di uscita all'ente ecclesiastico se non quella di uniformarsi alle regole tributarie e fiscali previste per le persone giuridiche che esercitano attività corrispondenti.

(35) Paventano tuttavia in molti questo pericolo di estensione di attività di soggetti ecclesiastici a fini non ecclesiastici e quindi tali da fare insorgere contorte e facilmente avverse considerazioni dell'intero operato della Chiesa. Cenni sono criticamente commentati da G. MOLTENI MASTAI FERRETTI, *Stato etico e Concordato socialista*, cit., con esemplificazioni anche scandalistiche.

Non si tratta di introdurre la figura di « ente ecclesiastico imprenditore » ma si tratta di riconoscere che ove l'ente svolga attività non compatibili con la natura dichiarata, o si risolve il dubbio con una chiarificazione delle funzioni e delle mete o, nel caso di realtà di lucro si deve accettare l'equiparazione dell'ente « ecclesiastico » a tutti gli altri enti per cui è dettata una disciplina comune proprio in ragione della comune finalità.

Un trattamento diverso per gli enti ecclesiastici sarebbe davvero odioso e farebbe ripensare a neo-giurisdizionalismi o a privilegi che non solo sono sepolti alla luce dell'art. 1 del nuovo Accordo 1984 ma non sono nemmeno sostenibili alla luce del richiamo fatto dall'art. 7 dell'Accordo, sia al numero 3 che altrove, allo spirito e al significato della Costituzione repubblicana; ed ancora del richiamo esplicito del n. 1 della medesima norma fattizia all'articolo 20 della Costituzione (36).

Articolo, giova ripeterlo, che proclama la netta eguaglianza delle persone giuridiche, anche sotto il profilo fiscale, altrimenti non avrebbe senso il dire, come si è detto ancora il 18 febbraio 1984, che Stato e Chiesa sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani; e non avrebbe senso aver avviato anche la formalizzazione di intese con confessioni diverse dalla cattolica, come si è iniziato il 21 febbraio 1984 con la Tavola Valdese, perché l'eguaglianza e la libertà sarebbero vuote parole nel diritto e nella realtà del nostro Paese (37).

(36) « La disposizione dell'art. 20 ha inteso garantire in modo particolare la facoltà dei singoli e delle confessioni religiose di dare vita ad enti esponenziali; ad associazioni e istituzioni aventi 'carattere ecclesiastico' e 'fine di religione o di culto'. Questi enti non potranno essere discriminati *in peius* dal legislatore, rispetto ad associazioni ed istituzioni di diritto comune » (F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 162).

(37) G. PEYROT, *La politica dello Stato nei riguardi delle minoranze religiose*, in *Il Mulino*, 1971, p. 456 ss., AA. VV., *Le intese tra Stato e Confessioni religiose*, a cura di C. MIRABELLI, Milano 1978; S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 363 ss.

FRANCESCO BOSCHI

SULLA « RATIO » DELLA PUNIBILITA' DELLA BESTEMMIA
DAL '700 AD OGGI

SOMMARIO: 1. La bestemmia come offesa alla Divinità negli ordinamenti confessionisti degli Stati italiani del XVIII e XIX secolo. I tentativi di riforma e la parentesi della normativa ispirata ai principi della rivoluzione francese. — 2. La bestemmia come offesa al sentimento religioso dei cittadini-fedeli della religione cattolica e dei culti ammessi nello Stato post-risorgimentale. — 3. La bestemmia come offesa della religione cattolica, intesa come valore civilmente rilevante, nello Stato fascista. — 4. La punibilità della bestemmia nell'ordinamento repubblicano come attuazione piena e concreta di tutela della libertà religiosa di tutti i cittadini-fedeli.

1. — La seconda parte del XVIII secolo fu caratterizzata da un vasto movimento scientifico europeo che rappresentava la logica continuazione del movimento venutosi a creare già nel XVI secolo e che tendeva alla riforma del diritto penale.

In modo particolare, tale movimento sentiva l'influenza del pensiero scientifico di Hobbes e Locke; qualsiasi argomento fino allora considerato dogma era per questi giuristi motivo di discussione e studio.

Da queste premesse ebbe luce nel 1746 il libro « Dei delitti e delle pene » di Cesare Beccaria, che gettava le basi fondamentali per future riforme del diritto penale.

« Il punto di partenza dei ragionamenti del Beccaria fu appunto l'ipotesi del patto sociale, che era ai suoi tempi il fondamento della filosofia del diritto; cosicché la necessità della sua osservanza fu da lui considerata come fondamento di giustificazione della pena per opera del potere sociale. Ma egli temprò questo concetto con quello della necessità di adempiere ciò che la giustizia impone agli esseri umani » (1).

Per quanto riguarda, in particolare, i delitti contro la divinità, tutelati in modo particolare nelle legislazioni allora vigenti, Beccaria giunse alla conclusione che non sono da punire i delitti di eresia o di magia, ed in generale tutti quelli che venivano considerati quali lesioni della maestà divina, come la bestemmia, il sacrificio e simili.

(1) E. PESSINA, *Enciclopedia del diritto*, Vol. II, Milano, 1906, pag. 550.

La giustificazione offerta dal Beccaria, a sostegno della sua tesi, è che nei tempi antecedenti la bestemmia era punita, nelle varie legislazioni di allora, solo al fine di vendicare la divinità offesa, tesi questa indubbiamente limitativa rispetto alla reale portata delle norme penali concernenti la bestemmia (2).

È da rilevare che (oltre alla tutela specifica della divinità) per l'etica propugnata dagli Stati del tempo non si poteva assolutamente tollerare, e quindi non punire, la bestemmia; infatti tale delitto intaccava uno dei principi fondamentali su cui si basava lo Stato medesimo, e cioè l'esistenza di Dio e l'accettazione di una religione come vera con conseguente tutela del patrimonio dottrinale di quella fede.

La concezione della religione negli stati preilluministi, che il Beccaria si trovò a studiare, era quella controriformistica e uno dei punti qualificanti dello Stato cattolico era, appunto, punire i reati contro la divinità.

Necessariamente deve essere ricordato anche il fatto che in tali Stati la giustificazione giuridico-politica del potere del sovrano derivava dal principio in cui si affermava che il sovrano riceveva la propria autorità direttamente da Dio e da questa scaturiva lo scambio biunivoco che vedeva la religione tutelata sotto ogni manifestazione e, in particolare, la tutela era rivolta contro le manifestazioni oltraggiose come la bestemmia.

Mentre il diritto canonico prevedeva per la bestemmia, oltre alla penitenza, una pena pecuniaria graduata secondo le condizioni economiche del colpevole nel caso d'indigenza economica la pena pecuniaria veniva commutata in altro castigo (3), le legislazioni civili furono molto severe contro i bestemmiatori in tutti gli stati cattolici.

In Piemonte, ad esempio, i bestemmiatori erano puniti assai severamente. Le disposizioni fondamentali della legislazione sabauda, in materia, furono emanate da Amedeo VII e da Carlo III (4) poi riprese e codificate nelle Regie Costituzioni del 1770.

(2) V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. X, Torino, 1961-1963, pag. 936.

(3) Per il sistema canonistico di repressione del reato vedi: c. 2, X, V, X, *De Maledictiis*.

(4) Le prime disposizioni in materia sono dovute ad Amedeo VIII che le emanò il 17 giugno 1430; dette disposizioni furono ampliate da Carlo III il 10 ottobre 1531. Cfr. F. Benevolo, voce *Bestemmia*, in *Digesto Italiano*, vol. V, Torino, 1890-1899, pag. 654.

« Tutti quelli — stabiliva la norma (5) — che o per una biasimevole corruttela, o per impeto di collera disprezzeranno o malediranno con temeraria e contaminata lingua il Nome venerabile ed immortale di Dio, o giureranno irriverentemente per le sacrosante Membra di Cristo, o proromperanno in una qualche ingiuria contro la santità ed integrità verginale della gran Madre di Gesù Cristo Signore Nostro o contro l'onore e il rispetto degli altri Santi, saranno subito arrestati in quei luoghi dove avranno commesso un così abominevole delitto, per essere ivi esemplarmente castigati secondo la gravità della bestemmia ».

Le pene previste erano di un anno di carcere nel caso di bestemmia leggera, mentre, nel caso di bestemmia atroce, la pena da applicare era stabilita anche riguardo al fatto che il reato fosse stato commesso in pubblico o privato, se il reo fosse stato recidivo o meno o se fosse stata proferita con animo deliberato; in questo ultimo caso, era possibile applicare la pena di morte.

Il Codice delle Leggi e Regie Costituzioni di Modena del 1771 prevedeva nel libro V, titolo I che: « Qualunque persona che proferirà bestemmia contro Dio o Gesù Cristo, o contro la Beatissima vergine Maria incorrerà se sarà la prima volta nella pena di cinquanta scudi d'oro, se sarà la seconda [volta] di scudi cento simili, se sarà la terza oltre alla pena pecuniaria di cento scudi d'oro dovrà essere esposta in tempo di concorso nella pubblica piazza del luogo, ove sarà processata e nel sito della corda, e successivamente essere frustata, e per la quarta della galera per cinque anni da accrescersi o diminuirsi secondo le circostanze ».

Nel secondo articolo si affermava: « Chiunque poi bestemmierà contro alcuno de' Santi, o Sante si punirà se sarà la prima volta con pena di scudi venticinque d'oro; se sarà la seconda di scudi cinquanta simili, se sarà la terza di tre tratti di corda in pubblico oltre la pecuniaria di cinquanta scudi d'oro, e se la quarta della galera per tre anni da accrescersi anche qualora concorressero circostanze, che lo meritassero », ed infine, nel terzo articolo: « Rispetto quelli che bestemmieranno dopo essere stati inquisiti, e condannati per le precedenti bestemmie, dovranno le pene suddette aggravarsi a misura delle circostanze dei casi ».

La distinzione precedentemente citata tra bestemmia leggera e

(5) *Regie Costituzioni*, libro IV, titolo XXXIV, capo I: cfr. BENEVOLO, *op. cit.*, pag. 654.

bestemmia atroce era frutto di lunghe ed appassionate dispute teologiche-giuridiche tra gli studiosi (6); la dottrina distingueva la bestemmia in semplice ed ereticale.

Per la prima si intendeva quella esente da ogni eresia. La seconda si distingueva in attributiva, quando si applichi a Dio un predicato che ripugna alla sua essenza, o deonestativa quando si toglieva a Dio un attributo che gli appartiene o imprecativa quando si augura un male alla Divinità o al Santo.

Era ritenuto da qualche giurista che la bestemmia semplice, essendo priva di dolo (*convicio*), non fosse punibile, consistendo soltanto in un peccato, in un turpiloquio ledente la buona educazione.

Altra distinzione esisteva fra bestemmia verbale e quella scritta (7), ma la grande distinzione riguardava l'atteggiamento psicologico del bestemmiatore e cioè se l'offesa fosse stata pronunciata freddamente e consapevolmente o in un momento d'ira.

Le varie distinzioni esposte costituivano, come già accenno, sia in dottrina che nella giurisprudenza dei vari Stati, motivo di aspre polemiche ed in questo panorama giuridico viene ad inserirsi Cesare Beccaria con la sua opera che conteneva la richiesta di non ritenere reato la bestemmia.

L'opera « Dei delitti e delle pene » ebbe subito una risonanza europea e molte codificazioni successive, nei vari Stati, ne ripresero e ne puntualizzarono ancor meglio molti principi fondamentali.

Pietro Leopoldo nel Gran Ducato di Toscana, pur accogliendo molte delle proposte del Beccaria, non accolse (8) nelle nuove leggi la tesi dell'autore sulla bestemmia, ritenendo infatti che competeva allo Stato proteggere con ogni energia la religione e, pur mitigando le pene previste, mantenne nella nuova normativa questa fattispecie di reato.

(6) Tra i giureconsulti vedi: FARINACTUS, *Praxis e Theorecae Criminalis*, Francoforte, 1622, pag. 276 e seg.; MENOCHIUS, *De Arbitrati Iudicium? Quaestionibus*, Venezia, 1569, pag. 553; P. SARPI, *Discorso dell'origine, forme, leggi, ed uso dell'ufficio d'inquisizione nella città e nel dominio di Venetia*, 1636, pp. 86-87.

(7) A. LION, *Bestemmia*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Vol. II, Milano, 1911, pag. 557.

(8) Nuova legislazione criminale toscana dal 1786. Tale riforma seguì ampiamente le innovazioni proposte, in particolare il convincimento razionale che la mitigazione delle pene con una più attenta prevenzione dei crimini e con lo snellimento dei processi e la prontezza e sicurezza delle pene di veri delinquenti, diminuisce anziché accrescere il numero dei delitti ed in particolare di quelli più atroci.

L'art. LXI stabiliva: « Le bestemmie, le quali l'esperienza ha fatto e fa conoscere che procedono da ignoranza ed insieme da alterazione di mente, o da un subitaneo impeto di collera o dall'abuso del vino, insomma da un animo diretto a tutt'altro che a far ingiuria alla divinità, o alla religione, quando non siano ripetute, formali ed ereticali, nel qual caso avrà luogo l'articolo precedente (che prevedeva la pena dei lavori pubblici a tempo o a vita) saranno punite economicamente con carcere o con altro castigo confacente alla legge di polizia ».

La rivoluzione francese (1789) portò una notevole riforma in Europa del diritto penale e risentì notevolmente del vasto movimento scientifico che ebbe, come detto, in Italia il suo più alto esponente in Cesare Beccaria.

Per quanto riguarda il problema religioso, la rivoluzione francese non lo curò in modo particolare nelle proprie codificazioni, passando in pratica con questo suo disinteresse ad un regime di tolleranza religiosa.

Tutti gli altri Stati europei che sentirono l'influsso dei principi promulgati dalla rivoluzione si disinteressarono ampiamente del problema della tutela del sentimento religioso e della religione, rinunciando ai principi confessionisti che li avevano contraddistinti fino a poco tempo prima.

Il codice penale francese emanato nel 1791 (9) non tratta minimamente il problema della bestemmia, demandandolo alla legge sull'ordinamento della polizia correzionale (10) dove la bestemmia era trattata all'art. 11 e da cui si desume che la bestemmia non era punita per la sua stessa essenza, ma solo come mezzo di oltraggio al culto; è poi da notare, anche, che veniva effettuata dal legislatore una parificazione tra i culti, essendo essi tutti tutelati in egual misura sotto l'aspetto sopra citato.

Solo nel 1794 nel III decreto del 18 floreale anno II (17 maggio 1794) si dichiarava « Il popolo francese riconosce l'esistenza dell'Ente Supremo e della immortalità dell'anima » (art. 1); con altro decreto del 3 ventoso anno III (21 febbraio 1795) sull'esercizio dei culti, si richiamava in vigore la citata legge del 19-22 luglio 1791 disponendosi: « Chiunque turberà con violenza le cerimonie di un

(9) Il Codice Penale francese fu emanato il 25 settembre 1791.

(10) Legge sulla polizia correzionale del 19-22 luglio 1791, nr. 1.

culto qualunque ' ou en outragerait les objets ' sarà punito a norma della legge del luglio 1791 sulla polizia correzionale ».

Queste disposizioni erano poi confermate dall'art. 2 dell'altro decreto 7 vendemmiale anno IV (29 settembre 1795).

Anche il codice penale francese emanato nel 1810 riportava queste scarse disposizioni in materia.

Negli stati italiani della restaurazione, riappare il reato di bestemmia; infatti, caduto Napoleone Bonaparte e con il ritorno al potere nei vari Stati dei precedenti regnanti, vennero anche abrogate le disposizioni delle leggi francesi e dei codici emanati sotto l'influsso del codice penale francese.

Lo Stato di nuovo professò il suo confessionismo e la bestemmia venne punita per la sua stessa essenza.

Solo il codice parmense del 1820 mantenne, in parte, la tesi francese; infatti la bestemmia era prevista nella fattispecie criminosa di oltraggio alla religione o ai suoi ministri di culto nell'esercizio delle loro funzioni.

L'art. 104 affermava (11): « Chiunque pel solo fine di oltraggiare la religione attacchi clamorosamente la medesima in pubblici luoghi o villipende gli oggetti di culto, o insulti i suoi ministri di culto in funzione o turbi con clamori, risse, violenze, atti scandalosi, o in altra simil guisa le cerimonie religiose, sarà punito con la prigionia da un mese a tre anni ».

Giustamente fa rilevare Spirito (12) che l'incriminazione della bestemmia contro la divinità cattolica nei vari Stati restaurati trae origine proprio dalla scelta del sistema confessionista operato dagli Stati medesimi nei rapporti con la Chiesa.

Con la premessa che la religione cattolica è la religione di Stato segue, logicamente, una tutela rigida del principio affermato ed una sicura lesione del diritto di libertà di culto dei cittadini non cattolici. Per avere un quadro completo e preciso delle varie legislazioni in vigore è opportuno riportare quanto affermato dalle singole legislazioni dei vari Stati circa il delitto di bestemmia (13):

(11) Codice penale parmense emanato il 5 novembre 1820.

(12) P. SPIRITO, *La bestemmia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1965, II, pp. 348-367.

(13) P. VICO, *Il reato di bestemmia*, in *Annali di Diritto e Procedura Penale*, 1937, pag. 291 e seg.

a) codice per il Regno delle Due Sicilie 26 marzo 1819, parte seconda, legge penali, art. 101, sostituito dal Regio Decreto 5 marzo 1827 n. 1403, art. 1 « La bestemmia, o sia l'empia esecrazione del nome di Dio, o dei Santi, profferita in chiese aperte al pubblico culto, o in altri luoghi nell'atto di sacre o pubbliche funzioni, sarà punita colla reclusione. Senza tali circostanze, la bestemmia in luogo pubblico sarà punita con la relegazione ». Art. 2 « La bestemmia si reputa pronunziata in luogo pubblico, allorché è profferita nelle strade pubbliche, nelle piazze pubbliche, nei caffè, nelle osterie, nelle bettole, nelle cantine, nei bigliardi, nelle spezierie, ed in altri luoghi di abituali riunioni aperti nelle strade pubbliche e nelle pubbliche piazze »;

b) regolamento pontificio sui delitti e sulle pene, 20 settembre 1832, art. 73: « La bestemmia è qualunque ingiuria proferita all'altrui presenza contro il santissimo nome di Dio o della beata Vergine o dei Santi è punita con l'opera pubblica da uno a tre anni »;

c) codice penale sardo, 26 ottobre 1839, art. 162: « Colui che con animo deliberato, profferisca qualche bestemmia o ingiuria contro il santissimo nome di Dio, contro la beatissima Vergine od i Santi, sarà punito col carcere o con la reclusione, e potrà la pena estendersi anche ai lavori forzati a tempo, avuto riguardo alla gravezza della bestemmia o dell'ingiuria, al luogo e al tempo in cui furono proferite e dallo scandalo arrecato ». Art. 163 « Colui che, per solo reo costume o per impeto di collera, proromperà in simili bestemmia o ingiuria, sarà punito col carcere, da regolarsene la durata secondo le circostanze enunciate nel precedente articolo »;

d) codice penale toscano, 20 giugno 1853, art. 136, § 1 « La bestemmia proferita con animo deliberato si punisce con il carcere da uno a cinque anni ». § 2 « La bestemmia proferita per malvagia abitudine o per impeto di collera fa incorrere nella medesima pena da uno a tre mesi »;

e) codice criminale per gli Stati estensi, 14 dicembre 1855, art. 104 « La bestemmia ereticale, proferita con piena cognizione di causa e deliberazione di animo, sarà punita con i lavori forzati a tempo non mai meno di cinque anni ». Art. 105 « Ma quando la bestemmia fosse proferita in un impeto di collera, la pena sarà di carcere non minore a mesi sei ». Art. 106, § 1 « Se la bestemmia ereticale fosse consegnata in qualche stampa o qualche scritto cui venisse data pubblicità, si applicherà il massimo della pena dei lavori

forzati ». § 2 « Chi avrà dolosamente cooperato alla pubblicazione sarà tenuto di complicità ».

L'unificazione territoriale dei vari stati italiani sotto il Regno di Sardegna e la conseguente nascita del Regno d'Italia (1861) comportò anche l'unificazione giuridica (14); i vari codici preunitari cessarono di avere efficacia, eccettuato il Codice Toscano, e venne esteso al neonato regno il Codice Penale Sardo-Italiano, emanato il 20 novembre 1859, che nel titolo II del libro II, Dei Reati Contro La Religione Dello Stato E Degli Altri Culti, così affermava a riguardo della bestemmia, all'art. 185 « Chiunque con animo deliberato proferisca pubbliche contumelie ad oltraggio della religione sarà punito con multa estendibile a lire cinquecento e cogli arresti. Incorrerà nella stessa pena chiunque commetta altri fatti che siano di natura da offendere la religione od eccitare il disprezzo e producano scandalo »; e all'art. 188, 2° comma « Le pubbliche contumelie proferite con animo deliberato ad oltraggio dei culti tollerati saranno punite con multa estendibile a lire cinquecento, o cogli arresti, secondo le circostanze ».

Manzini (15), afferma che il codice penale Sardo-Italiano (a differenza del codice sardo del 1839) non prevedeva la bestemmia come reato specifico, ma puniva le contumelie dirette, con animo deliberato, ad oltraggiare la religione di Stato o di culti ammessi.

Dall'esame della normativa di questo periodo che va dal 1700 al 1870, è possibile notare come esista una correlazione tra religione di Stato, tolleranza religiosa e punibilità della bestemmia: lo Stato confessionista in cui c'è una religione di Stato (Stati del 1700 e Stati restaurati dopo il 1814) punisce severamente il reato di bestemmia, mentre all'interno del movimento rivoluzionario francese, indifferente al fenomeno religioso, il reato di bestemmia viene punito con pene lievi o, addirittura, non viene punito.

2. — Il primo codice penale unitario fu emanato il 30 giugno 1889 ed incise, senza ombra di dubbio, nel costituendo sistema giuridico del Regno d'Italia, basti solo pensare all'abolizione della pena

(14) In base alla legge 17 marzo 1861 nr. 4671, Vittorio Emanuele II assunse il titolo di Re d'Italia per sé e per i suoi successori e lo Statuto del Regno di Sardegna del 4 marzo 1848 divenne lo Statuto del Regno d'Italia.

(15) MANZINI, *op. cit.*, Vol. X, pag. 937.

di morte, alla riduzione delle pene per i reati contro il patrimonio.

Il codice, che venne subito identificato con il nome del ministro proponente Zanardelli, rappresenta ancora oggi uno dei cardini fondamentali del garantismo liberale.

L'emanazione del nuovo codice avvenne in uno dei momenti di maggiore tensione della sinistra riformista, che in quel momento storico governava il paese e che aveva nel Crispi il suo rappresentante di spicco; infatti (16) fu di questi anni l'acuirsi del contrasto politico di fondo della sinistra stessa, combattuta tra la propensione all'autoritarismo statale e la necessità di garantire quelle libertà conquistate con la destra storica liberale.

Tale dualismo di fondo è rappresentato in modo chiaro proprio dalla emanazione del codice penale e dalla emanazione, nello stesso periodo, della legge di pubblica sicurezza che affinò prassi poliziesche sicuramente repressive (17). La sinistra, che aveva suscitato grandi speranze di trasformazione della società italiana e che aveva già avuto una profonda involuzione, perdendo la propria carica innovativa e trasformista, mantenne solo alcuni grandi principi ideali, già patrimonio della destra storica liberale, specialmente in materia di rapporti tra Stato e Chiesa, come ad esempio la tesi cavuriana (18) « Libera Chiesa in libero Stato ». Questi principi liberali, tesi alla netta separazione tra la sfera pubblica e la sfera ecclesiastica, avevano avuto la massima applicazione il 15 maggio 1871 con l'emanazione della legge delle Guarentigie.

Allargando brevemente, non solo al nuovo codice ma a tutto il nostro diritto pubblico ecclesiastico post-unitario la ricerca, dobbiamo notare che autorevoli autori come Francesco Ruffini (19) ritengono che i fondamentali principi della separazione tra Stato e Chiesa propugnati dai liberali non furono mai attuati in modo definitivo e totale nel nostro ordinamento giuridico; quanto affermato in special modo nella legge delle Guarentigie dimostra, secondo questo autore, che lo Stato tende ancora a considerare la Chiesa « come

(16) Cfr. C. GHISALBERTI, *Storia Costituzionale d'Italia*, Vol. I, Bari, 1977, pag. 192.

(17) P. BARILE, *La pubblica sicurezza*, Vicenza, 1968.

(18) Così si esprimeva nel discorso al parlamento Subalpino del 25-27 marzo 1861 C. B. Cavour.

(19) F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, Bologna, 1974, pp. 292-294.

una delle tante istituzioni o delle tante corporazioni di diritto pubblico esistente nel suo territorio » e quindi soggette come tali alla sua giurisdizione. Il Ruffini riconosce che il giurisdizionalismo riproposto dal giovane Stato italiano è rimodernato e mitigato e afferma che il modello proposto è definibile sia come giurisdizionalismo separatista, limitando l'ingerenza dello Stato alle necessità e agli interessi pubblici sia come giurisdizionalismo non confessionista, non pronunciandosi sulle materie religiose e non imponendo in nessun modo una fede di Stato; ma che è pur sempre giurisdizionalismo.

Certamente le tesi sopra esposte, seppur brevemente, dal Ruffini sono convincenti e ben motivate, ma deve essere rilevato il fatto che nel panorama giuridico di quel periodo il codice penale dello Zanardelli aveva sicuramente in sé quegli elementi necessari per poter affermare che, tramite le norme che esso dettava, lo Stato attuava profondamente quei principi separatisti insiti nel movimento liberale classico.

In primo luogo è da rilevare che il codice Zanardelli non prevede una classe di reati contro la religione; scompare totalmente quindi il concetto di offesa alla religione e tanto più alla Divinità. La tutela offerta dall'ordinamento alla libertà religiosa discende unicamente dalla tutela delle libertà politiche; infatti il ministro proponente, nella sua relazione al codice, afferma (20): « In uno Stato dove imperano i principi di libertà e di progresso civile tutte le credenze religiose che vi sono legittimamente professate dovranno trovare una eguale tutela giuridica mediante opportuna sanzione penale. Occorre però non confondere la vera e propria offesa recata alla libertà religiosa con la libera discussione, che è uno dei cardini fondamentali del diritto pubblico odierno e delle istituzioni rappresentative ».

La tutela offerta dal codice riguardava la libertà religiosa di tutti i cittadini, qualunque religione professassero, purché tale religione fosse tra i culti ammessi dallo Stato; è evidente quindi la parificazione attuata tra religione cattolica e gli altri culti ammessi (21) e la distinzione tra culti ammessi e non, e la conseguente implicita

(20) *Relazione ministeriale al progetto del codice penale per il Regno di Italia, Camera dei Deputati, seduta del 22 novembre 1887*, in Camera dei Deputati, Progetto al codice penale e disegno di legge, Vol. II, Roma, 1887, pag. 46.

(21) MANZINI, *op. cit.*, Vol. IV, pag. 5.

abrogazione dell'art. 1 dello Statuto Albertino del 1848 (22) dovuta alla flessibilità dello Statuto stesso (23).

Come in precedenza affermato, la tutela che il codice offriva negli articoli 140, 141, 142 e 143, era rivolta alla libertà religiosa del singolo cittadino e comprende la libertà di professare una fede religiosa e la libertà di culto. Parte della dottrina ha sottolineato, giustamente, che il sistema zanardelliano (24) afferma una concezione individualista del diritto di libertà religiosa e che la considerazione dell'individuo prevale sulla considerazione dei gruppi intermedi. La libertà religiosa non è poi tutelata dal codice solo in senso positivo, ma anche in senso negativo, e cioè nelle forme di non credenza e quindi nella possibilità data al singolo di esprimere il proprio ateismo (25); in conclusione, la definizione di libertà religiosa potrebbe racchiudersi « nella possibilità data al singolo di libera espressione del proprio convincimento in materia di religione » (26). La dottrina ha rilevato che la libertà di coscienza, grazie alla norma prevista nella legge delle Guarentigie, aveva ricevuto la sua massima consacrazione, mentre per il disposto degli artt. 140-142 c.p. (27) l'unica tutela offerta dall'ordinamento alle equiparate religioni si aveva nella libertà di culto; in pratica, la religione, quale che essa fosse, era tutelata penalmente solo nel caso che assumesse la forma dell'atto di culto.

Il bene protetto dalla norma penale era il libero esercizio della religione (28).

(22) L'art. 1 dello Statuto Albertino affermava: « La religione cattolica apostolica romana è la sola religione dello Stato. Gli altri culti ora esistenti sono tollerati ».

(23) Sull'interessante problema dell'abrogazione tacita delle norme dello Statuto Albertino si rimanda alla lettura dei testi istituzionali di diritto Costituzionale.

(24) E. G. VITALI, *Vilipendio della religione dello Stato*, Padova, 1964, pag. 64.

(25) In questo senso deve essere inteso l'ultimo comma dell'art. 2 della legge 13 maggio 1871, nr. 214.

(26) VITALI, *op. cit.*, pag. 56.

(27) L'art. 140 c.p. affermava « Chiunque per offendere uno dei culti ammessi nello Stato impedisce o turba l'esercizio di funzioni o cerimonie religiose, è punito con la detenzione fino a tre mesi... » e l'art. 142 affermava: « Chiunque per disprezzo di uno dei culti ammessi nello Stato distrugge guasta o in altro modo vilipende in luogo pubblico cose destinate al culto, ovvero usa violenza contro il ministro di culto o lo vilipende è punito con la detenzione da tre a trenta mesi... ».

(28) In questo senso vedi: VITALI, *op. cit.*, pag. 57 e LOMBARDI, *Intorno ai delitti contro la libertà religiosa dei culti*, in *Supplemento rivista Penale*, IV, pag. 112.

Da queste premesse, dalla volontà del legislatore di tutelare il singolo e la coscienza del singolo, ne deriva, come logica conseguenza, che il codice non parla di bestemmia.

Quanto fino a pochi anni prima era punito con pene molto severe scomparve dal panorama giuridico; in una riunione della commissione che lavorava alla stesura del nuovo codice (29), a proposito della formulazione dell'art. 154, il Nelli affermò: « Col far consistere il reato nelle pubbliche contumelie potrebbe anche dubitarsi che una parola vivace sfuggita nel calore di una libera discussione sia punibile, secondo questo articolo, potrebbe dubitarsi che fosse punibile per lo stesso articolo il proselitismo della religione e persino la bestemmia ».

Vanno però ricordati alcuni tentativi, posteriori al codice, di punire la bestemmia, tentativi isolati attuati da alcuni Comuni che introdussero nei loro regolamenti di polizia urbana questa ipotesi (30).

Anche la giurisprudenza tentò di incriminare la bestemmia, ritenendo punibile tale manifestazione ai sensi dell'art. 490 c.p., ravvisando in essa un atto contrario alla pubblica decenza.

La dottrina, tuttavia, contrastò questa interpretazione ed il tentativo fu abbandonato (31).

Alcuni giustificavano questa scelta del legislatore, affermando che la bestemmia non offende il sentimento religioso del singolo e neanche il sentimento religioso della maggioranza; il profferire bestemmie comporta solo un rimprovero morale da parte di chi ascolta (32) « non si è violato alcun diritto e dopo tutto non ne discende nessun danno politico.

È certo interesse dello Stato che il sentimento religioso sia rispettato, ma non è compito dello Stato erigersi a difensore delle religioni, salvo che rispettando la libertà delle credenze e dei culti ».

Lo Stato liberale deve mostrare, secondo questa parte della dottrina il suo interessamento verso il sentimento religioso del sin-

(29) V. DEL GIUDICE, *La bestemmia è reato?*, in *Foro Penale Napoletano*, 1926.

(30) Certamente tali tentativi furono illegittimi: infatti si prevedeva l'incriminazione della bestemmia nei regolamenti di Polizia Urbana come nei comuni di Vado Ligure e Altopascio vedi: MANZINI, *op. cit.*, pag. 937.

(31) I lavori della Commissione parlamentare istituita con decreto del 1876, atti di novembre e dicembre del 1877.

(32) BENEVOLO, *op. cit.*, pag. 565.

golo con altre sollecitudini, garantendo la libera professione di qualsiasi religione senza alcuna preferenza.

La bestemmia rientra solo ed esclusivamente nella sfera etico-morale di ogni persona civile, ma non può essere tutelata dal codice penale.

3. Come è stato visto nelle pagine precedenti, il codice penale Zanardelli pone la religione cattolica alla pari delle altre confessioni religiose ammesse dallo Stato italiano. La tutela offerta dalle norme contenute nel codice non riguarda più direttamente la fede religiosa per se stessa, ma, in ossequio al liberalismo, viene tutelato il diritto del singolo cittadino credente a professare, senza che alcuno leda la sua libertà, liberamente la religione che meglio si addice alle sue convinzioni.

C'è sicuramente contrasto con l'art. 1 dello Statuto Albertino e la filosofia propugnata dal codice in materia religiosa (come è già stato ampiamente rilevato), contrasto peraltro compatibile per la flessibilità dello Statuto stesso.

Con l'avvento dell'ideologia fascista, purgata di quegli elementi anti religiosi che la contraddistinsero nei primi anni di vita e con l'introduzione all'interno dello Stato italiano di valori etici fatti propri dal fascismo ed il contemporaneo avvicinamento internazionale dello Stato Italiano e della Santa Sede sfociato, poi, nei Patti Lateranensi del 1929, l'interpretazione e la tutela data dal codice penale in materia religiosa non risulta essere più idonea alla rinnovata idea di Stato. Torna a riemergere il contenuto ideologico dell'art. 1 dello Statuto Albertino (33); l'onorevole Rocco afferma (34): « Lo Stato fascista si occupa di religione ufficialmente e non teme di affermare il suo carattere di Stato essenzialmente cattolico ». La religione cat-

(33) In questo senso vedi anche le osservazioni al nuovo progetto del codice penale proposte dalla Corte d'Appello di Trieste dove è affermato: « Torna così ad aver pratica effettuazione la norma dell'art. 1 Statuto del Regno e viene ancora una volta riconsacrato il nuovo indirizzo instaurato dal fascismo in questo campo con il riconoscere che anche la religione deve essere annoverata tra quelle forze spirituali, da cui le masse erano state troppo avventatamente staccate e alle quali è indispensabile ricondurle sollecitamente ». In *lavori preparatori del nuovo codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. III, parte IV, Roma, 1929, pag. 81.

(34) Discorso dell'On. Rocco alla Camera dei Deputati del 9 marzo 1927 in *op. cit.*, Vol. V, parte II, pag. 191.

tolica per lo stato fascista è religione di Stato. È facile intuire la grande trasformazione avvenuta nelle istituzioni nel giro di pochi anni: lo Stato laico-liberale è stato smantellato ed al suo posto si sono create le premesse per uno Stato confessionale (35) il quale pubblicamente afferma che la religione cattolica è essenza stessa del suo essere. Alcuni autori ritengono quest'indagine necessaria; Catalano afferma (36): « che gli studiosi dovranno procedere ad una valutazione delle norme e degli istituti sulla base concreta della realtà nazionale e della tradizione, cogliendo appieno i motivi che hanno determinato la scelta normativa ».

Partendo da queste premesse il « nuovo Stato » non poteva più tollerare un codice modellato sull'ideologia liberale che non puniva nella maggior parte dei casi manifestazioni oltraggiose verso la religione cattolica ed in particolare la bestemmia.

Lo Stato Italiano « rinnovato », prima della formulazione delle norme in materia di tutela religiosa nel nuovo codice penale, offre tramite il Testo Unico (37) della Legge di Pubblica Sicurezza del 1926 una tutela contro i bestemmiatori, tutela che si estendeva, oltre alla religione cattolica, anche ai culti ammessi dallo Stato.

L'art. 232 del Testo Unico disponeva: « Fino a che non andrà in vigore il nuovo codice penale, il turpiloquio, le bestemmie e le offese pubbliche ai culti ammessi nello Stato sono puniti, quando la legge non stabilisce una pena più grave, con l'ammenda fino a L. 2.000. La pena è dell'ammenda da L. 100 a L. 4.000 se si tratta d'offesa al culto cattolico ». Questa disposizione, inserita nel Testo Unico di Pubblica Sicurezza è il precedente legislativo al codice penale del 1930, il quale configura da un lato il delitto di vilipendio della religione di Stato (art. 402 c.p.) e dall'altro nella forma contravvenzionale la bestemmia (art. 724, I comma, c.p.); tale diversificazione è sicuramente nella tecnica giuridica una realtà positiva. Il progetto preliminare del codice penale riguardo alla bestemmia prevedeva (38): « chiunque pubblicamente bestemmia con invettive o

(35) Per un approfondimento vedi VITALI, *op. cit.*, pag. 73 e seg.

(36) G. CATALANO, *La problematica giuridica del diritto Ecclesiastico ai tempi di Francesco Scaduto*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1965, I, pag. 34.

(37) Testo unico della Legge di Pubblica Sicurezza, Regio Decreto del 6 novembre 1926, nr. 2132.

(38) Progetto preliminare al nuovo codice penale e di procedura penale art. 747.

parole oltraggiose contro la divinità o le persone o i simboli venerati dalla religione ufficiale dello Stato, è punito con l'ammenda da L. 100 a L. 3.000 ».

Il dibattito che subito si accese tra la dottrina verteva, in modo particolare, sul fatto che la bestemmia era annoverata tra i delitti contravvenzionali e non tra i delitti contro il sentimento religioso. Nella relazione introduttiva al codice sul punto veniva affermato: « la bestemmia è considerata nel progetto tra le contravvenzioni alla polizia dei costumi. In verità nella grande maggioranza dei casi, la bestemmia è profferita senza l'intenzione di recare oltraggio alla divinità; in qualche regione d'Italia la bestemmia è spesso una deplorevole abitudine, un intercalare.

Questa condizione di cose il progetto doveva tener presente e considerato altresì che l'indagine sul dolo, indispensabile ove si fosse configurato il fatto come delitto doloso, sarebbe spesso riuscita assai difficoltosa, ha preferito considerare la bestemmia tra le contravvenzioni. Ciò non toglie che, quando concorra il dolo, possano trovare applicazione gli artt. 544, 546, 548 ».

Gli enti interpellati in merito e la commissione ministeriale aderirono a questa impostazione e non sollevarono obiezioni degne di nota sul problema. Nella relazione ministeriale definitiva al progetto, l'onorevole Rocco affermava (39): « La bestemmia e le manifestazioni oltraggiose contro i defunti costituiscono l'oggetto di disposizioni insistentemente reclamate, come fu già rilevato in precedenza dalla coscienza sociale, di cui si sono rese interpreti anche alcune associazioni autorevoli. Nella bestemmia, manca spesso l'animo di recare oltraggio alla divinità o alla religione dello Stato. Per tale motivo e per rendere la repressione del fatto indipendente dall'accertamento del dolo, indagine assai difficile, ho creduto di mantenere al reato il carattere contravvenzionale. Ciò non esclude [...] che, nei congrui casi, la bestemmia possa, concorrendo il dolo, essere punita come delitto ».

Parte della dottrina fu contraria (40) alla soluzione contravvenzionale trovata dal legislatore per punire la bestemmia, ritenendo che le argomentazioni incentrate sulla difficoltà d'accertamento del

(39) Lavori preparatori al nuovo codice penale e del codice di procedura penale, Vol. V, parte II e III del progetto, Roma, 1929, pag. 514.

(40) Vico, *op. cit.*, pag. 296.

dolo fossero insussistenti ma soprattutto perché « qualificando la bestemmia una contravvenzione, la si spoglia di tutta la sua ripugnanza, si menoma l'efficacia della sanzione penale, e quasi si umilia il sentimento religioso, il sentimento più alto dei sentimenti umani ».

Altre contestazioni giunsero anche per la collocazione dell'articolo all'interno del Codice stesso, previsto nel Capo II, sezione I sotto la voce « Delle contravvenzioni concernenti la polizia dei costumi ». Infatti si argomentava che prevedere la bestemmia nella serie di contravvenzioni concernenti la polizia dei costumi avrebbe fatto perdere il carattere fondamentale di offesa al sentimento religioso per assumere il carattere di trasgressione di una norma di comportamento sociale.

Venne fatto notare che la tutela offerta alla religione cattolica avrebbe dovuto essere estesa ai culti ammessi (41), cosa già avvenuta in via transitoria con il Testo Unico del 6 novembre 1926, ma tale tesi venne contrabattuta nella commissione parlamentare chiamata ad esprimere il proprio parere sul progetto del nuovo codice, col ritenere che questa esclusione fosse una logica conseguenza della affermazione di principio contenuta nell'art. 1 dello Statuto Albertino.

Spirito (42), partendo da questa premessa, afferma che l'articolo 724 del codice penale non cerca di tutelare il singolo individuo come uomo che professa una determinata fede religiosa o il luogo sacro o il ministro di culto, ma il nostro legislatore ha cercato di proteggere, avendo lo Stato italiano riconosciuto formalmente quale unica religione proprio la religione cattolica, apostolica, romana, l'intima essenza della religione medesima (Dio, dogmi e sacramenti).

A tale proposito la relazione al Re conferma in pieno tale teoria (43); infatti si afferma « Lo Stato italiano professa la religione cattolica apostolica romana ed è quindi logico che esso, credente in questa religione, consideri bestemmia soltanto le invettive o le parole oltraggiose contro la divinità, i simboli, o le persone venerate dalla religione medesima. Né con ciò gli altri culti ammessi dallo Stato rimangono privi di tutela su questo punto; perché se lo Stato non può credere in altra religione che non sia la sua, esso

(41) Vedi l'intervento dell'on. Solmi in *op. cit.*, Vol. VI, pag. 533.

(42) SPIRITO, *op. cit.*, pag. 357.

(43) *Relazione al Re sul codice penale*, nr. 217, pag. 149.

non di meno non può lasciare impunte quelle offese che si manifestano con turpiloquio, nel quale può rientrare la maggior parte delle impropriamente dette bestemmie contro i culti ammessi ». La religione cattolica diviene un valore civilmente rilevante e come tale viene protetto dallo Stato.

L'art. 724, 1° comma al termine dell'ampia mole di lavoro svolto, nel codice penale entrato in vigore, risultò così formulato: « Chiunque pubblicamente bestemmia con invettive o parole oltraggiose contro la divinità o i simboli o le persone venerate nella religione dello Stato è punito con l'ammenda da lire cento a lire tremila » (44).

Tralasciando l'analisi della struttura dell'articolo di legge (45) citato è certamente interessante ed utile verificare se l'intenzione espressa dal legislatore del 1930, portatore di valori etici molto accentuati, ha trovato negli anni successivi, pieni di sconvolgimenti politici, e dopo la nascita della Repubblica fino ai giorni nostri, pratica attuazione anche alla luce delle mutate esigenze dello Stato italiano.

Le sentenze (46) edite, riguardanti la bestemmia, dalla nascita del codice in poi, sono poche ed in buona parte di esse non è possibile trovare spunti idonei per approfondire l'argomento della pratica attuazione dello spirito profuso dal legislatore nell'art. 724, 1° comma (47).

4. — Oggi gli interessi della collettività sono mutati in modo considerevole e la società civile sembra non aver più un forte interesse alla repressione del reato di bestemmia; si tende a vedre il

(44) L'ammenda attualmente ammonta da lire ventimile a lire seicentomila; infatti l'ammenda è stata aumentata di quaranta volte i sensi dell'art. 3 della legge 12.7.61 nr. 603; poi quintuplicata ai sensi dell'art. 113 della legge 24.11.81 nr. 689.

(45) Per maggiori approfondimenti vedi: SPIRITO, *op. cit.*, pp. 354-355; MANZINI, *op. cit.*, pp. 888-898; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto Penale, i reati contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*, parte speciale, II, Milano, 1982, pp. 683-702, P. CIPRIOTTI, *Bestemmia e manifestazioni oltraggiose verso i defunti*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. V, Milano, 1959, pp. 300-302.

(46) Tra gli altri vedi: G. CASUSCELLI, *Rassegna di giurisprudenza sull'art. 724 I comma c.p.*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Milano, 1970, pp. 150-165.

(47) La maggior parte delle sentenze edite riguarda strettamente il diritto penale, infatti molta attenzione è stata posta al quesito tecnico della pubblicità per la sussistenza del reato.

bstemmiatore come trasgressore di regole che disciplinano la correttezza del vivere civile (48).

Anche per i cattolici (49): « Non può essere tralasciata la circostanza e sempre più la si dovrà valutare nel futuro, che gli insegnamenti del Concilio Vaticano II (ed il conseguente rinnovamento della vita religiosa attraverso la scoperta e la rivalutazione dei più genuini contenuti della fede anche nei suoi aspetti ecumenici) contribuiscono a rafforzare nella coscienza dei cattolici l'inopportunità — oltre che dell'inutilità — che di un fatto di fede e di coscienza individuale si renda garante lo Stato; imponendo coattivamente l'osservanza (come ultimo residuo del braccio secolare) di regole interiori di confessioni religiose cercando di non creare disparità di trattamento in modi prioristici ».

Deve essere notata e fatta notare (50) l'inadeguatezza della norma prevista all'art. 724, 1° comma c.p.: oggi la bestemmia prevista nei termini contravvenzionali non è più confacente alle mutate esigenze; il legislatore dovrà necessariamente intervenire in merito, o prevedendo l'abolizione del reato e lasciando alle singole coscienze dei cittadini ogni valutazione, o punendo la bestemmia contro divinità e valori religiosi di ogni culto.

Parte autorevole della dottrina, seppur con varie sfumature (51) ritiene, infatti, che l'art. 724, 1° comma c.p. sia incostituzionale ai sensi degli artt. 3, 19 e 21 della Costituzione, affermando che lo Stato italiano nei citati articoli ha voluto garantire un'ampia sfera di libertà: tali libertà si estendono, secondo tale tesi, a tutte le

(48) CASUSCELLI, *op. cit.*, pag. 152.

(49) CASUSCELLI, *op. cit.*, pag. 152.

(50) CASUSCELLI, *op. cit.*, pag. 155, dove l'A. afferma: « Il mutamento di forme dello Stato, delle concezioni di rapporti tra lo stesso ed il cittadino e dei cittadini tra loro, il rinnovamento di alcuni principi ecumenici della Chiesa Cattolica ed alcune sue precise disposizioni normative devono far sì che diversità e privilegi scompaiano del tutto; anche perché sembra egualmente assurdo all'uomo ed al giurista che si continui ad affermare la compatibilità dell'art. 724 I comma e delle analoghe norme del c.p. che, pur non violando il dettato esplicito di alcuna norma della Costituzione, sono evidenti negazioni dei suoi fondamentali principi ».

(51) Tra gli altri vedi: A. BALDASSARRE, *È costituzionale incriminare la bestemmia?*, in *Giust. Cost.*, 1973, pp. 70-78; V. PLUMITALLO, *Reati d'opinione. Riflessioni per una riforma*, in *Istituta*, 1973, pp. 181-185; P. GROSSI, *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela penale del sentimento religioso*, in *Giust. Cost.*, 1974, I, pp. 1528-1567.

manifestazioni di pensiero e di professare, o non professare, liberamente una confessione religiosa.

Proprio grazie a questa ampia libertà concessa dal legislatore costituzionale sembra che punire i bestemmiatori sia in contrasto con quanto stabilito dagli artt. 3, 19 e 21 della Costituzione (52).

Da una attenta lettura degli articoli costituzionali citati è possibile ritenere però che all'interno dell'ordinamento giuridico italiano possa esistere una specifica disciplina che tuteli il sentimento religioso del cittadino in tutte le sue estrinsecazioni.

L'art. 3 cost. pone un principio di eguaglianza tra tutti i cittadini senza che possa farsi distinzione tra *religione professata* o *non professata*, poi all'art. 19 cost. il legislatore ha posto come principio fondamentale la possibilità di professare liberamente la propria fede religiosa ponendo un solo limite che è quello riguardante il buon costume.

Il cittadino ha quindi la possibilità di professare o non professare una fede religiosa; ma professare una fede religiosa significa anche ottenere tutela nel caso in cui, ad esempio, tramite la bestemmia venga offesa direttamente la dignità del cittadino credente ed è quindi necessaria una legge dello Stato di tutela.

La bestemmia non rappresenta, come alcuni tendono a pensare, una manifestazione di libertà del pensiero, perché tale atto interferisce nella sfera di valori etico morali presenti e giustamente ritenuti fondamentali da altri uomini (53), chi, al contrario, fa discendere dal diritto fondamentale di libertà di manifestazione del pensiero la non punibilità della bestemmia parte da una visione agnostica dello Stato, visione per altro che trova conforto e sostegno

(52) In tale senso anche Pretura di Milano sentenza del 20.4.1971, pretore Dotti, imputato Poli, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1972, II, pp. 90-109.

(53) Per la problematica relativa alla libertà di pensiero e alla libertà religiosa tra gli altri vedi: P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione*, Milano, 1983, pp. 134-142. Tra le ultime decisioni in materia di bestemmia ricordo quella del pretore di Reggio Emilia risolta con Decreto penale del 5.11.1983 in cui si ravvisa la bestemmia nell'aver pronunciato « invettive e parole oltraggiose contro la Divinità venerata nella Religione dello Stato (cattolica) » non a carattere imprecatorio. L'imputato Roberto Benigni, condannato dallo stesso pretore per le medesime espressioni qualificate come vilipendio della religione di Stato (art. 402 c.p.), in una trasmissione televisiva, aveva irriso alla bontà e giudizio di Dio, e anzi gli aveva attribuito i sette vizi capitali con argomenti capziose.

nell'affermato e consolidato concetto di pluralismo ideologico presente nella società italiana d'oggi. Va rilevato altresì (e questo avvalorata la tesi della irrilevanza penale della bestemmia) la netta e progressiva trasformazione del ruolo dello Stato all'interno della società civile; la separazione ottocentesca Stato-società che vedeva il primo solo come garante della libertà del privato o del singolo è stata superata. La nostra Costituzione repubblicana prevede un costante intervento dei pubblici poteri in settori che in precedenza erano lasciati al libero arbitrio del singolo o dei gruppi sociali; si assiste, pertanto, ad un progressivo restringimento del diritto privato (54) ed ad un costante aumento dei pubblici interventi nei rapporti civili.

In conseguenza di ciò si cerca di far rientrare moltissimi valori etico morali nella sfera intimistica del singolo cittadino per evitare ogni eventuale conflitto o frizione tra i gruppi sociali portatori di interessi contrastanti. Evitando che questi valori vengano tutelati dallo Stato, il quale comunque resta supremo garante della libertà di scelta di ogni cittadino, si spera di ottenere un regime di coesistenza pacifica.

È stato però giustamente rilevato da Grasso (55) che « anche la decisione di attuare un regime di coesistenza pacifica, però non toglie la necessità di prescrivere coattivamente limiti, sanzioni, sacrifici, restrizioni per regolare i rapporti tra soggetti diversi ».

Se un appunto deve essere fatto al legislatore italiano questo riguarda la mancata completa attuazione della tutela offerta in materia di libertà religiosa con l'estensione delle norme previste per la religione cattolica alle altre confessioni presenti nel nostro Stato; cosa sollecitata anche dalla Corte Costituzionale nella decisione n. 14/73 (56).

Una proposta di modifica della legislazione vigente in materia di tutela penale è stata presentata immediatamente dopo la sentenza

(54) P. G. GRASSO, *La questione del divorzio nell'evoluzione del diritto costituzionale*, in *Il Politico*, 1980, Pavia, pag. 601.

(55) P. G. GRASSO, *op. cit.*, pag. 613.

(56) La Corte Costituzionale nella sentenza 14/73 afferma « Tuttavia la Corte ritiene che, per una piena attuazione del principio costituzionale della libertà di religione il legislatore debba provvedere ad una revisione della norma, nel senso di estendere la tutela penale contro le offese del sentimento religioso di individui appartenenti a confessioni diverse da quella cattolica ».

costituzionale dall'allora ministro Ganella (57) nel 1973, ma l'anticipata fine della legislatura ha fatto sì che tale provvedimento non fosse discusso.

La proposta di legge presentata tendeva ad uniformare la disciplina fissata dagli artt. 402, 403, 404, 405, 406 e 724 c.p. a quanto richiesto dalla Corte Costituzionale con sentenza 14/73 in modo da garantire uniformemente il sentimento religioso, indipendentemente dalla confessione religiosa professata.

Certamente, in teoria, questa strada appare la più giusta da seguire; lo Stato deve garantire a tutti i cittadini uguale tutela alla luce del dettato costituzionale (58).

Nella pratica una tale tutela è difficilmente attuabile per la illimitata pluralità di simboli e valori assunti o assumibili come religiosi dai singoli.

Si potrebbe considerare religione nell'accezione più ampia del termine, facendo riferimento alla giurisprudenza statunitense, costretta a tener presente una molteplicità di fenomeni associativi d'ispirazione fideista una realtà sociale in cui ricorrono queste condizioni minimali: « una fede non necessariamente riferentesi a poteri soprannaturali, un culto, nel senso di un'associazione professante tale fede; un sistema di regole morali derivanti da tale fede; un'organizzazione entro il culto, impegnata all'osservanza di tali regole » (59).

La Corte Costituzionale sembra suggerire una soluzione, parla infatti di « tutela penale contro le offese del sentimento religioso di individui appartenenti a *confessioni religiose* diverse da quella cattolica », sicuramente non riducibili ai vecchi « culti ammessi » (60), ma forse individuabili in quelle organizzazioni confessio-

(57) Disegno di legge 1141 presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia comunicato alla presidente del Senato il 21.5.1973 « Modifiche al codice Penale in materia di tutela del sentimento religioso ».

(58) BALDASSARRE, *op. cit.*, pp. 70-79, questi partendo dalla constatazione che la « ratio » della decisione della Suprema Corte è la tutela del sentimento religioso del singolo, arriva a concludere che tutti i sentimenti religiosi debbano essere protetti, anche quelli solo propri di un singolo cittadino.

(59) V. PARLATO, *Il fondamento giuridico dell'esenzione fiscale riconosciuta ai beni delle confessioni religiose*, in *Il separatismo nella giurisprudenza degli Stati Uniti*, Milano, 1968, p. 227.

(60) V. PARLATO, *Turbamento di funzione religiosa*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1971, II, pp. 444-471.

nali che sono capaci d'intesa con lo Stato italiano ai sensi dell'art. 8 Cost., vale a dire a « qualsiasi comunità di persone unite da una comune fede che si presenti come centro d'imputazioni giuridiche unitario e non come gruppo anorganico capace d'imputazioni plurime » (61); le imprecazioni offensive dei sentimenti religiosi dei fedeli di altre religioni potrebbero essere punite solo come turpiloquio, se ne esistano le condizioni.

È una scelta d'ordine legislativo che da un lato estenderebbe la tutela alla quasi totalità dei valori religiosi professati in Italia, e d'altra parte non lascerebbe imprecisata una fattispecie delittuosa permettendo la qualifica di « bestemmia » ad una qualsiasi espressione potenzialmente riferibile ad una divinità di qualche fede religiosa, desueta, sconosciuta ai più o non considerata come tale, come potrebbero essere le imprecazioni contro Giove, Visnù, Confucio e gli esempi potrebbero continuare.

Alcune recenti sentenze pretorili hanno creato notevole disorientamento in materia: infatti in alcuni casi sono stati completamente disattesi sia l'invito della Corte Costituzionale rivolto al legislatore ordinario, sia i suggerimenti e le interpretazioni della dottrina.

Alcuni pretori (62), in base all'art. 1 del protocollo dell'Accordo di modifica del Concordato Lateranense in cui si riafferma che la religione cattolica non è più religione di Stato, hanno ritenuto non più in vigore il reato di bestemmia di cui all'art. 724 c.p. che punisce esclusivamente e direttamente l'offesa alla Divinità e ai simboli della religione che lo Stato aveva fatto propria, e i cui valori erano, pertanto tutelati come valori dello Stato istituzione.

Argomentando in tale senso sembra così risolta una questione relativa ad una più penetrante tutela della libertà religiosa che,

(61) V. PARLATO, *Confessioni acattoliche, diritto ad una legge sulla base di intesa e principio di uguaglianza*, in *Annali di Macerata*, 1982, pp. 413-426. Per l'A. « si è ritenuto giustamente che confessione capace d'intesa sia una comunità avente esclusivamente finalità religioso-trascendentale, avente una propria organizzazione e normazione scritta, da cui desumere i propri rappresentanti (...) confessione capace d'intesa dovrà quindi considerarsi qualsiasi comunità di persone unite da una comune fede, che si presenti come centro di imputazione giuridiche unitario e non come gruppo anaorganico capace d'imputazioni plurime »; P. GISMONDI, *Lezioni di diritto ecclesiastico - Stato e confessioni religiose*, Milano, 1975, p. 95.

(62) Pretura di Rimini, sentenza del 27 agosto 1985 e Pretura di San Dona' di Piave, sentenza del 5 novembre 1985, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1985, II, pp. 604-609.

garantita ai cattolici, avrebbe dovuto anche, per invito della Corte Costituzionale, essere estesa alle altre religioni e indirettamente anche ai fedeli delle altre confessioni.

Certo visto che la *ratio* della punibilità della bestemmia era stata evidenziata da dottrina e giurisprudenza, anche costituzionale, nella tutela speciale accordata alla religione cattolica come religione professata nello Stato italiano dalla quasi totalità dei cittadini, destano sorpresa ed interesse queste recenti decisioni, che a prescindere da ogni tesi precedentemente sostenuta, dichiarano il reato non più sussistente a causa di un riconoscimento pattizio della perdita della qualifica di religione di Stato per quella cattolica (63).

Merita a questo proposito fare due considerazioni a margine: la prima relativa al nuovo *ius publicum ecclesiasticum externum* desumibile dai documenti del Vaticano II, relativo all'atteggiamento dello Stato nei confronti della religione; l'altro sulla laicità dell'ordinamento giuridico italiano.

Nella dichiarazione *Dignitatis humanae* non si chiede una pubblica adesione religiosa, neanche per la religione cattolica; si configura uno Stato non confessionista, ma laico, non agnostico, non indifferente nei confronti delle religioni in genere, perché la religione è una dimensione dei cittadini che va riconosciuta e garantita (64).

Una tale impostazione aveva come logica conseguenza l'abrogazione, concordata con lo Stato italiano, della religione cattolica come religione di Stato; non so quanto fossero chiari negli estensori della norma in questione tutti i potenziali effetti giuridici che ne sarebbero derivati.

Con l'art. 1 del protocollo addizionale l'ordinamento giuridico italiano ha rinunciato ad una qualificazione religiosa che gli derivava tramite rinvii, dallo Statuto Albertino.

(63) Ricordo che la bestemmia non può rientrare nella fattispecie prevista come reato di turpiloquio se non quando ne ricorrano gli estremi, tra i due reati non può considerarsi sussistente un rapporto di specialità, potendo benissimo sussistere la bestemmia senza turpiloquio, per il verificarsi del quale occorre l'uso di espressioni sconce, ignobili, irriverenti, che secondo il sentimento della popolazione in un determinato momento storico offendono i principi della costumanza, della pudicizia e del decoro e che siano tali da destare sentimenti non necessariamente di ripugnanza ma anche soltanto di disgusto e di disagio.

(64) G. D'ASCENZI, *Il concilio vaticano II e la libertà religiosa, dialogo Chiesa e società*, in *Concordato 1984: premesse e prospettive*, Urbino, 1985, pp. 99.

La dottrina da tempo (65) aveva dato scarsissima importanza a questa qualificazione confessionale e sempre più leggi italiane prescindevano dall'idealità religiosa della dottrina cattolica.

Quello che è interessante notare è che una sempre maggiore laicità dell'ordinamento, di cui all'art. 1 Protocollo addizionale si contrappone una cooperazione tra le due istituzioni, Chiesa e Stato, per il perseguimento del bene comune dei *civis fidelis*.

Proprio l'art. 1 dell'Accordo di modifica del Concordato Lateranense parla di reciproca collaborazione tra le parti contraenti per la promozione dell'uomo e il bene del paese e sembra porre questo scopo come causa e finalità del concordato stesso.

Lo Stato, quindi, riconosce alla Chiesa una funzione di servizio per l'uomo e per il bene della società civile. La Chiesa si preoccupa di promuovere il bene spirituale, lo Stato quello materiale, e nell'articolo in questione le parti hanno ritenuto non esservi opposizione tra le distinte finalità perseguite: c'è in sostanza un riconoscimento del ruolo della Chiesa e che l'ideologia, di cui essa si fa portatrice, non contrasta con quella dello Stato e che anzi, si configura come pluralista e laico; ma c'è anche in tutto questo una irrilevanza dei valori morali della dottrina cattolica e dell'accettazione dell'attività della Chiesa, non per la dottrina cui si ispira e di cui si fa propagatrice nel mondo, bensì per i risultati o le modalità pratiche che discendono da questi principi.

In buona sostanza lo Stato italiano collabora con la Chiesa non per quello che essa è o per il fine supremo cui essa tende, ma solo per quello che essa opera nel campo immanente, per i risultati di promozione umana che può realizzare, non per le finalità trascendenti.

Collaborazione laica, agnostica, con rinuncia a qualsiasi presenza di valori religiosi cattolici nell'ordinamento.

Dall'altro canto esistono posizioni pretorili (66) che ritengono improcrastinabile un nuovo intervento in materia da parte della Corte Costituzionale stante la nuova situazione giuridica creatasi dopo il nuovo accordo e non ritenendo pienamente fondata l'impostazione abrogazionista sopra esposta; altresì altre posizioni pre-

(65) Cfr. per tutti L. SPINELLI, *Diritto Ecclesiastico*, Torino, 1976, pp. 189-190.

(66) Pretura di Trento, sentenza del 26 novembre 1985, in *Riv. Pen.*, 1985, pag. 676. Alla luce della nuova realtà creatasi dopo i nuovi accordi il Pretore rimette gli atti alla Corte Costituzionale per non manifesta infondatezza costituzionale dell'art. 724 c.p. per contrasto con gli artt. 3, 7 e 8 Costituzione.

rili (67) ritengono immutata la situazione giuridica anche in presenza del nuovo accordo e puniscono penalmente il reato di bestemmia.

Da ultima anche la Corte di Cassazione in due recenti sentenze (68) è intervenuta in materia ritenendo sussistente la fattispecie criminosa; è indubbio, quindi, stante la presenza di questa realtà frazionata e opposta, la necessità di un intervento urgente del nostro legislatore al fine di derimere e chiarire la situazione; intervento che oggi, alla luce dei nuovi accordi, deve allargare e non sopprimere la fattispecie penale nel senso delineato e suggerito dalla Corte Costituzionale degli anni 70 (69).

Urbino, ottobre 1986.

(67) Pretura di Ginosa, sentenza del 6 dicembre 1985, in *Riv. Pen.*, 1985, pag. 441. Il pretore dopo aver confutato l'abrogazione espressa da parte del nuovo accordo dell'art. 724 c.p. afferma che non è avvenuta neanche una abrogazione tacita sia perché non è avvenuta una nuova regolamentazione della materia mancando una nuova disciplina sia perché non sono entrate in vigore nuove disposizioni incompatibili con quella precedentemente esiste all'accordo. A tale proposito si afferma: « ...costituisce costante e condivisibile orientamento ermeneutico ritenere per avvenuta l'abrogazione implicita quando si riscontri fra le nuove disposizioni e le precedenti una evidente incompatibilità e una contraddizione di tale portata da renderne impossibile la contemporanea applicazione, sì che dall'osservanza e dall'applicazione della nuova legge derivi inevitabilmente l'inosservanza e la disapplicazione della precedente (Cass. 18.8.1966, n. 2246; 12.11.1973, n. 2979; 20.12.1951, n. 2867) ». Situazione questa non creatasi, secondo il Pretore, in materia altresì appare importante l'accordo per mantenere in vita il reato di bestemmia non potendosi trascurare il fatto che « ...l'art. 3, comma secondo, dell'accordo del 18 febbraio 1984 sancisce il riconoscimento da parte del nostro Stato 'del valore della cultura religiosa' e la considerazione che 'i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano' ... ».

(68) Corte di Cassazione, sentenza dell'8 novembre 1985, non massimata, che rileva in presenza dei nuovi accordi la sussistenza del reato di cui all'art. 724 c.p.; e la sentenza del 7 dicembre 1985 nr. 11738, in *Riv. Pen.*, 1985, pag. 914.

(69) In debito conto deve anche essere tenuto l'intervento di L. BARBIERI, *In margine a recenti pronunzie sulla punibilità del reato previsto dall'articolo 724 c.p. (bestemmia e manifestazioni oltraggiose verso i defunti)* in *Il Diritto Ecclesiastico*, vol. I, p. II, 1986, pp. 80-102. L'analisi storica svolta dall'A. sul problema è largamente condivisibile; altresì, invece, non si ritengono totalmente valide le conclusioni prospettare (vedasi anche supra la nota 63) in considerazione del fatto che, una completa accettazione di dette tesi rappresenterebbe il primo passo per giungere, poi, in tempi medio/lunghi a collocare questo problema nell'ambito della sfera intimistica del singolo cittadino. Questa ipotesi è già stata considerata non opportuna in precedenza.

GIOVANNA PIRANI

LE AGGREGAZIONI « ONORARIE » AL PATRIZIATO
NELL'ANCONA DI ANTICO REGIME

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Le aggregazioni onorarie, estrazione sociale dei candidati e motivazioni prevalenti. — 3. L'inizio della pratica. — 4. Le scansioni temporali del fenomeno. — 5. La situazione nel secolo XVIII. — 6. I riflessi dell'aggregazione onoraria sullo *status* dell'onorato.

1. — Tra i diversi tipi di aggregazione alle nobiltà cittadine, una particolare menzione spetta all'aggregazione onoraria. Essa è quella che « [...] si fa in un soggetto grato al pubblico, che gli conferisce la nuda onorificenza di nobiltà, o civiltà [...] » (1).

Questa è la semplice definizione del provvedimento che, per la quasi totalità dei casi, interessa personaggi che godono già della nobiltà dei loro rispettivi luoghi d'origine e la cui ascrizione al patriziato avviene « [...] ò per benemerenza ò per Protezione ò per fauori ò per altra Vanità generale. » (2)

Infatti essi sono personalità che si sono adoperate in favore della città o che potrebbero esserle utili in determinate circostanze; oppure la loro presenza nel Libro d'Oro cittadino è segno di indubbio prestigio per il locale ceto dominante.

Da questa sommaria descrizione, sembrerebbe che l'aggregazione onoraria non rappresenti altro che l'espressione dell'omaggio della classe dirigente cittadina verso l'interessato. Questo provvedimento non va invece sottovalutato; bisogna infatti ricordare che, in epoca moderna, esso godeva di notevole importanza. L'aggregazione *ad honorem* faceva del candidato un cittadino e nobile a tutti gli effetti e portava come conseguenza il godimento dei diritti e l'esercizio delle cariche di governo locale proprie dei patrizi originari; tutto ciò a prescindere dal fatto che egli ne volesse fruire o meno. In questo caso non si trattava infatti del conferimento di quella che ai nostri giorni potremmo definire « cittadinanza onora-

(1) V. COTOLONI, *Il segretario delle Comunità*, Macerata, 1790, p. CLIX.

(2) G. PICHI TANCREDI, *Libro III. Raccolta delle Cose Memorabili di Ancona Città e Capo di una delle Marche d'Italia Posta sopra il Monte Conero e Mare Adriatico à fronte della Dalmazia*, n. 112, in *Raccolta di Miscellanea di storia di Ancona*, ms. presso Biblioteca diocesana di Ancona, p. 19.

ria », ma di un provvedimento di carattere ben più pregnante. « La efficacia reale, come la portata giuridica dell'iscrizione alle nobiltà civiche [...] si modifica, e, magari, si attenua nei confronti degli ammessi a titolo onorario, ma non scompare nei loro confronti e nei confronti dei loro discendenti » (3).

Il carattere principale che questa indagine sulle aggregazioni onorarie al patriziato anconetano vuole possedere è innanzitutto informativo. Si è quindi cercato di fornire, fin dove è stato possibile, una conoscenza quantitativa di questi provvedimenti, che comprendesse anche, nello stesso tempo, quella della provenienza e delle attività esercitate da ciascuno dei soggetti interessati.

Al di là di questa particolare esigenza, si è inoltre tentato di evidenziare l'ulteriore significato presente nei provvedimenti di aggregazione *ad honorem*. È chiaro infatti che, in tali occasioni, è senza alcun dubbio la città quella delle due parti in questione a trarre i maggiori vantaggi. A questo proposito, è interessante riportare una osservazione di Francesco Ferretti, patrizio e scrittore anconetano, fatta a proposito dell'influenza esercitata dal pregio e dalla fama della città sul valore della nobiltà locale. Il Ferretti, che concorda con coloro i quali ritengono che questa influenza sia determinante, porta ad esempio i magistrati cittadini, il cui prestigio viene tanto più ad accrescersi quanto maggiore è il numero del patriziato locale, concludendo con queste parole: « [...] e quelli, ch'hanno occasione di trattare negotii di maggior importanza, tanto più è maggiore il pregio, che ne conseguiscono dal Carattere de Consiglieri, e d'Officiali, che sostengono, e però vie più maggior è il lustro, e splendore, che ne influisce ne suoi Cittadini una Gran Patria, ch'una inferiore di Nobiltà, e stima [...] » (4).

È quindi naturale che la quasi totalità delle aggregazioni onorarie al patriziato dorico interessi soggetti appartenenti all'*entourage* amministrativo-politico dello Stato della Chiesa, o comunque legati a quello spesso da rapporti di parentela.

Se queste aggregazioni rappresentano uno dei mezzi utilizzati dal locale ceto dirigente per garantire i propri interessi, nello stesso

(3) B. G. ZENOBI, *Il « sommerso » delle classi al potere in antico regime. Montalto da Sisto V a Napoleone*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 101.

(4) F. FERRETTI, *Pietra del paragone della vera nobiltà. Discorso genealogico dei Conti Ferretti*, Ancona, 1685, pp. 36-37.

tempo esse si presentano anche come strumento di crescita della redditività sociale della città, come viene anche accennato dal Ferretti. I governatori, vescovi, protettori aggregati ad Ancona si chiamano infatti Savelli, Conti, Altieri; a costoro si vanno ad aggiungere nomi come Orsini, Colonna o Carafa, rappresentati da persone che si trovano ad essere presenti nella città dorica. L'importanza del patriziato anconetano è infine ricordata in una informazione del 1816, in cui si precisa che essa « [...] rilevasi dalle diverse e ben distinte estere Famiglie ad esso aggregate [...] » (5).

Il 1799, che vede l'aggregazione *ad honorem* di quattro ufficiali austriaci dopo la conclusione vittoriosa dell'assedio di Ancona da parte delle truppe dell'esercito asburgico, potrebbe rappresentare il termine di un preciso periodo per questo particolare aspetto della vita comunitativa. Quando infatti, con la Restaurazione, le aggregazioni onorarie ricompaiono, hanno un ben altro significato e sono sottoposte ad una diversa procedura (6); si è quindi ritenuto opportuno contenere la ricerca nell'ambito temporale compreso tra XVI e XVIII secolo.

Allo stesso tempo espressione di ossequio, strumento volto ad intrattenere più stretti rapporti con Roma, veicolo di promozione sociale per la città stessa, l'istituto dell'aggregazione *ad honorem* che si sviluppa e si articola ad Ancona tra Cinquecento e Settecento, contribuisce ad arricchire ed a precisare il quadro degli atteggiamenti di un ceto e di una città.

2. — Le aggregazioni onorarie ad Ancona interessano soprattutto uomini impegnati nelle file dell'amministrazione dello Stato Pontificio, da governatori a cardinali. È quindi sembrato utile fornire alcune notizie sul cammino che il giovane prelato, desideroso di salire fino ai più alti gradini della sua carriera, doveva percorrere ed alle sue funzioni in quanto governatore.

Dal secolo XVI in poi i principi fondamentali per il recluta-

(5) C. A. BERTINI FRASSONI, *La nobiltà nello Stato Pontificio*, Roma, s.d., p. 6.

(6) Cfr. a questo proposito il *Motu Proprio della Santità di Nostro Signore Papa Leone XII sulla amministrazione pubblica*. Esibito negli atti dell'Apolloni Segretario di Camera, il giorno 21 Dicembre dell'anno 1827, articoli 172, 220-222, in Archivio storico comunale di Ancona (da ora in avanti: A.C.A.N.), Sec. XIX, 1815-1860, *Amministrazione interna*, 1821, *Aggregazioni alla nobiltà*, n. 5128; B. G. ZENOBI, *op. cit.*, pp. 128-129.

mento e la selezione degli aspiranti alla carriera amministrativa nello Stato Pontificio si modificano profondamente. Si può cogliere in essi « [...] un processo strutturale più profondo e continuo che dalla realtà del Quattrocento in poi informa tutto l'organismo burocratico dai livelli più bassi a quelli più alti [...] » (7).

La stessa provenienza dei Pontefici subisce una radicale trasformazione: lungi dall'essere scelti sulla base di un consenso determinato dalla potenza della propria famiglia o dalla protezione dei propri predecessori o principi, i Papi dall'età della Controriforma in poi hanno salito tutti i gradini della carriera curiale e sono ben formati negli studi giuridici.

Carriera ecclesiastica e carriera amministrativa vanno di pari passo, in un percorso in cui tutto obbedisce ad una gerarchia di valori non scritta, ma non per questo meno determinante, secondo la quale una improvvisa promozione ad una carica apparentemente di prestigio può voler significare l'estromissione definitiva dal gioco del prelato ambizioso, ma incapace o sfortunatamente incappato in una situazione sfavorevole.

Generalmente, il prelato di carriera è membro di una famiglia importante e facoltosa che, per ambizioni di casata o personali, decide di intraprendere la carriera ecclesiastica. Prima ancora di avere compiuto i vent'anni è addottorato in diritto o in teologia, anche perché per l'esercizio di alcuni uffici di cancelleria occorre necessariamente il possesso di una precisa istruzione. Contemporaneamente, il giovane ha ricevuto i primi ordini ed è quindi pronto a mettere il piede sul primo gradino di quel *cursus honorum* che egli si augura il più prestigioso possibile, costituito dall'acquisto di uno di quegli uffici che non comportano per loro definizione alcuna carica amministrativa (8). Al giovane prelato si presentano gli uffici delle cancellerie romane e provinciali e, infine, gli uffici di giustizia; questi ultimi comportano la prelatura e di solito arrivano a costare decine e decine di migliaia di scudi.

L'ufficio classico per chi inizia la sua carriera all'interno della

(7) P. PRODI, *Il sovrano pontefice*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 220.

(8) Più volte alcuni Papi tentarono di porre rimedio alla esasperata venalità delle cariche curiali, ma con scarsi risultati. Sotto Innocenzo XII, una clericatura di camera veniva a costare al giovane prelato circa 64 mila scudi. Cfr. V. E. GIUNTELLA, *Roma nel Settecento*, Bologna, Cappelli, 1970, pp. 20 sgg.

burocrazia romana è quello di referendario delle due segnature (9). Contemporaneamente, il giovane prelato si occupa di garantirsi la protezione di un potente dignitario: un alto membro della Curia, il più delle volte oriundo della medesima provincia o città, o addirittura legato a lui da parentela.

Tuttavia, non è sufficiente la potenza del protettore per determinare in senso positivo la carriera del giovane; egli deve dare prova del suo valore, delle sue capacità di amministratore e così, ben presto, viene chiamato al governo di una città: è proprio nel corso di questa esperienza che vengono messe alla prova le sue doti.

Dopo una serie di governatorati, più o meno importanti, ai giovani prelati viene concesso di dare un indirizzo preciso alla propria carriera: alcuni si orientano verso una carica in una congregazione spirituale, altri diventano uditori di Rota, altri ancora brigano per ottenere una vicelegazione. Il prelato, che a questo punto non ha ancora spesso compiuto i trent'anni, può anche iniziare la sua carriera diplomatica come nunzio a Malta, carica questa che gli garantisce la effettiva sede vescovile. In seguito verranno le nunziature, missioni più importanti e redditizie, presso gli stati cattolici. Anche in quest'ultimo caso esistono diversi livelli di redditività: solo le nunziature ordinarie presso i tre grandi sovrani cattolici valgono al loro titolare, al ritorno da Parigi, Vienna e Madrid, il cappello cardinalizio.

Certamente, le cariche più importanti e prestigiose, come le legazioni e le prefetture delle Congregazioni, erano sempre destinate agli esponenti delle famiglie più ricche e più nobili, fatto questo spiegabile in un ambiente in cui ciascuna funzione sociale affida la manifestazione delle proprie prerogative ad un insieme di simboli (cerimoniale, abbigliamento, fasto) proprio di ognuna di esse.

Pensiamo alle scrupolose descrizioni dei cerimoniali e dei costumi propri dei cardinali (10). Un abate del XVII secolo riporta quattro categorie di cardinali: la prima, comprendente i « [...] Car-

(9) Sul ruolo e le funzioni del referendario, cfr. Y. M. BERCE', *Carrière politique dans l'Etat pontifical au XVII^e siècle*, in « Journal des Savants », 1965, pp. 645-652.

(10) Cfr. G. MORONI, *Dizionario di erudizione storico-ecclesiastica*, Venezia, 1843-1861, voll. 103, vol. IX, pp. 272-318; vol. X, pp. 5-26; A.C.A.N., *Archivio Ferretti S. Domenico*, n. LXVI, ABATE FIOCCA, *Alcune Notitie concernenti il Cerimoniale Cardinalitio*, ms., *passim*.

dinali di Sangue Regio, o Prencipi d'Altezza [...] » (11); la seconda, quella dei cardinali « nepoti », la terza, che ha tra i suoi membri chi « [...] si mantiene con splendore inferiore alli nepoti del Papa [...] » (12); la quarta ed ultima è quella dei cardinali privati, che « [...] si portano con il necessario decoro nel mantenimento della Dignità Cardinalitia [...] » (13).

Numerose sono altresì le distinzioni che il cerimoniale opera tra il governatore prelato e il governatore delle armi, tutte a favore del primo, il quale « [...] per lo più non restituisce visite al Magistrato [...] »: li dà la mano, dovunque li Gouvernatori dell'Armi la danno ad ogni semplice consigliere [...] » (14).

È quindi inevitabile, tranne in qualche rara occasione, che nella carriera prelatizia esista un limite invalicabile da coloro che non rispondono a precise caratteristiche di nobiltà, ricchezza e prestigio sociale (15).

La nomina al governo di una città era, come si è visto, un momento assai delicato per coloro che, come i giovani burocrati sui quali cadeva l'incarico, erano agli inizi di una carriera curiale.

Ancona, principale porto pontificio sull'Adriatico e centro commerciale di estrema importanza per lo Stato ecclesiastico, costituiva un governo di primaria importanza. Il prelato inviato nella città, governo di prima classe (16), era generalmente giunto al momento centrale del primo periodo della sua carriera: la sua età media si aggirava sulla trentina ed era reduce dal governo di alcune città: Ascoli Piceno, Città di Castello, Camerino, Loreto, Foligno, ecc. Il governo di Ancona era altresì ambito in quanto, per la quasi totalità dei casi, i prelati che passarono ad Ancona furono in seguito insigniti del cappello cardinalizio. Così si esprime Claudio Marazzani,

(11) ABATE FIOCCA, *op. cit.*, p. 91.

(12) ABATE FIOCCA, *op. cit.*, p. 108.

(13) ABATE FIOCCA, *op. cit.*, p. 111.

(14) A.C.A.N., Sec. XVIII, *Decreti del Buon Governo sopra negozi diversi*, n. 1655. Controversia tra il marchese G. B. Della Penna e la Comunità.

(15) A questo proposito, cfr. l'intervento di S. MASTELLONE, in AA. VV., *Patriziati e aristocrazie nobiliari. Ceti dominanti e organizzazione del potere nell'Italia centro-settentrionale dal XVI al XVIII secolo*. Atti del seminario tenuto a Trento il 9-10 dicembre 1977 presso l'Istituto Storico italo-germanico, a cura di C. MOZZARELLI e P. SCHIERA, Trento, 1978, p. 95.

(16) Per l'assetto amministrativo dello Stato pontificio, cfr. G. MORONI, *op. cit.*, vol. XIX, pp. 202-215; vol. XXXI, pp. 305-311.

governatore nel 1652, nel notificare la sua avvenuta nomina alla Comunità d'Ancona: « [...] sin quando uscii di Roma posi la mira a' cotesto nobilissimo, e qualificatissimo Gouerno [...] » (17).

Il governatore controllava l'operato del consiglio e delle magistrature locali, tenendone costantemente informate le autorità centrali; da lui dipendevano gli addetti alla amministrazione della giustizia e coloro che esercitavano le funzioni di polizia. Inoltre, era tenuto a sottoporre alla S. Consulta tutti quei casi gravi sotto il profilo politico che si potevano verificare nella provincia o nelle comunità.

Importanti compiti erano affidati al governatore in seguito alla costituzione della Congregazione del Buon Governo: innanzitutto l'accertamento della avvenuta compilazione della tabella, cui egli era tenuto ad aggiungere la nota delle spese non approvate e dei debiti inesigibili. Il prelado doveva inoltre inviare alla Congregazione una relazione quadrimestrale sullo stato della comunità, controllando che ogni esazione venisse compiuta osservando la relativa procedura, garantendo che il peso delle imposte non ricadesse unicamente sulle spalle dei meno abbienti, senza gravare anche sui ricchi contribuenti; doveva adoperarsi affinché venissero accolte *in loco* le disposizioni della Congregazione.

In caso di spese non previste dalla tabella, il Buon Governo dava la sua autorizzazione su parere del governatore (18); questa facoltà del prelado era però sottoposta a precisi controlli, tesi ad evitare che quest'ultimo e gli ufficiali minori fossero fatti oggetto di corruzione. Esistono nella bolla di costituzione del Buon Governo numerose norme in questo senso (19); esse culminano nella proibizione di offrire doni di qualsiasi genere « [...] *quaecumque cui-*

(17) Lettera di Claudio Marazzani agli Anziani e alla Comunità di Ancona del 30 aprile 1652, in A.C.AN., Sec. XVII, 1600-1698, *Lettere di Luogotenenti e Governatori di Ancona*, n. 134.

(18) Nel 1610, ad esempio, viene concesso agli Anziani della Comunità di Ancona di rifare i propri rubboni, poiché il governatore « [...] giudica che n'abbino bisogno [...] ». (A.C.AN., *Statuti e privilegi, Liber Rubens Magnus* 1602-1636, n. 32, c. 56 r.); il cardinal Borghese concede inoltre che vengano rifatte le livree dei servitori comunitativi (cfr. *ibidem*).

(19) Cfr. *Magnum Bullarium Romanum ... opus absolutissimum Laertii Cherubini, praestantissimi Iureconsulti Romani, Et à D. Angelo Cherubino Monacho Cassinensi nunc denuò Illustratum & Recensitum*, voll. 4, Lione, 1685, vol. III, pp. 8-12.

vis Legato, Vicelegato, Gubernatori, Protectori [...] » (20). Le norme vietano altresì di utilizzare somme comunitative o frutto di collette per questo scopo; recita espressamente il testo « [...] *etiam cuiusvis statuti seu consuetudinis, aut verius corruptelae prae-textu [...]* » (21) e il divieto si estende anche ai membri della famiglia degli interessati.

Queste norme così vincolanti, che proibiscono inoltre l'uso di denaro pubblico per l'erezione di testimonianze tangibili della riconoscenza comunitativa verso il governatore (22), suggeriscono una ulteriore chiave di lettura, che certamente non pretende di essere esaustiva, del fenomeno delle aggregazioni onorarie, con particolare riferimento a quelle dei governatori. Si può cioè osservare che, in vista degli impedimenti posti dagli articoli della bolla del Buon Governo, l'aggregazione onoraria, oltre alle principali motivazioni da essa sottese, rimane pur sempre l'unica espressione tangibile di riconoscenza che appartiene ai diritti propri della Comunità e non può essere cassata da alcuna disposizione. È quindi possibile interpretare secondo quest'ottica la formula che, con termini più o meno analoghi, è presente in ogni deliberazione consigliare, secondo cui il soggetto veniva aggregato non « [...] potendosi in modo alcuno far dimostrazioni tali, che possino aguagliare in minima parte li [...] molti meriti [...] » (23). Questa ipotesi sarebbe confermata anche dalla testimonianza di un anonimo del Seicento, che ricorda come ad Ancona si era soliti aggregare quei governatori « [...] che sonno stati quà in Ancona, e si sonno portati à gusto de Nobili, nel Gouverno di questa Città [...] » (24).

L'importanza delle funzioni del governatore, testimoniata anche da queste norme così precise, era però in fondo limitata dalla brevità dell'incarico, che non superava in media il triennio, quando addirittura non si verificava il caso di più governatori che si succedevano nell'ambito di uno stesso anno (25). Una simile organizzazione rendeva il più delle volte molto poco avvertibile il peso del-

(20) *Magnum Bullarium Romanum*, p. 10.

(21) *Ibidem*.

(22) Ad esempio, quando la Comunità decideva di innalzare una lapide a ricordo dei benefici ottenuti dal governatore, era necessario ricorrere a denaro privato. Cfr. A.C.A.N., *Atti Consiglieri* (da ora in avanti: *A. Cons.*), n. 87, 1655-1659, c. 171 v.

(23) A.C.A.N., *A. Cons.*, n. 81, 1631-1634, c. 152 r.

l'amministrazione centrale sulla città e sul contado, favorendo invece quello degli amministratori locali.

3. — Dalla documentazione (26) appare evidente che una pratica continua delle aggregazioni *ad honorem* inizia a partire dal 1539, anno che, se da un lato vede la riconferma pontificia degli statuti cittadini, segna pur sempre, dall'altro, la definitiva affermazione del potere centrale ad Ancona: ne è appunto simbolo emblematico l'aggregazione di Antonio Berneri, nello stesso tempo governatore e persona di cui viene premiata la politica volta a ristabilire lo *status quo* sconvolto dai precedenti rappresentanti pontifici che avevano imposto in Consiglio la presenza di individui, forestieri e contadisti, sgraditi al vecchio ceto dominante cittadino.

Egli è anche il primo della lunga serie di governatori che verranno ascritti al patriziato locale: la caratteristica principale della maggioranza degli aggregati *ad honorem* al ceto patrizio di Ancona è appunto l'esercizio di questa particolare funzione amministrativa. In generale, si può concludere che la presenza di membri dell'amministrazione politico-economica e religiosa dello Stato ecclesiastico, com'è naturale, rimane quella più significativa, con una percentuale del 71,4% sul totale delle aggregazioni onorarie.

I prelati aggregati appartengono a famiglie di gran nome, ai cui rappresentanti, oltre al soggetto in questione, viene sempre allargato il provvedimento: anzi, in undici casi (27) esso concerne non il prelado personalmente, bensì i suoi parenti.

Ad una così massiccia presenza dell'elemento prelatizio fa riscontro, nell'economia generale, la scarsa presenza di rappresentanti per così dire « laici » di illustri casate, la cui ascrizione costituisce di

(24) *Per l'Aggregatione fatta in Ancona de sedici famiglie forastiere de Cittadini e Mercanti quest'anno 1639 alle 2 de dicembre per ordine de N.S. Urbano Ottauo*, n. 92, in *Raccolta di Miscellanea di storia di Ancona*, ms. presso Biblioteca diocesana di Ancona, c. [5] v.

(25) Nel 1628 si avvicendarono ad Ancona due governatori: Giacomo Colonna e Scipione D'Elci. Cfr. C. ALBERTINI, *Nota de' Governatori d'Ancona*, ms. presso Biblioteca comunale di Ancona (da ora in avanti: B.C.AN.), c. 19 r.

(26) C. ALBERTINI, *Indice delle famiglie aggregate dopo l'anno 1532*, ms. presso B.C.AN.

(27) Sono precisamente le aggregazioni di D'Aste, Durazzo, Gallio, Lancellotti, Lucini, Marazzani, Marefoschi, Riviera, Sacrati, Savelli, Theodoli.

per se stessa un segno di gran prestigio per il ceto patrizio e per la città, che si trovano ad Ancona per motivi legati alla politica dello Stato (Orsini, Colonna), o, più semplicemente, di passaggio (Cardenas, Visconti Borromeo Arese).

Qual era la procedura che regolava l'iscrizione onoraria alla nobiltà anconetana? Nel corso della seduta consigliare si prendeva la decisione di porre ai voti l'aggregazione onoraria del soggetto in questione, per la maggior parte dei casi, come si è detto, il governatore uscente della città; in questa occasione, la seduta si svolgeva non appena si aveva la notizia della partenza del prelato da Ancona.

I magistrati cittadini proponevano l'aggregazione in virtù dei « [...] continui favori, e gratie [...] ricevuti [...] » (28). Al candidato occorrevo i due terzi dei voti per essere aggregato (29); una volta osservata questa procedura, nei casi in cui il nuovo patrizio anconetano era personaggio di grande prestigio, una delegazione del Consiglio recava di persona a lui o ad un membro della famiglia il diploma di aggregazione (30).

I membri della casata ascritta venivano immediatamente inseriti, terziere per terziere, nei bussoli di reggimento per le rispettive cariche a loro spettanti, compresa anche la Regularità; i loro nomi aprivano l'elenco di quelli dei patrizi di ciascun terziere (31). L'aggregazione, una volta concessa, continuava ad aver valore a distanza di generazioni.

Scorrendo i nomi degli aggregati *ad honorem* nel Cinquecento è possibile osservare che, se nel secolo seguente, per ciò che riguarda l'amministrazione e la provenienza dei membri si può parlare di un'avvenuta cristallizzazione della carriera entro precisi canoni relativi alla provenienza, all'iter di preparazione amministrativa e culturale ed ai canali di promozione sociale (32), in questo periodo possiamo invece trovare, tra gli aggregati *ad honorem*, un governatore (che è anche l'unico per questo secolo, il già ricordato Berneri) il quale appartiene a quel numero di ufficiali laici di cui è ancora pos-

(28) A.C.A.N., *A. Cons.*, n. 99, 1706-1712, c. 68 r.

(29) Cfr. *ibidem*, c. 82 r.

(30) Cfr. ad esempio l'aggregazione Sannesio in A.C.A.N., *A. Cons.*, n. 70, 1604-1608, c. 52 v.

(31) Cfr. A.C.A.N., Sec. XVII, *Attestati di nobiltà*, n. 2812, fasc. Sec. XVII. *Aggregazioni alla cittadinanza*.

(32) Cfr. P. PRODI, *op. cit.*, p. 220.

sibile osservare la presenza in altri casi e che tendono a sparire per dar piede agli amministratori tratti dal clero (33). Legate a questa situazione sono le due aggregazioni di luogotenenti, le uniche presenti in tutto il periodo considerato, che si verificano nel 1550 e nel 1562 (34).

Questo fatto va spiegato considerando che in questi anni la presenza del luogotenente nella città è senz'altro più continua di quella del governatore. Quest'ultimo, scelto nella maggioranza dei casi tra i membri del Collegio cardinalizio, è spesso volte incaricato contemporaneamente di una legazione o del governo di una Provincia, tanto che molti dei governatori di Ancona di questo secolo non pongono mai piede nella città (35). In questa situazione, il ruolo del luogotenente assume notevole importanza, tanto più che la città era « [...] data in Governo per molti anni à Porporati, e Prencipi più riguardeuoli, [...] onde i più cospicui Prelati, e per Dignità, e per Merito, e per Nobiltà, con il titolo di Luocotenenti si vedeuano insigniti » (36).

Quando nel secolo successivo si precisa e si fissa definitivamente l'organizzazione amministrativa e il governorato diviene proprio dei prelati di carriera di cui rappresenta uno dei primi gradini del *cursus honorum* ed essi si insediano regolarmente nella città dorica, il ruolo dei luogotenenti non è più quello del secolo precedente e non si ha più notizia di una loro aggregazione onoraria.

Proprio perché elemento caratteristico di questo secolo di aggregazioni onorarie, è interessante soffermarsi su una delle due, quella di Vincenzo Nobili. Il 14 settembre 1550 egli viene aggregato alla nobiltà anconetana: originario di Montepulciano, è nipote del Pontefice allora regnante, Giulio III. A conferma di quanto già detto riguardo alla presenza dei laici nei ranghi dell'amministrazione di questo periodo, anche Vincenzo Nobili non è un prelado.

La motivazione della sua aggregazione parla di « [...] infiniti benefici che la benigna cortesia dell'Illustrissimo et Eccellentissimo

(33) Cfr. G. CAROCCI, *Lo Stato della Chiesa nella seconda metà del secolo XVI*, Milano, Feltrinelli, 1961, p. 134, n. 16.

(34) Cfr. C. ALBERTINI, *op. cit.*, cc. 152 r. e 168 r.

(35) È questo il caso, ad esempio, di Ranuccio Farnese, governatore di Ancona dal 1546 al 1555 e, contemporaneamente, legato *a latere* della Provincia della Marca. Cfr. C. ALBERTINI, *Nota de' Governatori d'Ancona*, c. 4 v.

(36) F. FERRETTI, *op. cit.*, p. 160.

Sr. Vincenzo de' Nobili [...] ha continuamente conferiti in questa città [...] » (37). Le benemerenze del luogotenente sono soprattutto riconducibili alla donazione di 3000 scudi d'oro da lui fatta al locale Monte di Pietà, che andranno a riscattare alcuni beni della Comunità impegnati a privati, in modo da utilizzare la loro rendita per rimpinguare le casse del Monte (38).

Oltre alla ascrizione del Nobili alla nobiltà dorica, pare utile, come « [...] espediente et utile alla Comunità d'Ancona, di usare gratitudine et dono [...] delle terre et selue di Fiumisino [...] » (39) al luogotenente. Questa donazione consiste in un ricco insieme di terre « [...] lavorative, prative, sode, frattale, buscate, et selvate ed ogni ragione che in dette cose avesse la Comunità [...] » (40). A questo punto sorgono certamente alcune difficoltà, poiché sappiamo che Vincenzo Nobili rifiuta la donazione della Comunità; Paolo Ferretti viene addirittura eletto ambasciatore presso Giulio III, allo scopo di difendere la città dalle accuse che le sono state mosse proprio per l'avvenuta aggregazione del nipote del Pontefice e, soprattutto, per la donazione (41).

Altra presenza caratteristica tra gli aggregati *ad honorem* del secolo XVI è quella di soggetti riconducibili all'ambiente militare. Tra essi troviamo infatti castellani e capitani della fortezza, incaricati alla fortificazione della città, nobili romani incaricati di missioni militari ad Ancona.

Le aggregazioni dei castellani, esclusiva del Cinquecento, sono espressione formale dell'importanza che in quel periodo poteva avere la carriera militare come strumento di avanzamento: tra i castellani troviamo infatti Muzio Muti, membro di un ramo secondogenito di una antica famiglia romana; Bartolomeo Rusticucci, fratello del Segretario di Stato e Segretario intimo di Pio V; colonnello inviato da Roma è Ettore Ghislieri, nipote di quest'ultimo.

Le aggregazioni *ad honorem* di altri due personaggi, Cesare Guasco e Giordano Orsini duca di Bracciano, entrambe del 1566, evidenziano un problema assillante per la costa adriatica dello Stato della

(37) A.C.AN., *A. Cons.*, n. 45, 1549-1551, c. 45 r.

(38) Cfr. *ibidem*, c. 51 v.

(39) *Ibidem*, c. 44 v.

(40) C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 4 v.

(41) Cfr. F. FERRETTI, *op. cit.*, p. 354.

Chiesa: la minaccia turca. Il colonnello Guasco è infatti ad Ancona inviato dal Pontefice « [...] à fortificar, munir, diffender et conseruar questa sua fidelissima Città da ogni inuasione et offisa che li hauesse potuto far l'armata Turchesca [...] » (42); il duca di Bracciano è nella città per lo stesso motivo. In questo periodo, infatti, la minaccia turca costituisce un grave problema per l'Occidente; la metà del secolo XVI assiste all'apice della potenza e della espansione ottomana, mentre la vittoria cristiana di Lepanto è ancora lontana.

Le aggregazioni onorarie di persone presenti ad Ancona in seguito ad iniziative politico-militari proseguono solo fino al primo trentennio del secolo seguente. Interessati dal provvedimento sono due esponenti della nobiltà romana, Francesco Colonna, principe di Palestrina e Tarquinio Capizucchi (43). Entrambi evidenziano i tentativi della politica militare di Urbano VIII: il primo, maestro di campo e governatore militare della Marca, era ad Ancona nel 1625 per agevolare lo smistamento delle truppe pontificie in marcia verso la Valtellina; Capizucchi era invece nella città in attesa della morte del Duca di Urbino allo scopo di prender possesso, in nome del Pontefice, di quello Stato. Nello stesso tempo egli si occupa delle fortificazioni cittadine: « Risarcì il Sig. Tarquinio d'ordine del Papa Urbano VIII i Baluardi, e fece noui muri nella fortezza et altri luoghi d'Ancona [...] » (44).

Il Cinquecento, attraverso l'esame delle aggregazioni *ad honorem* si presenta, soprattutto per la struttura amministrativa, come un momento di passaggio. Ciò si può più facilmente osservare notando che questo secolo di aggregazioni onorarie non è facilmente caratterizzabile, al contrario del successivo, nel quale risalta, tra gli aggregati *ad honorem*, la massiccia presenza dei governatori.

4. Da un sommario spoglio dei nomi degli aggregati onorari nel secolo XVII, appare subito evidente che esso è caratterizzato, come si è detto, dalla presenza dei governatori di Ancona, le cui aggregazioni ammontano al 75% del totale del periodo. Occorre inoltre sottolineare che, non essendo possibile molte volte collocare gli avvenimenti entro rigorosi limiti temporali, delle sette aggregazioni *ad honorem*

(42) A.C.AN., A. Cons., n. 55, 1565-1568, c. 50 v.

(43) Cfr. C. ALBERTINI, *Indice delle famiglie aggregate*, cc. 46 r. e 45 r.

(44) G. SARACINI, *Notitie storiche della città d'Ancona*, Roma, 1675, p. 354.

di governatori del secolo seguente, ben cinque si verificano entro il primo decennio di questo (45). Il personaggio che rappresenta l'autorità centrale all'interno del governo cittadino è quindi l'elemento caratterizzante, in tutti i sensi, dei provvedimenti di aggregazione onoraria presi dal ceto dominante locale in questo secolo, così da assumere nell'economia generale di questa ricerca un peso non trascurabile.

Osservando l'ordine cronologico dei provvedimenti è facile notare che l'aggregazione *ad honorem* dei governatori diventa un atto costantemente presente nella storia dei rapporti tra essi e le magistrature cittadine; esso si ripete fedelmente in ogni decennio del secolo, tranne che per il periodo che va dalla seconda metà degli anni Trenta a tutti gli anni Quaranta. Questo fatto comporta una disposizione alquanto uniforme dei provvedimenti lungo tutto l'arco del secolo. È interessante osservare che, durante gli anni Trenta, le aggregazioni onorarie dei governatori si interrompono nel 1633; il resto del decennio è occupato da una questione di grande importanza per la città: la vertenza sorta intorno alla aggregazione di alcuni soggetti sgraditi alla maggioranza del ceto dominante cittadino, che vedrà la sua conclusione nel 1639.

Nel Seicento la carriera amministrativa nello Stato pontificio si è ben stabilizzata; del governo di Ancona non vengono più incaricati membri del Collegio cardinalizio, ma prelati di carriera, appartenenti nella maggior parte dei casi a famiglie romane, napoletane, toscane; tra essi sono rappresentate nella città alcune tra le più prestigiose casate genovesi, come i Durazzo e i Fieschi.

Se consideriamo quante volte è ripetuta nelle deliberazioni consigliari, la principale motivazione di queste aggregazioni era quella di aver reso « dei segnalati favori alla Patria » (46). Infatti, nella maggior parte dei casi l'aggregazione onoraria era concessa ai prelati al termine del loro ufficio, situazione che permetteva al « pubblico » di valutare se fosse più o meno opportuno mostrare all'ex governatore la propria riconoscenza; in altri casi, il provvedimento è concesso a diversi anni di distanza dal termine della carica esercitata ad Ancona. Quando la Comunità dimenticava questo uso corrente ed aggregava

(45) Sono quelle di Zondadari nel 1700; di Firrao e Salviati nel 1702; di Carafa nel 1708 e, infine, di Negroni nel 1711.

(46) Cfr. C. A. BERTINI FRASSONI, *op. cit.*, p. 7.

soggetti che ancora esercitavano le funzioni di governatore poteva andare incontro, invece che alla riconoscenza, anche a spiacevoli voltafaccia che andavano a minacciare i suoi interessi.

Un esempio caratteristico in questo senso, anche se avvenuto nel secolo successivo, è quello fornito dall'aggregazione onoraria del governatore Luigi Gazzoli. Essa avvenne nel 1782, in occasione del passaggio di Pio VI ad Ancona durante il suo viaggio verso Vienna. Il memorialista Albertini così commenta quanto seguì al provvedimento: « [...] ottenuta ch'ebbe tal'aggregazione, per grata corrispondenza mosse quattro liti alla Comunità [...] » (47). Per il cronista anconetano quest'ultima compì in quella circostanza un grosso errore, poiché, come egli sottolinea, « [...] per quanto io ho veduto da libri pubblici, non ho trouato di essere stato aggregato alcun Gouvernatore [...] sul principio del Governo, ma bensì nell'atto di sua imminente partenza, per la ragione che non devesi premiare chi ha bene incominciato, ma quello, che [...] ha anche finito meglio » (48).

L'aggregazione è qui concepita come un premio, una testimonianza di riconoscenza del governo cittadino al prelato che è riuscito ad entrare in buoni rapporti con esso. Il valore di questa riflessione è tanto più importante se consideriamo che l'essere aggregati, anche in forma onoraria, comprendeva innanzitutto diventare cittadino, con tutta quella pregnanza di significati che il termine poteva indicare in un'epoca in cui la caratteristica principale di colui che apparteneva al ceto dirigente locale era quella di essere prima e soprattutto *civis optimo iure* (49). Considerando questa particolare dimensione dell'aggregazione, si può quindi capire l'errore in cui, secondo Albertini, è incorsa la Comunità in questa occasione. Infatti è proprio un cittadino anconetano a tutti gli effetti che si è posto a minacciare gli interessi e le prerogative di un ceto cui ormai appartiene.

Se con l'aggregazione onoraria si voleva esprimere l'ossequio della Comunità verso il governatore che si era dimostrato benevolo nei confronti della città e dei suoi interessi, ciò non significa che essa non venisse utilizzata anche allo scopo di ingraziarsi persone che avrebbero potuto soccorrere la Comunità in particolari occasioni. Un esempio significativo in tal senso è quanto viene sottolineato nella

(47) C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 96 r.

(48) *Ibidem.*

(49) Cfr. B. G. ZENOBI, *op. cit.*, pp. 110 sgg.

delibera consigliare con cui nel 1697 è aggregato il governatore Caracciolo, in cui si pone l'accento sui « [...] Beneficii, che per mezzo di Monsignore Illustrissimo [...] ha riceuuto, et spera riceuere [...] » (50). Anche attraverso l'aggregazione onoraria il « pubblico » cercava quindi di instaurare un legame il più duraturo possibile con persone che, per la maggior parte dei casi, erano destinate a ricoprire in seguito cariche importanti all'interno della burocrazia romana. E, del resto, il governo di Ancona era di per sé ambito perché costituiva un passo verso il futuro conferimento del cardinalato (51).

5. Se il Seicento, per quanto riguarda le aggregazioni onorarie, può essere caratterizzato dalla figura dei governatori, non così si può dire del secolo seguente. Durante il Settecento, infatti, quella presenza tende a sparire, indicando in tal modo che questi provvedimenti tendono ad assumere caratteristiche proprie nei diversi periodi. Le ultime aggregazioni di governatori, come abbiamo ricordato, sono concentrate per la maggior parte in un periodo, il primo decennio del secolo, che può ancora essere ritenuto legato a quello precedente. I restanti due provvedimenti di aggregazione, dei cinque che il Settecento registra, avvengono in anni tra loro molto lontani: il primo nel 1751, il secondo nel 1782.

L'occhio della Comunità non è più rivolto, come in passato, verso quei prelati con cui intratteneva un rapporto che potremmo definire « quotidiano », ma sembra più spesso inquadrare gli alti prelati della Curia romana e l'ambiente da cui essi sono circondati. Solo in questo secolo infatti si registrano le aggregazioni onorarie dei protettori della città; è indubbio che, sulle cinque aggregazioni *ad honorem* dei vescovi anconetani tra XVI e XVIII secolo, quattro di esse (D'Aste, Bussi, Lambertini e Bufalini), si verificano in questi anni, in cui sappiamo che era « [...] tradizione che i prelati di carriera, anche dopo essere saliti al cardinalato, fossero assegnati alle piccole e grandi diocesi dello Stato pontificio, talora a titolo di premio per la precedente attività [...] » (52).

(50) A.C.AN., *A. Cons.*, n. 96, 1695-1701, c. 78 r.

(51) Cfr. R. ZANELLI, *Manoscritti nobiliari esistenti presso le Biblioteche e gli Archivi di Stato italiani. Araldica marchigiana. Stemmii della nobiltà patrizia e dei Governatori Apostolici di Ancona*, in « Tribuna araldica », X, 1, (1969), p. 42, n. 27.

(52) M. NATALUCCI, *Il cardinal Bufalini vescovo e amministratore attraverso l'Archivio Capitolare di Ancona*, in « Quaderni Storici », 1967, p. 354.

La maggioranza delle aggregazioni onorarie del Settecento riguarda quindi soggetti legati direttamente all'ambiente romano di Curia. Anche quando esse concernono alcuni individui, laici o semplici religiosi, è sempre presente un legame con questa realtà.

Vengono aggregati parenti del Papa, poiché si giudica che la loro aggregazione sia tra le « [...] dimostrazioni di gratitudine, [...] che gradirà certamente [...] » (53). Nei secoli precedenti si erano verificate altre aggregazioni *ad honorem* di parenti dei pontefici, ma ciò era avvenuto quando essi avevano esercitato una qualche carica nella città, oppure avevano mostrato favore nei suoi confronti. Accanto a questi, vi erano i provvedimenti di ascrizione che riguardavano alcuni personaggi favoriti del Papa allora regnante.

Scorrendo le motivazioni contenute nelle deliberazioni consigliari delle aggregazioni dei governatori nel secolo precedente, si parla sempre di favori concessi dai prelati in questione durante la loro permanenza nella città dorica: il provvedimento si presenta quindi come un ringraziamento, l'unico concesso alle « deboli forze » del ceto dirigente, come spesso recitano questi documenti.

Nelle motivazioni delle ascrizioni al ceto patrizio del secolo successivo si può sottolineare invece come, per la maggioranza delle situazioni, il centro verso cui tendono gli sforzi e gli intendimenti alla base di questi provvedimenti della Comunità è Roma, volendo significare con questo termine gli organi decisionali delle Congregazioni ed il Pontefice.

Il sistema che da sempre regolava le relazioni tra la città e le strutture centrali era tale da rendere necessario questo rapporto. Molte Comunità avevano un proprio agente a Roma, eletto dal Consiglio cittadino e poi confermato con apposito rescritto dalla Congregazione del Buon Governo; la funzione degli agenti è quella di « [...] accudire a' negozi, et interessi della Comunità [...] di soprintendere, et assistere a' Procuratori delle Comunità, acciò le cause delle medesime s'agitino [...] e si spedischino sollecitamente [...] » (54).

L'organizzazione qui accennata a grandi linee necessitava pe-

(53) Lettera di Tommaso Dionisi alla Comunità del 23 marzo 1782, in A.C.A.N., Sec. XVIII, *Corrispondenza tra Cardinali e Comunità*, fasc. 1768-96 Card. Altieri.

(54) P.A. DE VECCHIS, *De Bono Regimine*, Roma 1732-1734, 4 voll., vol. II, p. 36.

rò di numerosi correttivi, anche perché spesso la risoluzione delle controversie e dei problemi delle Comunità non si verificava se non in un'atmosfera di una certa qual corruttela: in diverse lettere di agenti alla Comunità di Ancona troviamo infatti frequentemente ripetuta la necessità di « [...] fare alcuni Regali per ottenere [le decisioni] in tempo [...] » (55). Né del resto gli agenti e gli inviati straordinari si illudevano sulla particolare riuscita dei loro rapporti con gli illustri personaggi dell'*entourage* pontificio: « [...] altre volte hò scritto alle SS.rie loro Illustrissime che si lusingano troppo de boni discorsi e si appagano di belle apparenze, e se fossero qui alla Corte si stimarebbero [...] fortunatissimi; ma poi si ritrouarebbero con le mani piene di fumo [...] » (56). Così scrive Girolamo Bonarelli al Magistrato, esponendo una situazione in cui fa mostra di sé una burocrazia spesse volte incapace e corriva, che considera la propria carriera come una sinecura (57). Con un sistema amministrativo di questo genere, strutturato sull'accentramento dei poteri che però, invece di favorire una progressiva realizzazione dello stato come organismo unitario, lo costringeva a rimanere sempre « [...] un aggregato di province dalle tradizioni e dal livello di sviluppo profondamente diversi [...] » (58) è realmente necessario per la città procurarsi, anche attraverso le aggregazioni onorarie, un punto di riferimento, costituito da protettori, membri delle Congregazioni, personaggi in favore nella corte pontificia, di cui servirsi in occasione di particolari necessità pubbliche. Le occasioni in cui entrano in gioco in questo secolo i protettori, i tesoriere o i membri della corte romana sono così importanti da travalicare l'appoggio di un prelato agli inizi della sua carriera: basti ricordare che, in questo secolo, si hanno la concessione della franchigia al porto e la lunga costruzione del suo nuovo braccio.

Proprio a quest'ultimo problema sono da collegare le aggregazioni di due personaggi che godevano di posizioni importanti all'in-

(55) Lettera di Leonardo Bonarelli, in A.C.A.N., Sec. XVII, *Copie di lettere*, n. 122, fasc. 1630.

(56) Lettera di Girolamo Bonarelli agli Anziani di Ancona del 10 aprile 1726, in A.C.A.N., Sec. XVIII, *Corrispondenza tra Cardinali e Comunità*, fasc. 1729-1773 *Card. Acquaviva d'Aragona*.

(57) Cfr. V.E. GIUNTELLA, *op. cit.*, pp. 12 sgg.

(58) G. CAROCCI, *op. cit.*, p. 130.

terno dell'*entourage* che gravitava attorno a Clemente XIV: Nicola Bischi ed Ignazio Buontempi. Il primo era legato al Pontefice da vincoli di parentela ed esercitava su di lui una grande influenza, insieme al Buontempi, un francescano confessore di Clemente XIV. La Comunità voleva garantirsi il loro appoggio in questo frangente e l'agente Tommaso Dionisi caldeggiava per questo motivo l'aggregazione di entrambi, ritenendosi certo « [...] che vantaggio, e da questa e dall'altra Aggregazione ne riceuerà certamente la nostra Patria [...] » (59).

Il nove maggio 1774 (60), il Priore, nel corso della seduta consigliare, ricorda che Buontempi è strettamente legato al Pontefice e che aggregando il francescano « [...] si verrebbe a meritare la maggiore considerazione a questo Pubblico da detto S. Padre [...] » (61). Buontempi viene così immediatamente aggregato secondo la formula *ad personam* e viene provveduto affinché la Deputazione gliene porti la notizia, « [...] pregando insieme a contribuire a vantaggi di questa Comunità [...] » (62). Sembra che questa tattica avesse avuto un qualche risultato: il 24 agosto dello stesso anno il frate scrive alla Comunità: « Dal grand'amore, compartitomi dalle SS.rie Vostre Illustrissime, è derivato l'interesse, per cui mi sono incoraggiato di umiliare alla Santità di Nostro Signore le mie fervorosissime suppliche, perché si degnasse ordinare il proseguimento del Braccio di codesto Porto [...] » (63).

Sempre legata a questa contingenza è l'aggregazione onoraria di Nicola Bischi, avvenuta il 14 agosto dello stesso anno, dopo che il Priore Alessandro Nembrini Gonzaga aveva fatto presente in Consiglio che « [...] Persone benafette di questa Città, e desiderose [...] di [...] vantaggi della medesima avevano a loro fatto presente che sarebbe riuscito di sommo gradimento a Nostro Signore [...] aggregato venisse a questa nobiltà il Sig.re Nicola Bischi [...] » (64). Quest'ultimo venne aggregato all'unanimità non appena il Priore ebbe

(59) Lettera di Tommaso Dionisi del 20 agosto 1774 alla Comunità, in A.C.A.N., fasc. 1768-1796 *card. Altieri*.

(60) Cfr. A.C.A.N., *A. Cons.*, n. 110, 1764-1775, c. 75 r.

(61) *Ibidem*.

(62) *Ibidem*.

(63) Lettera di Innocenzo Buontempi alla Comunità del 24 agosto 1774, in A.C.A.N., fasc. 1768-1796 *card. Altieri*.

(64) A.C.A.N., *A. Cons.*, *cit.*, c. 76 r.

sottolineato ancora una volta la sua posizione di gran favore presso Clemente XIV, a cui era legato anche da parentela.

Caratteristiche di quest'epoca sono le aggregazioni onorarie — tutte rigorosamente *ad personam* — di alcuni religiosi, cittadini anconetani, noti soprattutto per la loro attività di predicatori esercitata anche presso personalità più che illustri: uno tra essi, Giacinto Tonti, risiedette per un certo periodo presso « Sua Maestà Cesarea » (65). Queste aggregazioni siglavano il riconoscimento, da parte delle autorità comunitative, della celebrità goduta da codeste persone; celebrità che veniva a riflettersi sulla città stessa.

Anche in questo periodo si registrano aggregazioni *ad honorem* di alcuni esponenti di illustri casate italiane. Il Settecento conta il numero più alto di soggetti aggregati appartenenti a questa categoria che, nel quadro complessivo, non occupa un posto di preminenza.

I nobili che il governo comunitativo aggrega non sono più ad Ancona, come Orsini o Colonna, su incarico papale. Essi si trovano a passare nella città, con il cui ceto patrizio intrattengono un semplice rapporto di cortesia. Leggiamo ad esempio, nella deliberazione consigliare di aggregazione di Giulio Visconti Borromeo Arese, che « [...] nella sua dimora in questa Città per più mesi hà fatto conoscere con [...] particolari finezze l'Amor suo verso la Nobiltà, e la Città intera [...] » (66).

Solo Cesare d'Avalos, aggregato nel 1727, che per motivazioni politiche aveva trasferito gran parte dei suoi beni nello Stato della Chiesa e che, oltre ad essere già riparato ad Ancona nel 1701 (67), vi fece erigere un suo palazzo, sembra essere maggiormente legato alla città, insieme a Diomede Carafa di Colubrano, che a detta dell'Albertini, si interessò a Roma in favore dei Provisori di Sanità in difficoltà a causa di un'epidemia di afta epizootica scoppiata nel 1786 (68).

Queste ultime aggregazioni sono da accomunare a quelle altre forme di cortesia rivolte ai personaggi di un certo grado che si trovavano e, a volte, risiedevano per qualche tempo nella città.

(65) A.C.A.N., *A. Cons.*, n. 100, 1712-1717, c. 197 v.

(66) A.C.A.N., *A. Cons.*, n. 104, 1732-1737, cc. 67 v. e 68 r.

(67) Cfr. E. GENCARELLI, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1960, vol. IV, pp. 620-621.

(68) Cfr. C. ALBERTINI, *Storia d'Ancona*, ms. presso B.C.A.N., voll. 14, vol. XIII, parte seconda, cc. 179 r. sgg.

6. — Come sottolineano gli stessi documenti, l'aggregazione onoraria alla nobiltà dorica non si esauriva nel mero conferimento dello *status* di patrizio anconetano. Questa prerogativa ne recava, infatti, altre con sé: ciascuna delibera consigliare prevedeva esplicitamente l'accesso a tutte le cariche pubbliche cittadine proprie di ogni patrizio originario, « *etiam Regulariae* » (69). Diversi membri delle famiglie aggregate *ad honorem*, anche a notevole distanza l'uno dall'altro, vennero estratti, in virtù di questo provvedimento, per esercitare alcune cariche di governo cittadino, sempre circoscritte nell'ambito dei Podestà dei castelli, degli Anziani e dei Regolatori. Ne sono prova le diverse estrazioni, riportate nei libri pubblici. Raniero, fratello di Scipione D'Elci, governatore nel 1628, viene estratto Anziano per il bimestre settembre-ottobre 1650; Pietro Magi-Cima, la cui famiglia era stata iscritta in questa forma al patriziato dorico nel 1605, è Anziano per il novembre ed il dicembre del medesimo anno. Ottavio Cuccini, Bonifacio Fausti, Girolamo Cuccini, Giovanni Cesi e Giulio Colonna, membri di famiglie aggregate tra il 1605 e il 1629 (70), sono anch'essi Anziani nel 1651, rispettivamente nei bimestri gennaio-febbraio, marzo-aprile, maggio-giugno, luglio-agosto, settembre-ottobre, novembre-dicembre. Durante il 1652 nei primi tre bimestri vengono estratti, nell'ordine, Diomedea Fausti, Nicola Cima e Ludovico Guidi di Bagno, le cui famiglie fanno parte del patriziato locale dal 1630 (71). Carlo Conti, duca di Poli, discendente del vescovo di Ancona aggregato nel 1598 e pastore anche lui della chiesa anconetana ed Ubaldo Cima, vengono ambedue estratti come Anziani: il primo per il bimestre luglio-agosto del 1668, il secondo per il gennaio-febbraio del 1696 (72). Tra i Regolatori del XVII secolo troviamo di nuovo Nicola Guidi di Bagno, per il trimestre agosto-settembre-ottobre del 1632; lo stesso è

(69) Valga per tutte la formula dell'aggregazione Savelli, del 15 dicembre 1608: « [...] siano detti SS. [Savelli] [...] et loro discendenti assunti à tutti l'honori, gradi, et officii publici che suol dare la patria nostra alli Nobili di essa [...] », in A.C.A.N., *A. Cons.*, n. 71, 1608-1610, c. 62 v.

(70) In particolare, i Fausti furono aggregati nel 1605, i Colonna nel 1623, i Cesi nel 1626 e i Cuccini nel 1629. Cfr. C. ALBERTINI, *Indice delle famiglie aggregate*, cc. 76, 46, 47 e 48.

(71) Cfr. A.C.A.N., Sec. XVII, *Magistrati e loro elezioni*, n. 946, 1624-1662, *Elenco di magistrati*, *passim*.

(72) Cfr. A.C.A.N., *ibidem*, n. 917, 1665-1702, *passim*.

Podestà del Poggio nel 1631 e di Monsanvito nel 1635; nel 1645 anche Giordano Cesi è estratto come Podestà di quest'ultimo castello (73).

Nel XVIII secolo si trovano tra gli Anziani Rinaldo Vallemanni, la cui famiglia era stata aggregata nel 1708, per il bimestre marzo-aprile e Raniero Bussi, la cui casa era ascritta al patriziato dorico dal 1720, per il novembre-dicembre 1724 (74). Anche Alessio Giraud e Francesco Millo sono estratti Anziani, il primo per il marzo-aprile 1759 e il secondo, quasi ininterrottamente, dal medesimo bimestre in poi fino al 1766 (75). Il primo era stato aggregato nel 1756 con il fratello monsignor Bernardino; il secondo era stato ascritto alla nobiltà anconetana nel 1740 (76). Essi vengono estratti anche come Regolatori: Giraud per il solo trimestre agosto-settembre-ottobre 1758; Millo per tre volte, dal 1757 al 1766 (77).

I dati fin qui riportati sottolineano quindi il particolare ruolo sostenuto nell'ambito comunitativo da questi aggregati: esso non deve essere d'altra parte considerato concluso unicamente nell'attribuzione formale di questi uffici pubblici. Si sa, infatti, che ogniqualvolta gli aggregati, o qualche loro discendente, si trovavano in città, « [...] sono Intervvenuti alli Consigli, e dato il loro Voto come tutti gl'altri Consiglieri, et hanno goduto, et esercitato l'offitio dell'Anzianato, e Regularia [...] et altri offitii pubblici [...] » (78).

Questo fatto è confermato anche da altri documenti; uno di essi, un'informazione richiesta da Senigallia al Magistrato anconetano, contiene però un'indicazione assai utile in questo particolare contesto: porta a conoscenza degli interessati il numero degli aventi diritto a partecipare alle sedute di Consiglio (tale è infatti il problema posto alle autorità anconetane), costituito da ottanta membri, senza contare, recita il testo, « [...] gl'assenti, e li Prencipi, e Nobili forastieri aggregati, li quali però, ritrouandosi in Ancona sono

(73) Cfr. A.C.AN., *ibidem*, n. 946, *passim*.

(74) Cfr. A.C.AN., Sec. XVIII, *Magistrati. Ufficiali pubblici. Elezioni ed estrazioni*, n. 401, 1702-1736, *passim*.

(75) Cfr. A.C.AN., *ibidem*, n. 403, 1752-1781, *passim*.

(76) Cfr. C. ALBERTINI, *op. cit.*, cc. 92 r. e 131 r.

(77) Cfr. A.C.AN., *Magistrati. Ufficiali pubblici*, *passim*.

(78) Archivio storico comunale di Senigallia (da ora in avanti: A.C.Se.), *Lite d'Aggregazione*, c. 35 v.

stati soliti d'interuenirui, e godere gl'offitii pubblici, che godono gl'altri Nobili [...] » (79).

In questa occasione i nobili forestieri sono accomunati, nel computo dei membri del Consiglio cittadino, ai nobili originari non presenti in città. Questo accostamento originari-forestieri viene ribadito anche in un altro analogo documento, precedente in ordine di tempo (80), nel cui testo è approfondita un'altra importante questione: il ruolo di queste due componenti del locale ceto nobile all'interno del governo cittadino. Possono essere ammessi o meno a godere ed esercitare le cariche pubbliche i nobili originari e quelli forestieri aggregati che si siano trovati assenti, anche per un lungo periodo, dalla città? La risposta a questo quesito contenuta nel documento è senz'altro affermativa, anzi sostenuta da precise condizioni: « [...] benché ditti Nobili originari, e Forastieri [...] non habbino hauuta Casa aperta et luoghi doue habitauano [...] » (81); tutto ciò è valido, conclude il testo, anche nel caso che essi si trovino ad Ancona « [...] per qualche accidente per farui poca dimora [...] » (82).

Una certa liberalità, stando a questo attestato, impronta quindi lo stile dei rapporti che intercorrono tra il « pubblico » e questi aggregati, ponendo su un piano secondario fattori di importanza notevole come la residenza continuata in città ed il prosieguo della vita pubblica di ciascuno di essi nelle località di loro stabile dimora. Quel che è più importante è l'accentuazione finale del testo riguardante la durata della presenza del nobile, originario o meno, nella città: per esercitare le cariche pubbliche non viene posta alcuna condizione di sorta sul periodo di residenza ad Ancona.

Per quanto concerne questi aggregati, si può osservare che la permanenza in città è assai limitata, concentrata soprattutto in soggetti risiedenti nella maggior parte nello Stato pontificio e nel Granducato di Toscana. La prerogativa di questa nobiltà aggregata, l'esercizio delle cariche pubbliche, non interessa invece quei soggetti legati a zone più lontane geograficamente dallo Stato della Chiesa.

In queste ultime situazioni permane però vivo l'interesse, an-

(79) A.C.Se., *Lite d'Aggregazione*, c. 151 r. e v.

(80) A.C.AN., Sec. XVIII, *Araldica. Aggregazioni alla cittadinanza. Attestati di nobiltà*, n. 1725.

(81) *Ibidem*.

(82) *Ibidem*.

che a distanza di generazioni, al legame stretto con la nobiltà dorica. Un caso probante in questo senso è costituito da quello della famiglia Lucini, un membro della quale, ad un secolo dalla aggregazione di Francesco, governatore di Ancona nel 1656, si affretta ad inviare i documenti richiesti « [...] ad effetto di che la detta Famiglia resti continuata [...] nell'onorevole prerogativa di detta aggregazione alla Probità Anconetana, e nella attività dei rispettivi officii competenti a quei nobili Patrizi [...] » (83).

Il continuo avanzare di questi provvedimenti e le loro conseguenze sul piano del governo cittadino mostra visibilmente quanto sia connaturata al modulo patriziale la volontà di allargare la propria dimensione oltre quella cittadina; ad Ancona ciò avviene, tra l'altro, attraverso tale istituto mediante il quale il patriziato locale intreccia rapporti sempre più costanti con analoghe esterne realtà di ceto.

Questa situazione viene così evidenziata da due diverse linee di condotta degli aggregati: da un lato, il rapporto più reale che permane tra l'aggregato (o i suoi discendenti) e la città, che è rappresentato dall'esercizio, in alcune circostanze, delle cariche pubbliche, e che è proprio essenzialmente di tutto quel patriziato legato all'ambito territoriale pontificio; dall'altro, quello che viene mantenuto tra realtà al loro interno diverse, attraverso la conservazione, anche dopo generazioni, dei legami stretti attraverso questa aggregazione, come dimostra il caso Lucini.

(83) A.C.AN., Sec. XVII, *Fedi di battesimo*, n. 977, fasc. 1692, *Lucini*.

APPENDICE

Presentiamo l'elenco completo delle aggregazioni onorarie che è stato possibile individuare dopo l'esame delle diverse fonti di informazione a questo riguardo. Le aggregazioni *ad honorem* alla nobiltà anconetana ammontano quindi a settantasette; all'interno di questo insieme è stata effettuata una divisione secondo le categorie di provenienza dei soggetti, che si è cercato, volta a volta, di ben evidenziare: così i governatori, vista l'importanza da essi assunta in questo ambito, sono separati dagli altri prelati.

Le categorie entro cui è sembrato opportuno suddividere gli aggregati sono sette: governatori, con trentaquattro soggetti, prelati e luogotenenti con sedici, nobili e militari con sei e, infine, religiosi, parenti ed intimi dei Pontefici, vescovi, con cinque.

La descrizione di ciascun soggetto aggregato racchiude, pur nella sua evidente sommarietà, i principali strumenti biografici e documentari utili per la ricostruzione della figura e, dove ciò è possibile, della motivazione dell'aggregazione del personaggio. Un'indagine così impostata ha permesso di far risaltare il prestigio evidente degli aggregati, sia dal punto di vista personale, sia da quello di carriera prelatizia, quando il provvedimento interessa membri della amministrazione pontificia.

GOVERNATORI

ANTONIO BERNERI. Notizie su questo governatore aggregato nel 1539 sono contenute in C. ALBERTINI, *Indice delle famiglie aggregate*, c. 1 r.

GIULIO SAVELLI. Notizie sulla casa Savelli in G. B. DI CROLLALANZA, *Dizionario storico-blasonico delle famiglie nobili e notabili italiane estinte e fiorenti*, Bologna, Arnaldo Forni, 1963, voll. 3, (rist. anast.), vol. II, p. 496. Sulla carriera di Giulio, la cui famiglia fu aggregata nel 1610 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 71, c. 62 v.), cfr. *Hierarchia catholica medii et recentioris aevi sive Summorum Pontificum, S.R.E. Cardinalium, Ecclesiarum Antistum series ab anno 1198 ... perducta per Conradum Eubel*, Padova, « Il messaggero di S. Antonio », 1952, voll. 8, vol. IV, 1592-1667, p. 82. Sui suoi rapporti con la Comunità dorica, cfr. A.C.AN., Sec. XVII, *Lettere dei Vescovi*, fasc. 1611-25, *Card. Savelli Vescovo di Ancona, passim*; A.C.AN., *Statuti e privilegi, Libro d'Oro, ossia Elenco dei Cittadini elevati alla Nobiltà*, n. 16, cc. 27 v. e 68 v.

GIAMBATTISTA LANCELLOTTI. Sulla sua casata, cfr. V. SPRETI, *Enciclopedia storico-nobiliare*, Milano, 1928-1932, voll. 8, vol. IV, p. 32; G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. II, p. 6. Sue notizie in *Hierarchia*, vol. IV, p. 260. Aggregato con i fratelli nel 1611 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 72, 1610-1613, c. 58 v.; A.C.AN., *Libro d'Oro*, cc. 68 v. e 98 r.).

PROSPERO CAFFARELLI. Sulla famiglia Caffarelli, cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 193 e V. SPRETI, *op. cit.*, vol. II, pp. 233 sgg. Notizie sulla sua carriera in *Hierarchia*, vol. IV, p. 31. Per i suoi contatti con il patriziato cittadino, al quale fu aggregato nel 1618 (cfr. C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 44 r.), cfr. A.C.AN., Sec. XVII, *Attestati di nobiltà*, n. 2812; G. PICH TANCREDI, *ibidem*.

ALFONSO SACRATI. Per la casa Sacrati, cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. II, p. 464. Notizie sulla sua carriera prelatizia e sui rapporti tra la città e la sua famiglia, aggregata nel 1623, si trovano rispettivamente in *Hierarchia*, vol. IV, p. 157 e in A.C.AN., *A. Cons.*, n. 78, 1623-1625, c. 13 r.

FRANCESCO CESI. Notizie di questa illustre famiglia romana in G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, pp. 282-283 e in C. A. BERTINI FRASSONI, *op. cit.*, pp. 80, 82 e 92. Aggregato nel 1626 (Cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 79, 1625-1627, c. 76 r.).

SCIPIONE D'ELCI. Informazioni sulla famiglia D'Elci in G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 375. Sulla sua carriera prelatizia e sulla sua aggregazione, avvenuta nel 1628, cfr. risp. *Hierarchia*, vol. IV, p. 33 e A.C.AN., *A. Cons.*, n. 80, 1628-1630, cc. 46 v. e 47 r. Sui rapporti tra la casa D'Elci e la città, cfr. A.C.AN., Sec. XVII, *Magistrati e loro elezioni*, n. 946, *passim* e G. PICHITANCREDI, *ibidem*.

PAOLO MATTEI. Nobile romano (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. II, p. 108). L'aggregazione della famiglia avvenne nel 1630 (cfr. C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 121 r.).

MARCANTONIO CUCCINI. Notizie sulla sua casata in G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 342. Aggregato nel 1630 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 80, c. 130 v.).

MARIO THEODOLI. Originario di Forlì (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. III, p. 19). Notizie sulla sua carriera e sulla aggregazione della sua famiglia, avvenuta nel 1633, risp. in *Hierarchia*, vol. IV, p. 209 e in A.C.AN., *A. Cons.*, n. 81, c. 152 r.

MARIO ALBERICI. Sulla sua casata, cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 20. Per la carriera di Alberici, cfr. *Hierarchia*, vol. V, 1667-1730, pp. 9 e 284. La casa Alberici fu aggregata nel 1650 (cfr. C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 1 r.).

MARCO GALLIO. Nobile comasco (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 450), la cui famiglia fu aggregata nel 1652 (cfr. C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 87 r.). Sulla sua carriera, cfr. *Hierarchia*, vol. IV, p. 95.

CLAUDIO MARAZZANI. Nobile piacentino (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. II, p. 72), la cui famiglia fu aggregata nel 1653 (cfr. C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 122 r.). Sulla sua carriera, cfr. *Hierarchia*, vol. IV, p. 312.

FRANCESCO LUCINI. Della casa Lucini, notizie in G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. II, p. 37. Sui suoi rapporti con la città, cfr. G. SARACINI, *op. cit.*, p. 460; la famiglia fu aggregata nel 1656 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 87, c. 43 v.).

POMPEO VARRESE. Nobile romano (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. III, p. 70); la sua famiglia venne aggregata nel 1660 (cfr. C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 224 r.). Per la sua carriera, cfr. *Hierarchia*, vol. V, p. 69.

ANGELO RANUZZI. Sulla casa Ranuzzi cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. II, p. 400. Notizie sulla sua carriera in *Hierarchia*, vol. V, pp. 13, 181 e 198. Aggregato nel 1666 (cfr. C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 185 r.).

MARCELLO DURAZZO. Notizie sulla sua famiglia in G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 374. Per la sua carriera, cfr. *Hierarchia*, vol. V, pp. 13, 155, 199 e 362; A.C.AN., *Archivio Ferretti S. Domenico*, n. XCVII, *Vita di Innocenzo XII e dei Cardinali suoi contemporanei*, ms., p. 231. La sua famiglia fu aggregata nel 1668 (cfr. C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 64 r.).

GIUSEPPE ESTENSE MOSTI. Di famiglia ferrarese (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. II, p. 185), aggregato nel 1668 (cfr. C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 70 r.). Sulla sua carriera, cfr. *Hierarchia*, vol. V, p. 283.

ODOARDO CYBO. Sulla casa Cybo, cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 291. Notizie su Odoardo Cybo in *Hierarchia*, vol. V, pp. 170 e 352; E. STUMPO, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. XXV, pp. 258-260; per la sua aggregazione, del 1671, cfr. C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 60 r.

VINCENZO CARLO OTTONI. Sulla casata, cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. II, p. 247. Aggregato nel 1671 (cfr. C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 161 r.).

LORENZO FIESCHI. Genovese (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 406), aggregato nel 1674 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 91, 1671-1676, c. 90 v.). Per la sua carriera, cfr. *Hierarchia*, vol. V, pp. 24, 109, 236.

CARLO BICHI. Di famiglia senese (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 133), aggregato nel 1691 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 95, 1691-1695, c. 51 r.). Sulla sua figura cfr. anche *Hierarchia*, vol. V, p. 17; A.C.AN., *Archivio Ferretti S. Domenico*, n. LXVI, ABATE FIOCCA, *op. cit.*, p. 111.

GIAMBATTISTA ANGUISSOLA. Sulla casata, cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 47), aggregato nel 1691 (cfr. A.C.AN., *ibidem*, c. 52 r.).

NICCOLO' GRIMALDI. Nobile genovese (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, pp. 501-502), aggregato nel 1691 (cfr. A.C.AN., *ibidem*, c. 161 v.). Per la sua carriera, cfr. *Hierarchia*, vol. V, pp. 25-26.

ALESSANDRO SFORZA. Sue notizie in *Hierarchia*, vol. V, p. 284; aggregato nel 1693 (cfr. A.C.AN., *ibidem*, c. 161 v.).

LUDOVICO SCIAMANNA. Nobile di Terni (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. II, p. 510) aggregato nel 1695 (cfr. A.C.AN., *ibidem*, c. 158 r.). Sue notizie in *Hierarchia*, vol. V, p. 362.

NICOLO' CARACCILO. Sulla casata cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 280. Per la sua aggregazione, del 1697, cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 96, c. 78 r. Sue notizie in *Hierarchia*, vol. V, pp. 30, 142 e 377.

ANTON FELICE ZONDADARI. Originario di Siena (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. III, p. 126), aggregato nel 1700 (cfr. A.C.AN., *ibidem*, c. 211 r.). Sulla carriera, cfr. *Hierarchia*, vol. V, pp. 27 e 180.

GIOVANNI SALVIATI. Notizie sulla famiglia, in G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. II, p. 475. Per la sua aggregazione, del 1701, cfr. A.C.AN., *ibidem*, c. 243 r.

LUDOVICO CARAFA DI BELVEDERE. Sulla famiglia, cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 231. Per la sua aggregazione, del 1708, cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 99, c. 68 r.; sue notizie in *Hierarchia*, vol. VI, 1730-1799, pp. 38 e 273.

NICCOLO' NEGRONI. Nobile genovese (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. II, p. 204), aggregato nel 1710 (cfr. A.C.AN., *ibidem*, c. 211 r.).

RANIERO FINOCCHIETTI. Notizie sulla sua famiglia in G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 411; per la sua aggregazione, del 1751, cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 107, 1747-1752, c. 246 r. Sue notizie in *Hierarchia*, vol. VI, p. 35.

LUIGI GAZZOLI. Originario di Terni, aggregato nel 1782 (cfr. C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 96 r.). Sue notizie in G. MORONI, *op. cit.*, vol. XXVIII, p. 198; *Hierarchia*, vol. VII, 1800-1846, p. 10; C. ALBERTINI, *Nota de' Governatori d'Ancona*, c. 50 r.; A.C.AN., fasc. 1768-1796 *Cardinale Altieri*.

PRELATI E LUOGOTENENTI

VINCENZO NOBILI. Originario di Montepulciano, nipote di Giulio III (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. II, p. 211), luogotenente del governatore Ranuccio Farnese. Per la sua aggregazione, avvenuta nel 1550, e per i suoi rapporti con la Comunità, cfr. risp. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 45, c. 45 r.; C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 5 r.

SEBASTIANO PORTICI. Di Lucca (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. II, p. 368), luogotenente del governatore Gianangelo Medici, aggregato nel 1556 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 48, 1554-1556, c. 133 v.). Sue notizie in *Hierarchia*, vol. III, 1503-1592, p. 199.

GIROLAMO RUSTICUCCI. Originario di Fano, aggregato nel 1568 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 55, c. 160 v.). Notizie sulla sua importante carriera in *Hierarchia*, vol. III, p. 44.

DIOMEDE FAUSTI. Ufficiale minore della famiglia del Papa, aggregato nel 1605 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.* n. 70, c. 84 r.).

GIACOMO SANNESIO. Prelato aggregato nel 1605, (cfr. A.C.AN., *ibidem*, c. 52 v.); sue notizie in *Hierarchia*, vol. IV, pp. 8 e 353.

PIETRO GIACOMO CIMA. Notizie sulla famiglia, originaria di Cingoli, in G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 294. Maestro di camera di Leone XI, fu aggregato nel 1605 (cfr. A.C.AN., *ibidem*, c. 57 v.). Sui rapporti tra la città e la famiglia Cima, cfr. A.C.AN., *Libro d'Oro*, cc. 28 v. e 97 v.

BONACCORSO BONACCORSI. Originario di Montesanto di Fermo (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 145; V. SPRETI, *op. cit.*, vol. II, p. 110), aggregato nel 1666 (cfr. C. ALBERTINI, *Indice delle famiglie aggregate*, c. 18 r.). Sulla sua carriera, cfr. *Hierarchia*, vol. V, p. 5.

FERDINANDO NUZZI. Sulla sua aggregazione, del 1692, cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 95, c. 206 r. Notizie sulla sua carriera in *Hierarchia*, vol. V, p. 287.

GIUSEPPE VALLEMANNI. Originario di Fabriano, protettore di Ancona. Sue notizie in *Hierarchia*, vol. V, pp. 26 e 103. La sua famiglia fu aggregata nel 1708 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 99, c. 82 r.).

CARLO MARIA SACRIPANTE. Di famiglia romana (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. II, p. 465; V. SPRETI, *op. cit.*, vol. VI, p. 32). Notizie sulla sua aggregazione, del 1732, e della sua carriera, risp. in A.C.AN., *A. Cons.*, n. 103, 1727-1732, c. 151 r., e in *Hierarchia*, vol. VI, p. 9.

DOMENICO RIVIERA. Notizie sulla sua famiglia in G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. II, pp. 427-428. Sulla sua carriera, cfr. *Hierarchia*, vol. VI, p. 7. L'aggregazione, del 1737, interessa la casa Riviera per ringraziare Domenico protettore di Ancona (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 104, c. 154 v.).

GIANGIACOMO MILLO. Di origine piemontese (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. II, p. 141). Sulla sua carriera, cfr. *Hierarchia*, vol. VI, p. 17. Per la sua aggregazione e per i rapporti dei Millo con la città, cfr. risp. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 105, 1737-1742, c. 85 r. e A.C.AN., *Magistrati. Ufficiali pubblici*, n. 403, *passim*; V. SPRETI, *op. cit.*, vol. IV, pp. 596 sgg.

BERNARDINO GIRAUD. Nobile romano; notizie sulla sua carriera in *Hierarchia*, vol. VI, p. 191. Per l'aggregazione della sua famiglia, del 1756, cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 108, 1752-1758, c. 246 r. e C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 92 r.

NICCOLÒ PERRELLI. Napoletano, fu aggregato nel 1758 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 109, 1758-1764, c. 64 v.). Sue notizie in *Hierarchia*, vol. VI, p. 22.

MARIO MAREFOSCHI. Protettore di Ancona, originario di Macerata. Sulla aggregazione della sua famiglia, avvenuta nel 1771, e per la sua carriera, cfr. risp. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 110, c. 112 v., e *Hierarchia*, vol. VI, p. 27.

VINCENZO MARIA ALTIERI. Di famiglia romana (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 35), fu aggregato, in qualità di protettore della città, nel 1785 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 111, 1775-1785, c. 180 r.). Sue notizie in *Hierarchia*, vol. VI, p. 33.

NOBILI

PAOLO GIORDANO ORSINI, duca di Bracciano. Sugli Orsini, cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. II, p. 242. Venne aggregato nel 1566 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 55, c. 44 v.).

FRANCESCO COLONNA, principe di Palestrina. Sulla famiglia, cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, pp. 309-310. Per notizie su Francesco, cfr. S. ANDRETTA, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. XXVII, pp. 303-304. Venne aggregato nel 1625 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 78, c. 186 v.).

CESARE D'AVALOS, marchese di Pescara e del Vasto. Per la sua famiglia, cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 71. Sulla sua aggregazione, del 1727, e sulla sua vita, cfr. risp. *A. Cons.*, n. 103, c. 4 r. e E. GENCARELLI, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. IV, pp. 620-621.

ALFONSO CARDENAS, principe. Venne aggregato nel 1734 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 104, c. 60 v.).

GIULIO VISCONTI BORROMEO ARESE, conte della Pieve di Brebia. Di origine milanese (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. III, p. 102), venne aggregato nel 1734 (cfr. A.C.AN., *ibidem*, c. 67 v.).

DIOMEDE CARAFA DI COLUBRANO. Venne aggregato nel 1787 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 112, 1786-1795, c. 34 r. e v.). Sue notizie in C. ALBERTINI, *Storia d'Ancona*, vol. XIII, parte seconda, cc. 179 sgg.

MILITARI

ALESSANDRO THOMASONI. Capitano e custode della rocca di Ancona; per la sua aggregazione, del 1544, cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 41, 1543-1544, c. 39 v.

MUZIO MUTI. Di famiglia romana (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. II, p. 193; V. SPRETI, *op. cit.*, vol. IV, pp. 751 sgg.), fu aggregato nel 1566 (cfr. C. ALBERTINI, *Indice delle famiglie aggregate*, c. 144 r.) Era colonnello e castellano della fortezza.

CESARE GUASCO. Colonnello originario di Alessandria (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 509); rafforzò le fortificazioni di Ancona. Venne aggregato nel 1566 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 55, c. 50 v.).

ETTORE GHISLIERI. Parente di Pio V (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 472), colonnello. Fu aggregato nel 1567 (cfr. A.C.AN., *ibidem*, c. 105 v.).

TARQUINIO CAPIZUCCHI. Romano (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 325), inviato ad Ancona come maestro di campo generale. Per sue notizie e per la sua aggregazione, del 1624, cfr. risp. G. SARACINI, *op. cit.*, pp. 352-353 e A.C.AN., *A. Cons.*, n. 78, c. 152 v.

NICCOLO' GUIDI DI BAGNO, marchese di Montebello. Per la sua famiglia, cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 545. Per la sua aggregazione, del 1630, e per i rapporti della sua famiglia con la città, cfr. risp. C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 86 r. e A.C.AN., *Libro d'Oro*, cc. 7 r., 72 r. e 98 v.

RELIGIOSI

PIETRO LANFRANCONI. Cittadino anconetano, agostiniano, fu aggregato nel 1661 (cfr. C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 112 r.). Sue notizie in M. NATALUCCI, *Ancon dorica civitas fidei. Uomini e monumenti della Chiesa nella storia della città di Ancona*, Ancona, 1980, p. 166.

GIACINTO TONTI. Cittadino anconetano, predicatore agostiniano; sue notizie in M. NATALUCCI, *ibidem*. Per la sua aggregazione, del 1717, cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 100, c. 197 v.

CARLO FRANCESCO BADIA. Cittadino anconetano, predicatore. Per la sua aggregazione, del 1741, cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 105, cc. 138 v. e 139 r.

TOMMASO DIONISI. Cittadino anconetano, predicatore ed agente della Comunità a Roma. Sue notizie in M. NATALUCCI, *ibidem*. Aggregato nel 1754 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 108, c. 136 r.).

NICOLA SCANDALIBENI. Cittadino anconetano, procuratore generale dei minori conventuali, aggregato nel 1771 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 110, c. 126 r.). Sue notizie in C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 207 r.

PARENTI E INTIMI DEI PONTEFICI

ASCANIO DELLA CORGNA. Di origine perugina (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 321), pronipote di Giulio III. Aggregato nel 1550 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 45, c. 10 v.); godeva inoltre della nobiltà di Città della Pieve (cfr. C. A. BERTINI FRASSONI, *op. cit.*, p. 157).

GIROLAMO BONCOMPAGNI. Nipote di Gregorio XIII (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 149), aggregato nel 1585 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 63, 1585-1587, c. 25 v.).

INNOCENZO BUONTEMPI. Minore conventuale, nato a Fabriano. Intimo di Clemente XIV (cfr. G. PIGNATELLI, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. XV, pp. 284-285). Per la sua aggregazione, del 1774, cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 110, c. 75 r.

NICOLA BISCHI. Parente di Clemente XIV, ebbe una grande influenza con il precedente sul Pontefice (cfr. G. PIGNATELLI, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. X, pp. 666-668). Aggregato nel 1774 (cfr. A.C.AN., *ibidem*, c. 76 r.).

GIROLAMO BRASCHI ONESTI. Cognato di Pio VI, fu aggregato con tutta la sua famiglia nel 1782 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 111, c. 133 r.). Per la casa Braschi Onesti, cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 170.

VESCOVI

CARLO CONTI. Discendente di un'illustre casa romana; sue notizie in G. MORONI, *op. cit.*, vol. XVII, p. 86. Aggregato nel 1598 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 68, 1598-1601, c. 11 r.); sui suoi rapporti con la Comunità, cfr. A.C.AN., Sec. XVII, *Lettere di Vescovi*, fasc. 1607-1614, *Card. Carlo Conti*, *passim*. Cfr. anche C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 42 v.

MARCELLO D'ASTE. Sulla sua famiglia, cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 68; per la sua carriera cfr. *Hierarchia*, vol. V, pp. 83 e 108. La sua famiglia fu aggregata nel 1700 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 96, c. 226 r.).

G. BATTISTA BUSSI. Di Viterbo (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 186), fu aggregato nel 1720 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 101, 1717-1722, c. 90 v.). Sue notizie in *Hierarchia*, vol. V, pp. 28, 83, 370.

PROSPERO LAMBERTINI. Sulla casa Lambertini, cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. II, p. 4; per la carriera del futuro Benedetto XIV, cfr. *Hierarchia*, vol. V, pp. 83 e 375. Fu aggregato nel 1727 (cfr. A.C.AN., *A. Cons.*, n. 102, 1723-1727, c. 15 r. e v.).

GIOVANNI OTTAVIO BUFALINI. Di Città di Castello (cfr. G. B. DI CROLLALANZA, *op. cit.*, vol. I, p. 181), aggregato nel 1767 (cfr. C. ALBERTINI, *op. cit.*, c. 34 r.). Sue notizie in *Hierarchia*, vol. VI, pp. 23, 82 e 161; G. PIGNATELLI, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. XIV, p. 796. Informazioni sui vescovi anconetani aggregati anche in A. PERUZZI, *La Chiesa Anconitana*, Ancona, 1845, pp. 120 sgg.

BRUNELLO PALMA

LA TUTELA DEI BENI CULTURALI
COME SERVIZIO SOCIALE
E IL RUOLO DELLE REGIONI

SOMMARIO: 1. L'art. 9 Cost., la sua evoluzione interpretativa fino agli anni sessanta. — 2. La tutela dei beni culturali come servizio sociale e la sua presenza negli statuti regionali. — 3. L'art. 117 Cost. e il D.P.R. 14 Gennaio 1972, n. 3. — 4. Il trasferimento o la delega di funzioni secondo il D.P.R. 616/1977. — 5. La legislazione regionale dopo il D.P.R. 616/1977. Un'ipotesi di normativa.

Il problema della regionalizzazione della tutela dei beni culturali, non ostante il disposto degli artt. 9 e 117 Cost. ed anzi proprio per quanto è desumibile dagli stessi, non si può dire che si sia posto al nostro legislatore, costituzionale e non, in maniera immediata, chiara e nell'ampiezza delle sue implicazioni (1).

Esso, pur avendo un andamento assimilabile a quello di altre problematiche proprie di ogni sistema ispirato al principio del pluralismo istituzionale, problematiche consistenti in concreto in una certa pendolarità delle « materie » fra i diversi enti politici esponenti in relazione alle naturali variazioni dell'indirizzo politico, presenta le peculiarità, rispetto a dette materie, di aver trovato la sua scaturigine in un atteggiamento sostanzialmente contraddittorio dei nostri costituenti e di essere nato e poi sviluppato progressivamente

(1) In verità uno dei pochi punti che furono toccati, anche se in modo indiretto, dal disattento dibattito in seno all'Assemblea Costituente fu proprio quello della titolarità della tutela. Durante la stesura dell'art. 9, 2° c., (allora indicato come art. 29), fu proposto da qualcuno di non discuterne, come stava avvenendo, in occasione del dibattito sui rapporti sociali (l'art. 29 soltanto successivamente fu inserito fra i principi fondamentali come capoverso dell'art. 9) bensì di rinviarne l'esame e quindi la definitiva stesura in occasione della discussione sull'autonomia regionale. Tale proposta lasciava esplicitamente intendere che la tutela del patrimonio storico ed artistico si sarebbe dovuta affidare alle regioni. La reazione di alcuni autorevoli personaggi (Marchesi, Codignola ed altri) contrari alla regionalizzazione di questa materia spinse l'on. Lussu a proporre di riprendere la stesura dell'articolo e di sostituire il termine « Stato » con quello di « Repubblica », così da lasciare impregiudicata la soluzione regionalistica, rimettendola al momento della discussione sulle autonomie regionali. Cfr.: *La Costituzione italiana, nei lavori preparatori dell'Ass. Cost.*, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1970, vol. 2°, p. 1320 e ss.

via via che il corpo sociale veniva acquistando consapevolezza circa la sua rilevanza nella determinazione della qualità della vita.

Per quanto attiene alla prima peculiarità, va detto che l'atteggiamento, oserei dire, ambiguo dei nostri costituenti balza agli occhi sol che si ponga mente all'ampio disegno autonomistico desumibile, per la nostra materia, dal combinato disposto degli artt. 5 e 9 Cost., e, nel contempo, alla drastica riduzione perpetrata dall'articolo 117 Cost. con l'affidamento alle regioni di diritto comune della sola materia: « musei e biblioteche di enti locali » (2).

L'esigua rilevanza della materia, peraltro già di competenza degli enti locali, ha concorso per anni ad assegnare un ruolo marginale all'art. 9 Cost. e a fare più lento e difficile lo stesso processo di acquisizione di una consapevolezza sociale.

In ordine a quest'aspetto, in verità, va pure detto che l'interesse dei politici, dei giuristi e dell'opinione pubblica in generale per i problemi connessi alla tutela, valorizzazione e fruizione dei beni culturali ha sempre avuto nel nostro Paese un andamento alterno.

A momenti di grande attenzione, vigilanza e sensibilizzazione dell'intera opinione pubblica, coincidenti in genere con eventi clamorosi quali la vendita, nell'800, di alcuni dipinti di grandi maestri italiani, o, in tempi a noi molto vicini, il trafugamento di opere d'arte di ogni genere, hanno sempre fatto seguito lunghi periodi di assenza dei politici, di disattenzione degli intellettuali e giuristi, e, soprattutto, una costante insufficienza ed inefficacia degli apparati amministrativi statali preposti dalla legislazione del 1939 alla conservazione di detti beni (3).

(2) M. S. GIANNINI, *Il trasferimento delle funzioni amministrative alle regioni*, in AA. VV., *Le Regioni: politica o amministrazione*, ed. Comunità, Mi, 1973, p. 134 e ss., parla, a proposito dell'art. 117 Cost., di resti di un naufragio (ovviamente dell'autonomia) che si vollero frettolosamente restaurare per collocarli nella Carta Costituzionale.

(3) Val la pena di ricordare il trafugamento da Cerveteri del meraviglioso vaso di Eufronio, finito al Metropolitan Museum di New York, e della statua bronzea di Lisippo, trovata da alcuni pescatori nelle acque prospicienti la città di Fano e finita per i soliti canali clandestini al Getty Museum di Malibu (California). L'elenco degli esempi di esportazione più o meno legittima di opere d'arte potrebbe essere lunghissimo. Quelli citati vogliono solo dimostrare che con l'intervento della legislazione del 1939, come d'altra parte era avvenuto durante la vigenza della L. 20 giugno 1909, n. 364, non si è riusciti a porre rimedio al continuo depauperamento del nostro

Lo stesso principio costituzionale sancito all'art. 9: « La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico ed artistico della Nazione », pur improntato ad una visione più che innovatrice dei problemi dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale, era stato accolto con notevole indifferenza dai primi interpreti della Costituzione, i quali, quando un minimo di attenzione vi avevano dedicato, ne avevano erroneamente valutata la portata ed addirittura negata la precettività (4).

Non è certamente questa la sede per esaminare le varie opinioni dottrinali, tuttavia è necessario ricordare che sostanzialmente ad ognuna di esse era sotteso il comune convincimento che l'art. 9, 2° co. Cost. altro non fosse che la generalizzazione di norme particolari contenute nelle leggi speciali del 1939 (n. 1089 e n. 1497) (5). Di qui, come logiche conseguenze, la negazione di ogni valore innovativo da assegnare alla disposizione, l'attribuzione della titolarità della tutela allo Stato-persona e, soprattutto, l'attribuzione al costituente dello stesso movente-fine del legislatore d'ante-guerra: quello della sola tutela conservatrice dei beni di interesse artistico e storico.

Siffatta interpretazione comportava la negazione di una qualsiasi valenza innovatrice oltre che sul piano funzionale anche su quello strutturale. Da questo punto di vista, infatti, l'attribuzione della titolarità della tutela allo Stato-persona significava in concreto la accettazione e la perpetuazione dell'assetto organizzativo gerarchico-piramidale proprio degli anni trenta (6).

Bisogna attendere i primi anni sessanta, ed in particolare l'opera di Enrico Spagna Musso, per avere finalmente un'analisi ampia ed approfondita dell'art. 9 Cost. e soprattutto una esatta valutazione

patrimonio artistico. Allo strumento della vendita all'estero, legittimo nel secolo scorso, si è sostituito lo strumento illegittimo del trafugamento, ed i risultati pratici non sono stati molto diversi.

(4) Si veda fra gli altri: E. CROSA, *Diritto Costituzionale*, To, 1955, p. 146; M. MAZZIOTTI, *Il diritto del lavoro*, Mi, 1956, p. 37; BIANCHI D'ESPINOSA, in BASCHIERI, BIANCHI D'ESPINOSA, GIANNATASIO, *La Costituzione Italiana*, Fi, 1949, p. 37; R. LUCIFREDI, *I principi costituzionali dell'ordinamento scolastico italiano*, in *Riv. Giur. Scuola*, 1964, p. 5 e ss.

(5) Si veda la nota precedente e per una bibliografia più completa si veda B. PALMA, *I beni culturali nella Costituzione italiana*, Montefeltro edizioni, Urbino, 1981.

(6) Cfr.: F. SALVIA, *I beni culturali: i ruoli istituzionali*, in *Archivio ISAP*, 1983, p. 1878 e ss.

del ruolo svolto dalla disposizione nella delineazione dei tratti fisionomici dello Stato italiano (7).

La dottrina e la stessa azione delle forze politiche e sindacali avevano, fino ad allora, prestato la loro attenzione ed orientato i loro sforzi sulla rimozione degli ostacoli di natura economica che si frapponavano e tutt'ora si frappongono allo sviluppo della persona umana ed alla evoluzione in senso democratico del sistema istituzionale.

Gli ostacoli di ordine sociale, forse per la indeterminatezza e genericità del termine, erano stati spesso sottovalutati o tutt'al più intesi in senso socio-economico. L'opera dello Spagna Musso evidenzia, invece, come la Costituzione individui in un principio fondamentale esplicito, dotato della stessa efficacia giuridica degli altri principi costituzionali, una particolare categoria di ostacoli di ordine sociale, quella c.d. socio-culturale, e ne affidi la rimozione alla Repubblica assegnandole il compito di promuovere lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica (8).

Le interrelazioni della nostra disposizione con l'art. 2 e l'art. 3, 2° c. Cost. ci permettono di valutarne appieno il significato e la portata. Se infatti l'art. 2 Cost., con la enunciazione di un principio costituzionale fondamentale che caratterizza l'intero ordinamento, indica nella persona umana il protagonista del proprio divenire, e l'art. 3, 2° co. pone lo Stato in una posizione strumentale da cui deriva allo stesso l'obbligo non solo di non ostacolare ma di promuovere tale divenire, l'art. 9 Cost. si caratterizza per la sua specificità, indicando negli aspetti culturali, intellettuali e morali della personalità umana un campo di intervento per i poteri pubblici.

D'altra parte la « effettiva » partecipazione dei cittadini alla organizzazione ed alla gestione del potere politico, economico e sociale, presuppone sì una strutturazione della collettività su base democratica e la realizzazione di un sistema di sicurezza sociale, ma anche e soprattutto una reale e completa maturazione della personalità del cittadino. Ora, se questo è il reale significato del potere-dovere dell'ordinamento di promuovere la cultura, e quindi il movente-fine che ne è alla base, significato e fine peraltro ormai comunemente

(7) Si veda E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella costituzione italiana*, Napoli, 1961.

(8) Si veda anche: E. SPAGNA MUSSO, *Diritto Costituzionale*, CEDAM, Pd, 1986, p. 268.

accettati in dottrina, altrettanto può dirsi specificamente per il secondo comma dell'art. 9 Cost., che in fondo del primo costituisce il necessario corollario (9).

La tutela dei beni storici ed artistici diviene allora tutela di valori spirituali in funzione della formazione culturale ed intellettuale dell'individuo. Essa quindi non potrà limitarsi ad essere una tutela-conservazione contro l'incuria e l'egoismo degli uomini, bensì una tutela-valORIZZAZIONE e soprattutto una tutela-fruizione dei valori artistici, storici, estetici quali strumenti di incivilimento in funzione del modello di società delineato nella Costituzione .

2. Dalle considerazioni sopra fatte ci sembra risulti evidente come con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana siano mutate le finalità attribuite alla tutela dei beni culturali e, quindi, come tutta la legislazione del 1939 risulti improvvisamente invecchiata e parziale.

Il sistema di polizia in essa previsto, incentrato sulla valutazione e dichiarazione di interesse pubblico, sull'obbligo di conservazione da parte del proprietario, e sui poteri strumentali della pubblica amministrazione circa l'uso e la circolazione giuridica del bene, risulta del tutto insufficiente per le nuove finalità indicate dalla Costituzione (10). Ispirato ad una concezione elitaria della cultura, detto sistema neanche contemplava le finalità della valorizzazione, della diffusione e della fruizione dei valori culturali. Erano quindi perfettamente consone le modalità di conservazione dei beni artistici in musei polverosi e difficilmente accessibili; quando addirittura non consistevano in un vero e proprio immagazzinamento in locali chiusi al pubblico e agli studiosi.

In verità nessuno ha mai considerato la legislazione del 1939 e il modello burocratico scaturitone i migliori possibili. Ripetutamente si sono sollevate voci di addetti ai lavori o comunque di intellettuali che lamentavano disfunzioni, lentezze, inefficienze. Si trattava però, pur sempre, di istanze dirette a migliorare il sistema esistente, a finanziarlo più adeguatamente, a rendere il patrimonio storico-artistico magari più accessibile, a sottrarlo insomma alla polvere e ai ripetuti furti.

(9) Si veda in questo senso: E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura*, cit., p. 75 e 80.

(10) V. ITALIA, *Premesse di diritto amministrativo*, in *La tutela del patrimonio artistico*, Mi, 1977, p. 35 e ss.

Soltanto la corretta interpretazione dell'art. 9 Cost., con lo spostamento dell'accento dalla tutela-conservazione alla tutela finalizzata alla promozione culturale, ha permesso invece la individuazione di un riferimento costituzionale per una innovazione profonda del sistema vigente, delle sue strutture, dei modelli procedurali e delle sue finalità.

La salvaguardia del bene culturale infatti non costituisce più il fine unico ed ultimo dell'azione pubblica; essa, invece, si pone come momento pregiudiziale, indispensabile ma pur sempre strumentale, alla diffusione della cultura. È questo il fine primario che la Costituzione affida alla Repubblica ed è in vista della sua realizzazione che le rimette altresì il compito sia di individuare e conservare le testimonianze materiali aventi valore di civiltà sia di rendere effettivo l'accesso sociale alla fruizione dei valori culturali.

L'art. 9 Cost., insomma, concorre a delineare il modello di società voluto dai nostri costituenti individuando delle linee di sviluppo dello stesso ispirate non soltanto a valori economicistici ma anche a valori culturali (11).

In questo quadro la tutela dei beni culturali assume rilievo non tanto o non solo nel momento del loro mantenimento e della loro salvaguardia, quanto o soprattutto nel momento dell'azione svolta dagli stessi per rimuovere gli ostacoli socio-culturali che impediscono al cittadino di aver parte nella vita economica, politica e culturale dei gruppi sociali cui appartiene.

Conservazione del bene culturale significa, allora, permettere ad ogni cittadino di poter « leggere » il bene stesso; di porgere al prezioso « testimone » domande intorno alla propria storia, alle proprie radici, alla propria civiltà in funzione della creazione di un futuro diverso ove sia escluso ogni tipo di marginalità.

Tutela quindi equivale soprattutto a fruizione; questa però va praticata con la consapevolezza che la « testimonianza » non può mai essere considerata esauriente in quanto è funzionale soltanto in relazione alle domande che la somma delle conoscenze di un determinato momento storico è in grado di porle e con la conseguente consapevolezza che altre domande o altre risposte potranno proporre o rice-

(11) In questo senso: A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, Fi, vol. 2º, p. 379 e ss.

vere le generazioni future (12). Di qui la necessità della conservazione.

Così intesa la tutela dei beni culturali diviene strumento di promozione sociale diretta a rimuovere, al pari della diffusione dell'istruzione, della tutela della salute e del lavoro, gli ostacoli che si frappongono allo sviluppo della personalità umana. Essa, quindi, si connota come prestazione di servizi personali e concorre, per conseguenza, a caratterizzare il nostro Stato come Stato sociale.

Le interrelazioni tra la tutela-promozione culturale e il territorio sono evidenti. Lo stesso concetto di *servizio sociale* ci richiama alla mente il suo modo di articolarsi nel territorio, il concetto di gestione e infine quello di partecipazione.

Non a caso è proprio in questo momento della evoluzione interpretativa dell'art. 9 Cost., e quindi della evoluzione concettuale della materia, che nasce e prende le mosse l'istanza regionalistica.

Il diverso tenore letterale degli statuti delle regioni di diritto comune rispetto a quello degli statuti delle regioni ad autonomia speciale è un chiaro testimone del fenomeno.

Questi ultimi ricalcano sostanzialmente il tenore dell'art. 117 Cost. attribuendo, quasi tutti, alle regioni una competenza legislativa esclusiva in materia di « musei e biblioteche di enti locali » ed una competenza attuativa in materia di « antichità e belle arti » (sic!). La sola regione Sicilia gode di una competenza esclusiva in materia di « tutela del paesaggio; conservazione delle antichità e delle opere artistiche » (13).

Ciò che qui interessa, comunque, non è tanto il tipo di competenza legislativa assegnata a queste regioni, quanto piuttosto il movente-fine della tutela, che risulta essere in questi statuti ancora esclusivamente quello della conservazione.

Gli statuti delle regioni di diritto comune, invece, intervenendo quando più corretta era l'interpretazione dell'art. 9 Cost. e, soprattutto, quando il dilagante fenomeno dei furti e dell'esportazione clandestina di opere d'arte insieme a quello non meno grave e vistoso della degradazione dell'ambiente avevano creato consapevolezza sociale dell'importanza della tutela di detti beni, annoverano fra i fini del-

(12) Per un approfondimento si veda: B. PALMA, *I beni culturali*, cit., p. 138 e s.

(13) Cfr.: St. Reg. Sicilia, art. 14 lett. n), r); St. Reg. Sardegna, art. 3 lett. q) e art. 5 lett. c); St. Reg. Valle d'Aosta, art. 2 lett. s) e art. 3 lett. m); St. Reg. Trentino-Alto Adige, art. 11 n. 4 e n. 7; St. Reg. Friuli-Venezia Giulia, art. 4 n. 14 e art. 6 n. 3.

l'ente la tutela-valorizzazione del patrimonio storico, artistico e gli assegnano compiti di promozione culturale (14).

Si tratta, è vero, di disposizioni programmatiche che, per la posizione degli statuti regionali nella gerarchia delle fonti, sono inidonee a trasferire competenze dallo Stato alle regioni. Tuttavia è anche vero che esse scaturiscono da una coscienza sociale di una dimensione locale e territoriale, prima che nazionale e universale, dei valori espressi dai beni culturali (15), dalla inconfutabile constatazione della trascuratezza e abbandono in cui erano stati lasciati per troppo tempo quei valori ed, infine, da una esigenza culturale ormai largamente sentita, fors'anche per il discreto tenore di vita ormai raggiunto, cui ispirare il modello di società che si veniva sviluppando.

La configurazione della tutela dei beni culturali quale servizio sociale risulta evidente in tutti gli statuti. Basti qui ricordare, a mero titolo di esempio, l'art. 3, 3° co. dello statuto della regione Emilia-Romagna: « La Regione *concorre a realizzare lo sviluppo civile, economico e sociale* della comunità regionale operando per ... lett. m) *valorizzare* il patrimonio storico e artistico e favorire lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica »; oppure l'art. 3 dello statuto della regione Lombardia: « La Regione *concorre a promuovere il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione di tutti i cittadini* all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, per rendere effettiva la libertà e la eguaglianza... In particolare la Regione, nell'ambito delle sue competenze costituzionali...: Tutela i valori del paesaggio e del patrimonio naturale, storico, artistico e culturale ».

3. Se è vero che dall'analisi dell'art. 9 Cost. e delle norme programmatiche contenute negli statuti regionali è dato desumere la configurazione della tutela dei beni culturali quale servizio sociale, è altrettanto vero che l'uno e le altre, sia pure per motivazioni diverse, risultano essere norme inidonee a definire il sistema di distribuzione delle funzioni fra Stato-persona ed autonomie locali.

Le disposizioni costituzionali cui ricorrere sono, semmai, l'ar-

(14) Oltre a quelli citati più avanti nel testo si veda: St. Abruzzo, art. 4; St. Basilicata, art. 5; St. Calabria, art. 3; St. Marche, art. 5; St. Lazio, art. 45; St. Piemonte, art. 5.

(15) Cfr.: G. PASTORI, *La legge sulla tutela dei beni culturali*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Mi, 1982, vol. 1°, p. 473 e ss.

articolo 117 Cost. che attribuisce alle regioni una competenza legislativa, e quindi amministrativa per il principio del parallelismo, in materia di musei e biblioteche di enti locali, e gli artt. 118, 1° e 2° comma, e 128 Cost. che rimettono alla legislazione ordinaria statale la determinazione dei ruoli fra Stato ed enti locali, e fra Regioni e gli stessi enti nelle materie previste da quello.

Se quindi i principi costituzionali fondamentali ci permettono di inserire la tutela dei beni culturali fra i fini primari e caratterizzanti dell'intero ordinamento, di attribuirne la titolarità agli enti politici esponentiali delle diverse comunità locali, e di qualificarla come servizio sociale in funzione di una uguaglianza più sostanziale, è la normativa costituzionale ex art. 117 a ridurre drasticamente, con la sua tassatività, le attribuzioni regionali in materia ed è, infine, la normativa ordinaria statale a dover identificare i ruoli dello Stato e delle regioni nell'ambito delle stesse attribuzioni.

La legislazione ordinaria da cui prendere le mosse è costituita dal D.P.R. 14 gennaio 1972, n. 3 che, al titolo 2°, trasferiva alle regioni le funzioni amministrative degli organi centrali e periferici dello Stato in materia di musei e biblioteche di enti locali.

Esso, in concreto, emanato immediatamente a ridosso della stagione costituente dell'ente regione che aveva suscitato tanti entusiasmi e aspettative, cancellava con un sol colpo di spugna ogni istanza regionalistica, anni di dibattiti e confronti e i tanti tentativi di elaborazione dottrinale sulla titolarità della tutela e sullo stesso concetto di bene culturale. Infatti, mentre da un lato sembrava allargare le competenze delle regioni con l'attribuzione alle stesse delle funzioni relative ai *musei e biblioteche di enti locali* e di quelle relative ai *musei e biblioteche di interesse locale*, dall'altro, spezzando l'organicità della materia, attribuiva alle regioni soltanto le funzioni attinenti all'ordinamento di detti musei e biblioteche e riservava allo Stato-persona quelle invece attinenti al concetto di tutela-protezione. Il disorganico sistema che ne usciva imponeva ovviamente che le prime funzioni fossero trasferite, mentre le seconde, fra cui quella concernente le notificazioni di importante interesse artistico e storico ai termini dell'art. 3 della l. 1° giugno 1939, n. 1089, dovessero essere delegate.

Un altro appunto di non poco conto è che la promozione culturale, che tanto rilievo aveva avuto nella elaborazione dottrinale dei tratti fisionomici dell'ordinamento italiano e la cui titolarità anche in capo alle regioni trovava un radicamento costituzionale ormai rite-

nuto pacifico dalla intera dottrina, non aveva pressocché spazio nel decreto.

La legislazione regionale che ne è seguita, almeno per le regioni che si sono dimostrate più sollecite ed attente alle problematiche culturali, risulta scarsamente omogenea. Essa infatti si è sviluppata secondo due diverse direttrici: l'una scaturente dall'art. 117 Cost. e dal D.P.R. marzo 1972 e l'altra, invece, riferibile piuttosto all'art. 9 Cost. ed alle norme programmatiche degli statuti regionali.

Circa la prima va detto che non ostante la indeterminatezza del trasferimento e la mancanza di una legge quadro di riferimento, la Regione Lombardia (L. 41/1973 — norme in materia di biblioteche di enti locali e di interesse locale — e L. 39/1974 — norma in materia di musei di enti locali e d'interesse locale) ben presto imitata da altre (Regione Campania: L. 49/1974; Regione Lazio: L. 30/1975 e L. 76/1975; Regione Umbria: L. 39/1975) ha saputo dar vita ad un servizio bibliotecario uniformemente diffuso nel territorio e imperniato sulla distinzione delle funzioni affidate ai Comuni, alle Province e alla Regione.

Il risultato è stato quello di ottenere un'organizzazione unitaria in cui ai Comuni singoli od associati, a seconda delle loro dimensioni demografiche, sono affidate le funzioni della istituzione e del funzionamento delle biblioteche, alla regione quelle di indirizzo e coordinamento; anche per il tramite della formazione del personale, e alle Province, infine, quelle dell'assistenza tecnica e del coordinamento fra Comuni e Regione.

Il sistema bibliotecario così delineato, in cui le singole biblioteche risultano gestite da Commissioni che garantiscono la presenza delle minoranze dei Consigli Comunali e la rappresentanza degli utenti e delle istituzioni culturali, è imperniato su una concezione moderna delle biblioteche quali centri di azione culturale e sociale cui sono affidati compiti di sperimentazione di nuove tecniche di animazione e documentazione, e iniziative culturali, artistiche e scientifiche.

Circa la seconda direttrice seguita dalla legislazione regionale, va detto che essa si pone perfettamente nell'alveo tracciato dall'art. 9 Cost. e dagli Statuti. Le disposizioni programmatiche inserite in questi ultimi erano scaturite, come si è già detto, dalla presa di coscienza sociale sia dell'importanza degli interessi culturali sia del fatto che gli stessi erano sempre stati trascurati dallo Stato. Non poteva quindi un decreto legislativo produrre una vera e propria inversione di tendenza. Infatti quasi tutte le regioni fra il 1972 e il 1975 hanno dato

vita ad un'ampia attività legislativa diretta a promuovere la cultura e la ricerca scientifica e, a tale scopo, a « conservare », « salvaguardare », « valorizzare », « gestire il patrimonio storico, artistico e culturale, senza che il Governo abbia mai fatto uso del potere di impugnativa per motivi di legittimità davanti alla Corte Costituzionale (16).

Basti ricordare la legge della Regione Emilia-Romagna 26 agosto 1974, n. 46 (Costituzione dell'Istituto per i beni artistici, culturali e naturali della Regione Emilia-Romagna); la legge della Regione Marche 30 dicembre 1974, n. 53 (Tutela e valorizzazione dei beni culturali); la legge della Regione Toscana 31 maggio 1975, n. 61 (Istituzione della Consulta regionale toscana dei beni culturali); la legge della Regione Campania 24 luglio 1974, n. 32 (Censimento dei beni culturali e naturali della Campania).

Non è questa la sede per esaminare dette leggi né, tanto meno, le molte altre che contemporaneamente o successivamente, magari per imitazione, gli altri enti regionali hanno emanato in tale periodo. D'altra parte la legislazione regionale, complessivamente considerata, non risulta abbastanza omogenea da permettere considerazioni di sufficiente livello di generalizzazione da ricomprenderla tutta in dettaglio.

Ciò non ostante, almeno a livello di principi, se ne può ricavare un quadro d'insieme abbastanza nitido e preciso.

I criteri che la ispirano sono quelli della programmazione, della partecipazione e del decentramento. Il largo uso delle Consulte, con compiti di orientamento dell'azione delle Giunte, permette un'ampia partecipazione di esperti, di tecnici e di rappresentanti dei lavoratori del settore alla elaborazione di programmi culturali. L'ispirazione ai nuovi principi teorici fa sì che i musei, le biblioteche e i complessi di beni culturali diventino strumenti attivi di cultura, strettamente connessi con la scuola e con ogni altra istituzione culturale.

Insomma dall'esame di detta legislazione risulta ormai chiaramente acquisita la consapevolezza della configurazione della tutela dei beni culturali quale servizio sociale e quindi la delineazione di un sistema di protezione di detti beni che si irradia nel territorio al fine di realizzare una valorizzazione ed una vera fruizione sociale degli stessi.

La concezione elitaria della cultura, ispiratrice della legisla-

(16) Si veda in questo senso: C. CAMILLI, *Commento all'art. 48*, in E. CAPACCIOLI - F. SATTA (coordinato da), *Commento al decreto 616*, Mi, 1980, p. 835.

zione del 1939, che tanti danni aveva provocato sul piano della fruizione dei valori culturali con l'allontanamento dagli stessi del corpo sociale nella sua quasi interezza, sembrava ormai superata.

Purtroppo, invece, ogni tentativo di creare un sistema razionale ed efficace di tutela e valorizzazione dei beni culturali era destinato ad essere appena abbozzato. Le leggi sopra citate si configurano infatti come una sorta di leggi quadro, destinate a trovare applicazione, almeno in alcuni dei loro aspetti, soltanto con l'emanazione di successive disposizioni normative e, soprattutto, con la piena attuazione del dettato costituzionale e del trasferimento o delega delle funzioni amministrative.

In attesa di tanto la direttrice sulla quale hanno finito per ripiegare le regioni è stata quella di porre in qualche modo rimedio all'estremo degrado in cui erano tenuti molti beni artistici e storici. La valorizzazione degli stessi e la creazione di un sistema di fruizione sociale sono stati ben presto trascurati per concentrare gli sforzi sulla sola finalità della conservazione, anche se l'insufficienza degli stanziamenti, l'urgenza degli interventi, le scelte spesso determinate da pressioni localistiche hanno reso, talvolta, certe priorità quanto meno discutibili. Tuttavia, a conferma della inscindibilità dell'interesse culturale e del suo radicamento nella coscienza delle comunità locali, va rilevato che spesso gli stanziamenti di somme, anche ragguardevoli, da parte delle regioni avevano per oggetto singoli beni o complessi di beni la cui salvaguardia sarebbe stata, secondo il decreto 3/1972, di stretta competenza statale.

4. I DD.PP.RR. del 1972 avevano provocato una reazione in tutti i regionalisti sì da spingere, come si è visto, le regioni ad una intensa attività legislativa per molti versi costituzionalmente discutibile; e ciò è tanto più vero se si considera che le norme di trasferimento, pur non potendo interpretare « autenticamente » la Costituzione bensì solo procedere ad « una ricognizione di confini » delle singole materie, sono state via via prese dalla Corte Costituzionale come punto di partenza di ogni giudizio su controversie relative a competenze regionali (17). Il contenzioso, quindi, assumendosi come parametro di riferimento il D.P.R. 3/1972, sarebbe stato quantitativamente elevato se il Governo non avesse preferito non fare uso del potere di impugna-

(17) Cfr.: F. BASSANINI, *Le Regioni fra Stato e comunità locali*, Bo, 1976, p. 212 ss.

tiva e adoperarsi invece per un trasferimento di competenze alle regioni più conforme non solo al dettato costituzionale ma anche alle istanze regionalistiche ormai vivamente avvertite in tutto il Paese.

Il risultato fu la legge di delega 382/1975 e il decreto delegato 616/1977 che costituiscono un vero e proprio spartiacque nell'ancor recente storia delle nostre regioni. Gli articoli del secondo che in qualche modo traducono sul piano della normativa ordinaria, con l'obiettivo primario della definizione dei ruoli delle regioni e degli enti locali, il principio costituzionale di cui all'art. 9, sono l'art. 47 che trasferisce alle regioni le funzioni amministrative in materia di musei e biblioteche di enti locali, l'art. 48 che rinvia ad una successiva legge la determinazione delle funzioni amministrative da delegare alle regioni ed agli enti locali « in ordine alla tutela e valorizzazione del patrimonio storico, librario, artistico, archeologico, monumentale, paleo-etnologico ed etno-antropologico » e, infine, l'art. 49 che riconosce alle regioni compiti di promozione culturale.

Da un primo sommario esame di detti articoli risulta immediatamente evidente come il legislatore delegato abbia colto i risultati raggiunti dalla dottrina in ordine sia al significato dell'art. 9 Cost., sia alla definizione delle materie di cui all'art. 117 Cost. Ne sono una chiara riprova l'art. 49, che discende dal significato di Stato-ordinamento da attribuire al termine Repubblica usato all'art. 9 Cost., l'ampio contenuto dato all'art. 47, che oltre a trasferire alle regioni in maniera più organica la materia « musei e biblioteche di enti locali » ne amplia il significato letterale per ricomprendervi ogni tipo di raccolta artistica, storica, bibliografica di interesse locale, e, infine, la previsione contenuta nell'art. 48 di una legge di riordino dell'intero assetto normativo della tutela dei beni culturali con l'evidente intento di consacrarne la funzione di promozione culturale e di non escludere le regioni e gli enti locali dalla gestione degli stessi.

Il combinato disposto dei tre articoli, non da tutti i regionalisti considerato soddisfacente, risulta a mio parere sufficientemente idoneo a coprire la tutela-promozione culturale in ogni suo aspetto e articolazione. Naturalmente la creazione di un servizio sociale di tutela-fruizione dei beni culturali, che ricomprenda come oggetto ogni testimonianza ideale o materiale di civiltà e come soggetti tutti gli enti esponenziali dello Stato-ordinamento, dipenderà dalla legge di riordino dell'assetto normativo di tutela di detti beni che, secondo l'art. 48 del D.P.R. 616/1977, si sarebbe dovuta emanare entro il 1979 e che, invece, è tutt'ora attesa. L'art. 48 non fissa, né d'altra

parte avrebbe potuto farlo, il ruolo delle regioni e degli enti locali; esso cioè non indica, né poteva indicare, quali e quante funzioni dovessero formare oggetto di delega. È però vero che il suo tenore e la sua collocazione non lasciano dubbi circa un ruolo da riservare alle regioni e agli enti locali sia nella tutela che nella valorizzazione del patrimonio storico e artistico. Giustificate, quindi, sembrano essere le reazioni negative alle bozze dei disegni di legge governativi (Biasini e Scotti) che riservavano un ruolo secondario e del tutto marginale alle Regioni.

La configurazione della tutela dei beni culturali quale servizio sociale, così come si desume inequivocabilmente dai principi costituzionali, comporta che accanto alle indiscutibili esigenze unitarie dell'esercizio delle funzioni siano tenute nel debito conto le altrettanto insopprimibili esigenze di articolazione territoriale.

L'assetto gerarchico-piramidale imposto dalla legislazione del 1939 dovrà essere necessariamente smantellato in relazione alle nuove finalità assegnate dalla Costituzione alla tutela dei beni culturali. La attuale amministrazione sostanzialmente incentrata sui limiti alla gestione e alla circolazione dei beni, a chiunque appartenenti, dovrà trasformarsi in una amministrazione organizzata e finalizzata all'uso diffuso degli stessi beni.

In verità sarebbe stato opportuno che il riassetto normativo, con la ridefinizione dell'oggetto « bene culturale », delle finalità della tutela, dei principi e modalità dell'intervento pubblico, cui per altro già vent'anni addietro le Commissioni Franceschini e Papaldo avevano ottimamente lavorato, fosse intervenuta prima della legge 382/1975 e del D.P.R. 616/1977. Ciò avrebbe permesso una più organica ripartizione delle funzioni di amministrazione che oggi risultano suddivise fra organi centrali e periferici del Ministero, le Regioni (sia a titolo proprio che delegato) e gli enti locali. Per quanto attento ed oculato potrà essere il legislatore, la nuova legge, laddove dovrà procedere alla ripartizione dei ruoli fra Stato, Regioni ed enti locali, sicuramente comporterà discrasie con quanto già delegato alle regioni in materia di patrimonio immobiliare di valore storico e artistico e con la stessa materia trasferita dei musei e biblioteche di interesse locale.

Non è un caso, infatti, che le molte proposte di legge, presentate non solo dal Governo ma anche da quasi tutti i partiti politici, risultano per molti aspetti discutibili. Anche quelle, infatti, che si caratterizzano in senso regionalistico non sembrano tenere nel giusto

conto la natura di servizio sociale che, secondo i principi costituzionali, dovrebbe assumere la tutela dei beni culturali. Il ruolo delle regioni pur di rilievo in alcune proposte, non sembra saldarsi omogeneamente con quello dello Stato e degli enti locali così da dar vita ad una organizzazione sufficientemente unitaria e funzionale.

La dottrina, invece, sulla scorta di altri servizi sociali, ha delineato con estrema lucidità il modello organizzatorio e i ruoli dei vari enti politici esponenziali individuando il criterio di articolazione dello stesso nella distinzione delle diverse funzioni « così da avere, da un lato, il massimo di omogeneità normativa e di coordinamento programmatico e finanziario in sede nazionale e, dall'altro, il massimo di ricomposizione territoriale delle funzioni di amministrazione, di gestione o di fruizione in sede regionale e locale » (18). Le funzioni da riservare allo Stato sarebbero quindi la normativa sostanziale e quella tecnico-operativa, il coordinamento programmatico e finanziario, la formazione e la selezione del personale. Alle regioni invece potrebbero essere riservate le funzioni amministrative così da permettere loro il coordinamento del momento della tutela con quelli della valorizzazione e della fruizione nell'ambito di piani regionali redatti secondo le direttive nazionali. Agli enti territoriali minori, infine, potrà essere riservata la gestione dei beni, nell'ambito di disposizioni programmatiche e di determinazioni amministrative regionali, mediante l'ausilio di strutture organizzate, uniformi ed omogenee, fissate con le normative tecniche adottate in sede nazionale (19).

5. La mancata emanazione della legge di tutela dei beni culturali, e quindi la mancata definizione delle funzioni delle regioni e degli enti locali in materia, non è stata senza conseguenze sulla produzione legislativa regionale. E ciò non tanto e non solo per lo specifico settore dei beni culturali in senso stretto, bensì anche per tutti i settori di cui agli artt. 47 e 49 del D.P.R. 616.

La prima e più importante conseguenza è stata quella di provocare un certo disorientamento nel legislatore regionale che soltanto in qualche caso e con un certo ritardo è riuscito a dar vita a leggi-quadro che organicamente ponessero principi organizzativi di un sistema regionale globale di promozione culturale. Detto disorienta-

(18) Cfr.: G. PASTORI, *La legge sulla tutela*, cit., p. 480.

(19) Si è riportata con estrema sintesi l'ipotesi completa e articolata di una legge sui beni culturali fatta da G. PASTORI, *La legge sulla tutela* ... più volte citata.

mento, peraltro, va sommato ad un periodo di incertezza e di attendismo che, dall'emanazione della 382/1975 fino al relativo decreto delegato del 1977, ha bloccato la produzione legislativa su quasi tutte le materie di cui all'art. 117 Cost. e in particolare su quella dei beni culturali. Ciò non significa, ovviamente, che in tale lasso di tempo non si siano avute leggi di un qualche rilievo.

Le poche che sono state emanate, comunque, si possono suddividere in due gruppi: il primo costituito da quelle di mera erogazione di contributi o di rifinanziamento di leggi precedenti; il secondo, invece, costituito da quelle leggi con cui, ancora sulla scorta del decreto 3/'72, alcune regioni cercavano di recuperare il ritardo che avevano accumulato sul piano della produzione legislativa magari per conflitti ed instabilità politica (20).

Non è invece emanata alcuna legge, né d'altra parte sarebbe stato possibile emanare, che, sulla scorta dell'art. 9 Cost. e delle norme programmatiche statutarie, tentasse di delineare un servizio sociale di promozione culturale a livello regionale. Le stesse regioni che, come si è visto più sopra, ne avevano tentato un abbozzo sulla spinta di un entusiastico regionalismo iniziale, hanno sospeso, nel tempo suddetto, ogni tentativo di completamento.

Il contenimento quindi dell'attività legislativa regionale nell'ambito dei ristretti limiti della materia « musei e biblioteche di enti locali », che non era riuscito al D.P.R. 3/1972, si verifica a seguito della legge 382/1975 e nelle more del D.P.R. 616/1977. Anzi, come si è detto più sopra, anche dopo la pubblicazione del decreto delegato, a causa della mancata emanazione della legge di cui all'art. 48, l'attività legislativa regionale ha subito un rallentamento per lo meno nella emanazione di leggi specifiche sui beni culturali.

La creazione a livello regionale di un servizio sociale finalizzato alla promozione culturale presuppone invece l'inglobamento in esso dei beni culturali, o meglio non può prescindere dai valori spirituali,

(20) Possiamo considerare del primo gruppo: Basilicata, L. 5.5.'77, n. 16; Campania, L. 10.5.'76, n. 16; Lazio, L. 19.11.'76, n. 57 e L. 23.12.'76, n. 64; Lombardia L. 23.1.'74, n. 14, L. 5.7.'76, n. 27, L. 2.3.'77, n. 14; Molise, L. 28.4.'77, n. 32; Toscana L. 10.11.'76, n. 46; Veneto, L. 9.6.'75, n. 74; L. 18.4.'77, n. 36 e L. 28.4.'77 n. 34. Del secondo gruppo fanno parte: Abruzzo, L. 1.6.'77, n. 22; poi modificata dalla L. 28.12.'78 n. 88; Molise, L. 2.9.'77, n. 26; Toscana, L. 3.7.'76, n. 33; Umbria, L. 3.6.'75, n. 39; Veneto, L. 30.5.'75, n. 58. Costituiscono eccezione: Emilia-Romagna, L. 26.8.'76, n. 38; L. 27.6.'77, n. 28; Abruzzo, L. 3.9.'76, n. 46.

estetici e storici espressi da detti beni. Non è pensabile quindi che sulla scorta delle effettive competenze regionali, in mancanza cioè di una legge-quadro nazionale per i beni culturali che ridefinisca le finalità della tutela e trasferisca agli enti territoriali le necessarie funzioni amministrative, sia possibile costruire un sistema organico e razionale che, riferentesi globalmente al campo della cultura, risulti coordinato nei vari livelli istituzionali.

Le regioni sono state perciò costrette a procedere per compartimenti stagni o, per meglio dire, per singoli settori: biblioteche, musei (gli uni e le altre d'interesse locale), teatro, cinema, musica e spettacoli in genere. È mancata invece una politica culturale organica che mirasse alla salvaguardia, al recupero, alla valorizzazione dei beni culturali e, nel contempo, ne organizzasse la fruizione pubblica in una razionale unità con quella delle biblioteche, dei musei, degli spettacoli teatrali e musicali, ai fini dell'arricchimento e maturazione della personalità del cittadino.

Il modo di procedere per settori, con leggi peraltro in cui la normazione sostanziale e organizzativa si presenta in un unico inestricabile nodo con quella disponente i singoli interventi e i relativi mezzi da destinarvi, non può non comportare una scarsa coordinazione, una incertezza di indirizzo, una sperequazione negli interventi e, in concreto, uno spreco di risorse.

Tutti i settori, più volte citati, presentano un momento unificante nella finalità della promozione culturale. Tutti, perciò, dovranno risultare coordinati in un quadro generale di politica di investimenti che, in termini di produttività sia economica che culturale, sappia rispondere alla sempre più vasta domanda di cultura.

Ciò presuppone diversi momenti di produzione legislativa.

Il primo momento è, ovviamente, rappresentato dalla legge nazionale sui beni culturali che, alla luce dei principi costituzionali, ne ridefinisca l'oggetto, le finalità, i mezzi finanziari, le risorse tecniche, i principi e modalità dell'intervento pubblico e la sua necessaria coordinazione con quello privato, e, soprattutto, proceda alla individuazione dei ruoli ed alla coordinazione delle attività dello Stato, delle regioni e degli enti pubblici territoriali.

Il secondo momento dovrà essere costituito, per ciascuna regione, da una legge di programmazione, globalmente riferita alla promozione culturale, che, enunciati gli obiettivi generali e costanti dell'azione regionale sulla scorta delle direttive nazionali per ciascun settore, sappia definire il ruolo e gli apporti operativi non solo degli

enti minori, bensì anche della Scuola, dell'Università, delle istituzioni culturali, degli operatori privati e perfino delle organizzazioni sociali intermedie.

La stessa legge dovrà inoltre indicare le modalità di integrazione degli interventi per il superamento della divisione per settori, per il coordinamento delle fasi di conservazione e tutela con quella di fruizione sociale, per il superamento degli squilibri territoriali (21).

Posta la normazione atemporale e astratta di coordinazione dell'intera attività di promozione culturale, dovrà seguire il terzo momento delle leggi dirette ad organizzare razionalmente i singoli settori delle biblioteche e archivi, dei musei e raccolte di valore artistico, dei beni culturali mobili, di quelli immobili, della musica, del teatro e del cinema.

Nell'ambito, infine, di queste leggi che, in un tutt'uno organico e funzionale, determinano gli obiettivi e quindi il quadro sostanziale, organizzativo e procedurale di ciascun settore, si potranno collocare le leggi provvedimento che stabiliscano i singoli interventi che la regione intende effettuare, le leggi di spesa che indichino i mezzi da destinare ed eventuali leggi di rifinanziamento.

Giugno 1986

(21) Emblematica in questo senso è la legge 28.8.'75 n. 58 (promozione della tutela e dello sviluppo delle attività e dei beni culturali) della regione Piemonte cui può essere assimilata la legge 30.10.'79 n. 47 (Norme sulla promozione culturale) della regione Abruzzo.

INDICE

BANDINO GIACOMO ZENOBI, <i>Da Ferrara a Benevento: i moduli del potere oligarchico tra Basso Medioevo ed Età Barocca</i> . . .	pag. 5
GIAN GALEAZZO STENDARDI, <i>Proprietà, Programmazione, Pianificazione: opportunità di una delegiferazione</i>	» 27
GIAN GALEAZZO STENDARDI, <i>Delegiferazione</i>	» 37
VITTORIO PARLATO, <i>I diritti dei christifideles: attuazione nella normativa del C.I.C.</i>	» 51
GUIDO GUIDI, <i>Bicameralismo e « Senado » spagnolo</i>	» 127
ANNA MARIA GIOMARO, <i>Ipotesi sulla datazione della « Deo auctore »</i>	» 183
PAOLO PASCUCCI, <i>Autoregolamentazione dello sciopero e accordi sindacali nel pubblico impiego</i>	» 245
GIANCARLO CIOPI, <i>Soggettività tributaria e problemi fiscali degli Enti ecclesiastici</i>	» 301
FRANCESCO BOSCHI, <i>Sulla « ratio » della punibilità della bestemmia dal '700 ad oggi</i>	» 325
GIOVANNA PIRANI, <i>Le aggregazioni « onorarie » al patriziato nell'Ancona di Antico Regime</i>	» 353
BRUNELLO PALMA, <i>La tutela dei beni culturali come servizio sociale e il ruolo delle Regioni</i>	» 391