

ANNI LIV-LV-LVI - 1985-86/1986-87/1987-88

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



NUOVA SERIE A - N. 38-39-40

INDICE

BANDINO GIACOMO ZENOBI, <i>Dalla oligarchia informale alla nobiltà formalizzata: Tolentino tra XV e XVIII secolo</i> .	pag. 5
GIAN GALEAZZO STENDARDI, <i>Riflessioni introduttive allo studio del diritto amministrativo</i>	» 35
GUIDO GUIDI, <i>Governo, maggioranza e minoranze nel « Congresso » spagnolo</i>	» 57
GIOVANNI BATTISTA VARNIER, <i>Le origini della costituzione italiana. I documenti programmatici dei cattolici</i>	» 107
ANDREA CASTALDO, <i>La teoria dell'aumento del rischio e l'illecito colposo</i>	» 125
BRUNELLO PALMA, <i>La decretazione d'urgenza nello Statuto Albertino</i>	» 159
BRUNELLO PALMA, <i>La tutela del patrimonio storico nella legislazione francese: procedure e vincoli</i>	» 183
GIUSEPPE GILIBERTI, <i>Caesari Omnia Licent La concezione seneciana del « Rex Iustus » da Caligola a Nerone</i>	» 207
CARLO ROSSELLO, <i>Sopravvenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense</i>	» 225
LUIGI RAGAZZINI, <i>Risarcimento del danno e lesione di interessi di fatto</i>	» 247
GIANCARLO CIOPPI, <i>Principio di eguaglianza e libertà religiosa (Note di diritto costituzionale ed ecclesiastico)</i>	» 275

ALESSANDRO PANDOLFI, <i>Libertà religiosa ed origini dello jus circa sacra: momenti di critica spinoziana</i>	pag. 333
MARGARITA VENTO TORRES, <i>La libertad e igualdad efectivas de los movimientos religiosos en el estado español y las comunidades autonomas</i>	» 387
EUCLIDE ANTONINI, <i>Il tributo nella storia quale presenza negli scritti di politica, di morale e in genere nella letteratura non tributaria</i>	» 405
MASSIMO FLORIO, <i>Incentivi fiscali agli investimenti nella esperienza USA. Un commento ad una ricerca del national bureau of economic research</i>	» 415

BANDINO GIACOMO ZENOBI

DALLA OLIGARCHIA INFORMALE
ALLA NOBILTÀ FORMALIZZATA:
TOLENTINO TRA XV E XVIII SECOLO

1. - A voler accettare quanto ne scrive nelle sue « Memorie » sul finire del Settecento Carlo Santini, il Consiglio generale di Tolentino sarebbe stato composto, almeno dai primi decenni del XV secolo, da centoquarantesi nobili (1): la nobiltà formalizzata, risultante cioè da un numero determinato di famiglie abilitate a coprire in esclusiva attraverso i propri esponenti in età adulta, i seggi degli organi collegiali e le magistrature della comunità, costituirebbe dunque, a Tolentino, un fenomeno di antica data, anteriore al dominio sforzesco e, in ogni caso, precedente alla erezione della terra a città di quasi due secoli.

Quest'affermazione del Santini appare immediatamente — e a ragione — poco attendibile, sia a causa del carattere precoce ed eccezionale assegnato ad una chiusura di ceto che avrebbe dovuto consumarsi *in loco*, quanto meno, sul finire del XIV secolo (2), sia e specialmente, per la evidente incongruità del rapporto numerico che dovrebbe intercorrere fra nobili e restante popolazione: un rapporto implicitamente ipotizzato, secondo la proposizione del Santini, nella misura approssimativa di 1 : 10 e ciò anche ammettendo che, nei primi decenni del Quattrocento, dopo quasi settant'anni di ininterrotte carestie e di pestilenze, la « terra » di Tolentino avesse conservato i millecinquecento fuochi per i quali

(1) C. SANTINI, *Saggio di memorie della Città di Tolentino*, Macerata, 1789, p. 153, nota 22: « Sin dal 1418, coll'espressione *ex deliberatione Nobilium Virorum* etc. (Libro di Riformanze del detto anno, pag. 41) e dell'anno 1432 coll'espressione *Nobiles viri* etc. (Libro di Riformanze del detto anno pag. 22) erano fissi i nostri nobili al numero di 146 i quali negli anni posteriori di tempo in tempo si sono diminuiti ».

(2) Si veda, su questi concetti, B. G. ZENOBI, *Da Ferrara a Benevento: i moduli del potere oligarchico tra basso medioevo ed età barocca*, in « Studi Urbinati » di Scienze giuridiche, politiche ed economiche, N.S.A. n. 35-36-37, aa. LI-LII-LIII (1982-83, 1983-84 e 1984-85), pp. 7-25.

risulta censita intorno alla metà del Trecento (3). Ora, una dimensione quantitativa del ceto nobile che raggiunga o superi il 10% della popolazione complessiva rappresenta, com'è noto, una cifra introvabile nell'Italia e nell'Europa basso medievale e moderna, a meno che non ci si riferisca alle porzioni centro-occidentali del Regno polacco-lituano il quale però costituisce, sotto questo profilo, un *unicum* pari quasi al doppio delle quantità, pure elevatissime ed eccezionali, che sembrano accertate per l'area spagnola (4). Si tratta, quindi, di una valutazione decisamente inattendibile in ordine agli aspetti giuridici e quantitativi della realtà sociale riferita alla Tolentino quattrocentesca.

Questa tendenza a proiettare all'indietro nel tempo l'immagine di una realtà istituzionale e sociale che si era prodotta in dimensione massiccia e con precisione di contorni, tanto in area pontificia quanto in tutta l'Italia centro-settentrionale, solo a partire dalla metà del Cinquecento (5), non rappresenta però una isolata ed estemporanea trovata del Santini. Si tratta, per contro, di un più generale *topos* storiografico proprio di gran parte dell'erudizione settecentesca in materia: si pensi al Vernaccia (6), al Rosa (7), al Serafini (8), al Lazzari (9) per l'area urbinata; si rileggano gli infiniti prioristi o le relazioni su moltissime città dello Stato ecclesiastico raccolte nelle « Memorie » redatte per il Gran

(3) Cfr. A. THEINER, *Codex diplomaticus Domini temporalis S. Sedis*, II, 1862, p. 343. Sulla nota disputa che aveva contrapposto già dal 1965 John Larnier ed Antonio Ivan Pini in ordine alla prevalente valenza demografica oppure meramente fiscale dei termini *focus*, *focularia*, *fumantes*, si vedano le riconsiderazioni recentissime in A. I. PINI, « Focularia » e « fumantaria » nel censimento del cardinale Anglico in Romagna nel 1371, in « Società e Storia » n. 36 (1987), pp. 383-397.

(4) Si veda per tutti J. P. LABATOUT, *Le nobiltà europee dal XV al XIII secolo*, Bologna, 1978, pp. 13, 37-43 e passim.

(5) ZENOBI, *Da Ferrara a Benevento* cit.

(6) BIBLIOTECA UNIVERSITARIA DI URBINO, *Fondo del Comune*, ms. 32, P. G. VERNACCIA, « Catalogo dei Gonfalonieri e Priori della Città di Urbino estratto dal Libro del Camerlengo Paolo di Guido »; ms. 57, Id., « Priorista 1348-1721, ossia catalogo dei Gonfalonieri e Priori componenti il Magistrato della Città di Urbino »; ms. 115, Id., « Alberi genealogici delle illustri famiglie urbinati ».

(7) *Ibidem*, ms. 54, A. ROSA, « Canonici dal 1481 al 1815 »; 112, Id., « Alberi delle famiglie illustri di Urbino ».

(8) *Ibidem*, ms. 56, P. SERAFINI, « Priorista 1703-1816 ».

(9) *Ibidem*, ms. 67, A. LAZZARI, « Miscellanea sulle famiglie nobili e sulla nobiltà urbinata ».

Priorato di Roma del Sovrano Militare Ordine di Malta nel 1776 (10). E si tratta anche, crediamo, di un atteggiamento ben motivato di studiosi e di giuristi del Settecento preoccupati, al di là del momento encomiastico e della esaltazione dell'antichità dei casati, di collocare possibilmente la fondazione e la legittimazione del « sistema patrizio », come forma originaria ed autoctona del governo locale, al riparo dalle pretese, dalle ingerenze, dalle rivendicazioni del potere centrale (11) e dalle affermazioni di una dottrina di antica data (12), fortemente segnata di tratti assolutistici ed allora ripresa con vigore nei lavori ancor freschi del Cardinal De Luca (13). Una retrodatazione, dunque, del monopolio nobiliare sui poteri comunitativi o sulla porzione più rilevante di questi, che serviva ad ancorarli saldamente alle antiche *libertates* originarie dei corpi locali, a quelle « regalie », per intenderci, che preesistevano alla sottomissione delle comunità al potere dei Rettori pontifici o, quanto meno, che erano state riconosciute alle comunità stesse in occasione delle più recenti capitolazioni con la Santa Sede seguite su larga scala — per l'area marchigiana — proprio all'esaurirsi dell'esperienza sforzesca (14).

L'esistenza stessa di una vera nobiltà tolentinata, che fosse definibile come tale in quanto depositaria *de jure* ed in via eredi-

(10) ARCHIVIO DEL SOVRANO MILITARE ORDINE DI MALTA, *Memorie trasmesse dalle città comprese nei limiti del Gran Priorato di Roma del Sovrano Ordine Gerosolimitano in risposta alle quesiti proposti dalla Nobile Deputazione della Veneranda lingua d'Italia per il rotolo da presentarsi al Capitolo Generale dell'anno 1776* (da ora in poi A. O. M., *Memorie*), ms. in parte edito in C. A. BERTINI FRASSONI, *La nobiltà nello Stato pontificio*, Roma, s.d. [ma 1934], pp. 276-393. Cfr. anche F. CIAPPARONI, *I bossoli degli uffici a Camerino dopo la devoluzione del Ducato*, in « Studi maceratesi », 18, (1983), pp. 125-127 e M. MORONI, *Per una storia della nobiltà recanatese nell'Età moderna*, in « Rivista di studi marchigiani », I, 2, (1978), pp. 175-234.

(11) P. PRODI, *Il sovrano pontefice. Un corpo e due anime: la monarchia papale nella prima Età moderna*, Bologna, 1982.

(12) U. SANTARELLI, *Osservazioni sulla « potestas statuendi » dei Comuni nello Stato della Chiesa (a proposito di Const. Aeg., II.19)*, in « Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Macerata », N.S., II, pp. 245-262.

(13) G. B. DE LUCA, *Il Dottor volgare*, Firenze, 1839, I, p. 302, n. 10.

(14) 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, pp. 62-106; R. VOLPI, *Le regioni introvabili. Centralizzazione e regionalizzazione dello Stato pontificio*, Bologna, 1983.

taria delle più alte cariche locali, non costituisce soltanto una affermazione azzardata ancora per i secoli XV e XVI: un esame diretto delle fonti normative locali e della prassi quotidiana che contrassegna il funzionamento degli organi comunitativi della Terra nel Quattrocento ed ancora per tutto il Cinquecento, pone subito in evidenza numerose testimonianze che portano decisamente ad escludere, nei confronti dell'ordinamento e del costume in vigore, la presenza dei tratti più caratteristici ed essenziali del modulo patriziale.

Lo statuto della Terra, anzitutto, risalente quanto meno al 1434 (15), probabilmente in porzioni cospicue anteriore a quella data, che è certo preceduto dalla Bolla *Probatae fidei* di Eugenio IV, ove si concedono e si riconfermano, a favore della comunità, lo *status* di *terra immediate subiecta* di solo demanio (e, dunque il diritto di eleggersi il podestà), il *jus meri et mixti imperii gladiique potestatis*, e la *statuendi potestas*, ma che, nella sua più antica compilazione, alle rubriche VIII e XLIV del Libro primo, prescrive un Consiglio generale di ottanta membri, non ereditario, da cui si traggono a sorte i quattro priori ed i ventiquattro credenzieri con una forte accentuazione della rappresentanza per quartieri ad ogni livello. Anche le *addictiones* allo Statuto stesso, di poco posteriori (agosto 1436), si limitano a richiedere, nei confronti degli aspiranti alle pubbliche cariche, *Libram appetii et fumantem* e l'essere originario del luogo (16). Bisognerà attendere la *Reformatio* del 30 giugno 1504 (17) perché si sancisca la ereditarietà del seggio in Consiglio generale, sia nella linea retta mascolina, sia negli agnati collaterali; mancando i successori così individuati si deve tornare a scegliere il nuovo consigliere fra gli idonei del quartiere al quale era appartenuto il *de cuius*. Tale riforma stabilisce anche con maggior precisione i requisiti per l'idoneità: i consiglieri dovranno essere in ogni caso, oltre che originari, censiti, maggiorenni, alfabeti e non *infames*. Si tratta di disposizioni la cui adozione rivela

(15) *Statuta seu municipales leges inclitae terrae Tholentini*, Maceratae, per Lucam Binum Mantuanum, anno MDLXVI. Per la data della compilazione e della Bolla di Eugenio IV, cfr. G. BENADDUCI, *Della Signoria di Francesco Sforza nella Marca e peculiarmente in Tolentino (dicembre 1433-agosto 1447)*, Tolentino, 1892, p. 49.

(16) *Statuta* cit., cc. 11-12.

(17) *Ibidem*, cc. 64-64v.

indubbiamente una tendenza nettamente oligarchica e diretta a circoscrivere ed a limitare le possibilità di accesso alle cariche comunitative a favore di gruppi sociali determinati e certamente non infimi. Troppo poco tuttavia, per conferire all'aggregato sociale così individuato i caratteri propri del ceto nobile, i quali non possono ridursi al censo, all'alfabetismo o alla assenza di infamia.

Non è da intendersi peraltro che i veri nobili, naturalmente, fossero assenti dal Consiglio e dalla vita politica della comunità. Chè anzi la loro presenza ed il loro peso si fanno sentire particolarmente nelle più delicate e drammatiche contingenze, quali il prelievo tributario e la pubblica tranquillità ed incolumità. Ma si tratta di famiglie che, ancora nel XV e per tutto il XVI secolo ed oltre, non ripetono il loro *status nobilitatis* dall'appartenenza al Consiglio e *regimen* tolentinate, ma da altre più antiche ed accreditate *fontes honorum* e che discendono dagli antichi ceppi magnatizi dell'area (18). Sono le case dei Mauruzi, Parisani, Benadduci, Rutiloni, Gualtieri, Porcelli, Ozzeri, Petroni ed altre, le quali reclamano la esenzione dall'imposta comunitativa e cercheranno a lungo di conservarsene immuni al pari di tanti altri ceppi di origine feudale, sparsi nei domini pontifici (19), come dappertutto nell'Italia centro-settentrionale, oppure figurano tra i protagonisti dei torbidi che a lungo mettono a dura prova la quiete sociale, capeggiando irriducibili e violente fazioni contrapposte. E tutto ciò fino a quando, proprio poco dopo l'elevazione a pontefice di Sisto V,

(18) Si veda, oltre a quanti appaiono in A.T., *Consigli*, vol. 96 (1585-1586), cc. 2-24 e a SANTINI, *Saggio di memorie* cit., pp. 209-262, G. B. DI CROLLALANZA, *Dizionario storico-blasonico delle famiglie nobili e notabili italiane estinte e fiorenti*, Pisa, 1886-1890, I, p. 112 (Benadduci), II, pp. 111 (Mauruzi), 282 (Parisani), 550-551 (Sparaciari) e V. SPRETI, *Enciclopedia storico-nobiliare italiana*, Milano, 1928-1935, II, p. 31 (Benadduci), IV, pp. 499-502 (Mauruzi), V, pp. 142-144 (Parisani), pp. 302-303 (Pettoni), p. 456 (Porcelli), pp. 893-894 (Rutiloni).

(19) ARCHIVIO STORICO COMUNALE DI TOLENTINO (da ora in avanti A.T.), *Consigli*, vol. 80 (1556-1558), c. 183rv; *Consigli*, vol. 95 (1583-1585), c. 5; cfr. anche C. ROTELLI, *La finanza pontificia nel Cinquecento: il caso di Imola*, in « Studi storici », IX (1968), pp. 107-144; si veda anche G. GHITTOLENI, *Signorie rurali e feudi alla fine del Medio Evo*, in AA.VV., *Storia d'Italia* diretta da G. Galasso, vol. IV, Torino, 1981, p. 608: « E chi non altri che gli antichi *domini locorum* sembrano essere quei *nobiles* che negli estimi dei secoli XIII, XIV e talora anche successivi, sono iscritti in sezioni distinte e separatamente dagli altri abitanti dei villaggi ... ».

ed in ogni caso — e, comunque non a caso — prima della erezione di Tolentino a città, si arriverà ad una pace e concordia generale, con l'arbitrato del Cardinale Rusticucci, segnata appunto l'11 settembre 1585 « *inter [...] Domicellos, nobiles et cives et incolas Terrae Tolentini* » (20). Una nobiltà questa, dai tratti, come si vede, piuttosto antichi, ma anche per vari aspetti, quali la turbolenza ricorrente e la ostinata insubordinazione fiscale, residuali, la quale, appunto come nobiltà, sopravviverà solo a patto di fondersi con l'altra, già in formazione, che trova più agevolmente, negli assetti istituzionali e nella tradizione cittadina, la base giuridica ed i presupposti etici e culturali per la propria fondazione, legittimazione ed affermazione come ceto dominante locale nella sua fisionomia più compiuta e formalizzata che si prolungherà per tutto il periodo compreso fra la seconda metà del Cinquecento e la fine dell'*ancien régime*.

La fusione fra i due gruppi sociali avviene in tempi piuttosto brevi e si consuma a mano a mano che il ceto più giovane ed emergente assume sempre più marcatamente, sotto il profilo giuridico e del costume, la stabile posizione organica ed i connotati etico-politici che lo caratterizzano secondo i moduli patriziali ormai diffusi e prevalenti in tutta l'Italia centrosettentrionale. L'ereditarietà del seggio in Consiglio generale si stabilizza, anzitutto, attraverso un regime successorio che, fissato, come s'è visto, dalla riforma del 1504, si perpetua con andamento costante e con estrema puntualità. Nel corso del secolo compreso fra la metà del Cinquecento e del Seicento, su una campionatura che copre circa un terzo dei centosette anni considerati (21), sono state osservate quaratacinque nomine a consigliere: di esse il 64,4% sono andate al figlio del consigliere defunto (22), il 17,7% al fratello (23), il

(20) A. T., *Consigli*, vol. 96 (1585-1586), cc. 2-24.

(21) La statistica è stata costruita utilizzando A. T., *Consigli*, voll. 80 cit., 95 cit., 96 cit., 103 (1598-1600), 107 (1609-1613), 109 (1617-1624), 118 (1658-1664).

(22) *Ibidem*, voll. 80 cit., cc. 24, 35, 112, 133, 161, 169; vol. 95 cit., c. 64; vol. 96 cit., cc. 69v, 99v; vol. 103 cit., cc. 30v-31, 61, 143v e 145; vol. 107 cit., cc. 232v, 234v; vol. 109 cit., cc. 147, 174, 188v, 192, 246, 255, 270, 274, 277, 285; vol. 118 cit., cc. 4 e 56.

(23) *Ibidem*, vol. 80 cit., c. 40v; vol. 95 cit., c. 145; vol. 96 cit., c. 25; vol. 103 cit., c. 200; vol. 107 cit., cc. 132v, 232v-233v; vol. 109 cit., c. 84; vol. 118 cit., c. 117v.

4,6 ai cugini o ai nipoti *ex fratre* (24). La chiamata di estranei ha luogo soltanto nell'ipotesi di effettiva estinzione della famiglia a cui il seggio spettava *de iure* e si registra, infatti, in non più del 3,3% dei casi (25). L'ereditarietà del « luogo in Consiglio » viene saldata sempre di più alla famiglia di appartenenza, fino a congelare l'utilizzo del seggio quando il titolare defunto non lasci che successori in età minore: nel quale caso si procede ad accantonare e riservare il posto in attesa che il successore, esplicitamente designato nella deliberazione, raggiunga la maggiore età (26). Vengono inoltre ammesse, sempre nell'ambito familiare, le rinunce in *determinatam personam*, sia pure a titolo di grazia (27) e si escludono recisamente le pretese degli eredi in linea femminile (28). Sono poi precisati e ribaditi i requisiti di idoneità: non solo la cultura (29), quanto il censo, ora prescritto — ed è certo cosa rilevante — in beni immobili (30). Il Consiglio generale che costituisce il *regimen* è concepito come unico corpo diviso in quattro gradi che esprimono bimestralmente il Gonfaloniere e i tre Priori (31). Fra i gradi i consiglieri sono distribuiti sulla base dell'anzianità di aggregazione, di biennio in biennio, all'atto del rifacimento del bussolo che deve avvenire *more consueto*, in modo che *nemini fiat iniura, iuxta priscum ritum* (32). Forestieri illustri e benestanti possono essere chiamati, a volte insieme ai propri discendenti, a far parte della *civilitas* (non ancora *nobilitas*) della Terra, *cum honoribus solitis et consuetis* (33).

(24) *Ibidem*, vol. 95 cit., c. 15v; vol. 103 cit., cc. 24v e 103-104.

(25) *Ibidem*, vol. 80 cit., cc. 37, 38, 176; vol. 109 cit., c. 222.

(26) *Ibidem*, vol. 80 cit., c. 185; vol. 95 cit., cc. 74 e 157; vol. 109 cit., cc. 146, 147rv e 274.

(27) *Ibidem*, vol. 103 cit., cc. 30v-31; vol. 109 cit., c. 231; vol. 118 cit., cc. 56 e 117; cfr. anche ARCHIVIO DI STATO DI MACERATA, *Governatore Generale della Marca* (da ora in avanti GGM), vol. 959 (1668-1674), cc. 57-60.

(28) A.T., *Consigli*, vol. 103 cit., cc. 24v e 61; vol. 107 cit., cc. 249-250.

(29) *Ibidem*, vol. 80 cit., c. 24; vol. 107 cit., cc. 249-250.

(30) *Ibidem*, vol. 80 cit., c. 40; cfr. anche *Statuta* cit., Lib. I, rub. 44 e Addictio VI, Lib. II, rub. 27, Lib. VI, Riformanza del 30 giugno 1504.

(31) GGM, vol. 966 (1709-1712), c. 146; A.T., *Consigli*, vol. 103 cit., c. 48; vol. 109 cit., cc. 201-202 e 282; vol. 118 cit., c. 139.

(32) A.T., *Consigli*, vol. 80 cit., cc. 42v e 43v; vol. 107 cit., cc. 48-49, 71rv; vol. 118 cit., cc. 26, 73 e 139.

(33) *Ibidem*, vol. 96 cit., cc. 60rv e cc. 70-71; vol. 103 cit., c. 132.

2. - La erezione della Terra a città e gli eventi istituzionali che seguono nel corso del quarantennio compreso fra 1586 e 1624 sono decisivi ai fini del trapasso dalla oligarchia al patriziato. Il privilegio sistino del 9 dicembre 1586 che colloca Tolentino fra le città della Marca e, dunque, nella prima classe delle comunità che compongono la Congregazione Provinciale, è infatti sentito dalla classe dominante locale come un effettivo salto di qualità. Il nuovo *status* cittadino va infatti, anzitutto, difeso, nel versante dello spirituale, dalle tendenze manifestamente accentratrici della Curia vescovile maceraese, magari procurandosi, come si fa nel 1611 (34) « per la via di Roma et dove farà bisogno », gli appoggi e le protezioni necessarie ad indurre il presule di Macerata alla osservanza più rigorosa delle prescrizioni contenute nel Breve di erezione a città, sia per quanto attiene all'obbligo di residenza la quale, per quanto non continuata, deve tuttavia essere effettiva, sia in ordine alla posizione gerarchica del Vicario vescovile toleninate, che non deve riconoscere alcun superiore se non, appunto, l'Ordinario diocesano, sia riguardo all'*iter* processuale delle controversie di competenza episcopale che deve concludersi *in loco* e non « da Sua Eccellenza Reverendissima in Macerata ». *Status* che, parimenti, va sostenuto con l'indispensabile decoro, anche affrontando i conseguenti inevitabili sacrifici economici e finanziari, attraverso l'impegno, che viene adottato in Consiglio generale il 16 ottobre 1586, di stanziare « pro mensa et usu Reverendissimi Domini Episcopi » la somma di quattrocento Scudi e di assicurare, quale residenza del Vescovo e mansionari, le dimore dei signori Muzio Mauruzi e Francesco Assalti, contigue alla chiesa cattedrale, il cui nolo viene assunto a carico della comunità « hac tamen conditione, quod intelligatur conductio dummodo continue velit habitare in dicta nostra Civitate et non aliter » (35). *Status*, infine, che va potenziato, se possibile, nel temporale, attraverso il tentativo di ottenere il « governo separato » rispetto al rettorato della Marca che siede in Macerata (36). Questo tentativo, volto a fare di Tolentino la sede di un governo prelatizio (al pari di Ancona, Fermo, Montalto, Iesi, San Severino e, da ultimo, Fabriano), avente una

(34) *Ibidem*, vol. 107 cit., cc. 86-90.

(35) *Ibidem*, vol. 96 cit., cc. 101v-102 e 127.

(36) *Ibidem*, vol. 107 cit., cc. 86-90.

circoscrizione che avrebbe dovuto comprendere, oltre alla città e al suo castello di Colmurano, anche le terre di Montemilone, Belforte e Caldarola, effettuato dal Consiglio generale con una decisione del 1 aprile 1610 e condizionato all'approvazione del Cardinale Protettore ed all'adesione delle comunità interessate, non ottiene, nella fase esecutiva, l'adesione del Consiglio di Credenza, pare a causa degli insormontabili ostacoli pecuniari e, forse, per le contrarietà emerse negli ambienti della capitale.

La nuova posizione di Tolentino in rapporto all'ordinamento pontificio, era stata preceduta di poco da due fatti di profondo rilievo e di grossa incidenza sul lungo periodo: la pacificazione generale (37), conclusasi nell'anno precedente, che pone evidentemente le basi della saldatura definitiva tra vecchia nobiltà magnatizia e nuovi ceti emersi nell'area politica comunitativa nel corso del XV e del XVI secolo e la riduzione a quaranta del numero dei presenti per la validità delle sedute del Consiglio generale. Questa decisione, adottata nella tarda primavera del 1585 (38) come misura temporanea, ma che, confermata a più riprese dal Governatore di Macerata, resterà in vigore per tutto il secolo successivo, implica il sostanziale restringersi del *regimen* dagli ottanta consiglieri previsti dallo statuto ed ancora normalmente in carica per tutta la prima metà ed oltre del Cinquecento, a sessanta soggetti. Si tratta di eventi che rispondono ad una medesima logica di fondo: la fusione fra gli aggregati sociali una volta antagonisti avviene su una linea decisamente vicina alla concezione dello *status* e dello stile di vita che è proprio degli strati superiori della società del tempo. Si è avuto modo di osservare come, già nel corso del secolo, la richiesta di requisiti per l'ammissione al grado di consigliere si fosse fatta più severa, specie in ordine alla proprietà che dev'essere in ogni caso immobiliare ed alla puntualità e rigore del regime successorio *in locum regiminis*. Queste precise discriminanti economiche e socio-istituzionali riducono, ovviamente, il numero degli idonei e però, se impongono una diminuzione dei membri del reggimento, rendono poi più compatta la sua caratterizzazione di classe, presentandolo come composto esclusivamente di proprietari terrieri, tutti disposti, ormai, in quanto tali, ad accettare la nuova e più pesante

(37) *Ibidem*, vol. 96 cit., cc. 1-24.

(38) *Ibidem*, vol. 95 cit., cc. 156v-157 e 168; vol. 103 cit., c. 187; vol. 107 cit., c. 166v; vol. 109 cit., c. 173; GGM, vol. 959 cit., cc. 85-95.

fiscalità pontificia, ma anche a gestirne, in gran parte, a livello locale, le mansioni relative all'accertamento, all'estimo e all'esazione, proprio facendo leva su quanto resta delle antiche regalie e *libertates* comunali: redazione dei catasti, controllo degli appalti e delle privative, riparto delle imposizioni dei tributi, operazioni esattoriali.

La risoluzione decisiva viene adottata il 25 novembre del 1609: in occasione della predisposizione delle operazioni preliminari al rinnovo del bussolo di reggimento il Consiglio generale approva, a larghissima maggioranza, il « consulto » del dottore *in utroque* Pietro Fiduzi, il quale propone, fra l'altro, « [...] che, per decoro pubblico et della Città tutta, che in detta rinnovatione di bussolo di reggimento, non si possa imbussolare alcuno che havesse ottenuto moratorie, cinque, aspettative et che fosse divenuto per qual sia causa infame. Et se per l'avenire chi si trova di Magistrato farà arte meccanica per stipendio o per essercitio, resti privo et s'intenda per il presente decreto privato et levato d'ufficio *ipso facto* et chi per il passato haverà ciò fatto, non sia imbussolato nella renovatione del presente reggimento, né in avvenire in tempo alcuno » (39). Qui la cesura con il modulo passato, di sapore ancora misto, in cui potevano convivere, nell'esercizio del potere locale, soggetti provenienti da gruppi sociali differenti e nel quale trovavano ancora spazio gli esponenti dell'artigianato urbano e della mercatura al minuto, appare nettissima e definitiva. In sintonia, del resto, con quanto da vari decenni sta avvenendo in tutta l'area italiana — nel Centro-Nord in particolare — ove i ceti dominanti delle città stanno coagulandosi in aree sociali compatte e separandosi dagli esclusi lungo una linea di demarcazione che lascia al di sotto della soglia del potere quanti appartengono a famiglie che esercitano, o hanno esercitato mestieri manuali: le « arti meccaniche e vili » (40).

Il fenomeno, diffuso, dominante e perdurante al di là delle Alpi da secoli, è nuovo in Italia, ove la crisi precocissima dell'organizzazione feudale e l'assenza o la fatiscenza di grandi istituzioni

(39) A. T., *Consiglio*, vol. 107 cit., cc. 48-49.

(40) ZENOBI, *Da Ferrara a Benevento* cit.; cfr. anche 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*, Trento, 1978, pp. 52-63 e *passim*.

monarchiche, protrattasi per più secoli, avevano reso in gran parte introvabili le gerarchie sociali formalizzate sul modello cavalleresco-feudale ed improponibile un loro utilizzo su larga scala, nella serrata dinamica sociale che caratterizza l'anarchia comunale-signorile dei secoli XIII-XV. Questo quadro di fondo, però, già scosso intorno alla metà del Quattrocento al momento dell'ascesa del Magnanimo sul trono di Napoli e con l'affermarsi e stabilizzarsi dei principati territoriali di grosse dimensioni nel Centro-Nord della Penisola, muta radicalmente e rapidamente dopo il 1494 e l'inizio delle Guerre d'Italia e si rivela, in pratica, completamente inattuale dopo le tragedie di Firenze (1530) e di Siena (1555-59) e il fallimento degli ultimi moduli di « governo largo » (41). Il riallineamento delle gerarchie sociali italiane sugli schemi corrispondenti dei grandi Stati monarchici d'Europa, dopo un lunghissimo ed eccezionale divorzio e dopo che questi ultimi avevano fatto brutalmente sentire il peso della loro imponente superiorità, quanto meno nelle tecniche militari, nella disciplina e nella coerente, lungimirante e vincente arte di governo, avviene specie nell'Italia centro-settentrionale, utilizzando gli istituti e le categorie che la tradizione comunale pone ancora a disposizione degli aggregati sociali dominanti. I patriziati cittadini sono la risultante di quest'opera di riallineamento che coniuga la logica ereditata dalla valenza politica delle autonomie comunitative locali con l'esigenza della pace interna e dell'ordine sociale, da ottenersi selezionando una stabile classe di ottimati che sappia evitare il ripetersi di dolorose sconfitte e di amare delusioni: una classe preparata ed attrezzata all'esercizio del potere mediante il possesso di una solida cultura e di una sicura professionalità — si pensi al diritto — che soltanto l'antica ricchezza può dare; un ceto che si trovi al riparo dall'avidità e dalla corruzione, proprio perché lontano dai bisogni dalle urgenze e dalle dure necessità del lavoro quotidiano. Sono i tratti fondamentali di un progetto politico su cui, tra Cinquecento e Settecento, si affatica un'amplissima schiera di trattatisti: da Gerolamo Muzio a Torquato Tasso, a Scipione Maffei, a Pompeo Neri (42).

(41) ZENOBI, *Da Ferrara a Benevento* cit.

(42) B. G. ZENOBI, *Simbolica e forme del potere in Antico Regime. Il « Libro d'Oro » della città di Montalto, preceduto da un saggio di « Paralipomeni alla ragione politica e alla realtà del privilegio nobiliare nell'Italia dell'Età moderna »*, Urbino, 1988, pp. 12-21. Cfr. anche C. DONATI, *L'idea di nobiltà in Italia. Secoli XIV-XVIII*, Bari, 1988.

In questo senso la decisione del Consiglio generale tolentinate di interdire a quanti esercitano un lavoro manuale l'ingresso nell'area del potere locale, possiede un effettivo carattere fondante. Il « consulto Fiduzi » del 1609 se per un verso, nel ribadire e precisare l'esclusione nei confronti degli « infami », si muove ancora nell'ambito delle prescrizioni statutarie in vigore, per un altro verso va largamente al di là dell'antico diritto locale, estendendo la medesima preclusione fino a comprendere chi eserciti o abbia esercitato arte meccanica, sia in via occasionale, sia professionale (« per stipendio o per essercitio ») e facendo pienamente propria la teoria del tempo, secondo la quale proprio l'assenza di esercizio di arti « vili e meccaniche » è atta a definire, in negativo, la posizione del nobile e lo *status* di un corpo sociale e politico di modulo patriziale.

Ed in questa direzione appunto le ripercussioni saranno immediate sul piano istituzionale, anzitutto, mediante la rapida messa a punto di alcuni strumenti operativi. Della riduzione numerica, già in atto nel ventennio precedente in via temporanea, s'è già parlato; sarà il caso di aggiungere che essa acquista ormai carattere permanente per le puntuali conferme ottenute dal Governatore Generale della Marca che abbassano ulteriormente il numero minimo dei presenti, necessario per la validità delle sedute del Consiglio, fino a trentadue (1611 e 1630), consente, di fatto, un *plenum* di circa cinquanta membri (43). L'esclusione dei non nobili, nel conferire al reggimento la massima compattezza, conferma l'eguaglianza delle posizioni dei singoli membri all'interno di esso, sbarrando la via alla pretesa di dottori e capitani di occupare *de jure* il primo grado che dà il Gonfaloniere (44). L'ascesa dal quarto al primo grado avverrà, in conseguenza di decisioni degli anni 1619 e 1621, *gradatim*: tutti debbono fare « la carrellata » entrando, all'inizio, nel meno elevato dei gradi (45). L'ultimo limite alla trasformazione del Consiglio da organo rappresentativo in cui la comunità si presenta distinta per quartieri ad espressione della Città attraverso la *maior pars* di essa (dove *maior* equivale a *melior*) cadrà

(43) A. T., *Consigli*, vol. 107 cit., c. 166v; vol. 109 cit., c. 173.

(44) *Ibidem*, vol. 109 cit., c. 193; GGM., vol. 966 cit., c. 146.

(45) GGM., vol. 966 cit., li 29 marzo 1710; A. T., *Consigli*, vol. 103 cit., c. 148; vol. 109 cit., cc. 201v-202, 282v; vol. 118 cit., c. 139.

nel 1624 quando, nello stabilire che, in caso di vacanza senza eredi, i luoghi di reggimento debbano assegnarsi agli idonei che peraltro siano disponibili ad esborsare cento scudi, il Consiglio generale stabilisce (46), anche in questo caso a larga maggioranza, che la scelta possa avvenire « [...] derogando, per il presente decreto, allo Statuto che parla che, vacando un luogo, si dia a uno del quartiere, il quale, per il presente, sia affatto annullato [...] ». Nel nuovo sistema, tutto poggiante sulla coerenza interna del ceto, il rilievo politico del quartiere, in ordine alla distribuzione dei seggi, finisce con l'apparire un vieto anacronismo e, cosa più grave, un ostacolo assolutamente inutile che si frappone sovente alla chiamata dei più idonei, scelti secondo i nuovi criteri: il Consiglio non esita, quindi, a deliberare la soppressione di questo residuo e questa sua decisione sarà in seguito, come vedremo, corroborata, anche in via contenziosa, da un preciso giudicato della Sacra Consulta (47).

3. - « Nuovo sistema » si è detto. Ed in effetti, le nobiltà civiche formalizzate dal Cinque-Sei e Settecento non sono soltanto un fenomeno quasi esclusivamente italiano. Esse costituiscono, soprattutto, specie se considerate su larga scala, un fenomeno specifico e nuovo diverse dalle oligarchie informali, più o meno larghe, che avevano dominato i comuni dell'Italia tardo-medievale, ove la pratica e la teorica dell'aristocratizzazione delle forme di governo erano rimaste quasi del tutto ignote. In questo senso il nuovo sistema — il « sistema patrizio » come modulo di governo delle comunità cittadine — rappresenta piuttosto, nel corso dei primi tre secoli dell'Età moderna, la variante italiana di un aspetto particolare comune a tutte le nobiltà europee del tempo: una parte di queste, a volte cospicua, non ripete la propria origine da una concessione del sovrano, ma si autoproduce spontaneamente come espressione diretta dal corpo sociale. Si pensi non solo ai patriziati delle città libere dell'Impero Germanico, della costa dalmata, dei Paesi Bassi, dei porti baltici, ma anche alla *gentry* inglese: tutte nobiltà « non titolate » che l'ordinamento statale non crea ma si limita, in vario modo, a riconoscere. Peculiare appunto della va-

(46) A. T., *Consigli*, vol. 109 cit., cc. 282-293.

(47) GGM, vol. 959 cit., c. 139.

riante italiana, costituita dai patriziati cittadini, è però il suo carattere fortemente formalizzato che è in grado di collocare i propri esponenti allo stesso livello dei nobili di diretta creazione sovrana (48), fatto questo che, al di là delle Alpi, sarebbe stato certamente impensabile. Il carattere originario ed autoctono dei patriziati cittadini italiani che pone il sovrano come « altro da sé » e che si rivela quindi, l'abbiamo già osservato, come fondante, porta appunto con sé una forte carica autonomistica, nel senso più strettamente letterale: la normativa che disciplina le nobiltà civiche è concepita come regolamentazione interna, posta dai singoli patriziati i quali fissano liberamente le leggi che disciplinano l'accesso al ceto e che, in definitiva, sono dirette ad individuare i soggetti idonei da immettere al ceto stesso. Risputa così, per questa via, il problema della idoneità all'esercizio delle funzioni pubbliche che è il problema politico di base: fissare i criteri per il reclutamento della classe di governo.

Abbiamo visto, a questo proposito, le motivazioni che spingevano verso la scelta di classi di governo stabili ed ereditarie e verso la esclusione, dall'area del potere, di quanti provenissero da famiglie ove si esercitavano arti « meccaniche o vili ». Resta da vedere come tali esigenze, generali e diffuse, siano state fatte proprie, sentite ed attuate dai gruppi che a Tolentino si trovano a costituire il reggimento locale nel Sei e nel Settecento. Il problema costituito dal reclutamento, anzitutto, di nuove famiglie atte al governo locale, in sostituzione di casati che tendono ad estinguersi (e ciò in conseguenza sia della successione riservata alle sole linte maschili, sia dalle misure adottate a tutela dei patrimoni che provocano una larga prevalenza del celibato), impone una definizione precisa di cosa si intendesse per « idoneità », attraverso una individuazione non equivoca del concetto di arte meccanica che aderisca alla realtà tolentine. A seguito poi di tale acquisizione, vedremo di seguire la conseguente azione politica del patriziato locale e i relativi riflessi di questa sul piano dell'ordinamento cittadino.

Quale dunque, in via generale e secondo le teorie prevalenti del tempo, l'elemento di separazione fra attività umane compatibili

(48) Cfr. LABATOUT, *Le nobiltà europee* cit., pp. 173-183; A. SPAGNOLETTI, *Elementi per una storia dell'Ordine di Malta nell'Italia moderna*, in « Mélanges de l'École française de Rome », 96 (1984), n. 2, pp. 1021-1049.

con lo *status* nobiliare ed arti meccaniche e vili che a questo ripugnano o « derogano »? Una prima catalogazione ed ascrizione, all'una o all'altra categoria appare piuttosto agevole, anche nella misura in cui trova concorde, appunto, la dottrina coeva (49): così saranno non solo compatibili, ma addirittura considerate fra i mezzi atti ad accrescere la nobiltà, la carriera ecclesiastica, la riflessione e l'insegnamento di teologia, filosofia e storia, la giurisprudenza, la pratica e la didattica delle sette arti liberali « esercitate con reputazione ». E, viceversa, derogheranno e saranno da considerarsi arti vili e meccaniche, tutte quelle attività tecniche e fattuali, prevalentemente di tipo servile, che avviliscono chiunque le pratici e li rendono abrutiti e tendenzialmente dissoluti: sbirri, carnefici, osti, barcaroli, becchini, cocchieri, cavadenti, ruffiani, usurai, rigattieri, vili, appunto, perché guadagnano del male altrui. Ed inoltre, va da sé, tutti i mestieri che si concretano in attività manuali, le quali sono « di pochissimo giudizio, di molta fatica ed imbrattano il corpo ». Restano impregiudicate, in questa prima disamina, tutte quelle arti che presentano aspetti comuni alla prima ed alla seconda categoria e, in ordine alle quali, il costume e le concrete esigenze delle singole città finiscono con il pronunciare, con riferimento al proprio spazio economico politico e istituzionale la parola decisiva. Si tratta dell'arte medica, nei due versanti teorico e pratico, il primo molto simile alla riflessione scientifica propria delle arti liberali, il secondo quanto mai prossimo ai tratti fattuali, immondi e moralmente negativi che caratterizzano le arti vili e meccaniche. Lo stesso può dirsi per il notariato, vicino alla giurisprudenza, se esercitato nelle giudicature o nelle pubbliche cariche, assimilabile alla pratica servile se prestato in cambio di remunerazione diretta a favore di privati. Ancora maggiore difficoltà presenta la collocazione della mercatura, per il confine, non sempre individuale con il banco, il cambio, l'usura, gratificata, appunto, dal male altrui; ma per altro aspetto, utilissima fonte di ricchezza per la città, specie se esercitata in grande ed attraverso agenti e subalterni. Non diversa la posizione dell'attività agricola in prima persona che una antica tradizione porterebbe a non con-

(49) Si vedano su questi concetti G.P. DE CRESCENZI ROMANI, *La Corona della Nobiltà d'Italia*, I, Bologna, 1639, pp. 12-29; Id., *Il Nobile Romano, o sia Trattato di Nobiltà*, Bologna, 1693, pp. 194-213 e ZENOBI, *Simbolica* cit., pp. 12-21. Per una recente ampia trattazione complessiva della materia, cfr. C. DONATI, *L'idea di nobiltà* cit.

siderare indegna, se condotta su terra propria, decisamente derogante per contro, se praticata per mercede su fondi altrui. In tutti questi casi — e qui la dottrina generale e la pratica diffusa coincidono perfettamente — deve guardarsi, come si è detto, alle leggi e alle consuetudini delle singole città (50).

Sotto questo profilo l'esperienza tolentinate presenta uno dei moduli più aperti fra quelli che è stato possibile osservare nell'ambito dello Stato pontificio, nel quale l'arte medica, specialmente se pratica, non è consentita ai nobili di undici città e viene permessa in altre ventuno, con talune riserve; il notariato e la procura non strettamente connesse alle cancellerie, ad essi rigorosamente precluse in trenta città e, viceversa, apertamente consentite, anche qui con varie cautele, in altre undici e la mercatura, specie se al minuto, incompatibile con la nobiltà è tassativamente vietata, in ventiquattro città e compatibile, invece, sempre con molti « distinguo », in altre otto. A Tolentino, invece, la presenza di medici nel Consiglio appare cosa normale e frequente: fra essi sarà il caso di ricordare il noto Giuseppe Gullinelli il quale esercita la professione a Jesi ed ad Ancona e che è autore di uno stimato lavoro sulla cura chirurgica dello scirro addominale, cosa che induce a pensare che la nobiltà del luogo non andasse tanto per il sottile nel distinguere fra medicina dotta e pratica (52). Anche in ordine al notariato il regime locale si mostra apertissimo: notai, specialmente, cancellieri, sia episcopali, sia comunitativi, si incontrano spessissimo fra i Consiglieri generali (53), nel Seicento come nel Set-

(50) MOZZARELLI - SCHIERA, *Patriziati* cit., pp. 52-63 e *passim* e DONATI, *L'idea di nobiltà* cit.

(51) ZENOBI, *Da Ferrara a Benevento* cit., nota da 31 a 38 e ID., *Pratica del diritto e deroga dallo « status » nobiliare nelle città dei domini pontifici*, di prossima pubblicazione in « Ricerche Storiche », 1989.

(52) GGM, vol. 959 cit., cc. 254rv e 272r, « Nota di tutti li Signori Consiglieri della Città di Tolentino, con i privilegi e patenti che ciascuno di loro ha »; SANTINI, *Saggio di memorie* cit., pp. 212-213.

(53) Così Tranquillo Luzi appare senza interruzione consigliere e cancelliere comunitativo dal 1580 al 1610; Catervo Porcelli, anch'egli consigliere a Tolentino (A. T., *Consigli*, vol. 96 cit., c. 127v), risulta notaio e Podestà di Serra San Quirico nel 1601 (SPRETI, *Enciclopedia* cit., V, p. 456 e D. GASPARI, *Memorie storiche di Serra San Quirico*, Roma, 1883, p. 114); Giovanni Sonni e Gian Carlo Pace, consiglieri nel 1674, sono contemporaneamente cancellieri episcopali (GGM, vol. 959 cit., cc. 254rv. e 272r); Gian Paolo Pettoni è consigliere e cancelliere comunitativo nel 1720 [GGM., vol. 969 (1717-1721), cc. 136-141].

tecento, mentre sulla loro appartenenza al *regimen* e quindi al ceto nobile locale, come per i medici, non risulta siano state sollevate obiezioni o perplessità.

Le cose si fanno naturalmente un po' diverse ed il costume più guardingo per quanto attiene alla mercatura. Infatti, nella seconda metà del secolo XVII, siedono in Consiglio anche « speciali, venditori d'olio e zolfanelli », cosa che potrebbe far pensare ad un'apertura del ceto fino a comprendere, in qualche caso, il commercio minuto, ma forse le tinte risultano forzate dalla fonte che consiste in una memoria di parte avanzata alla Sacra Consulta da un ricorrente (54). L'affermazione va pertanto sicuramente letta nel preciso contesto in cui si trova inserita: si tratta di una controversia che vede contrapposti il Consiglio generale da un lato e Paolo Cipriani dall'altra. Il Cipriani si vede negato dai consiglieri l'ammissione ad un luogo del reggimento contestatogli per non essere egli dimorante nel quartiere al quale apparteneva l'ultimo titolare del seggio resosi vacante. Era evidentemente utile al ricorrente presentarsi, quanto a posizione sociale, superiore ad una parte, almeno, dei consiglieri che gli si opponevano. E, del resto, la Sacra Consulta, investita della cognizione sulla controversia, decide il 22 aprile 1671 favorevolmente al Cipriani, affermando che l'idoneità che il Consiglio generale è autorizzato a prendere in considerazione al fine di identificare i requisiti dei candidati, va misurata sulla qualità di oriundo della città, non necessariamente su quella di abitante nel quartiere a cui il seggio aveva fino ad allora fatto capo con l'ultimo titolare. In ogni caso, alcuni decenni più tardi — siamo nel 1720 — la città respinge recisamente l'ipotesi di ammettere in Consiglio, facendoli « *ascendere de stercore in altum* » (sono parole della memoria di risposta, sempre in sede contenziosa, prodotta avanti alla Consulta) quanti provengono « [...] dalla pizzicaria o o dalla conciararia o dalla mercanzia d'animali immondi e simili [...] » (55). Così pure, ancora qualche anno dopo, in una testimonianza, due nobili del luogo affermano che « Questo nostro Consiglio non è composto di persone tutte nate nobili, ma rese nobili per la nobiltà che conferisce il Paese dall'essere aggregati al Consiglio, nel quale si trovano aggregate persone che hanno esercitato

(54) GGM. vol. 959 cit., cc. 85-95 e 139.

(55) *Ibidem*, vol. 969 cit., cc. 134-139v (il testo completo è riportato in *Appendice*).

la mercatura all'uso che si è praticato al presente nel Paese, anzi vi è presentemente, nel ceto dei consiglieri e nobili, chi esercita l'arte dello speziale e chi vive con le fatiche ed arte di campagna [...] » (56) restando tuttavia confermato espressamente il divieto di esercizio di qualunque arte manuale.

Una concezione della « deroga » e cioè del limite che separa le attività proprie degli appartenenti al ceto nobile da quelle incompatibili con lo *status* nobiliare la quale, per quanto attenta a non discostarsi dall'uso locale e, dunque, a consentire ampie possibilità di opzioni nella scelta del lavoro e degli impieghi, rimane tuttavia bene ancorata all'interno della logica patriziale delineata dai trattatisti del tempo.

Questo limite, questa soglia che non deve essere superata, non permette, evidentemente, di mantenere il numero dei consiglieri generali ad ottanta, come previsto dallo Statuto, e nemmeno, sul lungo periodo, a collocarlo sulla quota dei sessanta come una serie di provvedimenti del Governatore Generale della Marca, tutti formalmente concepiti come straordinari e temporanei, consentivano, come si è visto, da oltre un secolo (57). Le assenze di parecchi consiglieri dalle sedute si fanno sempre più numerose a causa delle cariche e professioni da alcuni di essi esercitate altrove e delle esenzioni ottenute da molti altri in conseguenza dello stato di chierici o di militari, come emerge da elenchi del 1674 e del 1706 (58). Ed infatti ai primi del Settecento, su richiesta della « Città e Gentilhuomini di essa », due rescritti dalla Consulta del 24 settembre e del 6 ottobre 1706 autorizzano in via permanente la riduzione dei consiglieri a sessanta e del numero dei presenti per la validità della seduta, a trentadue (59). Lo stesso anno, sempre la Consulta, a seguito di ricorsi avanzati contro l'aggregazione di più parenti in linea maschile di consiglieri in carica, aveva dovuto sancire che si tenesse fermo su ciò che disponeva lo Statuto in relazione al numero minimo per la validità delle sedute, ma non sull'Addictio VIII la quale vietava la presenza di più soggetti in Consiglio gene-

(56) *Ibidem*, vol. 974 (1732-1734), cc. 96rv e 97.

(57) *Ibidem*, vol. 964 (1699-1705), cc. 429-443.

(58) *Ibidem*, vol. 959 cit., cc. 254rv e 272r; vol. 964 cit., cc. 435-443.

(59) *Ibidem*, vol. 964 cit., cc. 435 e segg.; vol. 965 (1705-1708), cc. 125, 133, 143.

(60) *Ibidem*, vol. 965 cit., c. 102 (4 agosto 1706).

rale se questi fossero risultati parenti in via agnaticia fino al secondo grado *iure canonico* compreso.

Mezzo secolo dopo un Breve di Benedetto XIV del 7 gennaio 1747 abbassa ulteriormente il numero complessivo dei consiglieri a quarantotto (61) e, poco dopo, un altro Breve di Clemente XIII del 25 dicembre 1760, nel ridurre ancora tale cifra a quaranta, dispone la ripartizione del reggimento, fino ad allora concepito, come sappiamo, quale unico corpo composto di soli nobili, in tre gradi (62). Di questi i primi due, costituiti di tutti nobili (ventisei o ventisette soggetti: quanti, in effetti, erano stati generalmente i presenti alle sedute) ed il terzo assegnato a semplici cittadini, riservando ai soli nobili il privilegio di esprimere il Gonfaloniere e di trarre unicamente dal proprio seno il Consiglio di Credenza, abilitato, fra l'altro, ad effettuare le ulteriori aggregazioni al ceto (63).

Questa serie di riduzioni del numero dei consiglieri tolentinati dai centoquarantesi quattrocenteschi (tutti nobili nell'opinione del Santini) ai quaranta, di cui solo ventisette nobili, della seconda metà del XVIII secolo, non appare, alla luce di quanto si è detto, una conseguenza della diminuita popolazione, come affermano i gentiluomini del Consiglio ai primi del Settecento e come sostiene — lo sappiamo — il Santini stesso ottant'anni dopo. Fra i primi decenni del Quattrocento e gli ultimi anni del Cinquecento il *trend* demografico (64) si presenta in tutta la Marca, come altrove, fortemente in ascesa: eppure il reggimento di Tolentino perde, lo si è visto, quasi il 60% dei propri effettivi. Anche fra 1701 e 1782, a fronte di un notevole accrescimento della popolazione (65), che passa da 4.586 a 6625 anime, comprensive di città e contado, deve riscontrarsi un decremento dei consiglieri pari al 40%. Non è dunque la popolazione a scemare, quanto piuttosto il numero dei sog-

(61) *Ibidem*, vol. 984 (1758-1761), c. 346.

(62) SANTINI, *Saggio di memorie* cit., p. 153.

(63) A. O. M., *Memorie*, Classe I; BERTINI FRASSONI, *La nobiltà* cit., pp. 297-299.

(64) Per i dati demografici, oltre a F. CORRIDORE, *La popolazione dello Stato romano 1656-1901*, Roma, 1906, cfr. A. CARACCILOLO, *Le grandi fasi di sviluppo dell'economia delle Marche negli ultimi secoli. (Elementi di una ricerca su fonti demografiche)*, in « *Studia Picena* », XXXII (1963), pp. 1-17 e AA.VV., *Economia e società: le Marche tra XV e XX secolo*, Bologna, 1978, pp. 9-61.

(65) CORRIDORE, *La popolazione* cit., pp. 110 e 246.

getti idonei a coprire la carica di consigliere, una volta adottati, come criteri di scelta, i parametri offerti dalla logica del sistema patrizio. In effetti il numero dei consiglieri nobili, torentinati generalmente presenti in seduta dalla riforma di fine Cinquecento a tutta la seconda metà del Settecento resta pressoché invariato: circa trenta individui collocati al vertice del potere locale il quale, nel precisarsi appunto come riservato ad un ceto di governo che si organizza secondo i diffusi e coevi moduli aristocratici, aveva espunto dall'area del « palazzo », a mano a mano che si passava dall'oligarchia informale alla nobiltà formalizzata, quanti erano considerati, per i motivi che si è cercato di esporre, come del tutto inadatti all'esercizio dei poteri pubblici, a Tolentino, come nella quasi totalità dell'Italia e dell'Europa del tempo.

Urbino, dicembre 1988

APPENDICE

Memoria di risposta inoltrata dal Magistrato di Tolentino al Governatore Generale della Marca in replica al memoriale prodotto da privati (che intendevano essere aggregati al Consiglio nobile della Città) avanti alla Sacra Consulta nell'anno 1720.

[GGM., vol. 969 (1717-1721), cc. 134-141]

« Risposta che si dà per parte dell'Illustrissima Città di Tolentino al Memoriale dato in Sagra Consulta sotto nome de' Cittadini particolari di detta Città che pretendono essere ammessi al numero di quel Consiglio.

Sperava la Città suddetta, doppo aver sofferta una lite dispendiosa contro Giovanni Battista Bricciti, Livio Sereni et altri pretensori che pretendevano essere ammessi al numero di questo Consiglio sin dall'anno 1706 in Sagra Consulta col motivo della mancanza de' luoghi d'aver li requisiti dello Statuto et altri capi che per brevità si tralasciano, quali tutti furono rigettati dalla Sagra Consulta sin dalli 27 novembre 1705 e 22 gennaio 1706, come dalle posizioni e dalla piena informazione che ne ha Monsignor Illustrissimo Segardi Ponente della Provincia, allora Ponente per l'Umbria in Sagra Consulta, di essersi liberata dalle ingiuste vessazioni de' particolari di essa Città, quali considerando la fistuca negli occhi altrui e non riflettendo al trave che secondo l'Evangelo hanno negli occhi proprii, a solo fine di ascendere *de stercore in altum* inquietarono la medesima Città con pretensioni improprie e senza alcun merito, anzi con supposti del tutto erronei e falsi per essere ammessi al numero del Consiglio.

Molto più sperava la Città tal quiete sul riflesso che, avendo li medesimi compilatori del moderno memoriale fatto ricorso in essa Sagra Consulta fin dalli 4 luglio 1719 esprimendo le mede-

sime cause che esprimono in detto Memoriale e forse maggiori, non ebbero merito di ottenere da quel giustissimo e sapientissimo Tribunale che un *lectum*.

Ma giacché il fumo dell'ambizione gli ha totalmente acciecati, che non possono nemmeno addormirsi a tante risoluzioni della stessa Sagra Consulta e che oggi più petolanti che mai coll'infamare, per così dire, tutti li Consiglieri di numero nel foglio allegato al loro anonimo memoriale, conviene in primo luogo, per verità e giustizia risponderli non sapersi distinguere dalla Città e Consiglio la di loro sognata abilità e capacità superiore a quella de' Consiglieri aggregati se essi con fronte aperta non si manifestano e non si affacciano a domandare la loro ammissione ne' soli casi e tempi che manchi nel numero de' Consiglieri qualcheduno di essi e che non vi sia alcuno del ceppo da poterlo surrogare e che detti pretensori abbino li requisiti richiesti in tali casi dalla Rubrica 44 del libro primo [dello Statuto] di essa Città.

Per altro nel caso presente apparisce estranea e intempestiva la loro domanda per non essere in Consiglio alcun luogo vacante, ma ripieno sino al numero di sessanta Consiglieri secondo la riduzione fatta sin dall'anno 1706 dall'istessa Sagra Consulta, come nel foglio che si dà annesso segnato Lettera *A* e secondo il Catalogo di essi Consiglieri che in forma pubblica di dà segnato Lettera *B*.

Né puol fare verun minimo ostacolo l'obietto, che si porta nel contrario Memoriale, in cui si dice che, per deludere le risoluzioni della Sagra Consulta, siasi venuto all'aggregazione di molti forastieri e di altre persone che non avrebbero assunto l'Offizio. Poi che i luoghi dati a' forasteri ed altri non è stata una capricciosa aggregazione della Città, ma puramente necessaria, e per aderire al *Jus commune* et alla legge municipale dello Statuto, giacché tutti quelli che furono nella penultima aggregazione sotto li 10 giugno 1719 dopo il rescritto citato dalla parte della Sagra Consulta ammessi, sono gl'infrascritti:

Il Signor Michele de Carolis, in onore e benemeriti di Monsignor Illustrissimo Preside di lui fratello, come fu praticato da' nostri antenati sin dal 1690 con Monsignor Giandemaria, allora parimenti Preside, di cui fu aggregato il Signor Papiniano, suo fratello; nell'anno 1696 con Monsignor Anguisciola, parimenti aggregato, ed altri in altri tempi, come tutto il di si pratica dalle Comunità dello Stato Ecclesiastico in benemerenze de' suoi Protettori.

Il Signor Conte Anguisciola in luogo di Monsignor Anguisciola chiara memoria suo zio aggregato sin dalli 1696 come si disse.

Il Signor Conte Cristoforo Mauruzii in luogo del fu Conte Pietro Paolo e suoi successori aggregati sin dalli 18 ottobre 1625.

Il Signor Conte Francesco Montani in nome del fu Conte Alfonso Montani aggregato sin dalli 25 giugno 1658.

Il Signor Felice Marcucci in luogo del fu Dottor Giuseppe e questi in luogo del fu Carlo padre e di altri antenati che da lunghissimo tempo si trovano aggregati in questo Consiglio.

Onde in tal caso non sa comprendersi con qual sfrenatezza da' pretensori plebei avversari si esprima essere stata fatta una aggregazione per deludere il rescritto della Sagra Consulta, quando in senso di verità non è stato fatto altro che dare i luoghi de' loro antenati alli successori secondo la disposizione statutaria uniforme, in questa parte, al *Jus comune* e allo stile inveteratissimo della nostra Comunità.

Che poi il nostro Consiglio sia composto di pochissimi Consiglieri che hanno poca dottrina e che buona parte di essi sieno poveri ed ignoranti, tutti aggregati con artificio per tenere esclusi e lontani molti degli Oratori in detto memoriale benestanti e capaci ad esercitar detto officio, dal che, come essi suppongono, risulta che gl'affari pubblici si continuino a regolare con somma imprudenza, ad una tale iattanza sarebbono molte le risposte che potrebbero darsi per parte di questo Publico, ma per passarsela modestamente si risponde che li sudetti Consiglieri supposti ignoranti ed aggregati, siano veramente tali come dagl'avversarii si suppone, non sta al loro giudizio di darne la decisione, ma bensì al generale Consiglio, a cui privativamente appartiene, *per fabas albas vel nigras*, approvare o disapprovare l'idoneità o inabilità de' Consigli[eri] aggregandi, per parlare con le parole istesse dello Statuto; e l'altra risposta si è che, ad effetto di distinguere la vantata ricchezza, abilità e capacità degl'avversarii è necessario che *ostendant faciem*, e non sotto nome palliato de' Cittadini, come hanno fatto nel contrario ricorso, perché in tal caso, secondo le vacanze che si daranno in Consiglio, a peso di voti bianchi o neri, verranno esaminati li suddetti loro requisiti con altri che doveranno concorrervi, secondo la disposizione dello Statuto in quelli che devono aggregarsi che *non sunt de cippo* de' Consiglieri defonti.

E che il Consiglio sia regolato con somma imprudenza, basta il dire che, di tali imprudenze non se ne adduce o giustifica ne

pure una, né tali vi sono state giudicate da due Visitatori Apostolici che ultimamente la detta Communità ha avuti, Monsignor Firrao, cioè del 1711 e Monsignor Illustrissimo e Reverendissimo de Carolis, Governatore Generale, nel 1719, onde vi cade ora in acconcio il detto dell'Evangelo che gl'avversarii *habent trabem ante oculos* e vogliono censurare le azzioni di quelli che vi hanno una piccola festuca.

Con tale risposta si tronca la satira compilata dagl'avversarii contro la maggior parte de' Consiglieri nel foglio annesso al loro mordace Memoriale già che dal medesimo più tosto riconoscerà la Sagra Consulta la loro sfacciata e continua petolanza e la pazienza de' Consiglieri in sopportarli, benché offesi, bastando solo il dire che li Consiglieri onorarii vi sono stati sempre da più centinaia d'anni in quà, li vecchi decrepiti o poco sani vi sono stati parimente sempre e si riducono al presente unicamente a tre, cioè Pietro Bernardi, Egidio Curlamonti e Giovanni Chiriacci, li quali, benché giubilati con rescritti de' Superiori, non per questo hanno [mancato] d'intervenire a i Consigli nei casi nei quali sono stati per necessità chiamati, li quali hanno rispettivamente esercitate le Cariche di Confaloniere Egidio Curlamonti e Giovanni Chiriacci nel novembre e dicembre dell'anno 1719 e nel gennaio e febbraio 1720 e come tali assistito a i Consigli celebrati in detti tempi.

Che poi la Sagra Consulta, per dar largo all'ingresso di tali detrattori plebei, voglia che si levino dal Catalogo li Consiglieri onorarii e vecchi, come essi senz'alcun fondamento dimandano nel loro memoriale, la Communità non può né deve sperarlo da quel sapientissimo e giustissimo Tribunale, sì perché sarebbe un levare li luoghi a chi *ab antiquo* e per nobiltà di nascita [li] ha sempre posseduti e possiede, per riempirli di Soggetti che indistintamente prendono l'origine della loro nobiltà a' nostri tempi o dalla Pizzicaria o dalla Cenciaria o dalla Mercanzia d'animali immondi e simili, contro la disposizione del testo nella Legge *Neque Famosis* seconda e nella Legge *Nequis sexta, Codex De Dignatibus*, dove si proibisce conseguire onore e dignità a quelli che hanno esercitato e esercitano arti vilissime, ivi *Ne quis ex ultimis negotiatoribus vel monetariis abiectisque Officiis vel deformibus ministeriis stationariis omnique officiorum faece dversisque partibus turpibus lucris, aliaque frui dignitate pertinet, sed et si quis meruerit, repellatur*; sì anche perché sarebbe un levar quelli che per nobiltà e per merito se l'hanno acquistati e per tali riconosciuti ed approvati nell'aggre-

gazione de' nostri antichi Consiglieri, conforme dispone il Testo nella Legge *Ad Subeunda, Codex De Decurionibus*, libro decimo ivi: *Ad subeunda Patriae munera dignissimi meritis et facultatibus Curiales eligantur*, e nella Legge *Honor* in fine verso, *Si alii non erunt idonei, Digestum de Muneribus et honoribus, Mastrillus, de Magistratibus* Libro secondo, Cap. 8, n. 22 e 55 *et sequentes Collectio ad Bullam Boni Regiminis*, Cap. 31, n. 92.

Che però etc. ».

[Allegato] A

Foris: Alla Sagra Consulta. Per la Città di Tolentino. *Die 30 octobris 1706. Gaudeat impetratis. Intus vero*: Eminentissimi e Reverendissimi Signori. La città di Tolentino, oratrice umilissima delle Eminenze Vostre doppo una lunga lite e dispendiosa sostenuta in codesta Sagra Consulta contro alcuni vili Particolari di detta Città che pretendevano la replezione del numero di ottanta Consiglieri prefisso da quello Statuto, avendo in esecuzione degl'Ordini dell'Eminenze Vostre proposto e risoluto in Consiglio generale di questa Città che si dovesse ridurre il suddetto numero di ottanta al numero solamente di sessanta e inoltre che li Consigli in avvenire si celebrassero col numero di ventisette Consiglieri per gli affari pubblici e, per li Salariati col numero di trentadue, conforme si era praticato per il passato, si compiacquero l'Eminenze Vostre sotto li 24 settembre caduto 1706 di approvare con la loro autorità la suddetta risoluzione del Consiglio quanto alla riduzione del numero dalli ottanta alli sessanta Consiglieri e di rescrivere *pro informatione* circa il numero de' Consiglieri per la validità del Consiglio; e riferita in appresso la detta Informazione in Sagra Consulta, la medesima, sotto li 8 di ottobre corrente, benignamente condescese con dichiarare sufficiente il numero di trentadue Consiglieri per la validità del Consiglio. Onde la Città Oratrice, per esimersi in avvenire da altre liti dispendiose, desiderando spedire un Breve sopra le sudette Risoluzioni di codesto Sagra Tribunale, né potendo ciò fare senza le Copie autentiche delle medesime risoluzioni, supplica riverentemente l'Eminenze Vostre degnarsi ordinare che le siano date. Che etcetera. *In Causa Tolentini reductionis Consilii Sacra Consulta habita sub die 24 septembris 1706, rescripsit*

prout infra, videlicet: « Auctoritate Sacrae Consultae pro approbatione reductionis Consilii, et quoad numerum validitate Consilii pro informatione cum transmissione iurium, quae deinde remittat »; et sub die 8 currentis mensis rescripsit prout infra, videlicet: « Pro validitate Consilii in numero trigintaduorum ». In quorum fidem etcetera; datum Romae hac die 16 octobris 1706, C. Origus Secretarius. Locus + Sigilli.

Quam quidem copiam Ego Iohannes Paulus Pettoni Tolentinas, publicus Apostolica auctoritate Notarius et ad praesens dictae Civitatis Secretarius ex suo originali mihi ad hunc effectum exhibitam ab Illustrissimo Domino Aloysio Pacem et eidem restitutam, fideliter per alium mihi fidum extraere feci In fidem subscripsi et publicavi requisitus etcetera, salva semper etcetera, hac die 2 septembris 1718. + L. S.

[Allegato] B

In Dei Nomine Amen. Haec est Copia Nominum Illustrissimorum dominorum Consiliariorum Illustrissimae Civitatis Tolentini, descriptorum in quodam liberculo detto il Catalogo de' Signori Consiglieri eiusdem Civitatis et aliorum a generali Consilio aggregatorum tenoris prout infra, videlicet: = Illustrissimi Domini = Comes Marcus Antonius Maurutius = Comes Iohannes Gaspar de Grossis = Comes Papinianus Giandemaria = Iohannes Chiriacus = Egidius Curlamontes = Iohannes Paulus Pettoni = Doctor Ioseph Tacci Porcelli = Doctor Petrus Bernardi = Paulus Curlamontes = Iohannes Franciascus Carletti = Doctor Antonius Porcellius = Doctor Aloysius Pace = Ioseph Benadducius = Philippus Francescotti = Franciscus Octavius Rutiloni = Ioseph Martini = Philippus Antonius Falconerius = Ludovicus Pascutius = Iohannes Baptista Valterius = Iacobus Cecilianus = Iohannes Egidii = Doctor Petrus Paulus Gullinelli = Capitaneus Carolus Egidius Porcellius = Iulius Egidii = Catervus Pascutius = Caesar Masetti = Ioseph Nicolaus Franciscotti = Capitaneus Ioseph Sonni = Caesar Sparaciarius = Nicolaus Carletti = Nicolaus Antonius Zerenghi = Iacobus Zecchi Ferreccioli = Doctor Franciscus Guerrerius = Pompeus Cecilianus = Dominicus Curlamontes = Iacobus Bonelli = Ioseph Pace = Bartolomeus Martini

= Vitus Costantini = Nicolaus Vagniboni = Ioseph Antonius Benadducius = Petrus Augustinus Sparaciarus = Nicolaus Puccius = Doctor Scipio Benadducius = Valentinus Puccius = Doctor Iacobus Benadducius = Ioseph Gualterius = Comes Nicolaus Pallotti = Ioseph Fidi = Carolus Curlamontes = Marchio Nicolaus Parisani = Eques Franciscus Xaverius Parisani = Micael de Carolis = Comes Anguisciola = Comes Christopharus Maurutius = Comes Franciscus Montani = Doctor Venantius Antonini = Horatius Guerrerius et = Iohannes Innocentius Benadducius = *Quam quidem copiam Ego Iohannes Paulus Pettoni Tolentinas, publicus Apostolica auctoritate Notarius et ad presens dictae Civitatis Secretarius ex sumpto liberculo et libris Conciliariorum eiusdem Civitatis fideliter per alium mihi fidum extrahere feci, In fidem subscripsi et publicavi requisitus etcetera, salva semper etcetera hac die 9 iulii 1720. L. + S.*

GIAN GALEAZZO STENDARDI

RIFLESSIONI INTRODUTTIVE ALLO STUDIO
DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Scopo dello studio. — 2. Presupposto; la convivenza. — 3. Ripartizione dei compiti fra politica e diritto. — 4. L'attività amministrativa. — 5. Il pubblico interesse. — 6. Interessi settoriali. — 7. I compiti dell'Amministrazione: ineluttabili ed accidentali. — 8. Organizzazione. — 9. Conservazione: mantenimento ordine; protezione verso l'esterno; protezione dalle calamità naturali; istruzione. — 10. Compiti accidentali. — 11. Criteri per l'attribuzione dei compiti allo Stato. — 12. Strumenti per assolvere ai compiti. — 13. Le regole su cui si fonda l'azione amministrativa. — 14. Graduatoria delle fonti. — 15. Conseguenze. — 16. Atti extra hordinem. — 17. Il pubblico interesse e la discrezionalità. — 18. Litimi. — 19. I mezzi. — 20. Le strutture per operare. — 22. Atti amministrativi. — 23. Organi e uffici. — 24. Persone fisiche al servizio dell'Amministrazione. — 25. Distinzione fra funzionari di carriera e funzionari onorari. — 26. Metodi per il reclutamento. — 27. Gli errori. — 28. Categoria di errori. — 29. Sistemi per la eliminazione degli errori. — 30. Giurisdizione su atti e su rapporti. — 31. La responsabilità. — 32. Il risarcimento del danno. — 33. Considerazioni generali.

1. — Scopi di queste « riflessioni preliminari » allo studio del diritto Amministrativo sono: a) far comprendere quanto sia facile ciò che abitualmente viene ritenuto difficile; b) dimostrare come sia razionale quanto usualmente viene creduto caotico e confuso; c) illustrare la presenza del rapporto di causalità che lega fra loro le parti di una struttura, generalmente ritenuta frutto di stratificazioni geologiche o di improvvisazioni; d) mostrare la « logica » del sistema su cui si fonda il diritto amministrativo, che costituisce il fondamento dell'ordinamento amministrativo.

2. — Presupposto ineluttabile del sistema è la convivenza, senza la quale non vi sarebbe sopravvivenza del genere umano, dato che a) sussistono momenti essenziali, della riproduzione, della nascita, e dell'allevamento della prole che la impongono: b) nessun soggetto può possedere tutte le nozioni e svolgere tutte le attività necessarie per provvedere a tutti i suoi bisogni; c) anche se vi fosse un soggetto che disponesse delle nozioni e delle capacità relative, non avrebbe a disposizione il tempo necessario, perché la sua impossibilità di permanere in attività, al di là di un determinato pe-

riodo di tempo, lo pone periodicamente in balia di qualsiasi fattore esterno distruttivo. Questi dati di fatto costituiscono la causa dei problemi che sorgono e delle soluzioni adottate.

La ineluttabilità della convivenza implica la necessità delle regole per renderla possibile; tali regole costituiscono il diritto, che è, così, la « scienza della convivenza ».

Questa considerazione fornisce la risposta al problema del fondamento del diritto. Non una regola generale preesistente, al di fuori del sistema (c.d. diritto naturale), né il mero fatto di porsi come conseguenza dell'applicazione della forza; il diritto è la conseguenza della ineluttabilità della convivenza, unico strumento per la sopravvivenza del genere umano.

3. — In base alla scelta, fatta dal potere politico, della concezione del mondo ritenuta preferibile in un determinato momento, la scienza della convivenza (il diritto) forma la norma-base dell'intero ordinamento necessario per la convivenza, e, secondo detta norma base, disciplina l'organizzazione della collettività, stabilendo la ripartizione di poteri, compiti, funzioni fra soggetti, organi e strutture; pone le regole per la produzione delle regole; introduce i sistemi e gli strumenti necessari per dare esecuzione a quanto stabilito dalle regole; stabilisce i principi e metodi per l'azione amministrativa; istituisce sistemi di controllo per verificare che le norme siano rispettate e fa derivare dal risultato di tale controllo conseguenze efficaci, positive o negative; disciplina i rapporti fra i singoli soggetti, e i rapporti fra questi ultimi e l'organizzazione.

L'individuazione della concezione del mondo ritenuta preferibile in un dato momento ed in certe situazioni per la soluzione dei problemi di convivenza sarà scopo ed opera della politica; la legislazione sarà la produzione delle regole per realizzare tale soluzione; la giurisdizione sarà il controllo dell'aderenza dell'operato alle regole e la statuizione delle conseguenze di tale aderenza o meno; l'amministrazione sarà l'azione applicativa delle regole, ispirate dalla concezione del mondo, compiuta nel pubblico interesse.

Queste quattro funzioni sono costanti in qualsiasi ordinamento, prescindendo dal fatto che siano attribuite ad uno o più soggetti, o categorie, ed ordini, in modo diffuso o concentrato.

4. — L'attività amministrativa consisterà, quindi, nel decidere, in base a regole precostituite, ed a valutazioni di opportu-

nità, se, cosa, quando, come operare, per realizzare i fini di carattere generale consentiti o previsti nel pubblico interesse.

La definizione suesposta pone in evidenza tre elementi tipici dell'attività amministrativa: i metodi per individuare il pubblico interesse; la necessità dell'applicazione delle regole; la piena discrezionalità nella scelta dei mezzi per conseguire il pubblico interesse.

La concezione del mondo, riconosciuta come preferibile dalla politica, sarà uno dei punti di riferimento per trovare quale sia in concreto il pubblico interesse; la normativa stabilirà cosa sia e cosa non sia consentito fare, e come si debba operare; la discrezionalità dell'amministrazione sarà lo strumento che renderà possibile scegliere la soluzione migliore, nel caso concreto, per il pubblico interesse, il cui perseguimento è lo scopo specifico dell'Amministrazione.

5. — Sarà, quindi, necessario rilevare cosa si intenda per pubblico interesse; con quali criteri lo si possa individuare, in genere e nei singoli casi specifici; chi sia legittimato a farlo.

Interesse pubblico, in generale, è tutto ciò che rende possibile il conseguimento di quegli scopi che, essendo essenziali per il singolo, lo hanno indotto ad unirsi ad altri, formando una collettività, per la quale detti scopi sono divenuti compiti necessari, in quanto costituiscono la sua unica ragione d'essere.

Il primo di tali scopi è la sopravvivenza del singolo, che implica la perpetuazione della vita, per la quale è necessaria l'organizzazione del gruppo onde assicurare la protezione del singolo e la ripartizione fra i vari soggetti di compiti e funzioni.

I criteri per individuarlo sono quelli che derivano dalle possibili concezioni del mondo: se sia preminente il bene del singolo, in funzione del quale è stato creato il gruppo, o se sia preminente la sussistenza del gruppo, che è stato creato per consentire la sopravvivenza del singolo.

La legittimazione a scegliere una delle due concezioni spetta al Sovrano, sia esso persona singola o corpo elettorale; la sua scelta va realizzata; è suscettibile di modificazione, ad essa anche i dissidenti si devono adeguare, ma non si possono irrogare loro trattamenti discriminatori perché dissidenti.

È il potere politico, quindi che sceglie la concezione del mondo da realizzare; in base a tale concezione si individuerà il pubblico interesse, tenendo conto di alcuni principi: a) non è necessario

arrecare danni ad una parte della collettività, per produrre benefici per un'altra parte; b) il vantaggio momentaneo può convertirsi in uno svantaggio permanente; c) è di maggior danno ciò che scoraggia e discrimina il singolo, di quanto sia di vantaggio la sua rassegnazione; d) è di maggior beneficio per tutti il potere di scelta, rispetto alla condizione di sicurezza; d) iniziativa e rischio del singolo sono necessari per migliorare, e il miglioramento è necessario per sopravvivere.

6. — Non si può confondere l'interesse pubblico con gli interessi parziali o settoriali, perché il primo riguarda tutta intera la collettività, prescindendo da caratteri tipici che possono creare differenze, e, quindi, discriminazioni, fra i suoi componenti, mentre i secondi non solo riguardano una parte soltanto della collettività, individuata in base a caratteri particolari, ma, ancor più, sono attinenti a posizioni positivamente o negativamente discriminatorie nei confronti di altri settori della collettività, o, addirittura, di tutta la rimanente parte della stessa.

7. — Ciò conduce alla necessità di identificare i fini per cui l'Amministrazione opera, cioè accertare i compiti dell'Amm.ne stessa. Per far ciò occorre tener presenti i presupposti dell'associazione degli individui.

Questa avviene ogni qualvolta un soggetto debba risolvere un problema che non può esser risolto con le sue sole forze. La formazione di un gruppo più ampio consente la soluzione dei problemi che per il gruppo minore erano insolubili, mediante, fra l'altro, la divisione del lavoro, ma, automaticamente, crea nuovi problemi, che sorgono a cagione ed in funzione dell'aumentata ampiezza del gruppo.

Fra questi uno, costante, è costituito dalla riduzione dello spazio di libertà del singolo, libertà che, peraltro, deve permanere, senza limitare quella degli altri, interferire con le esigenze della vita associativa, rendere impossibile il perseguimento degli scopi per cui si è formata la più ampia associazione. Pure, tanto più vasti sono gli scopi perseguiti, quanto minore è l'area di libertà individuale.

Vi sono, quindi, finalità che spingono ineluttabilmente gli individui ad associarsi; vi sono, poi, finalità, che potrebbero esser perseguite e realizzate anche da un soggetto singolo o da un gruppo

ridotto, ma che appaiono esser più agevolmente conseguibili da un raggruppamento maggiormente esteso; vi sono, infine, finalità che vengono assunte dal gruppo nel timore che i singoli non siano in grado di conseguirle, o le conseguano ad esclusivo loro vantaggio.

Se le ragioni che spingono i singoli ineluttabilmente ad associarsi sono quelle che rientrano nel più ampio concetto di « sopravvivenza del singolo e della specie », l'esistenza del raggruppamento crea, a sua volta, un compito pregiudiziale a tutti gli altri: quello dell'organizzazione del gruppo. Ci si raggruppa per sopravvivere, ma, per rendere efficiente il raggruppamento, occorre che il gruppo sia organizzato.

Saranno, quindi, fini ineluttabili quelli di conservazione e di organizzazione dei singoli e del gruppo. Ci si raggruppa per sopravvivere, ma, per rendere efficiente il raggruppamento, occorre che il gruppo sia organizzato; vi potranno essere, poi, altri fini, che il gruppo desidera conseguire, ma la differenza fra le due categorie di scopi sarà data da questo: che, senza conservazione, il gruppo non ha giustificazione, e senza organizzazione non è possibile, mentre senza l'attribuzione al gruppo di altri fini e la conseguente assunzione, da parte del gruppo organizzato, di altri compiti, conservazione ed organizzazione saranno pur sempre possibili.

8. — L'attività di organizzazione ricomprende: a) la raccolta e l'inquadramento dei soggetti (persone fisiche e giuridiche); b) la raccolta dei mezzi materiali necessari per operare, mediante sistemi fondati sul potere d'imperio e sistemi che si avvalgono del consenso delle volontà; c) la istituzione di strutture che agiscano per conseguire gli scopi fissati, e di strumenti per agire, con l'attribuzione a tali strutture dei relativi poteri.

9. — L'attività di conservazione ricomprende a) il mantenimento dell'ordine interno, che implica anche l'esistenza ed il funzionamento di un sistema giurisdizionale; b) la protezione da attacchi esterni; c) la prevenzione e la difesa dalle calamità naturali; d) l'istruzione.

a) Il mantenimento dell'ordine interno implica: aa) il mantenimento della pace interna fra conviventi, in modo tale che i conflitti non assurgano mai a livello cruento, o di pericolo della vita e dei beni dei conviventi; bb) il rispetto generale e costante delle regole di convivenza, il che impone: aaa) la prevenzione dei con-

flitti; bbb) la composizione dei conflitti; ccc) il controllo dell'operato dei singoli per assicurare la sua conformità alle regole, e la applicazione delle conseguenze, positive o negative, previste dalle regole, tanto nel caso di aderenza, quanto nel caso di divergenza di tale operato dalle regole. Quest'ultima implicazione è classificata come « servizio della giustizia », servizio che, pur non rientrando « strictu sensu », fra i compiti della azione amministrativa, è necessario sia fornito dell'organizzazione dello Stato per rendere possibile ed incruenta quella « convivenza », che costituisce il presupposto essenziale di tutta l'organizzazione dello Stato, e, quindi, di tutta l'organizzazione amministrativa.

b) La protezione del gruppo dagli attacchi esterne avviene con metodi incruenti o con metodi cruenti. Appartengono alla prima categoria l'inserimento del gruppo negli organismi (internazionali o sovranazionali) che abbiano come scopo quello di ridurre i conflitti, o prevenendoli, o componendoli; l'attività diplomatica, che ha come scopo quello di isolare i gruppi ostili ed acquisire alle proprie sorti i gruppi favorevoli, considerando gli interessi più impellenti di ciascuno degli altri gruppi; appartengono alla seconda categoria la creazione, il mantenimento, lo sviluppo di strutture militari, per scoraggiare le prospettive ostili altrui, ed incoraggiare quelle amichevoli; lo studio, la ricerca, la produzione di strumenti tecnici sempre più perfezionati per risolvere i tipici problemi militari o connessi con l'azione militare (le armi, l'utilizzazione delle risorse, le comunicazioni, la psicologia, la propaganda, etc.).

c) La protezione dalle calamità naturali, consiste nel complesso di regole e di mezzi necessari per tutelare gruppo e singoli dagli eventi cagionati dalla natura stessa delle cose che ci circondano, e di cui ci serviamo, eventi nei cui confronti non sono certo sufficienti e le forze del singolo a prevenirli, a resistere, a contrastarli a respingerli, a ricostituire la realtà turbata.

d) La conservazione del gruppo impone che sia conseguito e mantenuto un livello di preparazione e qualificazione personale e collettiva, di comprensione degli eventi, di capacità di valutazione, di conoscenza di cose e strumenti, tale da essere sempre in condizione di prevenire, fronteggiare e respingere ogni pericolo di disordine interno, di aggressione esterna, di insorgenza di calamità naturali. L'istruzione e la cultura rientrano nell'ambito dei compiti di conservazione, perché sono logicamente funzionali per detti com-

piti. Le possibilità di sopravvivenza e di convivenza sono strettamente collegate alle cognizioni possedute dal singolo e dal gruppo.

10. — Quanto agli altri compiti, che non sono da assegnarsi necessariamente al gruppo, si dovrà vedere, caso per caso, se appartengano a fini che devono essere ricompresi fra quelli per cui si è formato il gruppo, ovvero a fini che possono essere perseguiti anche senza la formazione di un gruppo.

Tale valutazione, ancorché sia compiuta in base alla concezione del mondo che i politici avranno individuata come preferibile in quel momento, dovrà essere sottoposta al vaglio di una considerazione essenziale: può questo compito essere svolto, in modo efficace, anche senza assegnarlo al gruppo, ma solo affidandolo ai singoli? Si vedrà, così, che molti dei c.d. compiti di benessere (spirituale o materiale) possono essere compiuti, senza necessità di affidarli alle cure degli organismi o delle organizzazioni del gruppo, ma lasciandoli alle cure, alle iniziative, ed alle attività dei singoli; che molti altri compiti possono essere realizzati ad opera del gruppo e, contestualmente, ad opera dei singoli.

11. — L'analisi dei gruppi di compiti, ineluttabili o accidentali, consente di individuare i criteri in base ai quali i singoli compiti vengono assegnati al gruppo: a) entità ed ampiezza tali da non essere possibile lo svolgimento ad opera di un solo soggetto (organizzazione di soggetti e di mezzi; acquisizione di particolari beni e servizi; difesa dell'esterno; protezione e prevenzione delle calamità naturali; b) necessità che il soggetto, che li svolge, sia in posizione di terzietà e, quindi, di imparzialità (mantenimento dell'ordine interno; esercizio della funzione giurisdizionale; istituzione di organi e uffici, ed attribuzione dei relativi compiti e poteri; fornitura dell'istruzione pubblica) onde evitare che tale svolgimento si converta in strumento di oppressione di una parte del gruppo su un'altra.

12. — Peraltro, una volta individuati i fini, occorrerà prendere in considerazione le regole per la loro attuazione (cioè le fonti); le strutture operative; gli strumenti che ricomprendono atti, persone e beni); il sistema di eliminazione degli errori; le responsabilità.

Quali siano le soluzioni possibili, e quelle esistenti, dei problemi che vengono posti dall'esistenza di ciascuno dei temi ora indicati, è stato oggetto di altre considerazioni. Interessa, ora, la nostra indagine la ragione della graduatoria delle fonti, e, quindi, della rispettiva efficacia; le ragioni che presiedono alla formazione delle strutture amministrative; le regole per la formazione degli atti; le ragioni del metodo adottato per la selezione delle persone da inserire nell'ordinamento; la giustificazione per la istituzione di due modi differenti per acquisire i beni: quello fondato sul consenso e quello fondato sull'autorità; le regole per l'eliminazione degli errori.

13. — Le regole che costituiscono il limite dell'azione amministrativa sono la Costituzione; le norme di modificazione costituzionale; leggi formali ed atti aventi forza di legge formale; i regolamenti; le consuetudini; i Regolamenti della CEE; le Direttive della CEE; le sentenze della Corte Costituzionale; le sentenze interpretative della Corte di Giustizia della CEE.

14. — Esiste una graduatoria delle fonti che fa sì che l'una, collocata in posizione preminente rispetto all'altra, non possa da quest'ultima essere modificata. La giustificazione di tale graduatoria è rintracciabile in motivazioni talvolta di ordine formale (o mitico); talvolta di ordine sostanziale. Che la Costituzione sia la fonte fondamentale è vero sin dall'origine dell'aggregato umano, quando la sua formula era estremamente semplice e chiara: ciò che il Capo vuole è ciò che la Divinità vuole, quindi è legge fondamentale.

Ancora oggi la formula è in gran parte identica, con una variante: è sempre legge ciò che il Sovrano vuole, ma il Sovrano è il corpo elettorale. Vi è stato uno sganciamento del Sovrano dalla divinità, ma non un mutamento nella proposizione principale: ciò che il Sovrano vuole, deve essere.

Quando il titolare della sovranità (corpo elettorale) agisce direttamente non possono esservi divergenze fra volontà e risultato dell'azione; ma quando il sovrano opera per mezzo dei suoi rappresentanti, la sua volontà può essere deformata; quindi ciò che il titolare della sovranità ha voluto (nella Costituzione), non può essere modificato dalla volontà dei suoi rappresentanti (Parlamento,) a meno che tale modificazione non avvenga con un metodo che garantisca il rispetto della volontà del sovrano. Di qui il procedi-

mento speciale per la formazione delle leggi di modificazione costituzionale; la prevalenza della Costituzione sulle leggi di modificazione costituzionale; di tutte e due sulle leggi formali e sugli atti aventi forza di legge formale.

I regolamenti, poiché sono opera del potere esecutivo, e, quindi, non dell'organo rappresentativo del sovrano, sono necessariamente subordinati agli atti del sovrano, del corpo elettorale o del suo rappresentante (Parlamento) ed a quelli loro parificati. A maggior ragione gli atti amministrativi, intesi come strumenti per la realizzazione delle prescrizioni generali ed astratte poste in essere dal sovrano o dai suoi rappresentanti, ed ancor più strumenti esecutivi del « politico », saranno subordinati alla « legge », cioè alla volontà del sovrano, o dei suoi rappresentanti (Parlamento) e, quindi, suscettibili di conseguenze negative se a questa contrari (annullamento).

15. — Se le fonti predominano sull'atto dell'Amministrazione, vi saranno delle ineluttabili conseguenze: l'atto amministrativo dovrà esser sottoposto alla norma, e, quindi, non in contrasto con la norma, sia essa giuridica o tecnica. Ma sappiamo che regola fondamentale per l'atto amministrativo (strumento di azione per la pubblica Amministrazione) è il perseguimento del pubblico interesse. Quindi, fermo restando l'obbligo per l'atto di essere conforme alla norma, esso nel suo contenuto dovrà esser tale da conseguire il pubblico interesse.

Questa notazione pregiudiziale significa e spiega la inammissibilità delle censure di merito all'atto amministrativo; la limitazione delle ipotesi di controllo di merito; la distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi; la discrezionalità della P.A.

16. — Le stesse considerazioni spiegano e giustificano l'esistenza di azioni extra hordinem, che pure sono previste da ogni ordinamento, affidando la valutazione del « momento » della loro necessità, della loro ampiezza, del loro contenuto, al potere politico puro, che deve operare in funzione delle « *salus reipublicae* », cioè per conseguire il risultato fondamentale: la sopravvivenza del gruppo, scopo superiore persino al pubblico interesse ed all'ordine del gruppo, poiché, se il gruppo non sopravvive, non vi saranno più né ordine, né pubblico interesse. Il risultato dell'esercizio di questa potestà extra hordinem sarà la sola misura della sua legittimità,

perché se il risultato sarà negativo, il vecchio gruppo scomparirà e un nuovo gruppo lo condannerà e lo sostituirà.

17. — Il pubblico interesse è unità di misura permanente per l'azione dell'Amministrazione; la sua ricerca postula che l'Am.ne, nel compiere le proprie scelte, goda della massima discrezionalità compatibile con la necessità del rispetto delle norme giuridiche o delle regole tecniche, e, una volta compiute le scelte queste non possano, in via generale, esser censurate nel merito da nessuno, proprio perché giudice della opportunità delle scelte compiute rispetto al pubblico interesse può essere solo l'Amministrazione. Così si escluderà il potere di intervento del giudice ordinario per modificare, annullare, revocare o riformare queste scelte (infatti, se il giudice ordinario avesse tale potere, si sostituirebbe all'Amministrazione, divenendo egli stesso Amministratore); si consentirà solo in determinati casi previsti dalla legge l'intervento del giudice amministrativo (casi di giurisdizione anche nel merito); si avranno limitazioni per il controllo di merito da parte dell'Amm.ne di controllo; si escluderà in dati casi la possibilità di proporre censure di merito da parte dell'Amm.ne di controllo; si escluderà la possibilità di proporre censure di merito ad opera di coloro che pure sono danneggiati dall'atto.

18. — Un limite al potere discrezionale della P.A. è posto dal legislatore mediante l'istituzione di diritti soggettivi. Infatti, ove un'aspettativa od una pretesa di un singolo, o di un gruppo limitato di soggetti, si trovi di fronte al pubblico interesse, e l'ordinamento giuridico la riconosca in ogni caso, avremo una posizione di diritto soggettivo, ma se aspettative o pretese vengono riconosciute dall'ordinamento giuridico solo in quanto conformi o consoni al pubblico interesse, avremo allora una situazione giuridica attiva dell'interessato diversa dalla precedente (interesse legittimo), proprio perché, di fronte al pubblico interesse, troverà protezione solo, appunto, se conforme o consona a quest'ultimo; diversamente, sarà sacrificata.

19. — I mezzi (beni e servizi) possono essere ottenuti dal gruppo organizzato con istituti che sono l'applicazione di principi differenti ed opposti: quello d'imperio e quello del consenso. In forza del principio dell'imperio si conseguono i mezzi che derivano

dall'imposizione tributaria, dalle espropriazioni, dalle requisizioni, dalle confische. In forza del principio del consenso si conseguono i mezzi che derivano da negozi giuridici (compravendita; locazione; appalto; donazione; successione). Nel primo caso è sufficiente la volontà dell'Amministrazione; nel secondo caso è necessario l'incontro di due o più volontà per costituire, modificare od estinguere il relativo rapporto giuridico. Poiché dominante è il pubblico interesse, e il sistema fondato sul consenso può non essere sufficiente per realizzarlo, si fa ricorso a quello fondato sul potere di imperio.

Anche nel sistema fondato sul consenso si cerca di ottenere il miglior risultato: ciò mediante l'impiego di sistemi competitivi (gare) il cui risultato deve essere quello del più completo appagamento del pubblico interesse.

20. — Le strutture operative si possono raggruppare concettualmente in più categorie, a seconda dei criteri che si impiegano per la loro classificazione.

Se si impiega il criterio spaziale, vi saranno strutture centrali, e periferiche; se si impiega il criterio della limitazione territoriale delle funzioni assegnate, vi saranno strutture statali e strutture locali; se si impiega il criterio dell'ambito concettuale di azione, vi saranno strutture generali e strutture settoriali.

In effetti le strutture vengono create in funzione dell'appagamento delle esigenze specifiche, talvolta unendo gli aspetti tipici dell'una e dell'altra forma, quali sono derivate dall'impiego dell'uno o dell'altro criterio.

21. — Per operare (cioè per realizzare i propri compiti, e, in sostanza, per conseguire i propri fini) l'Amministrazione ha bisogno di strumenti giuridici (atti); di soggetti che materialmente operino (persone fisiche); di mezzi (beni e servizi).

Ognuna di queste tre categorie presenta problemi tipici quanto alla sua formazione, alla sua composizione, al suo impiego.

22. — La formazione degli atti amministrativi deve avvenire secondo procedure le cui componenti saranno state predeterminate, in base a criteri generali, per consentire il conseguimento del pubblico interesse, il rispetto delle regole, la sicurezza delle posizioni giuridiche attive (totali o parziali) preesistenti dei destinatari. Ogni

mancanza, rispetto a questi tre principi generali, costituirà un vizio dell'atto.

La composizione degli atti dovrà presentare elementi essenziali, senza cui gli atti non sarebbero tali: soggetto, destinatario, contenuto, forma, scopo. Senza un solo di questi elementi l'atto non esisterebbe, quindi non potrebbe servire all'attività amministrativa.

L'essenzialità degli elementi non è esclusiva dell'atto amministrativo. È, invece, suo aspetto esclusivo la irrilevanza della volontà dell'agente; poiché l'atto è opera non del soggetto, ma dell'ufficio, o, meglio, dell'organo, gli eventuali vizi della volontà delle persone fisiche, che pure sono l'incarnazione dell'organo, non possono avere rilievo, dato, appunto, che l'atto è dell'organo, e l'elemento personale componente dell'organo (persona fisica), è indifferente, perché sostituibile. Anche se la persona fisica che ha posto in essere l'atto muore, l'atto vive egualmente, perché è opera dell'organo, non della persona che lo incarna. A maggior ragione, quindi, sarà irrilevante il vizio della di lui volontà.

23. — Ma se gli atti sono gli strumenti per mezzo dei quali l'Amministrazione persegue i suoi compiti e realizza le sue finalità, ciò non potrebbe avvenire se non vi fossero le strutture operative che producono tali atti organi ed uffici.

Ciò è vero in parte anche per l'attività del legislatore e del giudice.

Occorrono uffici ed organi tanto per produrre le norme, quanto per applicarle al caso concreto, verificando l'aderenza del comportamento del singolo alla prescrizione normativa, e facendo derivare, dalla aderenza o dalla divergenza, conseguenze positive o negative, per il soggetto che sia stato, o non sia stato, nel suo operare, conforme alla norma.

La struttura astratta degli organi e degli uffici è, peraltro, eguale per qualunque attività: occorrono funzioni, poteri, persone, mezzi. La mancanza di uno solo di questi elementi vanifica l'organo, rende impossibile la produzione dell'atto, inconseguibile il risultato voluto, inutile tutto il sistema.

I criteri usati per ripartire le competenze fra organi sono: a) raggruppamento di materie in capo ad un soggetto (ente) in funzione dell'ambito spaziale particolare di gestione o della necessità dell'organismo gestore; b) raggruppamento di tutte le istitu-

zioni che si occupano di determinate materie, prescindendo dall'ambito spaziale assegnato a ciascuna istituzione, in modo da governare coerentemente ed organicamente ogni materia.

24. — Le persone fisiche che rendono possibile il funzionamento delle strutture sono funzionari di carriera e funzionari onorari. La creazione di queste due categorie è stata la risposta al problema della necessità di avere persone aventi una competenza specifica nell'ambito delle funzioni loro affidate, prescindendo dalle loro convinzioni personali, ma strettamente legate alla loro concreta attività, e persone aventi una generale « concezione del mondo » cui si ispirano nella loro azione, dalla quale sono condizionati ed alla quale sono fedeli, prescindendo dalla loro specifica attività abituale.

I primi sono i funzionari professionali o di carriera; i secondi sono i funzionari onorari. In tal modo si è cercato di far coesistere competenze e fedeltà.

25. — Pertanto la distinzione fra funzionari onorari e funzionari di carriera può avvenire, oltre che in base alla « professionalità » (cioè, alla esclusività) delle loro prestazioni od alla « occasionalità » delle stesse, anche in base ad un altro criterio: quello riguardante la natura della loro attività.

Quella dei funzionari onorari è da considerarsi generalmente attività « politica », cioè attinente alla individuazione della concezione del mondo che, in un determinato momento storico, appare più adatta ad appagare le esigenze della collettività, mentre quella dei funzionari professionali è da considerarsi generalmente « tecnica », cioè attinente all'applicazione delle regole, frutto della elaborazione fatta in base alla concezione del mondo, giudicata, in quel tempo, da realizzarsi perché preferibile.

26. — I sistemi per il reclutamento dei funzionari (*onorari* o di *carriera*) possono essere non competitivi o competitivi. Rientrano nella prima categoria i sistemi in cui le funzioni sono assegnate per eredità, e quelli in cui sono assegnate per cooptazione; rientrano nella seconda categoria i sistemi in cui le funzioni sono assegnate mediante gare, che possono essere cruento (guerra o duello) od incruento (concorsi, elezioni). A questi sistemi ne va aggiunto un altro, applicato, però, in casi rarissimi, e non certo diffuso: il sorteggio, usato in una

fase del procedimento per l'elezione del Doge nella Repubblica di Venezia, per selezionare una parte degli elettori del Doge stesso; usato in parte per la composizione delle commissioni giudicatrici nei concorsi a professore universitario di ruolo).

Nel nostro ordinamento il reclutamento delle persone fisiche necessarie al funzionamento delle strutture (funzionari onorari e funzionari professionali) avviene mediante sistemi di tipo competitivo (elezione o concorso), con cui si cerca — sempre perché si deve avere riguardo al pubblico interesse — di reclutare i soggetti più idonei per la specifica attività.

Una volta individuati tali soggetti, questi vengono insediati nelle loro funzioni, legittimati ad usare i relativi poteri, ad incarnare materialmente le strutture, l'organo, la sua attività. L'Amministrazione è quale sono le persone fisiche che la incarnano; le doti di queste ultime sono le qualità dell'Amministrazione.

27. — Il perseguimento del pubblico interesse, già attuato mediante l'impiego dei metodi scelti per l'individuazione e l'assunzione dei migliori soggetti, destinati a far parte dell'organizzazione amministrativa, e dei migliori beni e servizi, destinati ad essere impiegati dall'Amministrazione stessa, trova una sua fondamentale espressione nel complesso sistema predisposto per l'eliminazione degli errori.

Gli errori, infatti, sono per l'azione amministrativa, il più grave degli inconvenienti, sia perché implicano distruzione di ricchezza e di tempo, sia perché, contestualmente, rallentano, o addirittura, rendono impossibile, la realizzazione del pubblico interesse, sia perché danneggiano l'immagine dell'Amministrazione.

28. — Gli errori possono verificarsi o nell'apprezzamento delle situazioni e, conseguentemente, nell'individuazione delle opportunità e, quindi, nell'esecuzione delle scelte (vizi di merito); ovvero nella individuazione delle regole da rispettare; nella loro concreta applicazione; nella razionalità impiegata per realizzare l'azione amministrativa (vizi di legittimità).

I vizi di legittimità consisteranno, quindi: a) nella violazione di legge, perché tanto l'incompetenza quanto lo straripamento di potere sono conseguenze della infrazione delle regole esistenti in materia di competenza, o di limiti del potere; b) nella violazione della logica, perché lo sviamento di potere, la contraddittorietà, il

travisamento dei fatti, la disparità di trattamento, l'ingiustizia manifesta, il difetto o la mancanza di motivazione sono sostanzialmente errori logici, prodotti dalla irrazionalità esplicita nell'azione amministrativa.

Non è esatto asserire che anche gli errori di logica potrebbero rientrare nella categoria delle « violazioni di legge » in quanto darebbero luogo alla violazione dell'art. 97 Cost., impedendo di conseguire il « buon andamento » dell'Amministrazione, perché tale violazione è conseguenza dell'errore logico, che è, invece, un « prius » rispetto al mancato rispetto dell'art. 97 Cost., e avrebbe sempre la natura di un vizio dell'atto, anche se l'art. 97 Cost. non esistesse.

29. — I sistemi per la eliminazione degli errori si possono suddividere in quattro categorie: a) sistemi che operano per impulso ed azione del medesimo ufficio che ha commesso l'errore; b) sistemi che operano su iniziativa e con l'intervento di soggetti esterni all'ufficio, ma pure appartenenti all'Amministrazione, istituzionalmente destinati al controllo dell'operato dell'Amministrazione stessa; c) sistemi che operano per l'intervento dell'ufficio, ma soltanto a seguito di impulso delle parti interessate; d) sistemi che operano per l'intervento di soggetti estranei all'ufficio, che agiscono soltanto su impulso delle parti interessate.

La prima categoria ricomprende l'istituto dell'autotutela (art. 6 R.D. 3-3-934 n. 383) e il controllo del superiore gerarchico sull'operato dell'inferiore.

La seconda categoria ricomprende tutti gli interventi degli organi di controllo sugli atti amministrativi del Governo (Corte dei Conti quale organo di controllo), delle Regioni (Comitati Regionali di Controllo), delle Province e dei Comuni e degli altri enti pubblici locali (Comitati Regionali di Controllo).

La terza categoria ricomprende le osservazioni, le rimostranze, i ricorsi in opposizione, i ricorsi gerarchici propri ed impropri; il ricorso straordinario al Capo dello Stato.

La quarta categoria ricomprende la giurisdizione amministrativa di annullamento (T.A.R. e Consiglio di Stato; Tribunale Sup. delle Acque in grado unico).

30. — Quest'ultima delimitazione sorge dalla differenza esistente nelle conseguenze dei procedimenti giurisdizionali. Vi sono procedimenti che hanno come solo risultato l'eliminazione degli errori

(giurisdizione di annullamento di atti), e vi sono procedimenti che hanno come risultato la produzione di conseguenze coincidenti o divergenti da quelle volute dalle parti, a seconda che il comportamento delle parti sia stato consono o difforme da quanto prescritto dalle norme, conseguenze consistenti nella sostituzione della volontà delle parti con la volontà del giudice che applica la legge. Questa seconda categoria di procedimenti dà luogo a quella forma di attività giurisdizionale che si rintraccia in alcune ipotesi di giudizi innanzi ad organi giurisdizionali amministrativi (giurisdizione di merito ed esclusiva dei T.A.R. e del Consiglio di Stato; giurisdizione delle Commissioni Tributarie; giurisdizione dei Tribunali delle Acque in materia di diritti soggettivi; giurisdizione dei Consigli Nazionali Professionali; giurisdizione dell'A.G.O. nei confronti della P.A. là dove tale giurisdizione è ammessa). Si tratta di attività che non rientra nella logica del sistema di correzione degli errori dell'Amministrazione.

Occorre ricordare che il punto essenziale dell'attività giurisdizionale è costituito dall'individuazione delle conseguenze connesse al rilievo delle divergenze del comportamento dell'una o dell'altra delle parti rispetto alle prescrizioni contenute nelle norme.

Se la conseguenza consisterà nella pura e semplice distruzione dell'atto *contra legem*, allora avremo una giurisdizione che « elimina l'errore » (sia esso inficiante l'atto amministrativo, o l'atto privato); se, invece, la conseguenza consisterà non solo nella eliminazione dell'errore, ma nella sostituzione dell'atto errato con uno corretto, in conseguenza della pronuncia del Giudice (con sostituzione della volontà del Giudice, sostenuta da una corretta lettura della norma, a quella del soggetto che non si adeguato alla norma), ovvero se si avrà la produzione di un effetto afflittivo a danno di chi non ha seguito le norme (sostituendosi anche in questo caso la volontà del Giudice a quella dell'agente, che voleva una conseguenza ben diversa) allora si avrà un ristabilimento in forma compensativa o in forma specifica, dell'ordine turbato dal mancato rispetto della norma. E ciò prescindendo dalla natura del Giudice (ordinario, amministrativo, speciale, convenzionale, etc.).

31. — Vi sono due aspetti della responsabilità dell'agente: verso l'Amministrazione, per il danno arrecatole o col mancato conseguimento del risultato prefisso o con il proprio operare; e verso i terzi, per i danni indebitamente loro arrecati nell'azione.

Ciò implica un sistema di verifica del grado di probabilità di conseguimento che il risultato prefisso presentava, e della congruità dei mezzi usati per conseguirlo (fra cui rientra l'impegno spiegato per tale conseguimento); ed un sistema di conseguenze negative nel caso di mancato risultato positivo.

Ciò implica anche un controllo sull'operato dell'agente quando, nel perseguire o nel conseguire il risultato voluto, abbia arrecato danni a terzi, od alla stessa Amministrazione.

Tutte le ipotesi sopra indicate possono essere frutto o di dolo, o di colpa, fatti che, se hanno conseguenze afflittive diverse per gli agenti, pure fanno sorgere egualmente la loro responsabilità. Ambedue danno luogo al problema del risarcimento del danno.

32. — Infatti l'applicazione dei sistemi per l'eliminazione degli errori, che tende alla distruzione di quanto erroneamente fatto, onde rendere possibile una corretta azione per il conseguimento del pubblico interesse, ha due implicazioni necessarie: l'attuazione di una operazione regolare, e la necessità di riparare al danno arrecato con l'errore.

La P.A. gode di una piena discrezionalità nell'individuare quali siano l'azione, o l'operazione, o il comportamento corretto da porre in essere in sostituzione di quello errato, e distrutto perché tale, proprio in quanto deve essere in grado di conseguire la realizzazione del pubblico interesse. Poiché, però, l'errore commesso può aver arrecato danno, oltre che all'Amministrazione, anche a terzi, vi è la necessità di un sistema di risarcimento.

Del danno verso l'Amministrazione risponderà il responsabile davanti alla Corte dei Conti; del danno verso terzi risponderà l'Amministrazione davanti al Giudice Ordinario, e, in qualche specifico caso, anche innanzi al Giudice Amministrativo.

33. — Quanto abbiamo sino ad ora constatato ci conduce ad alcuni rilievi di carattere generale.

a) Data la natura ineluttabile dei problemi e dato che il sistema esaminato costituisce una risposta razionale, organica, esauriente ai problemi stessi, ne potrà derivare una limitazione ed un perfezionamento della sua azione, ma non una trasformazione radicale. Se si mantiene il predominio del pubblico interesse, il sistema dovrà rimanere essenzialmente quale è; l'allargamento delle forme di garantismo per i singoli mediante le pronunce della magistratura,

ridurrà l'area della discrezionalità, che ha, come scopo, il perseguimento del pubblico interesse, affidato all'Amministrazione, e trasferirà al altri soggetti tale discrezionalità. Quest'ultima dovrà rimanere sempre, ma sarà affidata a chi potrà esercitarla con criteri che, ancorché più obiettivi, saranno pur sempre ispirati al pubblico interesse.

b) Le risposte storicamente note ai problemi che sorgono dalla convivenza sono relativamente poche, e tutte conosciute nei loro pregi, nei loro difetti, nelle loro conseguenze. Tali risposte si sono ripetute nel tempo e nello spazio, si che si deve ritenere che il loro numero sia limitato non per incapacità ad individuarne altre, ma perché, obiettivamente, altre non ne esistono.

c) Esistono risposte parziali che solo apparentemente sono idonee a modificare una situazione. Concentrare o decentrare il potere politico, quello legislativo, quello esecutivo e quello giudiziario, non modifica i termini essenziali della questione: il conseguimento degli scopi per cui si è effettuato un raggruppamento, e la convivenza, che è il presupposto dello stesso raggruppamento, postulano che vi sia un « coordinatore » dotato del potere necessario per stimolare, coordinare, limitare le azioni singole. Il sopravvenire di mezzi tecnici più perfezionati può vanificare l'esigenza di concentrare o di decentrare; ciò che nessun mezzo tecnico può eliminare è l'esigenza di un « direttore ».

d) Esiste sempre il prolema della individuazione del pubblico interesse: chi abbia il potere di stabilirlo; in base a quali criteri; con quali limiti.

Abbiamo visto come l'individuazione del pubblico interesse sia stato un compito del potere politico; ne è dimostrazione il fatto che la tendenza più recente della legislazione è stata quella di collegare in modo automatico la dichiarazione di pubblica utilità di un'opera alla approvazione del progetto relativo; in tal modo, è il soggetto che prende l'iniziativa dell'opera che afferma l'esistenza di un pubblico interesse, assumendo contestualmente la posizione di propulsore e di controllore dell'iniziativa. Questo sistema conduce a confondere il pubblico interesse con l'interesse dell'Amministrazione attiva.

Sarà, quindi, opportuno reintrodurre il principio secondo cui il pubblico interesse è individuato da un soggetto diverso da quel-

lo agente, e, persino, sottoposto ad una revisione critica, perché non si potrà obliterarlo del tutto.

e) I criteri per l'individuazione del pubblico interesse sono stati, in genere, più che ignorati, indicati ex post; se la giurisprudenza ha introdotto il principio della necessità della motivazione specifica sul pubblico interesse, e del confronto fra l'interesse pubblico e quello privato, quando di questo si prospetti il sacrificio, pure non ha ancora formulato criteri generali per individuare quando sussista un pubblico interesse, onde verificare se, nel caso di specie, vi sia stato realmente.

Il sistema di responsabilità degli agenti, verso l'Amministrazione, e verso i terzi, richiede un completamento mediante la prospettazione della possibilità di azioni di responsabilità per risultati non conseguiti. Ciò al di fuori dell'azione penale nei casi di omissioni di atti d'ufficio.

f) L'individuazione della eliminazione dell'errore quale scopo di alcuni dei sistemi ricompresi nell'ambito della giustizia amministrativa, ha fatto passare in secondo piano la necessità della « giustizia », intesa come operazione di controllo dell'aderenza o meno dell'operato di un soggetto alle prescrizioni dell'ordinamento, e di determinazione delle conseguenze (favorevoli o sfavorevoli) per l'agente derivanti dall'esito di questo confronto.

Per consentire una più ampia applicazione della « giustizia » si presentano due possibilità: allargare il novero delle controversie con la P.A. sottratte alla giurisdizione amministrativa ed affidate all'A.G.O.; allargare le ipotesi di proponibilità dell'azione di risarcimento danni nei confronti della P.A.; consentire in un più ampio numero di casi che il giudice amministrativo, una volta corretto l'errore con l'eliminazione dell'atto errato, emani « direttive » (co-genti nel fine, ancorché lascianti libertà di scelta nei mezzi) nei confronti dell'Amministrazione tenuta a provvedere alla sostituzione dell'atto soppresso perché errato.

g) Appare, invece, nel quadro del sistema, più che opportuno un nuovo raggruppamento delle competenze statali e degli enti pubblici per materia, in modo da farlo coincidere col sistema usato nel D.P.R. 616/977 per il riordinamento delle competenze Regionali, per le parti di competenza rimaste allo Stato, e di applicare un identico sistema anche là dove non vi sia stata una ripartizione di compiti fra Stato e Regioni.

La razionalizzazione del sistema, peraltro, richiederebbe raggruppamenti di materie in capo ad istituzioni aventi efficacia ed operanti in un ambito spaziale generale; e ciò perché le tecniche ora esistenti varrebbero ad eliminare le difficoltà e gli inconvenienti che, in precedenza, erano stati invocati per giustificare la richiesta di ripartizioni spaziali di competenza.

GUIDO GUIDI

GOVERNO, MAGGIORANZA E MINORANZE
NEL « CONGRESO » SPAGNOLO

SOMMARIO: 1. Ambito della ricerca. Riscontro della normativa costituzionale e subcostituzionale in tema di maggioranze speciali e di prerogative governative nell'ambito parlamentare. — 2. L'importanza del regolamento interno d'assemblea: atto normativo di esecuzione costituzionale. Suo diverso valore nell'ordinamento italiano, francese e spagnolo. — 3. Il sistema elettorale proporzionale adottato per la formazione del *Congreso*. Particolarità. Costatazione di effetti equiparabili a quelli propri dei sistemi maggioritari. — 4. Il *Grupo parlamentario* come presupposto per l'instaurazione di una dialettica assembleare «tra schieramenti» e come elemento di semplificazione dello svolgimento dei lavori. — 5. L'iniziativa legislativa e la procedura di «toma en consideración» per consentire al Gabinetto la formulazione di pareri. — 6. Diritto di emendamento: prerogative dei gruppi e dell'Esecutivo. — 7. *Presidente del Congreso, Mesa, Junta de Portavoces, Ponencia*. Primato degli organismi collegiali politici. — 8. La formulazione dell'ordine del giorno. Esame dell'art. 89 Cost. e delle disposizioni regolamentari in tema di o.d.g. prioritario. — 9. Adozione di un sistema restrittivo dell'«uso della parola» ed organizzazione del dibattito parlamentare attorno ai gruppi. — 10. Le norme sui sistemi interni di votazione. — 11. Le «Comisiones» e la facoltà, costituzionalmente garantita, di esercitare una «competencia legislativa plena». — 12. «Mociones» (o *proposiciones no de ley*), «interpelaciones», «preguntas». Le «Comisiones de investigación». — 13. La previsione di «Formulas adicionales de control» sulla legislazione delegata. — 14. «El control sobre las disposiciones del Gobierno con fuerza de ley». «Convalidación o derogación de un Real Decreto-ley». — 15. La *Comision Parlamentaria* non permanente per il controllo della *actuación* dei servizi radio televisivi pubblici. — 16. Conclusioni. Collocazione delle *Cortes* nell'ambito dei modelli di parlamento di tipo dibattimentale.

§ 1. — La massima garanzia per una maggioranza di poter attuare il proprio indirizzo si riscontra in quegli ordinamenti che, oltre a limitare il ruolo dell'opposizione e ad agevolare le iniziative del Governo, circoscrivono soprattutto la competenza legislativa del Parlamento. Questo è, com'è noto, il caso delineato nella V Repubblica francese che, oltre a privilegiare il ruolo del Governo in Parlamento, rifiuta un'estesa applicazione dell'istituto della ri-

serva di legge, per costituzionalizzare, semmai, la competenza generale e residuale del regolamento governativo (1).

Quest'ultima situazione non si riscontra nell'ordinamento spagnolo — nonostante le proposte avanzate in tal senso in fase costituente — (2), talché il problema del ruolo delle minoranze in Spagna risulta legato essenzialmente all'individuazione delle funzioni e dello spazio occupato da queste *nell'ambito parlamentare*, cui si correla la connessa questione delle prerogative del Governo all'interno del Parlamento, come presupposto per la creazione di un rapporto di continuità tra i due massimi organi d'indirizzo.

Sulla base di tali prime ed elementari premesse, salvi gli approfondimenti che seguiranno, è utile affermare immediatamente che, nell'ordinamento spagnolo: 1) non esiste un esplicito intento di svalutazione del Parlamento; 2) la Costituzione assicura alle minoranze un proprio ambito di attività; 3) al Governo e alla sua maggioranza competono, nell'ambito parlamentare, notevoli spazi privilegiati.

È opportuno inizialmente ricordare per sommi capi le disposizioni costituzionali dettate a confermare le affermazioni contenute nei punti 2) e 3), mentre, le considerazioni sul ruolo complessivo del Parlamento, di cui al punto 1), troveranno spazio nell'ultimo paragrafo, nell'ambito delle conclusioni.

Ruolo delle minoranze parlamentari

Talune garanzie sono contenute nelle seguenti disposizioni costituzionali (3): Artt. 167-168, C.E., in tema di revisione costitu-

(1) Notissimo è al riguardo il disposto dell'art. 37 della Costituzione, che recita: « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ».

Circa i rapporti tra le fonti e per il criterio di competenza, in generale, cfr.: G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1987, pp. 48 ss.

(2) Alcune proposte sono state avanzate in questa direzione nel corso dei lavori preparatori soprattutto da parte del raggruppamento dell'Unione di Centro Democratico (UCD).

(3) Una svalutazione del ruolo delle minoranze — come si approfondirà in altra sede — è statuito invece nelle seguenti previsioni costituzionali: Art. 113 C.E., in tema di presentazione di una *moción de censura*; Art. 102, co. 2, in tema di proposta di atto d'accusa nei confronti del Presidente e degli altri membri del Go-

zionale (4); art. 162, co. 1, C.E., in tema di legittimazione alla presentazione del ricorso diretto d'incostituzionalità (5); art. 81, co. 2, C.E., in tema di approvazione delle *leyes orgánicas* (6); art. 72, co. 1, C.E., in tema di approvazione dei *reglamentos parlamentarios* (7); art. 111, co. 1, C.E., in tema di vincolo alla determina-

verno; Art. 73, co. 2, in tema di riunione in sessione straordinaria delle Camere; Art. 76, co. 1, in tema di nomina delle *Comisiones de investigación*.

(4) Art. 167, C.E.: « I progetti di revisione costituzionale dovranno essere approvati da una maggioranza dei tre quinti di ciascuna delle Camere. Se non vi sarà accordo fra di esse, si cercherà di ottenerlo mediante la creazione di una commissione composta in egual numero di deputati e senatori, la quale presenterà un testo che sarà votato dal Congresso e dal Senato.

Se non si otterrà l'approvazione mediante il procedimento di cui al comma precedente, e sempre che il testo abbia ottenuto il voto favorevole della maggioranza assoluta del Senato, il Congresso, con la maggioranza dei due terzi, potrà approvare la riforma.

Approvata la riforma dalle *Cortes*, questa sarà sottoposta a referendum per la sua ratifica quando lo richieda, entro i quindici giorni successivi alla sua approvazione, la decima parte dei membri di una qualsiasi delle Camere ».

Art. 168, C.E.: « Qualora si intenda promuovere la revisione completa della Costituzione o una revisione parziale riguardante: il Titolo preliminare; il Capitolo II, Sezione I, del Titolo I; o il Titolo II, si procederà all'approvazione di tale delibera a maggioranza dei due terzi di ciascuna Camera, e allo scioglimento immediato delle *Cortes*.

Le Camere elette dovranno ratificare la decisione e procedere allo studio del nuovo testo costituzionale, che dovrà essere approvato a maggioranza dei due terzi di entrambe le Camere.

Una volta approvata dalle *Cortes*, la revisione sarà sottoposta a referendum per la sua ratifica ».

(5) Secondo tale articolo sono legittimati a presentare ricorso d'incostituzionalità: il Presidente del Governo, il Difensore del popolo, cinquanta deputati e cinquanta senatori, gli organi collegiali ed esecutivi delle Comunità Autonome e le Assemblee delle stesse.

Per un'analogia previsione dell'ordinamento francese che consente il ricorso al *Conseil Constitutionnel* da parte di sessanta deputati e sessanta senatori, cfr.: FRANCK, *Le nouveau régime des saisines du Conseil Constitutionnel*, in *La Semaine juridique*, 1975, p. 2678 ss. Circa il ricorso dell'opposizione parlamentare alla Corte Costituzionale federale tedesca, cfr.: VON BEYME, *The Politics of Limited Pluralism? The Case of West Germany, in Government and Opposition*, 1978, p. 271.

(6) Art. 81, co. 2, C.E.: « L'approvazione, la modifica o la deroga delle leggi organiche esigerà la maggioranza assoluta del Congresso, in una votazione finale sull'insieme del progetto ».

(7) Art. 72, co. 1, C.E.: « ... I regolamenti e le loro modifiche saranno sottoposti ad una votazione finale relativa alla loro globalità, per la quale sarà necessaria la maggioranza assoluta ».

zione, tramite regolamento parlamentare, di un *tiempo minimo semanal* da dedicare alla presentazione di *interpelaciones y preguntas* (8); art. 159, co. 1, C.E., in tema di composizione del *Tribunal Constitucional* (9); art. 122, co. 3, C.E., in tema di composizione del *Consejo General del Poder Judicial* (10).

Ulteriori utili indicazioni si possono trarre anche dalla Legge n. 4/1980, approvativa dello *Estatuto della Radio y la Televisión* (11), dalla Legge organica n. 3/1981 istitutiva del *Defensor del Pueblo* (3) e dalla Legge organica n. 2/1982 sul *Tribunal de Cuentas* (13).

Ruolo del Governo in Parlamento

Si considerino le seguenti disposizioni costituzionali: Art. 86 C.E., in tema di istituzionalizzazione di una procedura speciale e sommaria per la convalida dei *decretos-leyes*; art. 84 C.E., in tema

(8) Art. 111, co. 1, C.E.: «Il Governo e ognuno dei suoi membri devono rispondere alle interpellanze e alle interrogazioni che possono essere loro rivolte nelle Camere. Per questo tipo di dibattito i regolamenti stabiliranno un tempo minimo settimanale».

(9) Art. 159, co. 1, C.E.: «Il Tribunale Costituzionale si compone di 12 membri nominati dal Re. Di questi, 4 su proposta del Congresso, con la maggioranza dei tre quinti dei suoi membri, 4 su proposta del Senato, con identica maggioranza, 2 su proposta del Governo e 2 su proposta del Consiglio Generale del Potere giudiziario».

(10) Art. 122, co. 3, C.E.: «Il Consiglio Generale del Potere giudiziario sarà formato dal Presidente del Tribunale Supremo, che lo presiederà, e da venti membri nominati dal Re per un periodo di cinque anni. Di questi, dodici saranno scelti fra giudici e magistrati di tutte le categorie, nei termini stabiliti dalla legge organica; quattro su proposta del Congresso e quattro su proposta del Senato, in entrambi i casi a maggioranza dei tre quinti dei loro membri, saranno scelti fra avvocati e altri giuristi...».

(11) Cfr. *infra*, p. 95, nota n. 106.

(12) In base all'art. 2 di tale Legge, il candidato alla carica di *Defensor del Pueblo* deve ottenere il voto favorevole dei tre quinti dei due rami delle *Cortes*. In caso di esito negativo sarà sufficiente la maggioranza dei tre quinti del *Congreso* e la maggioranza assoluta del *Senado*.

(13) L'art. 30 della Ley Organica 2/1982, del 12 maggio, in tema di composizione del *Tribunal de Cuentas*, detta: «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, por un periodo de nueve años...».

di presentazione di proposte di legge od emendamenti contrastanti con un provvedimento di delega legislativa; art. 89, co. 1, C.E., in tema di determinazione del carattere prioritario dei *proyectos de ley* del Governo; art. 134, co. 6, C.E., in tema di presentazione di proposte di legge o emendamenti che presuppongono aumento dei crediti o diminuzione delle entrate; art. 99 C.E., in tema di *votación de investidura* del Presidente del Governo; art. 112 C.E., in tema di proposizione della *cuestión de confianza*; art. 113 C.E., in tema di *moción de censura*.

Ovviamente non è questa la sede per approfondire le specifiche questioni che si dibattono nell'interpretazione di tali rilevantissime disposizioni. A fini puramente enunciativi è utile però riferirne sinteticamente il contenuto base, in quanto indicativo di una chiara, anche se parziale, visione strategica del costituente.

Art. 86, co. 2, C.E.: « I decreti legge dovranno essere immediatamente sottoposti per la discussione e la valutazione al Congresso dei Deputati, convocato a tal fine, se non sia riunito, entro trenta giorni dalla pubblicazione. Il Congresso dovrà pronunciarsi espressamente, entro detto termine, per la loro convalida o abrogazione, secondo una procedura speciale e sommaria stabilita dal regolamento ».

Art. 84 C.E.: « Qualora una proposta di legge o di emendamento siano contrari ad una delega legislativa in vigore, il Governo è autorizzato ad opporsi a che essa faccia il suo corso. In tal caso si potrà presentare una proposta di legge per la deroga totale o parziale alla legge di delega ».

Art. 89, co. 1, C.E.: « L'inoltro delle proposte di legge sarà regolato dai regolamenti delle Camere, senza che la priorità dovuta ai *proyectos de ley* impedisca l'esercizio dell'iniziativa legislativa nei termini regolati dall'art. 87 ».

Art. 134, co. 6, C.E.: « Ogni proposta o modifica che comporti un aumento dei crediti o una riduzione delle entrate di bilancio richiederà l'accordo del Governo perché possa aver corso ».

Art. 99, co. 3, C.E.: « Qualora il Congresso dei Deputati, col voto della maggioranza assoluta dei suoi membri, conceda la fiducia al [suddetto] candidato, il Re lo nominerà Presidente. In caso non si raggiunga la maggioranza assoluta, la stessa proposta sarà sottoposta a nuova votazione quarantotto ore dopo la precedente e la fiducia s'intenderà concessa qualora si ottenga la maggioranza semplice ». « Se, trascorsi due mesi dalla prima votazio-

ne, nessun candidato avrà ottenuto la fiducia del Congresso, il Re scioglierà le due Camere e indirà nuove elezioni, con la controfirma del Presidente del Congresso » (co. 5).

Art. 112 C.E.: « Il Presidente del Governo, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, può porre davanti al Congresso dei Deputati la questione di fiducia sul suo programma o su una dichiarazione di politica generale. La fiducia s'intenderà concessa quando voti a favore la maggioranza semplice dei deputati ».

Art. 113 C.E.: « Il Congresso dei Deputati può far risultare la responsabilità politica del Governo con l'adozione a maggioranza assoluta di una mozione di censura » (co. 1). « La mozione di censura dovrà essere presentata almeno da un decimo dei deputati e dovrà includere la proposta di una candidatura alla Presidenza del Governo » (co. 2).

Dal quadro tratteggiato, sia per quanto concerne il ruolo delle minoranze, sia per quanto attiene il ruolo del Governo in Parlamento, traspare, dunque, un equilibrato disegno costituzionale che possiamo, per ora, abbozzare nei seguenti termini. La Carta Costituzionale spagnola prevede, da una parte, alcune tipiche garanzie a favore delle forze di minoranza, senza consentire un vero diritto di veto proprio dei sistemi consensuali (14); dall'altra, fornisce al Gabinetto gli strumenti adeguati per realizzare autonomamente il proprio programma di governo.

Scopo delle pagine seguenti è di analizzare se il complesso equilibrio che tale ordinamento delinea tra efficienza e garanzia, governabilità e consenso, stabilità e partecipazione, trovi attuazione anche nei regolamenti parlamentari. Ciò non riveste un marginale interesse se si considera che il regolamento non è semplicemente una tecnica assembleare, bensì costituisce un elemento sostanziale della dinamica parlamentare e, in ultima analisi, della stessa forma di governo. D'altronde, l'organizzazione interna di un parlamento incide sulle modalità stesse di formazione della volontà dell'organo e ciò produce inevitabili ripercussioni sull'equilibrio complessivo del sistema (15), specie in presenza di una forma di governo di tipo parlamentare.

(14) Sul punto: A. LIYPHART, *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 1988, in più parti, special. pp. 7-8.

(15) Sul punto, si veda, in più parti: BOCCACCINI, *Sistema politico e regolamenti parlamentari*, Milano, 1980.

§ 2. — Ai regolamenti parlamentari compete dunque di dare esecuzione ai principi costituzionali dettati in tema di organizzazione e funzionamento delle assemblee legislative (16). Se si fa eccezione per la Costituzione francese che, com'è noto, contiene dettagliatissime norme in merito (17), la maggior parte dei Testi, però, si limita a dettare poche disposizioni sul punto prevedendo, nel contempo, attraverso una « norma sulla normazione », un rinvio ampio e generalizzato al regolamento. Tale tipo di rinvio conferisce ai parlamenti un potere discrezionale molto ampio che, pur nell'ambito della forma di governo delineata, può incidere (talora anche attraverso « tacite modificazioni » costituzionali (18) sullo stesso assetto costituzionale generale (19).

Tali modificazioni sono tanto più marcate quanto meno delineata è la forma di governo, come nel caso italiano, che il costituente, notoriamente, ha inteso delineare in forma aperta (20).

Molto diversa è invece la situazione in Francia, ove, per le ragioni sopra riferite, il regolamento d'assemblea svolge un ruolo creativo minore, compreso com'è tra Costituzione e Consiglio Costituzionale (21).

In una posizione mediana si colloca il sistema spagnolo, considerato che, da un lato, rinuncia all'estesa costituzionalizzazione della materia regolamentare sull'esempio francese, ma, dall'altro,

(16) Così, tra gli altri: G. FERRARA, *Regolamenti parlamentari ed indirizzo politico*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesauo*, Milano, 1968, p. 354 ss.

(17) L'intero Titolo V della Costituzione del 1958, dall'art. 34 all'art. 51, è dedicato alla delineazione dei « Rapporti tra il Parlamento e il Governo ».

(18) Con riferimento all'Italia, si veda il notissimo: S. TOSI, *Modificazioni tacite della Costituzione*, Milano, 1959.

(19) In tema d'incidenza del regolamento parlamentare sulla forma di governo italiana, specie a partire dalla riforma del 1981, cfr.: LABRIOLA, *Regolamento parlamentare e forma di governo* (*Note in tema di ostruzionismo, formazione dell'ordine del giorno dell'assemblea, decretazione legislativa di urgenza*), in *Diritto e Società*, 1982, n. 4, pp. 645-713.

(20) Per tutti, cfr.: CHIMENTI, *Introduzione alla forma di governo italiana*, Rimini, 1985, in più parti.

(21) Com'è noto l'art. 61 della Costituzione francese del 1958 recita: « Le leggi organiche, prima della loro promulgazione, e i regolamenti delle assemblee parlamentari, prima della loro entrata in vigore, sono sottoposti al Consiglio Costituzionale, che delibera sulla loro conformità alla costituzione ».

afferma, senza possibilità di dubbio, la sindacabilità del regolamento parlamentare davanti al *Tribunal Constitucional* (22).

In tutti i casi, sia pure con le variabili sopra enunciate, l'interesse per i regolamenti d'assemblea deriva dal fatto che le soluzioni in essi contenute incidono grandemente sulla formazione dell'indirizzo politico complessivo. Altro è infatti l'indirizzo che scaturisce da una maggioranza che si esprime in modo compatto e rigidamente predeterminato, altro l'indirizzo frutto degli apporti di una maggioranza consociata. Più specificamente si è detto che il regolamento può predisporre gli « strumenti idonei ad irrigidire i rapporti tra maggioranza ed opposizione o ad incentivare le iniziative e i procedimenti che le opposizioni possono muovere per incidere sulle azioni della maggioranza » (23). Ci si trova di fronte pertanto a due precise prospettive di politica regolamentare che, per quanto attiene il caso italiano, hanno entrambe trovato riscontri nelle varie fasi della politica nazionale (24). A partire da queste due prospettive è nostra intenzione prendere in esame il regolamento parlamentare del *Congreso* spagnolo, in un'indagine prevalentemente sincronica volta a verificare quale di tali linee abbia trovato attuazione (25) e valutarne la conformità alla Costituzione e alle altre disposizioni materialmente costituzionali.

(22) La legge organica 3 ottobre 1979, n. 2, all'art. 27, comma 2, afferma che sono suscettibili di dichiarazione d'incostituzionalità, assieme alle leggi formali e materiali dello Stato e delle Comunità Autonome, alle leggi organiche, agli statuti di autonomia e ai trattati internazionali, anche i regolamenti delle Camere e delle *Cortes Generales*, oltre ai regolamenti delle Assemblee legislative delle Comunità Autonome. Sul punto, cfr.: M. ARANGÓN REYES, *Artículo 161, Competencias del Tribunal Constitucional*, in *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978*, Tomo XII, Madrid, 1988, s. p. 177.

Sul tema, con riferimento alla Sentenza della Corte Costituzionale italiana n. 78/1984, cfr.: ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale - Il sistema delle fonti del diritto, cit.*, p. 200.

(23) Così: G. FERRARA, *Regolamenti parlamentari ed indirizzo politico, cit.*, p. 351.

(24) Sul punto, con riferimento alle modifiche apportate dai regolamenti del 1971, oltre a BOCCACCINI, *Sistema politico, cit.*, pp. 249 ss., si veda anche: CHIMENTI, *Introduzione alla forma di governo italiana, cit.*, pp. 324-329.

(25) Circa l'opportunità che la comparazione prenda ad oggetto singoli settori (microcomparazione) piuttosto che gli ordinamenti complessivamente considerati (macrocomparazione), cfr.: DE VERGOTTINI, *La comparazione nel diritto costituzionale: scienza e metodo*, in *Diritto e Società*, 1986/2, p. 191. È nota anche la raccomandazione metodologica di non limitare la comparazione ai soli testi norma-

In questo quadro, la scelta del raffronto con l'ordinamento italiano non è occasionale e non è semplicemente dettata da ragioni di comodità, dal momento che, l'« estremizzazione » delle soluzioni in esso contenute rappresenta un valido parametro di comparazione-tipo.

Non prendiamo in esame, salvo alcuni richiami in nota, il regolamento del *Senado* ond'evitare l'eccessivo appesantimento dell'esposizione, ma soprattutto perché, nello schema di bicameralismo imperfetto adottato in Spagna la seconda Camera ha subito un depotenziamento funzionale notevolissimo che la colloca ai margini del sistema (26).

Preliminare ad ogni approfondimento delle regole di diritto parlamentare è però la conoscenza del sistema politico e, pertanto, del sistema elettorale che ne è la causa prima e più immediata capace di condizionare il funzionamento del Parlamento e dello stesso sistema di governo (27). A questo tema è dedicato il paragrafo seguente.

§ 3. — L'art. 68 della Costituzione spagnola, nel dettare le regole per l'elezione del *Congreso*, adotta il criterio della rappresentanza proporzionale e individua, come circoscrizione elettorale, la *Provincia*. Se si vanno però ad analizzare i dettagli con cui la proporzionale è adottata, specie in rapporto al numero, alla dimensione dei collegi, al numero dei componenti e alla previsione di una soglia minima, si avverte che le soluzioni prescelte producono effetti in gran parte non assimilabili a quelli propri dei sistemi proporzionali (28).

tivi, dal momento che: « Occorre tener conto della loro interpretazione e applicazione come pure della esistenza di norme non scritte negli ordinamenti che si comparano, tra cui rientrano consuetudini e convenzioni, preoccupandosi dell'individuazione delle normative effettivamente vigenti » (DE VERGOTTINI, *op. supra cit.*, p. 192 ss.).

(26) Si consenta il rinvio a: G. GUIDI, *Bicameralismo e « Senado » spagnolo*, in *Studi Urbinati*, n. 35-36-37, pp. 127-181.

(27) Sul punto, con prevalenti riferimenti di carattere comparatistico, cfr.: F. LANCHESTER, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, 1981, in più parti, specie nelle conclusioni, pp. 273-276.

(28) Anche A. LIJPHART, in *Le democrazie contemporanee*, *cit.*, p. 229, tira queste conclusioni e, significativamente, afferma che il sistema spagnolo è molto simile a un sistema maggioritario a causa del fatto che « in Spagna la rappresentanza proporzionale è applicata in circoscrizioni di dimensioni ridotte e non sono previsti seggi supplementari, regionali o nazionali, che rendono più proporzionale la distribuzione totale dei seggi ».

Infatti, il *Real Decreto Ley* del 18 marzo 1977, tuttora in vigore, ispiratore della stessa norma costituzionale, nel prevedere un basso numero di componenti (trecentocinquanta), la delimitazione di circoscrizioni piccole e numerose (cinquantadue) e lo sbarramento di una soglia percentuale del 3%, ha finito per produrre esiti di estrema semplificazione che si avvicinano grandemente a quelli propri dei sistemi maggioritari.

Tale schema, concepito essenzialmente in funzione del rafforzamento del partito dell'Unione di Centro Democratico (UCD) di Adolfo Suarez, in modo da garantire la nascita di un solido partito nazionale di centro capace di dominare il Parlamento e di assicurare la continuità dell'ordinamento, ha finito per avvantaggiare tutti i partiti maggiori, presenti in forma diffusa nelle diverse province; ha garantito un'adeguata rappresentatività dei partiti regionalisti, concentrati in poche, individuate, circoscrizioni, ed ha mortificato, com'era nelle intenzioni, i partiti « a distribuzione spaziale dispersa » (29) che sono stati particolarmente penalizzati per effetto della dispersione dei voti in metà dei collegi in cui non hanno raggiunto il tetto minimo dei suffragi (30).

In sintesi, osservando l'esito delle consultazioni elettorali svoltesi finora, si constata che il sistema ha privilegiato di fatto i due maggiori partiti nazionali (31), ciò che autorizza ad affermare, come fa Alvarez Conde, che gli effetti prodotti si avvicinano grandemente a quelli di un sistema maggioritario (32). Questo sistema, è risaputo, oltre ad integrare in maniera originale taluni presupposti di rappresentatività, può produrre indirettamente anche un effetto di stabilizzazione dei governi. Infatti, nel delineare uno schema sostan-

(29) Cfr.: CACIAGLI, *Il sistema elettorale delle Cortes negli articoli 68 e 69*, in *La Costituzione spagnola del 1978*, a cura di E. Garcia De Enterría e A. Predieri, Milano, 1982, p. 512.

(30) Cfr.: CACIAGLI, *Op. e loc. supra cit.*

(31) Per F. FERNANDEZ SEGADO, *Constitucion, sistema electoral y elecciones en España*, in *Revista de derecho publico*, 1981, n. 84-85, p. 620, considerato che l'80% dei seggi parlamentari va ai due maggiori partiti, il sistema politico spagnolo si caratterizza come « pluripartidismo con dos fuerzas preponderantes ».

(32) Cfr.: E. ALVAREZ CONDE, *El régimen político español*, Madrid, 1983, p. 118. Sul punto, anche: E. LINDE PANIAGUA, *Il meccanismo elettorale*, in *Una Costituzione democratica per la Spagna*, a cura di G. De Vergottini, Milano, Angeli, 1978, pp. 121-142.

zialmente bipartitico, o a multipartitismo temperato (33), determinando nettamente i due schieramenti di maggioranza e di opposizione, rafforza anche l'unitarietà complessiva del binomio Governo-maggioranza (34).

Lo schema bipolare trova in Spagna una perfetta traduzione anche nel modo di organizzazione interna del Parlamento, per effetto della scelta che fa dei gruppi politici i soggetti primari di ogni azione parlamentare. Ciò costituisce il presupposto per l'instaurazione di una dialettica assembleare « tra schieramenti » e per la delineaazione di relazioni improntate sulla contrapposizione maggioranza-minoranza (35).

Un tale risultato consegue anche per effetto della mancanza di ogni atteggiamento compromissorio delle maggiori forze di opposizione che, integralmente legittimate nel sistema, puntano su una strategia di ferma contrapposizione in vista della rotazione al governo secondo il classico modello concorrenziale (36).

(33) Notissima è la classificazione di ELIA, in *Governo (forme di)*, *Enc. del dir.*, XIX, s. p. 651-654.

(34) Sui sistemi dualisti in generale e, in particolare, sul bipartitismo come « formule gouvernementale », cfr.: BURDEAU, *Traité de Science Politique*, Tomo III, Paris, 1968, pp. 315 ss., special. pp. 327-330.

(35) Per MANZELLA, *Il rapporto maggioranza-opposizione in Parlamento, in Indagine sulla funzionalità del Parlamento*, vol. II, Isle, Milano, 1969, p. 248: « Il discorso sul rapporto maggioranza-opposizione implica preliminarmente una scelta senza riserve mentali per una struttura e un funzionamento del Parlamento basati sui gruppi: cioè un'organizzazione che consenta il prodursi preferenziale in Parlamento di quella dialettica politica che non è mai dialettica di singoli ma confronto di forze organizzate ».

(36) A. LIJPHART, *Le democrazie, cit.*, pp. 12 ss., tipizzando il modello concorrenziale, lo definisce « modello Westminster », in contrapposizione a quello consensuale.

Sul punto, A. MANNINO, *Rapporti tra maggioranza e opposizione. Note introduttive*, in *Il Politico*, 1972, p. 214, afferma: « Dove l'opposizione avrà concretamente a portata di mano la possibilità di sostituire al governo il partito rivale, il compromesso tra i diversi schieramenti presenti in parlamento può anche non sussistere, mentre invece, dove questa alternanza sia in pratica impedita, esso costituirà un dato più o meno rilevante della vita politica ».

Circa il rapporto tra « rotazione continuativa » della maggioranza e ordinamenti bipolari, cfr.: DE VERGOTTINI, voce *Opposizione parlamentare*, *Enc. del dir.*, XXX, p. 539.

§ 4. — Struttura fondamentale del *Congreso* è, dunque, il *Grupo parlamentario* attorno al quale ruota l'intero lavoro parlamentare. Pertanto il Parlamento si deve intendere come un corpo associativo formato da una pluralità di soggetti politici più che da una molteplicità di membri. Tale pluralità, garantita a partire dalle norme dettate in tema di costituzione dei gruppi stessi, è delineata in maniera rigida e restrittiva.

L'art. 23, co. 1, R.C., in proposito, autorizza la nascita di un gruppo solo se composto da un minimo di quindici membri, oppure, in considerazione della sua particolare struttura regionalistica, se è composto da un minimo di cinque membri. In questo secondo caso, però, a garanzia della effettiva rappresentatività del raggruppamento, si richiede che il corrispondente partito (o partiti) abbia riportato almeno il quindici per cento dei voti nell'insieme delle circoscrizioni in cui ha presentato proprie candidature, oppure il cinque per cento dei voti validi nell'intero ambito nazionale.

Trattasi, come si può vedere, di requisiti non facili da integrare, specie da parte dei gruppi più piccoli, siano essi di dimensione regionale o nazionale. In quest'ultimo caso infatti s'impone anche una soglia minima di sbarramento del cinque per cento che aggrava le limitazioni già poste dalla legge elettorale. Si deve dedurre, pertanto, che il regolamento conferma nell'ambito parlamentare, accentuandola, la tendenza alla semplificazione, nella prospettiva di prefigurare una contrapposizione dei contendenti funzionale alle esigenze di efficienza del sistema.

Tale tendenza si riscontra anche nella previsione di altre disposizioni incidenti sulla stessa sfera politica. L'art. 23, co. 2, R.S., ad esempio nel presupporre che a un partito deve corrispondere un gruppo, come diretta conseguenza dispone che: « En ningún caso pueden constituir Grupo Parlamentario separado Diputados que pertenezcan a un mismo partido ». Il parallelismo tra la sfera politica e la sfera parlamentare, nell'ottica in cui è stata concepita, non esclude però la significativa eccezione, prevista dall'art. 23, co. 17, R.C., secondo cui: « Podrán también constituirse en Grupo Parlamentario los Diputados de una o *varias formaciones políticas* ». I deputati che appartengono ad uno stesso partito, dunque, non possono dare vita a più gruppi, ma un gruppo può essere formato da rappresentanti di più partiti, a conferma dell'intento del legislatore che non punta tanto a realizzare la perfetta corrispondenza

gruppo-partito, quanto piuttosto, significativamente, vuole evitare ogni frammentazione del Parlamento.

Nella stessa direzione va la norma contenuta nell'art. 27, co. 2, R.C., che impone lo scioglimento di un gruppo, con conseguente passaggio forzoso dei membri al *Grupo Mixto*, qualora i suoi componenti si riducano, nel corso della legislatura, ad un numero inferiore alla metà del minimo inizialmente richiesto.

Anche qui il Parlamento asseconda le mutazioni che si verificano nella società, sempre però in chiave semplificatoria.

I rischi della frammentazione partitica sono, infatti, al primo posto nelle valutazioni del legislatore: tutto è volto ad agevolare il ruolo delle componenti maggiori che si ritengono le uniche in grado di assicurare l'efficace e continuo funzionamento del sistema.

Tale meccanismo di semplificazione si avverte anche nella istituzione dei « *Diputados asociados* » (37) che, nell'intento di evitare l'eccessivo appesantimento del *Grupo mixto*, mirano a consentire l'affiliazione ai gruppi maggiori anche di quei membri che, per diverse ragioni, non si riconoscano totalmente in essi.

È opportuno a questo punto prendere in esame alcuni istituti ed alcune procedure parlamentari al fine di enucleare il ruolo svolto in esse dai gruppi, onde verificare l'affermazione qui sopra formulata, ed autorevolmente sostenuta in dottrina, secondo cui il *Congreso* (e in forma minore il *Senado*) si caratterizza come struttura essenzialmente gruppocratica (38).

Tale circostanza, sulla base delle valutazioni svolte quando si è trattato del sistema elettorale, unitamente alle considerazioni abbozzate sulla forma di governo, consente fin d'ora di affermare che in Spagna esistono tutti i presupposti perché il governo delle assemblee rappresentative sia esercitato da parte dei gruppi di maggioranza. La conferma di tale affermazione necessita però di ulteriori approfondimenti che svilupperemo nelle pagine seguenti.

La rigida regolamentazione della fase costitutiva dei gruppi nei termini descritti, del resto, non è di per sé sufficiente a provare granché se, per ipotesi, si dovesse verificare che le procedure par-

(37) Ne tratta l'art. 24, co. 3 e 4, R.C.

(38) Così: MANZELLA, *Le Cortes nel sistema costituzionale spagnolo*, in *La Costituzione spagnola del 1978*, cit., pp. 459-463.

lamentari mirano invece a trascurare i gruppi a tutto vantaggio dei singoli e delle iniziative individuali. Di qui la necessità di prendere in esame talune di queste procedure così come sono definite dal regolamento parlamentare e dalla prassi, senza tralasciare la normativa contenuta negli statuti dei gruppi politici che, sempre nel segno della semplificazione, tendono ad istaurare autentici rapporti di subordinazione coi membri (39).

§ 5. — In tema d'iniziativa legislativa il riferimento costituzionale è l'art. 87 Cost., secondo cui: l'iniziativa « corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los reglamentos de las Cámaras » (40). Pertanto possiamo distinguere: *proyectos de ley*, d'iniziativa del Governo (art. 88, C.E.) (41), da considerare prioritari ai sensi dell'art. 89 C.E. e *proposiciones de ley* delle Camere.

(39) Si leggano al riguardo, esemplificativamente, gli artt. 49, 50, 51 e 52 degli *Estatutos Federales* del PSOE approvati dal 30° Congresso federale del partito nel dicembre 1984. Art. 49: « Los miembros del Grupo Parlamentario del PSOE asumen y están obligados a acatar la Declaración de Principios, Programa y Resoluciones aprobados en el Congreso Federal de Partido, así como las directrices emanadas de los órganos de dirección del Partido ». Art. 50: « Todos los miembros del Grupo Parlamentario aceptan el compromiso de presentar su dimisión al Presidente del Parlamento si una vez elegidos causasen baja en el PSOE por cualquier circunstancia ». Art. 51: « En todos los casos, los miembros del Grupo Parlamentario Federal están sujetos a la unidad de actuación y disciplina de voto. Si no la respetasen, el Grupo Parlamentario y la Comisión Ejecutiva Federal podrían denunciar su conducta al Comité Federal. Si la actuación originada por el miembro de Grupo se estimase grave por el Comité Federal, éste tendría facultades para proceder a darle de baja del Grupo Parlamentario, procediendo a incoar el correspondiente expediente, que será tramitado por la Comisión Federal de Conflictos para que dicte las resoluciones a adoptar ». Art. 52: « Las asignaciones económicas y emolumentos que perciban los miembros del Grupo Parlamentario se ingresarán automáticamente en la Secretaría Federal de Administración. El Comité Federal procederá a fijar las asignaciones económicas correspondientes al Grupo ».

(40) Come riferiscono JORDI SOLE TURA e MIGUEL A. APARICIO PEREZ, in *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Madrid, 1984, p. 186, il 90% delle leggi approvate dalle Cortes nelle due prime legislature è stato d'iniziativa del Governo.

(41) L'art. 87 C.E. prevede anche l'iniziativa delle Comunità Autonome e l'iniziativa popolare. Al riguardo il 2° comma di tale articolo detta: « Le Assemblies delle Comunità Autonome potranno chiedere al Governo l'adozione di un progetto di legge o rimettere alla Presidenza del Congresso una proposta di legge delegando allo scopo davanti a questa Camera un massimo di tre dei loro membri ».

Al riguardo, anche per effetto dell'esplicito rinvio contenuto in Costituzione, è utile prendere in esame il regolamento parlamentare.

Per il disposto dell'art. 126, co. 1, R.C., le proposte di legge del *Congreso* possono essere adottate a iniziativa di: « 1° - Un Diputado con la firma de otros catorce miembros de la Cámara. 2° - Un Grupo Parlamentario con la sola firma de su portavoz » (42).

È interessante rilevare che tra l'iniziativa e la presa in esame del progetto l'ordinamento inserisce alcune fasi procedurali intermedie, obbligatorie, atte a consentire al Governo di esprimere il proprio preventivo punto di vista.

Il riferimento è alla previsione contenuta nell'art. 126, co. 2, R.C., il quale dispone che le proposte di legge del *Congreso*, a seguito della pubblicazione, devono essere trasmesse al Governo per consentirgli di esprimere il proprio giudizio circa la « toma en consideración » e circa la « conformidad o no a la tramitación si implicara aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios ». Tal parere preventivo mira a dar corpo all'iniziativa o ad indebolirla fin dal suo nascere.

In entrambi i casi la facoltà riconosciuta al Governo si sostanzia in un potere di controllo equiparabile all'effetto preclusivo di un vero e proprio veto (43) che il Governo può porre, sia per un giudizio di difformità del contenuto finanziario della legge dalla previsione di bilancio, sia, più in generale, per l'esistenza di preclusioni di altra natura che trovano riferimento in altri presupposti normativi (44).

Il 3° comma aggiunge: « Una legge organica regolerà le forme di esercizio ed i requisiti dell'iniziativa popolare per la presentazione di proposte di legge. In ogni caso saranno necessarie non meno di 500.000 firme autentiche. Sono sottratte a tale iniziativa le materie proprie delle leggi organiche, tributarie o di carattere internazionale, nonché tutto ciò che è inerente alla concessione della grazia ».

(42) L'art. 108, co. 1, R.S. stabilisce dei presupposti ancora più pesanti, esigendo che le proposte di legge possono essere presentate soltanto da un gruppo parlamentare o da venticinque senatori.

(43) Così si esprimono: JORDI SOLE TURA - MIGUEL A. APARICIO PEREZ, in *Las Cortes Generales, cit.*, p. 186.

(44) Al riguardo l'art. 84 C.E., afferma: « Qualora una proposta di legge o di emendamento siano contrari ad una delega legislativa in vigore, il Governo è autorizzato ad opporsi a che essa faccia il suo corso. In tal caso si potrà presentare una proposta di legge per la deroga totale o parziale alla legge di delega ».

Il quarto comma dell'art. 126 R.C. tratta del dibattito e della votazione per la « toma en consideración » del Parlamento, durante la quale quest'ultimo ascolta la lettura del « criterio » espresso sul punto dal Gabinetto. In tal modo l'organo parlamentare è messo in condizione di conoscere, prima dell'inizio del dibattito, gli orientamenti dell'Esecutivo, al fine di orientare *preliminarmente* i gruppi di maggioranza e di minoranza nella valutazione, per gli uni, di coordinare la propria azione con quella dell'Esecutivo in consonanza col rapporto fiduciario, e, per gli altri, di eventualmente desistere dall'iniziativa (45).

§ 6. — Anche il diritto di presentare emendamenti è subordinato ad analoghe restrizioni dell'iniziativa dei singoli a vantaggio dei gruppi. Il potere di emendamento, infatti, può rivestire una rilevanza pari al potere d'inoltro di una proposta di legge. Di qui l'assimilazione, con l'intento di evitare richieste che, per il fatto di essere prive di un reale sostegno politico non si ritengono degne di particolare tutela.

Significativa è al riguardo la previsione dell'art. 110, 1, R.C., che impone un termine fisso ed improrogabile di quindici giorni dalla pubblicazione del progetto per la presentazione di qualsiasi tipo di « enmiendas ».

Il Regolamento del *Congreso* in particolare, distingue due tipi di emendamenti: « al articulado » (46) e « a la totalidad » (47). Trattasi però di due fattispecie la cui proponibilità è in entrambi i casi preclusa al singolo parlamentare, dal momento che, nel primo, il regolamento prevede che: « El escrito de enmiendas deberá llevar la firma del portavoz del Grupo a que pertenezca el Diputado »

(45) L'istituto della *toma en consideración* è, per certi aspetti, paragonabile alla mozione di presa in esame dei *Bills* britannici (Prima lettura) che, in alcuni casi, devono ricevere un preventivo voto di accettazione da parte della Camera cui sono presentati. Sul punto si può vedere: I. JENNINGS, *Parliament*, Cambridge, 1970, pp. 250-251.

(46) Art. 110, co. 4, R.C.: « Las enmiendas al articulado podrán ser de supresión, modificación o adición. En los dos últimos supuestos la enmienda deberá contener el texto concreto que se proponga ».

(47) Art. 110, co. 3, R.C.: « Serán enmiendas a la totalidad las que versen sobre la oportunidad, los principios o el espíritu del proyecto de ley y postulen la devolución de aquél al Gobierno o las que propongan un texto completo alternativo al del proyecto ».

pena l'inammissibilità, e, nel secondo: « Sólo podrán ser presentadas por los Grupos Parlamentarios ».

L'art. 111, co. 1, R.C., poi, in tema di emendamenti con « consecuencias presupuestarias », ricalca letteralmente il contenuto dell'art. 134, co. 6, C.E. e ribadisce: « Las enmiendas a un proyecto de ley que supongan aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirán la conformidad del Gobierno para su tramitación ». Il Governo si deve pronunciare entro quindici giorni, trascorsi i quali il silenzio si deve intendere come assenso » (art. 111, co. 3).

Sulla base di tali previsioni si punta a dare una netta caratterizzazione dirigista alla presentazione di ogni tipo di emendamento, attraverso la massima responsabilizzazione dei gruppi che si vogliono coinvolti nella loro totalità. Per tali ragioni ogni emendamento non può mai assumere il valore di un assalto particolare ed occasionale alla maggioranza e, per effetto dell'autorizzazione che riceve dal gruppo, si carica di tutti i connotati dell'iniziativa politica prefigurando, di fronte all'inoltro di emendamenti da parte delle opposizioni, il presupposto per uno scontro tra schieramenti. Ciò non esclude l'eventualità che, su un emendamento della maggioranza o dell'opposizione, si possa raccogliere anche il consenso di membri appartenenti allo schieramento opposto: tale risultato però si può verificare soltanto sulla base dell'assunzione di una corresponsabilità motivata, esplicita e preventiva, che non può incidere sugli equilibri politici costituiti (48).

Il regolamento del *Congreso* prevede anche l'eventualità di negare in maniera assoluta la presentazione di ogni emendamento. Al riguardo l'art. 150 R.C. consente che il Pleno del *Congreso* a maggioranza possa decidere di discutere un progetto o una proposizione di legge « directamente y en lectura única » e che, in tal caso, dopo lo svolgimento della discussione secondo le norme stabilite per i dibattiti cosiddetti « de totalidad » (49), il progetto di legge sia messo in votazione nel suo complesso tramite espressione di un unico voto. Ciò comporta l'esclusione della presentazione di

(48) Di contro, con riferimento all'ordinamento italiano, circa la qualificazione dell'emendamento come « strumento ... per permettere la stabile partecipazione delle opposizioni all'attività di direzione politica dello Stato », cfr.: A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra Governo e Parlamento*, Milano, 1973, pp. 238-244.

(49) Vedasi al riguardo l'art. 74, co. 2, R.C.

ogni tipo di emendamento (50), negandosi così ogni possibilità d'intervento sia per i deputati che per i gruppi. Nell'ambito di tali pesanti limitazioni la dottrina spagnola ritiene però che questo procedimento sia da impiegare soltanto in casi particolari ed urgenti (51), in conformità al dettato regolamentare il quale afferma che il procedimento « en lectura única » è praticabile soltanto « cuando la naturaleza del proyecto o proposición de ley ... lo aconseje o su simplicidad de formulación lo permita ».

Da quanto esposto si ricava che il Costituente ha inteso predisporre alcuni meccanismi procedimentali grazie ai quali un progetto di legge del Governo, una volta presentato, non è abbandonato a se stesso, in balia del gioco delle forze parlamentari, bensì rimane, in vario modo, soggetto all'influenza del Governo e a quella della sua maggioranza che ne orienta lo svolgimento nelle varie fasi attraverso specifici interventi d'impulso, di rallentamento, di accelerazione o di vero e proprio blocco. L'ordinamento spagnolo crea dunque i presupposti per un legame permanente Governo-Parlamento nel corso dell'intero *iter legis*, al fine di garantire continuità tra i massimi organi d'indirizzo e consentire il prevalere della politica governativa oltre che sulle forze di maggioranza, anche sugli stessi gruppi di opposizione.

L'iniziativa legislativa del Governo non è concepita dunque soltanto come mera fase d'impulso di un processo di deliberazione di preminente competenza del Parlamento, bensì come lo stadio iniziale di un procedimento di spettanza congiunta del binomio Governo-maggioranza parlamentare (52).

In questo quadro l'eventualità della bocciatura di un *proyecto de ley* è vista dall'ordinamento con grande sfavore. Infatti, la mancata previsione di esclusione dell'obbligo di dimissioni del Go-

(50) In merito, cfr.: F. SANTAOLALLA LOPEZ, *Derecho Parlamentario Español*, Madrid, 1984, s. p. 247. Analogamente dispone l'art. 129, co. 3, R. S., che, tuttavia, dispone: « Podrán presentarse únicamente propuestas de veto », dal che si deduce, per questa Camera, l'esistenza di un divieto di presentare i soli « enmiendas al articulo ». (Cfr.: F. SANTAOLALLA LOPEZ, *Op. supra cit.*, p. 267).

(51) Cfr. F. SANTAOLALLA LOPEZ, *Op. e loc. supra cit.*

(52) In generale, circa l'esistenza in ogni Stato moderno di un principio generale di diritto prescrivente agli organi costituzionali di collaborare all'attuazione dell'indirizzo politico che sia stato legittimamente adottato, cfr.: CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, 1939, XVII, pp. 55-172.

verno in caso di un voto contrario delle Camere su un suo disegno di legge, sull'esempio italiano (53), può essere interpretata, a contrario, proprio come volontà di porre un dovere giuridico di tali dimissioni.

In ogni caso, pur senza voler attribuire un valore decisivo all'argomentazione letterale, si deve ammettere che, se a tale mancata previsione non si possono attribuire significati giuridicamente rilevanti, da essa si possono trarre conseguenze politicamente determinanti, la prima delle quali è che la gravità dei rischi cui un Governo « può » andare incontro, per effetto della semplice bocciatura di un suo *proyecto de ley*, costituisce un deterrente e, allo stesso tempo, uno stimolo a rafforzare la compattezza dei rappresentanti della maggioranza in Parlamento (54).

§ 7. — In questo paragrafo si prendono in esame alcuni organi interni del *Congreso*, quali: il *Presidente*, la *Mesa*, la *Junta de Portavoces* e la *Ponencia*, che, per la composizione, il modo di elezione e le funzioni che svolgono, caratterizzano grandemente il modo di lavorare del Parlamento.

Non necessariamente organo della maggioranza è il *Presidente del Congreso* che, diversamente dalle soluzioni adottate sotto il precedente regime in cui veniva designato dal Capo dello Stato ed era strettamente subordinato alle direttive del Governo (55), svolge

(53) Com'è noto, una tale previsione è contenuta invece nell'art. 94, comma 4, della Costituzione italiana, che detta: « Il voto contrario di una o d'entrambe le Camere su una proposta del Governo non importa obbligo di dimissioni ».

Da tale disposizione MANNINO, con riferimento all'ordinamento italiano, (*Indirizzo politico e fiducia, cit.*, p. 45), ricava un'ulteriore conferma alla tesi della « legittimità di una partecipazione attiva delle opposizioni al procedimento di formazione delle leggi ». Sul punto, anche: GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, I, Milano, 1972, p. 204.

(54) Nell'ordinamento italiano, com'è noto, l'istituto che solitamente rafforza la compattezza della maggioranza nell'attuazione dell'indirizzo legislativo è la proposizione della questione di fiducia. In Spagna invece la *cuestión de confianza* può essere posta soltanto sopra un « programa » o una « declaración » de política general » (Art. 112 C.E.).

(55) Per un'analisi del ruolo e delle funzioni della *Presidencia* forte sotto il regime franchista, cfr.: M. M. FRAILE CLIVILES, *Comentario al reglamento de las Cortes*, Madrid, 1973, pp. 213-270.

A titolo meramente esemplificativo si consideri che il regolamento delle *Cortes* del 1971 attribuiva al *Presidente*, tra l'altro, le seguenti attribuzioni: « Nombrar los

un ruolo *super partes*, indipendente, di garante della Costituzione, svincolato dai partiti (56), nonostante la sua elezione possa avvenire anche soltanto per un voto a maggioranza semplice dell'Assemblea (57). In questa collocazione subisce una notevole riduzione di funzioni a favore di altri organi collegiali a composizione politica, soprattutto la *Mesa* e la *Junta*, allineandosi al classico ruolo neutro dei Presidenti di assemblee parlamentari europee (58).

La *Mesa* e la *Junta*, presiedute dal *Presidente del Congreso*, sono sostanzialmente rappresentative in forma collegiale dell'intero sistema dei partiti. La *Mesa*, in particolare, organo istituzionale già noto al precedente ordinamento, previsto dalla stessa Costi-

Presidentes de las Comisiones y, a propuestas de éstos, a los respectivos Vicepresidentes y Secretarios de las misma» (art. 18, co. 4); «Fijar, de acuerdo con el Gobierno, el orden del día, tanto del Pleno como de las Comisiones» (co. 5).

(56) Per una ricostruzione evolutiva del ruolo del Presidente di assemblea parlamentare, si veda il lavoro, tutt'ora attuale, di: SICA, *Rilievi sulla presidenza delle assemblee politiche*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1951, p. 271 ss.

(57) L'art. 37 R.C. recita: «En la elección del Presidente, cada Diputado escribirá sólo un nombre en la papeleta. Resultará elegido el que obtenga el voto de la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara. Si ninguno obtuviere en primera votación dicha mayoría, se repetirá la elección entre los que hayan alcanzado las dos mayores votaciones y resultará elegido el que obtenga más votos».

(58) Le sue funzioni incidono sia nell'ambito costituzionale generale, sia nel più stretto ambito parlamentare.

Sotto quest'ultimo profilo il *Presidente del Congreso*, oltre a presiedere all'interpretazione del Regolamento: «Ostenta la representación de la Cámara, asegura la buena marcha de los trabajos, dirige los debates, mantiene el orden de los mismos y ordena los pagos...». (Art. 32, co. 1 e 2, R.C.).

Nell'ambito costituzionale, sulla base delle previsioni di cui all'art. 99 Cost., commi 5 e 1: controfirma l'atto regio di scioglimento delle Camere e propone al *Congreso* la candidatura del Presidente del Governo sulla base della scelta operata dal Re.

È chiaro che, soprattutto in riferimento al potere di controfirma dell'atto di scioglimento, il Presidente è investito di una prerogativa di notevole rilievo politico. Ciò autorizza a sostenere che le attribuzioni presidenziali nel sistema generale sono di gran lunga più significative delle funzioni parlamentari, soprattutto perché queste ultime non vengono conferite in esclusiva al Presidente, ma sono congiuntamente espletate dalla *Mesa* e dalla *Junta de Portavoces*.

Per una valutazione del peculiare ed esteso ruolo svolto dal Presidente dell'Assemblea Nazionale francese, quale organo costituzionale e quale organo interno, cfr.: PEGORARO, *Il Governo in Parlamento - L'esperienza della V Repubblica francese*, Padova, 1983, pp. 65-87. In generale, si veda anche: DAUDET, *La Présidence des Assemblées parlementaires françaises*, Paris, P.U.F., 1965.

tuzione all'art. 72, è composta: dal *Presidente del Congreso*, quattro Vicepresidenti e quattro Segretari eletti in rappresentanza anche delle minoranze. Il Regolamento parlamentare la definisce: « Organo rector de la Camara y ostenta la representación colegiada de ésta en los actos a que asista » (art. 30, co. 1, R.C.). Ad essa compete l'amministrazione della Camera e l'organizzazione del lavoro parlamentare; in collaborazione con la *Junta de Portavoces* determina la programmazione delle attività (art. 31, R.C.); con il concorso della *Junta* e del *Presidente* provvede a dettare le risoluzioni di carattere generale sull'interpretazione del Regolamento (art. 32, co. 2, R.C.) (59). La *Mesa* esercita dunque, in forma collegiale, alcune funzioni che talvolta sono espletate dall'organo monocratico presidenziale (60), accentuando il carattere partitocratico della gestione assembleare.

Quanto alla *Junta de Portavoces*, trattasi di un organo marcatamente politico che, composto dai *Portavoces de los Grupos Parlamentarios*, assume le proprie decisioni secondo il criterio del « voto ponderado ». Tra le funzioni più importanti, oltre ad un esteso ruolo consultivo previsto dal Regolamento in più parti (61), è competente per la formazione dell'*orden del día* che, come vedremo nel paragrafo seguente, in quanto funzione spiccatamente politica, necessita del concorso di tutti i gruppi in ragione della specifica consistenza numerica.

Nell'ambito degli organi parlamentari si deve dar conto anche della *Ponencia* che alcuni Autori definiscono organo di: « reforza-

(59) Nel regolamento del 1971 la *Mesa* era, similmente, definita « órgano rector » della Camera, in un rapporto però di stretta soggezione all'autorità e alla direzione unica del *Presidente*, nei cui confronti era totalmente subordinata. Cfr. in tal senso: M. M. FRAILE CLIVILLES, *Comentario, supra cit.*, pp. 272 ss.

(60) Così anche: « F. SANTAOLALLA LOPEZ, *Op. supra cit.*, p. 130.

(61) Si vedano gli articoli: 31, co. 6, R.C., in tema di programmazione delle attività delle Camere; 32, co. 2, R.C., in tema di interpretazione e integrazione del regolamento; 40, co. 1, 50, co. 1 e 53 R.C., rispettivamente in tema di: composizione delle commissioni parlamentari, delle altre commissioni permanenti e delle commissioni non permanenti; 62, co. 2, R.C., in tema di modifica dei giorni di sessione; 118, co. 2, R.C., in tema di regolamentazione dello svolgimento dei dibattiti; 149, co. 1, R.C., in tema di avocazione da parte dell'assemblea plenaria dei progetti di legge assegnati alle Commissioni legislative; 150, co. 1, R.C., in tema di approvazione di un progetto di legge « en lectura única »; 177, co. 3, R.C., in tema di autorizzazione alla trattazione congiunta di più mozioni di censura.

miento de los grupos parlamentarios en el proceso legislativo » (62). Trattasi di un organo interno non permanente delle Commissioni legislative, formato dai deputati che i gruppi di volta in volta ritengono di designare, a causa della specifica competenza o della particolare rappresentatività, per la trattazione di individuate materie. Ha il compito di preparare tecnicamente il lavoro legislativo, oltre che di « *negociar* la aceptación o la eventual modificación del texto inicial del proyecto o de la proposición de ley » (63). Secondo quanto si afferma anche nella dottrina spagnola la *Ponencia* svolge dunque il ruolo svolto dal *Rapporteur* nel diritto parlamentare francese (64), con due caratteristiche differenze: a) non è formata da un solo membro, bensì dai rappresentanti dei vari gruppi politici; b) non si limita a presentare una relazione sugli emendamenti inoltrati e sulla problematica generale della legge, bensì interviene direttamente nella fase iniziale del procedimento con poteri di modifica del testo secondo gli accordi intervenuti tra i gruppi.

I suoi lavori si svolgono a porte chiuse e ciò facilita la formazione del consenso o la possibilità di recupero del dissenso.

§ 8. — Si vuole qui verificare se il Governo e la sua maggioranza godono di particolari poteri nella determinazione dell'ordine del giorno delle assemblee. È noto infatti che là dove il rapporto Governo-Parlamento è più intenso ed integrato nella determinazione del programma dei lavori parlamentari la capacità d'incidenza del primo sul secondo aumenta, migliorando nel contempo la collaborazione interorganica e le garanzie di attuazione dell'indirizzo assunto (65).

Al riguardo l'art. 89 della Costituzione, com'è noto, afferma il carattere prioritario dei *proyectos de ley* del Governo (66); ma, la genericità della formula impiegata, pur nella chiarezza degli intenti, rende la disposizione non immediatamente operativa e suscettibile di applicazioni molto meno efficaci di quella adottata, ad

(62) Così: J. SOLE TURA - M. A. APARICIO PEREZ, *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, cit., pp. 158-160.

(63) Così: J. SOLE TURA - M. A. APARICIO PEREZ, cit.

(64) Cfr.: J. SOLE TURA - M. A. APARICIO PEREZ, cit.

(65) Sul tema cfr. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica*, cit., s. p. 128.

(66) Cfr. *infra*, p. 63.

esempio, nell'ordinamento francese, in cui, il principio di priorità ha una regolamentazione immediatamente precettiva (67). La conferma di tale assunto si ricava in particolare dalla lettura dell'art. 67 del regolamento del *Congreso*, il cui terzo comma afferma: « El Gobierno podrá pedir que en una sesión concreta se incluya un asunto con carácter prioritario, siempre que ésta haya cumplido los trámites reglamentarios que le hagan estar en condiciones de ser incluido en el orden del día ».

Il quarto comma, nel prevedere l'ipotesi di trattare « asuntos urgentes », poi aggiunge: « A iniciativa de un Grupo Parlamentario o del Gobierno, la Junta de Portavoces podrá acordar, por razones de urgencia y unanimidad, la inclusión en el orden del día de un determinado asunto, aunque no hubiere cumplido todavía los trámites reglamentarios ».

L'art. 68 R.C., infine, chiude: « El orden del día del Pleno puede ser alterado por acuerdo de éste, a propuesta del Presidente o a petición de dos Grupos Parlamentarios e de una quinta parte de los miembros de la Cámara ».

Dalla delineaione di questo quadro, molto più chiaro invero se lo si esamina con ottica comparatistica, si possono trarre alcune immediate considerazioni, la prima delle quali è che, sia in presenza di iniziative parlamentari, che di fronte ad espresse richieste del Governo, l'organo cui compete la determinazione dell'ordine del giorno è sempre la *Junta de Portavoces*, secondo la lapidaria statuizione del primo comma dell'art. 67, per cui: « El orden del día del Pleno será fijado por el Presidente de acuerdo con la Junta de Portavoces » (68).

(67) In forma netta ed inequivocabile l'art. 48 della Costituzione francese detta: « L'ordine del giorno delle assemblee comporta, per priorità e nell'ordine fissato dal Governo, la discussione dei disegni di legge presentati dal Governo e delle proposte di legge da esso accettate ». L'art. 89, co. 2, del regolamento dell'*Assemblée Nationale* specifica: « Les demandes d'inscription prioritaire du Gouvernement sont adressées par le Premier Ministre au Président de l'Assemblée qui en informe les présidents des Commissions compétentes et les notifie à la plus prochaine Conférence des Présidents ».

(68) Radicalmente diverso era il principio contenuto nel regolamento delle *Cortes* organiche, il cui art. 18, co. 5, dettava: « Corresponde al Presidente de las Cortes » ... « fijar, de acuerdo con el Gobierno, el orden del día, tanto del Pleno como de las Comisiones ».

La seconda considerazione è che il Governo, preventivamente informato delle riunioni della *Junta*, attraverso la partecipazione di un proprio rappresentante è messo in condizione di « prospettare » le sue richieste prioritarie (« *pedir que se incluya un asunto con carácter prioritario* ») nel limite di « un asunto » per « una sesión concreta », ma che la facoltà ultima di decidere spetta sempre e soltanto alla *Junta*.

La terza è che il riconoscimento all'Assemblea plenaria del potere di modificare l'ordine del giorno, secondo il disposto dell'art. 68 del Regolamento, riafferma, comunque, il principio classico della sovranità dell'Aula.

Nell'ambito delle classificazioni ormai consolidate che solitamente distinguono tre metodi di fissazione dell'o.d.g.: ad opera del Governo, di specifici organismi parlamentari, delle Assemblee (69), si deve rilevare dunque che l'ordinamento spagnolo, probabilmente anche in parziale contraddizione con le premesse d'ordine costituzionale, adotta solo i due ultimi sistemi, con il risultato di rafforzare più la maggioranza parlamentare che il Governo. Alla maggioranza, infatti, e non al Governo, compete l'ultima parola nel valutare la *priorità* degli argomenti, talché, di fronte all'eventualità di una coalizione debole o non omogenea, il Gabinetto non pare dotato di autonomi poteri per imporre autoritariamente alcunché. Se dunque si vuole parlare di ordine del giorno prioritario, non è consentito alcun espresso riferimento ad altre esperienze straniere. Mentre, infatti, in Francia l'*ordre du jour prioritaire* è semplicemente recepito dagli organi parlamentari (70), in Spagna invece deve sempre necessariamente passare attraverso il filtro dei gruppi in una prospettiva tutta partitocratica, volta soprattutto a rafforzare questi ultimi.

Finora le solide maggioranze congressuali hanno garantito anche il raccordo Governo-Parlamento; l'eventuale frammentazione del sistema politico, con la possibile formazione di governi di coali-

(69) Si veda, per tutti: S. GIULI, *Le statut de l'opposition en Europe, Notes et études documentaires*, Paris, 1980, pp. 158-165.

(70) In Francia l'*ordre du jour prioritaire*, di esclusiva spettanza del Governo, non può essere messo in discussione né dalla *Conférence des présidents* che ne è soltanto informata, né dall'Assemblea plenaria che non può votare su esso. Sul punto, cfr.: J. LAPORTE-S. TULARD, *Le droit parlementaire*, Paris, 1986, pp. 67-71.

zione, potrebbe, però, evidenziare alcune disfunzioni conseguenti proprio alla mancanza di autonome prerogative governative.

§ 9. — Sulla base dell'adozione di un sistema restrittivo dell'« uso della parola », l'organizzazione del dibattito parlamentare ruota anch'essa attorno ai gruppi politici. Secondo un'evoluzione ormai radicata infatti, anche in Spagna il « diritto di parola » non si regge su una concezione di tipo liberale tendente a consentire l'espressione più estesa delle voci individuali, come presupposto per la migliore interpretazione della volontà generale, bensì, più semplicemente, è finalizzato all'esternazione delle posizioni degli schieramenti in campo (71), specie per quanto concerne il pronunciamento in favore o contro le proposte del Governo. Ciò determina, com'è facile intuire, l'ulteriore rafforzamento del primato dei gruppi a danno delle posizioni personali (72).

Al riguardo l'art. 74, co. 1, R.C., afferma che, fatte salve specifiche disposizioni, la discussione parlamentare è regolamentata dal criterio per cui: « En todo debate cabe un turno a favor y otro en contra ». Inoltre: « La duración de las intervenciones ... no excederá de diez minutos » (73).

Questo schema, che non pare riservare spazio ai gruppi intermedi non schierati né sul fronte della maggioranza né su quello dell'opposizione, va però integrato con il disposto dell'art. 75 del regolamento, in tema di riconoscimento del diritto d'intervento al *Grupo Parlamentario Mixto*. Tale raggruppamento non è preso però

(71) Sul punto, in generale, cfr.: MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra Governo e Parlamento*, cit., pp. 232-233. In senso ancor più generale, circa il progetto contenuto nella Costituzione italiana di spostamento della « sovranità » dall'individuo astratto e classista del liberalismo ottocentesco all'individuo sociale di oggi, cfr.: OCCHIOCUPO, *Profili essenziali del « Progetto di società e Stato » delineato nella Costituzione repubblicana*, in *Diritto e Società*, 1987, n. 3, pp. 345-364, special. p. 357.

(72) Al contrario, per una valutazione del sistema statunitense come sistema volto a garantire « la genuina deliberazione del singolo rappresentante nel Legislativo », cfr.: E. S. GRIFFITH, *L'ordinamento politico degli Stati Uniti*, Roma, 1957, p. 47. Secondo tale Autore (*Op. cit.*, p. 51): « In Congresso domina il principio della assoluta eguaglianza tra tutti i suoi membri ».

(73) L'art. 74, co. 2, R.C., aggiunge: « Si el debate fuera de los calificados como de totalidad, los turnos serán de quince minutos, y, tras ellos, los demás Grupos Parlamentarios podrán fijar su posición en intervenciones que no excedan de diez minutos ».

in considerazione in rapporto alla peculiare e variegata sua composizione, dal momento che: « Las intervenciones del Grupo Parlamentario Mixto podrán lugar a través de un solo Diputado y por idéntico tiempo que los demás Grupos Parlamentarios » (74). Ancora una volta, dunque, la concezione gruppocratica prevale su quella individualistica, anche là dove un gruppo politico non esiste, in un rigido quadro semplificatorio e antiostruzionistico che trova riscontro, sul fronte del Governo, nella mancanza, invece, di ogni norma limitativa del numero e della durata degli interventi (75).

Dinanzi a tante rigidità l'art. 73, co. 2, R.C., conferisce al *Presidente del Congreso*, « oída la Junta de Portavoces », la facoltà di « ampliar o reducir el número y el tiempo de las intervenciones de los Grupos Parlamentarios o de los Diputados ». Anche in questo caso, però, la richiesta del preventivo parere della *Junta* fa risaltare ulteriormente il ruolo primario dei gruppi, specie quelli di maggioranza, che, com'è noto, all'interno della *Junta* prevalgono.

Tipico strumento antiostruzionistico si qualifica, infine, la notissima « mocion de cierre de una discusión » (art. 76 R.C.), che, richiesta dal portavoce di un gruppo parlamentare e deliberata dal *Presidente* « de acuerdo con la Mesa », è concepita essenzialmente come strumento della maggioranza ed è efficacemente utilizzata per arrestare le manovre dilatorie delle opposizioni (76).

(74) Tale facoltà è praticabile a condizione che: « Todos sus componentes presentes así lo acuerden y hagan llegar a la Presidencia de la Cámara, por medio del portavoz o Diputado que lo sustituyere, el acuerdo adoptado » (Art. 75, co. 1). « De no existir tal acuerdo, ningún Diputado del Grupo Parlamentario Mixto podrá intervenir en turno de Grupo Parlamentario por más de la tercera parte del tiempo establecido para cada Grupo Parlamentario y sin que puedan intervenir más de tres Diputados » (Art. 75, co. 2).

(75) In merito, cfr.: F. SANTAOLALLA LOPEZ, *cit.*, p. 176.

(76) Art. 76 R.C.: « El cierre de una discusión podrá acordarlo siempre la Presidencia, de acuerdo con la Mesa, cuando estimare que un asunto está suficientemente debatido. También podrá acordarlo a petición del portavoz de un Grupo Parlamentario. En torno a esta petición de cierre podrán hablar, durante cinco minutos como máximo cada uno, un orador en contra y otro a favor ».

In Gran Bretagna la mozione di chiusura di una discussione (« closure ») deve essere approvata da parte, almeno, di cento membri della Camera dei Comuni (art. 31 del Regolamento). In Francia, l'art. 57 del Regolamento dell'*Assemblée Nationale* afferma che la « clôture » di una discussione può essere: « soit décidé par le Président, soit proposée par un membre de l'Assemblée » ... « Le Président consulte l'Assemblée à main levée ».

§ 10. — Ai fini della presente indagine è utile prendere in esame anche le norme dettate in tema di sistemi interni di votazione. L'art. 79, co. 2, C.E., al riguardo, afferma: « Los acuerdos, para ser validos, deberán ser aprobados por la mayoría de los miembros presentes ».

Il regolamento parlamentare, all'art. 79, co. 1, specifica che l'applicazione di tale principio deve avvenire in base all'adozione del criterio della « mayoría simple de los miembros presentes ». Così disponendo, si escludono gli astenuti dal computo di ogni deliberazione e si segna un altro punto a favore della maggioranza in linea con la tendenza che punta a facilitare l'azione parlamentare delle forze di governo.

Più in particolare tale intento si avverte nell'affermazione di due principi, che consistono: a) nel fissare il divieto del voto segreto nei procedimenti legislativi e nel prevedere, in alcuni casi, l'obbligo dell'appello nominale; b) nell'imporre, in talune ipotesi, l'uso del voto ponderato.

In generale l'art. 85, co. 2, R.C., dispone che la votazione dovrà avvenire per appello nominale (*pública por llamamiento*) in caso di investitura del Presidente del Governo, in caso di *moción de censura* o di *cuestión de confianza*. In caso di elezioni di persone la votazione sarà, invece, sempre segreta; mentre: « En ningún caso la votación podrá ser secreta en los procedimientos legislativos » (art. 85, co. 1, R.C.) (77).

Per quanto riguarda il punto *sub b*) le disposizioni di riferimento sono date dagli artt. 39, co. 4 e 88 R.C.. Secondo il disposto dell'art. 39, co. 4, in particolare: « Las decisiones de la Junta de Portavoces se adoptarán siempre en función del criterio de voto ponderado ».

Per l'art. 88, co. 2, poi, fatte salve le ipotesi ivi tassativamente enunciate (78), in caso di parità di voti nel corso di una

(77) L'art. 85, co. 1, R.C., aggiunge: « La votación será pública por llamamiento o secreta cuando así lo exija este reglamento o lo soliciten dos Grupos Parlamentarios o una quinta parte de los Diputados o de los miembros de la Comisión. Si hubiere solicitudes concurrentes en sentido contrario, prevalecerá la de votación secreta ».

(78) L'art. 88, co. 3, R.C., detta: « En los procedimientos legislativos en los que la Comisión actúe con competencia plena y en las mociones y proposiciones no de ley en Comisión, el empate mantenido tras las votaciones previstas en el apartado 1º será dirimido sometiendo la cuestión a la decisión del Pleno ».

procedura parlamentare in Commissione, « qualora i membri appartenenti ad un medesimo gruppo si siano espressi nello stesso modo, la parità si può superare attraverso la ponderazione dei voti che ogni gruppo ha all'interno del Pleno ».

Analogamente si deve dar conto anche di una radicata prassi per la quale, se all'interno della *Ponencia* delle Commissioni non c'è accordo su un progetto di legge, la decisione viene assunta a votazione con il metodo del voto ponderato (79).

§ 11. — Un rilevantisimo ruolo è assegnato alle commissioni parlamentari che costituiscono organi ordinari delle *Cortes*. Significativamente l'art. 75 C.E. afferma: « Las Cámaras funcionaran en Pleno y por Comisiones ».

Come l'Assemblea plenaria anche le Commissioni sono egemonizzate dai gruppi politici che le compongono in proporzione alla consistenza numerica. La ripartizione dei membri avviene applicando il metodo del quoziente, secondo una prassi che assegna le frazioni residuali ai più forti resti, con penalizzazione dei raggruppamenti minori (80).

Secondo un'affermazione comune in dottrina, anche in Spagna i titolari dei posti di commissione sono i gruppi che, pertanto, godono di illimitata potestà di sostituzione dei propri membri in qualsiasi momento, anche soltanto per un determinato dibattito, oppure per un'intera sessione (art. 40, co. 2, R.C.). Pertanto essi dispongono di notevole potere discrezionale nell'utilizzare le migliori competenze, ma anche nel verificarne costantemente l'operato (81).

Nel trattare delle commissioni, è utile dire anche della « Competencia legislativa plena de las Comisiones » (Capitolo III, Sez. 5, R.C.). Tale potere trova fondamento nell'art. 75, comma 2, della Costituzione, secondo cui: « Las Cámaras podrán delegar en las Comisiones legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley », fatta eccezione per le materie di riforma

(79) Cfr. in merito: J. SOLE TURA - M. A. APARICIO PEREZ, *Las Cortes Generales*, cit., p. 160.

(80) Circa l'applicazione del principio di proporzionalità nella formazione dei collegi minori delle Camere italiane, cfr.: SICARDI, *Maggioranza, minoranze e opposizione nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1984, pp. 152-166.

(81) Analogamente l'art. 62, co. 2, R.S., detta: « Los Portavoces de los Grupos parlamentarios pueden efectuar sustituciones comunicándolo con antelación al Presidente de la Cámara ».

costituzionale, questioni internazionali, leggi organiche e di base, bilanci dello Stato. Tale procedimento assume notevole rilievo dal momento che, nonostante il proclamato carattere di specialità, in pratica ha un'utilizzazione corrente, come se si trattasse di procedura ordinaria. Ciò si verifica per l'esistenza di una presunzione generale di delega per la quale: « El acuerdo del Pleno por el que se delega la competencia legislativa plena en las Comisiones *se presumirá* para todos los proyectos y proposiciones de ley que sean constitucionalmente delegables » (art. 148, co. 1, R.C.). Di esclusiva ed indelegabile spettanza del *Plenum* restano, dunque, per previsione dello stesso articolo, solo i dibattiti e le votazioni « de totalidad », nonché quelli di « toma en consideración », che l'Assemblea plenaria può sempre e in qualsiasi momento avocare a sé in base alla previsione contenuta nell'art. 149, co. 1, R.C.

Un altro potere di avocazione pieno e generale è riconosciuto, inoltre, al *Plenum* dallo stesso art. 149, subordinatamente all'emanazione di una deliberazione dell'organo assembleare, presa a maggioranza, « antes de iniciarse el debate en Comisión » (82). Così disponendo però si pone un rigido sbarramento temporale (« prima dell'inizio del dibattito in commissione »), in contrasto con lo stesso dettato costituzionale, per il quale invece: « El Pleno podrá recabar *en cualquier momento* el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de ley » (art. 75, co. 2, C.E.).

Tutto ciò rivela l'estremo favore con cui il procedimento legislativo decentrato è consentito, nelle forme più ampie e senza le comuni norme di garanzia che solitamente trovano accoglimento in altri ordinamenti. Sorprende soprattutto la mancanza di ogni riferimento, sia in Costituzione che nel Regolamento, alla pubblicità dei lavori, nonché la mancata previsione del potere delle minoranze di richiedere la competenza del *Plenum* per un'autonoma valutazione del rilievo politico della materia in questione (83).

(82) L'art. 149, co. 1, R.C., ultima parte, al riguardo, recita: « Antes de iniciarse el debate en Comisión el Pleno podrá avocar la aprobación final, a propuesta de la Mesa, oída la Junta de Portavoces. La propuesta de avocación se someterá a votación sin debate previo ».

(83) In riferimento alla previsione di cui all'art. 72, co. 3, della Costituzione italiana, che riconosce ad un decimo dei componenti di una Camera il diritto di sottrarre un progetto di legge dalla commissione legislativa per destinarlo all'Aula, L. BASSO (in: *Natura e funzioni dell'opposizione nell'ordinamento costituzionale italiano*, *Studi sulla Costituzione*, II, Milano, 1958, p. 387), afferma: « Non v'è

Per quanto concerne questo secondo aspetto il regolamento del *Congreso* si limita a prevedere unicamente la richiesta della *Mesa* e il parere della *Junta de Portavoces*, operando in tal modo una scelta completamente istituzionale a favore, ancora una volta, della maggioranza.

Il legislatore spagnolo, in verità, è perfettamente consapevole delle disfunzioni di frammentarietà, assemblearismo e compromissorietà che l'abuso di un tale procedimento può arrecare al sistema, da taluni definito di: « policentrismo parlamentare » (84). Da tale consapevolezza scaturisce la previsione di questo istituto nella prospettiva puramente « acceleratoria » sopra descritta, a danno talvolta dei più comuni presupposti di garanzia.

§ 12. — Un notevole spazio spetta ai gruppi anche nell'esercizio dell'attività di controllo politico. Il riferimento va in particolare agli istituti delle *mociones* (o *proposiciones no de ley*) (art. 193 R.C.), *interpelaciones* (art. 180 R.C.) e *preguntas* (art. 185 R.C.).

Alle *mociones* il regolamento parifica le *propuestas de resolución* (art. 197 R.C.) che consistono nella richiesta di messa in votazione di una risoluzione indicativa di un orientamento del *Congreso* conseguente alla esposizione di alcune comunicazioni del Governo.

Tanto le *mociones* che le *propuestas de resolución* sono riservate esclusivamente ai gruppi parlamentari, a conferma del protagonismo di questi.

Le *interpelaciones*, per il disposto dell'art. 180 R.C., competono sia ai gruppi che ai deputati. Entrambi però godono di poteri propositivi limitati, dal momento che ogni gruppo ha a sua disposizione un numero di richieste proporzionato alla propria forza nu-

dubbio che, attraverso queste norme si dà un particolare rilievo al compito dell'opposizione di assicurare la regolare funzionalità ed il normale contraddittorio all'attività parlamentare bloccando qualsiasi eventuale tendenza della maggioranza a ridurre sempre più l'attività del parlamento ad una semplice registrazione della volontà governativa ».

(84) Così: MANZELLA, *Il governo in parlamento*, in *L'istituzione governo. Analisi e prospettive a cura di S. Ristuccia*, Milano, 1977, special. p. 107. Più genericamente, in termini tutt'altro che negativi, sulle commissioni deliberanti come luogo della contrattazione tra maggioranza e minoranza, cfr. lo stesso MANZELLA, in: *Il rapporto maggioranza - opposizione*, cit., p. 256.

merica, secondo il disposto dell'art. 182, comma 2, R.C. per il quale l'interpellanza di un singolo deputato potrà essere messa all'ordine del giorno con priorità soltanto se il gruppo cui il deputato appartiene non avrà esaurito, nel corrispondente periodo di sessione, la quota d'*interpelaciones* ad esso spettante, secondo il criterio per cui ad ogni gruppo compete un'interpellanza « por cada diez Diputados o fracción pertenecientes al mismo ».

Quanto alle *preguntas*, è pur vero che l'art. 185 R.C. afferma che « los Diputados podrán formular preguntas al Gobierno y a cada uno de sus miembros »; l'art. 188, co. 2, però, aggiunge che si dà priorità alle interrogazioni dei deputati che non hanno presentato *preguntas* nel medesimo periodo di sessione. Ciò, com'è evidente, presuppone un trattamento di favore per i gruppi più numerosi che, disponendo di un maggior numero di membri, hanno più facilità nel ripartire il carico delle interrogazioni da presentare (85).

Un discorso a sé meritano le *Comisiones de investigación* (86) che non possono essere istituite né ad iniziativa di gruppi né, tanto meno, di singoli parlamentari. Lo Costituzione ne tratta all'art. 76, nel Titolo III, dedicato alle *Cortes Generales*, a riprova, anche sulla base di criteri sistematici, dell'ampia funzione assegnata all'istituto da intendersi non semplicemente come strumento di controllo del Parlamento sul Governo (tema cui è dedicato il Titolo V della Costituzione), bensì, più genericamente, come istituto disposto a precostituire elementi di conoscenza e di giudizio utilizzabili per l'autonoma azione dell'intero sistema degli organi costituzionali (87). Nell'ambito di tale premessa la Commissione d'in-

(85) Così: JOAQUIN GARCIA MORILLO, *El control parlamentario del Gobierno en el ordenamiento español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1984, p. 154.

(86) Per un riferimento all'*inchiesta* come esempio classico di istituto per lo studio del quale è assai rilevante il metodo comparatistico, cfr.: DE VERGOTTINI, *La comparazione nel diritto costituzionale: Scienza e metodo*, in *Diritto e Società*, 1986/2, pp. 175-176.

(87) Circa la negazione del mezzo ispettivo come strumento parlamentare di controllo, a causa della non immediata disponibilità dello stesso da parte del controllante, cfr.: PACE, *Il potere d'inchiesta delle assemblee legislative*, Milano, 1973, pp. 128-130. Più in generale per il medesimo Autore l'*inchiesta* si deve intendere come « strumento di governo della maggioranza, in *Op. supra cit.*, pp. 103-187. Per CHIMENTI, *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Milano, 1974, p. 106, l'*inchiesta* configura un'attività « autonoma » del Parlamento. Per MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 1977, p. 344, s'inquadra nell'ambito più gene-

chiesta non si può configurare come strumento delle minoranze e di ciò danno conferma la norma costituzionale e, in forme ancor più esplicite, le norme regolamentari.

L'art. 76, co. 1, C.E., al riguardo, afferma: « El Congreso y el Senado, y, en su caso, ambas Cámaras conjuntamente, podrán nombrar Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público ... ». Più dettagliatamente l'art. 52, co. 1, R.C., specifica: « El pleno del Congreso a propuesta del Gobierno, de la Mesa, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara, podrá acordar la creación de una Comisión de Investigación sobre cualquier asunto de interés público » (88).

Dunque, per l'istituzione di una Commissione d'inchiesta, si richiede sempre un voto a maggioranza dell'Assemblea plenaria che, tuttavia, può decidere anche su impulso di una minoranza costituita da due gruppi o da settanta deputati.

Che la Commissione d'inchiesta non sia stata pensata come istituto di garanzia si ricava anche da due altre disposizioni, dettate in tema di pubblicità dei lavori, che limitano irrimediabilmente la pubblicità dell'attività della stessa. Da un lato, infatti, l'art. 64, co. 3, R.C., afferma che le sessioni e i lavori delle Commissioni d'inchiesta devono ispirarsi al principio di segretezza (89); dall'altro, l'art. 52, co. 6, R.C., impone la pubblicazione nel *Boletín Oficial de las Cortes Generales* delle sole « conclusiones » di maggioranza, mentre i « votos particulares » possono essere pubblicati soltanto « a petición » dei gruppi richiedenti (90).

rale delle « funzioni di garanzia costituzionale ». Secondo PIERANDREI, voce *Inchiesta parlamentare*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1962, vol. VIII, p. 519, costituisce un potere « strumentale rispetto agli altri poteri ». Per RECCHIA, in: *L'informazione delle assemblee rappresentative*, Napoli, 1979, pp. 284 ss., s'inquadra tra le attività conoscitive strettamente connesse con le funzioni del Parlamento.

(88) L'art. 49 R.S. detta: « El Senado, a propuesta del Gobierno o de veinticinco Senadores que no pertenezcan al mismo Grupo parlamentario, podrá establecer Comisiones de Investigación o Especiales para realizar encuestas o estudios sobre cualquier asunto de interés público ».

(89) Per la prassi dell'ordinamento italiano secondo cui la segretezza dei lavori può essere posta soltanto attraverso l'atto istitutivo, cfr.: RECCHIA, *L'informazione delle assemblee*, cit., pp. 449-451.

(90) L'art. 60, co. 3, R.S., detta: « Las conclusiones de estas Comisiones serán publicadas salvo que, en caso necesario, se acuerde lo contrario para la totalidad o parte de las mismas ».

§ 13. — Nell'ambito delle attività di controllo si collocano anche le cosiddette « *Fórmulas adicionales de control* » sulle leggi delegate.

La Costituzione ne tratta all'art. 82, co. 6, dove si legge: « Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso *formulas adicionales de control* » (91). In tal modo la Costituzione assegna al legislatore ordinario, tramite rinvio generale, un potere ampio e discrezionalissimo, sia sull'opportunità del controllo, sia sulle modalità di esercizio dello stesso, sia soprattutto sulla determinazione degli effetti da esso prodotti sulla deliberazione governativa.

Per il caso in cui il controllo sia esplicitamente previsto dalla legge di delega, il regolamento del *Congreso* detta alcune regole, che leggiamo nell'art. 153, secondo le quali: — Entro un mese dalla pubblicazione del testo di legge governativo un deputato o un gruppo politico possono formulare « *objecciones* » per iscritto alla *Mesa* sul corretto uso della delegazione. — La *Mesa* invia la questione alla competente Commissione permanente della Camera che, dopo essersi espressa in merito, entro un lasso di tempo predeterminato, rimetterà la decisione definitiva al *Plenum* della Camera. — La Camera decide « con arreglo a las normas generales del procedimiento legislativo » (co. 4). Nulla si dice dunque, circa l'efficacia di tale controllo, in ossequio alla riserva di legge disposta in Costituzione, ribadita dallo stesso art. 153, co. 5, R.C., secondo cui: « Los efectos jurídicos del control serán los previstos en la ley de delegación ».

La soluzione che ne scaturisce evidenzia alcune carenze, specie per la mancanza di predeterminate garanzie d'ordine costituzionale. Tuttavia, la ipotizzata « seconda lettura » nell'ambito di un procedimento « di controllo » di tipo legislativo, oltre alla nota facoltà, prevista in via ordinaria, di poter attivare il ricorso preventivo d'incostituzionalità, ai sensi dell'art. 162 Cost. (92), individuano

(91) Per un'ampia disamina delle questioni interpretative poste da tale articolo, cfr.: JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, *El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos*, in *Revista de Derecho Político de la UNED*, n. 10, 1981, nonché: JOAQUÍN GARCÍA MORILLO, *El control parlamentario*, cit., 1984, pp. 256-283.

(92) Cfr. *infra*, p. 61, nota n. 5.

gli spazi adeguati per la tutela delle prerogative del « monismo » parlamentare (93).

§ 14. — Nell'ambito dei controlli è opportuno prendere in esame anche la normativa dettata in tema di « Convalidación o derogación de un Real Decreto-Ley ». Ne trattano gli articoli 86 C.E. e 151 R.C.

La Costituzione prevede al riguardo due procedimenti: uno, più semplificato, di competenza del solo *Congreso de los Diputados*; l'altro, più articolato, volto a coinvolgere entrambe le Camere, nell'ambito del procedimento legislativo « de urgencia » di cui agli artt. 93 e 94 R.C. (94).

In merito al primo procedimento, l'art. 86, co. 2, della Costituzione, precedentemente citato, detta: « I Decreti-legge dovranno essere immediatamente sottoposti a *debate y votación de totalidad* d'innanzi al *Congreso de los Diputados* che, se non è riunito, deve essere espressamente convocato nel lasso di tempo di trenta giorni dall'emanazione. Il *Congreso*, entro lo stesso periodo, ha il dovere di pronunciarsi espressamente sulla *convalidación o derogación*. A tal fine il Regolamento fissa un *procedimiento especial y sumario* ».

Il comma 3° dello stesso articolo aggiunge: « Nel periodo di tempo fissato dal paragrafo precedente le *Cortes* potranno esaminarli come *proyectos de ley por el procedimiento de urgencia* ».

Soprattutto in riferimento alla prima ipotesi previsionale, da intendersi prassi ordinaria nell'intenzione del legislatore, l'*iter* procedimentale si presenta dunque estremamente favorevole alle esigenze di celerità del Gabinetto. Infatti, prevede: a) il coinvolgimento del solo *Congreso*; b) il dovere-necessità di una sua pronuncia nel lasso di tempo improrogabile di trenta giorni dall'emanazione

(93) Sulla mancanza di alternative politiche al processo politico parlamentare in Italia, con riferimento alla legislazione delegata, cfr.: G. ZAGREBELSKY, *Diritto Costituzionale*, cit., p. 162.

(94) L'art. 93 R.C. detta: « A petición del Gobierno, de dos Grupos Parlamentarios o de una quinta parte de los Diputados, la Mesa del Congreso podrá acordar que un asunto se tramite por procedimiento de urgencia ».

L'art. 94 R.C. aggiunge che, in questo caso: « Los plazos tendrán una duración de la mitad de los establecidos con carácter ordinario ».

del decreto (95); c) una discussione sommaria (*de totalidad*) avente ad oggetto la semplice *convalidación* o *derogación*, senza possibilità d'introdurre modifiche od emendamenti (96); d) l'approvazione tramite emanazione di un atto, definito « acuerdo », estraneo agli schemi della legge formale (97).

Quanto al secondo procedimento, il terzo comma dell'art. 86 C.E. prevede che, senza oltrepassare il termine di trenta giorni (*durante el plazo establecido en el apartado anterior*), il decreto legge potrà essere discusso ed approvato anche secondo la procedura urgente prevista per le leggi.

Si deve ritenere dunque che il Costituente abbia inteso prevedere due *iter* approvativi, utilizzabili in forma alternativa, a seconda cioè dell'eventualità di procedere alla conversione del decreto senza modificazioni (tramite *debate y votación de totalidad*), oppure con modificazioni (come *proyecto de ley por el procedimiento de urgencia*).

L'art. 151, co. 4, R.C., nel dare attuazione a tali principi ne dà però un'altra interpretazione e prevede che, a seguito dell'avvenuta convalida di un *Real Decreto-ley* (*convalidado un Real Decreto-ley*), un gruppo parlamentare può chiedere di prenderlo in esame, per la seconda volta, anche nell'ambito del procedimento legislativo urgente. *A tal fine la Camera autorizza definitivamente a maggioranza*. Pertanto, l'approvazione tramite *procedimiento de urgencia* finisce per costituire la seconda fase, pur se solo eventuale, di uno stesso procedimento che presuppone la preventiva convalida del decreto da parte del *Congreso*.

In questa stessa direzione, come osserva la dottrina spagnola, si è sviluppata anche la pratica parlamentare che, pur sollevando notevoli perplessità di ordine costituzionale, convalida la tendenza

(95) Per la diversa regolamentazione del fenomeno nel nostro ordinamento, cfr.: LABRIOLA, *Regolamento parlamentare e forma di governo. (Note in tema di ostruzionismo, formazione dell'ordine del giorno, decretazione legislativa di urgenza)*, in *Diritto e Società*, 1982, n. 4, pp. 704-705.

(96) Si veda in merito: JAVIER SALAS, *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1979, p. 109.

(97) Per i problemi relativi al controllo di costituzionalità di un tale atto, di natura non legislativa, cfr.: F. SANTAOLALLA LOPEZ, *Derecho parlamentario*, cit., pp. 337-338.

al prolungamento dei tempi ben al di là dei trenta giorni fissati in Costituzione (98).

Tale prassi, non c'è dubbio, rafforza le prerogative dell'organo parlamentare, solo però in presenza dell'assenso dei gruppi di maggioranza. Pertanto, si deve negare in linea di principio l'esistenza di un diritto delle opposizioni al procedimento legislativo e, per conseguenza, al diritto di emendazione (99), talché, del tutto impropriamente si può parlare, nella fattispecie, di « control sobre las disposiciones del Gobierno con fuerza de ley » (100). Alle minoranze infatti resta solo la facoltà, più volte ricordata, attraverso la iniziativa di cinquanta deputati o cinquanta senatori, di impugnare il decreto legge davanti al *Tribunal Constitucional*, cosa che riveste particolare rilevanza soprattutto oggi dopo che una recente giurisprudenza riconosce a tale Magistratura anche il potere di valutare l'esistenza del requisito della « extraordinaria y urgente necesidad » (101), conferendogli uno spiccato ruolo politico (102).

§ 15. — In tema di controlli s'inquadra anche l'istituzionalizzazione, con legge ordinaria, di una *Comisión Parlamentaria* non permanente per il controllo *de la actuación* dei servizi radio televisivi pubblici (103). Tale Commissione, prevista solo nell'ambito del *Congreso* secondo le regole di costituzione ordinaria, nonostante l'apparente somiglianza con la « Commissione per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radio televisivi » italiana, svolge

(98) Cfr.: F. SANTAOLALLA LOPEZ, *Derecho parlamentario*, cit., p. 340.

(99) Per la prassi di emendabilità del decreto legge affermatasi in Italia, cfr.: LABRIOLA, *Regolamento parlamentare e forma di governo*, cit., pp. 700-704.

(100) Così è intitolato il Titolo VI del Regolamento parlamentare del *Congreso* ove è inserito l'art. 151. Sul punto, cfr.: JOAQUÍN GARCÍA MORILLO, in *El control parlamentario del Gobierno*, cit., p. 252.

(101) Nella Sentenza del *Tribunal Constitucional* 29/1982 si legge: « El Tribunal Constitucional podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como caso de extraordinaria y urgente necesidad ».

(102) Per quanto concerne gli effetti prodotti sulla forma di governo italiana dal riconoscimento, invece, della natura soggettiva o, in senso lato, politica, del presupposto della « straordinaria necessità ed urgenza », cfr.: LABRIOLA, *Regolamento parlamentare e forma di governo*, cit., pp. 685 ss.

(103) La legge 4/1980 del 4 gennaio, contenente l'*Estatuto de la Radio y la Television*, all'art. 26, detta: « Se constituirá una Comisión Parlamentaria del Congreso de los Diputados de conformidad con lo que disponga el Reglamento de la Cámara ».

un ruolo di gran lunga inferiore rispetto a questa e non è assolutamente equiparabile a nessun altro sistema (104).

In particolare alla *Comisión* non compete alcun potere gestionale, considerato che l'art. 26 della legge istitutiva si limita ad affermare che: « Ejercerá el control de la actuación de RNE, RCE y TVE, de tal modo que no impida el funcionamiento de los medios ».

A differenza della soluzione italiana, dunque, che, com'è noto, lega direttamente il livello gestionale al livello parlamentare attraverso l'assegnazione di rilevanti poteri, di nomina e di programmazione, alla Commissione (105), in Spagna il livello politico-parlamentare e quello aziendale-operativo risultano nettamente distinti, nonostante l'integrale elezione del *Consejo de Administración* dell'ente RTVE per metà dal *Congreso* e per l'altra metà ad opera del *Senado* (106). Un tale risultato si ottiene soprattutto attraverso la creazione, accanto al *Consejo*, della potente figura del *Director General* che, « nombrado por el Gobierno », è investito di tutte le funzioni più rilevanti (107). In tal modo si viene a configurare un

(104) Per una utilissima analisi degli aspetti strutturali dell'azienda radiotelevisiva in Austria, Svizzera, Francia, Spagna, Giappone, Inghilterra, Repubblica Federale Tedesca, cfr.: G. LOMBARDI, *Profili comparatistici della libertà radiotelevisiva*, in *Diritto e Società*, 1982, n. 3, pp. 387-399.

(105) Si legga, in particolare, l'art. 4 della legge 14 aprile 1975, n. 103, in tema di « Nuove norme in materia di diffusione radiofonica e televisiva ».

Per una radicale riforma della stessa, specie per quanto attiene le funzioni della Commissione parlamentare, si veda: CHELI-ZACCARIA, *I principi della legge di riforma del 1975 alla luce del nuovo sistema pubblico-privato: aggiustamenti e rettifiche*, in AA.VV., *Radiotelevisione pubblica e privata in Italia*, Bologna, 1980, pp. 23-43. Si veda anche: GALEOTTI, *Le strutture dell'informazione radiotelevisiva in Italia*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, vol. II, Milano, 1982, pp. 265-303.

(106) L'art. 7 dello Statuto della RTVE recita: « 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 ».

(107) In base all'art. 11 dello Statuto al *Director General* spettano le seguenti attribuzioni:

a) Cumplir y hacer cumplir las disposiciones que rijan el Ente público, así como los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración en las materias que sean competencia de este órgano colegiado.

b) Someter a la aprobación del Consejo de Administración con antelación suficiente el plan anual de trabajo y la Memoria económica anual, así como los anteproyectos de presupuestos del Ente público y de las Sociedades estatales.

esecutivo bicefalo costituito dal *Consejo* e dal *Director General*, ove il *Director*, « órgano ejecutivo de RTVE », per le funzioni che gli sono riservate, per effetto del diritto di voto che esercita nell'ambito del *Consejo* e per l'investitura governativa che riceve, ha il potere di svolgere un ruolo preminente, di guida, stimolo, coordinazione e direzione dell'intera attività dell'ente.

Pertanto, se il quadro organizzativo risulta complessivamente articolato in un sistema poliedrico in cui sono coinvolti Parlamento, Governo, Commissione parlamentare, Consiglio di Amministrazione e Direttore Generale, di fatto, la direzione dell'Ente risulta saldamente accentrata in mano alla maggioranza parlamentare e al Gabinetto che esercita sul sistema radiotelevisivo una fortissima influenza (108), sia per quanto concerne il controllo della gestione, sia per quanto attiene la stessa determinazione delle « direttrici di programmazione » (109).

c) Impulsar, orientar, coordinar e inspeccionar los servicios de RTVE y de las Sociedades estatales y dictar las disposiciones, instrucciones y circulares relativas al funcionamiento o a la organización interna de las mismas, sin perjuicio todo ello de las competencias del Consejo de Administración.

d) Actuar como órgano de contratación de RTVE y de sus Sociedades.

e) Autorizar los pagos y gastos de RTVE y de sus Sociedades.

f) Organizar la dirección y nombrar con criterios de profesionalidad al personal directivo de RTVE y de sus Sociedades notificando con carácter previo dichos nombramientos al Consejo de Administración de RTVE.

g) La ordenación de la programación de conformidad con los principios básicos aprobados por el Consejo de Administración.

(108) Sul punto si veda: R. SANCHEZ FERRIZ, *La televisione spagnola. La forte presenza del Governo e la scarsità di controllo nella normativa vigente*, in *Diritto e Società*, 1987, 1, pp. 131-163.

Per i dubbi di costituzionalità che una tale normativa solleva, cfr.: M. SAAVEDRA LOPEZ, *La libertad de expresión e información y el problema de la televisión privada en nuestro ordenamiento jurídico*, in *Anuario de Filosofía de Derecho*, 1984, 1, pp. 246-247.

(109) Al riguardo l'art. 13 dello Statuto RTVE, in tema di organizzazione territoriale, detta: « RTVE, a través de su organización territorial, deberá elaborar una propuesta de programación específica de radio y televisión que será emitida en el ámbito territorial de la nacionalidad o región que corresponda, salvaguardando el porcentaje y distribución de las horas establecidas para la programación nacional que el Gobierno fijará anualmente a propuesta conjunta del Consejo de Administración y del Director general de RTVE ».

Più in generale, l'art. 21 dello Statuto aggiunge: « El Gobierno podrá fijar periódicamente las obligaciones que se derivan de la naturaleza de servicio público de RTVE y, previa consulta al Consejo de Administración, hacerlas cumplir ».

§ 16. — A conclusione di queste brevi note, pur nella consapevolezza della necessità di ulteriori approfondimenti relativamente alla prassi e alla giurisprudenza del *Tribunal Constitucional*, approfondimenti che per ovvie ragioni non possono trovare spazio in questa sede, è utile fare alcune osservazioni sulla precipua collocazione del Parlamento spagnolo nel contesto generale.

A tal fine si deve ribadire che la Costituzione spagnola non persegue un disegno di depotenziamento del ruolo delle *Cortes*, tant'è che le proposte avanzate in questa direzione nel corso del dibattito costituente, sulla traccia delle soluzioni contenute nella Costituzione francese (110), non hanno trovato accoglimento.

Dentro questo quadro di riferimento è utile formulare il quesito se le *Cortes* siano da inquadrare nell'ambito dei parlamenti « ratificatori » di tipo britannico, oppure nell'ambito delle assemblee « decisionali » o « di trasformazione », secondo la definizione di qualche Autore (111). Nel primo caso, infatti, primario organo d'indirizzo risulterebbe il *Gobierno*, con le *Cortes* che si collocherebbero in una posizione subordinata, mentre, nel secondo, nel rovesciamento radicale della prospettiva istituzionale, sarebbe proprio il Parlamento ad occupare il centro del sistema con il Governo che assumerebbe la funzione di mero comitato esecutivo del primo.

La dottrina tedesca, al riguardo, parla di « rederparlaments », in contrapposizione agli « arbeitsparlaments » (112), intendendo con ciò riformulare la stessa distinzione sopra enunciata che distingue fra parlamenti ratificatori (o dibattimentali) e parlamenti decisionali (o lavorativi).

Sulla base di questa classificazione, la cui validità è comunemente riconosciuta in dottrina (113), si può subito affermare, in

(110) Il riferimento è alla ventilata ipotesi di adozione di un sistema delle fonti del tipo previsto dagli artt. 34 e 37 della Costituzione francese. Per il ruolo del Parlamento nell'ordinamento francese, cfr.: L. PEGORARO, *Il Governo in Parlamento*, cit.

(111) L'espressione è usata da G. DI PALMA, in: *Parlamento-arena o Parlamento di trasformazione?*, *Riv. it. di Scienza Politica*, n. 2, 1987, pp. 179-201.

(112) Cfr.: W. STEFFANI, *Amerikanischer Kongress und Deutscher Bundestag - Ein Vergleich*, in KURT KLUXEN, *Parlamentarismus*, Colonia, 1967, pp. 236 ss.

(113) Per tutti si veda: N.W. POLSBY, *The Institutionalization of the U.S. House of Representatives*, in *American Political Science Review*, 1968, pp. 144-168; il più volte citato: A. LIJPHART, *Le democrazie*, cit.; nonché i saggi raccolti nella

prima approssimazione, che le *Cortes* sono da assimilare ai parlamenti di tipo britannico, anche se alcune peculiarità del modello spagnolo non consentono di esprimere un vero e proprio giudizio di parificazione che rivestirebbe soltanto i caratteri dell'approssimazione. Meglio è dunque procedere al riesame complessivo dei dati già assunti sulle funzioni svolte dalle *Cortes* nel contesto politico e nel quadro della forma di governo costituzionalizzata.

Da questi si dedurrà il carattere inequivocabilmente dibattimentale delle *Cortes* (114), nonostante la costituzionalizzazione delle commissioni parlamentari con *competencia legislativa plena* (115) che, come nel caso italiano, ad esempio, costituiscono proprio la sede ideale del consociazionismo decisionale.

A tal fine si consideri:

1) La configurazione del sistema politico che, sostanzialmente bipartitico, agevola il confronto bilaterale maggioranza — opposizione, in contrapposizione ai sistemi di tipo coalizionista che presentano, invece, più facili occasioni di rottura della maggioranza con esiti di tipo « lavorativo ».

2) La sostanziale omogeneità politica dei contendenti (116), che, eccezion fatta per le posizioni indipendentiste di alcune mino-

pubblicazione, a cura del Segretariato Generale del Parlamento Europeo: *L'integrazione europea e il futuro dei Parlamenti in Europa*, Lussemburgo, 1975.

Per un giudizio d'inefficacia di tale distinzione, cfr.: PANEBIANCO, *Parlamento-arena e partiti*, in *Riv. it. di Scienza Politica*, 1987, n. 2, pp. 203-207. Secondo l'Autore il raggruppamento alla rinfusa di tutti i parlamenti europei nell'unica categoria dei parlamenti-arena costituisce un'operazione di classificazione di poco significato. Per comprendere le somiglianze e le differenze tra i diversi parlamenti si deve invece studiare « il grado di parlamentarizzazione dei principali partiti » e il rapporto partiti-gruppi-parlamento (pp. 206-207).

(114) Per J. SOLE TURA e M. A. APARICIO PEREZ, *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, cit., p. 293, le *Cortes* sono semplicemente la « Caja de resonancia » in cui l'opposizione può « exponer sus propias opiniones sobre cada tema controvertido ». Sono anche il: « Centro de los grandes debates políticos sobre problemas de caracter general » (p. 297).

(115) Circa il ruolo svolto da queste nell'ordinamento spagnolo, cfr.: *infra*, par. 11.

(116) Per un giudizio articolato sulle « dimensioni del conflitto » in Spagna, cfr.: A. LIJPHART, *op. cit.*, pp. 227-229.

Sul punto, in generale, nella dottrina tedesca, cfr.: O. KIRCHHEIMER, *Wandlung der politischen Opposition*, in *Politik und Verfassung*, Frankfurt, 1964, s. p. 146 e S. LANDSHUT, *Formen und Funktionen der parlamentarischen Opposition*, in: G. EISERMANN, *Wirtschaft und Kultursystem*, Stoccarda, 1956, s. p. 225.

ranze etniche, si mostrano, nei due fronti di centro-destra e di sinistra, unanimi nel sostenere il regime attraverso il rifiuto di ogni concezione marxista o neocorporativista, nel riconoscimento dei valori portati dalla religione cattolica, nell'accettazione dei valori superiori della « *libertad, justicia, igualdad y pluralismo político* », nell'affermazione della forma unitaria dello Stato pur nella tutela delle minoranze etniche, nonché nella comune volontà europeista, oltre che, più in generale, nella comune concezione dei rapporti nell'ambito internazionale.

La reciproca legittimazione del PSOE, di UCD e di AP, già sperimentata in fase costituente, colloca dunque questi partiti in una posizione apertamente alternativa e concorrenziale, determinando la rottura verticale del Parlamento nei due schieramenti: dei sostenitori del Governo e degli oppositori.

3) Le proposte del Governo, caratterizzate da una notevole uniformità d'indirizzo, sia per la mancanza di formule di coalizione, sia per il ruolo primario che il suo Presidente assume nell'ambito della compagine governativa, pongono il Parlamento di fronte alla necessità di formulare un giudizio netto e complessivo, di accoglimento o di rigetto.

4) La Costituzione e i Regolamenti d'Assemblea assegnano notevoli poteri al Governo in Parlamento che, pur non essendo paragonabili a quelli previsti dal sistema francese o britannico (117),

(117) Lo *Standing Order N. 6* del Regolamento parlamentare recita: « Fatte salve le eccezioni contenute nel presente articolo, gli atti d'iniziativa governativa hanno priorità in ogni seduta » (co. 1). « Le proposizioni di legge hanno priorità sugli affari d'iniziativa governativa dieci venerdì per sessione scelti dalla stessa Camera » (co. 2).

Si consideri inoltre il ruolo svolto dagli *Whips* di maggioranza che, in qualità di segretari parlamentari dei singoli Ministri, hanno il compito istituzionale di far approvare gli atti del Governo nel minor tempo possibile, mantenendo la disciplina di gruppo, organizzando i dibattiti e strutturando il lavoro parlamentare secondo la ferrea regola per cui i nove decimi del tempo deve essere utilizzato per trattare gli affari del Governo. (Cfr.: I. JENNINGS, *Parliament, cit.*, pp. 73-94).

In tema di *Money Bill* ogni proposta di legge a contenuto finanziario deve ricevere, secondo un'antica tradizione, la preventiva *Royal Recommendation* che la Corona concede solo a un Ministro. Il regolamento parlamentare prevede, inoltre, una *Financial Resolution* supplementare da parte della Commissione dell'intera Camera. Si consideri infine che, solitamente, i *Money Bills* competono all'iniziativa del Governo e sono esclusi ai *Private Members*.

La presentazione di un *Private Bill* deve ricevere il preventivo voto favorevole

tuttavia paiono in grado di orientare considerevolmente l'indirizzo della maggioranza parlamentare. Ciò fa sì che il dibattito nelle *Cortes* si svolga prevalentemente sotto forma di contraddittorio sulle proposte del Gabinetto.

5) Tutta l'organizzazione del lavoro parlamentare è delegata ai gruppi politici, rigidamente disciplinati in forma gerarchica, secondo quanto avviene negli Stati di partiti contemporanei (118) e in contrapposizione all'organizzazione degli originari ordinamenti liberali caratterizzati dalle individualità e dalle *élites* (119).

6) Le regole sulla formazione dell'ordine del giorno escludono ogni coinvolgimento di tipo consociativo e affermano il ruolo esclusivo della maggioranza.

7) Anche le *Comisiones de investigación* sono concepite come organi di controllo della maggioranza e prefigurano lo stesso confronto tra schieramenti, tipico degli ordinamenti dibattimentali.

8) Lo stesso *Tribunal de Cuentas*, direttamente dipendente dalle *Cortes Generales*, si configura come magistratura consultiva e di controllo dai connotati integralmente politici (120), talché il dibattito che si svolge periodicamente davanti al parlamento sul suo *Informe anual* non può che presentare gli usuali connotati del confronto politico-dibattimentale.

In alcuni ordinamenti tale carattere dibattimentale si rafforza anche per effetto dell'istituzionalizzazione dell'Opposizione che viene ufficializzata attraverso il riconoscimento di uno speciale *status* e di una stabile strutturazione organizzativa (121).

della Camera su una esplicita mozione. In questo modo, a seguito di una breve esposizione del contenuto del *Bill*, la Camera è chiamata ad esprimere, in anteprima, il grado di accoglimento del progetto (Cfr.: JENNINGS, *Parliament*, cit., pp. 193-195).

Secondo la cosiddetta procedura di «Kangaroo» lo *Speaker* ha il potere di selezionare gli emendamenti, gli articoli addizionali o gli annessi relativi a mozioni, progetti di legge in corso d'esame o emendamenti proposti dai *Lords* a un progetto di legge.

(118) Circa l'indisciplina della maggioranza dei parlamentari statunitensi, invece, cfr.: GRIFFITH, *L'ordinamento politico degli Stati Uniti*, cit., s. p. 73.

(119) In merito, cfr. anche: C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, s. pp. 410-416.

(120) Cfr. *infra*, p. 62, nota n. 13.

(121) Per una dettagliata analisi del ruolo dell'opposizione in Gran Bretagna, vera istituzione costituzionale, cfr.: DE VERGOTTINI, *Lo «Shadow Cabinet» (Saggio comparativo sul ruolo costituzionale dell'opposizione nel regime parlamentare britannico)*, Milano, 1973.

In uno studio avente ad oggetto il ruolo dell'opposizione in Spagna si è tentati dunque di andare alla ricerca di analoghe formule organizzatorie che, tuttavia, in quanto fondate sulla mitizzazione del modello britannico, trovano adozione solo in alcuni Stati del Commonwealth (122).

Del resto l'istituzionalizzazione dell'opposizione in Gran Bretagna si abbina soprattutto al collegio uninominale, al metodo maggioritario puro e al modulo bipolare che, nell'estrema sua semplificazione, non ha eguali nel resto d'Europa. Per queste ragioni, pur se non soltanto per esse, anche l'ordinamento spagnolo difetta del riconoscimento ufficiale dell'opposizione, per puntare semmai, secondo lo schema noto, sull'istituzionalizzazione dei *gruppi politici di opposizione*, nell'ambito del generale fenomeno di riconoscimento e valorizzazione di tutti i gruppi parlamentari. Ciò mette il *Gobierno* in condizione di poter contare, nel confronto parlamentare, oltre che sui poteri statutari che gli sono direttamente riconosciuti, in quanto primario organo d'indirizzo, anche sulle prerogative specifiche dei gruppi che lo sostengono, in un *continuum* Governo-maggioranza parlamentare che trova il suo massimo consenso nella rigida disciplina delle strutture gruppocratiche.

Tipici parlamenti dibattimentali sono la *House of Commons* e l'*Assemblée Nationale*, mentre tra i parlamenti lavorativi possiamo ricomprendere il *Bundestag* della grande coalizione (123), il *Congreso* degli Stati Uniti e, per alcuni aspetti, il Parlamento italiano (124).

Per alcune considerazioni sulla mancata razionalizzazione dell'opposizione in Italia, cfr.: CABAIATA, *Razionalizzazione dell'opposizione nello Stato Costituzionale moderno*, in *Il Corriere Amministrativo*, 1966, pp. 1143-1157 ss.

(122) Come osserva DE VERGOTTINI, in *Enc. del dir.*, voce *Opposizione parlamentare*, p. 550, il riconoscimento « ufficiale » dell'opposizione si ha solo in: Australia, Nuova Zelanda, Canada, Irlanda, Malta, Repubblica Sudafricana, Pakistan, Bangladesh, Malesia, Figi, Sierra Leone, nonché nella Costituzione della città di Amburgo.

(123) Per tutti si veda: M. HERETH, *Die parlamentarische Opposition in der Bundesrepublik Deutschland*, Monaco-Vienna, 1969.

(124) Così anche: G. DI PALMA, in *Sopravvivere senza governare - I partiti nel Parlamento italiano*, Bologna, 1978, che mette in evidenza soprattutto il ruolo svolto al riguardo dalle commissioni parlamentari deliberanti. Tuttavia, si deve avvertire che, recentemente, tale Autore è giunto a conclusioni molto diverse sul

Questa peculiare caratteristica « nostrana », oggetto di attualissimo dibattito (125), ha a proprio fondamento precise ragioni di ordine politico e storico che, in questi ultimissimi tempi, sono oggetto di radicale considerazione. Ciò si verifica soprattutto a partire dalle elezioni generali del 1987 che, nell'ipotizzare una rinnovata e, per certi aspetti, inedita competizione a sinistra, sembrano porre in termini nuovi il problema del ruolo dell'opposizione.

Finora il ruolo dell'opposizione in Italia si è sviluppato nell'ambito della « storica » contraddizione tra l'esigenza di unificazione dello Stato e l'impossibilità di coinvolgere in responsabilità di governo il Partito Comunista. Ciò ha contribuito al rafforzamento degli organismi assembleari così da conseguire, nell'ambito del Parlamento, quel consenso e la realizzazione di quella compartecipazione che, altrimenti, non avrebbe potuto essere ammessa nell'ambito del Governo. In conseguenza di ciò si è consolidata una concezione di primato del Parlamento e si è affermato un rapporto Governo-Parlamento di tipo competitivo. In questo contesto i partiti sono diventati i soggetti primari dell'ordinamento, al di sopra delle stesse Istituzioni, e il Parlamento, sede ideale di cooperazione interpartitica, ne è diventato la sede decisionale (*Arbeitsparlament*).

Si può dire schematizzando che in Italia la Costituzione e la prassi hanno sviluppato la partecipazione e la democrazia assem-

punto, fino ad affermare che: « Il parlamento italiano va iscritto tra i parlamenti-arena, pur avendo alcune spiccate caratteristiche che sono sempre proprie del parlamento di trasformazione », (in: *Parlamento-arena o parlamento di trasformazione?*, cit., s. p. 184 ss.). Inoltre: « Il Parlamento italiano non può essere in alcun caso iscritto tra i parlamenti di trasformazione, contrariamente ad alcuni miei suggerimenti, che qui revoco, sviluppati in un precedente scritto, per il semplice fatto che il parlamento di trasformazione è esclusivamente proprio di un tipo preciso di sistema democratico che si è storicamente dato solo negli Stati Uniti ». Questo ordinamento « non conosce la divisione dei poteri tra istituzioni diverse sibbene la fusione-parcellizzazione degli stessi in compartecipazione tra le medesime istituzioni » (pp. 184-85).

(125) Si ricordi l'importante riunione del Comitato Centrale del PCI del 26 novembre 1987, in cui è stata ufficialmente decretata l'opportunità di superare ogni concezione consociativa del sistema.

In questa direzione si muove anche la maggior parte delle proposte avanzate in tema di riforme istituzionali, sia che si parli di revisione dei regolamenti parlamentari, di bicameralismo, di rafforzamento della Presidenza del Consiglio o di delegiferazione.

bleare come condizione per la governabilità (125^{bis}), mentre in Spagna, seguendo il processo inverso, si è puntato piuttosto sulla governabilità, attraverso il rafforzamento del Governo e del raccordo Governo-Parlamento, come condizione per la democrazia.

Cardine essenziale della governabilità spagnola è dunque il binomio Governo-maggioranza parlamentare che, pur fondandosi sui partiti, rifiuta ogni ipotesi di tipo italiano di « governo dei partiti » (126).

L'affermazione di tale concezione che si può definire « statalista » e, per certi aspetti, anche « centralista », poggia su ragioni di ordine esterno ed interno: ragioni queste ultime che si possono ulteriormente distinguere in ragioni di ordine politico e storico.

Tra le cause di ordine esterno c'è la documentata consapevolezza delle disfunzioni cui avrebbe dato adito, per esempio, l'adozione di un sistema di tipo italiano (127), in contrapposizione alla dimostrata funzionalità, invece, dei sistemi di tipo concorrenziale, primo fra tutti quello tedesco che, pertanto, ha rappresentato il punto di riferimento e l'imitazione per tante soluzioni costituzionali e regolamentari (128).

(125^{bis}) Circa l'« impostazione unitaria » della Costituzione italiana, nell'ambito di più vasti riferimenti, cfr.: C. ROEHRSEN, *L'opposizione oggi*, in *Politica del diritto*, 1977, pp. 399-414.

(126) Per PASQUINO, in *Istituzioni, partiti, lobbies*, Roma-Bari, 1988, p. 92: « Può essere che in un ipotetico continuum che vada da un massimo di controllo partitico (un *party government* esemplare) ad un minimo, il caso italiano non si situi perfettamente al polo del *party government*. Sicuramente, non si caratterizza come *cabinet government*. Tuttavia ... vale la pena cercare una collocazione del caso italiano entro il modello di *party government* ».

Per alcuni avvertimenti di metodo sulla problematica relativa al *party-government* in Italia, si veda: G. URBANI, *Introduzione* al Convegno annuale della Società Italiana di Scienza della Politica svoltosi nell'ottobre 1986 presso l'Istituto Universitario Europeo di Badia Fiesolana, sul tema: « Governo e parlamento nel sistema politico italiano », in *Riv. it. di Scienza Politica*, 1987, n. 2, pp. 173 ss. Sullo stesso tema, in diritto comparato, cfr.: R. WILDENMANN, *Visions and Realities of Party Government*, Berlino, 1986.

(127) Circa l'atteggiamento critico con cui il costituente spagnolo ha valutato alcune soluzioni « italiane », si è espresso anche, nella relazione al Convegno di Bologna del 26-27 maggio 1978: S. GALEOTTI, in *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, Forni ed., 1978, pp. 49-64.

(128) Circa le influenze esercitate dalla Costituzione di Bonn sul sistema spagnolo per quanto attiene la delineazione delle situazioni soggettive, l'ordinamento regionale e la forma di governo, cfr.: LOMBARDI, *La nuova Costituzione di Spagna*,

Tra le cause di ordine interno si debbono addurre i due seguenti argomenti:

A) Pur nella riaffermazione del nuovo ordinamento come « Stato di partiti », si è avvertita l'impraticabilità di poter fare di questi i soggetti primari dell'ordinamento, soprattutto a causa della debolezza del neosistema, ancora non consolidato, specie in relazione alla rappresentanza del polo fluttuante di centrodestra (129).

B) La richiesta di istituzioni forti, poi, era ed è auspicata anche per fronteggiare il peso di altri poteri forti, di natura non politica, quali l'Esercito (130) e la Chiesa Cattolica (131), nei confronti dei quali si riteneva indispensabile la creazione di appositi centri di autorità in grado di contrattare il consenso su posizioni di forza e di equilibrio.

Stabili ed univoche istituzioni centrali, d'altro canto, veni-

Torino, 1979, pp. 104, 115 ss. e J. DE ESTEBAN-L. LOPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español*, vol. I, Barcellona, 1984, p. 43 ss.

Tra le similitudini più significative di ordine costituzionale si ricorda: l'istituto della sfiducia costruttiva e il procedimento per la formazione del Governo di cui agli articoli 63 della Legge Fondamentale e 99 della Costituzione spagnola. (Per una succinta analisi dell'art. 63 L.F. di Bonn, cfr.: GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, cit., pp. 371-79).

Per quanto concerne le similitudini di carattere regolamentare, si può considerare il ruolo svolto dall'*Aeltestenrat* e dalla *Junta de Portavoces*, che assumono le proprie decisioni sulla base del principio di proporzionalità rapportato, nel primo caso, alla diversificazione della rappresentanza in relazione alla forza dei gruppi e, nel secondo caso, al voto ponderato. (Per un commento del regolamento tedesco, cfr.: A. SANTSCHY, *Le droit parlementaire en Suisse et en Allemagne*, Neuchâtel, 1982).

(129) Nelle elezioni del 1977 e del 1979 il partito di Adolfo Suarez (UCD) ha ottenuto la maggioranza dei suffragi e la guida del governo. Con le elezioni del 1982 e del 1986, a seguito della conquista della maggioranza assoluta da parte del PSOE, invece, la rappresentanza della destra è passata ad AP guidata da Fraga Iribarne. A conferma delle fluttuazioni che si sono verificate nell'ambito della destra, si consideri che nel 1986 AP ha ottenuto 105 seggi alla Camera e 63 al Senato, mentre il partito di Suarez ne ha riportati soltanto 19 alla Camera e 3 al Senato.

(130) Sul ruolo dell'Esercito in generale, cfr.: TONIATTI, *Il ruolo delle Forze armate*, in: *Una Costituzione democratica per la Spagna*, cit., pp. 177-193.

(131) Circa la rilevanza dell'elemento « cattolico » nella politica spagnola in generale e nella fase di elaborazione della Costituzione, cfr.: L. PRIETO SANCHEZ, *Le relazioni Chiesa-Stato alla luce della nuova Costituzione spagnola del 1978*, in *La Costituzione spagnola del 1978*, cit., special. pp. 295-308.

vano richieste anche al fine di contrastare le spinte centrifughe, talora anche violente, di alcune minoranze territoriali che, com'è noto, il costituente ha sempre trattato con molta diffidenza ed ha coinvolto nel sistema in forme attenuate e parziali, attraverso il *Senado*, con il preciso intento di salvaguardare l'unità complessiva dell'ordinamento. Anche il *Senado*, invero, non essendo stato concepito come Camera delle *Comunidades Autonomas*, non godendo di alcun potere di veto e non potendo svolgere un ruolo di vero e proprio contropotere istituzionale, finisce per adempiere una funzione di puro rafforzamento della maggioranza di governo (132), in una logica, anche qui, di natura « centralista ».

Tali connotati di « centralismo » trovano conferma, d'altronde, anche nel moderato uso dell'istituto del referendum che, precluso all'iniziativa delle minoranze, è stato utilizzato una sola volta, nel 1986, per sanzionare l'adesione all'Alleanza Atlantica. Ciò, se non autorizza di per sè ulteriori conclusioni in ordine al carattere dibattimentale delle *Cortes*, rafforza però la concezione dirigista che il costituente ha voluto dare alla forma di governo, dal momento che riduce, nel contempo, le ipotesi di ampliamento dei connotati « consensuali » del sistema.

(132) Sia consentito il rinvio a: G. GUIDI, *Bicameralismo*, cit.

GIOVANNI BATTISTA VARNIER

LE ORIGINI DELLA COSTITUZIONE ITALIANA.
I DOCUMENTI PROGRAMMATICI DEI CATTOLICI

SOMMARIO: 1. L'interesse per la ricostruzione storico-giuridica delle origini della Costituzione italiana. Le fonti. — 2. I programmi dei cattolici italiani nella Resistenza. Un progetto di ricerca. — 3. Un contributo per conoscere le radici dell'apporto dei cattolici alla nostra Carta costituzionale.

1) *L'interesse per la ricostruzione storico-giuridica delle origini della Costituzione italiana. Le fonti.*

Trent'anni orsono — nel 1958 — furono poche le manifestazioni indette per celebrare il decimo anniversario della Costituzione italiana e, in quell'occasione, nessuno avrebbe mai pensato di attribuire agli ex costituenti, allora quasi tutti calati nel vivo della lotta politica, il titolo di Padri. Diversa è la situazione odierna in cui tutte le forze politiche paiono riconoscere la necessità di adeguamenti di carattere costituzionale per fornire risposte ai molti problemi della vita dello Stato e della società e, indubbiamente, l'interesse che avvolge le celebrazioni per il quarantennale della Costituzione è anche dettato dal vivace dibattito che ruota attorno ai problemi delle riforme.

Credo però che alla base di questo interesse ci sia il desiderio meno transeunte e oggi, ad anni di distanza, ormai realizzabile di conoscere nelle loro origini e implicazioni eventi lontani, ma determinanti per la nostra storia.

Tutto questo ha prodotto una serie di studi che vanno talmente dilatandosi in quantità e nell'approfondimento dei temi trattati da far ritenere arduo il tenerne conto e che hanno come oggetto la ricostruzione di quell'intenso periodo della vita nazionale che viene identificato come gli « anni della Costituente », nonché l'analisi di quei nodi politici che poi ebbero scioglimento nel testo scritto. Specialmente nell'ultimo decennio l'impegno dei cultori del diritto costituzionale è pervaso da un fervore di valutazioni e di proposte, caratterizzate dalla diversità degli approcci metodologici e dalla sensibilità delle riflessioni svolte.

In questo complesso dibattito, preliminare ad ogni sforzo per

collocare, anche parzialmente, in una prospettiva adeguata qualsiasi considerazione relativa alle origini della nostra Costituzione, è l'organizzazione delle fonti disponibili, o quanto meno di quelle che si intendono utilizzare.

Tali fonti non comprendono soltanto ciò che è oggi fruibile, ma anche quel materiale che i costituenti ebbero allora accessibile e che poterono consultare. Più che il nudo testo della norma — su cui si ferma il giurista positivo — a noi interessano le varie stesure e poi, sempre più indietro, la ricerca delle sue origini prossime e remote.

Per quanto riguarda un simile studio il pensiero corre agli atti dell'Assemblea costituente. Ad un esame meno formale questi *Atti* possono riservare diversi motivi di interesse, ove si cerchi, ad esempio, di scandagliare come si pervenne ad alcune omissioni o all'uso di certe espressioni terminologiche e, con analisi più accurate, si potrebbero rilevare le differenze tra la scelta di termini come *autonomia* in luogo di *libertà* o *persona* in luogo di *individuo*.

Non certo trascurabile è poi l'apporto della pubblicistica del tempo sia d'opinione che di partito, come pure il contributo delle riviste giuridiche.

C'è poi una serie di studi sulle figure dei principi costituenti e sulla loro attività in seno all'Assemblea e nella fase di elaborazione di determinati articoli, e sull'impegno di singole correnti politiche alla formazione del testo costituzionale, o di deputati di specifiche aree geografiche. Una fonte, alla quale per la sua pratica accessibilità si è tentati di ricorrere, è quella dei manuali italiani di istituzioni di diritto pubblico, editi subito dopo il 1948. Per la loro impostazione, tali manuali, più che interessare il cultore del diritto positivo, costituiscono oggi una fonte per la storia del diritto, o meglio per la storia del diritto costituzionale italiano.

Questo esame, sebbene compiuto in modo rapido, risulta assai deludente. Troviamo riedizioni di vecchie lezioni dell'anteguerra e anche studiosi più giovani non sfuggono alla tentazione di raffrontare la nuova Costituzione italiana con lo Statuto albertino.

Bisogna anche considerare quel materiale, come i testi delle costituzioni straniere, i documenti programmatici dei diversi partiti politici, la cultura giuridica e il retroterra ideologico, che costituì una fonte per gli stessi costituenti.

Non si deve poi trascurare — anche per le frequenti citazioni che, qualche volta in termini polemici, troviamo negli atti dell'As-

semblea — l'importanza dei modelli costituzionali stranieri, richiamati negli scritti di diritto costituzionale comparato fatti predisporre dal Ministero per la Costituente.

Meno scandagliati risultano fino ad ora i documenti programmatici dei partiti politici italiani, ove si pensi che in base a tali programmi furono eletti i membri dell'Assemblea costituente e al rilievo dell'ideologia cattolica e di quella marxista nell'ambito dei partiti di massa.

A questo proposito è forse il caso di ribadire l'importanza di una documentazione che raccolga in modo organico i programmi delle forze politiche italiane dal 1943 in poi.

È noto, infatti, che la partecipazione alla Resistenza non si esprime soltanto attraverso l'azione armata, ma anche con una serie di interventi dai quali è possibile dedurre — per quella parte che è nota — idealità e progetti in ordine a temi come il nuovo assetto dello Stato, i rapporti con la Chiesa, l'organizzazione delle autonomie, le scelte economiche.

La Resistenza, spartiacque tra due epoche e origine di una nuova società, fu momento di travagliate scelte e di lotta, ma anche di passione politica e di elaborazione culturale. L'impegno per la liberazione del Paese superò le diversità che animavano i combattenti e la lotta armata assunse un significato, oltre che militare, anche civile e politico. Fu allora chiaro che si trattava di un dovere morale sacrificarsi per assicurare le più elementari norme dell'esistenza e poi per la costruzione di uno Stato democratico.

Per perseguire questi fini occorreva innanzi tutto debellare militarmente il nazifascismo e per questo scopo si dovette ricercare l'unità e la comunanza d'azione ma occorreva anche venire incontro a quell'anelito di riforme, se non di radicali mutamenti, così presente nei combattenti. In questo caso non era necessario ricercare la concordia di intenti e, pertanto, sul piano programmatico tutti poterono spiegare le loro idee per la soluzione dei problemi che il dopoguerra avrebbe posto in primo piano, predisponendo progetti per la ricostruzione materiale, ma soprattutto per l'edificazione di uno Stato nuovo, con una società rinnovata, una economia diversa e un sistema sociale avanzato.

Clandestinamente si ricostruirono le organizzazioni sindacali e i partiti, riallacciandosi alle vecchie matrici ideologiche, ma proponendo soluzioni nuove che avrebbero dovuto garantire da qualsiasi ritorno alla dittatura e insieme il rispetto dei diritti naturali,

l'indipendenza della nazione nel quadro di più ampie entità internazionali e un maggior benessere attraverso una più equa ripartizione dei mezzi messi a disposizione dal progresso.

Tuttavia, pur riprendendo e accentuando i caratteri fondamentali e i criteri ispiratori da cui avevano origine, non tutti i raggruppamenti politici si presentarono, alla caduta del fascismo, con idee chiare per il futuro; ma presto il divario fu colmato perché era evidente che non ci si poteva più rifare ai vecchi modelli. Bisognava far sentire la propria voce e i programmi si moltiplicavano; propositi non tanto per l'immediato, ma generalmente di ampio respiro. La visione ideale divenne così una componente non secondaria della guerra partigiana, elemento di maturità e alimento ideologico-politico dei combattenti.

Era infatti necessario precisare non solo ciò che si combatteva, ma anche i lineamenti della nuova società che si intendeva costruire.

Così, ad iniziativa prevalente di uomini impegnati nella cospirazione si diede spazio, per incrementare la resistenza attiva e passiva, anche alla preparazione culturale con incontri (clandestini o mascherati nelle forme più diverse) destinati a dibattere i più importanti aspetti della futura società e furono diffusi programmi improntati ad uno spirito nuovo e fundamentalmente basati sul rifiuto del semplice ritorno a modelli di democrazia politica di tipo prebellico.

È un materiale per diversi aspetti datato, ma, a distanza di anni e in condizioni politiche, economiche e sociali diverse, si può riscontrare che alcune delle affermazioni allora enunciate non hanno perduto il loro valore, trovando applicazione nel testo della Costituzione della Repubblica italiana.

2) *I programmi dei cattolici italiani nella Resistenza. Un progetto di ricerca.*

Nell'ambito di questo spazio di indagine è intenzione di chi scrive riservare un prevalente interesse all'apporto delle forze politiche di ispirazione cattolica alla Carta costituzionale proprio attraverso la ricerca e lo studio dei programmi dei cattolici italiani nella Resistenza. Questo senza voler affermare che tale apporto sia stato di gran lunga rilevante da superare tutti gli altri, ma nell'intento di cercare di far emergere quella visione dello Stato che è propria

del pensiero cattolico, la cui origine risiede nel moderno magistero della Chiesa relativo alle relazioni con la comunità politica; magistero che, come è noto, negli ultimi due secoli ha visto un rapido passaggio dal rifiuto alla completa accettazione della democrazia politica.

Uno storico particolarmente sensibile a queste problematiche, valutando il contributo dei cattolici alla rifondazione dei presupposti morali della democrazia italiana, ha, proprio di recente, osservato che: la democrazia era concepita ancora, sulla scia dell'insegnamento di Leone XIII, come una delle possibili forme di governo, non privilegiata sul piano dei valori morali; si tendeva a pensare la democrazia come uno strumento per la ricostruzione dello stato confessionale cattolico pre-liberale; era diffusa in molti ambienti cattolici l'aspirazione a una condizione legalmente protetta e sostanzialmente privilegiata per la chiesa » (P. SCOPPOLA, *Quarant'anni della nostra storia*, in « Il Regno. Documenti », 1988, n. 11, p. 372).

Indubbiamente questo impegno programmatico dei cattolici italiani si presentava complesso: si trattava infatti di saldare l'eredità del popolarismo sturziano con la vivace esperienza partigiana e, inoltre, recepire i mutamenti nella realtà storica, politica e sociale a livello mondiale e gli elementi di novità che andavano maturando nella dottrina della Chiesa.

In questo contesto i cattolici italiani si mossero con autonomia e ciò favorì l'incontro con le altre forze antifasciste e l'assunzione di posti di responsabilità all'aprirsi del periodo della ricostruzione e dello sviluppo post-bellico. Superate le opposizioni allo svolgimento storico della società moderna e riconciliati con essa, anzi abituati dal diverso rapporto istituito tra Chiesa e Stato dalla politica concordataria al rispetto dell'autorità costituita, poterono condividere con gli altri gruppi politici le ragioni ideali della partecipazione alla Resistenza.

Questi documenti, sganciati dal passato e legati tra loro da parecchi punti in comune, sono i testi politici forse più completi tra quelli elaborati nella Resistenza. Largamente conosciuti localmente — anche se poi trascurati dagli studiosi — smentiscono le affermazioni di chi riscontra uno scarso anelito di riforme sociali nei programmi resistenziali dei cattolici italiani. Infatti, particolarmente sul piano economico, viene abbandonato ogni moderatismo per l'auspicio di un ampio rinnovamento, che avrebbe dovuto essere il frutto del combinato procedere di ricostruzione e riforme.

Il più noto di questi documenti è rappresentato dalle *Idee ricostruttive della Democrazia cristiana*, stampate dopo il 25 luglio 1943, costituirono il manifesto programmatico del partito durante la guerra partigiana nel Nord e la ricostruzione democratica nel Sud. Con la diffusione di questo programma, da De Gasperi venne subito, seppure nell'estrema incertezza della situazione generale, una chiara indicazione per un partito autenticamente democratico, lontano da nostalgie autoritarie e avventure collettivistiche.

Più in generale c'è però da osservare che le elaborazioni concettuali e programmatiche dei cattolici durante la cospirazione e la lotta contro il nazifascismo ebbero a manifestarsi in forme diverse, oggi difficilmente ricostruibili, anche per quella frammentazione a livello locale che interessa tutti gli studi sulla Resistenza. Per cui, accanto al documento degasperiano, prevalgono pubblicazioni occasionali e molta documentazione permane in archivi privati.

Premessa indispensabile per comprendere le linee della costruzione politica prospettata dai democratici cristiani nei loro programmi, è l'individuazione delle matrici culturali e politiche. Come si sa soltanto in parte ci si rifece alla esperienza del PPI; il fascismo aveva insegnato a tener conto di molte cose oltre che nel campo strettamente politico anche in quello economico, inoltre la dottrina della Chiesa si era fatta più precisa e i cattolici avevano elaborato dei *codici* sociali assai impegnativi.

Fu in primo luogo seguita la traccia delle affermazioni del magistero pontificio e, in particolare, dei radiomessaggi natalizi la cui tradizione ha inizio con la seconda guerra mondiale. Come è noto questi documenti ebbero una larga diffusione e costituirono un punto di riferimento per tutti gli uomini impegnati nella costruzione della pace interna e internazionale.

Testo cardine per la comprensione dei programmi politico-sociali dei democratici cristiani dalla Resistenza in poi, sono soprattutto i principi dell'ordinamento sociale a cura di un gruppo di studiosi amici di Camaldoli, opera collettiva dei giovani intellettuali cattolici discussa dal 18 al 24 luglio 1943, pubblicata nella primavera del 1945 e comunemente nota come *Codice di Camaldoli*.

Pur tenendo presente come modello il cosiddetto *Codice di Malines*, il documento di Camaldoli si distingue per una maggiore accentuazione della socialità e per una efficace elaborazione del pensiero sui rapporti fra economia e morale.

Recependo i convincimenti degli esperti che collaborarono alla

stesura del documento, si dichiara infatti che la libertà e la democrazia non possono essere assicurate con forme di economia collettivista (che si reggono con la dittatura) e neppure dall'economia liberista (che farebbe perdere ogni valore alle libertà politiche, civili e sociali), ma attraverso l'intervento statale mediante l'attività economica pubblica.

Nella riaffermazione del pluralismo, viene inoltre riconosciuta dal *Codice di Camaldoli* la moderna funzione dello Stato, che il vecchio *Codice sociale* trascurava.

Abbiamo visto che tra il 1943 e il 1944 alcuni esponenti della nascente DC sentirono l'urgenza di fornire al partito un programma politico che, pur riallacciandosi alla tematica tradizionale del pensiero sociale cattolico, rispondesse alle necessità dell'ora. Erano uomini diversi, con una differente formazione e in situazioni locali disomogenee, ma uniti da finalità comuni. Figure politiche che avevano già operato nel prefascismo, come Alcide De Gasperi, accanto ad altre formatesi nella lotta antifascista e protagonisti della guerra partigiana.

La preliminare identificazione delle caratteristiche degli estensori è sempre importante per l'uso interpretativo del documento, non si può quindi prescindere dalla loro formazione, dal maggiore spessore culturale o dalla esperienza politica.

Anche se tutti i documenti fino ad ora noti sono sostanzialmente riconducibili ad un solo autore, la complessità e diversità dei temi trattati sottende sempre la presenza di collaboratori. È noto, ad esempio, che Alcide De Gasperi tenne in gran conto il parere di alcuni esperti, modificando più volte il programma del partito in base ai loro suggerimenti.

Per quanto concerne poi la diffusione di questi testi c'è da osservare che, trattandosi di documenti redatti nella clandestinità, il quesito appare di ardua soluzione, specialmente per quando riguarda l'incidenza di questi scritti a livello locale e scarse e qualche volta imprecise sono le testimonianze in proposito. Nelle zone occupate la diffusione avvenne per mezzo della stampa clandestina che, attraverso mani fidate, sfidava il controllo della polizia, mentre i destinatari erano principalmente coloro i quali nella lotta armata o nella cospirazione svolgevano attività politica.

È però certo che questi programmi, pur essendo sempre anonimi, suscitarono dibattiti, discussioni, contributi di idee e di soluzioni. Ancora a proposito della diffusione si può poi osservare che,

mentre le *Idee ricostruttive* e i successivi documenti di Alcide De Gasperi raggiunsero tutta la Penisola e nelle zone liberate del Meridione divennero i testi ufficiali del partito, i programmi del 1944 furono conosciuti soltanto in ambito locale. Tuttavia ebbero anch'essi un rilevante valore.

C'è infine da aggiungere che, pur essendo programmi ideali, sono anche documenti piegati a situazioni locali, determinati dall'ambiente in cui avrebbero dovuto venire attuati e le cui scelte e orientamenti affondano le radici in un contesto culturale ben preciso.

Sempre riferendosi alla parte finora nota, due sembrano essenzialmente le chiavi di lettura di questi documenti: in primo luogo una occasione di recupero di significativi valori ideali propri del movimento politico dei cattolici italiani e poi un contributo alle ricerche sulla preparazione prossima e remota dell'assetto istituzionale italiano, nato dalla Resistenza e definito nella Costituzione repubblicana.

Nel 1944-45 l'incontro tra le differenti posizioni politico sociali del partito non è ancora giunto a convergenza e, inoltre, in conseguenza della complessa situazione venutasi a creare nel Settentrione la dottrina democratico-cristiana continua a svilupparsi nel corso della guerra. C'è varietà di intenti che sottende percorsi culturali diversi, ecletticità di ispirazione e ci sono ingenuità e astrattezze. Anche se non si poterono prevedere alcune rapide trasformazioni — si pensi al quadro internazionale con il sorgere dei blocchi Est-Ovest e degli Stati nati dalla decolonizzazione — in queste indicazioni programmatiche non vi è però nessuna utopia.

Si discuteva sul problema della pace e degli armamenti e sull'assetto istituzionale, ricercando strumenti di controllo per non ricadere in un sistema totalitario e ritornavano temi che erano stati negati nella teoria e nella prassi del fascismo, parole dimenticate o alle quali era stato attribuito un contenuto sproporzionato. C'era il rifiuto dei nazionalismi e di ogni ipotesi marxista e il richiamo ad un deciso sentimento di libertà e — in polemica antitesi a qualsiasi esasperata interpretazione contrattualistica della vita sociale — ai diritti naturali. Come reazione al nazismo che si stava combattendo, si auspicava una unità di tutti gli Stati europei, nel cui quadro avrebbero trovato definizione tanto le relazioni con gli altri ordinamenti internazionali, quanto le necessarie autonomie regionali. Nel riallacciarsi alla fede autonomistica del Partito popolare queste ultime sono viste come strumento di superamento del centralismo statale, ma

anche come struttura intermedia in grado di far fronte alle nuove esigenze della società di massa. Le autonomie locali, sindacali, economiche, culturali sono poste come barriere di fronte a cui lo Stato democratico deve arrestarsi. È la concezione organica e personalistica dello Stato, che postula il riconoscimento dei corpi intermedi come espressione delle forze locali, che difende la famiglia come comunità naturale e mostra interesse per la società agricola.

È vivo il senso dello Stato e si avverte il pericolo di cadere nel confessionarismo, ma tuttavia ci si avvede di prospettare in qualche occasione una società integralistica.

Bisognava anche impedire il ritorno di quell'anticlericalismo che aveva tenuto lontano i cattolici dalla vita pubblica, evitare l'isolamento del partito e unirlo a tutte le forze antifasciste nel combattere l'oppressore.

Ciò lascia trasparire il problema delle alleanze attraverso le quali si sarebbe potuto realizzare i programmi proposti; l'agnosticismo religioso, l'accentramento burocratico, il non intervento nel mondo economico erano le caratteristiche dello Stato liberale inaccettabili da un partito di ispirazione cristiana; la garanzia della libertà era l'elemento di differenziazione dalle sinistre estreme. Di qui una strategia, non soltanto antifascista, ma anche fondata su una azione alternativa rispetto a quella dei partiti laici e di sinistra.

La ricostruzione interna e internazionale non poteva arrestarsi agli aspetti materiali, ma doveva necessariamente investire i principi fondamentali della convivenza. Ci si rendeva conto della pesante eredità della guerra, della necessità di una vasta ricostruzione e nello stesso tempo della pressione dei molti che reclamavano una più equa ripartizione dei beni e ci si proponeva di eliminare le cause dell'ingiustizia e promuovere una vita sociale in cui ognuno potesse meglio godere dei beni della terra.

Scaturendo dall'analisi della nostra situazione strutturale, il discorso andò incentrandosi prevalentemente sugli aspetti socio-economici del Paese. Si cercava il modo di conciliare libertà politica e libertà economica, perché la prima non sarebbe completamente garantita in un sistema che, assicurando completa libertà economica, riducesse i più nella indigenza. Per conseguire un completo adattamento degli interessi privati all'interesse generale, si auspicava l'intervento dello Stato, pur circoscritto a determinate circostanze. Nel superamento degli schemi del liberismo classico e per conse-

guire un assestamento del sistema italiano equidistante fra quest'ultimo e un'economia pianificata di tipo sovietico, c'era, in alcuni programmi, la ricerca di una terza via tra capitalismo e socialismo. È la grande novità dell'economia mista, di cui non ci si nascondevano i limiti, ma che si era consci fosse l'unico possibile percorso per garantire le libertà democratiche e concretare, con un diverso orientamento economico, la tendenza alla giustizia sociale.

Le posizioni non erano però univoche perché il principio della collaborazione tra capitale e lavoro — cavallo di battaglia della configurazione corporativa della società economica — continuava ad essere fortemente sostenuto da una parte del pensiero cattolico.

Sono visibili in questi programmi la connessione con i problemi emergenti nel convulso periodo resistenziale, ma ci sono anche dei punti che potrebbero oggi essere oggetto di attenzione in sede di riforme istituzionali.

In questi documenti vince un certo progetto: l'accettazione completa dello Stato liberal-democratico. Questo obiettivo per il post-fascismo non era inizialmente condiviso da tutti e non era il solo tra quelli che venivano prospettati.

Gli elementi conservatori pensavano a qualche forma di agguancio con il passato, mentre opposti erano gli orientamenti degli azionisti e delle forze socialiste e comuniste. Se osserviamo poi i modelli di Stato configurati dai cattolici italiani in quella loro lunga marcia dall'opposizione al governo, vediamo che non tutti prevedevano sbocchi democratici.

Sebbene la ricerca di un modello di Stato autenticamente cattolico risale ad anni lontani, stenta ad essere sconfitto quel disegno politico, così caro a parte della mentalità cattolica, che si esprimeva in programmi che prevedevano la restaurazione dell'ordine e la costituzione di un forte governo conservatore.

Indubbiamente, l'avvento del fascismo aveva interrotto la maturazione all'interno del cattolicesimo politico italiano, basta infatti riflettere sul fatto che nella seconda metà degli anni trenta non mancarono nel nostro Paesi sguardi attenti a quel regime, che il franchismo sembrava volesse realizzare dopo il conflitto e la guerra di Spagna ebbe in tal modo un significato che andò oltre i confini iberici, indicando nella possibilità di costruzione di uno Stato autenticamente corporativo, una soluzione cristianamente ispirata alla crisi delle società europee.

È finalmente il superamento di quella immaturità culturale

che era alla base delle analisi del passato, di quella ricerca di un modello ideale di Stato, per conseguire il quale anche il fascismo era stato visto come uno strumento contingente e il Concordato del 1929 come qualcosa le cui aspettative ancora avrebbero dovuto realizzarsi.

3) *Un contributo per conoscere le radici dell'apporto dei cattolici alla nostra Carta costituzionale.*

La ricorrenza dei quarant'anni della Costituzione repubblicana, con la serie di celebrazioni, ma anche di studi e ricerche, diventa così l'occasione propizia per la puntualizzazione delle origini del nostro attuale assetto istituzionale e, in particolare, di un tema scarsamente considerato quale quello della lettura del nostro Testo fondamentale nell'ottica di quei modelli di Stato configurati dal cattolicesimo politico italiano e per riprendere le ricerche relative alla elaborazione ideologica che ha preceduto, accompagnato e seguito l'impegno dei cattolici fra il 1942 e il 1947 e che, in una certa ma non indifferente misura, è stato poi trasfuso nel testo della Carta costituzionale.

Alcune se parecchie di queste esperienze sono sufficientemente note, non tutte le piste d'indagine sono state egualmente battute; bisogna ad esempio ancora secernere l'apporto del movimento politico dei cattolici italiani a quegli ordinamenti, seppure effimeri, che si dettero le zone liberate e amministrare dagli antifascisti, individuare il contenuto degli incontri culturali tenuti durante l'occupazione, analizzare i documenti programmatici elaborati nella Resistenza.

La necessità di ricercare le radici profonde relative all'apporto dei cattolici alle scelte fondamentali della nostra Carta costituzionale si deve pertanto estendere a più globali indagini sulla posizione propria assunta da questi ultimi nelle diverse fasi dell'evoluzione del nostro ordinamento. « Tale indagine — come è stato recentemente ricordato — postula l'adozione di linee prospettiche diverse rispetto alle consuete trattazioni circa le tipologie dei rapporti fra istituzioni costituzionali ed operante realtà dei partiti politici » (S. ANTONELLI, *Questione cattolica e questione democristiana*, in « Diritto e società », 1988, n. 2, p. 309).

Per quanto riguarda i cattolici, dopo alcuni saggi parziali, è in

corso una ricerca che si propone di recepire tutti i documenti elaborati durante la Resistenza. Ciò consentirebbe la puntualizzazione storiografica di un tema poco studiato.

Il quadro generale nel quale inserire la ricerca risulta pertanto quello della tormentata vicenda ideologica che è alla base dei programmi dei partiti politici italiani e della nostra Carta costituzionale, mentre l'ambito più specifico di approfondimento deve essere colto nei progetti elaborati dal cattolicesimo politico italiano dalla Conciliazione alla Repubblica.

Infatti, se la grande guerra segna il completo inserimento dei cattolici nella vita dello Stato unitario, è prevalentemente con la Conciliazione del 1929 che prendono il via una serie di interventi, dapprima esclusivamente teorici, per modificare quello Stato ereditato dal Risorgimento, mentre la Costituzione del 1948 appare lo sbocco definitivo di tutti questi progetti.

Fortunatamente con riferimento all'attività politica dei cattolici italiani, destinata a sfociare nel testo costituzionale e all'apporto della classe dirigente cattolica alla ricostruzione del Paese, non mancano studi significativi e nell'inoltrarci in questo ambito di indagine non si può non ricordare con commozione il contributo di Roberto Ruffilli, studioso e politico di grande equilibrio, che dieci anni orsono, con la relazione sulla formazione del progetto democratico-cristiano dopo il fascismo, apriva a Milano il convegno di studi su: « Democrazia cristiana e Costituente nella società del dopoguerra », convegno che costituì un momento di ricognizione storiografica, ma anche di individuazione di ulteriori prospettive di indagine.

È in questa linea di rigore scientifico che dovrebbe essere indirizzata la ricerca perché, se indubbiamente alcuni di quei testi che si intende prendere in esame sono già noti (ma non sempre, per altro, a parte i più conosciuti, la pubblicazione è avvenuta nella loro interezza, mentre altri documenti restano del tutto inediti e sono ormai dimenticati), ciò che manca è una completa raccolta di carattere documentale.

Operando una sistematica ricognizione dei principali archivi, centri e istituzioni culturali specializzate, si ritiene opportuno raccogliere, organizzare e ordinare tale materiale, per ricostruire in tal modo una pagina della nostra storia costituzionale.

Far luce sulle idee e programmi dei cattolici durante il periodo della Resistenza al nazifascismo si pone, pertanto, come uno dei passaggi obbligati per comprendere l'azione del cattolicesimo politico

italiano in quella stagione irripetibile del 1946-47 e per comprendere l'impegno per fondare il nuovo Stato, lontano dalle utopie e dai modelli più o meno guelfi, democratico e autenticamente laico, traducendo in termini di diritto positivo i frutti di una lunga e spesso tortuosa elaborazione.

Urbino, dicembre 1988

NOTA BIBLIOGRAFICA

È noto che per l'età contemporanea, alla facilità di reperimento di fonti edite, fa riscontro la necessità di dover vagliare una mole di materiale che diventa ogni giorno più ingente.

Questa osservazione di carattere generale vale anche per chi voglia affrontare sia dal versante storico che da quello più propriamente giuridico la tematica relativa alle origini della Costituzione italiana. In presenza di tali limiti, per una riflessione storiografica ricordiamo soltanto — a titolo meramente orientativo — la ricerca su « Stato e società civile nella Repubblica italiana », promossa dal Consiglio regionale della Toscana in occasione del XXX della Repubblica e della Costituzione, che ha prodotto una serie di *Studi, Documenti e Strumenti*, pubblicati dalla Società Editrice Il Mulino. Sempre sul medesimo tema sono molti i contributi apparsi in volumi collettanei, come quello di G. AMBROSINI, *Costituzione e società*, in *Storia d'Italia*, vol. V, *I documenti*, 2, a cura di R. ROMANO e C. VIVANTI, Torino, 1973, pp. 1999 e ss., e di E. CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in S. G. WOLF, *Italia 1943-1950: la ricostruzione*, Bari, 1975, 2ª ediz., pp. 207 e ss.; mentre una considerazione complessiva dei nodi e delle prospettive relative alla formazione del sistema costituzionale italiano, si può rinvenire in: P. SCOPPOLA, *Gli anni della Costituente fra politica e storia*, Bologna, 1980.

In modo più specifico può risultare utile qualche riferimento che richiami l'attività dei cattolici italiani destinata a sfociare nella Carta costituzionale. In quest'ottica vediamo pertanto gli atti del già ricordato Convegno di studio tenuto a Milano il 26-28 gennaio 1979: « *Democrazia cristiana e Costituente nella società del dopoguerra. Bilancio storiografico e prospettive di ricerca*, a cura di G. ROSINI, vol. I. *Le origini del progetto democratico cristiano*; vol. II. *Il progetto democratico-cristiano e le altre proposte*; vol. III. *Società civile e società politica, negli anni della Costituente*, Roma, 1980. Un quadro relativo all'apporto della classe dirigente cattolica al testo costituzionale e alla ricostruzione postbellica, si può ricavare dalla lettura dei volumi di: R. MORO, *La formazione della classe dirigente cattolica (1929-1937)*, Bologna, 1979; A. GIOVAGNOLI, *Le premesse della ricostruzione. Tradizione e modernità nella classe dirigente cattolica del dopoguerra*, Milano, 1982; M. CASELLA, *L'Azione cattolica alla caduta del fascismo. Attività e progetti per il dopoguerra (1942-'45)*, Roma, 1984; Id., *Cattolici e Costituente. Orientamenti e iniziative del cattolicesimo organizzato (1942-'47)*, Napoli, 1987.

Recenti saggi critici sulla politica ecclesiastica italiana nel primo periodo repubblicano segnano un ulteriore apporto alla conoscenza delle origini, anche lontane, degli articoli 7 e 8 della Costituzione e delle posizioni della Chiesa cattolica di fronte alla scelta istituzionale: cfr. L. MUSSELLI, *I rapporti Chiesa-Stato e la*

questione del Concordato dalla Liberazione alla Costituente, in « Il Politico », 1987, n. 4, pp. 621-639; Id., *Chiesa e Stato all'Assemblea costituente: l'articolo 7 della Costituzione italiana*, coll. ult. cit., 1988, n. 1, pp. 69-97; Id., *La Gerarchia e l'obbligo di voto dei cattolici agli albori della Repubblica*, in « Studi in memoria di Mario Condorelli », vol. I, t. II, Milano, 1988, pp. 1057-1082.

Segnaliamo ancora, anche per i sussidi bibliografici in esse contenute, due opere di vasto respiro: G. PENCO, *Storia della Chiesa in Italia nell'età contemporanea*, vol. I. 1919-1945, Milano, 1986; *Storia della Democrazia cristiana*, a cura di F. MALGERI, vol. I. *Dalla Resistenza alla Repubblica. 1943-1948*, Roma, 1987, mentre una più specifica analisi della bibliografia si può rinvenire, tra l'altro, in: G. B. NAITZA - G. PISU, *Il movimento cattolico tra fascismo e repubblica: appunti per una bibliografia orientativa*, in « Italia contemporanea », 1977, n. 126, pp. 73-94; A. FERRARI, *Stato guelfo e ricostruzione in età degasperiana*, in « Università degli Studi di Genova. Annali della Facoltà di Scienze Politiche. Scritti in onore del Prof. Paolo Emilio Taviani », 1983-86, t. II, pp. 63-82.

Prima di proseguire in qualsiasi approfondimento bibliografico, non bisogna poi trascurare il fatto che il quadro generale relativo alle ricerche sulla Costituzione italiana, anche per gli apporti al dibattito ora in corso sulla revisione delle norme costituzionali — dibattito che va oltre la cerchia degli studiosi e che coinvolge la stampa sia periodica che quotidiana —, risulta caratterizzato dalla diversità degli approcci metodologici e della sensibilità nella considerazione dei problemi. Tutto ciò si manifesta nel dare maggiore risalto a questo o a quell'aspetto del fenomeno in oggetto, per cui è sempre utile punto di partenza un costante riferimento alle fonti.

A tale proposito resta sempre fondamentale la lettura diretta delle opere dei singoli costituenti; limitandoci ad alcuni titoli che hanno maggiormente stimolato la riflessione dell'autore, indichiamo: P. E. TAVIANI, *Prospettive sociali*, Milano, 1944 (ma giugno 1943); G. DOSSETTI, *Chiesa e Stato democratico*, Roma, s.d.; G. LA PIRA, *Per un'architettura cristiana dello Stato*, Firenze, 1954.

Per un più specifico richiamo ai documenti programmatici che sono alla base dell'attività politica dei cattolici italiani: *Atti e documenti della Democrazia cristiana 1943-1967*, a cura di A. DAMILANO, 2 voll., Roma, 1968; E. AGA ROSSI, *Dal Partito popolare alla Democrazia cristiana*, Bologna, 1969; G. B. NAITZA - G. PISU, *I cattolici e la vita pubblica in Italia (1815-1919)*; Id., *(1919-1923)*, Firenze, 1974 e 1977; G. FANELLO MARCUCCI, *Documenti programmatici dei democratici cristiani ((1899-1943))*, Roma, 1983; *Idee e programmi della DC nella Resistenza*, a cura di G. B. VARNIER, Roma, 1984; *Cristiani in politica. I programmi politici democratici*, a cura di B. GARIGLIO, Milano, 1987. Il documento fondamentale per il cattolicesimo democratico italiano è conosciuto come: il *Codice di Camaldoli (Per la comunità cristiana. Principi dell'ordinamento sociale a cura di un gruppo di studiosi amici di Camaldoli)*, Roma, 1945; ora anche in: *I Codici di Malines e di Camaldoli*, « Civitas » 1982, gennaio-febbraio e da ultimo ancora in « Civitas », 1988, n. 4, con un saggio di P. E. TAVIANI e note di S. ACCARDO, M. FALCIATORE, M. IVALDO, G. MAGGI, M. E. MARTINI, P. ROGGI).

In questo contesto di fonti si può tuttavia intravedere la carenza di una raccolta a carattere documentale che sia volta a fondare su più solide basi gli studi sulla ricerca delle radici profonde dell'apporto dei cattolici alle scelte fondamentali

della nostra Carta costituzionale. A tal fine, prendendo avvio da due diversi contributi, apparsi in tempi pressoché concomitanti, quale il saggio di G. CAMPANINI, *I programmi del Partito democratico cristiano (1942-1947)*, in *Cristiani in politica*, cit., pp. 183-211 e la già ricordata raccolta di documenti: *Idee e programmi della DC nella Resistenza*, si è manifestata l'esigenza di intraprendere una indagine che, in modo completo, ripercorresse la elaborazione programmatica dei cattolici durante la Resistenza.

Su queste basi e con la metodologia che è stata illustrata nel saggio a cui questa nota si riferisce, è stato elaborato un progetto di ricerca per il cui espletamento il C.N.R. (*Comitato nazionale per le scienze giuridiche e politiche*) ha concesso un finanziamento al fine di cercare di colmare una lacuna nell'attuale panorama degli studi sul movimento di liberazione, sulle origini del partito di ispirazione cattolica e, in modo non meno diretto, su quelle della Costituzione italiana.

ANDREA CASTALDO

LA TEORIA DELL'AUMENTO DEL RISCHIO
E L'ILLECITO COLPOSO *

* Il presente lavoro fa parte di un'indagine più ampia concernente la problematica dell'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento, di prossima pubblicazione. Per questo motivo le citazioni sono incomplete e ridotte all'essenziale.

La ricerca è stata pressoché interamente realizzata durante un soggiorno di studi presso l'Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften dell'Università di Monaco di Baviera. L'Autore desidera esprimere un sincero ringraziamento al Direttore dell'Istituto, prof. Claus Roxin.

ABBREVIAZIONI DELLE RIVISTE CITATE

Arch. circol.	Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali
BGH-St	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
CP	Cassazione penale (fino al 1981, Cassazione penale Massimario annotato)
Dir. fam. pers.	Il Diritto di famiglia e delle persone
Foro it.	Il Foro italiano
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
IP	L'indice penale
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl	Juristische Blätter
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
RG-St	Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen
RIDPP	Rivista italiana di diritto e procedura penale
Riv. giur. circ. trasp.	Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti
Riv. it. med. leg.	Rivista italiana di medicina legale
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
StrV	Strafverteidiger
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

SOMMARIO: 1. La problematica del comportamento alternativo lecito e l'imbarazzo della giurisprudenza in un recente caso. — 2. Il raffronto tra condotta « colposa » e condotta « doverosa » come substrato dell'aumento del rischio. — 3. L'apertura limitata ai decorsi alternativi ipotetici. — 4. L'elaborazione della *Risikoerböhungstheorie*: l'inquadramento dogmatico ed i precedenti. — a) Le numerose obiezioni sollevate: la concretizzazione del *quantum* di incremento del pericolo; — b) la base del giudizio; — c) le difficoltà probatorie; — d) la presunta trasformazione del delitto colposo d'evento in reato di pericolo; — e) la contrarietà al canone processuale *in dubio pro reo*. — 5. Le variazioni apportate alla concezione roxiniana: il modello di *Puppe* e di *Schünemann*. — 6. L'esportabilità della teoria dell'aumento del rischio in aree differenti: i reati omissivi impropri, la responsabilità civile, il concorso di persone. Critica. — 7. La verifica empirica della *Risikoerböhungstheorie*: soluzione di alcune fattispecie « classiche ».

1. *La problematica del comportamento alternativo lecito e l'imbarazzo della giurisprudenza in un recente caso.*

« Sussiste sempre il nesso di causalità tra la condotta imperita, negligente od imprudente del sanitario, che non abbia disposto cautele ed accertamenti che avrebbero portato ad un sollecito intervento chirurgico su un infortunato e l'evento mortale che ne è seguito, quando tale intervento, anche se non avrebbe salvato con certezza il ferito, aveva buone probabilità di raggiungere tale scopo. È da aggiungere, altresì, che quando è in gioco la vita umana, anche solo poche probabilità di successo di un immediato o sollecito intervento chirurgico sono sufficienti, talché sussiste il nesso di causalità quando un siffatto intervento non sia stato possibile a causa dell'incuria colpevole del sanitario che ha visitato il paziente » (1).

Il passo riportato « fotografa » con estrema nitidezza le difficoltà incontrate dalla giurisprudenza nell'affrontare il tema della responsabilità per colpa. E l'angolo di campo prescelto (il nesso causale) finisce per costituire la valvola di sicurezza dei numerosi profili coinvolgenti la ricostruzione dell'illecito colposo.

(1) Cass. 7.1.1983, CP 1984, 1144 (pubblicata inoltre in *Riv. it. med. leg.* 1984, 871). Analogamente, Cass. 22-4-1987, CP 1989, 72 ss.

Per il corretto inquadramento della fattispecie, cfr. *infra*, 6.

Il caso presentatosi alla Suprema Corte riguardava l'infortunio occorso ad un lavoratore, deceduto in seguito per la negligenza dei sanitari curanti, colpevoli di non aver disposto l'immediato ricovero ospedaliero ed adeguati esami radiologici. Gli accertamenti svolti dal collegio peritale avevano tuttavia appurato che un subitaneo intervento chirurgico « avrebbe concesso un maggior numero di probabilità di successo terapeutico », senza peraltro scongiurare del tutto l'evento letale, causa le gravi lesioni interne subite dalla vittima.

In altri termini — e qui risiede la peculiarità della vicenda — il comportamento « corretto », esigibile dal medico, non sarebbe probabilmente valso ad impedire l'esito letale.

Ma procediamo con ordine.

Un primo oggetto dell'indagine concerneva la possibilità di avvalersi di leggi causali probabilistiche. Un secondo aspetto, quello della valenza specifica della violazione contestata sull'evento-morte, in particolare accertare l'*anticipazione* del risultato finale quale requisito necessario e sufficiente ai fini dell'insorgere della responsabilità penale; infine, ed in stretta connessione, l'esclusione — in base a considerazioni *teleologico-funzionali* — dell'imputazione oggettiva.

La sentenza, come si è avuto occasione di sottolineare, fa del principio di causalità il centro di gravità, confermando una tendenza abbastanza diffusa, specie nel reato omissivo. Ora, se si può convenire sulla necessità dell'impiego di leggi a struttura probabilistica per l'accertamento del nesso eziologico (2), con l'inevitabile corollario della sua non facile individuazione (3), non si può d'altra parte tacere

(2) In senso conforme, STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, 1975, 311 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, 1985, 107; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, I, 1987, 324. *Contra*, STEGMÜLLER, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie*, I, *Wissenschaftliche Erklärung und Begründung*, 1974, 153 ss.

(3) Paradigmatico il famoso caso del talidomide: in argomento, ARM. KAUFMANN, *Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Conterganverfahren*, JZ 1971, 569 ss. (anche in *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, 190); BRUNS, *Ungeklärte materiell-rechtliche Fragen des Contergan-Prozesses*, *Festschrift für Heinitz*, 1972, 117 ss.

In generale, WACHSMUTH-SCHREIBER, *Sicherheit und Wahrscheinlichkeit. Juristische und ärztliche Aspekte*, NJW 1982, 2094 ss.; ALLGAIER, *Probabilität und Jus. Über die Beweiskraft im Recht unter besonderer Berücksichtigung von Kybernetik, Statistik und Wahrscheinlichkeit*, MDR 1986, 626 ss.

come il fulcro della questione ruoti intorno all'*attribuibilità* dell'evento all'agente.

La problematica affiorante, nota con l'espressione « comportamento alternativo lecito » (*pflichtmässiges Alternativverhalten*), si ripropone cioè ogni qualvolta la violazione delle *leges artis* difetti, per così dire, di reale incidenza, in quanto la condotta « nella norma » non sarebbe riuscita a spiegare gli effetti programmati.

La Corte di Cassazione si rende conto senz'altro della singolarità della situazione e del disagio che vi si accompagna, ma la soluzione prospettata, se non errata, si rivela certamente inconferente. Infatti: che la condotta omissiva tenuta abbia provocato il decesso dell'infortunato non disegna per intero il volto della responsabilità colposa. Esattamente si fa notare come la mera « anticipazione » dell'evento di per sé deponga a favore dell'imputazione del fatto (4), l'argomentazione però rimane sospesa a mezz'aria, per il brusco passaggio all'utilizzo di un binario non più naturalistico, bensì *normativo*.

L'errore di metodo diventa scoperto laddove si cerca di coprire con considerazioni equitative aspetti strettamente tecnico-giuridici. Si spiega così perché sia abbastanza frequente sentire parlare — soprattutto nella giurisprudenza tedesca — di « causalità normativa » (5), locuzione attraverso la quale si associano (e si sovrappongono) piani di ricerca totalmente distinti. A dimostrare l'inconsistenza della formula vale del resto ancora l'obiezione di *Exner*: la violazione del dovere, cioè la *qualifica* della condotta, essendo concetto astratto, non può ontologicamente *causare* l'evento (6).

I dubbi insorgenti nel caso di specie, e che si ripropongono spesso nell'illecito colposo, confermando il carattere tutt'altro che scolastico della problematica (7), girano intorno al seguente interro-

(4) Sulla *Lebensverkürzung*, cfr. WOLFLAST, *Nota a BGH 20.5.1980, NSrZ 1981, 219 ss.*

Nella giurisprudenza italiana, Cass. 24.4.1963, *CP 1963, 803*; Cass. 17.1.1969, *CP 1969, 978*; Cass. 23.4.1969, *CP 1970, 1327*.

(5) Per una panoramica, SCHROEDER, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10^a ed., 1985, n. 188 *sub* § 16.

Anche la dottrina, in parte, non disdegna di affrontare il tema sotto il profilo di un « doppio esame della causalità »: per tutti, MÜHLHAUS, *Die Fahrlässigkeit in Rechtsprechung und Lehre unter besonderen Berücksichtigung des Strassenverkehrsrechts*, 1967, 26.

(6) EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken, Festgabe für Frank, I*, 1930, 583 s.

(7) Sulla c.d. *Lehrbuchkriminalität*, cfr. l'interessante studio di JÄGER, *Glosse über Lehrbuchkriminalität, MSchrKrim*, 56 (1973), 300 ss.

gativo: se l'evento vada imputato o meno all'autore quando la condotta lecita avrebbe provocato il medesimo risultato.

2. *Il raffronto tra condotta « colposa » e condotta « doverosa » come substrato dell'aumento del rischio.*

La risposta va fornita tenendo presente, innanzi tutto, l'illecito *commissivo* colposo.

Al di là delle decisioni, solitamente richiamate, e tratte dalla giurisprudenza e letteratura straniera (*infra*, 7), può prendersi a riferimento una non lontana pronunzia della Corte di Cassazione in materia di circolazione stradale (8). Nell'assolvere l'imputata dall'accusa di omicidio colposo plurimo, i giudici di legittimità, condividendo le argomentazioni svolte nei gradi precedenti, precisavano che « l'accertata sussistenza di una condotta antiggiuridica di uno degli utenti della strada con violazione di specifiche norme di legge o di precetti generali di comune prudenza, non può di per sé presumere l'esistenza del nesso causale tra la condotta e l'evento dannoso, che occorre provare e che si deve escludere quando sia dimostrato che l'incidente si sarebbe egualmente verificato senza quella condotta ».

Come di consueto, la Suprema Corte conclude per l'inesistenza del rapporto di causalità, anziché soffermarsi su aspetti ulteriori. In verità, in questo come negli altri esempi, la presenza del nesso eziologico non è revocabile in dubbio, se si accede alla costruzione — e verifica — di esso grazie ad una legge di copertura scientifica (9). Ma altrettanto fuori discussione è la mancanza di un'equiparazione automatica — sul piano oggettivo — tra causalità e tipicità, dal momento che è necessario intraprendere l'esame concernente i requisiti costitutivi della *objektive Zurechnung* (10).

Nell'illecito colposo il momento centrale è rappresentato dalla violazione di una regola cautelare produttiva di un evento danno-

(8) Cass. 24.4.1984, *Riv. giur. circ. trasp.* 1984, 723 (anche in *Arch. circol.* 1984, 601).

(9) Si veda ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931.

(10) Si tratta di un aspetto che, sia pure a fatica, comincia a farsi largo nella letteratura italiana. A riprova, FIANDACA-MUSCO, cit. (nota 2), 113 ss.

so (11). La causazione di detto evento ad opera di una condotta « indifferente », priva cioè dei connotati della negligenza, imprudenza, imperizia, risulta quindi estranea ad ogni censura in sede penale.

Se dunque la *Sorgfaltswidrigkeit* è il *quid* che decide circa la qualifica da attribuire al fatto, è logico chiedersi quale debba essere la risposta — in termini di punibilità — al comportamento *lato sensu* colposo, ma *in concreto* irrilevante quanto a pericolo creato.

La somministrazione di un farmaco tossico, dovuta a grave disattenzione del personale ospedaliero, è certamente un comportamento « negligente », responsabile della morte del paziente. Qualora però si accerti che il medicinale prescritto avrebbe provocato analogamente il decesso, causa l'ipersensibilità della vittima non individuabile preventivamente, resta l'interrogativo se sia *sufficiente* sanzionare l'errore commesso, o se viceversa divenga *necessario* richiedere che quell'errore specifico abbia giocato un ruolo ben preciso nell'inevitabilità dell'evento.

È questo il cardine della teoria dell'aumento del rischio, che pretende di risolvere senza incertezze il quesito, e della quale ci si deve occupare.

3. *L'apertura limitata ai decorsi alternativi ipotetici.*

La risposta relativa all'*inevitabilità* dell'evento non può essere fornita se non confrontando l'accaduto con ciò che si sarebbe verificato osservando la condotta prescritta. Il che significa dare spazio ai decorsi alternativi ipotetici, sia pure in una dimensione ristretta. La domanda « cosa sarebbe successo in assenza della violazione » ha senso, insomma, soltanto mediante la comparazione ipotetica tra avvenimenti. L'unica particolarità consiste, semmai, nel limitarsi all'esame del comportamento alternativo lecito, selezionato tra la massa di fatti in grado di influire in modo identico sul risultato. Posta la condotta colposa, l'analisi in tema di evitabilità della lesione viene effettuata quindi tramite il riscontro con un comportamento che è l'esatto contrario, senza bisogno di ingolfarsi in complicate ricerche

(11) Fondamentali, in merito, WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961; MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, 1965.

sulla sussistenza — ed ammissibilità — di differenti cause alternative.

Questo restringimento dell'indagine può essere certamente seguito per comodità d'esposizione, a condizione di puntualizzare come tuttavia non vi sia — sul piano *funzionale* — una differenza tra « generica » *Ersatzursache* e lo « specifico » comportamento alternativo lecito. Insomma, dovrebbe essere chiaro che l'ingresso del comportamento alternativo equivale implicitamente ad ammettere il subingresso di qualsiasi « causa di riserva ».

4. *L'elaborazione della Risikoerhöhungslehre: l'inquadramento dommatico ed i precedenti.*

La premessa era necessaria per il corretto inquadramento della dottrina dell'aumento del rischio, il cui nocciolo, pur con la doverosa precisazione della fluidità della corrente, è imperniato intorno al concetto di incremento del pericolo.

Ogni condotta che trasgredisca regole cautelari è espressione naturalmente di un pericolo. Tale pericolo, inoltre, supera per definizione la soglia dell'*erlaubtes Risiko*, cioè del limite fino al quale il legislatore è disposto a sopportare la natura intrinsecamente pericolosa di determinate attività, stante la loro utilità sociale (12).

Ai fini però dell'imputazione oggettiva dell'evento, la misurazione dell'aumento del rischio va effettuata non secondo un parametro assoluto, ma in relazione al potenziale di offensività che la condotta lecita avrebbe creato: qualora la comparazione porti ad un risultato in pareggio (anche il comportamento doveroso non sarebbe stato idoneo a scongiurare l'evento), non vi sarà responsabilità per colpa (13).

Da una parte, dunque, il *quantum* di rischio diventa una grandezza commensurabile proprio grazie a quell'*Alternativverhalten* da cui si erano prese le mosse.

L'assunto teorico della concezione poggia, d'altra parte, su

(12) Per uno sforzo di concretizzazione di tali confini, SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, 575 s.

(13) Cfr. ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, ZStW 74 (1962) 411 ss., ora in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, 168 ss.

strutture sufficientemente lineari: l'inutilità della repressione penale, alla luce di una politica criminale ispirata a criteri di plausibile razionalità, qualora la condotta lecita non riesca a migliorare la situazione.

La struttura dell'illecito colposo, caratterizzato dal preminente disvalore *oggettivo* anziché *sogettivo* (la trasgressione dell'obbligo di diligenza non accompagnata dalla volontà di cagionare l'evento) si armonizza del resto perfettamente con la soluzione prospettata.

Nel sistema roxiniano, inoltre, la validità della teoria viene argomentata dal principio di eguaglianza: l'azione vietata, che alla prova dei fatti non innalza il rischio, va trattata alla stregua dell'azione lecita (14).

Proprio a *Roxin* si deve la compiuta elaborazione del criterio in esame, la cui « scoperta », seppure in forma embrionale, è piuttosto risalente nella storia del pensiero giuridico. Così, *v. Kries* aveva significativamente parlato di incremento delle possibilità di realizzazione dell'evento a seconda del pericolo insito nell'attività illecita (15); in tempi più recenti *Engisch* aveva insistito sul concetto di *Gefahrverwirklichung*, mostrando di privilegiare identiche linee ricostruttive (16). Soprattutto *Mittasch* (17), da un lato, e la giurisprudenza austriaca (18), dall'altro, avevano elaborato costruzioni assai simili, quest'ultima indubbiamente favorita dalla formulazione del § 335 del codice penale austriaco nel testo anteriore alla riforma del '74, il quale annoverava tra i *Vergehen* le azioni o le omissioni che avessero « accresciuto il pericolo di vita » (19). Ma — ripetiamo — è solo il prezioso contributo di *Claus Roxin* a far assumere alla *Risikoerhöhungslehre* forma organica. Degno di nota, anzi, come il

(14) ROXIN, cit. (nota 13), 170.

(15) *v. KRIES*, *Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben*, *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie* 12 (1888), 26.

(16) Si veda al riguardo la stessa ammissione di ROXIN, cit. (nota 13), 178.

(17) MITTASCH, *Der Nachweis der Ursächlichkeit beim fehlerhaften Risiko*, 1943, 46 ss.

(18) Puntuali riferimenti in KIENAPFEL, *Die Fabrlässigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Strassenverkehrs. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, ZVR 1977, 167.

(19) Sul punto, ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fabrlässigkeitsdelikten*, 1965, 134 s.; NOWAKOWSKI, *Probleme der Strafrechtsdogmatik. Zugleich eine Besprechung von Jeschecks Lehrbuch des Strafrechts*, JBl 1972, 31; BURGSTALLER, *Das Fabrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974, 135 s.

suo stesso fondatore sia ritornato successivamente sull'argomento, nel tentativo di superare le numerose obiezioni mosse (20).

Dimostrata la base dogmatica della teoria, è ora di dar conto proprio di tali obiezioni, allo scopo di verificarne la infondatezza e, contemporaneamente, il grado di compatibilità del parametro di imputazione prescelto con il sistema vigente.

a) *Le numerose obiezioni sollevate: la concretizzazione del quantum di incremento del pericolo;*

Un rilievo preliminare, salvo limitate eccezioni trascurato in dottrina, concerne il *grado* di aumento del rischio, che la condotta negligente deve raggiungere. È sufficiente, in altri termini, un *qualsiasi* aumento, anche insignificante o esiguo, del pericolo creato, o ne occorre comunque uno *consistente*?

Sul piano astratto, indicando il concetto « aumento del rischio » come una grandezza fisica classificabile in una scala di valori oscillanti da 1 a 10, è già rilevante un aumento pari ad uno, per concludere positivamente sulla sussistenza della *objektive Zurechnung*?

In generale si preferisce ricorrere a formule stereotipate, trincerandosi dietro scarse indicazioni: ora si chiede una « *messa in pericolo innalzata* in maniera considerevole » (21), ora, con accenti altrettanto vaghi, un aumento del rischio « giuridicamente rilevante » (22), o ancora un « sostanziale » incremento (23).

Queste isolate prese di posizione non contribuiscono certo a fare chiarezza: si evince la tendenza — peraltro insufficientemente

(20) Le tappe del processo evolutivo passano soprattutto attraverso due lavori successivi al saggio del '62, e cioè la recensione al *Doktorarbeit* di Ulsenheimer pubblicata nella *ZStW* 78 (1966), 214 ss. e l'articolo *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Festschrift für Honig*, 1970, 133 ss. (ripubblicato in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, 126 ss.).

(21) Così JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3^a ed., 1978, 474 (corsivo nel testo originale).

(22) WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einer funktionalen Straftatsystem*, 1981, 338.

(23) KIENAPFEL, cit. (nota 18), 167 s.; RUDOLPHI, in RUDOLPHI-HORN-SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5^a ed., 1988, n. 67 prel. § 1.

Secondo Kienapfel, quando ricorra un « sostanziale » innalzamento, è un problema squisitamente normativo.

Altri riferimenti in PUPPE, *Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, *ZStW* 99 (1987), 605 nota 33.

motivata — a considerare non « perseguibili » aumenti del pericolo di trascurabile entità, ma l'equivocità delle espressioni adoperate balza agli occhi qualora si passi ad una loro concretizzazione nella pratica, per superare lo *Schmerz der Grenze*.

Maggiormente elaborata, ma carente di giustificazione, la proposta di interpretare l'aumento come variabile dipendente dall'entità del rischio di base. Ad esempio: se la negligenza del chirurgo nel praticare l'intervento operatorio ha diminuito le *chances* di sopravvivenza del paziente, aumentando per converso il rischio di esito infausto, la significatività dell'aumento andrebbe rapportata al *quantum* originario del pericolo esistente; ipotizzando, data la complessità dell'operazione, elevate possibilità di decesso *ab initio*, l'incremento registratosi non avrebbe valore, mentre, trattandosi di rischio *ab origine* esiguo, dovrebbe affermarsi la sussistenza dell'imputazione di fronte ad un incremento, sia pure minimo (24).

La soluzione non è però condivisibile: che l'aumento del rischio (fino a quale misura non viene specificato) non rivesta alcun ruolo in presenza di basse probabilità in origine di evitare la lesione del bene, equivale a sancire, seppure in forma elegante, il disinteresse del diritto penale nei confronti dei moribondi e degli individui particolarmente esposti, tracciando pertanto un identikit differenziato della persona umana, a seconda del suo *status* fisiopsichico. Con la conseguenza di rispolverare l'orientamento quanto mai criticato di *Arthur Kaufmann* (25).

Il criterio dell'aumento del rischio nasce dal tentativo di risolvere l'antinomia tra lesione *formale* e *sostanziale* del bene giuridico; la scelta a favore del secondo polo esige pertanto una risposta punitiva pronta nei casi di accertata *Risikoerhöhung*, quando cioè l'aggressione era evitabile grazie al comportamento diligente (26). Se si rimane ancorati al motivo di fondo delineato, si scoprirà come il pro-

(24) In questa direzione sembra orientato KRÜPELMANN, *Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten*, GA 1984, 507.

(25) Esposto in *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*, *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, 200 ss. (ripubblicato in ARTH. KAUFMANN, *Schuld und Strafe*, 2ª ed., 1983, 49 ss.); Id., *Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie*, *Festschrift für Jescheck*, I, 1985, 273 ss.

(26) L'indagine non va confusa con l'altra, relativa al parametro da impiegare (sicurezza o possibilità), affinché sia lecito dare spazio al comportamento alternativo. Sul punto, *infra*, e).

blema sollevato rappresenti soltanto uno pseudo-problema e quanto semplice sia la soluzione. Anziché avventurarsi in inverosimili ed arbitrarie quantificazioni, basta ricordare infatti come il concetto di « aumento » contenga in se stesso un disvalore nascente da una trasgressione normativamente rilevante, per il superamento del confine superiore del rischio permesso; sarebbe pertanto completamente ingiustificata una concessione statuente un nuovo margine di libertà di aggressione, laddove era viceversa possibile l'adeguata protezione dell'oggetto della tutela.

È pertanto fuorviante interrogarsi sulla giustificabilità della reazione penale per il « minimo » incremento del pericolo: la risposta è sempre positiva, e l'ingraduabilità del criterio in concreto si spiega, logicamente, perché il superamento — anche trascurabile — di un limite *massimo* è inevitabilmente una violazione insuscettibile di interpretazione correttiva (27).

b) *la base del giudizio;*

Un secondo aspetto riguarda il metodo per accertare l'innalzamento del pericolo. Occorre una valutazione *ex ante*, *ex post*, o in qualche misura intermedia?

Proprio su questo profilo si erano appuntate le critiche iniziali: la questione è oggi definitivamente risolta, e conserva valore più storico che attuale.

Il « primo » *Roxin* non ha dubbi: l'individuazione dell'aumento del rischio va condotta secondo un parametro *ex ante* (28), mediante un procedimento di prognosi postuma, conformemente all'orientamento dottrinario maggioritario (29). È intuitivo come una simile ricostruzione si dimostri inutile, o comunque dalle conseguenze scontate;

(27) Conclusioni abbastanza simili in PUPPE, cit. (nota 23), 605, a parziale modifica della precedente opinione; *contra*, SCHÜNEMANN, cit. (nota 12), 653, a favore di un aumento *rilevante* del rischio, coerentemente con l'impostazione « rigidamente normativa » (così RUDOLPHI, cit. [nota 23], n. 65 pref. § 1) da lui accolta. Cfr. la nota 63.

(28) ROXIN, cit. (nota 13), 169.

(29) Cfr. v. HIPPEL, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen*, ZStW 42 (1930), 528; MÜNzBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966, 181 ss.; MIR PUIG, *Die « ex ante » Betrachtung im Strafrecht*, Festschrift für Jescheck, I, 1985, 339 ss.

tratteggiare l'incremento del pericolo partendo da « una base di giudizio nomologico-ontologica » (30) *anticipata* al momento dell'esecuzione dell'azione, determina invariabilmente una conclusione affermativa.

Infatti, il trovarsi di fronte a comportamenti in contrasto con le regole cautelari implica automaticamente il riconoscimento dell'aumento del rischio nei panni dell'osservatore fornito delle conoscenze del nostro tempo e di quelle, eventuali, superiori possedute dall'agente in carne ed ossa. Altrimenti il dovere di diligenza normativamente prefissato non avrebbe alcuna funzione (preventiva), né residuerebbero motivi avallanti la sua emanazione (31). L'iniezione di cocaina (vietata in ragione della nota pericolosità) rappresenta *ex ante sempre* un aumento del pericolo, se confrontata con l'agire prescritto (l'impiego di novocaina come anestetico) (*infra*, 7): una valutazione diversa diventa sostenibile solo ipotizzando l'anomalia fisica del paziente, circostanza, però, accertabile successivamente (in sede di autopsia). Se *Roxin*, nonostante tutto, arriva al risultato opposto, è perché inconsapevolmente finisce per utilizzare un integrale giudizio *ex post* (32).

L'esattezza dei rilievi è implicitamente avvalorata dalla replica del « secondo » *Roxin*: il concetto di pericolo, vincolato al parametro *ex ante*, andrebbe affinato con l'ausilio di elementi conoscibili posteriormente (33). Il sorpasso senza osservanza della distanza laterale imposta dal Codice della Strada accresce la possibilità di collisione tra i due veicoli (camion e bicicletta, nel *Lastzugfall*: *infra*, 7), ma, scoperta *ex post* l'ubriachezza del ciclista, l'infrazione non si traduce in un aumento del rischio; addirittura il sorpasso a distanza minima avrebbe potuto impedire la reazione di « corto circuito » del ciclista (34)!

Il compromesso proposto (35), tuttavia, non convince; il ten-

(30) Sul significato dell'espressione, BURGSTALLER, cit. (nota 19), 38.

(31) Cfr. ULSENHEIMER, cit. (nota 19), 134 s.; ID., *Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte*, JZ 1969, 366 s.

(32) La conferma in una frase di ROXIN, cit. (nota 13), 170: « con riferimento alla situazione *effettivamente verificatasi* » (corsivo nostro).

(33) ROXIN, *Recensione*, (nota 20), 221.

(34) Così ancora ROXIN, *Recensione*, (nota 20), 221.

(35) Come sottolinea anche BURGSTALLER, cit. (nota 19), 140 s.

tativo di combinare entrambi i criteri non consente l'identificazione del principio interpretativo da estrapolare, tanto più che la nota comune dei casi di comportamento alternativo lecito è imperniata sulla loro precisa ambivalenza: pericolosi *ex ante*, e non (nel senso chiarito) *ex post*.

Già nella *correzione* roxiniana è però il germe dell'integrale abbandono del giudizio di prognosi postuma, a favore dell'accertamento *ex post*. Se questa strada sia stata seguita incondizionatamente da *Roxin* resta in certa misura oscuro (36), ma comunque, dopo le precisazioni intervenute (37), si è imposta senza riserve tra i seguaci dell'indirizzo (38).

Compito del giudice è pertanto indagare sull'eventuale presenza del pericolo nonché sul suo innalzamento mediante una « illimitata » (39) — sempre però legata alle peculiarità concrete (40) — ricostruzione di tutte le circostanze *ex post* che contribuiscano a completare il quadro.

L'investimento causato dalla velocità superiore ai limiti imposti non rappresenta, quindi, un pericolo maggiore per il pedone, sbucato improvvisamente sulla pubblica via, nell'ipotesi di invariabilità del risultato con velocità nella norma.

Cade definitivamente l'accusa di *Ulsenheimer* dell'inevitabile aumento del rischio legato al comportamento negligente, una volta puntualizzato il rapporto tra *pericolosità e messa in pericolo*: una rela-

(36) Infatti *Roxin*, *Gedanken* (nota 20), 130 nota 18, sembra riconoscere, da una parte, il ruolo esclusivo della valutazione *ex post*, dall'altra ribadire la combinazione con un giudizio di segno antitetico.

Analoghe incertezze in dottrina quanto agli sviluppi del pensiero roxiniano: per *BURGSTALLER*, cit. (nota 19), 140 nota 62, non si registrerebbero effettivi mutamenti, secondo *SCHÜNEMANN*, cit. (nota 12), 649, viceversa, proprio il passo riportato segnalerrebbe il distacco dalla teoria passata.

Tra i sostenitori del criterio *ex post*, *SCHWANDER*, *Die Gefährdung als Tatbestandsmerkmal im Schweiz. StGB*, *SchwZStr*, 66 (1951), 450, 453; *HORN*, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, 107 ss.

(37) *STRATENWERTH*, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung*, *Festschrift für Gallas*, 1973, 230.

(38) Ad esempio, *BURGSTALLER*, cit. (nota 19), 140 ss.; *SCHÜNEMANN*, cit. (nota 12), 649; *KIENAPFEL*, cit. (nota 18), 168; *RUDOLPHI*, cit. (nota 23), n. 69 prel. § 1. Si veda inoltre *GALLAS*, *Abstrakte und konkrete Gefährdung*, *Festschrift für Heinitz*, 1972, 181.

(39) *STRATENWERTH*, cit. (nota 37), 230.

(40) Esattamente, *BURGSTALLER*, cit. (nota 19), 142.

zione di reciprocità non si riscontra sempre e comunque. La conferma è *in re ipsa*: il divieto di compiere specifiche azioni trova la sua *ratio* nella *pericolosità ex ante* della condotta, il che non esclude l'assenza — ad un'indagine *ex post* — dell'effettiva *messa in pericolo* (41).

c) *le difficoltà probatorie;*

Si sottolinea inoltre l'impossibilità pratica di accertare l'aumento del rischio (42).

L'obiezione perde consistenza, accedendo alla concezione della *rilevanza* di qualsiasi aumento — seppur minimo — del rischio (*supra*, a).

Non si può escludere, anzi è abbastanza consueto, che di fronte al caso specifico sussistano dubbi sull'esistenza dell'incremento del pericolo.

Le difficoltà possono essere di due tipi:

— mancato raggiungimento di conoscenze approfondite in un determinato campo (si pensi alla scienza medica), cosicché diventa arduo il compito del perito di esprimersi, ad esempio, sul pericolo, per la vita del malato, derivante dall'ingestione di un medicinale virtualmente tossico (l'aspetto coinvolge di riflesso la ricerca di una legge di copertura volta all'individuazione del nesso eziologico);

— penuria di informazioni non assoluta, ma relativa alla situazione creatasi. È dato acquisito, traducibile in precise formule matematiche, lo spazio di arresto di un'automobile, in fase di frenata, ad una precisa velocità; ma se l'andatura del veicolo è incerta, non si è neppure in grado, di conseguenza, di affermare che « l'incidente si sarebbe egualmente verificato se ... », esprimere cioè un giudizio sulla misura del rischio.

Allora? Le conclusioni non muterebbero neppure adottando altri indirizzi, perché l'incertezza coinvolge il discorso globale del « nesso » tra violazione della regola di diligenza ed evento, da qualunque prospettiva lo si esamini. Né potrebbe essere diversamente, visto che si tratta di ipotesi dove rimane misteriosa proprio la dinamica completa degli avvenimenti.

(41) Sul punto, STRATENWERTH, cit. (nota 37), 230 nota 15; BURGSTALLER, cit. (nota 19), 38 s., 141.

(42) ULSENHEIMER, cit. (nota 19), 136; Id., cit. (nota 31), 366; *per incidens*, SCHROEDER, cit. (nota 5), n. 190 *sub* § 16.

Che residuino dunque margini di dubbio ineliminabili, è osservazione talmente scontata, almeno quanto la ricorrente tentazione di farne un *Haupteinwand* in mancanza di argomenti consistenti (43).

Sicuramente, inoltre, ha ragione *Samson* (44), quando lamenta l'eventualità che nuove scoperte scientifiche gettino una luce differente sul processo appena terminato, dimostrando la falsità dell'esito, ma non si vede come la riflessione possa colpire specificamente la teoria dell'aumento del rischio, e non sia invece appannaggio di qualsiasi ricostruzione processuale dei fatti, che deve trovare risposta, nei limiti del possibile, in meccanismi interni di revisione.

d) *la presunta trasformazione del delitto colposo d'evento in reato di pericolo;*

Frequente è il rimprovero di trasformare i delitti colposi d'evento in delitti di pericolo. L'osservazione nasce dalla considerazione che ai fini dell'inflizione della pena (e, prima, della sussistenza dell'imputazione oggettiva) verrebbe richiesto il solo aumento del pericolo, indipendentemente dalla produzione dell'evento, con l'illogico corollario di punire quindi la mera causazione del rischio (45).

Basta esaminare a fondo e senza pregiudizi la concezione in parola per accorgersi dell'inesattezza del rilievo.

Onde evitare equivoci, è bene, *in primis*, precisare come i parametri « *variazione del rischio* » / « *inevitabilità dell'evento* » finiscano per identificarsi. Infatti: se l'evento è *inevitabile* — nel senso che il comportamento alternativo lecito o un accadimento ipotetico

(43) Istruttivo in proposito v. KRIES, cit. (nota 15), 133 ss.

(44) In RUDOLPH - HORN - SAMSON (nota 23), n. 27a app. § 16.

(45) L'obiezione si ritrova in GEILEN, *Nota a Bay. OLG 21.11.1972, JZ 1973, 322 s.*; SCHLÜCHTER, *Grundfälle zur Lehre von der Kausalität, JuS 1976, 107 nota 61*; ID., *Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitstatbeständen, JA 1984, 676*; FINCKE, *Arzneimittelprüfung, Strafbare Versuchsmethoden, 1977, 60 ss.*; 81; BINDOKAT, *Versari in re illicita und Erfolgszurechnung, JZ 1977, 550*; SCHULTZ, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, I, 4ª ed., 1982, 129*; SCHROEDER, cit. (nota 5), n. 190 sub § 16; BAUMANN - WEBER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, 9ª ed., 1985, 274.*

Nella dottrina italiana, una presa di posizione in tal senso in MARINUCCI, cit. (nota 11), 268 nota 98, il quale liquida sbrigativamente la teoria roxiniana come posizione « appena diversa dall'indirizzo che propugna — di fatto — l'estromissione dell'evento dal campo di azione della colpa », ponendola sullo stesso piano delle correnti di pensiero favorevoli al principio del *versari in re illicita*.

lo avrebbero egualmente provocato —, la trasgressione dell'obbligo di diligenza perde importanza, causa l'incapacità della regola di gestire la protezione del bene in tale particolare occasione. Ne deriva l'impossibilità materiale di *incrementare* il rischio: se A, per sbadattaggine, non ispeziona prima della partenza l'impianto frenante della propria autovettura, che sa essere carente, e durante il viaggio causa un incidente, dovuto al cattivo funzionamento dei freni, il cui difetto, tuttavia, non sarebbe stato scorto neppure da un meccanico qualificato, il pericolo del sinistro non risulta accresciuto. Il binomio funziona anche nella direzione inversa: se l'evento era *evitabile*, il comportamento negligente riduce le *chances* a disposizione per impedire il risultato. Se l'usura delle pastiche era facilmente accertabile con la semplice pressione del piede sul pedale, l'inosservanza dell'elementare disposizione cautelare comporta l'accrescimento del rischio (46).

La tentazione di affermare che — nella prima variante dell'esempio illustrato — la mancata, preventiva ispezione abbia aumentato il pericolo in relazione ad eventi ulteriori incorre in un duplice, intrasistematico errore. Infatti: da una parte, la prova dell'aumento del rischio va cercata con un'analisi *ex post*, per cui non può non contare l'*impossibilità* di scoprire la carenza dell'impianto di frenatura; dall'altra, quest'indagine *ex post* si riferisce non a *qualsiasi* risultato astrattamente derivabile, ma è circoscritta all'evento *concretamente* realizzatosi, perché è da esso che se ne deduce l'innalzamento della soglia di pericolo.

Quando pertanto uno stesso sostenitore della *Risikoerhöhungslehre* ammette, rinunciando a priori ad un approfondimento, il mutamento del delitto d'evento in reato di pericolo (47), o quando, sulla premessa che nella valutazione del pericolo non vengono considerate tutte le *Ersatzursachen*, e proprio le estromesse potrebbero vantare un peso decisivo, nuovamente si conclude con l'accusa di modificare la categoria degli illeciti in questione (48), si deve ribattere che in

(46) Lasciamo da parte, per il momento, se la *Risikoerhöhungslehre* sia utilizzabile in fattispecie omissive: *infra*, 6.

(47) SCHAFFSTEIN, *Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe*, Festschrift für Honig, 1970, 173, che scorge nell'evento evitabile il carattere di una condizione obiettiva di punibilità, conformemente a scopi « di economia della sanzione penale ».

(48) Così SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, 1972, 154 ss., 204; Id., in RUDOLPHI-HORN-SAMSON (nota 23), n. 27a app. § 16.

un giudizio orientato *ex post* ogni circostanza influente sull'evento va tenuta presente; la fonte di pericolo è solo quella — *né potrebbe essere altrimenti* — che si è virtualmente esplicitata (49). Del resto, se l'evento specifico fosse bandito dal giudizio, sarebbe davvero singolare riuscire a misurare da un'angolazione a posteriori un parametro (il rischio) ormai privo di punti di appoggio.

In realtà, l'individuazione della *Risikoerhöhung* concerne la dimensione dell'imputazione oggettiva, e come tale presuppone esaurita la ricerca del nesso causale; l'evento, perciò, non è bandito dalla struttura del reato, almeno in una concezione fedele alla previa ricostruzione del legame tra azione ed evento sul piano naturalistico (50).

Neppure l'obiezione di *Jakobs* (51) coglie nel segno. Secondo l'Autore, l'evento non sarebbe necessariamente causato dalla condotta pericolosa, ma da un complesso di condizioni, alcune senza nulla in comune con la situazione effettiva di pericolo rientrando tra gli obiettivi da scongiurare, seppure influenzanti con identica energia il prodotto finale (52).

È vero invece il contrario. Se l'evento tipizzato risale a cause indipendenti dallo stato di rischio, l'imputazione oggettiva è esclusa, poiché si verifica, per usare le parole di *Jakobs*, soltanto il generale *Lebensrisiko*.

(49) Cfr. RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitstheorie*, JuS 1969, 554 nota 40; STRATENWERTH, cit. (nota 37), 236 s.

(50) In maniera identica, WALDER, *Die Kausalität im Strafrecht*, SchwZStr 93 (1977), 162; SCHÜNEMANN, Nota a BGH 3.5.1984, StrV 1985, 230; KÜPER, *Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt*, Festschrift für Lackner, 1987, 284 s.; FIANDACA, (voce) *Causalità (rapporto di)*, Digesto delle Discipline Penali, II, 4ª ed., 1988, 128; si veda anche VOLK, *Reformüberlegungen zur Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung im Strassenverkehr*, GA 1976, 169.

Lo stesso FINCKE, cit. (nota 45), 61, 81, che tra l'altro accusa la corrente in esame di violare il principio di legalità ed irretroattività (art. 103 c. 2° GG), riconosce l'obiezione fondata soprattutto nei confronti dell'indirizzo che fa dell'aumento del rischio un criterio *sostitutivo* e non *integrativo* della causalità, come avviene ad esempio nel campo dei delitti omissivi (*infra*, 6).

(51) *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, 96 nota 185; ID., *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, ZStW, supplemento 1974, 29.

(52) Per cui — è la conclusione di JAKOBS, *Studien* (nota 51), 96 nota 185 —, l'imputazione obbedirebbe alla logica del *versari*, in quanto il pericolo creato non sarebbe quello vietato.

Per una messa a fuoco dei problemi connessi, JAKOBS, *Risikokonkurrenz - Schadensverlauf und Verlaufsbythese im Strafrecht*, Festschrift für Lackner, 1987, 63 ss.

Infine, non andrebbe trascurato come l'inflizione della sanzione penale per la *lesione* del bene giuridico sia sempre collegata alla punizione per il pericolo *creato* (53); anche nel delitto d'evento, logicamente, come il più contiene il meno, la norma vieta la creazione (e l'incremento) del pericolo, dal quale ha origine la lesione, o ne comanda la diminuzione (54).

L'argomento della trasformazione dei delitti d'evento in delitti di pericolo si rivela pertanto pernicioso (55); se poi, eventualmente, *de lege ferenda*, sia auspicabile l'estensione della punibilità ad ogni pericolo (concreto) posto in essere, quantunque l'osservanza della regola di diligenza sarebbe stata « irrilevante nei confronti dell'evento » (56), è problema di politica criminale affatto diverso.

e) *la contrarietà al canone processuale in dubio pro reo.*

Abbastanza complesso si presenta un ulteriore aspetto, al quale la *Risikoerhöbungslehre* ha reagito imboccando strade non di rado tortuose. Si tratta di una critica, tuttavia, che adopera un argomento *processuale* (il canone *in dubio pro reo*) come prova inconfutabile dell'inconsistenza della teoria sul versante *sostanziale*. Con la conseguenza di confondere le acque, gettando in un unico calderone settori differenziati di ricerca.

La censura mossa è la seguente: secondo la concezione roxiniana, sarebbero da considerare i soli fattori ricavabili *ex post, sicuramente* concorrenti nella produzione dell'evento; incertezze circa la loro esistenza obbligherebbero il giudice a non tenerne conto (57). Da qui la violazione del principio *in dubio pro reo*: situazioni poco chiare in merito al verificarsi dell'evento in caso di comportamento alternativo lecito si tradurrebbero sempre in un carico svantaggioso

(53) Cfr. STRATENWERTH, cit. (nota 37), 238; RUDOLPHI, *Die pflichtgemässe Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung*, *Gedächtnisschrift für Schröder*, 1978, 83, con esempi in tema di legittima difesa.

(54) Analogamente, RUDOLPHI, cit. (nota 23), n. 70 prel. § 1; implicitamente, SCHLÜCHTER, *Zusammenhang* (nota 45), 676.

(55) E viene bollato da SCIJÜNEMANN, cit. (nota 12), 653, come espressione di una *petitio principii*.

(56) Testualmente, SCHROEDER, cit. (nota 5), n. 191 *sub* § 16. In merito, OTTO, *Recensione ad Ulsenheimer*, *MSchrKrim* 50 (1967), 96.

(57) Per tutti, SAMSON, cit. (nota 48), 47.

per l'imputato (58). La differenza si riverbera in maniera sensibile sul fronte dell'esclusione o meno dell'imputazione: mentre, infatti, la dottrina dell'aumento del rischio richiede tra le condizioni della negazione della *Zurechnung* la sicurezza, o comunque la probabilità confinante con la sicurezza, dell'analoga causazione dell'evento nonostante l'osservanza della regola di diligenza, tale limite è abbassato considerevolmente, dai sostenitori della corrente contraria, alla probabilità non rilevante, e persino alla semplice possibilità (59).

Esemplificando: se allo stato attuale delle conoscenze non è accertabile con *sicurezza* la nocività, per il paziente affetto da anomalie all'apparato ghiandolare, del preparato anestetico a base di novocaina (*infra*, 7), il dubbio sarà sufficiente ad escludere la responsabilità colposa del medico, che abbia iniettato per errore cocaina, per gli aderenti alla c.d. *Zusammenhangstheorie*, non invece per i seguaci della teoria dell'aumento del rischio.

Sul terreno astratto, entrambe le soluzioni sembrano meritevoli di accoglimento; la prima, perché evita di valutare a sfavore dell'autore elementi nel complesso oscuri; la seconda, perché consente di valorizzare la funzione connessa alla violazione della regola di diligenza e di salvaguardare i bisogni generalpreventivi (60). Non appare

(58) Cfr. ULSENHEIMER, cit. (nota 31), 367 (per l'irrelevanza dell'argomento — l'eventuale inattendibilità di una teoria sul versante processuale non determina la sua sconfessione in quello sostanziale —, LAMPE, *Recensione ad Ulsenheimer, SchwZStr* 83 [1967], 321); FINCKE, cit. (nota 45), 49 ss.; DENCKER, *Strafrecht: Die erfolgreiche Fahrerflucht, JuS* 1980, 212; SCHLÜCHTER, *Zusammenhang* (nota 45), 676; in precedenza EXNER, cit. (nota 6), 588.

Sulla regola processuale in oggetto, STREE, *In dubio pro reo*, 1962; HOLTAPPELS, *Die Entwicklungsgeschichte des Grundsatzes «in dubio pro reo»*, 1965.

(59) Errata la sentenza dell'OLG Oldenburg 1-12-1970, NJW 1971, 631, con nota contraria di SCHRÖDER, *ivi*, 1143, rimasta isolata in giurisprudenza, che non ha riconosciuto l'*objektive Zurechnung* in un caso in cui il comportamento lecito avrebbe provocato un danno minore.

(60) Riflessioni simili in SCHÜNEMANN, cit. (nota 12), 651.

Si veda inoltre WALDER, *Probleme bei Fahrlässigkeitsdelikten*, ZBJV 104 (1968), 174 ss., che aderisce alle conclusioni roxiniane prendendo a modello una contestata decisione giurisprudenziale: un medico aveva provocato, per non aver sterilizzato la siringa di irgaporina, un'infezione mortale al paziente. La stessa si sarebbe probabilmente verificata anche adottando le misure precauzionali, in quanto i microbi responsabili del processo infiammatorio potevano essere debellati soltanto ad una temperatura di 150°, non raggiungibile con la normale ebollizione (in appello l'imputato fu prosciolto; la sentenza non è pubblicata).

però impossibile trovare un *trait d'union* tra le opposte esigenze.

I dati influenti sull'eventuale incremento del pericolo, non « chiari », sono divisibili in due sottosettori: o riguardano la dinamica inerente al meccanismo « naturalistico » di realizzazione del rischio, o quella « normativa » in tema di decorsi alternativi ipotetici. Come al solito, un riferimento concreto è in grado di precisare il pensiero: se i genitori, di fronte al grave rialzo termico da cui è colpito il loro bambino, somministrano un comune antipiretico, omettendo di consultare il medico, e se si dimostra che l'intervento tempestivo del pediatra *probabilmente* non sarebbe valso a scongiurare il decesso del neonato, può darsi che l'incertezza derivi dall'estrema difficoltà di ricostruire con esattezza lo stadio della malattia — e dunque la reversibilità della stessa —, nel momento del sopraggiungere dell'accesso febbrile, oppure dall'assenza, nella letteratura medica, di conclusioni univoche sull'evitabilità della morte nell'evenienza di immediata terapia. A ben vedere, nella prima ipotesi il dubbio concerne un fattore *reale*, nell'altra un procedimento *ipotetico*.

Inoltre, il problema di diritto sostanziale deve essere separato da quello di procedura: in prima battuta occorre esaminare il grado di probabilità richiesto ai fini dell'ammissibilità del comportamento alternativo e, successivamente, prendere in esame la utilizzabilità della regola processuale (61).

La puntualizzazione permette di scartare la tesi troppo radicale di *Roxin*. L'Autore ritiene che l'aumento del rischio non determinabile con sicurezza vada imputato all'agente: il brocardo *in dubio pro reo* non troverebbe applicazione e si spiegherebbe come retaggio della vecchia impostazione a struttura causalistica (62).

Il ragionamento soffre di eccessiva generalizzazione: la *certezza* dell'incremento del rischio a fondamento della pena non è valore cui rinunciare facilmente; il ricorso massiccio alla sanzione penale nei casi di insicura pericolosità dell'azione andrebbe del resto contro lo stesso principio di frammentarietà. Ammettere la prova provata della *Risikoerhöhung* non significa, però, nemmeno aprire ad un'incontrollata accettazione dei giudizi ipotetici.

(61) Conformemente, ARTH. KAUFMANN, *Kritisches* (nota 25), 277 ss., sebbene con esiti non condivisibili.

(62) ROXIN, cit. (nota 13), 171 s.

L'osservazione è ormai pacifica tra gli aderenti alla teoria *de quo* (63), viceversa titubanti nelle conclusioni laddove resti per l'apunto dubbia l'evitabilità del risultato, in ipotesi di azione lecita.

Un tentativo di soluzione si è articolato sulla distinzione tra incertezze in linea di massima chiaribili e no, con applicazione dell'*in dubio pro reo* solo nella prima alternativa (64); analogamente Burgstaller (65) differenzia tra nodi nell'indagine inerenti alla situazione reale o al decorso ipotetico.

Altri ha proposto la focalizzazione del concetto di aumento del rischio in senso strettamente *normativo* (66): esso ricorrerebbe quando lo scopo della norma violata (evitare specifiche aggressioni al bene protetto), in una dimensione *ex ante*, riuscirebbe a conservare il proprio significato ad una valutazione *ex post*: insistendo su parametri non quantitativi, il cambio dalla prospettiva « naturalistico-statistica » a quella « assiologica » risolverebbe in radice l'obiezione dell'*in dubio pro reo* (67).

È facile notare come le proposte avanzate si muovano in un'orbita simile all'aspetto segnalato *ab initio*, applicando il principio processuale a seconda che ci si trovi di fronte decorsi reali o ipotetici.

(63) A titolo esemplificativo, STRATENWERTH, cit. (nota 37), 235 s.; BURGSTALLER, cit. (nota 19), 143. In generale, LAMPE, *Das personale Unrecht*, 1967, 223.

Richiedere pertanto un aumento « consistente » del rischio — *supra*, a) — tradisce l'esigenza di eliminare per quanto possibile situazioni equivoche, confliggenti con l'*in dubio pro reo*: in questo senso si persegue una finalità ammirevole con strumenti inadatti.

L'errore di prospettiva è abbastanza scoperto in RUDOLPHI, cit. (nota 23), n. 67 prel. § 1.

(64) STRATENWERTH, cit. (nota 37), 231 ss.; Id., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 3^a ed., 1981, 87. L'esempio addotto, per il delitto doloso, è il seguente: se B impedisce che A lanci il salvagente ad X, in procinto di annegare, non si riscontra innalzamento del pericolo ove si dimostri che, data la distanza, A non sarebbe stato mai in grado di farlo giungere ad X, o comunque esistano forti dubbi al riguardo; viceversa, ove il salvagente poteva benissimo essere lanciato nelle immediate vicinanze di X, l'imputazione oggettiva non verrà meno, qualora sussistano incertezze sulla capacità di X di agguantare il mezzo di salvataggio, a causa del mare agitato.

Sulla somiglianza del metodo d'indagine con il criterio della c.d. « logica empirica », cfr. PUPPE, *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit. Zur Analyse des Risikoerböhungsprinzips*, ZStW 95 (1983), 302 s.

(65) Cit. (nota 19), 143 ss. *Contra*, NIEWENHUIS, *Gefahr und Gefahrverwirklichung im Verkehrsstrafrecht*, 1984, 50 nota 111.

(66) SCHÜNEMANN, cit. (nota 12), 651, 653 s.

(67) SCHÜNEMANN, cit. (nota 12), 652 s.; Id., cit. (nota 50), 230 s.

Quanto allo sforzo di semplificazione di *Schünemann*, si sottolinea in modo velato, attraverso la « normativizzazione » della regola cautelare e dei suoi fini, la necessità dell'aggressione *reale* al bene protetto, in maniera non divergente dalla teoria di *Samson* dell'aggravamento *sostanziale* (68), ma senza specificare i requisiti effettivi alla luce dei quali valutare la riuscita dello scopo.

Certamente non è agevole separare dubbi chiaribili o meno, circostanze appartenenti al mondo reale o ipotetico (69), come talvolta si accusa per togliere credibilità al metodo, ma è altrettanto vero come tali ostacoli esistano comunque, a prescindere dalla dottrina impiegata.

Tornando al punto di partenza, l'obiezione di disapplicare il canone *in dubio pro reo* si rivela pertanto infondata; la sua validità permane, ove non sia individuabile con certezza il ruolo spiegato dai fattori *realmente* esistenti (serie e modalità degli accadimenti che hanno condotto alla produzione dell'evento), mentre la mancata considerazione, laddove i dubbi investano fatti ipotetici, resta legittimata e giustificata proprio dalla natura *irreale* dell'oggetto della disamina, imperniata *necessariamente* su modelli probabilistici (70).

Se, per riprendere un esempio estremamente semplificatore, non si conosce il punto esatto in cui si trovava il pedone, improvvisamente decisi ad attraversare la strada, al momento della frenata da parte dell'automobilista, viaggiante a velocità non consentita, e da ciò dipende l'inevitabilità o meno dell'investimento, la lacuna impedisce di dedurre l'incremento del pericolo, quindi andrà a favore dell'imputato (71); ma se non è dato sapere quali conseguenze traumatiche avrebbe prodotto l'investimento — inevitabile — alla velocità permessa, oppure, da diversa angolazione, se l'accadimento ipotetico (la caduta di un cornicione pericolante sul capo del pedone, in quel preciso istante) si sarebbe effettivamente realizzato, andrà esclusa a

(68) C.d. *Verschlechterungsprinzip*: cfr. SAMSON, cit. (nota 48), *passim*.

(69) Cfr. SAMSON, *Begebung und Unterlassung, Festschrift für Welzel*, 1974, 593 nota 68; KRÜPELMANN, cit. (nota 24), 495 ss.

(70) È merito di STRATENWERTH, cit. (nota 37), 233 ss., e soprattutto di PUPPE, cit. (nota 64), 299 ss., aver evidenziato l'indispensabilità del ricorso a leggi probabilistiche nel campo della causalità ipotetica.

(71) Si veda BURGSTALLER, cit. (nota 19), 144 s.; WALDER, cit. (nota 50), 159 ss., entrambi con ulteriori casi tratti dalla giurisprudenza austriaca e svizzera.

priori l'ammissibilità del ricorso alla causalità alternativa ipotetica e, con essa, l'impiego del canone processuale.

Anche per una ragione politico-criminale: la rinuncia all'imputazione oggettiva, quando esista soltanto la *possibilità* del prodursi del medesimo evento, indebolirebbe, senza un'adeguata contropartita, la funzione preventiva della norma diligenziale (72).

Un'ultima precisazione: perché possano prendersi in considerazione i decorsi alternativi ipotetici occorre la sicurezza, o quanto meno la probabilità confinante con la sicurezza, del loro verificarsi; una quantificazione del concetto è naturalmente difficile, ed inevitabilmente soggetta all'apprezzamento discrezionale dell'organo giudicante (73).

Ciò che però interessa è l'applicabilità o meno dell'*in dubio pro reo* quando permangono dubbi su tale *elevata* possibilità, laddove risulti quindi disagevole proprio la determinazione del *quantum* statistico che poi permette il giudizio sull'inevitabilità dell'evento. La risposta negativa, quindi il riconoscimento dell'incremento del rischio, scaturisce dalle premesse del discorso, trattandosi di fatti già ammessi in via straordinaria: un'eccezione dell'eccezione suonerebbe poco plausibile (74).

5. *Le variazioni apportate alla concezione roxiniana: il modello di Puppe e di Schönemann.*

Non è possibile dar conto delle numerose variazioni apportate al nucleo centrale della teoria roxiniana; meritano tuttavia un rapido *excursus* i suoi sviluppi più interessanti.

Secondo Puppe, l'autore di un comportamento negligente non supererebbe necessariamente i confini dell'*erlaubtes Risiko* (75).

(72) In argomento, EBERT-KÜHL, *Kausalität und objektive Zurechnung*, Jura 1979, 572 s., e, per la dottrina italiana, FIANDACA-MUSCO, cit. (nota 2), 302.

Motivazioni di politica criminale in KÜPER, cit. (nota 50), 287.

(73) Sull'ammissibilità in generale delle cause ipotetiche, CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, RIDPP 1987, 904 ss.

(74) *Contra*, ARTH. KAUFFMANN, *Kritisches* (nota 25), 281 ss.

(75) PUPPE, *Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung*. BGH, NJW 1982, 292, JuS 1982, 661 s.; Id., cit. (nota 64), 288 s.; Id., *Nota a BGH 6-11-1984*, JZ 1985, 295.

L'apparente contraddizione (76) viene spiegata richiamando la dottrina dell'aumento del rischio: perché appunto si profili un incremento del pericolo, si deve dimostrare che la *Sorgfaltswidrigkeit* abbia accresciuto le probabilità della causazione del risultato (77).

Fermo restando l'indispensabilità di giudizi statistici in tema di causalità, la prova è raggiunta quando la trasgressione della disposizione cautelare « sia collegata o immediatamente all'evento tramite una legge di contiguità di effetti, oppure attraverso una catena ininterrotta di stadi vietati. Uno stadio è vietato, se la probabilità del suo verificarsi viene ridotta significativamente dall'osservanza della norma » (78). Il passo riportato tenta di dissipare l'ambiguità iniziale: la violazione delle *leges artis*, dunque, non comporta automaticamente la perdita del « beneficio » del rischio consentito, se non si realizza la condizione essenziale, e cioè che detta violazione abbia incrementato le possibilità di produzione dell'evento, da appurare mediante un giudizio c.d. di « causalità cinetica ».

Risultato ovvio, però, se un appunto si vuole muovere al pensiero della *Puppe*; il *Sorgfaltsverstoss* costituisce giocoforza un superamento della barriera del rischio consentito: la *ratio* della non incriminazione sta perciò nell'*irrelevanza giuridica* del pericolo creato, pur sempre vietato dall'ordinamento.

Quanto alla concezione di *Schünemann*, di cui si è avuto modo di anticipare i tratti salienti, l'aumento del rischio andrebbe ricavato dall'esame dell'*effettività* degli scopi per i quali era stata pensata la norma violata. Per la precisione: l'osservanza della regola cautelare, che *ex ante* garantiva l'integrità del bene, contribuendo a fissare l'ambito del rischio consentito, deve conservare la propria funzione anche alla luce delle circostanze conosciute *ex post*, in grado di pesare su tale valutazione. Altrimenti, l'incremento sarà solo fittizio, dal momento che qualsiasi comportamento del reo avrebbe cagionato la medesima lesione (79). Prendendo ad esempio il famoso caso dell'urografia (80), in cui era stato tratto a giudizio, con l'accusa di omicidio colposo, un medico che aveva somministrato al paziente,

(76) Si vedano le critiche di KÜPER, cit. (nota 50), 260 s., 270 ss.

(77) PUPPE, cit. (nota 23), 603 s.

(78) PUPPE, cit. (nota 23), 615.

(79) SCHÜNEMANN, cit. (nota 50), 230. Conforme, KAMPS, *Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fabrlässigkeitdelikt*, 1981, 128 s.

(80) Per una dettagliata esposizione, BRANDIS-PRIBILLA, *Arzt und Kunstfehler-vorwurf*, 1973, 38 s.

allo scopo di praticare esami radiologici, urografin anziché l'usuale mezzo di contrasto dell'abrodil, l'errore diverrebbe in sostanza secondo *Schünemann* sorvolabile, ove si accertasse che, data la particolare costituzione fisica del malato, la sostanza « normale » da iniettarsi avrebbe causato gli stessi — se non addirittura più deleteri — effetti. La punizione del medico rappresenterebbe una « dimostrazione priva di utilità », « un esempio senza nessuna finalità politico-criminale » (81).

Entrambe le teorie, a prescindere dalle particolarità in cui si snodano, collimano con l'impostazione messa in evidenza: l'imputazione oggettiva resta condizionata alla sussistenza dell'aumento del rischio, all'effettivo aggravamento della situazione preesistente.

6. *L'esportabilità della teoria dell'aumento del rischio in aree differenti: i reati omissivi impropri, la responsabilità civile, il concorso di persone. Critica.*

Restano da esaminare le possibilità di « esportare » la *Risikoerhöhungslehre* in campi diversi dalla sua zona d'origine.

Incominciamo dal settore dei reati omissivi. I sostenitori della tesi favorevole all'« estensione » si fondano su argomentazioni ineccepibili da un punto di vista equitativo. A parte la violazione del principio di eguaglianza (e di coerenza intrasistemica dell'ordinamento penale), derivante dall'accoglimento dell'aumento del rischio per la sola categoria dei reati commissivi, si fa notare come l'orientamento maggioritario vada incontro a vistose contraddizioni nel formulare un giudizio di responsabilità per gli illeciti omissivi impropri: poiché infatti, ai fini dell'accertamento del nesso causale, sempre secondo la dottrina dominante, occorre dimostrare che l'evento, *sicuramente*, o con una *probabilità prossima alla certezza*, sarebbe stato impedito dall'azione non intrapresa, verrebbe esclusa ogni conseguenza nei confronti di colui il quale abbia diminuito le *chances* di salvezza del bene tutelato. Di qui la necessità pratica (ma anche teorica) di ricorrere all'impiego della *Risikoerhöhung* in sostituzione del principio di causalità (82).

(81) SCHÜNEMANN, cit. (nota 12), 583, 648.

(82) Questi — e altri rilievi critici — in STRATENWERTH, cit. (nota 37), 238; RUDOLPHI, cit. (nota 23), n. 16 prel. § 13.

Vero, inoltre, che la ricostruzione del nesso eziologico necessita dell'impiego massiccio di leggi probabilistiche, con il corollario di dubbi ineliminabili, ma ciò non equivale ad una sconfessione della causalità.

La difficoltà, effettivamente, sussiste: i genitori che trascurano di chiamare a consulto il pediatra, e lasciano morire il neonato sottovalutando la gravità del morbo, non risponderebbero di omicidio colposo, se si provasse che l'intervento dello specialista non avrebbe *probabilmente* sortito effetti diversi, nonostante l'oggettivo incremento del rischio di morte apportato dalla loro condotta omissiva.

È bene però precisare come la giurisprudenza italiana (e tedesca) aggiri l'ostacolo, ritenendo che in simili casi esiste un anticipo temporale nella produzione dell'evento, sufficiente a configurare la tipicità (83). La conclusione non è errata: la causalità nell'omissione ha struttura *normativa*, e presuppone che l'evento concreto, *hic et nunc* verificatosi, sia proprio quello che l'esecuzione dell'azione doverosa avrebbe impedito. Eventi del medesimo *genus*, ma « collocati » diversamente nel tempo, impediscono pertanto la corretta focalizzazione della problematica (84).

L'« originale » modello di causalità del reato omissivo spiega quindi l'impossibilità di adottare la teoria dell'aumento del rischio. Mentre essa si presenta nell'illecito *commissivo* come parametro *aggiuntivo* dello schema causale, viceversa svolgerebbe nell'*omissione* un ruolo *sostitutivo*.

E ciò per la loro sostanziale incompatibilità, in quanto l'accertamento del legame eziologico presuppone la quasi sicurezza dell'eventualità dell'evento, la *Risikoerhöhungslehre* si accontenta della mera possibilità dell'aumento del rischio. Di conseguenza, l'impiego *esclusivo* di quest'ultima comporterebbe un'estensione della sfera di responsabilità penale, contravvenendo all'*in dubio pro reo* (85) e trasfor-

(83) Si veda in tema C. Ass. Cagliari 10-3-1982, *Foro it.* 1983, II, 27 ss., con nota di FIANDACA (Inoltre, ARDIZZONE, *Ai confini tra dolo eventuale e colpa: un problematico discernimento a proposito di una fattispecie omissiva impropria*, *Dir. fam. pers.* 1987, 635 ss.). Allo stesso modo, BGH 20-5-1980, *NSiZ* 1981, 218 s.

Naturale che sia peraltro impossibile misurare con precisione la rilevanza dell'« accorciamento » della vita. Cfr. la nota 4; adde, ULSENHEIMER, *In dubio contra medicum. Ausweitung der strafrechtlichen Arzthaftung?*, *Arzt und Krankenhaus* 1982, 66 ss.

(84) Una delle condizioni necessarie per la considerabilità dei decorsi alternativi resta la causazione, da parte loro, dello stesso evento, sotto il profilo temporale.

(85) SCHÜNEMANN, cit. (nota 50), 232; in senso dubitativo, KAHL, *Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermittelten Rettungsgeschehen. Zur notwendigen Modifikation der Risikoerhöhungslehre bei der unechten Unterlassungsdelikten*, *GA* 1987, 76, che condivide per il resto le preoccupazioni della *communis opinio*.

mando i delitti di evento in reati di pericolo (86). Giusto al contrario delle ipotesi in cui funziona come *ulteriore* elemento, di stampo teleologico.

De iure condito, l'espressa disposizione dell'art. 40 c. 1° c.p., che privilegia l'ottica causale nei reati d'evento, impedisce di accettare l'ampliamento della *Gefabrerhöhung* al reato omissivo, pena la violazione della legalità. Ma le ragioni indicate sconsigliano persino *de iure condendo* di seguire tale via (87), al contrario dell'opinione autorevolmente sostenuta, che vorrebbe introdurre il criterio dell'aumento del rischio, per motivi politico-criminali, limitatamente al settore dei reati omissivi impropri commessi all'interno di imprese ed aziende (88).

Nell'esempio riportato inizialmente (*supra*, 1) la decisione non è perciò degna di incoraggiamento. La Cassazione avrebbe dovuto riconoscere più correttamente la non responsabilità degli imputati, non essendosi raggiunta la certezza del legame causale tra omissione ed evento. Viceversa, i giudici di legittimità dimostrano di preferire una ricostruzione del principio di causalità ricalcata sul modello dell'aumento del rischio, impropriamente usato in funzione *sostitutiva* — e quindi inevitabilmente con connotati *repressivi* — del nesso eziologico.

Che peraltro un siffatto impiego, arbitrario ed inconsapevole, della *Risikoerhöhung* sia ispirato dalla preoccupazione di eccessiva indulgenza di fronte a comportamenti gravemente colposi (esemplare, al riguardo, l'espressione « quando è in gioco la vita umana »), è sintomatico dello *sbandamento* della giurisprudenza italiana e del suo correlato — e sempre risorgente — bisogno di elaborare linee autonome di politica criminale, causa la latitanza del potere legislativo.

(86) Cfr. EBERT - KÜHL, cit. (nota 72), 572; WOLFLAST, cit. (nota 4), 219; SILVA SANCHEZ, *El delito de omision. Concepto y sistema*, 1986, 212 s.

(87) Per una diffusa quanto convincente critica, GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, 1983, 408 ss., 456 ss., le cui osservazioni sono riprese da FIANDACA - MUSCO, cit. (nota 2), 332 nota 28.

(88) SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, 206 ss., 268 s.; ID., cit. (nota 50), 233, anche per le omissioni colpose del medico, bilanciate, a quanto sembra, da un suo comportamento gravemente negligente (*leichtfertig*). *Contra*, si veda ancora GRASSO, cit. (nota 87), 456 ss., con richiami alla proposta avanzata da Schünemann alla Commissione di esperti incaricata di redigere il testo di legge sulla lotta alla criminalità economica.

Soltanto un cenno circa l'utilizzo della teoria dell'aumento del rischio nel diritto civile. Anche qui si fa strada la necessità di differenziare tra causalità ed imputazione oggettiva (89): se la prima è quasi sempre intesa come causalità adeguata (90), nella seconda, vista come attribuibilità del fatto al suo autore, confluisce specialmente l'insegnamento dello « scopo di protezione » (91).

Quanto all'aumento del rischio, la peculiarità dei principi civilistici in vigore lascia poco spazio alla sua adozione: conformemente, si preferisce affrontare la problematica del comportamento alternativo lecito (92) senza ricorrere alla *Risikoerhöhung*, al massimo accettata — e con le dovute cautele — quale criterio di aiuto nel campo ristretto del risarcimento dei danni e del concorso di colpe (93).

(89) Per tutti, DEUTSCH, *Zurechnung und Haftung im zivilen Deliktsrecht*, *Festschrift für Honig*, 1970, 50 ss.

(90) A titolo esemplificativo, LARENZ, *Tatzurechnung und « Unterbrechung des Kausalzusammenhanges »*, *NJW* 1955, 1011, che tende comunque a fare dell'adeguatezza un requisito dell'imputazione; DEUTSCH, *Nota a BGH 3-2-1967*, *JZ* 1967, 641; HUBER, *Verschulden, Gefährdung und Adäquanz*, *Festschrift für Wahl*, 1973, 332 ss.

(91) Originariamente sviluppato da RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, I, 1938 (rist. 1957), 495 ss., nell'ambito dell'inadempimento contrattuale come unico criterio di imputazione. A riprova, LANGE, *Empfiehl es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadenersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden?*, *Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag*, 1960, 9.

Cfr. inoltre STEININGER, *Die Auslegung im Zivilrecht und in der gesamten Rechtsordnung*, *JBl* 93 (1971), 234 s., per la dimostrazione di come l'esigenza connessa allo scopo di protezione fosse da lungo tempo presente nella coscienza sociale (l'Autore richiama una divertente poesia popolare viennese).

Lo *Schutzzweck* viene oggi impiegato in aggiunta all'*Adäquanzzusammenhang*, oggetto di un vero e proprio « rinascimento »: cfr. RAISER, *Haftungsbegrenzung nach dem Vertragszweck*, 1962, 97 ss.; in parte, modificando il precedente orientamento, LANGE, *Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmomente*, *JZ* 1976, 199. Per un riepilogo, LARENZ, *Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadenersatzrecht*, *Festschrift für Honig*, 1970, 83 ss.

(92) Cfr. FRANK - LÖFFLER, *Grundfragen der überholenden Kausalität*, *JuS* 1985, 693 s., con riferimenti bibliografici.

(93) DEUTSCH, *Rechtswidrigkeitszusammenhang, Gefährerhöhung und Sorgfaltsausgleich bei der Arzthaftung*, *Festschrift für v. Caemmerer*, 1978, 335, 342; ancora maggiore prudenza si riscontra negli scritti precedenti dello stesso. Ad esempio, Id., *Begrenzung der Haftung aus abstrakter Gefährdung wegen fehlender adäquater Kausalität?*, *JZ* 1966, 577 s.

In generale, KAHR, *Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht*, 1969.

Infine, relativamente all'aumento del rischio nell'istituto del concorso di persone quale parametro di imputazione, sostitutivo della causalità, teso ad accertare il contributo di partecipazione del concorrente (94), non è possibile in questa sede formulare una risposta definitiva.

Tuttavia, non si può fare a meno di notare come i dubbi avanzati con riferimento al reato omissivo improprio si ripropongano tutte le volte in cui il canone dell'innalzamento del rischio pretenda di surrogare il modulo causalistico, la cui presenza « ontologica » è indispensabile in funzione limitativa della responsabilità penale.

7. *La verifica empirica della Risikoerhöhungstheorie: soluzione di alcune fattispecie « classiche ».*

Alla luce delle conclusioni raggiunte, siamo ora in grado di risolvere i casi giurisprudenziali solitamente trattati, stante il loro livello paradigmatico.

Cominciamo, in ordine non cronologico ma di semplicità, dal « caso del camionista » (95).

L'autista di un autotreno aveva sorpassato un ciclista completamente ubriaco ad una distanza laterale di circa 75 cm., contravvenendo alla prescrizione del Codice della Strada (§ 1,10 StVO) che la fissa in almeno un metro. All'atto del sorpasso, il ciclista aveva deviato a sinistra, finendo schiacciato sotto le ruote del rimorchio. Quasi sicuramente, però, la morte si sarebbe verificata pur osservando la norma regolamentare, poiché, per una reazione automatica nota col nome di « corto circuito » (*Kurzschlussreaktion*), dipendente

(94) A favore, SALAMON, *Vollendete und versuchte Beihilfe*, 1968, *passim*; SCHAFFSTEIN, cit. (nota 47), 169 ss.; WÜRFEL, *Rechtmässiges Alternativverhalten und Risikoerhöhung im Strafrecht*, 1971, 75 ss.; *contra*, ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, IP 1977, 420 s.; MARI-NUCCI, *Relazione di sintesi*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, 1985, a cura di STILE, 362 (« Fortunatamente noi non siamo infestati dalla teoria dell'« aumento del rischio » »).

La descrizione delle condotte concorsuali, con ampi riferimenti comparatistici, è stata di recente affrontata da SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, 1987, specialmente 255 ss.

(95) C. d. *Lastzugfall* o *Radfahrerfall*, del 1957: BGH 25-9-1957, BGH-St 1958, 11, 1 ss.

dallo stato di ebbrezza, la vittima avrebbe inconsciamente sterzato nella medesima direzione. Il *Bundesgerichtshof* mandò assolto l'imputato ritenendo insussistente il legame causale.

L'assoluzione del camionista risulta nella specie condivisibile pur nella erroneità della motivazione: il sorpasso regolare (comportamento alternativo ipotetico) avrebbe causato l'evento-morte con identiche modalità e nel medesimo istante, senza diminuire minimamente il rischio.

I risultati non cambiano nel « caso del farmacista » (96). Un farmacista aveva dato ad una cliente, dietro regolare presentazione di ricetta medica, un preparato a base di fosforo. Successivamente il prodotto era stato venduto alla stessa donna dietro semplice richiesta. In seguito all'assunzione del medicinale, il bambino rachitico, cui erano destinate tali cure, rimase intossicato e morì. Chiamato a deporre al processo, il medico di fiducia dichiarò che se la donna lo avesse interpellato, non avrebbe avuto difficoltà ad ordinare la continuazione del trattamento e a rilasciare la relativa ricetta, da consegnare all'imputato.

Il *Reichsgericht* assolse il farmacista.

La morte del bambino sarebbe dunque sopravvenuta con analoghe caratteristiche, se l'imputato si fosse attenuto al comportamento deontologico prescritto (vendere il medicinale dietro presentazione di ricetta medica), poiché il medico avrebbe *quasi certamente* ordinato il proseguimento della cura. Alcune difficoltà sono soltanto apparenti; così, non sussistono dubbi sul sopraggiungere dell'evento letale nello stesso momento, non avendo il medico (o il farmacista) l'obbligo aggiuntivo di accertare mediante esami clinici (che avrebbero differito la data del decesso) la sensibilità acquisita dal bambino al prodotto. Viceversa, se venisse provata l'impossibilità da parte del sanitario di fiducia di compilare in quel preciso giorno la ricetta, nonostante non avesse nulla in contrario alla prescrizione, il comportamento alternativo non potrebbe prendersi in considerazione, stante la diversità — temporale — dell'evento causato (97).

(96) C.d. *Apothekerfall*, risalente al 1886: *RG* 20-12-1886, *RG-St* 1887, 15, 151 ss.

(97) L'esistenza dell'aumento del rischio non è peraltro sinonimo di condanna dell'imputato, dal momento che residua l'indagine sullo scopo di protezione della norma. Sul punto, CASTALDO, cit. (nota 73), 914 ss.

(98) Accaduto nel 1926: *RG* 15-10-1926, *Höchstrichterliche Rechtsprechung* 1926, 1636 n. 2302; la massima è riportata inoltre in *Recht* 1926, 746 n. 2577.

Nel *Novokain-Fall* (98) la prospettiva è *ab origine* differente. Anziché novocaina, fu iniettata per errore in sala operatoria ad un bambino cocaina, determinandone il decesso. Tuttavia, la somministrazione dell'anestetico dovuto avrebbe *forse* mantenuto invariata ogni conseguenza, in quanto il paziente soffriva di un'alterazione ghiandolare, con naturale idiosincrasia a qualunque forma di medicinale.

In sede di appello il medico venne condannato.

Come è facile notare, l'impiego della novocaina lasciava sperare in esiti divergenti (non era affatto sicura la produzione dello stesso risultato mortale); non esistevano dunque le condizioni per dare rilievo al comportamento alternativo lecito, essendo soltanto *possibile* l'inevitabilità dell'evento.

Ancora, il « caso dei peli di capra » (99). Un commerciante aveva acquistato per la sua fabbrica di pennelli una partita di peli di capra cinese e, sebbene fosse stato espressamente avvertito dal venditore, ne aveva permesso la lavorazione senza la preventiva opera di disinfezione. Quattro lavoratrici si ammalarono di carbonchio e morirono. Fu però avanzato dai periti il dubbio che, stante la particolare resistenza dei bacilli del carbonchio, le tecniche di disinfezione allora in uso non sarebbero valse a nulla.

Il commerciante, in appello e in riforma della pregressa sentenza, fu condannato.

Come nel giudizio precedente, i periti si erano espressi a favore della potenziale evitabilità della morte.

Ad ogni modo, l'irrilevanza del comportamento lecito — con relativa sussistenza dell'aumento del pericolo — scaturiva dalla produzione da parte della *Ersatzursache* di un *altro* evento, dal momento che l'omesso procedimento di disinfezione avrebbe portato via tempo, posticipando la morte delle lavoratrici (prescindendo dal problema se il differimento dell'evento letale sarebbe intervenuto anche per effetto della diminuita virulenza dei batteri, a seguito della sterilizzazione, quindi per la loro minore aggressività nei confronti dell'organismo umano).

Consideriamo, da ultimo, il c.d. *Myocarditis-Fall* (100): un

(99) C. d. *Ziegenbaar-Fall*, del 1929: RG 23-4-1929, RG-St 1930, 63, 211 ss.

(100) O *Chloroethyl-Fall*, in BGH-St 21, 59 ss. In argomento, SAMSON, *Strafrecht*, I, 7^a ed., 1988, 250. Si veda pure STRUENSEE, *Objektive Zurechnung und Fabrlässigkeit*, GA 1987, 100 s., che conclude per l'assenza dello *Schutzzweck*.

dentista aveva praticato ad una paziente — cedendo alle sue insistenti richieste — un'anestesia totale, non necessaria, prima di estrarle un dente; la donna era morta per sopravvenuta crisi cardiaca. L'osservanza della regola di diligenza trasgredita (la mancata prescrizione — ed esecuzione — delle preventive analisi cliniche) sarebbe stata nella specie improduttiva di effetti, poiché la cliente soffriva di miocardite, non evidenziabile con i consueti esami routinari. Come unica conseguenza, quindi, si sarebbe determinato, con tutta probabilità, uno slittamento dell'intervento e dell'evento letale, mentre in questa circostanza, definibile di « inevitabilità successiva », la norma cautelare perseguiva l'ambizioso traguardo di impedire completamente il risultato lesivo. Da una parte, dunque, l'*ininfluenza* della trasgressione sull'*an* della morte (con identiche modalità), dall'altra la non considerabilità del decorso ipotetico per la diversità temporale, e per la protezione del bene della vita anche da possibili alterazioni della durata naturale. La tensione tra opposti equilibri, e la derivante equivocità dell'ambito di tutela apprestato dalla norma violata, pur se è intuibile come l'evento si situi al di fuori di tale perimetro di protezione per la sua sostanziale imprevedibilità *in concreto*, non si presenta qualora il dentista « acceleri » la morte, che altrimenti sarebbe sopraggiunta il giorno dopo, per effetto della precedente ingestione di un medicinale velenoso, dato per sbaglio da un'infermiera. La vanificazione dello scopo di tutela è palese, in quanto le analisi di controllo avrebbero impedito (e non solo posticipato) quel tipo di decesso legato all'anestesia, mentre la condotta illecita altrui non riveste alcun ruolo nell'escludere la responsabilità del dentista (101).

(101) La dottrina dell'aumento del rischio, col passare del tempo, è andata largamente diffondendosi nella giurisprudenza e letteratura tedesca. Un utile schema riepilogativo si trova in ROXIN, *cit.* (nota 13), 182.

Nella *Risikoerhöhungslehre* confluisce in definitiva l'opinione di WÜRFEL, *cit.* (nota 94), 60 s., che, riprendendo l'orientamento di KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, 1968, 122 ss., ne limita l'applicabilità alla colpa lieve o media, e per la *grobe Fahrlässigkeit* esige la sicura inevitabilità dell'evento ai fini dell'esclusione dell'imputazione. Sempre secondo Würfel, la concezione potrebbe trovare applicazione *de lege ferenda*, risultando incompatibile con il diritto positivo (133 ss., 167).

In Italia la teoria non ha trovato fortuna (contrario, da ultimo, RAMACCI, *Istituzioni di Diritto Penale*, 1988, 168), ed in generale è stata quasi completamente ignorata.

BRUNELLO PALMA

LA DECRETAZIONE D'URGENZA
NELLO STATUTO ALBERTINO *

* Il presente lavoro è la prima stesura di un capitolo introduttivo del volume sulla Decretazione d'urgenza nella storia costituzionale italiana che è in corso di preparazione.

SOMMARIO: 1. Premessa — 2. Le norme statutarie che ineriscono al problema della decretazione d'urgenza. Necessità e limiti di una loro interpretazione. Loro incidenza sulla forma di governo. — 3. Alcune considerazioni di carattere generale sullo Statuto. La sua formulazione e le intenzioni del Consiglio di Conferenza. — 4. Ripartizione dei poteri fra gli organi costituzionali. Interazioni fra gli stessi. — 5. Il predominio della legge nell'ambito delle fonti del diritto e la titolarità in capo al Re della relativa funzione. Nascita delle dottrine egualitarie e dello Stato di diritto. Accentuazione del predominio della legge. Mutamento della sua titolarità. — 6. Significato e portata degli articoli 3, 6 e 82 dello Statuto.

1. Da alcuni anni a questa parte nel nostro Paese si parla con sempre maggior insistenza, sia a livello politico che dottrinale, della necessità di riforme istituzionali. L'opinione è ormai così diffusa e comune che ogni partito politico, dal più piccolo al più grande, ogni centro studi, comunque orientato politicamente, ogni studioso del diritto costituzionale sente il dovere di proporre una qualche modifica dell'assetto istituzionale. Molte proposte, però, sembrano scaturire più dal desiderio di riforme che non da una vera e propria necessità delle stesse. Tutte poi sembrano tacitamente presupporre che la Costituzione formale sia stata totalmente e fedelmente realizzata. Siccome non vi è chi non veda questa cosa come non vera, si può senz'altro dire che in alcuni casi parlare di riforma istituzionale è quanto meno poco appropriato. Se infatti si esaminano le diverse proposte e le si rapportano al disegno costituzionale, ci si avvede che soltanto in alcuni casi le prime scaturiscono da una reale necessità di aggiustamento del secondo.

È ben vero che il mutamento sociale intervenuto dall'entrata in vigore della Costituzione ad oggi e, in particolare, quel suo aspetto specifico che possiamo chiamare radicamento dei valori democratici nella coscienza civile del Paese, ha creato le condizioni per un aggiornamento od aggiustamento del quadro costituzionale. L'avvenuto rafforzamento della democrazia, ad esempio, può oggi permetterci di fare giustizia delle molte precauzioni e cautele usate dai nostri costituenti nella definizione dei rapporti fra gli organi di governo. Precauzioni e cautele che, dettate evidentemente dal timore di involuzioni autoritarie, nel mentre privilegiano i valori della conservazione della democrazia, concorrono a rendere lenta ed impacciata

l'azione politica di alcuni organi costituzionali. Si pensi al fenomeno del filibustering provocato da una eccessiva preoccupazione di tutelare le minoranze in seno al Parlamento; al bicameralismo procedurale che, con il passaggio delle leggi prima in una Camera e poi nell'altra, comporta una notevole lentezza dell'iter legislativo; e, infine, al sistema elettorale largamente proporzionale e pressoché privo di clausole di esclusione che, portando ad un sistema di ampio pluripartitismo, produce lentezza nei lavori parlamentari e, soprattutto, problemi di governabilità.

È, però, altresì vero che si sono presentate proposte di riforma in cui l'uso di questo termine risulta appropriato soltanto a condizione di accettarlo nella sua accezione più ampia di provvedimento diretto a modificare delle situazioni esistenti. Situazioni che si sono venute a creare non tanto come conseguenza di una discrasia fra il dettato costituzionale realizzato e la realtà socio-politica che si è evoluta al di fuori e al di là di esso, quanto piuttosto a seguito del formarsi di prassi che tradiscono in qualche modo il disegno costituzionale o che ne impediscono il suo perfezionamento.

Si pensi ai diversi disegni di legge presentati per la ristrutturazione della Presidenza del Consiglio che, fino alla recente legge finalmente emanata, miravano alla realizzazione dell'art. 95 Cost. rimasto per tanto tempo largamente disatteso; oppure all'art. 77 Cost.; in particolare alle cautele, alle precauzioni ed ai limiti predisposti dai nostri costituenti alla facoltà del Governo di emanare decreti aventi valore di legge e all'uso, in concreto fatto di questo strumento normativo, che ha spazzato via ogni dispositivo prudenziale e cautelativo trasformando lo stesso da straordinario, quale l'avevano voluto i costituenti, in ordinario, normale, quasi quotidiano. Non si tratta, quindi, sempre di modificare il disegno delineato dai nostri costituenti; bensì talora di attuarlo pienamente, permettendo a delle disposizioni costituzionali di dispiegare interamente il loro valore innovativo o, talvolta, di ricondurre l'azione di qualche organo costituzionale nell'alveo tracciato dai costituenti con il ripristino e rafforzamento degli argini di già previsti.

Questa seconda ipotesi sembra attagliarsi al caso dell'art. 77 Cost., che va inteso come conferente al Governo non già una propria potestà legislativa ordinaria sia pure condizionata da alcune clausole restrittive, bensì una potestà legislativa da esercitarsi eccezionalmente quando ricorrono casi straordinari di necessità e urgenza. Tralasciando, per ora, l'interpretazione della disposizione e la ricerca delle

cause del suo sostanziale snaturamento, va in questa sede rilevato che tutti, politici e giuristi, concordano nel giudicare quanto meno abnorme il frequente ricorso al decreto legge da parte del Governo. Perfino alcuni Presidenti del Consiglio, chiedendo al Parlamento la conversione in legge di decreti ritenuti di particolare pregnanza politica, nel mentre adducevano motivazioni d'urgenza e straordinarietà che in qualche modo a parer loro ne avevano giustificato l'emana-zione, hanno sentito il dovere di condannare l'uso indiscriminato di detto strumento normativo e di promettere per il futuro di ricorrervi il meno possibile e in ogni caso nel pieno rispetto del dettato costituzionale (1).

Ma se vi è la più ampia concordanza di opinioni nella descrizione e perfino nella condanna del fenomeno, la stessa scompare quando si passi alla ricerca delle cause e, soprattutto, dei rimedi.

Alcuni fanno risalire l'abnorme uso dei decreti legge alla volontà del Governo di espropriare le funzioni del Parlamento; altri alla lentezza impiegata da quest'ultimo nel legiferare o, detto in altri termini, alla necessità di correlare i ritmi di decisione dello Stato a quelli di una società nazionale ed internazionale che necessita sempre più di pubblici interventi per il governo dei rapporti politici ed economici; altri ancora alle difficoltà politiche dei governi di coalizione, cioè a dire alla scarsa omogeneità delle maggioranze che spingerebbe i governi all'uso del decreto-legge per evitare laceranti dibattiti parlamentari; altri infine all'attività normativa scaturente da fonti autonome quali la contrattazione collettiva che, stante il ruolo di mediatore ormai assunto istituzionalmente dal Governo, trova sempre più spesso la sanzione giuridica nella forma del decreto-legge (2).

(1) Gli onorevoli Bettino Craxi e Giovanni Spadolini, in occasione della presentazione dei rispettivi governi al Parlamento per la fiducia, illustrando il programma hanno fatto esplicito riferimento al problema della decretazione d'urgenza per prometterne un uso moderato e conforme alla Costituzione. La realtà poi ha travolto ogni buona intenzione, anche se non si può dire che da questo punto di vista le loro compagini governative siano state le peggiori.

(2) Le cause indicate di giuristi e politici sono molte di più. Qui forse è opportuno ricordare anche l'ampia competenza legislativa, forse unica fra le democrazie occidentali, che provoca uno scarso uso del potere regolamentare. Il fenomeno viene poi accentuato dalla preferenza del Governo di ricorrere alla legge piuttosto che al provvedimento amministrativo, in quanto quest'ultimo è soggetto a gravame giurisdizionale, mentre la prima è sostanzialmente insindacabile, salvo l'ipotesi di inco-stituzionalità.

Queste sono solo alcune delle cause individuate nell'annoso dibattito sulla decretazione d'urgenza; altre se ne potrebbero elencare. La loro citazione è stata fatta per evidenziare come il fenomeno della decretazione d'urgenza, attenendo strettamente alle relazioni intercorrenti tra Governo e Parlamento, si qualifichi quale problema istituzionale e si carichi nel contempo di valenze politiche che possono far perdere di vista l'esatta valutazione della sua portata, la puntuale rilevazione delle cause e la individuazione dei possibili rimedi.

Dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana a tutt'oggi, con la esclusione forse della prima legislatura in cui si è fatto un uso discreto del decreto-legge, tutti i governi che si sono succeduti alla guida del Paese hanno sempre più spesso fatto ricorso a questo strumento normativo fino a fargli assumere un ruolo primario fra le fonti del diritto (3). In verità il fenomeno non è per niente nuovo nella storia costituzionale italiana, esso anzi compare costantemente nell'Italia unitaria a prescindere da quanto fosse sanzionato nello Statuto albertino, nella L. 100/1926 e successive modifiche, e infine nella Costituzione repubblicana.

La stessa L. 23 agosto 1988, n. 400, sulla disciplina dell'attività di Governo e sull'ordinamento della Presidenza del Consiglio, che ha introdotto alcune disposizioni dirette a disciplinare i caratteri cui i decreti-legge devono uniformarsi ed a sottrarre alla disciplina degli stessi alcuni contenuti, non ha inteso affrontare il fenomeno in tutte le sue implicazioni e, sabbene troppo recente per valutarne appieno gli effetti, si può ritenere fin d'ora che non potrà andare oltre al contenimento degli aspetti più aberranti e di più dubbia costituzionalità del fenomeno, quali quello della reiterazione dei decreti non convertiti e quello della disomogeneità di molti di essi (i cc. dd. decreti omnibus).

L'uso, anzi l'abuso della decretazione d'urgenza nasce dunque con l'unità d'Italia. Scopo di questa indagine è quello di verificarne la legittimità nell'ordinamento statutario, individuarne il lento consolidarsi dei suoi lineamenti attraverso l'esame del travaglio giurisprudenziale e dottrinale, valutarne gli effetti sulla distribuzione di

(3) Nella I^a legislatura sono stati presentati al Parlamento per la conversione in legge n. 29 decreti-legge; nella seconda n. 60; nella terza n. 30; nella quarta n. 94; nella quinta n. 69; nella sesta n. 124; nella settima n. 167; nell'ottava n. 275; nella nona, fino al maggio 1985, n. 105. I dati sono riprodotti dalla pubblicazione: *La decretazione d'urgenza*, Roma, Camera dei Deputati, 1985.

funzioni fra gli organi costituzionali, sul regime giuridico delle fonti di diritto e, infine, sulla forma di governo. L'exkursus storico troverà dei punti fermi per una sua periodizzazione nello statuto albertino, nella legge 100/1926 e, infine, nella Costituzione repubblicana. Non si esclude che nell'ambito di ciascun periodo possano poi farsi altre distinzioni temporali, ove di necessità, in relazione ad eventi socio-politici qualificabili come variabili indipendenti del fenomeno.

Verranno esaminati gli atteggiamenti della dottrina, della giurisprudenza e dello stesso Parlamento. Non ci si potrà perciò esimere da qualche valutazione politica anche se il problema va inquadrato e studiato in quanto istituzionale. Una sua esatta impostazione infatti non può prescindere dalla collocazione dei decreti-legge nell'ambito delle fonti del diritto; un uso scorretto di essi infatti sconvolge il sistema di ripartizione delle funzioni previste dalla Costituzione, mette in atto una redistribuzione del potere nel sistema politico-istituzionale, opera insomma modificazioni non lievi nella forma di Governo.

2. Le disposizioni statutarie che più o meno direttamente risultano riferibili al problema della decretazione d'urgenza si desumono dagli articoli 3, 6 e 82. Essi rispettivamente recitano: « Il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal Re e dalle due Camere: il Senato, e quella dei Deputati » (art. 3); « Il Re nomina a tutte le cariche dello Stato: e fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza o dispensarne » (art. 6); « Il presente Statuto avrà pieno suo effetto dal giorno della prima riunione delle due Camere, la quale avrà luogo appena compiute le elezioni. Fino a quel punto sarà provveduto al pubblico servizio d'urgenza con sovrane disposizioni, secondo i modi e le forme sin qui seguite, omesse tuttavia le interinazioni e registrazioni dei magistrati, che sono fin d'ora abolite » (art. 82) (4).

(4) L'art. 82, come si desume dal suo stesso tenore, è una disposizione transitoria. Secondo il Proclama regio dell'8 febbraio 1848 lo Statuto sarebbe entrato in vigore solo dopo « l'attivazione del nuovo ordinamento delle amministrazioni comunali » che era stato riformato con editto del 27 novembre 1847. Questa riforma all'epoca della preparazione dello Statuto non era stata attuata. L'incalzare degli eventi politici fece accantonare questa idea e subordinare l'entrata in vigore dello Statuto alla sola formazione delle Camere. Le elezioni si svolsero il 27 aprile e le Camere si riunirono in prima seduta l'8 maggio successivo. Da quel giorno lo Statuto albertino entrò nel suo pieno vigore.

Il procedimento interpretativo, stante il tenore letterale delle disposizioni, non sembra presentare particolari difficoltà; anzi può dirsi che la lettura delle stesse è sufficientemente chiara ed univoca da rendere possibile anticipare fin d'ora la mancanza di fondamento giuridico del decreto-legge. Un'analisi più approfondita sia del tenore letterale che dello spirito delle disposizioni stesse si impone, tuttavia, non solo per rispondere alla finalità di questa ricerca, che è quella di esaminare il fenomeno della decretazione d'urgenza nella storia costituzionale dell'Italia unitaria, ma soprattutto per verificare l'opinione dottrinale che, una volta fattosi abituale e costante il ricorso al decreto-legge, proprio sulla base degli articoli citati ha cercato di legittimarne costituzionalmente l'uso (5).

Dette disposizioni rappresentano nell'ambito dello Statuto albertino un esempio quasi irripetibile di normazione organica, coordinata e coerente. Stante però la loro natura costituzionale, l'accertamento del loro significato non può prescindere da un qualche cenno sul momento politico e sugli importanti precedenti storici che ne hanno determinato la formulazione e quindi l'adozione. Non che si intenda procedere ad una vera e propria indagine sulle origini storiche dello statuto; essa, peraltro, potrebbe apparire di scarso rilievo ove si consideri che lo stesso, « concepito su una linea di conservatorismo moderato », una volta emanato, « cominciò a vivere di una vita propria » evolvendo ben al di là delle intenzioni dei suoi redattori verso forme di costituzionalismo più avanzato (6). Basti pensare alla forma di governo costituzionale puro in esso delineata ed alla sua evoluzione verso una forma di governo parlamentare. Evoluzione lenta, incerta e difficoltosa, e non certo rapida come parte della dottrina sembra voler ritenere (7), ma pur sempre evoluzione destinata ad attribuire al significato di molte disposizioni statutarie un

(5) Si veda per tutti: CANEPA VACCARO, *Sulle ordinanze d'urgenza*, in *Archivio di dir. pubb.*, 1895, 338 ss.; CODACCI PISANELLI, *L'ordinanza d'urgenza*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 100; MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, To, 1898, 55; MORELLI, *Il Re*, Bo, 1899, 703, sostiene che il divieto contenuto nell'art. 6 si riferirebbe esclusivamente alla sospensione o dispensa dell'osservanza delle leggi; ciò non comporterebbe per il Re il divieto di emanare norme del tutto nuove che, pur innovando l'ordinamento giuridico, non sospendano né dispensino dall'osservanza delle leggi già esistenti.

(6) M.S. GIANNINI, *Lo Statuto albertino*, (a cura di C.A. Jemolo e M.S. Giannini, FI, 1946, 53.

(7) Si veda per tutti M.S. GIANNINI, op. cit., p. 70.

rilievo meramente storico. Peraltro va rilevato che un simile giudizio di evoluzione progressiva ben si attaglia soltanto ai primi decenni di vita dello Statuto. Quella stessa lacunosità della normativa, infatti, che, sotto la spinta delle forze più illuminate, favorirà nei primi tempi una qualche evoluzione del sistema costituzionale italiano sul solco tracciato da Paesi europei di più radicata democrazia, permetterà successivamente, in concomitanza con vicende storiche particolarmente drammatiche, l'introduzione di una legislazione che, senza mutare lo Statuto, determinerà un'involuzione autoritaria del sistema politico italiano fino a farlo sfociare in una dittatura.

Le disposizioni che qui interessano, nonostante gli aggiustamenti, le esplicazioni, le vere e proprie modificazioni dello Statuto operate dal legislatore, sia pure senza mai confessarne esplicitamente l'intenzione, hanno disciplinato la materia della decretazione d'urgenza fino all'entrata in vigore della legge 100/1926. Se quindi si può concordare sul fatto che lo statuto albertino ha vissuto « una vita quasi completamente formale, nel senso che al di là delle sue norme scritte, hanno operato numerose norme non scritte » tratte di volta in volta dalla prassi propria di diversi modelli di Stato, in un succedersi non sempre logico e progressivo, è pur sempre necessario accertare il significato delle disposizioni citate il quale, essendo stato compiutamente delineato l'esercizio del potere legislativo ed implicitamente trattato il problema della decretazione d'urgenza, assumerà per la nostra indagine, accanto a valenze storiche, un vero e proprio valore normativo (8). Se poi, a conclusione del procedimento d'interpretazione, risulterà confermato il giudizio che si è ritenuto di poter anticipare, significherà che la vita dello statuto albertino sarà stata tanto formale da permettere, accanto alla prassi costituzionale indispensabile a colmare le sue molte lacune, la nascita ed il consolidarsi di una prassi addirittura contraria a norme scritte dello stesso.

Tutto quanto fin qui detto scaturisce da una considerazione fondamentale e cioè che il problema della decretazione d'urgenza travalica i limiti del pur ampio alveo delle fonti formali del diritto per collocarsi ed incidere sugli stessi rapporti fra gli organi costituzionali. Non sarà quindi inutile dare uno sguardo alle nostre disposizioni. La individuazione del loro contenuto costituirà un punto fermo da cui prendere le mosse per correttamente valutare non solo

(8) Le parole virgolettate sono di M.S. GIANNINI, op. cit., p. 44.

il fondamento giuridico di tale strumento normativo ma anche l'incidenza dello stesso sul sistema delle fonti ed infine la linea di evoluzione dei rapporti fra organo legislativo ed organo esecutivo; in una parola, la forma di Governo.

3. Da quanto detto risulta necessario, oltre all'utilizzo dei normali strumenti ermeneutici (implicanti valutazioni sul momento politico e sui precedenti storici) indispensabili per un'esatta valutazione delle singole disposizioni, premettere qualche pur breve considerazione di carattere generale sullo Statuto, per esattamente inquadrare il fenomeno della decretazione d'urgenza nella più ampia problematica della forma di governo, se è vero, come è vero, che detto statuto è riuscito a sopravvivere circa cent'anni e durante la sua vigenza si sono succedute la forma di governo costituzionale puro, quella parlamentare con qualche degenerazione nel parlamentarismo, e perfino la dittatura fascista.

La longevità delle costituzioni è normalmente attribuita dagli studiosi alla loro capacità di adattarsi al mutamento della realtà politica e sociale. La determinante di tale adattabilità non sarebbe però costituita dal basso numero degli aspetti organizzatori dell'ordinamento giuridico e dei diritti civili, politici e sociali disciplinati dal testo costituzionale, bensì invece dall'ampiezza e generalità delle locuzioni usate dallo stesso. Questa caratteristica del tenore letterale delle disposizioni infatti permette con più facilità quella che si chiama l'interpretazione evolutiva delle stesse e quindi il loro adeguarsi al mutamento sociale.

La sopravvivenza, anche solo formale, dello Statuto albertino, nonostante i molti e rilevanti mutamenti politico-istituzionali, non può essere attribuita alla particolare formulazione letterale del suo testo. Anzi questo risulta essere piuttosto approssimativo, impreciso e incompleto; tanto è vero che tutti coloro che si sono cimentati in un suo commento sono stati costretti a fare spesso ricorso alla disciplina data ai vari istituti giuridici dalle costituzioni tedesche, francese, inglese e belga al fine di colmare le lacune, integrare le locuzioni dimidiate e chiarire quelle anfibologiche (9).

Parte della dottrina ha imputato questi aspetti dello statuto

(9) Si veda per tutti: RACIOPPI-BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, To, 1909.

albertino e soprattutto il fatto che lo stesso tralasci di disciplinare non poca parte dell'assetto istituzionale del Paese, alla sua caratteristica di costituzione breve, o meglio, qualificando lo statuto albertino come costituzione breve, certa dottrina si limita semplicisticamente a prendere atto delle sue molte lacune e ad imputarle implicitamente ad una precisa scelta dei suoi redattori (10).

È opinione di chi scrive, invece, che ciò sia piuttosto imputabile alla sua natura di carta ottriata; cioè a dire, da una parte, alla qualità dei suoi redattori non necessariamente esperti in materia costituzionale e, dall'altra, al tentativo degli stessi di conservare al Re, nelle forme e nei modi del regime precedente, tutto quanto dallo stesso non fosse « graziosamente » concesso.

Tralasciando, comunque, quelle che possono essere le caratteristiche formali dello Statuto, ciò che è vero e che si deve tener presente per non rischiare conclusioni di mera interpretazione formale, è che esso fu elaborato frettolosamente in poche sedute del Consiglio di Conferenza, con il solo ausilio delle carte costituzionali francesi del 1814 e del 1830 e belga del 1831, da uomini preoccupati di « concedere » il meno possibile, privi di un disegno costituzionale preciso e, certamente, manchevoli della necessaria chiarezza organizzativa delle attività dello Stato in generale e delle funzioni ed interazioni degli organi costituzionali in particolare (11).

La risultante non poteva che essere un quadro costituzionale non ben definito, lacunoso e talora contraddittorio, destinato comunque a determinare l'insorgenza di un clima di diffidenza se non addirittura di antagonismo nei rapporti fra gli organi costituzionali e, soprattutto, fra quello legislativo e quello esecutivo.

Lo statuto albertino prevede soltanto quattro organi costituzionali: il Re, la Camera elettiva, il Senato di nomina regia e il Governo;

(10) Come si vedrà più avanti lo Statuto si limita a disciplinare alcuni diritti fondamentali dei cittadini e l'assetto istituzionale del potere centrale. Ciò nonostante non menziona l'organo o gli organi cui compete l'indirizzo politico; ben poco dice sui rapporti fra potere legislativo e potere esecutivo e infine non accenna ai rapporti all'interno della diarchia Corona-Governo cui è affidato il potere esecutivo.

(11) Si vedano i verbali delle sedute del Consiglio di Conferenza in: *Lo Statuto albertino e la sua preparazione*, a cura di G. FALCO, Roma, 1945. Il Consiglio di Conferenza, straordinario in quanto allargato a personaggi di rilievo della vita pubblica del Regno, si riunì nei giorni 3 e 7 febbraio 1848 per tracciare i lineamenti della Costituzione da concedere. Questi poi furono sviluppati in cinque sedute: 10, 17, 24 febbraio e 2, 4 marzo.

e si dilunga minuziosamente ad elencare soltanto i compiti e le prerogative del primo. Infatti, nonostante che affidi esplicitamente l'esercizio della funzione legislativa al Parlamento-Re e quella esecutiva al Re-Governo, mentre dedica numerosi articoli alle due Camere, riservandoli peraltro quasi esclusivamente alla loro morfologia e alle prerogative dei loro membri, ne spende solo tre per il Governo e nessuno per disciplinare i loro rapporti.

La grave lacuna, certamente imputabile almeno in parte alla affrettata elaborazione dello Statuto la cui promulgazione si imponeva con urgenza per la necessità politica di placare i vasti movimenti di piazza che stavano avvenendo un po' ovunque nel regno Sabauda, non trova, a mio parere, la sua causa determinante nel modello di Stato la cui realizzazione molta parte della dottrina, a posteriori, ha ritenuto fosse nelle intenzioni del Consiglio di Conferenza, cioè a dire quello monarchico costituzionale puro, e quindi nell'adozione del principio di separazione dei poteri. Questo, anzi, come vedremo meglio più avanti, nonostante fosse ormai acquisito alla cultura giuridica del tempo e realizzato in alcune costituzioni europee, non solo non si può dire adottato nello statuto albertino ma forse neanche accolto come principio tendenziale di organizzazione dei poteri sovrani. Esso, semmai, presente ai giuspubblicisti italiani più di quanto non lo sia stato ai redattori dello statuto, è sempre stato usato come chiave di lettura di quest'ultimo sia al fine di colmare le molte lacune sia al fine di dare un contenuto progressivo alla equivoca ed insufficiente sua lettera.

Dalla lettura dei verbali delle poche sedute dedicate alla formulazione del testo statutario traspare con sufficiente chiarezza, sia pure attraverso i veli di un linguaggio burocratico, la sostanziale volontà conservatrice della quasi totalità dei suoi redattori e comunque la mancanza di un qualsiasi schema di organizzazione costituzionale.

Il metodo in pratica seguito è stato quello di procedere a concessioni il più possibile moderate e soltanto a quelle la cui negazione sarebbe stata politicamente inopportuna. Il sistema di governo scaturito non poteva non risultare dai contorni incerti ed approssimativi, e la sua funzionalità affidata « più alla capacità ed alla fortuna... degli uomini che alla razionalità e alla logica del sistema » (12).

(12) G.G. STENDARDI, *Statuto del Regno*, in *Nuoviss. Digesto*, vol. XVIII, 420 ss.

Esso, in concreto, conservava alla Corona ampi poteri nei confronti degli altri organi costituzionali e ne intaccava solo parzialmente la preminenza propria del sistema monarchico assoluto; anche se, va pur detto, alcune contraddizioni di fondo, che vedremo meglio più avanti, concorreranno a rendere incerto il fondamento giuridico favorendo, per un verso, il formarsi di una costituzione materiale più avanzata e progressiva di quella formale e, per un altro, alimentando in certe circostanze tentativi regressivi se non addirittura di involuzione autoritaria.

4. Ma vediamo specificamente come i poteri fondamentali dello Stato fossero ripartiti fra gli organi costituzionali e come fossero disciplinati i rapporti fra questi ultimi.

Il potere legislativo, che registrava le maggiori innovazioni, era affidato alle Camere e al Re (art. 3); solo a quest'ultimo però spettava la sanzione e la promulgazione delle leggi (art. 7), mentre la loro proposizione apparteneva sia al Re che alle due Camere (art. 10).

Il potere esecutivo era affidato solo al Re (art. 5) che lo esercitava avvalendosi di collaboratori di sua fiducia (i ministri) nei cui confronti aveva ovviamente sia il potere di nomina che quello di revoca (art. 65).

La giustizia (lo Statuto non parla di funzione giurisdizionale), infine, era esercitata in nome del Re da organi neanche configurati come un potere (artt. 68-73), sostanzialmente dipendenti dall'esecutivo con l'unica limitata garanzia dell'inamovibilità (13).

Il Re, quindi, era posto, o meglio conservato, ai vertici dei tre poteri fondamentali dello Stato, nel cui ambito risultava titolare di attribuzioni non certo formali. Anzi, almeno nelle intenzioni dei redattori dello Statuto, grazie al potere di sanzione delle leggi ed alla nomina e revoca dei ministri, a lui e soltanto a lui competeva quella che oggi chiamiamo la funzione d'indirizzo politico.

Lo stesso Statuto, però, nel suo preambolo, dove dichiarava Carlo Alberto essere re d'Italia « per grazia di Dio e volontà della

(13) M.S. GIANNINI, op. cit. p. 51, ricorda che nello Statuto volutamente « furono omesse norme che avrebbero potuto limitare maggiormente l'autorità regia, in special modo quelle concernenti i rapporti tra assemblea rappresentativa (Camera dei Deputati) e il Governo ».

Nazione », e nell'art. 4, dove dichiarava « la persona del re sacra ed inviolabile », usava locuzioni equivoche e contraddittorie solo apparentemente prive di significato sul piano giuridico-istituzionale.

Tralasciando in questa sede ogni possibile considerazione sulle conseguenze che sul piano istituzionale possono derivare dalla diversa legittimazione del potere sovrano, anche in considerazione del dubbio valore giuridico delle disposizioni del preambolo e della stessa locuzione « la persona del re è sacra », è certo che la inviolabilità della persona del re costituisce un preciso principio giuridico di garanzia della istituzione monarchica e comporta la giuridica irresponsabilità dello stesso.

La evidente contraddizione scaturente dalla volontà di conservare al Re i più ampi poteri possibili e nel contempo di determinarne la irresponsabilità giuridica e politica, quasi a volerne confermare la investitura divina, non porà non produrre effetti sullo sviluppo dell'assetto istituzionale del Paese. Anzi, col tempo, produrrà conseguenze non solo non volute dai redattori dello Statuto ma addirittura contrarie alle loro intenzioni. Essa infatti sarà causa, da una parte, di una certa delegittimazione del Re nell'esercizio dei suoi molti poteri, che via via diverranno sempre più formali, e, dall'altra, della rivendicazione della stessa legittimazione da parte del Governo e del Parlamento. Non saranno poche, quindi, le incertezze sui rapporti fra i diversi organi costituzionali. E se è vero quanto è stato detto e cioè che lo statuto albertino ha permesso l'evoluzione del sistema costituzionale più per le sue lacune e contraddizioni che non per quanto in esso è scritto e previsto, è altrettanto vero che le stesse contraddizioni e equivoci saranno la causa di rallentamenti ed inversioni di tendenza della linea evolutiva e favoriranno i molti tentativi della Corona di riconquistare quelle prerogative che tanto generosamente lo Statuto le conservava e che invece veniva perdendo nel confronto quotidiano con il Parlamento.

Sancire la irresponsabilità del Capo dello Stato comporta, come logica conseguenza, la sua configurazione di organo *super partes*, di arbitro di eventuali conflitti fra gli altri organi costituzionali. Detta posizione, peraltro, nel caso di un Re, che è tale per discendenza e per tutta la vita, sarebbe resa più logica se non addirittura necessaria dalla mancanza di una elezione e di una rieleggibilità che in qualche modo implicano una valutazione ed un giudizio politico.

Tutto ciò è, invece, chiaramente incompatibile non solo con l'ampiezza dei poteri del Re inerenti a tutte le funzioni fondamentali

dello Stato, ma anche con il quadro prefigurato dallo statuto per la soluzione di eventuali conflitti con gli altri organi costituzionali. In verità lo statuto disciplina minutamente i poteri del Re nei confronti del Parlamento e in particolare della Camera elettiva, perché soltanto il potere legislativo egli condivideva, almeno secondo l'intenzione degli autori, con un altro organo costituzionale.

L'attribuzione esclusiva al Re del potere esecutivo non voleva infatti essere solamente formale. Tanto è vero che lo Statuto parla solo di singoli ministri del Re e mai prende in considerazione il Governo nella sua collegialità. La previsione dell'organo collegiale avrebbe infatti potuto lasciare supporre in capo allo stesso un potere di elaborazione e formulazione di scelte di indirizzo politico che invece lo Statuto lasciava solo al Re. In un simile quadro era impensabile l'insorgenza di conflitti fra Corona e Governo; e se, in ogni caso, ne fossero insorti sarebbe stato sufficiente a dirimerli il disposto dell'art. 65 che attribuiva al Re il potere di revoca dei suoi ministri.

Più complesso risulta essere il quadro dei rapporti fra Corona e Parlamento. Alla conflittualità implicita all'essere l'una titolare del potere esecutivo e l'altro del potere legislativo, si aggiunge infatti quella potenziale derivante dall'essere il potere del Re di partecipare all'esercizio della funzione legislativa effettivo e reale. Il combinato disposto degli artt. 7 e 56, almeno nelle intenzioni degli autori dello statuto, rimetteva al re oltre la sanzione della legge, ove l'avesse ritenuto opportuno, anche il potere di rifiutare la stessa. È vero che ciò è avvenuto soltanto raramente, e che molto più frequenti sono stati successivamente i conflitti fra Corona-Governo da una parte e Parlamento dall'altra; è comunque vero che questo è il quadro disegnato nello Statuto e, quali che fossero i termini del conflitto, lo stesso dotava il Re dei poteri necessari ad una soluzione a lui favorevole.

Mentre infatti il Parlamento era privo di qualsiasi potere per volgere a suo favore il conflitto, salvo ovviamente quello di fatto di boicottare l'esercizio della funzione legislativa, il Re, con proprio decreto, poteva invece prorogare le Camere sospendendone temporaneamente i lavori, chiuderne la sessione caducando tutte le operazioni in corso di svolgimento e, perfino, sciogliere la Camera elettiva. A questo va poi aggiunto il fatto che il Senato era di nomina regia e il numero dei suoi componenti indeterminato, per cui il Re poteva anche procedere alla nomina di un certo numero di senatori fino a ricostruire in questa Camera una maggioranza a lui favorevole.

La effettività dei poteri riconosciuti al Re e la molteplicità degli strumenti in suo possesso per la soluzione di eventuali conflitti con gli altri organi costituzionali sono evidentemente incompatibili con la previsione di una sua irresponsabilità. Questa infatti dovrebbe comportare, come si direbbe oggi, la configurazione del Re come potere neutro, un potere cioè che non concorre a formulare l'indirizzo politico ma concorre più semplicemente a mantenere quello esistente o, attento ad eventuali mutamenti, a favorire nuovi indirizzi emergenti. Invece, oltre a quelli già detti, l'art. 5 riconosceva al Re anche il potere di dichiarare la guerra e di stipulare trattati internazionali di ogni natura e contenuto senza sentire il Parlamento. Nell'uno e nell'altro caso l'unico obbligo che gli incombeva era quello di darne notizia alle Camere quando, a suo giudizio, l'interesse e la sicurezza dello Stato lo avessero permesso. L'assenso delle Camere era, infatti, indispensabile soltanto per quei trattati che avessero comportato oneri finanziari e variazioni del territorio (art. 5).

Da quanto fin qui detto sembra risultare abbastanza chiaro l'assetto istituzionale nel cui ambito collocare il problema della decretazione d'urgenza. La formula organizzativa dei rapporti fra esecutivo e legislativo può essere fatta risalire a quello che convenzionalmente si definisce forma di governo costituzionale pura, con l'avvertenza però che la divisione dei poteri che caratterizza questa formula è in realtà nello Statuto albertino appena tendenziale. In particolare va tenuto presente che detta forma di governo presuppone che la funzione legislativa sia di competenza esclusiva dell'organo rappresentativo, mentre la sanzione della legge che lo Statuto riservava al Re non voleva essere una semplice condizione di efficacia della stessa bensì un elemento essenziale alla sua perfezione.

Va pure avvertito che, ai fini dell'accertamento del significato e della portata delle disposizioni sopra citate, il quadro di riferimento rappresentato dalla istituzionalizzazione delle interazioni fra organi costituzionali potrebbe anche risultare non decisivo e che, in ogni caso, esso è suscettibile di evoluzione tanto più rapida quanto maggiori risultano essere le lacune, le incertezze e le contraddizioni dello Statuto. È ben vero che le titubanze, i timori e perfino gli scopi dei redattori dello Statuto perderanno ben presto, al primo impatto con la realtà socio-politica, ogni valore e peso sia giuridico che politico. È però altrettanto vero che, pur accettata per comodità la definizione di governo costituzionale puro, non era certo nelle intenzioni degli stessi tracciare un simile quadro politico-istituzionale.

I poteri della Corona nei confronti degli altri organi costituzionali volevano essere effettivi e reali e, comunque, ponevano la stessa in una sicura posizione di prevalenza nella determinazione dell'indirizzo politico. Se quindi solo con cautela possono riferirsi al regime politico-istituzionale del regno sabaudo del 1848 i caratteri del governo costituzionale puro, è quanto meno affrettato far risalire la trasformazione dello stesso in una monarchia a governo parlamentare allo stesso 1848. Le dimissioni del governo Balbo, presentate in quell'anno a seguito di un voto contrario della Camera elettiva, vanno considerate soltanto come un segnale di quella che sarebbe stata la linea evolutiva del sistema istituzionale e, semmai, una prova concreta e tangibile della scarsa sensibilità e preveggenza politica dei redattori dello Statuto.

Ben più lenta sarà l'evoluzione; ben più faticosa e, soprattutto non priva di rallentamenti, arresti ed inversioni di tendenza per attribuire a dette dimissioni un valore decisivo e periodizzante nella storia costituzionale italiana.

Le dimissioni del Governo Balbo, come altre negli anni successivi, non hanno neppure il merito di aver dato inizio ad una prassi costituzionale. Troppi infatti sono gli esempi in senso contrario che si potrebbero qui citare. Tanto meno si può ritenere che le stesse abbiano comportato la istituzionalizzazione della responsabilità politica dell'esecutivo verso il legislativo. Infatti « si può parlare di governo parlamentare solo quando la titolarità del potere esecutivo sia concepita come un'emanazione permanente del o dei collegi titolari del potere legislativo » (14).

5. L'attribuzione alle Camere della funzione legislativa è la logica conseguenza di un processo plurisecolare in materia di fonti del diritto. Non è certamente questa la sede per ripercorrerne tutte le tappe, né tanto meno per esaminarne le molteplici implicazioni. È però forse necessario accennare, sia pure brevemente, a due aspetti del lungo processo, il primo relativo all'insorgenza di un predominio della fonte legislativa su tutte le altre fonti, il secondo, che più ci riguarda, relativo alla titolarità della specifica funzione. L'uno e l'altro potranno risultare utili per comprendere il significato e la portata

(14) L. ELIA, *Governo* (forme di), in *Enc. del Dir.*, Vol. XXIII, 642.

degli artt. 3 e 6 dello Statuto albertino sia per quanto attiene alla legittimità dei decreti legge, sia per i loro effetti sul sistema delle fonti giuridiche e quindi sulla qualificazione della forma di governo.

Per quanto attiene al primo fenomeno va rilevato che gli stessi monarchi assoluti una volta legittimata la loro potestà come *superiorem non recognoscens*, al fine di meglio accentrare il potere nelle mani del governo centrale e di porsi come unici arbitri dei vari privilegi concessi alle città, alle contrade, ai borghi, alle corporazioni, alle confraternite di religiosi e di laici, alle compagnie di mercanti e maestri d'arte, avevano privilegiato la fonte legislativa a scapito delle fonti consuetudinaria, giurisprudenziale e dottrinale. Ciò rispondeva anche all'esigenza di eliminare la complessa articolazione dei rapporti sociali dell'epoca medioevale e di raggiungere una loro razionalizzazione unitamente a quella del sistema politico-istituzionale. Si imponeva quindi l'abbandono delle fonti giuridiche tradizionali che erano state all'origine di una molteplicità di ordinamenti statutari e consuetudinari, di privilegi secolari e di diverse forme di autonomia.

La natura pattizia del potere feudale derivante dal solenne giuramento prestato dal principe, all'atto della consacrazione, di rispettare e non revocare privilegi ed autonomia a collettività o singoli, lasciava il posto ad un ordine sociale imperniato sul principio di gerarchia fondato sulla potestà superiore del sovrano (15).

Questi, accanto alla titolarità delle funzioni esecutiva e giurisdizionale, acquisiva anche il potere primario di legiferare senza vincoli o condizionamenti di sorta.

L'ampio sviluppo della legislazione che si è verificato in parallelo con l'affermarsi del potere assoluto, se da un lato ha comportato un progresso sul piano della razionalizzazione dei rapporti sociali, dall'altro ha dato luogo ad effetti non sempre positivi.

La nascita, infatti, delle monarchie nazionali ha prodotto come logica conseguenza la creazione di estesi apparati burocratici e di possenti eserciti destinati non solo alla difesa esterna ma anche alla conservazione e potenziamento del potere interno. Le enormi risorse economiche, necessarie al mantenimento di detti apparati e soprattutto all'attribuzione di veri e propri privilegi destinati a garantire la loro fedeltà alla Corona, costringevano i monarchi ad un

(15) G. ASTUTI, *Legge* (dir. interm.) in *Enc. del Dir.*, Vol. XXIII, 860.

forte drenaggio delle entrate e quindi a patteggiamenti con alcuni ceti sociali.

Se è vero, quindi, che l'esercizio della funzione legislativa da parte della Corona aveva semplificato il sistema delle fonti e contenuti, se non eliminati, i particolarismi giuridici che si fondavano sul diritto consuetudinario, è altrettanto vero che accanto alla disciplina unitaria che si cercava di dare con le *ordonnances générales* all'ordinamento giuridico, al diritto criminale, al processo civile e penale, la Corona era costretta a mantenere, se non addirittura a moltiplicare, privilegi e dispense mediant le *lettres patentes*. Privilegi che peraltro non sempre si costituivano a favore dei ceti più produttivi o, quanto meno, quasi mai si rivelavano positivamente funzionali alla creazione di nuove ricchezze.

Al complesso reticolo di rapporti sociali dell'età feudale, fondato su una miriade di piccoli privilegi e dispense derivanti da antiche consuetudini, cui faceva riscontro un sistema politico-istituzionale caratterizzato da una pluralità di ordinamenti giuridici e, quindi, da un modello organizzatorio di gestione del potere ispirato ad una sua pur complessa forma di decentramento, si sostituiva con lo Stato assoluto un modello di società semplificato in pochi ma estesi ceti sociali cui corrispondeva un unico ordinamento giuridico ispirato ad un forte accentramento dove, però, i privilegi assumevano proporzioni ed effetti molto più laceranti. Essi infatti si costituivano a favore del ceto burocratico e di quello militare che, pur rappresentando nel sistema sociale una minoranza elitaria, erano pur sempre notevolmente più estesi di piccoli gruppi sociali o corporazioni medioevali e quindi producevano situazioni di oggettiva ingiustizia più vistose ed eclatanti. L'imputabilità di dette situazioni alla volontà del Re, conseguente alla loro origine legislativa ed alla titolarità in capo allo stesso della relativa funzione, ovviamente con il concorso di altre cause fra le quali non ultima la discrasia fra potere politico e potere economico, faciliterà la diffusione di dottrine egualitarie e, quindi, il compito della rivoluzione francese e del sempre più potente ceto borghese di realizzare la separazione delle funzioni, di garantire l'autonomia della magistratura, di relegare il Sovrano all'esercizio della funzione esecutiva e, soprattutto, di attribuire la sovranità alla Nazione la cui volontà sarebbe stata espressa dal parlamento, quale organo rappresentativo, nella forma della legge.

Il predominio della legge fra le fonti del diritto risulterà funzionale anche al ceto borghese. Anzi l'averne attribuito la titolarità al

Parlamento ne rafforzerà ulteriormente la posizione facendone lo strumento della certezza del diritto e, soprattutto, dell'abolizione delle *lettres patentes* di derivazione regia.

Il principio della legge uguale per tutti qualifica lo Stato liberale come Stato di diritto, in quanto fondato non più sulla volontà del sovrano (e *legibus solutus*) bensì sulla supremazia della legge. Le libertà individuali, i liberi commerci e lo stesso potere del nuovo ceto dominante trovano la loro garanzia nella disciplina legislativa. Non importa se i privilegi del ceto militare e del ceto burocratico rimangono intoccati; ciò che conta è che risultino filtrati dalla legge. Anzi la riserva di legge può renderli funzionali al nuovo ceto dominante; basterà sottrarre al Re le *ordonnances générales* e le *lettres patentes*; in una parola sottrargli la titolarità della funzione legislativa.

6. Nel quadro così delineato, il disposto dell'art. 3: « Il potere legislativo sarà esercitato collettivamente dal Re e da due Camere: il Senato e quella dei Deputati », diviene più chiaro di quanto già non sia nel suo tenore letterale. Esso rappresenta nello Statuto albertino, più di ogni altra disposizione, la consacrazione del regime costituzionale ed il tramonto definitivo del regime assoluto che aveva avuto nel Re il sovrano, cioè a dire il titolare della funzione legislativa, esecutiva e giurisdizionale. Non è un caso che l'articolo ricalchi fedelmente l'art. 15 della Costituzione francese del 1814 (poi riportato col n. 14 in quella del 1830) e l'art. 26 della Costituzione belga del 1831, che più di ogni altra costituzione dell'epoca avevano evidenziato la centralità del Parlamento nel sistema politico-istituzionale e, più di quanto non abbia fatto lo Statuto albertino, avevano realizzato la divisione dei poteri. Ma forse, più che sul principio della separazione dei poteri, che comunque rappresenta il punto nodale di tutte le costituzioni liberali ottocentesche e la consacrazione della conquista del potere politico da parte della borghesia, è bene soffermare per un momento l'attenzione sul fatto che l'art. 3 St. affidi « collettivamente » al Re e al Parlamento la funzione legislativa. Infatti la dottrina, alla fine dell'ottocento, tenterà di legittimare costituzionalmente la decretazione d'urgenza equivocando non poco sul fatto che l'articolo in parola affidi anche al Re il potere di fare le leggi.

L'esercizio della funzione legislativa, si diceva, da parte dell'Esecutivo (Corona-Governo) è perfettamente legittima purché il

decreto-legge sia completato nel suo procedimento formativo, anche se successivamente, dall'intervento ratificante del potere legislativo. In altri termini con la decretazione d'urgenza si sarebbero soltanto capovolti i tempi di intervento dei due organi deputati alla funzione legislativa (Camera e Re) e quindi sarebbe sempre stato salvo l'apporto collettivo voluto dall'art. 3.

Questa opinione dottrinale, sulla quale si avrà occasione di ritornare, interpretava l'art. 3 estrapolandolo dal contesto statutario, trascurandone le interrelazioni con gli art. 6 e 82 dello statuto, dimenticando che una miriade di decreti-legge erano stati emanati senza la necessaria clausola di presentazione alle Camere per la conversione e, infine, non considerando che di fatto molti decreti-legge erano stati emanati ed avevano innovato l'ordinamento giuridico senza che mai il Parlamento ne fosse stato in qualche modo investito al fine di una ratifica.

Per una valutazione esatta della portata dell'avverbio « collettivamente », cioè a dire per una valutazione dell'apporto del Re nel procedimento di formazione delle leggi soccorrono l'interprete gli artt. 7 e 10 dello Statuto. Questi infatti specificano che il Re ha il potere di iniziativa legislativa (art. 10) e quello di sanzione delle leggi (art. 7). La partecipazione della Corona all'organo legislativo, tralasciando qui l'irrilevante potere d'iniziativa, rimane in concreto come un ultimo retaggio dell'antico potere assoluto e, tutt'al più, come necessaria conseguenza della sua titolarità esclusiva del potere esecutivo. Non si può sperare, si argomentava, ch l'esercizio della funzione legislativa possa essere perfettamente aderente ai bisogni pubblici senza la partecipazione del Re che, come capo dell'esecutivo, né può evitare discrasie e dissonanze. Se è vero, quindi, che la sanzione regia era parte integrante del procedimento legislativo e non solo una sua condizione di efficacia, è pure vero che essa svolge un ruolo secondario, di coordinamento e assonanza con i bisogni sociali.

La fase della formazione ed approvazione delle leggi non poteva che avvenire all'interno delle Camere in quanto espressione, almeno quella elettiva, della suprema volontà della Nazione. Ogni ipotesi di conflitto nel processo legislativo fra Camere e Re sarebbe stato infatti risolto dal corpo elettorale che, con le elezioni periodiche dei suoi deputati aveva il mezzo costituzionale e giuridico di imporre la propria suprema volontà (16).

(16) RACIOPPI-BRUNELLI, *Commento allo Statuto cit.*, vol. I, 201.

La disposizione, per concludere, vuole certamente significare che non può aversi una legge se non sia emanata collettivamente dalle due Camere e dal Re. Ciò esclude che il solo Re possa emanare atti aventi forza di legge.

Se qualche dubbio dovesse persistere sul significato e sulla portata dell'art. 3 St. esso svanirebbe al solo porre attenzione all'art. 6 St. che recita: « Il Re nomina a tutte le cariche dello Stato: e fa i decreti e regolamenti necessari per la esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza, e dispensarne ».

Anche in questo caso il tenore letterale della disposizione è estremamente chiaro ed univoco. Al Re è fatto esplicito divieto di emanare decreti che abbiano il potere di sospendere l'osservanza delle leggi o di dispensare chicchessia dalla loro esecuzione. Ciò significa in breve che al Re non è dato il potere di innovare l'ordinamento giuridico, di disciplinare rapporti di già disciplinati da norme legislative e quindi di abrogarle, derogarle o prorogarle. Detto divieto è perfettamente conforme e conseguente all'art. 3 che abbiamo visto affidare la potestà legislativa al Parlamento.

Questo significato della disposizione è poi suffragato dall'art. 82 dello stesso Statuto che rimanda il pieno dispiego degli effetti dello stesso alla prima riunione delle Camere dopo le elezioni e transitoriamente conferisce al Re il potere di « provvedere al pubblico servizio urgente con sovrane disposizioni, secondo i modi e le forme fin qui seguite ». La disposizione transitoria, in breve, conservava al Re per i casi urgenti il potere legislativo, da esercitarsi con le lettere patenti, soltanto finché le Camere non fossero state convocate dopo le elezioni e non fossero in grado di esercitare in proprio detta funzione (17).

Il commento dell'articolo non merita molte altre argomentazioni, anche perché si avrà occasione di penetrarne meglio il significato, valutandone la portata di ogni possibile effetto, quando si confuteranno alcune tesi dottrinali che, pur di trovare un qualche fondamento giuridico alla decretazione d'urgenza, ne trascureranno perfino l'esistenza. Un cenno tuttavia merita di essere fatto in questa sede

(17) Una conferma della incostituzionalità dei decreti-legge si può desumere dall'art. 5 della L. 20 maggio 1865 che aboliva il contenzioso amministrativo. Esso infatti fa obbligo ai giudici di applicare i decreti e i regolamenti solo in quanto conformi alla legge.

ai suoi precedenti storici che risultano, ove ne fosse bisogno, particolarmente illuminanti.

Anche questo articolo, come il precedente, ricalca fedelmente un'analogha disposizione della costituzione francese del 1830, quella contrassegnata col n. 12.

Dal verbale del 7 febbraio 1848 del Consiglio di Conferenza risulta esplicitamente che la disposizione era ritenuta superflua dai redattori dello Statuto, in quanto ritenevano che ex art. 3 risultasse sufficientemente chiaro che titolare della funzione legislativa doveva essere esclusivamente il Parlamento (18).

La disposizione fu tuttavia mantenuta proprio perché, comprendendo nella costituzione francese che era stata pedissequamente seguita, la sua scomparsa dallo Statuto albertino avrebbe potuto essere interpretata come una omissione deliberatamente voluta per dar adito ad interpretazioni distorte del precedente art. 3 che riconoscessero al Re un qualche potere legislativo. Il Consiglio di Conferenza si limitò, invece, a sopprimere, all'unanimità, dalla disposizione francese l'avverbio « jamais » perché ritenuto pleonastico. Essa infatti conferiva al re la potestà di emanare i decreti necessari per l'esecuzione delle leggi, « senza poter giammai sospendere le leggi stesse né dispensare dalla loro esecuzione ».

Appare chiaro che la soppressione del « giammai » non muta in nulla il significato e la portata della disposizione; ciò nonostante alcuni interpreti, forse troppo zelanti nei confronti del potere politico, proprio su detta soppressione, non invece sulla sua motivazione, appunteranno la loro attenzione per attribuire al Consiglio di Conferenza quella « arrière-pensée » che aveva cercato di evitare e per condurre un goffo tentativo di trovare un qualche fondamento di legittimità alla decretazione d'urgenza (19).

(18) Si veda in questo senso il verbale della seduta in: *Lo statuto albertino e la sua preparazione*, cit., p. 208-209: « Mais la majorité des voix, sur la considération que la suppression de cette phrase (cioè quella che stabilisce che il Re può fare i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza, o dispensarne) dans un article copié de la Constitution de France, pourrait faire naître le doute qu'il y eût une arrière-pensée, a jugé qu'il était plus prudent de ne pas l'omettre. On a cependant unanimement consenti sur la proposition du Comte Borelli, à enlever le mot giammai ».

(19) Si veda per tutti in questo senso: CODACCI-PISANELLI, in *Atti Parl.*, Camera dei Dep., legisl. XXVII, Doc. n. 46A, p. 4 e la Nota dello stato autore in *Foro Ital.*, 1890, I, 7.

Per concludere, lo Statuto albertino, nonostante la sua natura di carta ottriata, le sue molteplici lacune, la conservazione al Re dei più ampi poteri possibili, la scarsa incisività del principio di separazione dei poteri, ha delineato un assetto politico-istituzionale riporabile, sia pure con qualche confusione, alla forma di governo costituzionale pura ed ha attribuito in modo chiaro ed univoco la potestà legislativa al Parlamento (20).

Era infatti ormai acquisito alla cultura politica e giuridica dell'intera Europa che i diritti di libertà fondamentali e i rapporti giuridici in genere trovassero il loro filtro e la loro origine nella legge quale espressione della volontà suprema della Nazione.

(20) La dottrina italiana, specie negli anni che vanno dal 1888 al 1926, ha dibattuto ampiamente il problema della legittimità costituzionale della decretazione d'urgenza. Si può ritenere che in linea di massima la maggior parte di essa fosse per la illegittimità. In questo senso si veda: RACIOPPI-BRUNELLI, *Commento allo Statuto cit.*, vol. I, 351 ss.; GAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato*, in *Trattato di diritto Amministrativo a cura dell'ORLANDO*, 1909, vol. III, p. 199; LOMBARDO PELLEGRINO, *Il diritto di necessità nella Costituzione italiana*, Roma 1903; A. GAMBERINI, *I decreti d'urgenza in teoria e in pratica*, Bo, 1903; E. PRESUTTI, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 avanti la giurisdizione penale*, in *Giuris. Ital.* 1899, II, 367; IDEM, *Istituzioni di diritto Costituzionale*, Na, 1920, parag. 152; M. SOTTOPINTOR, *Nota in Foro Ital.*, 1923, I, p. 1; R. CERCIELLO, *L'ammissibilità dei decreti-legge nel diritto postbellico*, *Riv. Dir. Pubbl.*, 1921, I, 456; IDEM, *La questione dei decreti-legge*, in *Giuris. Ital.*, 1922, IV, 113. Ammettono invece la legittimità dei decreti-legge, escludendone però la applicabilità giudiziale finché non sia intervenuta la ratifica da parte del Parlamento: CODACCI-PISANELLI, op. e loc. cit.; AMBROSINI, *Nota in Foro Ital.*, 1922, I, 808; Sostengono invece la legittimità dei decreti-legge: MORELLI, *Il Re*, cit.; RANELLETTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Na, 1921, 41 e ss.; IDEM, *Polizia di Sicurezza*, in *Trattato Diritto Amministrativo dell'Orlando* (a cura), vol. IV, p. 1202; S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio-Calabria* in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1909, I, 251 e ss.

BRUNELLO PALMA

LA TUTELA DEL PATRIMONIO STORICO
NELLA LEGISLAZIONE FRANCESE: PROCEDURE E VINCOLI

SOMMARIO: 1. Premessa. La legge di programma 88-12 del 5 gennaio 1988. — 2. Cenni storici. Legge 30 marzo 1887. — 3. La legge 31 dicembre 1913 e l'«interesse pubblico» alla tutela. — 4. I beni oggetto di tutela: A - Gli immobili in generale; B - I monumenti naturali e i siti; I settori di salvaguardia; Le zone di protezione del patrimonio architettonico e urbano. C - I beni mobili. D - Il patrimonio rurale non protetto. — 5. Evoluzione dei criteri determinanti la tutela. — 6. Le singole misure di tutela: A - La classificazione; B - L'iscrizione nell'inventario supplemento dei monumenti storici; C - L'istanza di classificazione. — 7. Gli effetti della tutela sui beni e sui proprietari: A - effetti della classificazione; B - Gli effetti della iscrizione nell'inventario supplementare. — 8. Le sanzioni penali e civili.

1. La legge n. 88-12 del 5 gennaio 1988 prevede un programma di spesa per oltre 5 miliardi di franchi, da erogare nel quinquennio 1988-92, per il recupero e la valorizzazione di monumenti classificati o iscritti nell'inventario supplementare dei monumenti storici e di beni mobili in essi contenuti, per la valorizzazione dei siti archeologici classificati o iscritti, e, infine, per la realizzazione di programmi generali di lavori che riguardino il patrimonio rurale non protetto (1).

La legge fa obbligo al Governo di predisporre un rapporto sui mezzi e sulle modalità del loro impiego al fine di utilizzare in modo completo le somme stanziare, di semplificare, accelerare e armonizzare la gestione del patrimonio monumentale, le procedure di classificazione e di iscrizione, la tutela di monumenti di interesse locale, la programmazione e l'esecuzione dei lavori, e infine le condizioni per la concessione di sovvenzioni da parte dello Stato a soggetti pubblici o privati proprietari di monumenti storici.

Ogni anno il governo dovrà presentare entro il 15 di settembre un rapporto sull'esecuzione della legge indicando, per ciascun

(1) Le somme espresse in franchi del 1988 saranno aggiornate ogni anno in rapporto all'indice di inflazione. Di qui in avanti quando ci si riferirà ai «beni iscritti nell'inventario supplementare dei monumenti storici» sarà usata soltanto l'espressione «beni iscritti».

dipartimento, la lista delle opere i cui lavori di conservazione siano stati finanziati sulla base dell'esercizio finanziario precedente e la lista di quelle i cui costi di manutenzione siano imputabili all'esercizio in corso. Tale rapporto dovrà evidenziare l'ammontare delle spese di funzionamento in personale e materiali e quello di manutenzione. Esso dovrà indicare inoltre l'ammontare delle sovvenzioni concesse dallo Stato per i lavori di manutenzione, di restauro e di riutilizzazione dei monumenti classificati iscritti di proprietà di altri soggetti (2).

La legge citata, unitamente al decreto 88-389 del 21 aprile 1988 in esecuzione dell'art. 5 di essa e il decreto 88-698 del 9 maggio 1988 contenente alcune disposizioni sullo stato giuridico degli architetti in capo dei monumenti storici, costituisce la naturale e prolifera gemmazione della grande pianta rappresentata dalla legge 31 dicembre 1913 sui monumenti storici. Questa, a distanza di tanti anni, è ancora in vigore e la sua validità è suffragata dal fatto che una miriade di leggi e di decreti è venuta via via ad aggiungere disposizioni e norme, in relazione alla sempre più accentuata acquisizione di una coscienza sociale circa l'importanza delle testimonianze del passato nel determinare la qualità della vita, senza che mai ne siano stati sovvertiti la impostazione e i principi.

Anche la legge 88-12 del 5 gennaio 1988 porta i suoi contributi alla evoluzione e al completamento della legislazione di tutela del patrimonio storico. Anzi può dirsi che si colloca perfettamente nell'alveo tracciato dalla legislazione precedente. Essa infatti allarga il patrimonio oggetto di tutela da parte dei pubblici poteri e quindi di fruizione da parte dei cittadini estendendo, da un lato, l'intervento dello Stato dal patrimonio monumentale di già consacrato per il tramite della classificazione e della iscrizione a quello rurale non protetto, e, dall'altra, favorendo la fruizione pubblica dei monumenti classificati od iscritti e dei beni mobili che vi afferiscono, di proprietà privata, mediante l'esonero della tassa di registro per quegli eredi, donatari o legatari che si impegnino, con una convenzione da stipularsi con i ministri della Cultura e delle Finanze, a conservare i beni nelle condizioni che stabilirà l'amministrazione per la tutela dei monumenti storici, a mantenere nell'immobile i

(2) Per gli aspetti finanziari della legge si rimanda all'esauriente dibattito parlamentare e in particolare a M. J. De Gaulle, Rapport, Ass. Nat. seduta 9 dicembre 1987, Doc. 1124.

beni mobili oggetto dell'esenzione di imposta ed a permetterne il godimento da parte del pubblico secondo modalità da convenire (3).

La legge 5 gennaio 1988 presenta poi un altro motivo di interesse non solo per gli addetti ai lavori ma anche per gli stessi cittadini. Essa infatti, nello stanziare dei fondi, necessariamente insufficienti a causa dell'enorme estensione del patrimonio da tutelare nonostante il rilevante loro ammontare, riconduce al controllo del Parlamento il programma dei lavori da eseguire. La valutazione politica che ne verrà fatta, anno per anno, dall'organo elettivo non risolve alcune polemiche che da anni coinvolgono intellettuali, giuristi e politici francesi, ma rappresenta almeno un punto di riferimento e un contesto nel cui ambito di volta in volta le stesse potranno trovare la loro composizione. Alludo in particolare alla polemica che da tempo si agita tra i sostenitori e gli avversari del criterio: « *Plutôt sauver mille monuments pour cent ans que cent monuments pour mille ans* »; e quella ancor più annosa fra gli architetti, sostenitori in genere del criterio di tutela che possiamo chiamare della « ricostruzione », e gli archeologi, inclini invece per per formazione culturale e professionale a conservare « *in situ* » ed « *in integrum* » i resti dei monumenti come testimonianze di civiltà. In verità questa seconda polemica va da tempo risolvendosi a favore della semplice conservazione (e restauro essenziale nei casi di necessità) e viene sempre più abbandonata la pretesa di « *reconstruire* » i vari monumenti. L'introduzione infatti del concetto di testimonianza di civiltà e la sempre maggiore sensibilità nei confronti del bene culturale, dimostrata dal complesso dei cittadini, hanno esteso a dismisura il numero dei beni da conservare e valorizzare, ricomprendendovi anche beni immobili e mobili della prima metà di questo secolo.

(3) È interessante rilevare che i privati risultano essere proprietari del 26% dei monumenti storici classificati. Se ci si limita ai castelli ed agli edifici civili allora la percentuale sale fino ad attestarsi intorno al 60%. Si veda: J. P. Fuchs, Rapport, Ass. Nat., seduta 3 dicembre 1987, Doc 1102, p. 14. Nonostante l'esonero della tassa di registro, la finalità prima della legge rimane quella della conservazione dei beni e non già quella della loro valorizzazione e fruibilità. Non è un caso che M. J. Pelletier, relatore della commissione affari culturali, durante il dibattito al Senato auspicava, per i beni di proprietà privata, che fosse lo stesso proprietario a provvedere alla loro conservazione, senza minimamente preoccuparsi della mancata fruibilità da parte del pubblico: « *Sans doute le public y perd-il toute possibilité d'accès, mais le patrimoine est sauvegardé* ». M. J. Pelletier, rapporteur pour avis, 18^e séance, 15 novembre 1987, J. O., Déb., Senat, 6 novembre 1987, p. 3690.

Le risorse finanziarie occorrenti per una estesa politica di restauro e valorizzazione dei beni culturali vanno molto al di là delle possibilità del più ricco dei Paesi del mondo. La situazione si aggrava poi in maniera sensibile per i Paesi del bacino del Mediterraneo dove è nata e si è sviluppata in tutte le sue varie fasi la civiltà occidentale. Paesi quali l'Italia e la Francia, solo per fare un esempio, sono dotati di un patrimonio storico, artistico, archeologico, paesistico, archivistico e librario di notevole entità. Si impone quindi per questi, più che per qualsiasi altro, l'individuazione di criteri di intervento che possano contemperare al meglio la necessità di lavori per la manutenzione e valorizzazione dei molti beni costituenti testimonianza di civiltà con la insufficienza dei mezzi finanziari.

Vediamo come è nata e si è poi sviluppata la legislazione di tutela del patrimonio storico ed artistico dalle prime esperienze di salvaguardia a quelle di una ampia fruibilità da parte del cittadino.

2. Non è il caso, in questa sede, di procedere ad una esauriente analisi storica della normativa di tutela dei beni artistici e storici. Essa infatti ci imporrebbe quanto meno di prendere le mosse dalla rivoluzione francese e dall'atteggiamento equivoco tenuto in tale epoca dai pubblici poteri che se, da una parte, tentavano un primo inventario del patrimonio culturale ed istituivano alcuni importanti musei, dall'altra procedevano alla sistematica distruzione di edifici civili e religiosi che ricordassero i fasti del regime monarchico assoluto. L'analisi storica inoltre non potrebbe tralasciare il periodo convenzionalmente chiamato Monarchia di luglio, in cui uomini come Ludovic Vitet e, soprattutto, Prosper Mérimée svolsero una ampia azione di sensibilizzazione dei pubblici poteri e della stessa opinione pubblica che portò al risultato incomparabile della redazione di un inventario dei monumenti storici ed artistici (4).

Si impone tuttavia, pur nell'esiguità dello spazio, di fare un cenno alla legge del 30 marzo 1887, promossa ben sedici anni prima

(4) In precedenza c'erano stati due altri tentativi di formulare l'inventario dei beni storici; precisamente nel 1790 e nel 1810. Ambedue però non furono coronati da successo. Sia Vitet che Mérimée ricoprirono la carica di Ispettore generale dei monumenti storici. Per una storia delle origini della tutela dei monumenti storici si veda: F. Ruckert, *Les origines de la conservation des monuments historiques en France (1790-1830)*, Paris, 1913.

dalla Commissione dei Monumenti storici che era stata istituita fin dal 1837.

Questa legge, offuscata nella storia della legislazione francese in materia di beni culturali dalla successiva e più importante legge del 31 dicembre del 1913, ha in verità una notevole importanza non solo per aver posto alcuni principi che troveranno poi sviluppo e precisazione nelle leggi successive, ma anche per essere la prima legge organica del settore e per gli effetti da essa prodotti al di là delle sue stesse disposizioni normative. Essa infatti per la prima volta prevede la procedura di classificazione dei monumenti di « interesse nazionale ». In verità il criterio dell'interesse nazionale si rivelerà ben presto eccessivamente restrittivo, per cui non molti saranno i monumenti classificati nei primi anni di applicazione della legge. Non va tuttavia dimenticato che la classificazione era prevista per beni sia di proprietà pubblica sia di proprietà privata e si perfezionava, alla stregua di un contratto, con il consenso del proprietario.

Effetti molto più ampi ha finito per produrre la legge a seguito di una interpretazione estensiva della stessa e della legge 3 maggio 1841 da parte del Ministero della pubblica Istruzione e delle Belle Arti. La legge 5 maggio 1841 aveva appena disciplinato l'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità. Nonostante che la legge 30 marzo 1887 prevedesse soltanto la classificazione dei monumenti storici, con gli effetti appena accennati, previo accordo con il legittimo proprietario e non menzionasse per niente l'ipotesi dell'espropriazione, il Ministero suddetto riuscì ad imporre un'interpretazione estensiva dell'una e dall'altra facendosi riconoscere la facoltà di percorrere la via dell'espropriazione ove la classificazione non ottenesse il consenso del proprietario. Ben presto la classificazione per interesse nazionale assunse un significato che andava al di là dello stretto senso della locuzione, assumendo surrettiziamente quello di classificazione per interesse pubblico che sarà introdotto legalmente soltanto con la legge del 31 dicembre 1913.

Certo la legge del 1887 non era completa; non poche sono le lacune rinvenibili con il senno di poi. Tuttavia non va dimenticato che essa introdusse per la prima volta dei vincoli al diritto di proprietà in nome di valori intellettuali e spirituali. È l'embrione dell'interesse collettivo alla conservazione dei beni culturali. È insomma il primo cuneo che viene inserito a distinguere la proprietà legale del bene, che può essere del singolo cittadino, dal valore cul-

turale dallo stesso espresso, che appartiene invece a tutti. Tutto questo in un'epoca in cui, non solo in Francia, il diritto di proprietà era pressoché sacro.

3. A seguito della legge del 1905 di separazione della Chiesa dallo Stato il patrimonio architettonico avente valore storico od artistico, e perciò suscettibile di formare oggetto di tutela, assunse una dimensione tanto ampia da imporre una riorganizzazione dell'apparato burocratico di tutela e la formulazione di norme più precise e stringenti (5).

Alla prima esigenza risposero il decreto 21 aprile 1907 che riorganizzava il servizio dei Monumenti storici e i decreti 12 aprile 1907 e 19 marzo 1913 che istituivano un corpo di architetti specializzati cui via via saranno affidate sempre più ampie mansioni.

Alla necessità di una nuova normativa più organica e completa si provvede con la legge 31 dicembre 1913 sui monumenti storici pubblicata sul *Journal Officiel* del 4 gennaio 1914. È questa la legge, cui si accennava più sopra, che costituisce la normativa di base in materia di tutela dei monumenti storici. Essa ispirerà tutta la legislazione successiva fino ai giorni nostri ed anche se alcune sue disposizioni verranno modificate od abrogate, il più delle volte subiranno soltanto degli ampliamenti e mai, in ogni caso, saranno smentiti o stravolti i suoi principi fondamentali. Le innovazioni in essa contenute sono molteplici e tutte di particolare rilievo.

Innanzitutto va evidenziato il fatto che il criterio adottato per la classificazione di un bene immobile è costituito dalla sua rispondenza non più ad un interesse nazionale ma, più generalmente, ad un « interesse pubblico ». La differenza è sufficientemente chiara per non doverci spendere troppe parole. Basterà ricordare che mentre il primo, nel pretendere che il bene da classificare risponda ad un interesse dell'intera comunità nazionale, impone un giudizio di grande pregnanza storica od estetica, il secondo ritiene sufficiente per sottoporlo a tutela che il bene esprima valori storici od estetici riferibili ad una qualsiasi comunità. Non va inoltre nascosto il fatto

(5) La legge aveva spogliato gli enti ecclesiastici della proprietà di molti beni storici. In particolare quasi tutte le cattedrali di Francia divennero di proprietà dei Comuni in virtù di essa. Questi infatti risultano essere proprietari del 98% degli edifici religiosi. Va poi ricordato che la legge 21 aprile 1906 aveva equiparato i monumenti « naturali » a quelli storici.

che è sempre difficile stabilire i confini di un valore culturale e di individuare quando esso assuma una dimensione locale, regionale, nazionale o addirittura universale. Per cui, mentre con il criterio dell'interesse nazionale si corre il rischio che una interpretazione restrittiva dello stesso comporti la individuazione di un esiguo numero di monumenti da tutelare con la conseguente perdita di un enorme patrimonio legato alla storia regionale o locale, l'adozione del criterio dell'interesse pubblico permette di evitare simile grave rischio. Da un punto di vista dogmatico l'« interesse nazionale » e l'« interesse pubblico » possono essere coincidenti; ciò che li differenzia non è la natura dell'interesse bensì soltanto la dimensione oggettiva della collettività cui è riferibile.

È evidente che con l'introduzione del criterio dell'interesse pubblico la dimensione del patrimonio architettonico da tutelare subisce un ulteriore ampliamento. Ad esso peraltro vanno ad aggiungersi, secondo il disposto degli articoli 14/24 della legge, gli oggetti mobili, siano essi mobili propriamente detti o siano immobili per destinazione, che presentino un sufficiente interesse pubblico dal punto di vista storico od artistico.

La procedura di classificazione non presuppone più il consenso del proprietario; essa può essere dichiarata d'ufficio con un decreto del Consiglio di Stato quando il bene appartenga allo Stato, ad un dipartimento, ad un Comune o ad una qualsiasi istituzione pubblica. La stessa normativa sarà estesa ai beni di proprietà privata con la L. 66-1042 del 30 dicembre del 1966.

Le misure di tutela diventano tre. Oltre alla classificazione e alla iscrizione nell'inventario supplementare è prevista anche la istanza di classificazione che produce effetti del tutto simili alla classificazione ma provvisori, nel senso che essi sono destinati a divenire definitivi nel caso che l'istanza si concluda con la classificazione o a cadere se la stessa non interviene entro un termine dato.

La legge del 31 dicembre 1913 subirà nel tempo molte modificazioni dirette via via ad allargare il campo dei beni da tutelare, a perfezionare gli strumenti della tutela, ad accelerare le procedure previste e a potenziare l'apparato amministrativo preposto ai compiti di tutela.

È forse necessario ricordare qui le principali leggi cui si aggiungono numerosi decreti non meno importanti: L. 31 dicembre 1921, L. 23 luglio 1927, L. 2 maggio 1930, L. 27 settembre 1941, L. n. 92 del 25 febbraio 1943, L. n. 62-824 del 21 luglio 1962,

L. n. 66-1042 del 30 dicembre 1966, L. 70-119 del 23 dicembre 1970, L. 76-1285 del 31 dicembre 1976, L. n. 85-835 del 7 agosto 1985.

4. A) Formano oggetto di tutela, secondo la normativa vigente, tutti i beni immobili che, presentando da un punto di vista storico od artistico un interesse pubblico alla loro conservazione, siano classificati a cura del Ministero della Cultura quali monumenti storici. Vanno ricompresi fra questi i monumenti megalitici e i terreni che racchiudono insediamenti o giacimenti preistorici (art. 1 L. 92/1943).

La tutela può essere altresì estesa a quegli immobili o parti di immobili, di proprietà pubblica o privata, che pur non giustificando una richiesta di classificazione immediata, presentano un interesse storico od artistico « sufficiente » per auspicarne la conservazione. Mentre i primi sono riportati nella lista generale dei monumenti storici questi ultimi possono in ogni momento essere iscritti nell'inventario supplementare a quella.

Possono inoltre essere classificati anche i « dintorni » di un monumento storico; cioè ogni bene immobile che, pur non presentando alcun interesse storico od artistico, sia utile sottoporre ai vincoli della classificazione al fine di isolare, svincolare o risanare un monumento storico. In linea di massima può altresì essere vincolato ogni bene immobile, spoglio od edificato, situato nel campo di visibilità di un monumento storico classificato. Deve intendersi come posto nel campo di visibilità di un immobile classificato o proposto per la classificazione, ogni altro immobile che sia visibile dal primo o insieme al primo e, comunque, situato in un perimetro non eccedente i 500 metri (art. 1 L. 92/1943). Se il monumento storico non è classificato ma soltanto iscritto nell'inventario supplementare, possono essere sottoposti alle stesse misure vincolative tutti quegli immobili che si trovino nel suo campo di visibilità (art. 2).

La generalizzazione del concetto di « dintorni » di un monumento storico, già presente nella L. 31 dicembre 1913, in quello di campo di visibilità, effettuata dalla L. 92/1943, merita una qualche annotazione. Il campo di visibilità infatti è locuzione ambigua e di difficile definizione. L'inserimento di un elemento specificativo quale il perimetro di 500 metri sembrerebbe voler aggiungere, quale criterio massimale, uno strumento spaziale e geometrico alla valuta-

zione di co-visibilità (6). Il campo di visibilità insomma sarebbe determinato da due elementi essenziali: la co-visibilità e il perimetro di 500 metri, per cui dovrebbe ritenersi non sottoponibile ai vincoli derivanti dalla classificazione o dalla iscrizione, a seconda di quale sia lo stato giuridico del monumento da proteggere, l'immobile che pur trovandosi nel perimetro previsto non sia co-visibile o, pure essendo co-visibile si trovi fuori di detto perimetro.

L'interpretazione data dalla amministrazione preposta alla tutela dei monumenti storici e dallo stesso Consiglio di Stato ha finito per privilegiare l'elemento « spaziale geometrico » per cui, a prescindere dalla co-visibilità, viene sottoposto a vincoli tutto ciò che si trovi nel perimetro; a questo peraltro ha attribuito una significazione estensiva.

Il perimetro di 500 metri, infatti, potrebbe essere costituito da un quadrato equilatero di 125 metri che comporterebbe un vincolo su un'area di mq. 15.625 (ha 1,6) oppure, secondo l'opinione ormai prevalente, da un cerchio il cui raggio sia di 500 m. In questo caso la superficie sottoposta a vincolo aumenta a dismisura e diviene di 7.850.000 mq. (ha 78,5) (7).

Insomma alla locuzione « périmètre » si è sostituita dalla giurisprudenza quella di « rayon ». A questo poi va aggiunto che successivamente, con la L. 62-824 del 21 luglio 1962, è stata conferita al Consiglio di Stato la facoltà di adottare con decreto, sia pure in casi eccezionali e previo parere della Commissione superiore dei monumenti storici, un perimetro superiore ai 500 metri, la cui estensione precisa potrà essere determinata caso per caso. A tutt'oggi, in verità, l'uso fatto di questa facoltà è stato effettivamente eccezionale; solo per il castello di Versailles con decreto 15 agosto 1964 fu sottoposta a vincolo un'area di circa 3.300 ha.

B) il valore storico od artistico, assunto dalla legislazione come determinante l'apposizione di vincoli al diritto di proprietà in vista della realizzazione di un interesse collettivo, si è venuto via via

(6) Si veda: P. L. FRIER, *Le mise en valeur du patrimoine architectural*, Editions du Moniteur, 1979, p. 76; A. HEYMANN-DOAT, « La protection du patrimoine historique - Développement et rôle du droit », in *Revue du droit public et de la science politique*, 1985, I, pp. 169 e ss.; Y. JEGOUZO, « La protection du patrimoine culturel à travers les procédures de gestion des sols, de l'urbanisme et de l'architecture », in *La revue administrative*, 1985, sett-ott., p. 459.

(7) Si veda Y. JEGOUZO, op. cit., P. L. FRIER, op. e loc. citt.

dilatando fino a ricomprendere sempre più spesso il paesaggio ed il territorio in genere. Questi ultimi, in verità, esulano dall'oggetto di questa analisi che vorrebbe essere riservata al patrimonio storico od artistico strictu sensu; peraltro le stesse procedure per la loro tutela si differenziano non poco. Un cenno tuttavia si impone al solo fine di evidenziare come la relativa normativa sia scaturita, per gemmazione, da quella sui monumenti storici e, in particolare da quella « sur les abords » degli stessi.

Già la legge del 21 aprile 1906 aveva assimilato i monumenti naturali a quelli storici, estendendovi le misure di tutela allo stesso titolo di questi. Ma è con la L. 2 maggio 1930, successivamente modificata più volte ma in modo completo ed articolato nel 1967 con la legge n. 1174, che viene puntualizzata la procedura di tutela per i monumenti naturali e i siti che presentino un interesse collettivo dal punto di vista storico, scientifico, leggendario o pittoresco.

La Commissione dipartimentale dei siti, vedute e paesaggi prende l'iniziativa della classificazione sentito il Consiglio comunale competente. La classificazione avviene per ordinanza del Ministro della Cultura; nel caso che non vi sia l'accordo dei proprietari essa è assunta per decreto del Consiglio di Stato.

La legge 903 del 4 agosto 1962 individuava, al di là della tutela specifica prevista per i singoli monumenti ricompresi, la necessità di salvaguardare i complessi urbani che presentino un carattere storico, estetico tale da giustificare la conservazione, il restauro o la valorizzazione di tutto o parte dell'insieme (8). La creazione e la delimitazione del settore da salvaguardare sono decise con ordinanza ministeriale col parere favorevole o su proposta del o dei Comuni interessati. Raramente i Comuni si sono opposti alla creazione di detti settori; anzi quasi sempre l'iniziativa è partita da loro. In caso comunque di opposizione la decisione di classificazione è assunta con decreto del Consiglio di Stato.

Il piano di salvaguardia comporta l'indicazione degli immobili o parti di immobili di cui vengono vietate la demolizione, la sopraelevazione, la modificazione o la alterazione; e comporta pure l'indicazione di quelli per i quali può essere invece imposta dall'autorità amministrativa, in occasione di operazioni di sistemazioni pubbliche o private, la demolizione o la modificazione.

(8) La legge è detta anche « legge Malraux », essendo stata voluta da André Malraux allora Ministro della Cultura, per tutelare i centri storici delle città.

La finalità della legge non è, ovviamente, quella di ricostruire e riportare alla condizione originaria i settori urbani da salvaguardare, bensì quella di conservarne l'omogeneità pur con le sovrastrutture e le stratificazioni di stili che le varie epoche di civiltà possono avervi apportato.

La L. 83-8 del 7 gennaio 1983, relativa alla ripartizione di competenze fra i Comuni, i dipartimenti, le regioni e lo Stato, ha previsto la creazione di zone di protezione del patrimonio architettonico e urbano (Z.P.P.A.U.). L'art. 70 recita « Su proposta o con il consenso dei Comuni interessati, possono essere istituite delle zone di protezione del patrimonio architettonico e urbano attorno ai monumenti storici e nei quartieri e siti da tutelare e valorizzare per motivi di ordine storico od estetico » (9).

La normativa vuol realizzare un sistema di protezione del patrimonio storico « à la fois plus souple et plus efficace » (10). Più flessibile in quanto la zona di protezione è creata « attorno » ai monumenti storici, presumibilmente da intendersi già classificati o iscritti, o ai quartieri e siti da proteggere. L'espressione, come si può notare, è volutamente generica, per cui la Z.P.P.A.U. può riguardare indifferentemente ambienti urbani o rurali e la sua forma e dimensione possono variare da caso a caso (11).

Più efficace, invece, in quanto la procedura, pur non differenziandosi nelle finalità da quelle già previste per garantire la salvaguardia dei « dintorni » dei monumenti storici, prende le mosse da uno studio promosso dal Consiglio Comunale (o del Commissario della Repubblica della regione in caso di inattività di quello) che ne determina le modalità di realizzazione cui possono partecipare, in linea generale, gli stessi servizi dello Stato (i capi servizi dipartimentali di architettura, i delegati regionali all'architettura e all'ambiente, i conservatori dei monumenti storici e i segretari regio-

(9) D. DE BELLESCIZE, « De l'ancienne à la nouvelle législation sur la protection du patrimoine architectural et des sites: les zones de protection du patrimoine architectural et urbain », in *Revue de droit public et de la science politique*, 1986, mai-juin, p. 771 e ss.

(10) Si veda P. ZARKA, in *J. O., Déb., Ass. Nat.*, 30 novembre 1982, p. 723.

(11) D. DE BELLESCIZE, op. cit., p. 800. La Z.P.P.A.U. si ricollega strettamente alla legislazione « sur les abords » ed a quella sui siti protetti. Essa non ne differisce quanto a procedure e vincoli salvo che per una maggiore flessibilità e, soprattutto, per la partecipazione delle comunità locali nei processi decisionali.

nali di inventario) e degli ordini professionali. La zona è costituita con atto del Commissario della Repubblica della regione sentito il parere dell'architetto « degli edifici di Francia », dei Consigli Comunali interessati e del Consiglio Regionale del patrimonio e dei siti.

Gli effetti della zona di protezione si producono soprattutto in riferimento ai lavori da eseguire nel suo ambito. Essi, siano di costruzione, di demolizione, di disboscamento, di trasformazione o di modificazione, richiedono l'autorizzazione speciale dell'autorità competente a rilasciare la licenza di costruzione, sentito il parere dell'architetto « degli edifici di Francia ».

Una volta adottata la Z.P.P.A.U., i suoi effetti non si producono sul regime giuridico dei singoli monumenti classificati o iscritti, si sostituiscono però agli effetti previsti dalla legge per « les abords » degli stessi, con la conseguente scomparsa delle servitù derivanti dal perimetro dei 500 metri, quelli previsti dalla L. 2 maggio 1930 e successive modificazioni per i monumenti naturali e siti (art. 72 L. 8-1983).

Per quanto attiene invece ai rapporti fra la Z.P.P.A.U. e il settore salvaguardia va osservato che esiste una differenza di natura giuridica e una di campo di applicazione fra questi due strumenti di tutela (12). La prima infatti ha natura di servitù di interesse pubblico, il secondo invece è soltanto uno strumento urbanistico. Circa il campo di applicazione, invece, mentre la Z.P.P.A.U. riguarda soprattutto l'aspetto esterno dei beni, e in questo caso può sostituire i suoi effetti a quelli del settore di salvaguardia, quest'ultimo oltre a tutelare l'aspetto esterno degli immobili, protegge anche gli interni sui quali la Z.P.P.A.U. non ha competenza alcuna.

C) I beni mobili, siano essi propriamente tali o divenuti immobili per destinazione, la cui conservazione presenti un interesse pubblico dal punto di vista storico, artistico, scientifico o tecnico, possono essere classificati con decreto ministeriale.

Possono invece essere iscritti nell'inventario supplementare alla lista degli oggetti classificati, quei beni mobili, di proprietà dello Stato, di Dipartimenti, di Comuni, di istituzioni pubbliche o di istituzioni culturali, che presentino dal punto di vista storico, estetico, scientifico e tecnico un interesse da non giustificare la richiesta di

(12) D. DE BELLESCIZE, op. cit., p. 807.

una loro classificazione, ma « sufficiente » per auspicarne la conservazione.

Va ricordato che beni mobili appartenenti a proprietari privati non possono essere iscritti nell'inventario supplementare; essi possono soltanto essere classificati.

Fra i beni mobili vanno ricomprese le universalità di mobili, quali gli archivi e le collezioni fotografiche; mentre hanno una normativa specifica, nell'ambito dei beni mobili, gli strumenti musicali e in particolare gli organi.

D) La legge 88-12 del 5 gennaio 1988, di cui si è detto sopra, ha predisposto un piano quinquennale di spesa per la programmazione di lavori di restauro, manutenzione e valorizzazione dei monumenti storici, classificati o iscritti, dei siti archeologici, classificati o iscritti, e del patrimonio rurale non protetto. Non è la prima volta che quest'ultimo viene inserito nei programmi di spesa del Ministero della Cultura per cui, pur non rientrando, per caratteristiche storiche od estetiche, nell'oggetto della nostra analisi, esso è qui preso in considerazione sia perché da qualche anno è associato nei budgets di spesa della Direzione generale del patrimonio, sia perché costituisce pur sempre una testimonianza di civiltà e quindi un bene culturale (13).

Per patrimonio rurale non protetto vanno intesi quegli edifici di culto o civili che non siano protetti quali monumenti storici, che presentino però una qualche qualità architettonica e che siano situati in ambiente rurale o in zona di scarsa densità (centri fino a 3.000 abitanti).

Sono considerati edifici di culto rientranti in questa categoria, oltre alle chiese, templi, sinagoghe e cappelle, gli oratori, i calvari, i crocifissi stradali; fra gli edifici civili rientrano, ad esempio, i lavatoi, le fontane, i pozzi, i forni, le fornaci, colombaie ecc.

5. Prima di esaminare le singole misure di tutela va rilevato che i criteri di questa sono venuti via via evolvendosi non solo con riferimento all'interesse che ne costituisce la giustificazione ed il

(13) La tutela del patrimonio rurale fu prevista per la prima volta nella legge finanziaria del 1981 con l'inserimento dell'art. 20 del capitolo 66-20 che prevedeva un investimento complessivo, fra fondi di intervento e fondi di credito, di 25 milioni di franchi.

fondamento giuridico, ma anche in relazione ai requisiti degli stessi beni da tutelare.

Circa l'interesse s è già detto come dalla semplice « attrattiva », quale occasione per meditazioni storiche, si sia passati con la legge 30 marzo 1887 all'« interesse nazionale » e da questo a quello « pubblico » della legge 31 dicembre 1913. Per la semplice iscrizione nell'inventario supplementare è addirittura richiesto che l'interesse storico od artistico sia « sufficiente ».

Il termine interesse, nazionale, pubblico o sufficiente che sia, è locuzione abbastanza generica da lasciare agli organi competenti la più ampia libertà nelle scelte. Esso peraltro è determinato dalle caratteristiche del bene preso in considerazione, quindi presuppone un giudizio di valore, da parte dei vari esperti, che purtroppo finisce per essere determinato dai gusti del tempo e dalle mode.

Ciò vale soprattutto per i beni da sottoporre a tutela in virtù del loro interesse artistico, ma non è del tutto escluso neanche per quelli che presentino soltanto un interesse storico. Ogni Paese infatti ha periodi od epoche storiche che vorrebbe dimenticare se non addirittura cancellare. Il regime politico vigente al momento della istruttoria del dossier per l'inserimento di un bene fra quelli da tutelare può esercitare non poca influenza sulla valutazione dell'interesse dallo stesso rappresentato.

Si potrebbero fare esempi di storia recente; ma valga per tutti quello, più sopra accennato, della rivoluzione francese durante la quale, nel mentre nasceva una coscienza nazionale per la conservazione dei beni storici, si distruggevano sistematicamente quelli che, pur importanti, potevano ricordare i fasti dell'ancien régime (14).

I pareri della Commissione dipartimentale per gli oggetti mobili, della Commissione regionale del patrimonio storico, archeologico ed etnologico, della Commissione Superiore dei monumenti storici rivestono grande importanza, pur non essendo vincolanti, nel determinare le decisioni del Commissario della Repubblica del dipartimento, del Commissario della Repubblica della regione e del Ministro per la cultura circa l'intensità della tutela di un bene (classificazione o iscrizione) o la esclusione della stessa. Ciò nonostante

(14) Non è un caso che i monumenti storici del XVII e XVIII secolo, peraltro particolarmente ricchi di Castelli e dimore patrizie, ammontano ad appena una metà rispetto a quelli del XV e XVI secolo.

essi sono affidati alla sensibilità dei singoli membri di detti organi senza la possibilità di riscontri oggettivi. I criteri di determinazione della tutela possono perciò variare nel tempo e, soprattutto, da luogo a luogo. Le conseguenze sul piano della tutela degli interessi dei singoli proprietari sono evidenti.

Un passo avanti sulla strada della oggettivazione del giudizio di valore, che è sotteso alla decisione di sottoporre un bene a tutela, è rappresentato dal tentativo, in verità più della dottrina italiana che di quella francese, di unificare i vari beni storici, artistici, etnologici, paleontologici, archivistici, librari, ecc., in un'unica definizione di bene culturale, riferibile a ciascuno di essi in quanto testimonianza di civiltà.

La valutazione del bene quale testimone è più facile oltretutto più oggettiva, e permette di sottrarre lo stesso ad apprezzamenti di carattere estetico o di carattere politico senza però riuscire ad escluderli totalmente. Presenta poi l'inconveniente di allargare a dismisura il numero dei beni da sottoporre a tutela estendendo il campo di questa fino ai tempi nostri. Un bene anche attuale può infatti costituire testimonianza della tecnica, del costume, della cultura scientifica e tecnologica di oggi.

La tutela che in origine era reclamata per la conservazione e valorizzazione di importanti monumenti storici, si è estesa via via a monumenti di scarso valore storico ma legati a personaggi della cultura francese (la casa di Victor Hugo, quella di Balzac ecc.), fino ad arrivare ad edifici recentissimi espressione di una determinata tendenza culturale (15).

Dalla scarsa oggettività dei criteri di valutazione delle caratteristiche dei beni è testimone il conflitto costante fra gli architetti e gli archeologi in seno alle varie Commissioni chiamate a dare il loro parere. La partecipazione tuttavia nelle procedure di protezione di una pluralità di organi e di commissioni, sia a livello periferico che centrale, costituisce un segnale dell'aumentata sensibilità

(15) Il concetto di patrimonio storico ricomprende oggi quello di patrimonio industriale e commerciale. Nel primo rientra la classificazione delle vetriere del Creusot, le ferriere di Buffon, nel secondo quella del cinema Rex e Pagode. Il teatro des Champs-Élysées è stato il primo edificio del XX secolo ad essere classificato. È avvenuto nel 1957. Sono classificati quali monumenti storici anche gli accessi alla metropolitana di Parigi costruiti da Hector Guimard. Si veda: M. J. PELLETIER, Rapport, Senat, seduta del 3 novembre 1987, doc. 79, p. 9.

dei cittadini e dei pubblici poteri alle problematiche culturali e la garanzia di scelte più attente ed oculate (16).

6. Le misure di tutela previste dalle varie leggi sul patrimonio storico od artistico sono tre: la classificazione, l'iscrizione nell'inventario supplementare e l'istanza di classificazione. Come si avrà occasione di vedere più avanti, in alcune circostanze i beni immobili classificati o proposti per la classificazione possono addirittura essere espropriati per pubblica utilità. Questa però non costituisce un procedimento speciale previsto per il patrimonio immobiliare storico od artistico, ma segue le norme di diritto comune, previste cioè per qualsiasi altro bene. Non costituirà quindi in questa sede oggetto di uno specifico esame. Un'unica osservazione si impone e cioè che dal giorno in cui l'amministrazione pubblica ha notificato al proprietario di un bene immobile non classificato l'intenzione di procedere alla sua espropriazione, allo stesso bene si applicano tutti gli effetti della classificazione che, però, cesseranno se la dichiarazione di pubblica utilità non interviene nel termine di dodici mesi da detta notifica.

A) La classificazione è la forma più antica e più estesa di tutela.

Per quanto attiene ai beni immobili la relativa decisione motivata è presa con ordinanza del Ministro della Cultura in caso di consenso del proprietario, e con decreto del Consiglio di Stato in mancanza di detto consenso.

La procedura di classificazione può essere promossa d'ufficio dal Ministro della Cultura, oppure su domanda del proprietario, privato o pubblico che sia (Stato, regione, dipartimento, comune), di collettività locali, di associazioni culturali e, comunque, di ogni persona fisica o morale che vi abbia interesse (art. 1 del Decreto 84-1006 del 15 novembre 1984).

La domanda per la classificazione va presentata al Commissario regionale della Repubblica (art. 2) e corredata da una scheda

(16) Con la legge n. 8 del 7 gennaio 1983 che, negli artt. 69-72, ripartisce le competenze in materia di patrimonio storico fra i Comuni, i dipartimenti, le Regioni e lo Stato, si è inteso in qualche modo democratizzare le procedure di tutela ampliando la partecipazione delle comunità locali. Si veda in questo senso P. ZARKA, in J. O., déb., Ass. Nat., 30 novembre 1982, p. 7723.

contenente lo stato giuridico del bene, il suo inserimento nel paesaggio, l'interesse storico, lo stato di conservazione, fotografie, piante e dati catastali, schizzi, ecc.

Sentito il parere dell'architetto degli edifici di Francia, dell'architetto capo dei monumenti storici e dell'ispettore dei monumenti storici territorialmente competente, il Commissario regionale della Repubblica sottopone il dossier all'esame della Commissione regionale del Patrimonio storico, archeologico ed etnologico (CORE-PHAE). Ottenutone il parere favorevole lo stesso commissario può procedere con ordinanza alla iscrizione del bene a scopo conservativo e, quindi, invia copia del dossier al Ministro per la Cultura che, sentito il parere della Commissione superiore dei monumenti storici, può proporre la classificazione o, più semplicemente, l'iscrizione nell'inventario supplementare. In caso di proposta di classificazione il proprietario dovrà dare per iscritto il suo parere favorevole. Solo allora il Ministro potrà emettere la relativa ordinanza.

La classificazione dei beni immobili, comportando come si vedrà una serie di vincoli sugli stessi, è sottoposta a due forme di pubblicità. L'una realizzata mediante la trascrizione dell'ordinanza di classificazione presso la Conservatoria delle ipoteche ad opera del prefetto competente territorialmente; l'altra mediante la pubblicazione sul *Journal Officiel* della lista degli immobili che anno per anno vengono classificati. Detta pubblicazione deve avvenire entro il primo trimestre dell'anno successivo a quello della classificazione.

Per quanto attiene ai beni mobili la procedura di classificazione non muta molto rispetto a quella dei beni immobili. Anche per questi essa si conclude con la dichiarazione di classificazione assunta con ordinanza ministeriale. Il dossier però è predisposto dal conservatore delle antichità e degli oggetti d'arte del dipartimento in cui si trovi il bene. Esso poi è sottoposto al parere della commissione di dipartimento degli oggetti mobili e, se questa si pronuncia per la classificazione, è inviato al Ministro della Cultura che, con il parere favorevole della Commissione superiore dei monumenti storici ne dichiara la classificazione.

B) Se la classificazione risale a Prosper Mérimée, che nella redazione dell'inventario dei monumenti « *dé mérite incontestable* » aveva indicato per ordine d'importanza i monumenti per i quali a suo parere era necessario inserire nel bilancio statale una previsione di spesa indispensabile alla loro conservazione, l'iscrizione nell'in-

ventario supplementare è prevista per la prima volta nella legge 31 dicembre 1913. All'origine questa era poco più che una forma di censimento di beni. Con l'iscrizione nell'inventario che veniva notificata al proprietario si mirava soprattutto al controllo della circolazione giuridica del bene. Via via si sono dettate anche per la iscrizione norme sempre più precise e vincolanti fino a farne uno strumento per una vera e propria forma di tutela.

Il decreto 428 del 18 aprile 1961 stabilisce che i beni immobili pubblici o privati che, pur non giustificando una domanda di classificazione immediata, presentano un interesse storico ed artistico sufficiente per giustificarne la loro conservazione, sono iscritti nell'inventario supplementare per atto del Commissario regionale della Repubblica.

La iscrizione non richiede il consenso del proprietario al quale, secondo l'art. 2 della L. 27 agosto 1941, va soltanto notificata l'avvenuta iscrizione.

La procedura per l'iscrizione nell'inventario è identica a quella per la classificazione. Essa si arresta al parere della Commissione regionale del patrimonio storico, archeologico e etnologico (CORE-PHAE), sentito il quale il Commissario regionale della Repubblica può emettere ordinanza di iscrizione (17).

Per quanto attiene ai beni mobili la procedura di iscrizione è stata prevista soltanto con la L. 1219 del 23 dicembre 1970 che, all'art. 2, la riserva, come per gli immobili, soltanto a quegli oggetti mobili che presentino un sufficiente interesse pubblico per giustificarne la conservazione purché, però, siano di proprietà dello Stato, delle regioni, dei dipartimenti, dei comuni, di istituzioni pubbliche o di associazioni culturali. Insomma i beni mobili di proprietà privata sono esclusi da questa forma di tutela.

Anche l'iscrizione di beni immobili va trascritta nel registro delle ipoteche e pubblicata sul *Journal Officiel*.

C) L'istanza di classificazione è una forma temporanea di tutela, legata ad una situazione di immediato pericolo di scomparsa od alterazione di un bene immobile e destinata ad evolvere verso la produzione definitiva e permanente degli effetti della classificazione, o della iscrizione o, addirittura, in nulla di fatto.

(17) Il decentramento della iniziativa e della decisione di iscrizione a livello regionale è avvenuto, insieme alla istituzione della Corephae, con i decreti 1006 e 1007 del 15 novembre 1984.

Il Ministro della Cultura, infatti, quando abbia notizia di un immobile che versi nella situazione di pericolo sopradde- ta può adottare una procedura d'urgenza e, senza sentire il parere della Commissione Superiore dei Monumenti, ordinare al Commissario della Repubblica del dipartimento competente di notificare al proprietario l'intenzione dell'amministrazione di classificare l'immobile.

Dal giorno della notifica il proprietario ha due mesi di tempo per presentare le sue osservazioni. Dalla stessa, intanto, si estendono al bene tutti gli effetti della classificazione per un periodo di dodici mesi: termine entro il quale il Ministro, sentito il parere della Commissione Superiore dei Monumenti, può dichiarare la classificazione del bene o soltanto la sua iscrizione nell'inventario supplementare.

Se, trascorso detto termine, non sia intervenuta alcuna decisione ministeriale il bene si libera di ogni vincolo e l'istanza di iscrizione non può più essere rinnovata.

7. A) Quando un bene è classificato monumento storico subisce una serie di vincoli particolarmente stringenti, immobile o mobile che sia.

Esso non può essere distrutto, modificato, riparato, in tutto od in parte, senza il consenso preventivo del Ministro della Cultura.

I monumenti storici non possono essere trasferiti ad altri soggetti, qualsiasi ne sia il titolo, senza che lo stesso Ministro sia stato preventivamente informato. Tutti i diritti reali di cui siano oggetto sono per legge imprescrittibili. Qualora si tratti di beni immobili non sono ad essi applicabili le servitù legali; se poi sono di proprietà dello Stato risultano pure inalienabili.

Accanto alle obbligazioni di non fare, nel cui ambito vanno ascritte quelle appena citate, gravano sul proprietario di monumenti storici, o di beni rientranti nei dintorni di questi, anche obbligazioni di fare, in particolare quella inerente ai lavori di conservazione per il loro mantenimento nello stato attuale oppure di restauro se detto stato sia particolarmente precario.

La procedura prevista per l'esecuzione dei lavori varia in relazione all'importanza degli stessi. Quando si tratti di lavori di ristrutturazione, di modificazione e di restauro di particolare rilievo, questi devono essere effettuati sulla base di una pre-programmazione predisposta nel primo trimestre dell'anno precedente a quello della

esecuzione dei lavori. Il Commissario regionale della Repubblica predispone poi, con la collaborazione del direttore regionale degli affari culturali, una vera e propria programmazione dei lavori che dovrà essere sottoposta all'approvazione della conferenza amministrativa dei Commissari della Repubblica dei dipartimenti ricompresi nella regione.

La direzione dei lavori, una volta che siano stati approvati, è affidata all'architetto capo di monumenti storici (organo periferico dello Stato a livello regionale) quando sia stato concesso un contributo finanziario da parte dello Stato; in caso contrario allo stesso compete soltanto un potere di sorveglianza. È comunque sempre l'architetto capo dei monumenti che redige il progetto dei lavori.

Ove si tratti, invece, di lavori di semplice manutenzione la procedura è molto più semplice. L'iniziativa può essere presa dal proprietario o, d'ufficio, dall'architetto degli edifici di Francia, al quale compete comunque la direzione dei lavori.

Anche in questo caso può essere conferito un contributo finanziario da parte dello Stato che non può superare il 50 per cento dell'intero importo dei lavori.

Qualsiasi sia la natura dei lavori, la possibilità di ottenere contributi finanziari dallo Stato ha finito per favorire l'instaurarsi di una prassi per cui, normalmente, i proprietari (Dipartimenti, Comuni, istituzioni pubbliche, associazioni culturali od anche privati) preferiscono stipulare una convenzione con lo Stato, in virtù della quale, nel mentre si impegnano all'esborso di un certo ammontare della spesa necessaria, delegano ad esso la progettazione, l'esecuzione e la direzione dei lavori.

Il Ministro della Cultura può sempre far eseguire a cura della sua amministrazione ed a spese dello Stato, con l'eventuale concorso del proprietario, i lavori di restauro o manutenzione ritenuti urgenti ed indispensabili.

La sorveglianza per la salvaguardia dei monumenti storici è affidata ai diversi servizi dello Stato, dei Dipartimenti, dei Comuni e delle istituzioni pubbliche. Nel caso di Dipartimenti e Comuni le relative spese vanno annoverate fra quelle obbligatorie e per la loro copertura è concessa facoltà di porre un biglietto di ingresso.

Nel caso in cui l'ente pubblico cui è affidata la sorveglianza del bene non vi provveda, il Ministro della Cultura può provvedervi a spese dello Stato e, ove si tratti di bene mobile, può ordinare il trasferimento in luogo più sicuro (es. museo).

B) Gli effetti dell'iscrizione sono molto meno stringenti di quelli della classificazione. La differenza sostanziale deriva da quella esistente, in materia di rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione, fra autorizzazione e comunicazione preventiva. Infatti mentre per i beni classificati, come si è visto, ogni lavoro di restauro, riparazione o modificazione richiedeva il consenso preventivo del Ministro della Cultura, per quelli iscritti gli stessi lavori richiedono soltanto che ne sia data preventivamente notizia allo stesso Ministro.

Anzi, essendo questi ultimi, al contrario di quanto avviene per i beni classificati, sottoposti alla normativa ordinaria sulla licenza di costruzione, il relativo dossier, oltre ai normali pareri, deve avere allegato anche quello del Ministro della Cultura. Dunque autorizzazione per i primi e semplice parere per i secondi. Ai lavori sui beni iscritti sovrintende lo stesso proprietario e la loro direzione può essere affidata a qualsiasi architetto competente.

Lo Stato può intervenire con una sovvenzione fino al 40 per cento della spesa.

La licenza di esecuzione dei lavori e l'eventuale domanda di sovvenzione devono formare oggetto di un dossier da inviare all'architetto degli edifici di Francia del dipartimento ove si trovi il bene. Questi controllerà i lavori e soltanto a seguito di una sua dichiarazione che gli stessi sono stati eseguiti a regola d'arte verrà erogata la sovvenzione.

Anche quando l'iscrizione riguardi un bene mobile al proprietario incombe l'obbligo di non trasferirlo, salvo il caso di pericolo immediato, di non cederlo, di non ripararlo e restaurarlo senza averne informata l'amministrazione per il patrimonio storico almeno due mesi prima.

8. Le infrazioni alle norme sulla tutela, conservazione, restauro, modificazione, alienazione dei monumenti storici comportano sanzioni civili e penali.

Le sanzioni penali, previste al cap. V della L. 31 dicembre 1913, in caso di alienazione di un bene immobile o mobile classificato o di trasferimento, cessione, modificazione senza preavviso di un bene mobile iscritto, comportano un'ammenda a carico del responsabile fino a 15.000 franchi (art. 29). Una uguale ammenda è prevista per le infrazioni agli effetti prodotti dalla classificazione, dall'istanza di classificazione, dalla domanda di espropriazione (art.

30). Ai sensi invece dell'art. 257 del codice penale sono puniti i casi di distruzione, abbattimento, mutilazione o degradazione dei monumenti storici, siano essi mobili od immobili, classificati o solo iscritti (art. 257-1). La pena prevede la carcerazione da un mese a due anni ed un'ammenda di 30.000 franchi. Alla stessa sanzione può essere sottoposto chi soltanto minacci di distruggere o degradare un monumento storico. La pena è raddoppiata se l'autore della minaccia tenti od esegua quanto minacciato (art. 27-2). Dopo la L. 1285/76 anche le associazioni protezionistiche possono costituirsi parte civile nei giudizi per le infrazioni sopra citate.

Infine per quanto attiene alle sanzioni civili l'art. 30 della legge 31 dicembre 1913, modificato dall'art. 5 della L. 92/1943, prescrive che il Ministro della Cultura può ordinare il ripristino dell'opera a spese del responsabile. Egli può anche domandare all'autorità competente di ordinare detto ripristino. Quest'ultima può fissare una penalità o invece provvedervi a spese dei responsabili.

Quando un immobile o parte di immobile sia stato spezzato, frazionato o distaccato in alcune sue parti, il Ministro della Cultura può ordinarne la ricerca, ovunque si trovino, e la ricollocazione nel luogo originario, sotto la sorveglianza della sua amministrazione, a spese degli autori, dei venditori o dei ricettatori solidalmente considerati (art. 2 L. 92/1943).

GIUSEPPE GILIBERTI

CAESARI OMNIA LICENT
LA CONCEZIONE SENECHIANA DEL « *REX IUSTUS* »
DA CALIGOLA A NERONE

* Il presente articolo è il primo risultato di una ricerca finanziata dal MPI su potere pubblico e proprietà privata nei primi due secoli dell'Impero.

SOMMARIO: 1. Il modello augusteo nel discorso di Nerone in Tac. *Ann.* 13.4. — 2. Libertà senatoria e ideale ellenistico del monarca filosofo nell'*Ad Marciam de consolatione*. — 3. *Rex e sapiens* come immagini della divinità. — 4. Il Principato come *basileia* ellenistica nella *Consolatio ad Polybium*.

1. Nell'arco di tempo che va dalla fine del 54 al 62, anno in cui Seneca si ritira a vita privata, si consuma il tentativo di instaurare una forma di dispotismo illuminato, capace di allargare le basi dell'ormai precario consenso sul quale si regge la « dinastia » giulio-claudia (1). Il nuovo corso politico viene inaugurato nell'ottobre del 54, dopo i funerali di Claudio, da un discorso, probabilmente composto da Seneca, con il quale il giovane Nerone annuncia al Senato un programma di riconciliazione delle classi dirigenti, ispirato al modello augusteo. Il nuovo principe promette la fine della politica del terrore, l'abolizione dei processi *intra cubiculum*, la separazione tra *domus* e *res publica*, il rispetto dei poteri del Senato (2).

L'adesione a quest'immagine idealizzata del fondatore dell'Impero, evocata per rassicurare il Senato, non è però priva di riserve. Innanzitutto si tiene a precisare, nel racconto di Tacito, che il potere del principe trae legittimazione non dalla sola *auctoritas* senatoria, ma anche dall'acclamazione delle truppe (3). Inoltre la stessa figura

(1) Sia Tacito (*Ann.* 13.12) che Cassio Dione (61.7) riportano all'inizio del 55 la rottura definitiva di Nerone con Agrippina. Ma l'emarginazione dal potere della madre del principe era probabilmente già avvenuta alla fine dell'anno precedente, pochissimo tempo dopo il « discorso della corona »: cfr. Tac. *Ann.* 13.5; GRIFFIN, *Seneca. A Philosopher in Politics* (1976) 67 ss. Il disimpegno di Seneca dalla vita politica, conseguente alla morte del suo alleato Afranio Burro nella primavera del 62, eliminò ogni contrappeso al potere dell'imperatore.

La svolta anti-senatoria può probabilmente essere retrodatata di un anno, come sembra indicare la scomparsa della corona civica a partire dalla monetazione del 61: cfr. CIZEK, *La Roma di Nerone* (1982; tr. it. 1984) 125 ss.

(2) Tac. *Ann.* 13.4; Suet. *Nero* 10.1. Un giudizio entusiastico di Traiano sui primi anni del regno (*quinquennium Neronis*) è riportato in Aur. Vict. *Caes.* 5.2.

(3) Tac. *Ann.* 13.4: « *de auctoritate patrum et consensu militum praejatus* ». Più avanti egli si presenta invece come un capo militare alle dipendenze del Senato: « *se mandatis exercitibus consulturum* ».

di Augusto viene sottoposta a critica: a differenza di lui, Nerone non ha un passato di guerre civili, né ha vendette da compiere, sicché può ancora meglio del suo ispiratore rendersi garante di un'era di pace fondata sulla moderazione e sull'esercizio della *clementia*.

Ben più profonda è però, ovviamente, la differenza che Nerone vuol rimarcare tra sé e Claudio, presentando il proprio programma come una puntuale antitesi alla politica del suo predecessore. Ormai non fa neanche più riferimento al fatto di essere stato designato da lui come successore, poiché questo potrebbe oltretutto suscitare il ricordo dell'esclusione di Britannico. Ciò che importa è che egli ha dalla sua parte i pretoriani di Afranio Burro, e ha l'appoggio del ceto senatorio, propiziato da Seneca (4).

La base sociale del nuovo regime si prospetta quindi molto ampia, riconciliando le élites tradizionali con i nuovi gruppi dirigenti di estrazione equestre ed extra italica (5). L'elemento di più evidente continuità con il vecchio regime è rappresentato inoltre da una seconda e più potente coppia di alleati, Agrippina e Pallante (6), *a rationibus* di Claudio ed a suo tempo sostenitore dell'adozione di Nerone.

(4) La popolarità di Seneca presso l'ordine senatorio non dovette comunque essere priva di contrasti, se si pensa al voto con cui egli fu condannato a morte, per poi essere « salvato » da Claudio, che convertì la pena capitale in esilio: Sen. *Ad Polyb.* 13.2. Va però considerato il clima politico in cui si svolse la votazione e il carattere adulatorio della *Consolatio ad Polybium*, che perseguiva l'intento di ottenere il ritorno dall'esilio: cfr. Dio 61.10; MARCHESI, Seneca (1934²) 13 ss.

Si ritiene comunemente che Burro occupi una posizione subalterna rispetto a Seneca: cfr. Mc DERMOTT, *Sextus Afranius Burrus*, in *Lat.* 8 (1949) 249 ss. Il sodalizio politico tra i due prosegue senza contrasti fino alla fine: Tac. *Ann.* 13.2.

(5) BLANCO FREJEIRO, *Apuntes de la vida romana en la obra de Séneca* (1965) 65 s. attribuisce al filosofo il ruolo di iniziatore d'una politica filo-equestre destinata a caratterizzare poi i Flavii e gli imperatori spagnoli. L'estrazione sociale degli *Annaei* spiega il loro legame con il gruppo di potere di Seiano: cfr. GRIMAL, *Sénèque ou la conscience de l'Empire* (1978) 52 ss. Burro e Seneca favorirono indubbiamente provinciali loro amici, ma non si può parlare di un'organica politica in tal senso. L'estensione della cittadinanza fu irrilevante, in contrasto con la politica claudiana. Si adottò però una linea di moralizzazione dell'amministrazione delle province che portò, nel *quinquennium Neronis*, a numerosi processi contro i governatori: cfr. WARMINGTON, *Nerone* (1969; tr. it. 1973) 59 ss.

(6) Nel 55 verrà privato della carica, il che provocherà un decisivo ridimensionamento del potere di Agrippina: Tac. *Ann.* 13.14.1.

Il nuovo assetto del potere sembra dunque fondarsi su un riequilibrio dei rapporti di forza tra i ceti dirigenti italici e il blocco sociale che aveva sostenuto Claudio nell'ultima fase del suo regno: le aristocrazie provinciali, i liberti imperiali e gli apparati burocratici e militari. Ma in realtà c'è da dubitare che l'Augusta volesse sostanzialmente distaccarsi dalla politica claudiana. Fino al « discorso della corona », l'apertura nei confronti del Senato dovette essere concepita da Agrippina come un'operazione propagandistica, volta ad agevolare la transizione verso un regime nel quale sarebbe stata lei, la sacerdotessa del culto dell'imperatore defunto (7), ad esercitare il potere. Nerone, Pallante, Burro, Seneca erano infatti tutte persone sulla cui devozione riteneva di poter contare.

Il filosofo, in particolare, era legato al « partito » delle sorelle di Caligola fin dall'inizio della carriera politica. Nel complotto del 39, che portò all'esilio di Agrippina e Livilla, aveva perso l'amico Getulico, uno dei capi della congiura (8). Una presunta relazione adulterina con Livilla, denunciata da Messalina, aveva provocato il suo esilio in Corsica nel 41 (9). Per intercessione di Agrippina, divenuta nel frattempo moglie di Claudio, era stato richiamato a Roma nel 49, ed eletto pretore. Contemporaneamente gli era stata affidata l'educazione di Lucio Domizio, che l'anno seguente, col nome di Nerone, sarebbe stato adottato dall'imperatore.

La scelta del filosofo come precettore del futuro principe era certo riconoscimento alla sua fedeltà, ma anche una testimonianza di quanto egli fosse considerato affidabile sul piano ideologico. Esporre all'influenza di un intellettuale così autorevole una pedina politica dell'importanza di Lucio Domizio, sarebbe stato pericoloso, se Seneca non avesse ampiamente dimostrato di non condividere gli ideali dell'aristocrazia conservatrice. Ad ogni buon conto, Agrippina aveva

(7) Tac. *Ann.* 13.4; Suet. *Nero* 10. In seguito Nerone fece distruggere il tempio di Claudio in costruzione sul Celio e fece revocare l'apoteosi: Suet. *Claud.* 45; *Vespas.* 9.

(8) Alla testa del complotto era M. Emilio Lepido, marito di Drusilla. Su Getulico cfr. Sen. *Nat. Quaest.* 4 a, praef. 15. Il coinvolgimento di Seneca nella « *Lepidi et Gaetulici coniuratio* », e la stessa esistenza del complotto, è negata da SIMPSON, *The « Conspiracy » of A. D. 39*, in DEROUX, *Studies in Latin Literature and Roman History* 2 (1980) 347 ss. Il complotto, in merito al quale cfr. Suet. *Claud.* 9.1, sarebbe stato un'invenzione di Caligola.

(9) Si diceva che il filosofo fosse stato amante anche di Agrippina: cfr. Dio 61.10.

proibito che al figlio fosse impartito l'insegnamento della filosofia (10).

Benché gli Stoici fossero all'epoca accusati di sovversivismo e nostalgie repubblicane (11), la posizione di Seneca non aveva mai dato adito a tali sospetti. Fino all'ottobre del 54 il gruppo di potere raccolto intorno ad Agrippina fu unito dal progetto di preparare la successione a Claudio, promettendo la fine del terrore, senza mettere sostanzialmente in discussione la natura autocratica del potere imperiale. Del resto simili illusori « ritorni ad Augusto » erano già stati messi in scena da Caligola e dallo stesso Claudio. Ma questa volta il copione avrebbe subito una significativa variazione, grazie all'improvvisa spaccatura del « partito » di Agrippina.

2. Gli storici moderni hanno sovente attribuito a Seneca una concezione filo-senatoria e « diarchica » dell'Impero (12); o hanno rilevato nelle sue opere una netta contraddizione tra l'ideale autocratico del *De Clementia* e quello « augusteo » dell'*Apocolocyntosis* (13). Cercheremo invece di mostrare come il pensiero politico del filosofo abbia molto presto aderito all'ideologia stoico-cinica della regalità, accentuandone semmai gli aspetti autoritari. Il Seneca « augusteo » non arriva mai a teorizzare una spartizione di poteri tra Senato e principe. Egli si dimostra non solo sostenitore dell'autocrazia imperiale, ma di una sua particolare forma, svincolata dalla tradizione augustea, e fondata sul modello ellenistico del « *rex iustus* ».

È chiaro innanzitutto che in nessuna delle sue opere si pone il problema del ritorno alla *libertas* repubblicana, se non per denunciare l'utopismo patetico di quanti si attardano in simili nostalgie.

(10) Suet. *Nero* 52. Seneca era succeduto nell'incarico di precettore ai pedagoghi Aniceto e Berillo, ed al sacerdote egizio Cheremone, cui lo legava una comune adesione alla filosofia stoica: cfr. CIZEK, *o. c.* 25 ss.

(11) Cfr. Sen. *Epist.* 14.14; 73.1; Mc MULLEN, *Enemies of the Roman Order* (1966) 58 ss.

(12) Cfr. MARCHESI, *o. c.* 46 ss. Ancora più deciso nel rivendicare al filosofo l'idea di una monarchia costituzionale è MAZZARINO, *L'Impero Romano* 1 (1973) 219 nt. 11: « È inesatto dire che Seneca sognasse un ritorno ad Augusto: egli voleva che il principato neroniano fosse di gran lunga più costituzionale che l'augusteo. Non è punto retorica la sua esaltazione della *innocentia* neroniana, sin allora non concessa a nessun imperatore, dunque neanche ad Augusto (*nulli principum concessam: De clem.* 1,5) ».

(13) Cfr. DÜLL, *Seneca iurisconsultus*, in *ANRW.* 2 (1976) 364 ss.

Persino i suoi modelli di virtù Catone e Bruto sono duramente criticati per la loro incapacità di adeguarsi alla necessità storica del Principato. La *libertas*, sia pure riduttivamente intesa come nesso tra *aequalitas iuris civilis* e un potere politico limitato dalle *leges*, non è più all'ordine del giorno: non rendersene conto significa fallire e come uomini d'azione, e come intellettuali di matrice stoica (14). Il filosofo deve infatti analizzare lucidamente le condizioni politiche in cui si trova ad agire e, se è il caso, sottrarsi con dignità a battaglie senza speranza (15).

Questo duro richiamo alla concretezza è certamente anche una forma di autocritica rispetto a una primitiva impostazione del problema del Principato, legata non tanto forse al mito di Augusto, quanto al ricordo delle simpatie pompeiane degli *Annaei* (16). In

(14) Sen. *Epist.* 14.13: *Quid tibi vis, Marce Cato? Tam non non agitur de libertate; olim pessumdata est. Quaeritur utrum Caesar an Pompeius possideat rem publicam; quid tibi cum ista contentione?* Ma addirittura imperdonabile gli sembra Bruto, che ancora non capisce che la vicenda storica della Repubblica è terminata. Cfr. *De ben.* 2.20.2: *mibi enim, cum vir magnus in aliis fuerit, in hac re videtur vehementer errasse nec ex institutione Stoica se egisse; qui aut regis nomen extimuit, cum optimus civitatis status sub rege iusto sit, aut ibi speravit libertatem futuram, ubi tam magnum praemium erat et imperandi et serviendi, aut existimavit civitatem in priorem formam posse revocari amissis pristinis moribus futuramque ibi aequalitatem civilis iuris et staturas suo loco leges.* etc. La condanna sul piano filosofico dell'insuccesso politico è determinata dal fatto che Bruto non ha compiuto un'analisi adeguata della natura umana e delle tendenze in atto nella società romana (*ibid.*: *Quanta vero illum aut rerum naturae aut urbis suae tenuit oblivio, qui uno interempto defuturum credidit alium, qui idem vellet*). Questo richiamo al realismo va certo collegato alla virtù stoica dell'*eukairia*: cfr. GRIMAL, *o. c.* 240 ss. Ma è anche un luogo comune: cfr. Arist. *Pol.* 4.1, riguardo all'analisi scientifica che l'uomo di stato deve operare, per scegliere la costituzione adatta a un determinato popolo nelle condizioni date.

La testimonianza più toccante dell'ammirazione per Bruto e dell'antipatia per Cesare è nella *Consolatio ad Helviam matrem*. (8.4 ss.), del periodo dell'esilio.

(15) *De tranq.* 4.

(16) GRIMAL, *o. c.* 52 ss. enfatizza l'influenza delle simpatie pompeiane della famiglia di Seneca, che avrebbero indirizzato la sua formazione politica verso l'ideale della diarchia. Pragmaticamente egli si sarebbe poi legato a Seiano, come lo zio Galerio, e il padre adottivo del fratello Novato, Gallione, ricordato da Tiberio come « *satelles Seiani* » (Tac. *Ann.* 6.3).

Sul gruppo di potere degli *Annaei*, cfr. CIZEK, *L'époque de Neron et ses controverses idéologiques* (1972) 55 ss. Al gruppo di Seneca è collegato quello di Cornuto, anch'egli un *Annaeus*, forse più vicino al circolo dei tradizionalisti moderati di Trasea Peto.

una delle sue prime opere filosofiche, *Ad Marciam de consolatione*, viene esaltato il sacrificio di Cremuzio Cordo, morto per avere difeso i valori tradizionali dell'aristocrazia in un trattato di storia che aveva suscitato l'irritazione di Seiano, il potente liberto di Tiberio. Nell'opuscolo consolatorio, probabilmente risalente agli inizi del regno di Caligola (17), Pompeo viene descritto come il campione del Senato in lotta per la difesa della *libertas publica*, condizione essenziale per il mantenimento della libertà personale (18). Ma la vittoria di Pompeo al posto di Cesare avrebbe comunque portato al Principato (19): Seneca non contesta quindi la forma assunta dallo stato romano, ma si pone il problema dei modi di esercizio del potere. Augusto, Livia, Tiberio, e in parte lo stesso Cesare, sono mostrati come esempi di virtù; unico personaggio negativo è Seiano.

Seneca si aggiunge al coro di quanti, caduto il favorito di Tiberio, gli avevano attribuito ogni colpa del regime repressivo (20). Augusto ed i suoi successori appaiono tutti come salvatori della patria e restauratori, in vari tempi e modi, della libertà (21). Anche Caligola si pone su questa linea, dal momento che autorizza la riedizione delle opere di Cremuzio Cordo, consentendo che egli venga ammirato come un esempio di « *quid sit vir Romanus* » (22).

Fin qui nulla di diverso dalla consueta propaganda ufficiale sul tema del principe « *vindex libertatis* ». La *libertas* per la quale è morto il padre della dedicataria dell'opuscolo è ben diversa da quella repubblicana: è ormai solo la libertà personale, la sicurezza

(17) Cfr. LANA, *Lucio Anneo Seneca* (1955) 88 ss.; GIANCOTTI, *Cronologia dei « dialoghi » di Seneca* (1957) 45 ss.

(18) *Ad Marciam* 20.4-6.

(19) *Ad Marciam* 14.3; 20.4.

(20) Dio 58.12.4. Che Seneca abbia condiviso quest'assoluzione cortigiana di Tiberio, può rilevarsi della singolare scena di *Ad Marciam* 15.3, nella quale l'imperatore ostenta polemicamente la propria virtù di fronte a un Seiano bieco e confuso.

(21) Su Augusto, Tiberio, Caligola, Claudio, Nerone nella veste di *restitutores rei publicae* e *vindices libertatis*, cfr. DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana* 4.1 (1974) 248 ss.

(22) Suet. *Cal.* 16; Dio 57.24.4. Cremuzio Cordo era stato costretto al suicidio dopo un processo in Senato, per aver definito Bruto e Cassio « ultimi dei Romani ». I suoi scritti furono bruciati, ma una copia, occultata dalla figlia, poté essere salvata: cfr. Tac. *Ann.* 4.34 s.

nel godimento dei propri beni, il mantenimento di una certa dignità nei confronti del principe (23).

L'aristocrazia senatoria ha combattuto e perso; ed ora può solo adattarsi al potere autocratico. In verità non c'è nessun tentativo di avvalorare l'idea augustea del Principato: l'imperatore non è affatto un « protettore » della repubblica o una sorta di magistrato straordinario; né si delinea una concezione diarchica, nel senso di una spartizione di poteri tra due soggetti di sovranità reciprocamente indipendenti (24). La rivolta morale contro un potere che non tollera limiti costituzionali non riesce a indicare attraverso quali mezzi, giuridici e politici, il Senato potrebbe imporre un effettivo argine all'autocrazia. Ogni senatore è solo con la sua coscienza di fronte al principe.

Seneca non si fa sostenitore di una « monarchia costituzionale » (25), ma semplicemente pone il problema (tutt'altro che equivalente) dei limiti di diritto all'esercizio di un potere di fatto incontrollabile. Egli contrappone i principi fino ad allora succedutisi a vari esempi di potere arbitrario: il *rex* Tarquinio, Silla, il *tyrannus* Dionisio, quest'ultimo caratterizzato dal fatto di essere « *libertatis, iustitiae, legum exitium, dominationis cupidum post Platonem* » (26).

È interessante notare come si faccia qui riferimento ai disastrosi tentativi di Platone di indottrinare Dionisio il Giovane, nella speranza di fargli assumere il ruolo di re filosofo di Siracusa. Come vedremo è il primo contatto, all'interno di quella che è probabilmente la più « liberale » tra le opere di Seneca, con un'idea destinata a caratterizzare sempre più marcatamente la sua produzione letteraria e la sua azione politica. Si comincia a prospettare quella distinzione

(23) WIRSZUBSKI, *Libertas* (1950, tr. it. 1957) 245 ss. Cfr. Sen. *De ben.* 2.12.2, in cui un senatore che aveva compiuto una proscinesi nei confronti di Caligola, viene accusato di « *Persica servitus* ». Anche Nerone può essere lodato come instauratore di una « *forma reipublicae* » caratterizzata da una *libertas* spinta quasi all'eccesso: *De clem.* 1.1.8.

(24) Sul repubblicanesimo ideologico augusteo cfr. GUIZZI, *Il Principato tra « res publica » e potere assoluto* (1974; rist. an. 1988) 24 ss.

(25) Per la definizione di « monarchia costituzionale » cfr. LOEWENSTEIN, *Die Monarchie im modernen Staat* (1952) 23 ss. Sul « costituzionalismo romano » cfr. Mc ILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* (1956) 51 ss. Per la distinzione tra « monarchia costituzionale » e « monarchia limitata » cfr. CASSANDRO, *Monarchia*, in *ED.* 26 (1976) 730 ss.

(26) *Ad Marciam* 17.5.

tra re illuminato e tiranno che assumerà poi un ruolo centrale nell'opera di Seneca, benché qui il termine « *rex* » venga ancora usato con la tradizionale connotazione negativa (27).

Esiste chiaramente un'antitesi tra *princeps* e *dominus*, i cui termini sono simili a quelli esposti da Plinio nel Panegirico di Traiano (28), se non per il fatto che la *libertas* non è « octroyée », ma è concepita ancora come diritto inalienabile dell'aristocrazia senatoria (29). Ciò che distingue il potere legittimo, sia pur monarchico e assoluto, da quello arbitrario è il rispetto della giustizia, delle *leges*, e della *libertas* di un'aristocrazia sconfitta. Ma, paradossalmente, il Senato è ancora troppo forte perché il principe possa adattarsi facilmente all'idea di una « monarchia limitata », che ad esempio garantisca la libertà di parola. Seneca dovrà rendersene conto quando Caligola, irritato dai suoi successi oratori, accarezzerà l'idea di ucciderlo (30).

Il regno di Caligola era in verità iniziato in maniera assai promettente. Forte della leggenda secondo la quale Druso e Germanico avrebbero avuto simpatie repubblicane (31), il loro discendente si presenta fin dal discorso in memoria di Tiberio come un principe liberale. È la grande occasione attesa dagli *Annaei* per segnalarsi come sostenitori entusiastici del nuovo regime, e far dimenticare l'infortunio occorso all'amico L. Giunio Gallione, seguace di Seiano, esiliato da Tiberio (32).

Il vecchissimo padre di Seneca si impegna nella pubblicazione delle opere retoriche e nel completamento di una storia delle guerre civili, nella quale si esalta la figura di Bruno. Gli eventi successivi alla morte di Cesare vengono presentati come la « vecchiaia » di

(27) 16.2: *In qua istud urbe, di boni, loquimur? In qua regem Romanis capitibus Lucretia et Brutus deiecerunt: Bruto libertatem debemus, Lucretiae Brutum.*

(28) Paneg. 65.1: *Quod ego nunc primum audio, nunc primum disco, non est princeps supra leges, sed leges supra principem idemque Caesari consuli quod ceteris non licet;* 45.3: *Scis ut sunt diversa natura dominatio et principatus.* D'altra parte, la tanto decantata sottoposizione del principe alle leggi è puramente volontaria: « *ipse te legibus subiecisti* » (65.1). Cfr. WIRSZUBSKI, o. c. 249 ss.

(29) Cfr. invece Plin. Paneg. 66.4: *Iubes esse liberos, erimus; iubes quae sentimus promere in medium, proferemus.*

(30) Cfr. Dio 59.19.7.

(31) Tac. Ann. 1.33.2; 2.82.2; Suet. Tib. 50.1; Claud. 1.4.

(32) Retro, ntt. 5 e 16; cfr. LANA, o. c. 78 ss.

Roma (33), un'epoca di decadenza morale, alla quale Caligola sembra però sottrarsi (34). È in quel momento che i figli di Seneca il Vecchio, Novato e il giovane Lucio, si accingono a lanciarsi nella carriera politica.

La *Consolatio* a Marcia risente dunque profondamente dell'influenza di Seneca il retore e dell'eccessiva fiducia nella *mutatio temporum* (35) che ha caratterizzato le scelte politiche degli *Annaei*. Ma la formazione culturale di Seneca il filosofo è in intimo contrasto con le idee da « ultimo dei Romani » del padre, e molto più aderente, come si vedrà, allo spirito dei nuovi tempi.

3. Lucio Anneo Seneca non condivide inizialmente i progetti del padre: i suoi interessi lo portano piuttosto allo studio della filosofia sotto la guida dello stoico Attalo e di due seguaci della scuola dei Sestii, Soziona e Papiro Fabiano. Da questi ultimi apprende un atteggiamento di distacco dall'impegno politico, che arriva al punto da esporsi ad accuse di sovversivismo (36). Ma essi in realtà non avevano un atteggiamento ostile nei confronti delle istituzioni, repubblicane o monarchiche che fossero, purché capaci di assicurare *pax et libertas* (37).

Il singolare connubio tra un rigido stoicismo pratico, reinterpretato « romanamente » come trionfo della volontà (38) e usanze pita-

(33) Cfr. Lact. *Div. inst.* 7.15.14 ss.; Mc MULLEN, *o. c.* 33 ss.

(34) Seneca il Vecchio scagiona Caligola dall'accusa di avere avvelenato Tiberio: cfr. Suet. *Tib.* 73.2.

(35) *Ad Marciam* 1.3: *Ut vero aliquam occasionem mutatio temporum dedit. de quo sumptum erat supplicium, in usum hominum reduxisti...* Lo stesso Seneca aveva fatto per le opere che suo padre, più prudentemente, non aveva osato pubblicare durante il regno di Tiberio: Sen. *De vita patris* fr. 91 (Haase).

(36) Cfr. LANA, *Sextiorum nova et Romani roboris secta*, in *Studi sul pensiero classico* (1973) 339 ss.

(37) Sen. *Epist.* 73.

Q. Sestio respinse l'offerta di Cesare di farlo diventare senatore: « *intellegebat enim quod dari posset, et eripi posse* » Sen. *Epist.* 98.14).

(38) *Nat. quaest.* 7.32.2: « *Romanum robur* »; *Epist.* 59.7: « *Sextium ... Graecis verbis, Romanis moribus philosophantem* »; 64.2: « *liber Q. Sextii patris: magni, si quid mihi credis, viri et, licet neget, Stoici*. Cfr. MANTELLO, 'Beneficium' servile - 'debitum' naturale 1 (1979) 65 ss., sul volontarismo di Seneca. *Contra*, cfr. GRIMAL, *o. c.*, 25 ss. In effetti quella di Seneca non è un'etica della pura intenzione, per intenderci di tipo « kantiano »: sul rapporto tra *voluntas bene faciendi* e risultati pratici cfr. il mio « *Beneficium* » e « *iniuria* » nei rapporti col servo. *Etica e prassi*

goriche (vegetarianismo, esame di coscienza) conduce i seguaci della scuola ad atteggiamenti decisamente anticonformisti. Ciò li espone nel 19 ai rigori di un senatoconsulto che condanna all'esilio quanti aderiscono a idee e pratiche non romane (39). È un colpo mortale per la scuola, e lo stesso Seneca, con grande soddisfazione del padre, si lascia convincere a staccarsi dagli insegnamenti della *secta* (40).

Indubbiamente il rifiuto della politica e la ricerca di una *libertas* esclusivamente interiore, conquistata con uno stile di vita ascetico e contemplativo, sono quanto di più lontano dalle ambizioni paterne. Il giovane viene quindi prudentemente mandato a curarsi l'asma in Egitto, presso la zia, moglie del *praefectus*, ed ivi rimarrà almeno undici anni (41).

L'influenza degli insegnamenti ricevuti resterà comunque ben visibile, ad onta della forzata abiura, in tutta l'opera di Seneca: in particolar modo ci interessa qui sottolineare una concezione della natura « regale » del filosofo, di origine greca, divulgata a Roma dai suoi maestri. « Io sono un re », diceva Attalo, intendendo evidenziare la propria assoluta libertà morale (42). E Sestio, il fondatore della scuola, pur concedendo che Giove può tutto e possiede tutto (*Iuppiter omnia habet*), pone l'autorità del filosofo al di sopra di quella del dio (43). La missione del saggio è quella di indicare a tutti (anche ai re, precisa Seneca) la via del bene (44).

Pure il saggio può dire che tutto gli appartiene (*haec omnia mea sunt*), in quanto egli si identifica con la ragione universale (45).

giuridica in Seneca, in *Sodalitas* 4 (1983) 1844 ss. Sul rapporto tra Sestii e scuola stoica cfr. ROSTAGNI, *Storia della letteratura latina* 2 (1964³) 455 ss. Sulla componente pitagorica del loro pensiero cfr. GIANOLA, *La fortuna di Pitagora presso i Romani dalle origini fino al tempo di Augusto* (1921) 58 ss.

(39) Tac. *Ann.* 2.85.4; Suet. *Tib.* 36; Ioseph. *Antiq.* 18.3.5. Sui maestri di Seneca cfr. LANA, *o. ult. c.* 362 ss. (in particolare su Papirio Fabiano).

(40) Sen. *Epist.* 108.22.

(41) *Ad Helv.* 19.2. Sul soggiorno del filosofo in Egitto e sull'influenza che la cultura di quel paese esercitò su di lui, cfr. TURCAN, *Sénèque et les religions orientales* (1967) 39 ss.

(42) *Epist.* 108.13. Il filosofo è « *legibus solutus* »: *De vita b.* 15.5.

(43) *Epist.* 73.12 ss.

(44) *Epist.* 108.13.

(45) *De ben.* 7.3.2: *Unus est sapiens, cuius omnia sunt nec ex difficili tuenda ... Quenadmodum di immortales regnum inermes regunt*, ecc.; 7.3.3: *ingentis spiritus res est, cum Orientem Occidentemque lustraveris animo ... emittere hanc dei vocem: « Haec omnia mea sunt! ».*

Ma gli attributi della divinità, come si riverberano sul filosofo pienamente realizzato, così possono applicarsi anche al re che, scoprendo di avere una missione provvidenziale (46), esercita il potere politico in conformità ai dettami del *logos*. Se il filosofo è un re, anche il re dovrà essere filosofo: anzi passerà proprio di qui la discriminante tra monarca legittimo e tiranno.

4. Come abbiamo visto, Seneca viene esiliato da Claudio nel 41. Nel corso di quella amara esperienza, egli rinnega completamente le posizioni assunte nelle *consolationes* per Marzia e per la madre Elvia, in merito al rifiuto del servilismo e alla sopportazione dell'esilio. Frutto di quel cedimento sarà la *Consolatio ad Polybium*, volta ad ottenere la protezione del liberto di Claudio e il perdono dell'imperatore.

Si tratta di un'opera imbarazzante per i cultori del mito di un Seneca intrepido oppositore della tirannide, al punto da indurre taluno a negarne l'autenticità o fantasticare di suoi intenti satirici (47). E imbarazzante dovette essere per lo stesso autore, tanto da fargliene poi distruggere una parte nella quale si elogiava Messalina e i liberti imperiali (48).

Nella *Consolatio* sono contenute notevoli anticipazioni di tematiche che verranno sviluppate soprattutto nel *De clementia* e nel *De beneficiis*. È infatti la prima opera nella quale il filosofo si propone come consigliere del principe, costruendo per lui un modello nel quale possa specchiarsi, per ispirare a sua volta i sudditi (49). Il filosofo non si pone più il problema dei limiti di diritto positivo a un potere che si riconosce ormai *supra leges*. Anzi egli fornisce argomenti per una interpretazione del Principato come *basileia* ellenistica, dai tratti marcatamente assolutistici:

(46) In verità la *providentia* può fare ascendere al trono anche principi indegni come Caligola, ma in quel caso è da intendersi che essa premi il valore dei suoi antenati: *De ben.* 4.31.

(47) In proposito rinvio a DEGL'INNOCENTI PIERINI, *Motivi consolatorii e ideologia imperiale nella Consolatio ad Polybium di Seneca*, in AA.VV., *Cultura e ideologia da Cicerone a Seneca* (1981) 117 ss.

(48) Dio 61.10.2; cfr. GIANCOTTI, *Il posto della biografia nella problematica seneciana*, in *RAL.* s. 8, 8 (1953) 56 ss.

(49) *Ad Polyb.* 7.1; cfr. *De clem.* 1.16.

Sen. *Ad Polyb.* 7.2: *Caesari quoque ipsi, cui omnia licent, propter hoc ipsum multa non licent: omnium somnos illius vigilia defendit ...*

7.4: *Caesare orbem terrarum possidente, impertire te nec voluptati nec dolori nec ulli alii rei potes ...*

Cesare può tutto e possiede tutto.

Ormai non si tratta più di una metafora per alludere alla superiorità morale del *sapiens* rispetto all'uomo comune, ma un preciso riferimento alla concezione della regalità paternalistica e carismatica, di cui è paradigma l'*Hercules patiens*, eroe stoico-cinico e patrono di Claudio (50). Il suo non è un potere costituzionale, o quanto meno limitato dal rispetto della legge positiva e dall'esigenza di tutelare la proprietà privata: il principe è un evergete ellenistico, un benefattore dell'umanità nelle cui mani la *providentia* ha posto le vite e i beni dei sudditi, senza altri limiti che la *lex naturalis* (51). Il suo potere non riceve alcuna legittimazione dagli organi costituzionali repubblicani, ma è fondata sull'*aretè*, nell'accezione di superiorità morale e culturale del « re per natura », che Platone, Isocrate ed Aristotele hanno divulgato (52).

Questa divinizzazione del potere politico è certo incompatibile con gli insegnamenti della *secta* dei Sestii, ma ormai Seneca, iniziato il *cursus honorum* (53), è attratto dai richiami alla *Realpolitik* che gli provengono dallo studio dei testi della Media Stoa (54). Inoltre la lunga permanenza in Egitto può avere avuto il suo peso nel fargli accettare un modello di re cui viene attribuito non solo il potere politico, ma anche la proprietà dei beni dei sudditi. È difficile dire quanto l'adesione a questo ideale di regalità fosse in quel momento genuina, e quanto invece pesasse la necessità di adulare Claudio e il suo liberto, presentato come alter ego dell'imperatore. Fatto sta

(50) Cfr. RONCALI, *Fonti e modelli della satira contro Claudio*, in *Quaderni di storia* 25 (1987) 103 ss.

(51) Cfr. GEYER, *Der hellenistische Staat, ein Vorläufer des modernen absoluten Staates*, in *Hist. Zeitschr.* 132 (1925) 392 ss.; M. A. LEVI, *L'idea monarchica fra Alessandro e Nerone*, in *Neronia* 1977 (1982) 31 ss.

(52) Cfr. M. A. LEVI, *Theòs aniketos. Aspetti culturali della legittimità di Alessandro Magno*, in SORDI, *Alessandro Magno. Tra storia e mito* (1984) 53 ss.

(53) Diventa pretore dopo il ritorno dall'Egitto, grazie all'appoggio della zia: *Ad Helv.* 19.2.

(54) Cfr. COVA, *Lo stoico imperfetto* (1978) 44 ss.; POHLENZ, *L'ideale di vita attiva secondo Panezio nel de officiis di Cicerone* (1934; tr. it. 1970) 61 ss.

che questa presa di posizione non rimane isolata, ma si sviluppa per tutta l'opera successiva del filosofo, sia quando egli affianca Nerone come consigliere (*De clementia*), sia quando è costretto al ritiro (*De beneficiis, Epistulae ad Lucilium*).

Avuta in sorte l'opportunità di essere davvero il consigliere del principe, e addirittura il suo precettore, egli accentuerà i tratti autocratici del suo modello, attribuendogli le caratteristiche del *sapiens*. Aderendo alla concezione stoica della regalità, il suo *rex iustus* non sarà certo un dio, ma un « uomo della provvidenza », attraverso il quale si manifesta in maniera privilegiata la presenza del divino nella società (55).

Egli è legge incarnata, non nel senso però che il diritto si risolve integralmente nella sua volontà: il re non può che conformarsi a un sistema di regole e valori etico-giuridici preesistenti nel *logos* (56). Perciò il *rector civitatis*, a differenza del tiranno, è anche *praeses legum* (57).

La sua azione di governo deve essere razionale e scevra dall'ira (58), ispirata alla *clementia* (59) e allo spirito di servizio nei confronti della collettività (60). È un insieme di teorie che forse non era del tutto condiviso da Claudio, almeno per quanto attiene

(55) Sen. *De clem.* 1.1.2. Cfr. Muson. 8 (Hense); Dio Chrys. 49.4; GOODENAUGH, *The Political Philosophy of Hellenistic Kingship*, in *Yale Class. Studies* 1 (1928) 55 ss.; SINCLAIR, *Il pensiero politico classico* 2 (1951; tr. it. 1961; rist. 1973) 382 ss. Una simile concezione è già presente in Platone, nel *Gerone* di Senofonte, ma prima ancora nella vocazione al potere della scuola pitagorica.

(56) Cfr. PRANDI, *La lettera di Aristotele ad Alessandro: il problema di Callistene*, in SORDI, *o. c.* 38 ss.

(57) *De ira* 1.6.3.

(58) Seneca inizia a scrivere il *De ira* sotto Caligola, a cui avrebbe dovuto essere dedicato in origine, ma poi lo completa sotto il regno di Claudio, prima dell'esilio: cfr. LANA, *Lucio Anneo Seneca* cit. 117 ss. CUPAIUOLO, *Introduzione al De ira di Seneca* (1975) 28 ss. sposta l'opera a dopo l'esilio. Sulla violenza irrazionale come carattere del tiranno cfr. GRIMAL, *Les allusions à la vie politique de l'Empire dans les tragédies de Sénèque*, in *Acad. des insc. et belles lettres* (1979, estr.) 211 ss. Claudio aveva emanato un editto col quale prometteva di porre freno alla sua tendenza all'ira: Suet. *Claud.* 38.1.

(59) *De ira* 2.22-23.

(60) *Ad Polyb.* 7.2; *De clem.* 1.14.2; 1.8.2. Il tema del principe come servitore dello Stato, già caro a Tiberio (Suet. *Tib.* 24.2) aveva origini molto risalenti: cfr. POHLENZ, *La liberté grecque* (1956) 141 ss.; VOLKMANN, *Die Basileia als endoxos douleia*, in *Historia* 16 (1967) 155 ss.

alla legittimazione teocratica del potere, ma certamente lo era da parte di Agrippina.

Il clan politico-familiare dei figli di Germanico, dopo gli inizi « liberali » del regno di Caligola, si avvicina decisamente all'ideologia monarchico-assolutistica. Il fratello di Agrippina si presenta come un nuovo Alessandro Magno (61) e si dichiara prosecutore dell'esperienza storica di Antonio, piuttosto che del principato augusteo (62). Anche nei rapporti incestuosi e nella divinizzazione di Drusilla egli si presenta come una sorta di faraone romano (63). E la stessa Agrippina appare legata a questa concezione del potere, di cui si fa portatrice alla corte di Claudio (64).

Con il richiamo a Roma, nel 49, Seneca realizza il sogno di diventare direttore spirituale di un imperatore. Aveva tentato invano con Claudio, e probabilmente anche prima con Caligola (65), nonostante i rischi di una posizione del genere, che era costata la vita al prefetto del pretorio Sertorio Macrone (66). La storia continua a ripetersi: anche l'inizio del regno di Nerone si apre sotto fausti auspici, pure questa volta un « discorso della corona » promette una nuova età dell'oro all'insegna del felice ricordo di Augusto.

Ma nessuno pensa realmente, nel campo di Agrippina, di mantenere quelle promesse; e proprio all'allievo di Seneca toccherà dimostrare come sia aleatorio il tentativo di razionalizzare un potere che pure si voleva illimitato. Per il momento le teorie sull'assolutismo filosofico serviranno egregiamente a fare propaganda al nuovo regime. La crisi del patto istituzionale che legava il Senato al principe in funzione di « socio subordinato » (67), rendeva ormai non credibile e addirittura pericolosa la legittimazione augustea del potere imperiale.

Era opportuno creare un nuovo principio di legalità che rompesse definitivamente con la tradizione repubblicana. Il principe

(61) Dio 59.17.3; Suet. *Cal.* 49; 52.

(62) Dio 59.20.1-3. Sul modello antoniano del clan dei figli di Germanico cfr. GIZEK, *La Roma di Nerone* cit. 75 ss.; PICARD, *Les trophées romains* (1957) 331 ss.

(63) Cfr. RONCALI, *o. c.* 108 ss.

(64) Cfr. LÉVY, *La légende d'Osiris et Isis chez Sénèque*, in *Latomus* 10 (1951) 147 ss.

(65) Cfr. LANA, *Lucio Anneo Seneca*, cit., 101 ss.

(66) Philo *Leg. ad C.* 7.44; 8.53 s.

(67) WIRSZUBSKI, *o. c.* 199 ss.

doveva risultare chiaramente un sovrano a tutti gli effetti, dotato di un potere non necessariamente dinastico, ma certo neanche delegato dagli organi costituzionali « repubblicani » (68). La teoria stoica della regalità si prestava mirabilmente a tale scopo: il *rex iustus* è un monarca carismatico, che non ha bisogno di investiture. Come sia arrivato al potere non importa: anche l'avvelenamento di Claudio è al limite un evento provvidenziale.

(68) PERELLI, *L'età di Nerone* (1974) 11 ss.

CARLO ROSSELLO

SOPRAVVENIENZE IMPREVISTE E ADATTAMENTO
DEL CONTRATTO NEL DIRITTO INGLESE
E STATUNITENSE *

* Con qualche adattamento, il presente lavoro riproduce il testo della relazione svolta nell'ambito del seminario su « *Le cause di adattamento del contratto internazionale: clausole di forza maggiore, di hardship e monetarie* », tenutosi alla Camera di Commercio di Milano nei giorni 2 e 16 maggio 1988 e organizzato dall'Istituto Internazionale per la Promozione della Cultura Arbitrale (ISDACI). Per non appesantire l'esposizione, si sono limitate le note ai riferimenti essenziali.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il sistema inglese e la *frustration of contract*: a) descrizione della operatività del *discharge by frustration*; b) inconvenienti del sistema. — 3) Il sistema statunitense e la *commercial impracticability*: evoluzione della giurisprudenza; b) il sistema dell'*Uniform Commercial Code*; c) l'adattamento giudiziale del contratto. — 4. Conclusioni.

PREMESSA

A fronte di eventi imprevisi o costituenti forza maggiore (un improvviso aumento dei prezzi, una anomala svalutazione della moneta, un inaspettato ostacolo nell'esecuzione della prestazione) il contratto può contenere clausole appositamente negoziate dalle parti allo scopo di risolvere i conseguenti problemi di adattamento o, in senso lato, di (re)distribuzione del rischio contrattuale, la cui funzione specifica è quella di comporre in qualche modo il conflitto di interessi determinato dal prodursi di eventi in contrasto con i presupposti della iniziativa economico - contrattuale (1).

Tali clausole (le c. d. *hardship clauses*) prevedono, per ristabilire l'equilibrio turbato dalla sopravvenienza, una sostanziale rinegoziazione dei termini iniziali dell'accordo, mediante criteri di carattere oggettivo (ci si riferisce allora all'equilibrio esistente al momento della conclusione del contratto), soggettivo (con il rinvio a principi equitativi) o misto.

(1) È allora d'obbligo fin da ora il riferimento al fondamentale lavoro (svolto anche in chiave di comparazione) di M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, Rist. inalt. 1975, specie pp. 178 ss., 195 ss.; v. anche Id., *Prestazione economicamente impossibile, «frustration» del contratto e principio di equità. Dal dogma del volere alla «gap filling doctrine»*, ora in *Nuovi saggi di diritto civile*, Milano, 1980, p. 53 ss.; E. ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità e «Frustration of Contract»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1239 ss.

La procedura di adeguamento contempla solitamente il dovere delle parti di procedere alla rinegoziazione e, in caso di disaccordo o di rifiuto di uniformarsi a tale dovere, un rimedio consistente nel ricorso allo strumento arbitrale (2).

Fin qui, il regime convenzionale, demandato alla autonomia privata ed alla fase di redazione del contratto.

È peraltro evidente l'esigenza, immanente ad ogni sistema di diritto contrattuale, di assegnare in ogni caso (e quindi anche al di là ed in assenza di una espressa previsione delle parti) soluzioni adeguate ai problemi di controllo di compatibilità tra circostanze sopravvenute e adempimento (3).

Tale problematica, con specifico riguardo alle interferenze fra *hardship clauses* e disciplina generale, può essere schematizzata secondo la formula seguente. Ferma restando la possibilità per le parti di prevedere mediante clausole *ad hoc* le conseguenze di eventi di *hardship* o forza maggiore, cosa accade, per altro verso, nelle ipotesi in cui: a) manchi del tutto nel regolamento contrattuale una clausola finalizzata a disciplinare la sopravvenienza; b) tale clausola sia stata inserita, ma il suo contenuto risulti insufficiente rispetto alla più estesa ed anomala portata della sopravvenienza; oppure ancora c) non sia possibile rinegoziare il contratto secondo quanto prevede la clausola di *hardship*, per il rifiuto di uno dei contraenti, o più semplicemente per la impossibilità di trovare un nuovo punto di equilibrio.

Nel quadro del diritto italiano, tutti questi problemi trovano uno specifico referente normativo nell'art. 1467 cod. civ., e nei

(2) Per la descrizione dei meccanismi di funzionamento delle clausole di *hardship* cfr. FONTAINE, *Hardship Clauses*, in D.P.C.I., 1976, p. 85 ss.; C. M. SCHMITTHOFF, *Export Trade*⁷, London, 1986, p. 164 ss.; Id., *Hardship and Intervener Clauses*, in (1980) *Journ. Bus. L.*, p. 82 ss.; A. FRIGNANI, voce «*Hardship Clause*», in *Noviss. dig. it.*, App., vol. III, Torino, 1982, p. 1181 ss. (e Id., *Il diritto del commercio internazionale*, Milano, 1986, p. 69 ss.).

(3) Si vedano allora le aggiornate considerazioni di M. BESSONE e A. D'ANGELO, voce «*Presupposizione*», in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 326 ss.; M. BESSONE, *Presupposizione, «oggettività» delle circostanze e fonti di integrazione del rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1747 ss.; A. FRIGNANI, *Le «Hardship Clauses» nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di «civil» e di «common law»*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 680 ss.; F. BONELLI, *Risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dir. comm. int.*, 1988, p. 1 ss.

relativi criteri di esigibilità della prestazione, oggetto di una ormai ampia e approfondita letteratura (4).

Qui di seguito ci si propone invece di considerare quale genere di soluzione venga assegnato rispettivamente dalla *contract law* inglese e statunitense ai problemi di amministrazione giudiziale del rischio contrattuale connessi con le situazioni sopra schematizzate.

Anticipando quelle che saranno le conclusioni, si può rilevare come il sistema inglese risulti al riguardo più rigido di quello nord-americano, in quanto il giudice, nel vuoto di una espressa previsione convenzionale, ha scarso (o inesistente) potere di adattamento del contratto. In pratica, il diritto inglese dei contratti affronta il problema nei termini di un drastico *aut aut*: o il permanere dell'impegno nei termini originari, nonostante il maggior sacrificio imposto all'obbligato dall'evento imprevisto, oppure la caducazione del rapporto secondo una delle note formule di *discharge* (*impossibility* o *frustration*). Non è invece consentito al giudice di adattare il contratto alla nuova situazione, in quanto ciò contrasterebbe con il principio fondamentale per cui « le Corti non possono riscrivere il contratto in luogo delle parti ».

Il sistema americano, soprattutto alla luce di alcuni recenti sviluppi, sembrerebbe invece presentare nei casi sopra enumerati una maggiore flessibilità, tale da consentire il permanere in vita del contratto, a condizioni modificate alla luce della sopravvenienza. Non sempre, come si vedrà, tale flessibilità rappresenta un pregio.

A questo punto, occorre però richiamare sinteticamente i principi che, in assenza di espressa previsione delle parti, sono destinati a disciplinare, rispettivamente nel sistema inglese ed in quello statunitense, le conseguenze giuridiche del sopravvenire di circostanze impreviste che alterino i termini dell'accordo (e quindi il programma economico) inizialmente fissati dai contraenti (5).

(4) Cfr. ancora una volta, anche per più ampi riferimenti, M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 7 ss., da aggiornare con Id., *Ratio legis dell'art. 1467 cod. civ., risoluzione per eccessiva onerosità e alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, II, p. 341; Id., *Impossibilità « economica » della prestazione, clausola generale di buona fede e giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1979, V, 49 ss.; F. BONELLI, *Risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 1 ss.

(5) Per un primo inquadramento di campo occorre anzitutto fare riferimento alla manualistica: cfr. allora per tutti G. C. CHESHIRE, C. H. S. FIFOOT and M. P. FURMSTON'S, *Law of Contract*¹², London, 1986, p. 554 ss.; CHITTY, *On Contracts*²⁵,

Il sistema inglese e la frustration of contract

a) *Descrizione della operatività del discharge by frustration.*

Il sistema inglese ha subito una notevole evoluzione in materia.

Nel passato, infatti, la responsabilità contrattuale era regolata dal principio della cosiddetta « *absolute liability* », enunciato nel caso *Paradine v. Jane*, in base al quale, a differenza del caso in cui un dovere sia imposto dalla legge, nell'ipotesi in cui un obbligo sia assunto volontariamente a mezzo di un contratto, l'obbligato rimane vincolato (e quindi tenuto al risarcimento dei danni) anche se l'adempimento sia divenuto impossibile per causa a lui non imputabile (6).

In pratica, in assenza di clausole che espressamente prevedano

vol. I, London, 1983, p. 1521; ANSÓN'S, *Law of Contract*²⁵, Oxford, 1979, p. 494; S. WILLSTON, *A Treatise on the Law of Contracts*⁵ (by W. H. E. JAEGER), vol. 18, New York, 1978, sect. 1931 ss.

Per un maggior approfondimento rimangono classici gli studi monografici di H. SMIT, *Frustration of Contract: A Comparative Attempt at Consolidation*, in 58 (1958) *Colum. L. Rev.*, p. 287 ss.; K. RHODE, *Adjustment of Contracts on Account of Changed Conditions*, in 3 (1959) *Scandinavian Studies in Law*, p. 168; CHAPMAN, *Contracts - Frustration of Purpose*, in 59 (1960) *Mich. L. Rev.*, p. 103 ss.; H. J. BERMAN, *Excuse for Non-performance in the Light of Contract Practices in International Trade*, in 63 (1963) *Colum L. Rev.*, p. 1413 ss. e in *Studi Ascarelli*, vol. I, Milano, 1969, p. 104 ss.; G. A. CUNEO and E. H. CROMWELL, *Impossibility of Performance. Assumption of Risk or Act of Submission?* 29 (1964) *Law e Contemporary Problems*, p. 531 ss. Per i più recenti sviluppi dell'ordinamento statunitense v. S. J. SIRIANNI, *Developing Law of Contractual Impracticability and Impossibility*, in 14 (1981) *U.C.C. L. Journ.*, 30, 146. Un'utile panoramica di sintesi è poi offerta da J. J. GORMAN, *Commercial Hardship and the Discharge of Contractual Obligation Under American and British Law*, in 13 (1980) *Vanderbilt Journ. of Transnat. L.*, p. 107 ss.

In lingua italiana cfr. G. ALPA, *Contratto e common law*, Padova, 1987, p. 90 ss.; V. TEDESCHI e G. ALPA (a cura di), *Il contratto nel diritto nord-americano*, Milano, 1980, p. 113 ss.; E. ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità e « frustration of contract »*, cit.

(6) 82 E. R. 897 (K. B. 1647). Nella specie si trattava di un contratto di affitto, e l'affittuario non era stato in grado di pagare i canoni a causa della invasione straniera del territorio, che gli aveva impedito di percepire alcun reddito dal fondo. Il *dictum* della Corte suona letteralmente così: « When the party by his own contract created a duty charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract ».

le conseguenze di eventi di *hardship*, l'obbligato che si assoggetta volontariamente ad una prestazione assoluta e incondizionata non può lamentarsi se gli eventi successivi giocano a suo sfavore.

A partire dalla metà del secolo scorso, tuttavia, le Corti inglesi hanno elaborato una *doctrine* che mitiga la durezza della regola *Paradine v. Jane*, consentendo la « caducazione » (*discharge*) del contratto e la liberazione delle parti dai rispettivi obblighi nel caso in cui l'adempimento sia reso impossibile da cause irresistibili ed estranee alla responsabilità delle parti (*discharge by impossibility*).

Il *seminal case* in materia venne deciso nel 1863 in relazione ad un contratto di affitto di un *music hall* distrutto dal fuoco (*Taylor v. Caldwell*). In tale occasione i giudici inglesi fissarono il principio in base al quale, nei contratti in cui l'adempimento dipende dalla esistenza fisica dello specifico bene dedotto in obbligazione o della specifica persona che deve rendere la prestazione, si può riconoscere una condizione implicita per cui la impossibilità della prestazione derivante dal perimento della cosa o della persona costituisce esimente (7).

Successivamente, in uno fra i più noti dei c.d. « *coronation cases* », sorti in seguito alla soppressione della cerimonia di incoronazione di re Edoardo VII (1903), la *doctrine of impossibility* venne estesa dalla ristretta ipotesi di distruzione materiale dell'oggetto della prestazione (la *physical impossibility* del caso *Taylor v. Caldwell*) a quella più generale di venir meno dello stato di cose assunto da entrambe le parti quale fondamento del contratto (e della conseguente *frustration of purpose*). Nella specie venne per l'appunto deciso che la cerimonia di incoronazione del nuovo sovrano rappresentasse il fondamento del contratto di locazione di un balcone concluso fra le parti in causa, e che al venir meno di tale presupposto (la cerimonia fu rimandata per malattia) dovesse conseguire lo scioglimento del vincolo negoziale (8).

(7) *Taylor v. Caldwell*, 122 E. R. 309 (K. B. 1863): « The principle seems to us to be that, in contracts in which the performance depends on the continued existence of a given person or thing, a condition is implied that the impossibility of performance arising from the perishing of the person or thing shall excuse performance » (*ivi*, 314).

(8) *Krell v. Henry*, (1903) 2 K. B. 740, sul quale si v. le approfondite riflessioni (e ulteriori richiami) di M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 192 ss.

Nel frattempo, però, in una serie di fattispecie in materia marittima occasionate verso la fine del secolo scorso in relazione a contratti di *charterparty* perturbati da imprevisti quali blocchi, incagli e simili, le Corti inglesi erano andate elaborando la *doctrine* relativa alla c.d. « *frustration of adventure* ».

In base a tale regola giurisprudenziale, un effetto identico a quello determinato dalla impossibilità materiale della prestazione si produce quando quest'ultima sarebbe teoricamente possibile, ma l'evento sopravvenuto sconvolge le basi del contratto, ponendo le parti in una situazione « radicalmente differente da quella originariamente contemplata e assunta quale base dell'accordo » (9).

La definizione più efficace di *frustration* è quella resa da Lord Radcliffe in un caso relativamente recente, secondo la quale « ricorrere *frustration* quando la legge riconosce che, senza colpa di alcuna delle parti, un obbligo contrattuale non può essere adempiuto in quanto le circostanze nelle quali l'adempimento è richiesto lo renderebbero qualcosa di radicalmente diverso rispetto a quanto era stato pattuito nel contratto » (10).

La giustificazione teorica di tale regola operativa è stata desunta, su basi soggettive, dalla presenza di un *implied term* ricavabile (più o meno fittiziamente) in tal senso dalla volontà stessa dei contraenti. Ma è evidente che (in termini più realistici, e una volta abbandonato ogni psicologismo fondato sul formale ossequio al dogma della volontà) si tratta piuttosto di uno strumento oggettivo di intervento sul contratto, operato dai giudici alla luce delle circostanze di fatto non previste dalle parti (11).

L'effetto legale della *frustration* consiste nella « caducazione » del vincolo contrattuale (*discharge by frustration*), a partire dal momento del verificarsi dell'evento perturbativo.

(9) Cfr. *Geipel v. Smith*, L.R. 7 Q.B. 404 (1872); *Jackson v. Union Marine Insurance Co.*, L.R. 10 C.P. 125 (Exch. 1874); *Dahl v. Nelson, Donkin & Co.*, 6 App. Cas. 38 (1881). Per la formulazione ufficiale della *doctrine* relativa alla « *frustration of adventure* » occorre tuttavia attendere il caso *F.A. Tamplin Steamship Company v. Anglo-Mexican Petroleum Products*, (1916) 2 A.C. 397 (House of Lords).

(10) *Davis Contractors Ltd. v. Farhem UDC*, (1956) A.C. 696, *ivi*, pp. 728-729.

(11) Cfr. G. C. CHESHIRE, C. H. S. FIFOOT and M. P. FURMSTON's, *Law of Contracts*, cit., p. 556 ss., nonché M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 121 ss.; ID., *Prestazione economicamente impossibile*, « *frustration* » del contratto e principio di equità, cit., p. 56.

Da tale regola potevano discendere, nella sua formulazione originaria, conseguenze economiche penalizzanti. Infatti, gli obblighi già maturati nel periodo antecedente la sopravvenienza avrebbero dovuto in ogni caso essere adempiuti, anche se rimasti privi di causa. Questo genere di disfunzioni è stato corretto dapprima nel caso *Fibrosa*, che fissò l'obbligo di restituzione delle somme pagate, anche prima del « *frustrating event* », nel caso di totale venir meno della *consideration* (12), e poi, in maniera più specifica, dal *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*.

Tale disciplina legislativa si applica ai contratti governati dalla legge inglese, con esclusione dei contratti di *charterparty*, di assicurazione, nonché dei « *sale agreements* » relativi a beni determinati in cui il rischio non sia ancora passato al compratore. In sostanza, l'*Act* prevede come conseguenza economica della *frustration* da un lato la ripetizione delle somme pagate da ciascuna parte in esecuzione del contratto prima dell'evento perturbativo, e dall'altro un compenso a fronte delle spese sostenute da un contraente per il parziale adempimento, commisurato ai benefici conseguiti dall'altro.

b) *Inconvenienti del sistema*

A parte ciò, la potenziale incertezza circa i presupposti di applicazione della *doctrine of frustration* è testimoniata dalla vicenda dei c.d. *Suez cases*, sorti in seguito alla improvvisa chiusura del canale di Suez nel novembre del 1956. Quattro casi vennero portati in giudizio (due relativi a contratti di compravendita internazionale e due relativi a *charterparties*), e decisi in maniera divergente.

Nel caso *Carapanayoti & Co. Ltd. v. E. T. Green Ltd.* la lite riguardava un contratto di compravendita *C. i. f.* avente per oggetto

(12) *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbain Lawson Combe Barbour Ltd.*, (1943) A.C. 32, (1942) 2 All E.R. 122. Si trattava nella specie di un contratto di fornitura di macchinari concluso nel luglio 1939 fra una società inglese (venditore) ed una società polacca (compratore), e reso ineseguibile a seguito della situazione bellica. In epoca anteriore al verificarsi della sopravvenienza, il compratore aveva già pagato un anticipo sul prezzo, di cui chiese la restituzione. Il venditore eccepì a tale richiesta di avere già eseguito sui macchinari un notevole lavoro. La Corte fissò la regola per cui gli anticipi versati anche prima della « *frustration* » dovessero essere restituiti, ma solo nel caso di « *total failure of consideration* » (lasciando irrisolto il problema per i casi di « *partial failure of consideration* »).

una partita di semi di cotone da trasportare da Port Sudan a Belfast. In seguito alla chiusura del canale di Suez, il venditore invocò la *frustration* per essere liberato dalla propria obbligazione, e tale effetto venne riconosciuto dal giudice McNair sul rilievo che « la persistente praticabilità della rotta di Suez era *fundamental assumption* al tempo della conclusione del contratto » (13). Analoga soluzione, questa volta in relazione ad un contratto di trasporto, venne praticata nel caso *Società Franco Tunisienne D'Armement v. Sidermar* (14). Gli armatori avevano noleggiato la nave per il trasvolto di acciaio dalla costa orientale dell'India a Genova con *charterparty* in data 18 novembre 1956. A seguito della chiusura del canale, la nave prese la via del Capo di Buona Speranza. All'arrivo a destino, tuttavia, gli armatori noleggianti chiesero in *quantum meruit* il risarcimento del costo supplementare del 64 per cento affrontato in tal modo. La corte ritenne che la circumnavigazione attraverso il Capo fosse così tortuosa, innaturale e diversa dalla rotta di Suez, da comportare una « *fundamentally different obligation* », e dichiarò « frustrato » il contratto. Soluzioni opposte rispetto a quelle appena esaminate vennero invece adottate nel caso *Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noblee & Thorl GmbH* (15), nel quale, con riguardo ad una compravendita internazionale *C. i. f.*, la *House of Lords* riformò di fatto il precedente *Carapanayoti*, e in *Ocean Tramp Tankers Corp. v. V/O Sovfracht* (« *The Eugenia* »), laddove, in relazione ad un *time charterparty* da porto del Mar Nero a costa dell'India, Lord Denning non giudicò sufficientemente radicale la differenza fra la navigazione via Suez e quella attorno al Capo (16).

Oggi, proprio per ovviare a queste incertezze interpretative, i *charterparties* contengono di solito una « *Suez Canal Clause* », finalizzata a predeterminare i rispettivi doveri delle parti nel caso di chiusura del Canale.

A parte queste non indifferenti incertezze interpretative, la *doctrine of frustration* presenta, come si è detto, un inconveniente fondamentale: quello, cioè, di prevedere una rigida alternativa fra

(13) *Carapanayoti & Co. Ltd. v. E. T. Green Ltd.*, (1959) 1 Q.B. 131; (1958) 3 W.L.R. 390.

(14) (« *The Massalia* »), (1961) 2 Q.B. 278.

(15) (1960) 2 Q.B. 318; (1959) 2 W.L.R. 179; (1958) 2 LL. Reports, 515.

(16) (1964) 2 Q.B. 226 (C.A.); (1964) 1 All E.R. 161; riportata anche in *Dir. mar.*, 1965, p. 507.

mantenimento in vita del contratto nei suoi termini originari e risoluzione del rapporto. Manca, invece, la possibilità di adattamento del regolamento negoziale da parte del giudice (17).

Questo tipo di impostazione può presentare seri inconvenienti nel caso di importanti contratti internazionali, laddove di solito i costi di negoziazione (c. d. « *transacting costs* ») sono molto elevati, ed è conseguentemente interesse comune delle parti quello di conservare il contratto mediante qualche forma di adattamento piuttosto che terminare il rapporto prima del tempo, senza che il programma (complesso) a suo tempo divisato si sia realizzato.

* * *

Passando al secondo dei problemi inizialmente formulati, occorre ora esaminare cosa accada nel sistema inglese nel caso in cui le parti abbiano espressamente previsto un certo evento definibile in senso lato di *hardship*, ma in seguito la sopravvenienza assuma proporzioni o natura tale da esorbitare la previsione convenzionale.

La questione è stata specificamente affrontata nel caso *Jackson v. Union Marine Insurance Co. Ltd.* (1874) (18). Si trattava di un *charterparty* nel quale si prevedeva che la nave dovesse recarsi con la maggior sollecitudine, *salvo pericoli o incidenti di navigazione*, da Liverpool a Newport. Nel corso del viaggio la nave si incagliò, ed il ritardo oltrepassò quello collegabile a qualsiasi ragionevole incidente di navigazione; sicché i noleggiatori, non avendo più interesse alla prestazione, dichiararono la propria intenzione di risolvere il contratto, rifiutandosi di caricare la nave. Nonostante la espressa previsione della sopravvenienza (nella specie, incidente di navigazione), la Corte fissò il principio, tuttora vigente, in base al quale la *frustration* continua ad operare quando, indipendentemente dalla presenza di una siffatta clausola, si possa ravvisare uno sconvolgimento dell'oggetto fondamentale del contratto.

* * *

Infine, il terzo problema: cosa accade se, pur in presenza di una espressa clausola di rinegoziazione, le parti non trovano un accordo sul nuovo punto di equilibrio?

(17) Cfr. per i rilievi analoghi B. NICHOLAS, *Force Majeure and Frustration*, in 27 (1979) *American Journ. of Comp. L.*, p. 231 ss.

(18) (1874) L.R. 10 C.P. 125.

Usualmente, la clausola di *hardship* si accompagna ad una clausola arbitrale a mezzo della quale, nel caso di mancato accordo, le parti demandano ad un arbitro o ad un collegio arbitrale la procedura di adattamento. Nel sistema inglese, tuttavia, l'arbitro ha sostanzialmente gli stessi poteri del giudice, e di conseguenza non può, anche se le parti lo desiderano, modificare o riscrivere il contratto, agendo sostanzialmente quale amichevole compositore (19).

Questo aspetto è stato da alcuni individuato come il più stringente limite alla flessibilità del sistema inglese (20), in quanto non consentirebbe in alcun caso, neppure ove le parti siano d'accordo in tal senso, di procedere ad un riadattamento del contratto mediante forme di rinegoziazione eterodirette.

Un possibile rimedio è rappresentato dalla sostituzione dell'arbitro con la figura del c.d. « *Intervener* », una sorta di arbitratore che, a differenza del primo, potrebbe procedere a forme di adattamento del contratto, sulla base dei poteri direttamente e specificamente conferitigli dalle parti. La figura dell'*Intervener* è prevista dalle *rules (Adaptation of Contracts)* della *International Chamber of Commerce (ICC publication n. 326)*.

IL SISTEMA STATUNITENSE E LA COMMERCIAL IMPRACTICABILITY

a) *Evoluzione della giurisprudenza*

Seguendo il medesimo ordine espositivo assegnato all'analisi della esperienza inglese, il primo dei problemi da prendere in esame è quello relativo alle regole operanti nel diritto statunitense per disciplinare le sopravvenienze non previste.

Anche nel sistema giuridico d'oltreatlantico, come nel diritto inglese, si registra una sensibile evoluzione nella interpretazione di quanto può costituire circostanza che esime il debitore dalle conse-

(19) Cfr. in argomento P. BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale*, Milano, 1987, p. 36 ss., 89 ss.; B. BRUNELLI, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, p. 351 ss.

(20) Cfr. C. M. SCHMITTHOFF, *Hardship and Intervener Clauses*, cit., p. 88; sulla mancanza, nel sistema inglese, di una distinzione analoga a quella del nostro ordinamento fra arbitrato di diritto ed arbitrato di equità v. anche B. BRUNELLI, *op. ult. cit.*, p. 356, nota n. 9.

guenze del suo inadempimento, liberandolo dal vincolo inizialmente assunto.

In principio, i giudici americani aderivano al concetto di impossibilità in senso stretto e letterale: ancora nel 1869, nel caso « *The Harriman* », la Corte Suprema sosteneva che « il principio deducibile dai precedenti è che se quanto pattuito è possibile e lecito, deve essere fatto. La difficoltà nella esecuzione della prestazione non rappresenta un'esimente » (21).

Successivamente, però, tale regola ha conosciuto uno sviluppo giurisprudenziale, culminato con l'inserimento nell'*Uniform Commercial Code (UCC)* del concetto (elaborato dalle Corti) di « *commercial impracticability* ».

Il primo precedente in cui si accenna a tale nozione è il caso *Mineral Park Land Co. v. Howard* 1916 (22). Il convenuto aveva assunto l'impegno di acquistare ghiaia estratta dal terreno dell'attore ad un prezzo di 5 cents per iarda cubica. A metà dei lavori di estrazione, però, la inaspettata presenza di acqua oltre un certo livello di profondità determinò il convenuto ad acquistare altrove la ghiaia rimanente, in quanto insistere a scavare avrebbe comportato una decuplicazione del costo inizialmente pattuito con l'attore.

La Corte suprema della California giustificò tale inadempimento, fissando il principio in base al quale « una prestazione è impossibile quando non sia praticabile; ed è impraticabile quando può essere eseguita solo a prezzo di un costo eccessivo o irragionevole ». Nella specie, venne ritenuto che, in presenza di una differenza di costo così sensibile (da 10 a 12 volte superiore a quello fissato convenzionalmente), la situazione con la quale doveva fronteggiarsi il debitore fosse assimilabile alla totale assenza di ghiaia (e quindi alla impossibilità della prestazione).

Nel 1932 il *Restatement of Law of Contracts* accolse, alla section 454, il concetto così enucleato, includendo nella nozione di impossibilità « non solo la impossibilità in senso stretto, ma

(21) *The Harriman*, (1869) 76 U.S., 161: « the principle deductible from the authorities is that if what is agreed to be done is possible and lawful, it must be done. Difficulty or improbability of accomplishing the undertaking will not avail the defendant. It must be shown that the thing cannot by any means be affected. Nothing short of this will excuse performance ».

(22) (1916) 172 Cal. 289.

anche la impraticabilità dovuta a estrema difficoltà (*extreme hardship*) e irragionevoli difficoltà, spese, danni o perdite » (23).

Nella elaborazione casistica, tuttavia, le Corti americane si sono dimostrate oltremodo restrittive nella interpretazione del concetto di « *impracticability* », e di fatto riluttanti a consentire la risoluzione del contratto per il semplice sopravvenire di eventi che ne rendessero i termini sostanzialmente antieconomici.

In pratica, entro tale modello operativo, il solo aumento del costo della prestazione, anche se notevole, non viene ritenuto sufficiente, ma si richiede una lievitazione dei costi « *extreme and unreasonable* » oppure « *excessive and unreasonable* ». In alcune ipotesi si richiede addirittura che la *extreme hardship* sia tale da alterare la natura della prestazione concordata. Si vede allora come, una volta che la si interpreti in questo senso, la nozione di « *impracticability* » non si discosterebbe molto da quella inglese di *frustration*, assumendo valenze qualitative più che quantitativo-commerciali (24).

b) Il sistema dell'Uniform Commercial Code

La *section 2-615* dell'UCC (*Excuse by Failure of Presupposed Conditions*) ha assimilato la nozione di « *commercial impracticability* », dichiarando espressamente che « la ritardata o mancata consegna totale o parziale da parte del venditore (...) non è inadempimento della sua obbligazione derivante dal contratto di compravendita se la prestazione concordata è stata resa impraticabile dal verificarsi di una contingenza il cui non verificarsi era un assunto di base su cui il contratto venne stipulato » (25).

(23) « Not only strict impossibility but impracticability because of extreme hardship and unreasonable difficulty, expense, injury or loss involved ».

(24) Cfr. ad es. *Natus Corp. v. United States*, 371 F2d 450, *ivi* 456 (Ct. Cl. 1967), dove si richiede esplicitamente che la « *extreme hardship* » alteri la natura della prestazione.

(25) Per la precisione, il testo originale recita: « Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance: (a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid ((b) e (c) omissis) ».

Anche nella interpretazione di tale disposizione, tuttavia, le Corti statunitensi hanno assunto un atteggiamento alquanto restrittivo e rigoroso (26).

Nella sostanza, i requisiti per l'applicazione della *section 2-615* sono tre: 1) il ricorrere di un evento imprevisto; 2) la conseguente impraticabilità della prestazione; 3) il fatto che il mancato ricorrere della sopravvenienza possa essere considerato quale « *basic assumption* » sulla quale le parti hanno fondato il proprio accordo.

Con riguardo al concetto di « *commercial impracticability* », non è ritenuto sufficiente, per integrarne gli estremi, il solo aumento dei costi dell'adempimento. Così, ad es., sono stati giudicati al di sotto della soglia necessaria per poter accordare il *discharge by impracticability* un aumento del 14 per cento dei costi di un *charter-party*, conseguente alla chiusura del Canale di Suez (27); un aumento del 23% dei costi relativi ad una fornitura di latte ad un prezzo predeterminato, conseguente alla penuria di foraggio, a sua volta riflesso dell'accordo per la vendita del grano all'Unione Sovietica (28); o addirittura l'aumento di un terzo del costo della prestazione (29).

Come suggerito da alcuni interpreti (30), il limite di incremento ricavabile dalla casistica quale soglia oltre la quale può essere accordato il rimedio del *discharge by impracticability* oscilla intorno al 100% del costo iniziale della prestazione (anche se è evidente che una particolare attenzione andrebbe prestata all'arco temporale nel corso del quale l'incremento si produce).

(26) Per un commento relativo alla *section 2-615 U.C.C.* nel contesto della effettiva applicazione giurisprudenziale cfr. per tutti M. A. SCHMITT & B. A. WOLLSCHLAGER, *Section 2-615 « Commercial Impracticability » - Making the Impracticable Practicable*, 81 (1976) *Com. L. Journ.*, p. 9 ss.; G. WALLACH, *Excuse Defense in the Law of Contracts: Judicial Frustration of the U.C.C. Attempt to Liberalize the Law of Commercial Impracticability*, 55 (1979) *Notre Dame Lawyer*, p. 203 ss.; R. W. DUESENBERG, *Exiting from Bad Bargains Via U.C.C. Sec. 2-615: An Impracticable Dream*, 13 (1980) *U.C.C. L. Journ.*, p. 32.

(27) *Transatlantic Financing Corp. v. United States*, 363 F2d 312 (D.C. Cir. 1966).

(28) *Maple Farms Inc. v. School District of the City of Elmira*, 76 Misc 2d 1080 (*Sup. Ct.* 1974).

(29) *American Trading and Production Corp. v. Shell International Marine Ltd.*, 453 F2d 939 (2d Cir. 1972), un altro « *Suez case* ».

(30) J. J. GORMAN, *Commercial Hardship and the Discharge of Contractual Obligation Under American and British Law*, cit., p. 138.

Particolarmente interessante è poi l'applicazione del concetto di « *impracticability* » nel caso *Eastern Airlines v. Gulf Oil Corp.*, nel quale venne applicata una valutazione attenta ai profili di bilancio di gruppo (ed alla situazione economica complessiva) di una impresa multinazionale. *Gulf* lamentava che il quadruplicarsi del prezzo del greggio in seguito alle decisioni OPEC del 1973 avrebbe reso impraticabile la fornitura assunta con le avioilinee *Eastern*, ma la Corte compensò, se così si può dire, tale maggior aggravio con i profitti che, simmetricamente, sarebbero stati ottenuti dalle filiali *Gulf* d'oltreoceano, e respinse la domanda di risoluzione (31).

Altro requisito richiesto per l'operare della esimente in questione consiste, come si è detto, nel fatto che la *impracticability* deve derivare da un'eventualità impreveduta.

Nella casistica, sono state ritenute tali ad es. la chiusura del Canale di Suez, l'embargo arabo sul petrolio e la crisi energetica (32). Al di là del quadro di riferimento offerto da precedenti specifici, è tuttavia evidente quanto sia delicata la valutazione in ordine alla prevedibilità, soprattutto quando se ne considerino le conseguenze: se l'evento era (o comunque viene ritenuto dai giudici) prevedibile, la mancanza di una esplicita previsione contrattuale viene interpretata come implicita volontà dell'obbligato di assumersene il rischio (33).

* * *

(31) Cfr. *Eastern Air Lines v. Gulf Oil Corp.*, 415 F. Supp. 429 (S.D. Fla. 1975). Nella motivazione si legge che: « Under no theory of law can it be held that Gulf is guaranteed preservation of its intra-company profits, moving from the left-hand to right-hand, as one Gulf witness put it. The burden is upon Gulf to show what its real costs are, not its « costs » inflated by internal profits at various levels of the manufacturing process and located in various countries » (*ivi*, p. 441).

(32) Cfr. rispettivamente *American Trading and Production Corp. v. Shell International Marine Ltd.*, cit.; *Eastern AirLines v. Gulf Oil Corp.*, cit.; *Publicker Industries v. Union Carbide Corp.*, 17 U.C.C. Reporting Service 989 (U.S. Dist Ct. East Dist. PA 1975).

(33) Secondo il ragionamento svolto dai giudici nel caso *Eastern Air Lines v. Mc Donnell Douglas Corp.*, 532 F2d 957 (5th Cir. 1976), « because the purpose of a contract is to place the reasonable risk of performance on the promisor, he is presumed, in the absence of evidence to the contrary, to have agreed to bear any loss occasioned by any event which was foreseeable at the time of contracting ».

Con ciò, viene in gioco il secondo problema, quello del rapporto corrente fra la espressa previsione convenzionale da un lato e la disciplina generale dall'altro. Problema che si porrà tutte le volte in cui la prima, per qualsiasi ragione, fallisca l'obiettivo di una adeguata distribuzione del rischio connesso alle sopravvenienze.

Nel caso *Publicker Industries Inc. v. Union Carbide Corp.* (1975) (34) il contratto, relativo alla fornitura di prodotti petrolchimici, conteneva una clausola « *price escalator* », destinata ad aggiornare il prezzo anno per anno per riflettere le oscillazioni dei costi sostenuti dal venditore. Il meccanismo di indicizzazione si rivelò però inadeguato a disciplinare i drastici aumenti di prezzo dei prodotti petroliferi conseguenti agli eventi in medio oriente. In quella fattispecie, la corte distrettuale della Pennsylvania ritenne che la presenza di una apposita clausola destinata a disciplinare l'evento, e quindi di una espressa previsione convenzionale, impedisse il ricorso al rimedio generale della risoluzione. Pertanto, anche l'aumento anomalo (la sopravvenienza al di là della previsione delle parti) avrebbe dovuto essere sopportato dall'obbligato.

Di diverso avviso è andata la Corte di Appello per il 5° circuito nel caso *Eastern Air Lines v. McDonell Douglas Corp.* (35), ritenendo che la inclusione di una clausola specifica a disciplina di una *supervening occurrence* non precluda il ricorso, in via residuale, ai rimedi di carattere generale.

c) *L'adattamento giudiziale del contratto.*

Ma più che l'alternativa fra risoluzione e mantenimento in vita del contratto nei termini originari — di scarso interesse quando si tratti di gestire operazioni economiche di notevole impegno e destinate a prolungarsi nel tempo — è interessante esaminare la possibilità da parte del giudice americano di intervenire in prima persona nella procedura di rinegoziazione e di « aggiustamento equi-

(34) 17 U.C.C. Reporting Service 989 (U.S. Dist. Ct. East Dist. PA 1975).

(35) 532 F2d 957 (5th Cir. 1976).

(36) Per una interessante panoramica sull'argomento cfr. T. R. HURST, *Freedom of Contract in an Unstable Economy: Judicial Reallocation of Contractual Risks Under UCC Section 2-615*, 54 (1976) *North Carolina L. Rev.* p. 545; R. F. SPEIDEL, *Court-Imposed Price Adjustments Under Long-Term Supply Contracts*, 76 (1981) *Northwestern University L. Rev.*, p. 369; J. P. DAWSON, *Judicial Revision of Frustrated Contracts*, 1982 *Juridical Rev.*, p. 86 ss.

tativo » del contratto (36). Con il che si dà anche una risposta al terzo dei problemi inizialmente impostati.

Come anticipato, il sistema statunitense consente, sia pure entro una misura i cui esatti termini non sono a tutt'oggi chiaramente e univocamente delineati, forme di « rinegoziazione eterodiretta », o addirittura di « chirurgia contrattuale », certamente sconosciute al diritto inglese, laddove la formula « *Courts will not make a contract for the parties* » continua a ricevere il massimo ossequio, tanto in sede giurisdizionale quanto in sede arbitrale.

A questo proposito, un indice significativo di riferimento è contenuto già nel commento ufficiale all'*Uniform Commercial Code*, nel quale si afferma che « nelle situazioni in cui né il buon senso né la giustizia vengono soddisfatti quando il problema venga impostato in meri termini di « esimente » o « non esimente », è necessario un adeguamento secondo le previsioni di questo articolo, specialmente le sezioni relative alla buona fede, alla *insecurity* e alla garanzia, alla lettura di tutte le previsioni alla luce del loro scopo, nonché la politica generale che ispira l'*UCC* di adoperare principi equitativi in sostegno degli *standards* commerciali e buona fede » (37).

Per il resto, l'esame della recente casistica offre spunti di riflessione molto interessanti, e solleva qualche perplessità.

La prima occasione per una esplicita pronuncia sul tema venne fornita dal caso *Iowa Electric Light & Power Co. v. Atlas Corp* (38). L'attore, *Iowa Electric*, e il convenuto, *Atlas*, stipularono nel 1973 un contratto in base al quale quest'ultima società doveva fornire alla prima uranio concentrato per un periodo di 4 anni. A breve distanza di tempo, una serie di fattori combinati (embargo arabo sul petrolio e cartello OPEC, inaspettati regolamenti federali sul controllo dell'inquinamento e protezione dell'ambiente, improvvisa carenza di uranio) determinò una notevole lievitazione dei prezzi, mettendo in seria difficoltà le industrie produttrici di uranio. *Atlas* invocò la *commercial impracticability* di cui alla *section 2-615 UCC*, e

(37) « In situations in which neither sense nor justice is served by either answer when the issue is posed in flat terms of « excuse » or « no excuse », adjustment under the various provisions of this article is necessary, especially the sections on good faith, on insecurity and assurance and on the reading of all provisions in the light of their purposes, and the general policy of this Act to use equitable principles in furtherance of commercial standards and good faith » (*U.C.C.* § 2-615, *comment* 6).

(38) 23 *U.C.C. Rep.* 1171 (N.D. Iowa 1978).

chiese un equo aggiustamento del prezzo contrattuale. La Corte negò la ricorrenza dei presupposti della *impracticability* sotto diversi profili. Ma ciò che rileva in questa è che i giudici non escludero in astratto la possibilità di un aggiustamento *ope judicis* del prezzo, che venne scartata nella fattispecie concreta solo per la insufficienza degli elementi probatori addotti da *Atlas* (in pratica, quest'ultima non avrebbe fornito alla Corte un adeguato *standard* per la correzione e riformulazione del prezzo, che, si legge nella motivazione della sentenza, non poteva certo essere « campato in aria »).

Il mercato dell'uranio vide poi un voluminoso contenzioso originato dai cosiddetti « casi *Westinghouse* », la seconda importante occasione in cui venne invocato (e preso in considerazione) un intervento di aggiustamento equitativo da parte dei giudici.

Rapidissimamente sulla fattispecie. Nel settembre 1975 *Westinghouse* annunciò pubblicamente che non sarebbe stata in grado di onorare una serie di contratti conclusi nei primi anni '70 per la fornitura a prezzo fisso di 70 milioni di libbre di uranio a 49 centrali nucleari, di proprietà di 27 *public utilities* che gestivano servizi di somministrazione di energia elettrica. A giustificazione del proprio inadempimento, *Westinghouse* addusse la *commercial impracticability* della prestazione, in ragione della brusca impennata del prezzo dell'uranio, per cui la esecuzione dei contratti nei termini pattuiti avrebbe comportato perdite per oltre 2 miliardi di dollari. Delle 14 azioni intentate contro *Westinghouse* dai creditori, 13 vennero riunite davanti alla Corte distrettuale di Richmond, Virginia, e decise con sentenza del 25-6-1981 (39).

Tale decisione ritenne *Westinghouse* responsabile per i danni da inadempimento, negando il rimedio del *discharge by impracticability*. Tuttavia, sul rilievo che quelli in discussione erano « business problems, to be settled as business problems by businessmen », il Giudice Merhige auspicò una soluzione transattiva della controversia,

(39) Cfr. *Florida Power & Light Co. v. Westinghouse Electric Corp.* su cui si v. la Note di commento, *Relief from Burdensome Long-Term Contracts: Commercial Impracticability, Frustration of Purpose, Mutual Mistake of Fact and Equitable Adjustment*, 47 (1982) *Modern L. Rev.*, p. 47. La sentenza in questione è reperibile anche (nella traduzione italiana di P. PRIZIO e con commento di R. PARDOLESI) in *Foro It.*, 1982, IV, 376. Sulla complessa vicenda dei casi *Westinghouse* v. anche lo studio in chiave di analisi economica del diritto svolto da P. J. JOSKOW, *Commercial Impossibility, The Uranium Market and the Westinghouse Case*, 6 (1977) *J. Legal Studies*, p. 119 ss.

negoziata direttamente fra le parti. A tale scopo, preferì sospendere la stesura dei « findings of facts and conclusions of law », invitando i contendenti a trovare mediante la rinegoziazione una nuova soluzione di equilibrio conforme ai rispettivi interessi, e manifestando al contempo la piena disponibilità della Corte a partecipare alle trattative che sarebbero seguite (attraverso quella che, nel brillante commento di Pardolesi, viene definita una forma di « rinegoziazione eterodiretta »).

Un atteggiamento più decisamente « interventista » è stato invece adottato nel caso *Aluminium Co. of America (ALCOA) v. Essex Group* (40), nel quale i giudici statunitensi hanno ritenuto di poter direttamente mettere in atto forme di « chirurgia ricostruttiva » del contratto o di singole porzioni di esso.

Nella specie si trattava di un contratto concluso nel 1967, in base al quale *ALCOA* si impegnava, per un periodo di sedici anni rinnovabile, a trasformare per *Essex* in alluminio un determinato quantitativo di materiale grezzo (allumina). Il prezzo di ogni libbra di alluminio era calcolato secondo una complessa formula matematica che includeva quattro componenti, di cui tre variabili, messa a punto con la consulenza di un esperto economista. Una delle variabili era commisurata ai costi di produzione non lavorativi dello stabilimento di Warrick, Indiana, dove *ALCOA* effettuava il processo di trasformazione del prodotto. A partire dal 1973, la politica OPEC in materia di prezzi dei prodotti petroliferi e gli imprevisti costi dei controlli anti-inquinamento disposti dal governo federale fecero lievitare in modo del tutto inaspettato le spese di *ALCOA* per l'impiego di energia elettrica. Di conseguenza, i costi di produzione non lavorativi aumentarono ben oltre l'aumento indicizzato previsto patizialmente. *ALCOA* dimostrò in giudizio di aver subito nel biennio 1977/78 perdite per circa 12 milioni di *USD*, e prospettò un preventivo in base al quale, in assenza di una revisione dei termini contrattuali, avrebbe accumulato, entro la fine del periodo contrattuale, perdite ulteriori stimabili intorno ai 75 milioni di *USD*. La Corte Distrettuale della Pennsylvania ritenne che l'unico rimedio adeguato nella fattispecie fosse (non la risoluzione del contratto, ma) una modifica e adattamento giudiziale dei termini dell'accordo, e procedette di conseguenza senza esitazioni a rielaborare di propria inizia-

(40) *Aluminium Co. of America v. Essex Group Inc.*, 499 F. Supp 53, nonché in *Foro it.*, 1981, IV, 363 con nota di V. DE RISI.

tiva il meccanismo in base al quale fissare il prezzo, cimentandosi su quel terreno su cui le parti (e i loro autorevoli consulenti) avevano fallito.

Una volta ammesso che usualmente i giudici non sono abili uomini d'affari e sono privi delle conoscenze, della competenza e del tempo necessari per creare valide clausole contrattuali in luogo delle parti, la Corte, guidata dal giudice Teitelbaum, sentenziò che tale assunto non fosse però valido nel caso concreto.

Vale la pena a questo riguardo di riportare alla lettera i relativi passi della motivazione: « La corte agevolmente riconosce che i dirigenti dell'*ALCOA* e dell'*Essex* conducono in modo più idoneo gli affari, (ma) non può, al tempo stesso, non rilevare di essere attualmente in possesso di informazioni, sopravvenute, di gran lunga superiori a quelle che essi avevano al momento della conclusione del contratto. Le parti possono meglio ottenere giustizia da una decisione giudiziale ricca di dati e basata sulle circostanze note che da una sentenza che applichi alla lettera le parole usate dal contratto, senza che le stesse fossero state scelte in previsione di una situazione quale quella odierna. La corte di buon grado ammette che le parti potrebbero oggi divisare pattizialmente un regolamento di interessi migliore di quello che essa può imporre. Ma ciò non è avvenuto, e, quindi, un principio secondo cui la corte non dovrebbe operare nel senso in discorso avrebbe l'effetto perverso di scoraggiare le parti dal risolvere in proprio la presente controversia o controversie future. Soltanto una regola che permetta un'azione giudiziale del tipo intrapreso dalla corte nell'odierna controversia costituirà un auspicabile incentivo pratico per gli uomini d'affari a risolvere da sé i problemi che sorgono durante il corso dei contratti a lungo termine ».

Questa la motivazione. Qualcuno ha ironicamente suggerito in proposito che le ultime frasi della Corte andrebbero interpretate in realtà nel senso che, di fronte a revisioni inaccettabili da parte dei giudici, le parti saranno davvero fortemente stimolate a trovare da sé la soluzione, per evitare il peggio ... (come di fatto avvenne nel caso di specie, che venne risolto transattivamente in pendenza di appello (41).

(41) Così, nel quadro di una valutazione fortemente critica, J. P. DAWSON, *Judicial Revision of Frustrated Contracts*, cit., p. 104; v. anche M. BESSONE, *Prestazione economicamente impossibile, « frustration » del contratto e principio di equità*, cit., pp. 60-61.

CONCLUSIONI

Tirando sinteticamente le conclusioni, si può notare come, nel confronto fra il sistema inglese e quello statunitense, il primo appaia caratterizzato, in relazione ai problemi esaminati, da una minore flessibilità rispetto al secondo.

Anzitutto, ciò vale con riguardo al tipo di eventi che concretano rispettivamente la *frustration* del contratto o la *commercial impracticability* dell'adempimento. Nel primo caso si richiede un sovvertimento tale da alterare la natura *qualitativa* della prestazione; nel secondo viene prestata maggiore attenzione agli aspetti di carattere commerciale, e fra questi ai profili quantitativi attinenti ai costi della prestazione. In sostanza, sia pure con i limiti ricostruibili attraverso l'esame della casistica esaminata, la soglia di maggior sacrificio economico necessaria per far dichiarare la impraticabilità commerciale del contratto è inferiore a quella segnata dai giudici inglesi in relazione alla *frustration*.

In secondo luogo, la *contract law* statunitense registra forme di adattamento giudiziale del contratto sconosciute alla prassi inglese. Infatti, come appuntato dai commentatori critici del caso ALCOA un intervento troppo disinvolto dei giudici ed il ricorso a valutazioni meramente equitative comporta il forte rischio di soluzioni abnormi, imposte alle parti in spregio al fondamentale principio di autonomia contrattuale.

Si possono così segnalare, in relazione ai due contesti di esperienza analizzati, inconvenienti di segno opposto. Da un lato, nel sistema inglese, l'alternativa troppo drastica fra conservazione del vecchio schema contrattuale e sua caducazione, senza possibilità di adattamento alle mutate circostanze esterne; dall'altro lato, nel sistema americano, il rischio di operazioni di « chirurgia contrattuale » troppo spregiudicate, e quindi di adattamenti non negoziati, bensì imposti dall'esterno.

Sul terreno eminentemente pratico, resta da verificare se ed in quale misura il ricorso allo strumento dell'arbitrato internazionale, unito ad una procedura di rinegoziazione pattizia, sia in grado di offrire — come sembra — una soluzione (quantomeno parziale) ai tipi di inconveniente così individuati.

NOTAIO

LUIGI RAGAZZINI

RISARCIMENTO DEL DANNO
E LESIONE DI INTERESSI DI FATTO

SOMMARIO: 1. L'interesse di fatto nell'ordinamento giuridico. Considerazioni generali. Disciplina normativa di alcuni « rapporti di fatto ». — 2. Prestazioni di fatto (art. 2126 cod. civ.) e tutela aquiliana del datore di lavoro. — 3. Ancora sulla tutela aquiliana del datore di lavoro nella prestazione di fatto. — 4. Tutela aquiliana del possesso. — 5. Risarcibilità del danno da lesione di un interesse di fatto: i termini del problema. — 6. Lesione di un interesse di fatto e danno ingiusto: nozione di danno ingiusto. — 7. Danno ingiusto come lesione del dovere costituzionale di solidarietà: critica. — 8. Danno ingiusto come lesione di interesse « meritevoli »: critica. — 9. Danno ingiusto come lesione di un interesse giuridico: nozione di interesse giuridico e validità dell'ipotesi. — 10. Incompatibilità concettuale tra lesione di interesse di fatto e danno ingiusto; conseguente irrisarcibilità di quella lesione. — 11. Se l'interesse del convivente more uxorio sia giuridico; evoluzione giurisprudenziale e dottrinarie: dalla posizione negativa alla soluzione positiva prospettata dal Branca. — 12. Critica alla tesi del Branca. — 13. Risarcibilità del danno non patrimoniale del convivente more uxorio nelle affermazioni di una giurisprudenza recente basata: 14. a) sul richiamo all'istituto delle obbligazioni naturali: critica; 15. b) sul richiamo a norme sparse e disciplinatrici di alcuni profili della famiglia naturale: critica. — 16. Considerazioni riassuntive anche con riguardo all'ipotesi (infondata) che l'interesse del convivente more uxorio concreti un'aspettativa.

1. — Un problema di risarcibilità della lesione di interessi di fatto può proporsi soltanto in relazione all'ipotesi di responsabilità extracontrattuale.

Interesse di fatto è quello che deriva al soggetto da una situazione o rapporto o relazione indifferente per l'ordinamento giuridico, nel senso che quest'ultimo non la tutela e nemmeno la reprime.

La nozione di « interesse di fatto » è individuata agevolmente dal confronto con quella di diritto soggettivo, la quale ultima, seppure tuttora non pacifica, è resa in modo abbastanza soddisfacente dalla volontà in ordine ad un interesse giuridicamente riconosciuto » (1);

(1) SANTOLO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1954, p. 54; CESARINI-SFORZA, *Diritto soggettivo*, voce dell'Enciclopedia del diritto, Milano 1964, p. 694; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano 1981, p. 60 ss.

cioè, il diritto soggettivo postula, da parte dell'ordinamento giuridico, un riconoscimento che invece manca all'interesse di fatto.

I contratti costituiscono fonte di obbligazioni, alle quali corrispondono diritti, che sono appunto interessi giuridicamente rilevanti e come tali garantiti; l'inadempimento dell'obbligo determina una lesione dell'interesse così qualificato, e non c'è dubbio che essa dia luogo a responsabilità di chi la produce, responsabilità che è contrattuale.

Invece, la lesione di un interesse di fatto, proprio perché questo è collegato ad una situazione non apprezzata dall'ordinamento giuridico, non può essere produttiva di responsabilità contrattuale; ed è discusso, come si vedrà, che sia produttiva di responsabilità extracontrattuale.

È bene a questo punto sottolineare che, quando si parla di situazioni di fatto, si intendono quelle, e soltanto quelle, indifferenti per l'ordinamento giuridico; perché altrimenti, quante volte esso se ne interessi, cessano di essere « di fatto » e diventano situazioni giuridiche.

Possono darsi situazioni che, originariamente di fatto, vengono poi normativamente disciplinate sotto la spinta di emergenti istanze sociali (2); ma è del tutto evidente che, quando ciò accade, la situazione non è più di fatto e nemmeno lo sono più gli interessi ad essa collegati, acquistando l'una e gli altri il connotato della giuridicità. Esempi di rapporti, che prima indifferenti all'ordinamento giuridico sono stati da questo recepiti e più o meno compiutamente disciplinati, possono ravvisarsi nella società di fatto (cui si applicano le disposizioni sulla società semplice), nella prestazione di fatto (art. 2126 cod. civ.), nel marchio di fatto (artt. 2571 cod. civ. e 9 R.D. 27-6-42 n. 929), nella mezzadria di fatto (art. 5 ter D.L. 5-7-1971 n. 432 convertito in legge n. 592/1971), nell'obbligazione alimentare a carico del figlio naturale (art. 433 cod. civ.). È da aggiungere che talvolta, come è per il cit. art. 2126 cod. civ., la norma si sostituisce alla volontà negoziale viziata per evitare che una determinata situazione, rimessa all'autonomia privata, rimanga priva di disciplina risolvendosi in situazione di fatto. Nei casi esemplificati, la fattispecie

(2) FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto*, Milano 1984, specialmente alle pp. 238 ss.

assurge ad ipotesi giuridica, ed in tema di responsabilità valgono le norme previste per l'istituto nel cui ambito l'ipotesi medesima si colloca. In proposito, un utile chiarimento può venire da un esame della prestazione di fatto alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale sulla responsabilità (aquiliana), anche verso il datore di lavoro, del terzo che abbia cagionato per colpa un danno al lavoratore.

2. — L'art. 2126 cod. civ. dispone che la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione. La prestazione del lavoratore, che sarebbe altrimenti « di fatto » perché non fondata su un titolo valido, è elevata dalla norma a prestazione « di diritto », come se il titolo ci fosse e fosse valido; questo nell'intento, corrispondente ad un fine obiettivamente sociale e subbiettivamente giusto, di tutelare il lavoratore al quale; pertanto spetteranno la retribuzione e le altre competenze previste a suo favore dalla legge, dal contratto viziato, dalla contrattazione collettiva.

Fin qui nessun problema perché, come si è già detto, la sussunzione di un rapporto di fatto in ipotesi giuridica, operata dal legislatore, comporta l'applicabilità delle norme che regolano l'istituto al quale l'ipotesi inerisce.

Ma il discorso si complica nel caso del terzo che cagioni per colpa un infortunio al lavoratore « di fatto », impedendone la prestazione in favore del datore di lavoro (anche lui « di fatto »). La questione che si introduce è se il terzo possa eccepire la nullità o l'annullabilità del contratto (nel cui presupposto l'art. 2126 cod. civ. tiene ferma l'efficacia giuridica della prestazione di fatto) al fine di paralizzare l'azione risarcitoria proposta contro di lui dal datore di lavoro che abbia corrisposto la retribuzione senza ottenere la controprestazione del lavoratore infortunato.

La soluzione presuppone una indagine sulla corrispondente situazione di diritto, cioè sulla situazione regolata da un valido contratto di lavoro. La giurisprudenza ha per lungo tempo negato che spettasse all'imprenditore (il quale aveva corrisposto ad un suo dipendente rimasto infortunato a seguito del fatto illecito altrui gli stipendi durante il periodo di inabilità temporanea assoluta), il diritto di richiedere all'autore dell'illecito il risarcimento dei danni commisurati agli stipendi erogati al dipendente senza potersi giovare della sua prestazione; e la negativa era motivata sotto ogni profilo, sia

dell'azione diretta, sia dell'azione d'indebito arricchimento, sia dell'azione surrogatoria (3).

Successivamente, la giurisprudenza ha ammesso l'azione risarcitoria del datore di lavoro contro il terzo, dapprima nel solo caso di insostituibilità della prestazione del lavoratore infortunato (4) e poi, con sentenze recentissime, anche nel caso della sostituibilità.

In particolare, la Suprema Corte ha stabilito che il terzo, il quale abbia causato con la propria condotta colposa l'infortunio del lavoratore, è obbligato a risarcire il datore di lavoro delle somme pagate all'infortunato a titolo di retribuzione senza ottenere la prestazione lavorativa, « indipendentemente dalla sostituibilità o meno del lavoratore » (5); obbligo di risarcimento che talune magistrature di merito hanno esteso fino a ricomprendervi, oltre alla retribuzione, ogni altra somma pagata dall'imprenditore, purché in dipendenza del rapporto di lavoro, come ratei di gratifica, premi, indennità, contributi previdenziali (6).

A questo orientamento giurisprudenziale, si è opposto (7) il rischio connesso ad un eccessivo ed indiscriminato ampliamento della responsabilità extracontrattuale, prospettandosi l'eventualità che lavoratori rimasti senza retribuzione o addirittura disoccupati per infortunio del datore di lavoro cagionato da colpa del terzo (che è l'ipotesi uguale e contraria a quella decisa dalle sentenze sopra richiamate), si facciano a pretendere da costui il risarcimento del danno; ed il rilievo appare fondato, anche se ad esso si eccepisce che impresa ed imprenditore hanno distinte individualità, tanto che la prima può sopravvivere al secondo per cui i lavoratori non potrebbero mai imputare la perdita della retribuzione, e al limite la propria disoccupazione, all'infortunio dell'imprenditore e quindi alla colpa del terzo che lo ha prodotto. Siffatta eccezione, per la verità, è scarsamente efficace, non

(3) Cass. 20-7-1948 n. 117 in Foro pad. 1949, I, 325; idem 4-7-1952 n. 2085 in Foro it. 1953, I, 1086 (relativa al disastro aereo di Superga in cui perì la squadra di calcio del Torino); P. Firenze 31-12-1971, in Dir. e prat. assicur. 1972, 521.

(4) Cass. Sez. Un. 26-1-1971 n. 174 in Foro it. 1971, I, 342 (relativa alla morte in incidente stradale del calciatore Meroni); Cass. 24-6-1972 n. 2135 in Giust. civ. 1972, I, 1137.

(5) Cass. 30-10-1984 in Foro it. 1985, I, 149.

(6) T. Biella 13-7-1984 in Foro it. 1985, I, 1811; P. Vicenza 16-11-1985, in Foro it. 1985, I, 726.

(7) DE CUPIS, *Il danno*, Milano 1979, II, specialmente alle pp. 87 ss.

potendosi negare che assai spesso l'impresa si identifica con l'imprenditore e la floridità di quella dipende dalla buona salute di questo. In ogni caso, è ipotizzabile che, sull'onda del riferito orientamento giurisprudenziale, possa giungersi alla più generale affermazione che qualunque creditore (come lo è il datore di lavoro rispetto alla prestazione del lavoratore) ha il diritto di pretendere dal terzo quella medesima prestazione (o l'equivalente di essa) che la condotta colposa di lui ha reso impossibile al debitore; con la conseguente dilatazione anormale dell'istituto della responsabilità extracontrattuale e con buona pace del principio stabilito nell'art. 1223 cod. civ., quest'ultimo espressamente richiamato dall'art. 2056 cod. civ., secondo cui il danno risarcibile è solo quello che costituisce « conseguenza immediata e diretta » del fatto illecito (8).

3. — Quale che sia la futura evoluzione della giurisprudenza, è certo che attualmente il datore di lavoro può efficacemente agire contro il terzo per il risarcimento del danno (extracontrattuale) costituito dalla mancata prestazione del lavoratore, infortunato per fatto doloso e colposo di esso terzo.

Questo però nel rapporto di lavoro fondato su un valido contratto. Ma nell'ipotesi di prestazione di fatto? Qui, come si è visto, il presupposto è che il contratto sia nullo o annullabile, per cui potrebbe ipotizzarsi un diritto del terzo a far valere la nullità per sottrarsi all'obbligo di risarcimento verso il datore di lavoro. Va sottolineato che l'ipotesi ha un senso se l'infortunio del lavoratore, derivante dal fatto illecito del terzo, interviene in costanza del rapporto di lavoro, prima cioè che sia dichiarata la nullità o pronunciato l'annullamento del contratto (perché dopo non c'è più rapporto, nemmeno di fatto). Schematicamente, la situazione è questa: ci sono la prestazione di lavoro da parte del dipendente e la prestazione del corrispettivo da parte dell'imprenditore; costui non può sottrarsi all'adempimento perché glielo impedisce l'art. 2126 cod. civ., e quindi vi è obbligato anche per il periodo di incapacità lavorativa del dipendente (finché non intervenga la declaratoria di nullità o l'annulla-

(8) « La pretesa del datore di lavoro non può trovare fondamento nell'azione diretta ex art. 2043 cod. civ., perché il danno del datore di lavoro non è conseguenza diretta ed immediata del fatto dannoso »; così P. Firenze 31-12-1971 già cit. alla nota n. 3.

mento del contratto viziato); se tale incapacità deriva dal fatto illecito del terzo, questi è tenuto a sua volta, in conformità dell'attuale giurisprudenza, a risarcire il danno patito dal datore di lavoro e concretato dal pagamento del corrispettivo. Il terzo, cioè, non può avvantaggiarsi del vizio del contratto come non può avvantaggiarsene il datore di lavoro. Insomma, la soluzione è identica nel caso di contratto valido e nel caso di contratto invalido; e ciò conferma lo assunto iniziale secondo cui la fattispecie si uniforma alla ipotesi normativa.

4. — Una tutela aquiliana di interessi di fatto sembra potersi individuare nel diritto del possessore al risarcimento del danno derivato alla cosa in suo potere dall'illecito del terzo.

Secondo una consolidata giurisprudenza colui che, anche per circostanze contingenti, si trovi ad esercitare un potere soltanto materiale sulla cosa può, dal danneggiamento di questa, risentire danno al patrimonio, indipendentemente dal diritto che egli abbia all'esercizio di quel potere; « e poiché non esiste identità tra il titolo al risarcimento e il titolo di proprietà o di godimento, nemmeno è necessario, ai fini della legittimazione attiva nel giudizio risarcitorio, provare l'esistenza di quel secondo titolo, bastando invece la prova di aver patito un danno dall'altrui fatto illecito per essersi l'attore trovato in relazione di fatto con la cosa danneggiata » (9).

In sintesi, poiché il possesso è una situazione di fatto, l'interesse che ne promana sembra partecipare della medesima natura, per cui la tutela accordata ad esso dalla giurisprudenza parrebbe risolversi nell'affermazione di una responsabilità extracontrattuale per lesione di un interesse di fatto. Ma ciò non è esatto.

Nessun dubbio sulla legittimazione del possessore all'esercizio dell'azione aquiliana; dubbi, invece, che essa sia finalizzata alla tutela di un interesse di fatto.

È vero che il possesso consiste nella relazione materiale tra il soggetto e la cosa; ma non è per niente vero che tale relazione sia « di fatto » nel senso che prima si è visto, di irrilevanza per l'ordinamento giuridico.

Il significato dell'espressione « interesse di fatto » è stato già

(9) Cass. 25-11-1967 n. 383 in Giust. civ. Mass. 1969, 1920; idem 23-5-1972 n. 1601, ivi 1972, 884; idem 25-3-1977 n. 117 in Rep. Foro it. 1977, 2352.

sottolineato, ma non è superfluo ribadire che interesse di fatto è soltanto quello derivante da una situazione giuridicamente indifferente.

Il possesso, ancorché relazione materiale, è tutelato dalla legge in quanto tale, indipendentemente da una corrispondente situazione di diritto, la quale anzi non viene affatto in considerazione. Il possessore di una servitù è legittimato alla difesa della relazione materiale in cui si trova con la cosa mediante le azioni di spoglio (art. 1168 cod. civ.) e di manutenzione (art. 1170 cod. civ.); e questo a prescindere dalla titolarità del diritto di servitù, cioè sia che tale diritto gli competeva sia che appartenga ad altri. Per il che è di tutta evidenza come il possesso concreti una situazione apprezzata in sè e per sè dall'ordinamento giuridico, donde la conseguenza che tale situazione non è « di fatto » e nemmeno lo è l'interesse che da essa promana. Corollario ulteriore dell'apprezzamento suddetto è che l'una e l'altro hanno il carattere della giuridicità, ed è in questa prospettiva che trova giustificazione la tutela aquiliana riconosciuta al possessore. È stato scritto (10) che questa conclusione è frutto di un equivoco perché non si tratterebbe di danno aquiliano nei casi decisi dalla giurisprudenza, posto che risarcimento si ha, al di là della colpa, per violazione del possesso e non perché vi sia un illecito ex art. 2043 cod. civ. .

« Se non c'è stato spoglio né turbativa, non ci può essere risarcimento; quest'ultimo, insomma, è quello che accordavano anche i romani attraverso l'esercizio non dell'actio legis Aquiliae, ma degli interdetti e, poi, delle azioni possessorie » (10 bis). Ma questa tesi, per quanto autorevole, non convince. Il diritto del possessore al risarcimento del danno eccede i confini della tutela possessoria in senso stretto, perché non sempre presuppone lo spoglio o la molestia e nemmeno postula sempre l'esistenza dei requisiti per l'operatività di quella tutela. In proposito, basta pensare ai danni materiali da circolazione stradale, che sono poi quelli oggetto della casistica giurisprudenziale sopra richiamata.

Ivi si tratta bensì di tutela del possessore, ma non di tutela possessoria. Il possessore è titolare di un interesse giuridicamente rile-

(10) BRANCA, *Morte di chi convive more uxorio e risarcimento*, in Foro it. 1970, IV, 144.

(10 bis) Così, BRANCA in op. e loc. cit.

vante ed è per questo che la lesione di esso deve essergli risarcita, quando sia stata prodotta con dolo o anche per semplice colpa. Ché poi, proprio questo secondo requisito soggettivo evidenzia ulteriormente il carattere aquiliano della tutela, differenziandola inequivocabilmente da quella possessoria in senso stretto. Quest'ultima, infatti, richiede l'intenzionalità della condotta lesiva, intenzionalità che si esprime con le note locuzioni « animus spoliandi » e « animus turbandi »; mentre all'azione risarcitoria basta che la condotta del danneggiante sia colposa, cioè contro l'intenzione, purché negligente oppure imprudente oppure imperita. Da questo punto di vista, se si trattasse di un aspetto della tutela possessoria, dovrebbe negarsi al possessore il risarcimento dei danni prodotti alla cosa in suo potere dalla circolazione stradale, e ciò proprio perché qui l'essenza della responsabilità è nella mera colpa; ma, a parte che neppure la dottrina in esame contesta la possibilità di un tale risarcimento, l'esclusione di esso sarebbe arbitraria perché verrebbe disconosciuta la rilevanza giuridica, tradotta in norme di diritto positivo, dell'interesse del possessore. In virtù dell'apprezzamento fattone dall'ordinamento giuridico, nel possesso la situazione di fatto corrisponde a quella di diritto; coerentemente, il possessore è legittimato, come il proprietario (o il titolare di altro diritto reale) all'esercizio dell'azione aquiliana.

5. — Da quanto già detto, emerge che l'interesse di fatto e la giuridicità esprimono concetti tra loro opposti, perché un interesse è « di fatto » in quanto non è « giuridico ».

Nel momento stesso in cui il legislatore trasferisce un interesse di fatto in una categoria giuridica, esso cessa di essere di fatto. In questa prospettiva, non avrebbe senso parlare di risarcimento del danno da lesione di un interesse di fatto; poiché quest'ultimo, indifferente per l'ordinamento giuridico, è anche estraneo alle tutele da esso offerte.

Ma si verifica in concreto che un determinato interesse, essenzialmente di fatto, acquisti grande rilevanza nella coscienza sociale, che lo avverte come meritevole di protezione. Non sempre vi è coincidenza di punti di vista tra il legislatore e la coscienza sociale; e anche quando siffatta coincidenza interviene, essa tarda a manifestarsi perché l'adeguamento dell'ordinamento positivo alle nuove istanze è necessariamente cauto, e quindi lento. Il legislatore deve accertare l'estensione, la profondità, la durezza, la validità della nuova

istanza; e tanto più deve farlo in tempi di compiacimento per l'effimero. Cosicché egli è anticipato dalla giurisprudenza che però, mancando la corrispondente fattispecie normativa, deve ricondurre l'interesse di fatto a categorie giuridiche preesistenti.

In proposito è stato rilevato che l'esame della giurisprudenza, che si è occupata di rapporti di fatto, evidenzia un dato costante: in mancanza di disposizioni espresse che regolano il rapporto di fatto, quella giurisprudenza nel momento in cui abbandona l'atteggiamento negativo consistente nel rifiuto di attribuire efficacia al rapporto di fatto, e si pone di fronte al problema di rintracciare un sistema di norme da applicare alla fattispecie concreta, finisce con il porsi a modello lo schema normativo dell'istituto tipico corrispondente e tende a riferirsi, per la soluzione del caso concreto, alle norme dettate dal legislatore per l'istituto tipico (11). Peraltro, questo modo di procedere della giurisprudenza non ha nulla di singolare ed anzi appare addirittura ovvio. Nessun rapporto può avere rilevanza giuridica se non è suscettibile in una categoria normativa; e siccome il giudice non può creare categorie normative, perché altrimenti diverrebbe legislatore, non gli resta che avvalersi di quelle esistenti e strutturalmente compatibili con i rapporti da disciplinare *ex novo*. Per il che, il problema che qui interessa, della risarcibilità del danno da lesione di un interesse di fatto, si risolve in quello di accertare, con i normali strumenti ermeneutici, se un determinato interesse concreto sia riconducibile ad una categoria giuridica: in definitiva, se esso sia un interesse (in realtà) giuridico.

6. — Sembra addirittura intuitivo che, per avvantaggiarsi della tutela predisposta dall'ordinamento positivo, un interesse debba essere « giuridico ». L'etica ed il diritto non coincidono e, quindi, situazioni che sono rilevanti per la prima possono essere irrilevanti per il secondo; e viceversa. La norma disciplina soltanto gli interessi rilevanti per il diritto, siano o non siano tali anche per l'etica. Conseguentemente, la tutela è « giuridica » se ed in quanto lo siano gli interessi ai quali è preordinata; e per converso è « giuridico » solo

(11) Così FRANCESCANELLI, *I rapporti di fatto*, cit. p. 265, il quale richiama P. Sarzana 24-1976 (in Resp. civ. e prev. 1976, 677) che ha applicato l'art. 4 lg. 990/1969 al convivente more uxorio dell'assicurato, escludendolo dalla garanzia per i trasportati. Va osservato che tale sentenza attribuisce implicitamente rilevanza giuridica alla convivenza di fatto.

l'interesse che si avvantaggia di quella tutela. Questa notazione intuitiva ha un riscontro normativo.

L'art. 2043 cod. civ. dispone che « qualunque fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno ». Per la legge, dunque, il danno deve essere ingiusto, cioè contrario a giustizia, la quale non può essere che il risultato dell'insieme delle norme di diritto positivo che concorrono a formare l'ordinamento giuridico; per il che « danno ingiusto » è sinonimo di « danno antiggiuridico » e questo a sua volta si verifica quando viene lesa un interesse rilevante per l'ordinamento giuridico. La puntualizzazione concettuale del danno ingiusto travaglia da tempo dottrina e giurisprudenza, per la contrastante esigenza di evitare, da un lato, che una nozione restrittiva di esso lasci senza difesa interessi che l'evoluzione della coscienza sociale vorrebbe via via tutelati e, dall'altro lato, che una nozione estensiva induca ad una indiscriminata ed arbitraria valorizzazione di qualsiasi istanza.

È chiaro, intanto, che il connotato dell'ingiustizia attiene al danno e non alla condotta; questa può essere dolosa o colposa, ma dolo e colpa non rendono ingiusto il danno, anche se l'uno o l'altra costituisce presupposto necessario della risarcibilità del danno, che ingiusto sia (11 bis). Se Tizio, per malanimo o negligenza, non trasmette a Caio l'invito di Sempronio ad un convivio tra amici, c'è sì il dolo o la colpa ed eventualmente il danno, quest'ultimo

(11 bis) L'ingiustizia del danno concorre con il dolo o con la colpa a rendere antiggiuridico il fatto. Ipotesi legislative di obbligo a risarcire il danno ancorché senza colpa sono state individuate (DE CUPIS, *Il danno*, I cit. pp. 152 ss.) negli artt. 924, 925, 1328, 2045 cod. civ.; e nello stesso ambito parrebbe potersi ricondurre la c.d. responsabilità oggettiva (art. 2049 cod. civ.). Senonché, quanto alle prime, si tratta in realtà di equo indennizzo e non di risarcimento del danno; quanto all'ultima, non è che la c.d. responsabilità oggettiva prescinde dalla colpa, ma è che l'ordinamento non consente di provarne la mancanza (e quindi la presume in via assoluta). E dunque, nell'un caso si tratta di un problema di equità, per cui si è al di fuori del risarcimento del danno in senso proprio; nell'altro caso si tratta di un problema di prova (liberatoria) che viene preventivamente risolto in senso negativo dall'ordinamento giuridico. Secondo il Giorgianni (« L'inadempimento » Milano 1959, specialmente alle pp. 264 ss., 290 ss., 300 ss.; idem: « L'inadempimento nel dir. civ. » voce dell'Enc. dir. XX Milano 1970 specialmente alle pp. 874 ss. e 888) tanto nella responsabilità contrattuale quanto nella responsabilità extracontrattuale, l'imputabilità (per colpa) del fatto produttivo di danno (inadempimento o illecito) costituisce il presupposto necessario del risarcimento.

anche con un profilo economico (costituito dalla spesa sostenuta da Sempronio per l'imbandigione e dal mancato conseguimento di un pasto gratuito da parte di Caio); ma quel danno non è risarcibile perché gli manca il connotato dell'ingiustizia, essendo di gran lunga prevalente il profilo etico-comportamentale rispetto a quello economico-patrimoniale. Donde la conferma che tale connotato non dipende dal dolo o dalla colpa, i quali attengono all'elemento soggettivo dell'atto illecito (condotta) mentre l'ingiustizia attiene all'elemento oggettivo di esso, appunto concretato dal danno. E che sia davvero così, è dimostrato ulteriormente dal rilievo che può esistere danno ingiusto senza atto illecito per mancanza di dolo o di colpa, come quando un pedone viene investito da un automobilista costretto a forza maggiore o da caso fortuito (scoppio di un pneumatico, abbagliamento solare, manovra di emergenza).

E proprio l'abbandono di tale prospettiva sembra potersi rimproverare alla tesi che riconduce l'ingiustizia del danno alla violazione del dovere costituzionale di solidarietà.

7. — Si è sostenuto (12) che l'art. 2 Cost., laddove dice che la Repubblica richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, implica l'impossibilità di determinare a priori le categorie di interessi apprezzabili, per cui l'area del danno risarcibile (siccome ingiusto) non deve essere contenuta entro gli angusti confini della lesione di diritti soggettivi (personali, di proprietà e reali, di credito); correlativamente, vanno superati i « pregiudizi », fondati sul presupposto (borghese), che soltanto quei diritti possono ricevere protezione dalla legge.

Senonché, come si è anticipato, questa tesi sembra perdere di vista la distinzione tra elemento soggettivo ed elemento obiettivo dell'atto illecito, in quanto riferisce al secondo, invece che al primo, il richiamo del legislatore costituente.

Il dovere di solidarietà, infatti, esprime un obbligo (soggettivo) di condotta, nel senso che ogni cittadino deve tenersi avvertito degli interessi altrui ed adeguarvi il proprio comportamento. In altre parole, ogni cittadino deve agire senza malizia e senza trascuratezza nelle sue relazioni con gli altri; ma anzi deve porvi onestà

(1) RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964, pp. 21 ss., 103 ss.; anche TUCCI, *L'ingiustizia del danno*, Napoli 1970, p. 37 ss.

e sollecitudine: connotazioni che sono esclusivamente riferibili alla condotta e si trovano già, anche assai meglio delineate come « dolo » e come « colpa », nella definizione dell'atto illecito fornita dall'art. 2043 cod. civ. .

Ma allora, la norma costituzionale nulla dice circa l'ingiustizia del danno, la cui definizione va cercata pertanto altrove. Chè poi, anche ammettendo in ipotesi che la violazione del dovere costituzionale di solidarietà sia comunque produttiva di danno, rimarrebbe pur sempre da stabilire in concreto quando tale danno sia anti-giuridico, nel qual caso soltanto si realizza l'atto illecito produttivo dell'obbligo di risarcimento.

Insomma il criterio della solidarietà non serve a definire l'ingiustizia del danno. Ricavare da quel criterio un obbligo generale di temperamento degli interessi del singolo con quelli degli altri e della comunità (13), tale da presiedere alla disciplina di ogni rapporto e alla soluzione di qualsiasi conflitto di interessi, equivale ad attribuire la concreta attuazione di quell'obbligo alla totale discrezionalità del giudice e ciò non è coerente all'attuale ordinamento positivo; ed è, in principio, pericoloso perché i confini tra massima discrezionalità ed arbitrio sono evanescenti, e superabili anche in buona fede. Con la conseguenza del venir meno della certezza del diritto, che è bene primario per i cittadini anche sotto il profilo della garanzia di libertà (14).

8. — Ancora di recente, si è ritenuta « appagante » del concetto di ingiustizia del danno, la lesione di un interesse « meritevole » di tutela (15). Ma è stato osservato che danno ingiusto, per l'art.

(13) CANFORA, *Osservazioni sul principio generale di solidarietà*, in *Iustitia* 1968, p. 220.

(14) BARATTA, (*Responsabilità civile e certezza del diritto*, in *Riv. internaz. filos. dir.* 1965, pp. 36-54) rileva che il principio di solidarietà, ispirato ad una vaga ideologia, rischia di ridursi ad un mandato in bianco per il giudice così prestandosi a tutti gli usi; SCOGNAMIGLIO, (*Risarcimento del danno*, v. in *Nuovissimo Dig. it.*, Torino XVI 1969, p. 11) accusa di empirismo e di ambiguità il criterio della solidarietà, al quale GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano 1970 pp. 392 ss.) finisce per negare che esso abbia una funzione da svolgere nel campo della responsabilità extracontrattuale.

(15) ALPA e BESSONE, *I fatti illeciti* in *Trattato dir. priv.* diretto da P. Rescigno, XIV, Torino 1982, p. 89, ma vedasi tutto il cap. I; SCHFESINGER, *L'ingiustizia del danno nell'illecito civile* in *Jus* 1960 p. 342.

2043 cod. civ., è ogni danno avente per oggetto un interesse (diverso da quello del creditore, perché lì si versa in tema di responsabilità contrattuale) giuridicamente tutelato, e non già qualsiasi interesse meritevole di tutela.

« Tra l'essere giuridicamente tutelato e l'essere meritevole di tutela giuridica vi è un grave divario. Attribuendo rilevanza, ai fini dell'affermazione di responsabilità, a tutti gli interessi meritevoli di tutela giuridica, si conferisce al giudice un potere di valutazione, circa l'importanza degli interessi e la loro attitudine a meritare tutela giuridica, che non sembra conforme allo spirito informatore dell'ordinamento italiano » (16).

Insomma, ravvisare il danno ingiusto nella lesione di un interesse meritevole di tutela è tutt'altro che appagante, perché così il problema è solo rinviato, restando da stabilire quali sono gli interessi meritevoli di tutela. E se si risponde che la loro individuazione è rimessa al giudice, ecco che torna valido quanto eccepito alla tesi della solidarietà: che cioè la discrezionalità illimitata del giudice contraddice al sistema positivo e nuoce alla certezza del diritto (17).

Né l'obbiezione può essere superata fondando la risarcibilità del danno (e quindi l'ingiustizia di esso), anziché sulla tutela accordata all'interesse del danneggiato, sulla mancanza di protezione dell'interesse del danneggiante. Secondo questa concezione (18), danno ingiusto sarebbe quello che un fatto non autorizzato da specifica norma, e comunque posto in essere all'infuori dell'esercizio di una facoltà attribuita dall'ordinamento giuridico in vista di particolari esigenze sociali, produca all'interesse (non ulteriormente qualificato) del terzo. Qui, come è evidente, l'accento viene spostato sull'interesse del danneggiante: se l'attività attraverso la quale esso si estrinseca non è autorizzata dalla norma specifica o comunque non

(16) DE CUPIS, *Il danno*, cit., I. pp. 90 ss.

(17) Contro, TRIMARCHI, (*L'illecito nel diritto civile*, voce in Enc. del dir. XX, Milano 1970, pp. 97 ss.) secondo cui spetta al giudice risolvere i conflitti di interessi non limitandosi ad applicare i criteri desumibili dall'interno dell'ordinamento giuridico, ma valutando comparativamente gli interessi contrapposti e così integrando l'ordinamento medesimo. Nello stesso senso, Dell'Aquila: « Interferenza nel rapporto contrattuale e responsabilità aquiliana del terzo » in Foro pad. 1974, I, pp. 315-316. Peraltro, questa tesi non sembra sfuggire al rilievo che, così, il giudice diviene egli stesso legislatore.

(18) SCHLESINGER, *op. cit.*, pp. 342-344.

è espressamente facoltizzata (e quindi l'interesse dell'agente non è protetto), il danno che ne derivi al terzo è, per ciò solo, ingiusto.

Senonché, va osservato che l'estrinsecazione della personalità individuale in ogni rapporto, etico, politico, religioso, giuridico, è garantita costituzionalmente e non trova limite se non al rispetto delle corrispondenti estrinsecazioni della personalità altrui. Esiste dunque in principio la libertà della persona, libertà che si qualifica a seconda dell'ambito di estrinsecazione: se l'ambito è giuridico, quella libertà è anch'essa giuridica. Trattandosi di libertà, non abbisogna, per il suo esercizio, di specifiche autorizzazioni o facoltizzazioni, e ciò è tanto vero che chiunque può essere parte di rapporti giuridici, anche aticipi e anche innominati.

È l'ordinamento giuridico che, nel valutare il meglio per la collettività, privilegia l'attribuzione della libertà, la quale è concettualmente diversa dalla tolleranza ed implica, a differenza di questa, che il suo esercizio possa anche arrecare danno ai terzi, i quali sono tenuti a subirlo salvo che esso si risolva nella lesione di un interesse anch'esso tutelato dall'ordinamento giuridico. Con il che l'accento torna sull'interesse del danneggiato.

9. — Da quanto detto fin qui, emerge che l'unico criterio utile ad individuare l'ingiustizia del danno è dato dalla lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento giuridico.

A ben guardare, anche le tesi criticate concludono nello stesso senso perché: a) chi propone il criterio della solidarietà, finisce per ammettere l'esigenza di ulteriori specificazioni allorché precisa che esso è operante solo in relazione a situazioni giuridicamente rilevanti, tutelate contro l'attività dannosa di terzi; b) chi parla di interessi meritevoli di tutela giuridica, afferma implicitamente che quegli interessi debbono essere rilevanti per l'ordinamento.

D'altro canto, bisogna riconoscere ai fautori di quelle tesi il lodevole proposito di interpretare il sistema della responsabilità extracontrattuale in senso dinamico, per modo che possa recepire immediatamente le nuove istanze di tutela che nascono continuamente da una società in rapida trasformazione; solo che i criteri forniti sono tutt'altro che idonei rispetto al fine perseguito, per la potenziale attitudine a creare incertezze e a consentire arbitri, in dipendenza della loro genericità. Di essi potrà tener conto il legislatore, e comunque delle valide motivazioni che ne sono alla base, per una revisione dell'istituto nell'ambito di una rifondazione dell'ordina-

mento giuridico che preveda, tra l'altro, l'attribuzione di una maggiore discrezionalità al giudice; fin quando ciò non avvenga, è preferibile disattenderli, essendo maggiore il danno rispetto all'utilità che se ne può trarre.

Al momento, dunque, sembra più corretta la tesi secondo cui il danno extracontrattuale non può assumere senso giuridico se l'interesse leso non sia giuridicamente prevalente, protetto in sé e per sé dalla norma giuridica, per il che:

a) l'interesse individuale, ancorché corrispondente ad un interesse generale, non può avvantaggiarsi della protezione accordata a quest'ultimo (esigenza di protezione in sé e per sé);

b) è irrilevante la protezione dell'interesse individuale da parte di una regola morale o di costume (esigenza che la protezione sia attribuita da una norma giuridica).

L'obiezione che questa tesi riduce eccessivamente la sfera del danno risarcibile deve essere respinta sul rilievo che, se è vero che l'ingiustizia del danno, in quanto postula una protezione giuridica degli interessi, è circoscritta nei limiti del contenuto normativo del diritto obiettivo, è altrettanto vero che tale contenuto normativo va desunto non soltanto dalle norme che esplicitamente tutelano determinati interessi, ma anche dai principi individuabili mediante l'impiego dei vari strumenti interpretativi (19).

10. — È ormai chiaro che il problema, se sia ammissibile la tutela aquiliana di un interesse di fatto, va risolto in senso negativo. Ma deve ammettersi che un determinato interesse, apparentemente « di fatto » siccome non sussumibile « prima facie » in una determinata categoria normativa che esplicitamente lo preveda, risulti invece ricompreso in essa a seguito della interpretazione dei principi, nel qual caso la tutela aquiliana è operante. E così il problema si riduce a quello di interpretare l'ordinamento positivo per individuare la disposizione specifica o il principio protettivo dell'interesse; interpretazione che deve essere bensì dinamica, cioè condotta con riguardo al mutevole divenire della realtà sociale, ma non tanto da stravolgerne gli indirizzi, i contenuti ed i limiti, attribuendo a disposizioni scritte ed ai principii che se ne traggono, portata e senso che essi non hanno.

(19) DE CUPIS, *Il danno*, cit., I, pp. 88-93.

11. — Esemplare del travaglio interpretativo che, in subjecta materia, dottrina e giurisprudenza affrontano ormai da molti decenni, è il caso del convivente *more uxorio*.

La risarcibilità del danno per infortunio del convivente costituisce infatti uno dei momenti più dibattuti, se non addirittura il più dibattuto, della rilevanza della famiglia di fatto rispetto ai terzi.

Le aspettative nascenti dalla stabilità del rapporto « *more uxorio* » hanno spesso indotto il convivente (20) ad agire in giudizio

(20) Il più delle volte si è trattato della convivente, perché gli apporti che sostengono economicamente il « *ménage* » provengono di regola, anche se non esclusivamente, dall'uomo.

(20 bis) L'art. 29 Cost. afferma che la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale « fondata sul matrimonio ». La Carta fondamentale dello Stato italiano nulla dice circa l'unione di fatto, né una previsione implicita di questa può derivarsi dalla tutela dei figli naturali (art. 30 Cost.), perché qui viene in considerazione il rapporto di filiazione e non quello di convivenza. Del resto, la filiazione naturale non presuppone affatto la convivenza dei genitori ed anzi si realizza spesso in contrasto con quella convivenza, come quando i genitori (uno o entrambi) hanno già una famiglia legittima. La tesi (sostenuta dal PROSPERI in *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino 1980, specialmente alle pp. 42 ss., 83-100, e ripresa peraltro dal PERLINGIERI in *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 1984, p. 560), secondo cui tanto la famiglia legittima quanto l'unione di fatto rientrerebbero tra le « formazioni sociali » alle quali fa riferimento l'art. 2 Cost., per cui anche la seconda troverebbe una sua specifica previsione nella Carta fondamentale e parteciperebbe della normativa (ordinaria) dettata per la prima, questa tesi, dunque, non sembra possa condividersi. La disposizione dell'art. 2 Cost. è finalizzata all'individuo e non alle « formazioni sociali »; queste ultime vengono in considerazione esclusivamente come ambito nel quale la persona si muove ed opera, ambito che non può e non deve condizionarne i diritti inviolabili (dal legislatore ordinario) ed i doveri (costituzionali) inderogabili. D'altro canto, che le « formazioni sociali » menzionate dall'art. 2 Cost. abbiano valore strumentale rispetto all'individuo, è dimostrato ulteriormente dal fatto che quelle fondamentali (famiglia, sindacato, partito, impresa, ecc.) trovano nella Costituzione una esplicita previsione. È quindi assai difficile derivare dal cit. art. 2 Cost. un riferimento solenne all'unione di fatto; tanto più difficile in presenza dell'art. 29 Cost. il quale, come si è visto, menziona soltanto la convivenza fondata sul matrimonio. Ma poi, quando pure si ammettesse che l'art. 2 Cost. attribuisce rilevanza all'unione di fatto come tale, non andrebbe dimenticato che quella disposizione prende in considerazione soltanto, è si è visto, « i diritti inviolabili dell'uomo », ma non gli altri, come ad esempio quelli connessi alla stabilità del vincolo (fedeltà, assistenza, collaborazione, coabitazione) e quelli patrimoniali (mantenimento, alimenti, ecc.), che inviolabili non sono. Per cui non sembra proprio possibile dedurre dall'art. 2 Cost. (come invece fa il Prospero in op. cit. pp. 295-297) il diritto dell'un convivente al risarcimento del danno concretato dalla morte dell'altro per colpa del terzo; a meno che non si

per ottenere il ristoro del danno derivatogli dalla morte del « partner », per esempio in un incidente stradale.

L'unione di fatto non è apprezzata come tale dall'ordinamento giuridico (20 bis), che però, specialmente dopo la riforma del diritto di famiglia e come si vedrà meglio in seguito, prende in considerazione talune proiezioni di essa (ad esempio la filiazione) proteggendole in vario modo. Si tratta allora di vedere, giusto quanto detto sopra, se la pretesa risarcitoria del convivente concreti un interesse apparentemente di fatto ma in realtà giuridicamente rilevante; il che equivale a chiedersi se, sotto questo profilo (della responsabilità extracontrattuale del terzo per l'uccisione o il ferimento di un convivente) la famiglia « di fatto » sia giuridicamente equiparata alla famiglia « di diritto ».

E ancora una volta va precisato che il problema non è di stabilire se un interesse di fatto sia tutelato dall'ordinamento giuridico, il che rappresenta una contraddizione in termini, ma se un certo interesse fondato su una situazione di fatto sia in realtà un interesse giuridico.

Nel passato meno recente, la giurisprudenza è stata oscillante; talvolta ha concesso il risarcimento del danno patrimoniale, talaltra invece no (21). Questa contraddittorietà dell'orientamento giurisprudenziale più antico è solo apparente perché erano diverse le fattispecie concrete oggetto di decisione. In proposito, è stato esattamente osservato (22) che, sul piano della « ratio decidendi », non irrilevante fu probabilmente la circostanza che, quando il ristoro venne concesso si trattò di ipotesi di « concubini civili », cioè di conviventi legati da matrimonio soltanto canonico.

Le situazioni erano in fatto simili (convivenza ultradecennale, nascita di figli riconosciuti dal padre, intenzione di legittimare la posizione della famiglia attraverso matrimonio civile); ma in una c'era qualcosa di più, ed era l'esistenza di un matrimonio canonico,

voglia richiamare la tesi della solidarietà (anch'essa fondata come si è visto sull'art. 2 Cost., ma nella prospettiva dei doveri inderogabili) già in precedenza oggetto di critica, alla quale si aggiunge qui, e meglio si vedrà in seguito, il rilievo ulteriore che il dovere di solidarietà verrebbe a gravare il terzo mentre non gravava il convivente deceduto per colpa di costui.

(21) In senso favorevole, Cass. 19 maggio 1911, in Foro it., 1911, I, 798; in senso sfavorevole, Cass. 24 marzo 1938 in Giur. it. 1938, I, 1, 683.

(22) SBISA: *Risarcimento di danni in seguito a morte di un familiare di fatto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1965, 1257.

che offriva una prova di stabilità del rapporto, meritevole di tutela secondo i giudici.

Nell'evoluzione successiva però, la giurisprudenza optava decisamente per la soluzione negativa motivando che, per l'art. 2043 cod. civ., come già per l'art. 1151 cod. civ. del 1865, « danno risarcibile è quello che si verifica per la lesione di un diritto e, pertanto, chi pretende di essere risarcito del danno derivantegli dalla morte della persona con la quale conviveva e dalla quale riceveva mantenimento o altri vantaggi o prestazioni in genere, ed evochi per l'effetto in giudizio colui al quale ritiene di poter far risalire l'evento mortale, da identificarsi col fatto doloso o colposo produttivo del danno, deve anzitutto dimostrare il suo diritto alle prestazioni della persona che non è più, diritto che può discendere dalla legge, come può avere il suo titolo in una particolare convenzione; nessuna delle predette ipotesi è ravvisabile nel caso della convivenza more uxorio, che l'ordinamento giuridico non prende in se stessa in considerazione e che non può formare oggetto, per se stessa, di convenzione, onde è inconcepibile una azione per danni fondata su detto rapporto, anche se perdurante da lungo tempo e dal quale siano nati dei figli, salvo il diritto di questi come figli naturali » (23).

Così dunque la giurisprudenza. E alla soluzione negativa propendeva anche la dottrina, salvo rare eccezioni (24); fin quando il Branca, commentando favorevolmente la sentenza 27/2/70 della Corte di Cassazione francese (25), contestava l'interpretazione classica del-

(23) Cass. 28 gennaio 1958, n. 169, in Resp. civ. e prev., 1958, 493; T. Roma 7-11-1962, n. 6178, in Resp. civ. e prev., 1965, 326.

(24) GERI (*Perdita delle aspettative legittime e risarcimento per morte da fatto illecito di un convivente*, nota a Cass. 16 dicembre 1966, n. 2951, in Giust. civ. 1967, I, 1116) scriveva che « anche al di fuori di regolari vincoli di parentela ammessi dalla legge, sono validi, in relazione a determinati effetti, anche altri stati di fatto che denunzino, tra gli interessati, legami di sangue, affettivi o di assistenza, assimilabili a quelli legali ».

(25) La pluralità di vie esperibili per invocare la tutela aquiliana, processo civile e processo penale (quando l'illecito costituisce anche reato) aveva condotto la giurisprudenza francese a decisioni contrastanti. Con la sentenza richiamata nel testo (riportata in Foro it. 1970, IV, 140), la Chambre Mixte diremeva il contrasto tra sezioni civili e sezioni penali, stabilendo il principio che la morte per fatto del terzo costituisce danno risarcibile anche per il convivente, purché la relazione fosse stata stabile e non illecita (cioè non adulterina). Successivamente, la Chambre Criminelle, con sentenza 19-6-1975 (riportata in Foro it. 1976, IV, 62) ha abbandonato il requisito della liceità.

l'equazione « danno ingiusto = lesione del diritto ». In particolare, dopo avere riassunto lo stato della questione, l'autore scriveva testualmente: « Dunque, lesione di diritti. Ora, perché non parlar chiaro? Per paura di scarso tecnicismo? No: e allora parliamo chiaro anche se il discorso a qualcuno sembrerà banale. Colposamente si ferisce una persona e se ne diminuiscono le capacità di lavoro. La diminuzione sarà compensata dal risarcimento (si fa per dire) e quella persona potrà ancora aiutare economicamente chi aveva aiutato prima. Questi non potrà lamentarsi con l'autore dell'illecito poiché la situazione di fatto, per lui, non è cambiata; niente risarcimento per lui, fosse o non fosse parente o convivente. La persona muore. In questo caso non c'è più chi soleva aiutare il familiare, il convivente, l'amico, il protetto. Ci saranno magari i suoi eredi o chi vantava un diritto alimentare, ma il benefattore è morto. Il danno c'è per i beneficiari della sua generosità, ed è danno ingiusto sol perché è ingiusta la morte di una persona (provocata da un terzo). Insomma, la violazione del diritto alla vita apre la porta al risarcimento, e risarcimento è reintegrazione e reintegrare è coprire l'intera situazione di fatto che faccia capo alla vittima. Vogliamo usare un linguaggio moderno? Allora diciamo che ai fini del risarcimento è rilevante ogni situazione anche di fatto collegata al diritto soggettivo violato » (26).

12. — Sulla linea tracciata dal Branca si è attestata la dottrina numericamente prevalente (27), talvolta richiamandosi al criterio della solidarietà e talaltra a quello dell'interesse meritevole, dei quali si è detto prima. Al momento dunque, in dottrina si ritiene generalmente, o quasi, che la morte del convivente produca un danno ingiusto e conseguentemente risarcibile. Seppure qualche incertezza rimane, essa attiene ad una problematica secondaria, come la difficoltà

(26) Così, BRANCA, *Morte di chi convive more uxorio ecc. cit.*

(27) FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto*, cit., p. 345; ALFA, *Famiglia di fatto e risarcimento del danno*, nota a Cass. francese 19-6-1975, in Foro it. 1976, IV, 64; BILE, *La famiglia di fatto: profili patrimoniali*, in *La famiglia di fatto - Atti del Convegno nazionale in Pontremoli dal 27 al 30 maggio 1976*, Montereaggio 1977, FLAMINI, *Risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale per l'uccisione* p. 103, FRANCESCHELLI, *Il matrimonio di fatto*, in Atti cit., p. 384. Cfr. anche *del coniuge di fatto*, in Rass. dir. civ. 1981, pp. 654 ss.; BONLINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano 1983, pp. 264 ss. e 471 ss.; PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano 1984, pp. 186 ss.

di quantificare il danno o di accertare la stabilità dell'unione (28), che però non inficia la validità del principio. Senonché, la tesi del Branca, pur esposta in modo brillante ed arguto, non convince. Il seguito che essa ha avuto può spiegarsi solo con motivazioni emozionali, senz'altro apprezzabili sotto il profilo etico, ma che non hanno, proprio perché emozionali, alcun riscontro giuridico. A parte le critiche già svolte alle tesi della solidarietà e dell'interesse meritevole (di tutela giuridica) è stato osservato al Branca che non basta la violazione del diritto soggettivo altrui perché colui che versi in una situazione di fatto, soltanto collegata a quel diritto alieno, possa esigere risarcimento; questo, se fosse vero, equivarrebbe a consolidare giuridicamente una situazione di fatto precedentemente priva di fondamento e di protezione giuridica (29). La tutela, invero, deve sussistere direttamente per l'interesse subbietivo di cui si chiede la reintegrazione economica mediante il risarcimento (tutela dell'interesse in sé e per sé); e non deve essere ispirata da motivi di equità e comunque etici (tutela giuridica dell'interesse).

Ma non esiste una norma che, analogamente all'art. 143 cod. civ. per i coniugi, garantisca la posizione economica dell'un convivente nei confronti dell'altro. Per il che, tornando alla critica della tesi del Branca, « appare strano che la concubina, priva di alcun diritto al mantenimento (30) verso il concubino, malgrado il costume di vita matrimoniale tra loro, abbia un diritto al risarcimento nei confronti del terzo, cosicché risulti conferita una tutela esterna ad un interesse privo di tutela interna nell'ambito del rapporto di fatto costituito dal concubinato: in poche parole, che l'ordinamento giuridico non la protegga verso il concubino con cui ha instaurato il rapporto di concubinato (e malgrado l'importanza sociale che questo assume allorché si svolge *more uxorio*) ed invece la protegga verso il terzo estraneo » (31).

Inoltre, e correlativamente, non può non apparire ingiusto al

(28) RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, p. 354.

(29) MONTEL (*Ancora una volta in tema di risarcimento del danno da uccisione*, in *Giur. it.*, I; 1, 910) rileva l'assurdità insita nel migliore la posizione di chi non aveva alcun diritto consolidando, mediante il risarcimento, una situazione priva di fondamento giuridico.

(30) Ed anche ai soli alimenti.

(31) Così, DE CUPIS, *Il danno*, cit., II, p. 103.

terzo di essere obbligato verso la concubina altrui laddove non era obbligato il di lei concubino.

La verità è che, mancando il vincolo coniugale ed il corrispondente diritto all'assistenza economica come attribuito reciprocamente ai coniugi dall'art. 143 cod. civ., il convivente *more uxorio*, diversamente da quanto consentito al coniuge proprio in dipendenza di tale attribuzione, non ha titolo per il risarcimento della perdita patrimoniale conseguente alla morte o alla menomazione illecitamente cagionata al suo « partner » dal terzo.

13. — Peraltro, una recentissima giurisprudenza penale di merito (32), traendo spunto da alcune decisioni della Suprema Corte nonché da una pluralità di norme disciplinatrici di certi profili della famiglia di fatto, ha affermato il diritto del convivente *more uxorio* al risarcimento del danno non patrimoniale. Specificamente, la Corte d'Assise di Genova ha motivato che « sulla base degli elementi indicati e delle considerazioni espresse (32 bis), si deve considerare la convivenza *more uxorio* non una situazione di mero fatto ma una situazione giuridica protetta, ancorché non produttiva, in costanza di rapporto, di diritti soggettivi di carattere patrimoniale. Quando la convivenza viene meno per la morte di uno dei soggetti del rapporto, il danno morale che l'altro indubbiamente subisce è un danno che colpisce non una persona legata da un rapporto del tutto indifferente per l'ordinamento (ad esempio un amico), ma una persona legata alla vittima da un vincolo che presenta, come si è rilevato, i connotati sostanziali tipici del vincolo matrimoniale e che ha trovato, nell'ordinamento stesso una progressiva tutela. Questo danno, spesso più forte di quello che subisce un coniuge separato, deve essere risarcito. A tale riconoscimento, che vale a compensare la convivente delle sofferenze morali e psichiche realmente ricevute, non si oppone l'inesistenza in costanza di rapporto, di un diritto soggettivo di carattere patrimoniale normativamente riconosciuto, che impedisce, di fatto, di dare una risposta piena ad una esigenza etica e sociale ormai comunemente avvertita ».

(32) Assise Genova 19-11-1984 in Resp. civ. e prev. 1985 pp. 97 e ss.; Tribunale di Verona 3-12-1980 in Resp. civ. e prev. 1981 pp. 74 ss. In dottrina, per tutti, BONLINI, *Il danno non patrimoniale*, cit. loc. cit.

(32 bis) Che sono poi le sentenze della Suprema Corte e le disposizioni sparse, delle quali si è fatta menzione nel testo.

14. — Ma questa giurisprudenza sembra viziata di contraddittorietà e di apriorismo.

Ed intanto, va rilevato come essa, presupponendo che l'illecito del terzo debba avere carattere penale (perché appunto la risarcibilità del danno non patrimoniale può derivare soltanto dal reato) ha già in se medesima una notevole limitazione.

In secondo luogo, essa richiama decisioni pronunciate dalla Suprema Corte ad altro fine, quello della « soluti retentio ».

È vero che tali decisioni affermano « sussistere un dovere di assistenza reciproca tra i familiari di fatto, sostanzialmente analogo a quello esistente tra i coniugi, anche con la corresponsione di somme di danaro quale adempimento di una obbligazione naturale » (33); ma è altrettanto vero che con quelle decisioni si è voluto paralizzare l'azione di ripetizione (eticamente ingiusta) rispetto a quanto corrisposto per titolo di contribuzione al « menage » di fatto e magari di donazione. Del resto, sembra evidente l'errore di desumere, da un dovere di assistenza tra conviventi, in ogni caso meramente morale ed esaurito, un interesse giuridicamente protetto e produttivo di legittimazione ad agire per il risarcimento del danno, anche soltanto non patrimoniale. Perché questo, e sempre questo, è il punto: per essere risarcibile il danno, qualunque danno, anche quello non patrimoniale, deve essere ingiusto, cioè lesivo di un interesse giuridicamente protetto. Dire che la convivenza *more uxorio* ha il connotato della giuridicità e poi negare che sia produttiva del diritto al risarcimento del danno patrimoniale, che è l'effetto principe di quel connotato, rappresenta una contraddizione bella e buona; un rapporto, o è giuridico o è di fatto: non può essere giuridico per certi profili e non invece per altri. D'altro canto, la rilevanza che l'ordinamento giuridico accorda alle obbligazioni naturali è del tutto eccezionale e non può essere estesa oltre il limite, espressamente previsto, della « soluti retentio ». L'art. 2034 cod. civ. è chiarissimo in tal senso, e contiene un decisivo argomento a favore dell'assunto che i doveri morali e sociali sono in principio irrilevanti per l'ordinamento giuridico.

15. — Nella considerazione della convivenza come tale, cioè a prescindere da altri rapporti che possono derivarne, quali la filiazione,

(33) Cass. 8-2-1977 n. 556 in Giur. it. 1977, I, 346; idem 15-1-1969 n. 60 in Foro it. 1969, I, 1512.

non c'è dubbio che l'ordinamento privilegia soltanto l'interesse del coniuge. Può non corrispondere alla realtà che la perdita del convivente produca dolore nel superstite legittimo e non lo produca invece nel superstite illegittimo. Ma questa è una verità dell'ordinamento giuridico, la quale si sovrappone e prevale su qualunque realtà naturale e rimane verità finché l'ordinamento non la cambia.

Chè poi, è certamente possibile che vi sia taluno che provi dolore per la morte di un amico più di quanto ne provi il convivente di costui, coniuge o non coniuge; eppure nessuno si sogna (almeno fino a questo momento) di ammetterlo a pretendere la « pecunia doloris ». Insomma, quella cui si deve avere riguardo è la realtà giuridica, ed essa dice che tutelabile è l'interesse del coniuge, non quello del convivente o dell'amico; e d'altro canto, se si dovesse avere riguardo alla realtà naturale, la lista dei risarcibili potrebbe risultare infinita: coniuge, convivente, amico, estimatore, conoscente e via dicendo; una vera e propria schiera di possibili « dolenti ».

Infine, quanto alla presenza di norme che confermerebbero la rilevanza della famiglia di fatto nell'ordinamento giuridico, è evidente l'equivoco di trasferire in capo ai soggetti del rapporto *more uxorio* una tutela che è invece finalizzata al rapporto di filiazione naturale. Certo, quelle norme ci sono (34), ma solo incidentalmente prendono in considerazione la famiglia di fatto: in quanto cioè da questa siano nati dei figli ai quali, e soltanto ad essi, è indirizzata la protezione che le dette norme apprestano; ond'è che da esse non può proprio derivarsi un (ben diverso) principio generale di protezione giuridica degli interessi del convivente *more uxorio*. Anzi, quelle norme confortano l'esatto rilievo che « la protezione degli interessi del convivente subisce una discriminazione legislativa, che la riforma del diritto di famiglia ha reso più evidente là dove, conferendo rilevanza alla mera convivenza, ha gravato di obblighi la famiglia di fatto, disconoscendole invece ogni diritto » (35).

16. — È certamente la soluzione negativa quella che, a rigore di logica giuridica, si impone in ordine alla questione della risarci-

(34) Si vedano richiamate in motivazione da T. Verona e Assise Genova citt.

(35) Così, ALPA e BESSONE, *I fatti illeciti*, cit., p. 125 dove però, forse non del tutto coerentemente, si aggiunge che la prestazione alimentare corrisposta in vita dalla vittima al convivente, concreta se non un vero e proprio diritto di credito, una aspettativa meritevole di tutela.

bilità del danno costituito dalla lesione di interessi di fatto. Per l'art. 2043 cod. civ. è risarcibile il danno ingiusto; ma danno ingiusto è quello « iniuria datum » cioè quello « contra ius », per cui è risarcibile soltanto il danno che contrasta con le norme dell'ordinamento positivo. Si è visto che ingiustizia non significa iniquità; una cosa è la contrarietà alle norme giuridiche, altra cosa è la contrarietà alle norme della morale e del costume. Può consentirsi che danno « contra ius » sia quello che si concreta nella lesione non soltanto di un diritto soggettivo ma di qualunque interesse giuridicamente rilevante; però deve trattarsi di un interesse così qualificato. Ma l'interesse di fatto, proprio perché tale, non è rilevante per l'ordinamento positivo, per cui questo non reagisce alla lesione di quell'interesse; e, ciò, nemmeno se esso si configuri come un'aspettativa, che è pur sempre la posizione in cui si trova un soggetto per il quale venga maturando un diritto soggettivo, e quindi una posizione giuridicamente rilevante. Aspettativa non è la mera speranza di un futuro diritto soggettivo né, d'altra parte, è lo stesso diritto soggettivo: essa è una posizione di attesa del soggetto, alla quale però l'ordinamento giuridico attribuisce rilevanza favorendone la conservazione e l'attitudine a trasformarsi in diritto soggettivo (36).

L'acquisto di un diritto può dipendere dal verificarsi di un fatto che consti di più elementi. Se alcuni di questi si sono già verificati, e gli altri potranno verificarsi successivamente, si determina una certa aspettativa di acquisire il diritto. Si parla allora di aspettativa giuridica o « di diritto », in contrapposizione alla aspettativa di fatto che, e si torna daccapo, non è presa in considerazione dalla legge (37). Esempio tipico di aspettativa giuridica si ha nella posizione di chi acquisti un diritto sotto condizione sospensiva oppure di chi lo alieni sotto condizione risolutiva; si pensi alla donazione di una biblioteca scientifica, sottoposta alla condizione che il donatario si laurei in medicina: costui acquisterà la biblioteca con il conseguimento della laurea e nel frattempo ha un'aspettativa, che è giuridica perché la legge (ed ecco la rilevanza per l'ordinamento positivo) gli consente di compiere atti conservativi (art. 1356 cod. civ.).

Invece, un'aspettativa di fatto si individua nella posizione dei figli di una persona, i quali attendano di succederle alla sua morte;

(36) SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 59.

(37) TRIMARCHI, *op. cit.*, specialmente alle pp. 63, 248-249, 466.

essi non hanno alcun potere sul patrimonio del loro genitore finché questi è in vita, e ciò è tanto vero che egli può disporne nel modo che vuole (ad esempio, può vendere tutti i suoi beni e, al limite, scialacquare beatamente il suo patrimonio). Insomma, quella che si vuole ribadire è l'esigenza imprescindibile che l'interesse, ove pure abbia forma di aspettativa, deve avere il carattere della giuridicità nel senso che si è più volte sottolineato; al di fuori di che, non può darsi tutela aquiliana.

Ed allora, trasferendo il discorso al rapporto *more uxorio*, una tutela siffatta deve essere negata anche sotto il profilo della mancanza, nel convivente, di una aspettativa giuridica. Non si riesce, infatti, ad individuare alcuna norma o principio (di diritto, s'intende) che abbia riguardo all'interesse dell'un convivente per il patrimonio dell'altro, sia pure e soltanto come « diritto in formazione » al mantenimento, agli alimenti, all'assistenza e via dicendo. E questo è tanto vero che la giurisprudenza (e parte della dottrina) deve rifarsi alla disciplina dell'obbligazione naturale per desumerne (arbitrariamente) una protezione dell'interesse del convivente; trascurando però che quelle obbligazioni hanno fondamento etico (dal che resta confermata l'analoga natura dell'interesse del convivente *more uxorio*) e, proprio per questo, non producono altro effetto che quello della « soluti retentio », il quale evidentemente non può opporsi al terzo come fonte della sua responsabilità extracontrattuale.

Pertanto, con riguardo al diritto positivo, che solo conta, si deve concludere che attualmente non c'è tutela per gli interessi di fatto, la lesione dei quali non comporta diritto al risarcimento.

GIANCARLO CIOPPI

PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA E LIBERTÀ RELIGIOSA

Note di diritto costituzionale ed ecclesiastico

SOMMARIO: 1. Matrici, problemi e orizzonti dell'eguaglianza giuridica. — 2. Valenza e operatività normativa del principio di eguaglianza. — 3. Principio di eguaglianza e fattore religioso delle Confessioni. — 4. Eguaglianza costituzionale, libertà religiosa e diritto ecclesiastico.

1. - *Matrici, problemi e orizzonti dell'eguaglianza giuridica.*

A duecento anni dalla Rivoluzione francese e dalla coeva dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, sulla questione dell'eguaglianza giuridica gravano gradi di complessità e problematicità altissimi, sia perché la Rivoluzione del 1789 segna il traumatico riconoscimento che « la religione aveva perduto il suo ascendente » e che « all'antica concezione della società fondata sugli status si era sostituita l'idea dell'uomo astratto e individuale » (1); sia perché « nell'ordine delle interpretazioni e giustificazioni razionali, nell'ordine speculativo o teorico, la questione dei diritti dell'uomo mette in giuoco tutto il sistema di certezze morali e metafisiche (o antimetafisiche) cui ciascuno aderisce » (2); sia ancora perché, nell'ambito pertinente al diritto ecclesiastico italiano attuale, pur dopo le proclamazioni solenni e formali della Costituzione, « non pare tuttavia che il principio costituzionale di eguaglianza comporti una assoluta parità di trattamento ed abbia dunque sottratto al legislatore il potere di riconoscere le differenziazioni espres-

(1) D. BARILLARO, *Società civile e società religiosa. Dalla Riforma alla Restaurazione*, Milano 1978, p. 69.

(2) Così per la *Dichiarazione* di due secoli fa una per quella, parimenti significativa e fortemente conseguente, dell'ONU di quarant'anni fa, Jacques Maritain il quale conclude anche: « finché non vi è unità di fede o unità di filosofia tra gli Spiriti, le interpretazioni e le giustificazioni saranno in mutuo conflitto » (cfr. J. MARITAIN, *Introduzione 'Dei diritti dell'uomo'*, in « *La città fraterna* », pubblicazione dell'editore Giuffrè commemorativa della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, Milano 1988, p. 47).

se dalla realtà e di adeguare ad esse le proprie determinazioni » (3).

Pochi temi, infatti, mobilitano e polarizzano intorno a sé tanto decisive risonanze etiche, religiose, politiche e giuridiche, capaci a pieno titolo di legittimare ricerche interdisciplinari e di mostrare tutta la vivacità intellettuale di quanti si battono per un'apertura del diritto ecclesiastico alle altre scienze umane, oltre che giuridiche (4), del resto in assonanza con le più vere e responsabili aspirazioni dei cultori della scienza e degli scienziati della cultura (5).

A duecento anni dalla solenne consacrazione politica e giuridica della uguaglianza, come tratto che si vuole cruciale dell'intera civiltà moderna, la questione resta più che mai irrisolta. Su questo argomento si è invero accumulata una tale quantità di materiale e incentrata una problematica di tale straordinaria e drammatica portata, da rendere l'eguaglianza una sorta di rompicapo del presente e una delle più delicate poste in gioco per il futuro dei popoli e dei regimi socio-politici, nonché delle culture che, anche a proposito di questo fondamentale principio dovranno muoversi dai presupposti di pensiero i quali « non debbono subire deroghe a motivo di foggie traspositive che, se non forniscono *humus* per curiose aporie o inspiegabili entropie, germinano un linguaggio intermateriale ove impervio è discernere le tavole del filosofo dallo stile del giurista che sa anche di politica » (6).

In un certo qual senso, la questione dell'eguaglianza si confonde con quella del diritto, se è vero che in ogni dimensione sociale è necessario stabilire un sistema di criteri pubblici culturalmente rilevanti. In un senso molto generale, l'eguaglianza tende perciò ad identificarsi con il problema della distribuzione, ossia con logiche normative da cui vengono fissati e decisi i criteri, i soggetti e le modalità della ripartizione dei beni materiali, dei ruoli e delle funzioni.

(3) S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, 3 ed., Padova 1986, p. 59, cfr. anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9 ed., Padova, 2^o, 1976, p. 1018 ss.; T. MARTINEZ, *Diritto costituzionale*, 2 ed., Milano 1981, p. 594 ss.

(4) Cfr. per tutti M. TEDESCHI, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, Milano, 1987, p. 75 ss.

(5) Cfr. G. MOLteni MASTAI FERRETTI, *Le origini del diritto ecclesiastico*, in *Dottrine generali del diritto e diritto ecclesiastico*, Atti del Convegno di Napoli, 19-22 novembre 1986, Napoli 1988, p. 167 ss.

(6) G. MOLteni MASTAI FERRETTI, *Stato etico e concordato socialista*, Milano, 1986, pp. 27-28.

Già Aristotele, nella *Politica*, aveva elaborato un significato dell'eguaglianza che risulta paradigmatico non solo per la civiltà antica. Per Aristotele si dà, innanzi tutto, un'eguaglianza semplice o numerica che si estrinseca nel « venire trattati equamente ed identicamente nel numero e nelle cose che si ricevono », con una definizione cioè che si riverbera su di un piano immediatamente valutativo: « Parti eguali agli eguali ». E da queste essenziali denotazioni discende, poi, il significato dell'ingiustizia: « Quando gli eguali hanno parti diseguali o i non eguali hanno parti eguali » (7).

Nell'apparente universalità e genericità delle definizioni del filosofo greco sono però implicati i fondamenti della società antica, alla luce dei quali sono da intendersi le distinzioni tra eguali e diseguali. L'eguaglianza vale, infatti, non tra tutti gli uomini — nozione improponibile per il pensiero antico —, ma tra i pari nella conduzione di una determinata forma di vita. I *migliori* possono considerarsi tra loro eguali, perché migliore è in loro la vita della ragione, mediata dalla proprietà, dall'assenza di preoccupazioni materiali e dall'astensione dal lavoro manuale.

Sino all'età moderna e malgrado le grandi trasformazioni della storia occidentale in epoca cristiana, la questione dell'eguaglianza giuridica si confonde con quella delle gerarchie naturali, delle caste, del sangue e della appartenenza agli ordini del privilegio. La teologia e la pedagogia religiosa cristiana avevano introdotto il valore dell'eguaglianza, ma sovradeterminandolo in senso strettamente confessionista. Eguali sono solo i battezzati in Cristo, i *fideles* della Chiesa universale (8). Da ciò, non si può ammettere eguaglianza in

(7) ARISTOTELE, *La politica e la costituzione di Atene*, Torino, 1966, A, II, 1295, b, pp. 146 ss.

(8) Anche se un lungo cammino è stato compiuto dalla Chiesa di Roma, soprattutto per la spinta ecclesiale e pontificia degli ultimi decenni, suggellata da chiare formulazioni del Concilio Vaticano secondo, che non ha mancato, insieme al C.I.C., di stimolare anche la dottrina canonistica (vedi per tutti V. PARLATO, *I diritti dei Christifideles: attuazione nella normativa del C.I.C.*, in *Studi Urbinati*, nn. 35-37, 1982-85, p. 51 ss.), non può dimenticarsi la riserva mentale che stava dietro pensatori altamente religiosi e sicuramente cattolici, ancora nel secolo scorso, quando la libertà religiosa veniva intesa come prerogativa effettiva dei cattolici, anche se un generale principio di libertà o meglio di tolleranza veniva proclamato per tutti, dentro lo Stato pontificio ma anche fuori. Sul punto, ad esempio si legga G. MOLTENI MASTAI FERRETTI, *La libertà religiosa in Rosmini*, Milano 1972, specialmente pp. 107 ss.

senso cristiano (se non ad un livello minimo o grado zero dell'eguaglianza, quello che vige tra tutte le creature umane di fronte al Creatore) tra *Christifideles* e *Gentiles*. Sul piano socio-giuridico, la teologia cattolica costituiva, invece, la forma religiosa della ratifica delle diseguaglianze naturali e gerarchiche che sanzionavano l'ossatura della società medievale (9).

Malgrado i forti fermenti egualitari legati alle esperienze eretiche e settarie del tardo Medioevo, l'eguaglianza, nell'accezione divenuta in una certa misura ovvia per la nostra cultura, è per quella civiltà una sorta di non senso. L'accesso ai beni, alla libertà ed al potere, è stabilito da regole e consuetudini differenziate per status e gerarchie, considerate naturali ed immodificabili. Il diritto è articolato e segmentato per ogni gruppo, istituzione, centro di potere. Ed inoltre, il senso della civiltà e dei valori viene rigorosamente circoscritto all'area di diffusione del cristianesimo.

La convergenza di numerosi fattori e processi storici di proporzioni straordinarie consente di individuare, alle soglie dell'età moderna, le prime manifestazioni dell'eguaglianza. Tre mi sembrano le grandi radici materiali e culturali del significato moderno dell'eguaglianza, almeno sino all'epoca delle grandi rivoluzioni del settecento.

In primo luogo, la formazione di un'economia di mercato, le prime forme di produzione di merci e l'ampliamento delle vie e dello spazio dei traffici, spezzarono, per così dire, la rigidità delle gerarchie e delle ineguaglianze tradizionali. L'europeo-cristiano che scambia merci con il « turco » o con soggetti di altre culture, civiltà e religioni, deve sovrapporre un minimo di eguaglianza nelle condizioni di scambio alla molteplicità delle ragioni, che pure restano tali, che dividono ed oppongono soggetti diversi. Nel contempo, inizia a profilarsi la necessità che, — anche all'interno del sistema socioculturale europeo — lo status naturale e castale non costituisca l'unico ed incondizionato titolo di accesso alle risorse, e soprattutto, al riconoscimento giuridico. La borghesia, specie quella protestante, rivendica al merito ed alla capacità del singolo il fonda-

(9) Cfr. CARLYLE, *Il pensiero politico medievale*, tr. it., Bari 1968, p. 108 ss.; ULLMANN, *Principi di governo e politica nel Medioevo*, tr. it., Bologna 1972; BELLINI, *Res publica sub Deo. Il primato del sacro nell'esperienza giuridica dell'Europa preumanistica*, Firenze 1982, p. 57 ss.

mento dell'eguaglianza (10). In secondo luogo, l'esito delle guerre di religione aveva mostrato l'impossibilità di una soluzione militare ed autoritaria alla questione della egemonia religiosa. Di conseguenza, in un primo tempo si impose la necessità di una diffusa politica di tolleranza, e — in seguito — una vera e propria sanzione giuridica della eguale libertà di tutti i credenti (11).

Si giunge così ai punti più alti della prassi e della riflessione sull'eguaglianza, così come si manifestano nel VII secolo, come risultanti dei disastri delle lotte religiose, dei radicali sommovimenti provocati dal consolidamento degli stati moderni e dalle crisi connesse con lo sviluppo del capitalismo. Pur in contesti e secondo disegni teorici diversi, Spinoza e Locke disegnano la carta originaria delle libertà moderne, che devono svilupparsi e coniugarsi con il medium giuridico e culturale dell'eguaglianza, almeno formale. Così Spinoza descrive la conquista dell'eguaglianza formale nella Repubblica d'Olanda nel seicento: « In questa floridissima repubblica e nobilissima città, infatti, convivono in perfetta concordia uomini di tutte le nazioni e di tutte le religioni, e per affidare i propri beni a qualcuno, i cittadini di questo Stato si preoccupano soltanto di sapere se costui sia ricco o povero e se sia solito agire in buona o mala fede. La religione o la setta cui egli appartiene non li interessa affatto, perché ciò non contribuisce per nulla a far loro vincere la causa davanti al giudice » (12).

Le parole di Spinoza sembrano importanti perché descrivono fenomeni e celebrano valori, per così dire, epocali. L'eguaglianza giuridica trascende gli status, le razze, l'appartenenza etnica e culturale, ma soprattutto quella confessionale. L'eguaglianza giuridica è quel punto medio di incontro, in senso formale, che consente rapporti tra individui diversi e che restano diversi.

Il terzo elemento che concorre alla composizione del senso moderno dell'eguaglianza, ma che risulta, però — e come si vedrà —

(10) M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, tr. it., Firenze 1977, p. 302 ss.; E. TROELSCH, *L'essenza del mondo moderno*, tr. it., Napoli 1977, p. 165 ss.

(11) H. KAMEN, *La nascita della tolleranza*, tr. it. Milano 1976; AA.VV., *L'intolleranza: uguali e diversi nella storia*, Bologna 1986; E. PRECLINS, *Les luttes politiques et doctrinales au XVII e XVIII siècles*, 2 voll. Paris 1955-56.

(12) B. SPINOZA, *Trattato teologico-politico*, tr. it. Torino 1972, p. 488 e J. LOCKE, *Lettera sulla tolleranza*, Firenze 1963.

altrettanto problematico dei precedenti, è dato dall'allargamento dell'orizzonte geografico e culturale della percezione del mondo nell'epoca moderna. Nuove civiltà, differenti figure umane, religioni e costumi contribuiscono a problematizzare intensamente il primato della civiltà europea. Spiriti aperti e sensibili come Montaigne avvertirono immediatamente che l'incontro con altre civiltà costituiva un punto di non ritorno della storia ed un limite per la tentazione di totalizzare la forma ed il valore della civiltà europea.

E tuttavia, come si è detto, ogni conquista in direzione di più ampi e consistenti piani di eguaglianza, ha comportato vistose controfinalità e nuovi problemi e cioè nuove diseguaglianze. Se il denaro consente di evadere le limitazioni degli ordini e dei privilegi signorili, esso però crea altre e ben più radicali ingiustizie e diseguaglianze materiali, culturali e giuridiche. Se la tolleranza consentì la conquista di quote di libertà più estese e consistenti, essa, tuttavia, per gran parte dell'epoca moderna fu rigorosamente riservata alle confessioni egemoni e negata alle esperienze religiose più eterodosse ed assolutamente inconcepibile per l'ateismo.

Inoltre, se l'incontro con altri popoli e culture arricchì e problematizzò la coscienza europea, esso produsse nuove e ben più gravi forme di diseguaglianza e sfruttamento, sino forse a quel caratteristico prodotto della cultura moderna che è il razzismo.

Queste tre matrici storiche dell'eguaglianza — oltre le distinzioni castali e gerarchiche, oltre l'appartenenza confessionale, oltre le differenze razziali — si raccolgono e vengono rilanciate dal pensiero e dalla prassi del costituzionalismo moderno, che conferì all'eguaglianza la sua fisionomia pressoché definitiva e « classica ». Nel corpo dottrinale e nella prassi del costituzionalismo si compongono molteplici indirizzi ed esperienze storico-culturali (13). Dal giusnaturalismo laico, all'antropologia illuministica, dalle prime manifestazioni del pensiero ateo ad alcuni elementi derivanti dalla tradizione dell'utopismo religioso e democratico tra sei e settecento. Nei documenti e nei testi dei costituzionalisti americani ed euro-

(13) In termini molto generali, per costituzionalismo è da intendersi l'ideologia e l'istituzione, che si elaborano culturalmente e si affermano storicamente a partire dalla seconda metà del XVIII secolo, di un sistema politico fondato e regolato da un documento giuridico fondamentale o « carta » che segna la ratifica di un accordo tra i gruppi socio-politici riconosciuti come legittimi rappresentanti degli interessi

pei si inverteva, quindi, un ricco complesso di esperienze maturate in occidente per più di tre secoli. Al centro della considerazione costituzionalista dell'eguaglianza, si danno due motivi fondamentali che condensano i principali elementi di quelle esperienze storiche.

Innanzitutto, la persuasione che l'uomo costituisca una realtà naturale ed originaria e cioè prepolitica e pregiuridica, che gli uomini siano essenzialmente eguali nelle facoltà fondamentali e nella possibilità di coltivarle e svilupparle attraverso la volontà ed il merito, ma che, soprattutto, è solo nello stato civile, fondato sulla costituzione e sul primato della legge sull'arbitrio, che la libertà e l'eguaglianza si esplicano socialmente. Da questi principi si desume una seconda decisiva istanza che, a ben vedere, è la condizione di possibilità della loro manifestazione come principi. Gli uomini possono cioè vivere liberi ed eguali solo se sono sottoposti unicamente al dettato di una norma fondamentale o costituzione, vale a dire a « un corpo di regole considerate come fondamento dell'intero organismo politico e riguardanti (almeno teoricamente) tutti gli individui e tutte le autorità politiche presenti nella collettività » (14). Compete quindi alla legge, intesa come norma fondamentale, costituzionale, fissare e sorvegliare sui principi sull'ambito di validità e sui limiti dell'eguaglianza. Il primato della legge ha così il compito di tutelare il potenziale accesso di tutti alle medesime possibilità di esercizio delle libertà e di perseguimento delle opportunità.

e delle aspirazioni del soggetto costituente il popolo o la nazione, cioè il sistema politico stesso.

Il costituzionalismo moderno si impone, come è noto, quale cultura politica e giuridica dominante allorché la borghesia occidentale si pone ed intende risolvere il problema del potere contestualmente alla liquidazione dei regimi assolutistico monarchici. Il modello costituzionalista classico (Locke, Montesquieu, Tocqueville...), pone al centro dell'architettura politico-giuridica il principio della *rappresentanza* pluralistica di interessi e bisogni sociali, della *responsabilità* del rappresentante nei confronti dei mandatarî della rappresentanza e — soprattutto — della *divisione ed equilibrio* tra i poteri in cui si articola il processo politico e l'attività giuridica sull'argomento cfr. ancora: M. WEBER, *Parlamento e governo*, tr. it. Bari 1927; G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, Bari 1949; MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, tr. it., 2 voll. Torino 1952; A. PENDLETON, *American Political Thought*, New York 1955 pp. 180 e ss.; C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, tr. it., Milano 1984.

(14) V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in AA.VV. *Manuale di diritto pubblico*, Bologna 1986, pp. 86-87; cfr. in proposito S. CREMASCHI, *Equità, Società civile*, in *Lessico della politica*, Roma 1987.

Gli attributi soggettivi della capacità e del merito devono sopravvivere tutte le determinazioni che discriminano, oppongono e gerarchizzano gli individui, come — del resto — recita l'art. 6 dei diritti dell'uomo e del cittadino: « i cittadini sono egualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo la loro capacità e senza altra distinzione che quella della loro virtù e del loro ingegno ». Il diritto diviene, in tal modo, il regolatore generale delle istanze che continuamente tendono a penalizzare o avvantaggiare singoli cittadini o gruppi di individui a detrimento di altri. Il diritto si pone così in una posizione larvamente conflittuale — ma per altri aspetti incisivamente funzionale — con i codici della distribuzione ineguale delle risorse e del potere, primo tra tutti il denaro, come ribadisce Rousseau nel XV capitolo del *Contrat social*: « Per eguaglianza dovremmo intendere non già che il grado di potere e di ricchezza sia assolutamente identico per tutti, ma che nessuno sia ricco abbastanza per comprare un altro e che nessuno sia talmente povero da essere costretto a vendere se stesso » (15).

Il pensiero e la prassi del costituzionalismo non sognano un'impossibile regime dell'eguaglianza semplice — ad ognuno lo stesso —, bensì la necessità di introdurre, attraverso la costituzione, un sistema dell'eguaglianza complessa, in cui la libertà di ciascuno possa manifestarsi in un ambito di eguali opportunità ed in cui la competizione ed il confronto tra i singoli sia mediato unicamente dalle virtù individuali.

Non potremo soffermarci — per ragioni di spazio e, soprattutto, perché la questione è estremamente ardua — a segnalare le

(15) J. J. ROUSSEAU, *Il Contratto sociale*, tr. it., Torino 1948, cap. IX.

Il problema dell'eguaglianza, come è noto, è al centro del pensiero di Rousseau. Rovesciando con estrema radicalità un mito dell'illuminismo, Rousseau denuncia la civiltà come luogo e condizione dell'ineguaglianza e della deformazione della natura umana. Tuttavia, il regime della libertà e della democrazia realizzata, disegnato dal filosofo ginevrino, è anch'esso sistema dell'ineguaglianza in quanto annulla, nell'astrazione onnipotente della *volonté générale*, differenze e specificità umane.

Cfr. Per l'essenziale sulla tematica del Rousseau e conseguente, cfr. J. J. ROUSSEAU, *Origine della disuguaglianza*, tr. it., Milano 1949; R. DERATHÉ, *J. J. Rousseau et la science politique de son temps*, Paris 1956, p. 83 e ss.; E. CASSIRER, *La filosofia dell'illuminismo*, tr. it. Firenze 1974, Cap. VI, p. 361; B. GROETHUYSEN, *Philosophie de la Révolution française*, Paris 1974, p. 134 e ss.; A. DELAPORTE, *L'idée d'égalité en France ou XVIII siècle*, Paris 1987.

contraddizioni ed i problemi che questa impostazione della questione dell'eguaglianza formale presenta già a questo livello storico di elaborazione. Si può solo accennare al divergere — al culmine del conflitto tra liberalismo, istanze democratiche e le prime esperienze teoriche e pratiche del socialismo utopistico e scientifico —, tra il senso formale dell'eguaglianza (ad ognuno secondo meriti ed opportunità) e quello materiale (ad ognuno secondo i suoi bisogni). Divergenza che si manterrà radicalizzando i propri termini, sino alla nostra esperienza storica.

In effetti, la divaricazione tra eguaglianza formale e materiale è soprattutto l'esito della crisi della eguaglianza « classica », determinata dalla impressionante proliferazione di innovazioni e gigantesche trasformazioni che hanno caratterizzato la storia di questi ultimi due secoli. Ad ogni grande passaggio storico, la complessità del campo sociale aumenta, si profilano nuove figure sociali, nuovi problemi e perciò nuove metamorfosi dell'eguaglianza.

Il procedere della democrazia e l'accumulo dei suoi problemi, unitamente alla moltiplicazione e diversificazioni degli attori sociali che domandano sempre nuove quote di partecipazione alle decisioni, l'intreccio sovente complicato ed irrazionale di logiche distributive confliggenti, hanno determinato nella cultura politica e giuridica contemporanea una massa rilevante di studi e di opzioni teoriche sul problema dell'eguaglianza (16). Alcuni hanno sostenuto che quello dell'eguaglianza è un problema obsoleto, appartenente alla fase ormai superata della tradizione « vetero europea ». Entro società altamente complesse in cui i residui sistemi etici sono sottoposti a tassi di contingenza e di variabilità estrema, le risonanze etiche inevitabilmente implicate nel principio di eguaglianza, risultano impro-

(16) Proprio recentemente, a proposito di un convegno specialistico a tema, organizzato dalla Fondazione Rosselli e dal Centro Einaudi, (Torino 16-17 dicembre 1988), ne è scaturito questo commento: « la *fraternità* può essere lasciata da parte, almeno nei convegni, perché è un sentimento, una tumefazione dell'animo, ed è noto che gli animi si gonfiano e si sgonfiano con facilità, come i palloni. Ma anche la *libertà* e l'*égalité*, che hanno tutta l'aria di essere idee o concetti solidi, dunque stabili scomponibili con una certa precisione, si lasciano misurare con difficoltà. Persino l'*égalité*, che pure allude a relazioni quantitative, che presuppone inventari ed equazioni matematiche, e sembra muoversi sul terreno ben esposto e illuminato della geometria sociale, non sempre si divide in grandezze omogenee, e può andare facilmente in frantumi o addirittura in polvere » (S. VERTONE, *Dove vai, égalité*, in *Corriere della sera*, 18 dicembre 1988).

ponibili ed incapaci di governare la complessità. Altri hanno invece argomentato in favore di una rifondazione della valenza etica del principio giuridico di eguaglianza, rilanciando ed arricchendo il suo senso « classico », ritenuto conquista evolutiva irreversibile e irrinunciabile (17).

Per completare queste sommarie osservazioni introduttive al problema del rapporto tra principio di eguaglianza e fattore religioso nella costituzione italiana, pare assai opportuno analizzare anche il « piano » sul quale oggi si presenta il problema stesso dell'eguaglianza. In breve, mi pare che il solo piano reale e credibile in cui il problema dell'eguaglianza debba essere posto per poter essere ancora verificato è quello dell'eguaglianza complessa, ossia quello della condizione e dello statuto del principio di eguaglianza nell'ambito di una società altamente complessa. Quest'ultima può essere sommariamente caratterizzata come sistema sociale in cui sono cresciuti:

a) il numero e l'articolazione di beni socialmente e culturalmente rilevanti ed apprezzati, compreso naturalmente quel bene primario che è la libertà religiosa;

b) la diversificazione dei soggetti che a quei beni aspirano;

c) il numero ed i conflitti tra le logiche e le regole che determinano l'accesso e la distribuzione dei beni e delle libertà.

In tale contesto, l'eguaglianza complessa si configura come prestazione specifica del *diritto*. La funzione del diritto in una società complessa è determinabile come intervento normativo continuo e puntuale volto ad isolare, limitare e regolare processi e logiche sociali ed istituzionali che determinano la distribuzione dei

(17) Imprescindibili sono i testi di N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, tr. it. Napoli, 1978; e di J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano 1984, ma si legga anche S. VECLA, *La prospettiva contrattualistica di J. Rawls*, in AA.VV., *Ricerche politiche*, Milano 1982, p. 132 ss. e Id., *La società giusta*, Milano 1982, p. 39 ss.

Così scrive Luhmann: « Le radici del nostro diritto non possono più essere ricercate in qualche diritto naturale di livello superiore, inteso quale realtà realmente esistente che vincoli in modo immutabile, in base ad una verità di tipo ontologico. Infatti non fondiamo più il carattere stabile della validità su di una validità superiore ancora più stabile, ma al contrario, su di un principio di variabilità. Il principio secondo il quale le cose possono essere modificate è la base di ogni stabilità e, di conseguenza, di ogni validità » Diritto positivo ed ideologia, in N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, tr. it., Milano 1983, pp. 209 e segg.

beni, dei poteri delle libertà, delle risorse pubbliche e delle opportunità (18).

In tal senso, onere specifico del diritto è quello di sorvegliare che ogni codice e processo distributivo operi in un ambito determinato e non ne invada altri. Ogni interferenza tra ambiti produce infatti ed inevitabilmente delle diseguaglianze. L'appartenenza religiosa, ad esempio, che vale nella sfera della esperienza e della libertà religiosa, non deve porsi come codice per l'assegnazione di altri beni quali il potere politico, le cariche, la distribuzione di risorse materiali. Ma quella della sorveglianza giuridica dei confini è un dispositivo che deve valere per tutti i maggiori ambiti sistemici e la imperiosità di questo compito non può risolversi in termini equivoci di comodo o stemperarsi in fumose o male intese utopie (19).

Il denaro non può acquistare libertà fondamentali, né potere politico, quest'ultimo non può interferire oltre un certo punto o inibire la libertà — potenzialmente accessibile ad ognuno — di operare sul mercato; posizioni di rilievo nei diagrammi dei poteri pubblici e privati non devono orientare o condizionare le opinioni, il conseguimento di cariche, onoreficenze e riconoscimenti; nessuno di tali codici può poi — soprattutto — pretendere di limitare le opzioni più private e personali della vita individuale o, addirittura, generare discriminazioni a causa di determinazioni fisiche, sessuali, razziali o religiose.

L'eguaglianza compdessa è opera del diritto che si specifica

(18) Cfr. le argomentazioni di M. WALZER, *Sfere di giustizia*, tr. it. Milano 1987, p. 10 ss.

(19) Doveroso il richiamo a Italo Mancini quando si parla di utopia, sia nel campo filosofico che nelle sue applicazioni al diritto e alla politica (cfr. I. MANCINI, *Teologia, Ideologia, Utopia*, Brescia 1974) ma doveroso anche perché questo autore, aprendo le tipologie filosofiche alla valutazione della realtà, anche con opere recenti (I. MANCINI, *Filosofia della prassi*, Brescia 1986), ha saputo mostrare tutte le abnormità che qualifica il momento giuridico quando non avverte le esigenze e le istanze della società alla quale il diritto e la regolamentazione si rivolgono. In questa visione, che è insieme ermeneutica del diritto e tutelativa delle funzioni che il diritto è chiamato ad esplicare nel contesto sociale (ordinamento giuridico, diritto pubblico, diritto privato, certezza del diritto, coerenza dell'ordinamento, lacune dell'ordinamento, unità dell'ordinamento, ecc.), il pensatore urbinato ha tracciato anche i confini ottimali che l'opzione legislativa e politica deve assumersi per evitare antinomie e negatività scomposte; Cfr. I. MANCINI, *Il pensiero negativo e la nuova destra*, Milano 1983 ma specialmente *Negativismo giuridico*, Urbino, 1981.

come controllo sulla coerenza tra legislazione, amministrazione e principi costituzionali ove i fondamenti della eguaglianza complessa sono fissati in forma paradigmatica e cioè, ad un tempo, precettiva e programmatica: « In termini formali l'eguaglianza complessa significa che la posizione di un cittadino in una sfera o rispetto ad un bene sociale non può essere danneggiata dalla sua posizione in un'altra sfera o rispetto ad un altro bene sociale » (20).

2. - Valenza e operatività normativa del principio di eguaglianza.

Tutti i problemi storici e teorici che, in modo molto schematico, sono stati richiamati, sono visibilmente distribuiti nel nostro testo costituzionale. La complessità culturale della Costituzione rivela, infatti, la compresenza delle principali dottrine giuridiche e sociali moderne, come altrettante fonti della plurivocità di significati del principio di eguaglianza. Dai contributi delle dottrine etiche e sociali cattoliche, a fondamentali elementi della cultura liberale, da ispirazioni socialiste, alla grande istanza democratica che percorre il testo costituzionale: da ognuno di tali indirizzi provengono altrettanti frammenti di senso e determinanti contributi che rendono il principio di eguaglianza l'argomento costituzionale forse più composito, semanticamente più ricco e, ad un tempo, ideologicamente più controverso, della Carta (21).

L'articolo 3 espone esplicitamente un senso complesso dell'eguaglianza che deve o dovrebbe ordinare e limitare l'attività legisla-

(20) M. WALZER, *Sfere di giustizia*, cit., p. 30.

(21) Accresce la complessità e lo spessore di questo principio la polemica sulla estensione di questa fondamentale « eguaglianza » degli individui a tutti i destinatari della Costituzione, quindi anche i gruppi sociali. Tra i contrari a questa apertura C. ESPOSITO, *Eguaglianza o giustizia*, in *La Costituzione italiana. Saggi.*, Padova 1959, p. 59 ss.; F. FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*. Milano 1958, p. 84; tra i favorevoli P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione*, Padova 1953, p. 16 ss.; P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna 1966, p. 225 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, ed. cit., p. 1025; S. LARICCIA, *L'eguaglianza delle confessioni religiose di fronte alla legge*, in AA.VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano 1976, p. 421; e sostanzialmente anche A. S. AGRÒ, *Art. 3, 1° comma*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione Art. 1-12, Principi fondamentali*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, p. 127.

tiva ed amministrativa e, più in generale, l'intera area del diritto. I due commi, in cui questa norma si articola, evidenziano, ciascuno con propria forza, una specifica dimensione significativa del principio in questione. Il primo comma che, come è noto, recita: « Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali di fronte alla legge senza distinzioni di sesso, razza, lingua, religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali »; mediante una formulazione assertoria ed imperativa, contiene implicitamente un fondamentale divieto. Siffatto dettato costituzionale, in altre parole, vieta al legislatore, all'amministrazione, alla giustizia ed ad ogni atto avente forza e valore di legge di assumere le determinazioni menzionate come giustificazioni per discriminare o favorire gruppi di individui o singoli cittadini nei diritti di libertà, negli obblighi, nei doveri ed interessi legittimi. L'art. 3 si pone, quindi, come limite obiettivo e costituzionale ad una discrezionalità indiscriminata del legislatore e del pubblico amministratore.

Una prima ed elementare stratificazione di senso del principio di eguaglianza — o il suo formalismo — stabilisce che non tanto il contenuto, quanto la forza e l'efficacia delle leggi riguardano il massimo grado estensivo dei destinatari, cioè tutti, senza quelle esclusioni che per altro non si saprebbero adeguatamente e coerentemente giustificare. Questo primo livello significativo dell'art. 3 recepisce, perciò, gli elementi fondamentali dell'eguaglianza in senso prettamente liberal-democratico. Non vi è infatti determinazione (materiale, culturale, razziale, sessuale, religiosa, e politica) che possa giustificare privilegi indiscriminati o particolari posizioni di fronte alla legge. Tutti i cittadini, e quindi anche governanti, legislatori, amministratori e giudici sono i referenti della legge, in quanto l'attributo cittadino tende a prevalere — stando almeno a questo primo livello significativo — su ogni altro attributo o determinazione (22).

(22) Sulla non discriminazione dei destinatari della normativa sull'eguaglianza, o meglio del principio di eguaglianza, oltre ad essersi pronunciata la dottrina, come già anticipato, si è espressa anche la giurisprudenza. Tra i più qualificati interventi sul principio in oggetto, ricordo le sentenze n. 52 del 1962; n. 39 del 1965; n. 31 del 1971; n. 32 del 1971; n. 12 del 1972; n. 195 del 1972, n. 14 del 1973; n. 175 del 1973; n. 50 del 1975; n. 188 del 1975; n. 1 del 1977; n. 108 del 1977; n. 117 del 1979; n. 173 del 1981; le famosissime nn. 16, 17 e 18 del 1982; poi ancora n. 36 del 1982; n. 239 del 1984; n. 86 del 1985; n. 164 del 1985; n. 189 del 1985, tutte

In questa primitiva accezione, l'operatività formale del principio di eguaglianza è già straordinariamente ampia e penetrante. Essa, infatti, più che un diritto soggettivo di incerto significato, vale come principio oggettivo regolatore di ogni rapporto giuridico. Esso concerne i diritti di libertà, i doveri costituzionali, gli obblighi, i doveri costituzionalmente sanzionati e gli interessi legittimi, e cioè tutte le manifestazioni — attive e passive — della capacità giuridica e, più ampiamente ancora, ossia unitamente all'art. 2, presiede alla tutela ed alla promozione dei diritti umani, o meglio, dei diritti umani il principio di eguaglianza è la forma, il sistema della loro reciproca compossibilità e coesistenza. E' estendibile agli stranieri, allorché sono in questione i diritti fondamentali di questi ultimi e riguarda in ampia misura la personalità giuridica delle associazioni e formazioni plurisoggettive (23).

L'indiscussa centralità del principio di eguaglianza è poi soprattutto confermata dal fatto che la Corte Costituzionale ha utilizzato l'art. 3 — soprattutto nella sua valenza formale — come parametro assolutamente prevalente e privilegiato per il giudizio sulla costituzionalità degli atti normativi. È la Corte stessa, infatti, in una sentenza ancora del 1966 ad aver offerto una delle più esaustive definizioni del principio in questione, proponendo e imponendo la se-

riportate in S. DOMINIANELLO, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso*, Milano 1987. Inoltre, le sentenze n. 113 del 1986; n. 196 del 1987; ricordate in S. BERLINGO e G. CASUSCELLI, *Codice del diritto ecclesiastico*, 2^a ed., Milano 1988, rispettivamente p. 480 e p. 484.

In dottrina utili considerazioni in A. PIZZORUSSO, *Che cosa è l'uguaglianza?*, Roma 1983, p. 10 ss.; AA.VV., *Manuale di diritto pubblico*, cit., pp. 201-289.

(23) Cfr. rispettivamente le sentenze della Corte sull'eguaglianza tra cittadini e stranieri n. 120/1967, 14/1970 e la sentenza n. 25/1966 sull'estendibilità dell'eguaglianza a soggetti diversi dalle persone fisiche. La sentenza così recita: « Il principio di eguaglianza è principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obiettiva struttura: esso vieta cioè che la legge ponga in essere una disciplina che, direttamente o indirettamente dia vita ad una non giustificata disparità di trattamento delle situazioni giuridiche, indipendentemente dalla natura o dalle qualificazioni dei soggetti ai quali queste vengono imputate. A siffatta conclusione non osta il rilievo che, alcune delle discriminazioni esplicitamente vietate dall'art. 3 primo comma Cost., non sono ipotizzabili se non in riferimento alla persona fisica, giacché ciò significa solo che il principio di eguaglianza si atteggia, quanto al contenuto, diversamente secondo la varietà dei dati disciplinati dal legislatore, ma non comporta che esso diventi inoperante quando, in via immediata, vengano in considerazione soggetti diversi dall'uomo ».

guente formula: « L'eguaglianza è un principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obiettiva struttura, esso vieta cioè che la legge ponga in essere una disciplina che direttamente o indirettamente dia vita a una non giustificata disparità di trattamento delle situazioni giuridiche, indipendentemente dalla natura e dalla qualificazione dei soggetti ai quali queste vengono imputate » (24).

Il principio di eguaglianza è, senza dubbio, un fondamento costituzionale. Può quindi con certezza essere collocato tra quei principi supremi dell'ordinamento costituzionale che presiedono e fondano l'aspetto formale della Costituzione e ciò ancora in quanto, del testo esplicito, costituiscono la ragion d'essere e la principale misura interpretativa. Può senz'altro affermarsi che in virtù della sua identità di matrice e limite dell'intero ordinamento costituzionale, il principio di eguaglianza è, insieme a quelli di libertà, legalità e solidarietà, talmente pervasivo da identificarsi con il valore e l'esistenza stessa della Costituzione (25). Il venir meno del principio di eguaglianza comporterebbe, infatti, il venir meno dell'intera Costituzione e con essa delle matrici più essenziali della certezza del diritto. E ciò è confermato da alcuni fattori solo in apparenza tecnici. In primo luogo e cioè nell'onere di interpretazione della molteplicità delle disposizioni costituzionali, il principio di

(24) L. PALADIN, *Corte Costituzionale e principio di eguaglianza*, (1979-1983) in « Giur. Cost. » 1984, p. 88. Cfr. anche C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli 1966; G. STAMMATI, *L'eguaglianza nel diritto costituzionale*, Milano 1969; L. PALADIN, *Eguaglianza nel diritto costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1965.

(25) Anche perché si sono riscoperti i contributi soprattutto cattolici al momento della Costituente (cfr. G. DALLA TORRE, *La riforma della legislazione ecclesiastica*, Bologna, 1985, p. 45 ss.) e tutta una incipiente preoccupazione prevalentemente cattolica per un recupero della dignità umana come bene ha ricordato recentemente S. ANTONELLI, *Questione cattolica e questione democristiana*, in *Diritto e società*, n. 2, 1988, p. 319, oggi si pone un crescente accento sul tema della solidarietà e si accosta al principio di solidarietà. Sull'argomento già molto bene G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano 1967, p. 45 ss.

Siffatta attenzione dei cattolici si inquadra in quella sensibilizzazione che segna la base e la continuità della storia costituzionale del nostro paese (cfr. da ultimo G. B. VARNIER, *Le origini della Costituzione italiana. I documenti programmatici dei cattolici*, in questo stesso numero di *Studi Urbinati*) e che talora anche si evidenzia con forza in certe importanti occasioni (es. P. G. GRASSO, *La questione del divorzio nell'evoluzione del diritto costituzionale*, in *Il Politico*, 1980, p. 597 ss.).

eguaglianza assume incontestabilmente il valore di una guida eminente. In secondo luogo, da questo fulcro si possono dedurre principi e regole non esplicite, ossia non espresse in esplicite disposizioni costituzionali. Infine il principio di eguaglianza, contenendo e svolgendo un imperativo fondamentale ed una direttiva ineludibile, costituisce un limite invalicabile per le possibilità di revisione del testo costituzionale (26).

Come si è detto, l'art. 3 stabilisce l'orizzonte di validità e di efficacia delle leggi, vietando non le distinzioni normative in quanto tali, — ché in tal modo si paralizzerebbe l'intera attività legislativa — ma quelle distinzioni e differenziazioni che danno luogo a delle ingiustificabili discriminazioni. Se quindi, da un lato, il principio di eguaglianza formale percorre estensivamente ed incide intensivamente sull'intero testo costituzionale, dall'altro esso possiede dei legami, per così dire, elettivi con altre prescrizioni costituzionali dalle quali viene direttamente ed esplicitamente chiamato in causa. Si tratta dell'art. 8 sull'eguale libertà delle confessioni religiose di cui si parlerà diffusamente in seguito; dell'art. 19 sull'eguale libertà religiosa nella pluralità delle sue manifestazioni (27); dell'art. 24, secondo comma, sulla parità delle parti in giudizio; dell'art. 29 sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi; dell'art. 48, secondo comma, sull'eguaglianza del diritto di voto; dell'art. 51, primo comma, sull'eguaglianza del diritto di accesso ai pubblici uffici; dell'art. 53, primo comma, sull'eguaglianza della capacità contributiva; dell'art. 97 sull'imparzialità dell'amministra-

(26) Cfr. L. PALADIN, *Il principio di eguaglianza*, Milano 1965 e C. MORTATI, *Istituzione di diritto pubblico*, Padova, 9 ed., cit. loc. ult. cit.

(27) La dottrina è unanime nell'indicare negli articoli 19 e 20 della Costituzione il perno della tutela assicurata alla libertà religiosa; l'art. 19, in particolare riconosce per tutti il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa e la libertà di esercizio del culto. Si osserva che « nel diritto di professione rientra certamente la libertà di fede e di coscienza e cioè di credere e di comportarsi secondo le proprie convinzioni religiose, mentre di più facile e immediata identificazione sono i due diritti di propaganda e di culto. Di fronte a questa norma ci si è chiesti fin dall'inizio se essa abbia un contenuto solo positivo e cioè nel senso della tutela della libertà di professare una religione ovvero se abbia anche un contenuto negativo nel senso di tutelare il diritto di non professare alcuna religione, venendosi a tutelare anche le opzioni di tipo ateistico ... e la soluzione accolta anche dalla corte costituzionale con la sentenza 284/79 è stata nel secondo senso » (L. MUSSELLI, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Torino 1986, p. 45).

zione ed infine dell'art. 107, terzo comma, sull'eguaglianza tra i magistrati.

In tali casi, la Costituzione prescrive una parità formale nel godimento di fondamentali diritti di libertà civile e politica, nell'adempimento di obblighi costituzionalmente sanzionati, nell'espletamento di doveri connessi ad uffici e funzioni pubbliche.

In merito a queste situazioni, la Costituzione impone un livello di eguaglianza semplice — tutti hanno gli stessi diritti e doveri — connesso a deroghe, specificazioni e limitazioni, sempre espressamente indicate dal testo costituzionale. È il caso dell'art. 29, ove l'eguaglianza tra i coniugi è bilanciata « dai limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare »; dell'art. 48 sulla limitazione del diritto di voto; dell'art. 53 sulla progressività del contributo fiscale dei cittadini. L'eguaglianza semplice è quindi, generalmente bilanciata da specificazioni, limiti e deroghe individuabili all'interno dell'ordinamento costituzionale. È solo limitatamente ad alcuni fondamentali diritti di libertà che l'eguaglianza deve essere intesa e salvaguardata in senso strettamente semplice o numerico — a ciascuno lo stesso — e questo, soprattutto, in relazione alla libertà religiosa, di pensiero, di parola, al diritto di agire e resistere in giudizio, al diritto all'incolumità fisica e morale (28).

Per evidenti ragioni logiche e materiali, l'eguaglianza semplice non è principio che possa essere applicato indifferentemente a qualsiasi situazione oggettiva. La continua conversione dell'eguaglianza semplice in eguaglianza complessa rivela la profondità del radicamento ontologico della norma costituzionale nel tessuto della complessità storico-sociale. Se il primo ed elementare strato di senso del principio di eguaglianza concerne, come si è detto, l'orizzonte di validità ed efficacia degli atti normativi, questi ultimi, — come

(28) Sono tutti diritti, quelli ricordati, che rientrano in una visione statutale di equiparazione degli individui, senza distinzione di credo e quindi senza privilegio per i cattolici. Val la pena di rileggere il fondamentale testo di L. DE LUCA, *Diritto ecclesiastico e esperienza giuridica*, Milano 1976, p. 130 ss., per concludere esattamente con L. SPINELLI, *Il diritto pubblico ecclesiastico, dopo il Concilio Vaticano II*, 2ª ed. in collaborazione con G. DALLA TORRE, Milano 1985, p. 215 che non solo l'ordinamento costituzionale in generale ma « il diritto dello Stato nei confronti delle confessioni religiose e in genere del fenomeno religioso » tende ad essere riguardato più come *legislatio libertatis*, come insieme di garanzie che l'ordinamento statutale deve approntare per garantire ad ogni uomo e ai gruppi sociali l'immunità da coercizioni esterne in materia religiosa, che come diritto concordatario ».

dispositivi di regolazione di società complesse — sempre più raramente si configurano come norme astratte, universali. Il moltiplicarsi e differenziarsi degli attori sociali, siano esse persone fisiche o giuridiche, delle formazioni plurisoggettive intermedie tra l'individuo e lo Stato, il sovrapporsi e l'incrocio tra un numero crescente di rapporti giuridici, di logiche e sistemi distributivi, la continua proliferazione di bisogni sociali e di richieste di riconoscimenti di nuovi diritti, determinano sempre più incisivamente la generalizzazione della specialità e determinatezza delle leggi. È un fenomeno comune e, per così dire, fisiologico dei sistemi normativi ed amministrativi contemporanei. E questo, naturalmente, si riverbera in una continua dislocazione ed in una forte problematicità dell'applicazione del principio di eguaglianza. Sull'eguaglianza grava, quindi, l'onere di una ininterrotta plasticità ed adattabilità giuridica, in ordine ai livelli di complessità e di mutamento che lo sviluppo dei sistemi sociali comporta (29).

Quanto detto, costringe l'eguaglianza semplice a coniugarsi sistematicamente con l'eguaglianza in senso complesso. Un'indiscriminata applicazione dell'eguaglianza semplice vanificherebbe infatti il diritto, anche a fronte di livelli elementari di complessità. Si potrebbe quindi sostenere che, intorno ad un solido nucleo di eguaglianza semplice, (tutti - cittadini e non — hanno diritto alla tutela della vita fisica e morale, alla libertà di pensiero, di religione, di agire e resistere in giudizio, di non essere discriminati in ordine a determinazioni fisiche, sessuali, razziali, religiose, linguistiche o a causa di opinioni politiche); si compongono molteplici aree normative che esigono costitutivamente l'eguaglianza complessa. Per questo, il cosiddetto principio di ragionevolezza (trattare in modo eguale situazioni

(29) Nello scorrere delle evoluzioni storico-sociali non deve venir meno il rapporto intercorrente tra la sfera tutelata del singolo individuo e quella tutelata del gruppo a cui lo stesso individuo può appartenere. Infatti è stato chiaramente affermato che occorre tener presente « l'idea della supremazia del valore della libertà del singolo, dell'individuo, rispetto alla libertà dei gruppi sociali », poiché « in materia religiosa, questo principio si esprime mediante il riconoscimento di una protezione della libertà individuale maggiore e più intensa rispetto a quella garantita ai gruppi confessionali, con la conseguenza che in ipotesi di conflitto tra il *ius libertatis* di una determinata confessione religiosa e la libertà di religione dei singoli, è il primo diritto che preferibilmente deve subire un sacrificio » (S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, 3 ed. cit., p. 123). Conclusione questa che si conforma alla portata stessa dei significati e delle nomenclature libertarie: cfr. G. CATALANO, *Il diritto di libertà religiosa*, Milano 1957, p. 77 ss.

oggettivamente eguali ed in modo diseguale situazioni e rapporti oggettivamente diseguali), completa il senso o, se si vuole, è l'altra faccia del principio di eguaglianza.

Le disposizioni derivanti — esplicitamente o meno — dal principio di ragionevolezza potrebbero essere così sinteticamente illustrate:

1) l'eguaglianza formale prescritta dall'art. 3 non riguarda la piena giustizia delle leggi, ma costituisce un limite oggettivo alle classificazioni normative, anche per quelle che giungono a specificazioni d'ordine individuale e nominativo (30);

2) tutte le distinzioni normative, anche quelle menzionate nel primo comma dell'art. 3, non possono trascendere il limite della ragionevolezza e della razionalità;

3) tale limite concerne l'accertamento dei fini sostanziali della legge e quindi impone una valutazione che ha per oggetto la coerenza della singola disposizione in ordine ad un fine giuridico obiettivamente riconoscibile che la norma stessa intende perseguire. Una volta individuato, il fine diviene misura della congruenza dei mezzi utilizzati per consentire il suo perseguimento. Ma anche il fine stesso può essere assunto come oggetto di valutazione, allorché risulta confligente con altri fini costituzionali prevalenti o allorché — situandosi tra i fini costituzionali — non risulta idoneo a legittimare una differenziazione particolarmente intensa (31).

Il principio di ragionevolezza è perciò il dispositivo costituzionale che regola l'equilibrio tra eguaglianza e complessità. Esso esige dal legislatore, dall'amministratore e dal giudice, il rispetto di situazioni oggettive in cui sia riconoscibile un'eguaglianza di fatto, e dispone un trattamento ed un giudizio diversificato in relazione a situa-

(30) Così ancora il costituzionalista: « Il semplice fatto che una legge sia nominativa non può costituire una prova sicura di incompatibilità con l'art. 3, basti pensare alle non infrequenti disposizioni che, pur rivolgendosi a soggetti ben determinati, disciplinano un'intera e per sé stante categoria di situazioni o ricordare il caso ben noto nella nostra esperienza costituzionale, di leggi singolari meramente esecutive di una previa legge astratta e normativa » (cfr. L. PALADIN, *Principio di eguaglianza costituzionale*, cit. p. 526).

(31) Cfr. F. MACRÌ, *Eguaglianza e giurisprudenza costituzionale*, Milano 1972; CERRI, *Violazione del principio di eguaglianza ed intervento della Corte costituzionale*, in « Giur. Cost. » 1968; AGRÒ, *Contributo ad uno studio sui limiti della funzione legislativa in base alla giurisprudenza costituzionale sul principio costituzionale di eguaglianza*, Ivi, 1967.

zioni oggettivamente diversificate: « Il sesso ... la razza ... l'altezza degli individui ... il censo ... e via dicendo, possono essere assunti dal legislatore a criteri di distinzione; ciò che qualifica l'impiego di tali criteri è lo scopo che il legislatore si propone, il quale è in grado di contrastare al valore paritario del principio di eguaglianza, quando e perché assunto o sussunto in disposizioni dello stesso grado » (32). Da tale principio regolativo, sono perciò deducibili i criteri principali per l'accertamento della violazione della ragionevolezza e, quindi, del principio di eguaglianza. Data la vastissima operatività di quest'ultimo, si tratta di un sistema di criteri. In altri termini, a volte non pare sufficiente un confronto tra la norma o l'atto amministrativo e la disposizione costituzionale. Spesso la norma nei confronti della quale si introduce un procedimento mirante ad accertare la sussistenza di una illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3, viene posta a confronto con altra norma ordinaria, che funge da terzo termine di paragone. In breve, il principio di ragionevolezza concerne, nella sua globalità, la dimensione della specialità della legge, avvertendosi tuttavia che « la denominazione di speciale non compete ad una norma » se non « relativamente ad altra norma della medesima categoria, derogata o comunque contraddetta dalla prima, sicché l'impugnativa di eguaglianza non assume concretezza, se non si aggiunge ai due dati comuni di ogni giudizio di legittimità costituzionale quell'indispensabile *tertium comparationis*, che è la differente norma (generale o speciale, espressa o inespressa) della classe di rapporti la cui disparità sia controversa » (33). Si strutturano così i possibili schemi di confronto tra a) norma speciale ed altra norma speciale; b) norma speciale e norma generale; c) norma generale e norma generale.

Nella maggior parte dei casi di confronto tra norma speciale e norma generale viene annullata la disposizione di carattere speciale o derogatorio che ha prodotto una disparità di trattamento di due situazioni oggettivamente analoghe (Sent. N. 71/1979). Allorché il confronto avviene tra due norme speciali o generali, l'illecito riguarda,

(32) A. S. AGRÒ, *Art. 3, 1° comma*, cit., in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, cit. p. 135. Su questo punto è d'obbligo il rinvio al testo di C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità* per gli spunti poi riproposti in *Istituzioni di diritto pubblico*, 4^a ed., Torino 1982.

(33) L. PALADIN, *Principio di eguaglianza ...*, cit., p. 532.

in genere, la disposizione più restrittiva. Altro caso non infrequente di illegittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza è poi quello determinato da un'omissione, ovvero quando la legge delimita in modo ingiustificato il proprio ambito di applicazione adducendo motivazioni irragionevoli e perciò procurando ingiustificabili discriminazioni.

La Corte ha quindi eletto, il principio di ragionevolezza, come fondamentale limite oggettivo alla discrezionalità del legislatore, — che peraltro resta insindacabile dalla Corte (Sent. n. 72/1980) — (n. 4/1980) (n. 100/1977; n. 246/1976). Nei casi di violazione della ragionevolezza la Corte può quindi rilevare situazioni di eccesso o abuso di potere in ordine alla discrezionalità del legislatore (n. 38/1965). Ma il giudizio in questione resta, pur sempre, particolarmente delicato perché sistematicamente connesso con un accertamento della finalità perseguita dal legislatore, finalità che talvolta non appare chiaramente deducibile: « In queste ipotesi, il giudizio si risolve in un sindacato di eccesso di potere giacché si tratta di valutare se una norma che persegue oggettivamente un'altra finalità della Costituzione (una finalità cioè gerarchicamente parificata alla norma contenuta nell'art. 3), sia parimenti illegittima perché il suo scopo reale è più quello di favorire o sfavorire, che quello di tutelare quell'interesse costituzionale che, a prima vista, sembra tutelato. Tale giudizio di eccesso di potere conduce ad una dichiarazione di incostituzionalità della legge ove manchi nel suo *iter* di formazione, in senso lato, una qualche motivazione, costituzionalmente legittima, a ragione del criterio discriminatorio » (34).

Nella dimensione formale del principio di eguaglianza è perciò, in un certo senso, presupposto un continuo rinvio materiale. La circoscritta applicabilità dell'eguaglianza semplice impone cioè continui accertamenti di situazioni oggettive che costituiscono referente e misura delle necessarie specificazioni normative. La vasta domanda di diritto e di riconoscimento giuridico di nuovi bisogni, che si è manifestata a partire dalla fine degli anni sessanta, l'onda lunga delle nuove istanze democratiche, di nuovi soggetti protagonisti di una diffusa istanza egualitaria, hanno enormemente accresciuto il grado di materialità a cui il principio di eguaglianza deve far fronte. Ogni qual volta è in gioco un diritto di libertà, ogni qual volta la richiesta

(34) AGRÒ, *Commento all'art. 3*, cit., p. 150.

di riconoscimento giuridico di un bisogno sociale o di una nuova istanza ottiene soddisfazione, il principio di eguaglianza è sottoposto ad ulteriori specificazioni materiali.

Il fenomeno in questione si iscrive entro un quadro politico ed istituzionale che ha visto accrescersi a dismisura strutture, apparati, interventi ed indirizzi politici e legislativi volti all'assistenza ed al sostegno del sistema dei bisogni sociali. La enorme espansione dello Stato sociale — i cui termini fondamentali erano, peraltro, già stati posti dalla Costituzione — pone perciò sempre nuovi ed ardui problemi al difficile rapporto tra eguaglianza formale e materiale (35). In tale contesto, il problema giuridico fondamentale pare consistere nel mantenimento di un equilibrio — che deve di continuo essere sostenuto e salvaguardato — tra richieste di riconoscimento di diritti, bisogni, e nuove forme di libertà e la conservazione di uno stabile livello di eguaglianza in senso formale. Se sul diritto si accresce la pressione di soggetti, associazioni, formazioni di ogni tipo che chiedono riconoscimento nella salvaguardia dei loro specifici e quindi la libertà di essere differenti e di essere trattati diversamente (laddove differenza non significhi discriminazione), allora senza dubbio tutto ciò si riverbera direttamente sulla complessa struttura dell'art. 3 della Costituzione, ovvero, in altri termini, tutto ciò ripropone di continuo la tensione tra Stato sociale e Stato di diritto.

In effetti, come autorevolmente è stato rilevato in dottrina, a proposito del secondo comma dell'art. 3, il dovere-compito dello Stato di « rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono

(35) Questi problemi non erano ignoti a precedenti esperienze politiche, tanto che, parlando non dello Stato sociale ma dello Stato liberale, Arturo Carlo Jemolo si era preoccupato di sottolineare la funzione di amalgama e di livellamento che lo Stato svolgeva al fine di evitare aporie e disparità sempre più inaccettabili e sempre più in contrasto tra lo spirito e la lettera delle norme, ovvero tra l'eguaglianza raggiunta, formale, dogmatizzata e l'eguaglianza auspicata, materiale, caso per caso. In questa luce vanno lette le parole: « Molti degli atteggiamenti dello Stato liberale si sono attribuiti a laicismo, inteso il termine come voluta depressione dei valori religiosi (sicché oggi si preferisce usare il termine di laicità per indicare un distacco della società civile del diritto statale, da ogni confessione, ma senza alcun intento di allontanare i singoli dalla religione), si debbono piuttosto riportare al desiderio di dare allo Stato una funzione di crogiolo, di renderlo la casa comune in cui i cittadini di ogni convinzione si sentissero egualmente a loro agio » (A. C. JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 4ª ed., Milano 1975, p. 164).

il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese », ha sempre rappresentato una sorta di anomalia costituzionale o, quanto meno, « una delle zone più difficili e controverse, della Carta, a tal punto da rendere addirittura il nostro testo costituzionale tra i documenti giuridici contemporanei più originali e complessi. Tant'è che non si è mancato di sottolineare come « l'elemento caratteristico che lo differenzia da altre costituzioni contemporanee, sta proprio nell'esplicita dichiarazione che essa formula di un contrasto, considerato produttivo di una situazione di ingiustizia che è necessario eliminare, tra il principio generale di organizzazione posto a base del nuovo Stato e la realtà sociale in atto » (36).

Quella espressa nel secondo comma è perciò una previsione di libertà ed eguaglianza apparentemente più incisiva rispetto a quella disposta nella prima parte dell'articolo. Essa prescrive un indirizzo politico-legislativo volto a sanare diseguaglianze materiali e sociali prodotte dal sistema dei rapporti economici di mercato. E tuttavia, questo non equivale ad un impegno traducibile in un programma di

(36) Nel fare questa precisazione il Mortati muove dalla inevitabile constatazione che è venuta realizzandosi « una nuova forma di stato che può dirsi 'contemporanea', alla quale si adatta anche il nome di 'solidarietà' o 'sociale' per designare il compito assunto dallo Stato di promuovere una più intima socialità fra i suoi componenti, mediante l'eliminazione delle stratificazioni di potere che generano uno spirito classista e conducono a conflitti radicali di interessi fra parte e parte della popolazione » (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, ed. cit., p. 129).

Superando polemiche nelle quali si erano cimentati quanti temevano un indebolimento dei diritti individuali ad opera dello Stato sociale (cfr. P. G. GRASSO, *Osservazioni sullo stato sociale nell'ordinamento italiano*, in *Quaderni di scienze sociali*, 1965, p. 30 ss.) il citato autore prosegue: la sostituzione del tipo di stato interventista allo stato liberale non solo conduce al rigetto del sistema di garanzie a tutela delle sfere di libertà riconosciute ai cittadini dallo stato di diritto borghese ma anzi importa in un certo modo la loro intensificazione, così da ottenere che ai più ampi interventi dello stato nella sfera privata corrisponda, da una parte, una più intensa partecipazione dei cittadini alle deliberazioni dei provvedimenti attraverso cui gli interventi stessi si realizzano, dall'altra, una più perfezionata tutela, oltretutto della legalità nella emanazione ed esecuzione dei provvedimenti stessi, anche del rispetto dei limiti posti dalla costituzione all'azione statale. La problematica degli stati contemporanei si sostanzia pertanto nella ricerca delle strutture che valgono a soddisfare le varie esigenze che si sono viste, dell'eguaglianza e della libertà, attuando una conciliazione degli aspetti tra loro: il che non può altrimenti operarsi se non con una più intima e più perfezionata inserzione della società nello stato » (C. MORTATI, *op. ult. cit.*, p. 130).

giustizia distributiva. Ciò contrasta, da un lato, con il fatto che lo Stato non dispone della totalità delle risorse del Paese e, dall'altro, con l'incompatibilità tra questa disposizione ed altre norme costituzionali (Art. 41-42) che tutelano e promuovono iniziativa e proprietà privata.

Malgrado questi limiti, il secondo comma possiede incontestabilmente una sua specifica e certa carica normativa: in verità « gli scopi da esso perseguiti non sono raggiungibili per via di una semplice riforma o innovazione dell'ordinamento giuridico (come nel caso di tutte le norme precettive, sia pure ad efficacia differita), bensì richiede una trasformazione materiale della realtà sottostante ». Eppure « ciò non toglie che l'art. 3, comma II — al pari di altri programmi costituzionali — possieda almeno in tre sensi un proprio valore normativo. In primo luogo cioè tale disposto è determinante nell'interpretazione del restante ordinamento, costituzione compresa, in secondo luogo esso è preclusivo di una normazione » la quale « si ponga in contrasto con la programmatica necessità di ottenere l'eguaglianza di fatto, in terzo luogo esso rappresenta, inversamente, il titolo giustificativo delle norme e degli atti indispensabili ad attuare il programma medesimo, quand'anche si tratti di misure altrimenti incostituzionali » (37).

È evidente che, mediante il diritto costituzionale, ed attraverso uno dei suoi strumenti più delicati non è pensabile un rivolgimento o una profonda ristrutturazione del sistema socio-economico. La norma in questione è, invece, sicuramente una direttiva per un com-

(37) PALADINI, *op. ult. cit.*, p. 546, cfr. inoltre B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova 1983; P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna 1966; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1962; C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano 1940; Su eguaglianza e Stato sociale, cfr. F. EWALD, *L'Etat providence*, Paris 1986; A. MING, *La machine égalitaire*, Paris 1987, p. 245 ss.

In tutte queste citazioni si persegue il filone della circolarità normativa che significa, tanto negli autori ricordati di formazione italiana, quanto negli autori d'oltre Alpe, la stretta colleganza, sul piano dizionale che interpretativo, tra le varie norme. E non è un'ovvia considerazione se si pensa che proprio l'eguaglianza è un campo di verifica delle formulazioni teoriche perché non può essere un solo slogan che da corpo a questa istanza e questo diritto, ma una reale attuazione, caso per caso, per l'individuo e per le formazioni intermedie, per questa e quella confessione religiosa. E ciò in linea con un costante progressivo insegnamento della dottrina ecclesiastica.

plesso di interventi e di concrete strategie correttive le cui linee fondamentali sono già state tracciate dal legislatore costituzionale. Si tratta del complesso delle affinità tra il secondo comma art. 3 ed un articolato fronte di disposizioni costituzionali — alcune delle quali interessano direttamente, come si vedrà, libertà ed eguaglianza religiosa — e rispetto alle quali, l'incidenza della eguaglianza materiale è immediata e precettiva.

Schematicamente e panoramicamente: l'art. 4, primo comma nella parte in cui prevede misure destinate a rendere effettivo il diritto al lavoro; l'art. 6 sulla tutela delle minoranze linguistiche; l'art. 24, terzo comma in cui si assicura gratuito patrocinio a chi non dispone di mezzi sufficienti; l'art. 30 sulla tutela dei figli nati fuori del matrimonio; gli artt. 31 e 37 sulla protezione delle famiglie numerose, della maternità, dell'infanzia e della gioventù; l'art. 32, primo comma, che garantisce cure gratuite agli indigenti; l'art. 34, terzo comma, sul diritto allo studio; l'art. 36, primo e secondo comma, sul salario familiare; l'art. 38 sull'assistenza e previdenza sociale; gli artt. 39 e 40 sull'autotutela sindacale dei lavoratori; gli artt. 41, 43, 44, 45, 46 e 47 sui programmi e prospettive finalizzate ad indirizzare la proprietà pubblica e privata a fini di utilità sociale; l'art. 42, secondo e terzo comma sui vincoli della proprietà alla funzione sociale; l'art. 42, quarto comma sui vincoli alle successioni testamentarie; l'art. 53, secondo comma sulla progressività del contributo fiscale. Come si può notare, tali prescrizioni costituzionali, sia che incidano su doveri sia che promuovono libertà, si collegano immediatamente con l'art. 3, secondo comma e costituiscono l'area costituzionale in cui l'eguaglianza materiale può diventare effettuale ed operativa, affinché la formula non muoia in se stessa ma tragga linfa dalla sua stessa proiezione nel tempo e nella vita (38).

(38) È la stessa proiezione verso ciò che costituisce il dominio degli uomini e le evoluzioni delle cose, che sa di rurale oltre che di giuridico, che non ammette irresponsabili deroghe alle finalità proprie di ciascun ente, che comporta necessità di ordine e collaborazione, che è un problema e una esigenza non solo della società civile ma anche, e forse soprattutto di quella religiosa. Ovviamente privilegiando l'ordine spirituale su quello temporale, come è suo costume e suo convincimento, ha ribadito questi concetti con molta passione, anche parlando dei nuovi Accordi tra Italia e Santa Sede, G. LO CASTRO, *Ordine temporale, ordine spirituale e promozione umana*, in nuovi accordi fra Stato e Confessioni religiose, con saggio introduttivo di P. GISMONDI, Milano 1985, p. 271 ss.

Il principio di eguaglianza materiale esige, quindi, una vasta ed articolata manovra legislativa correttiva ed equilibratrice — al livello più alto — di situazioni di obiettiva diseguaglianza e privilegio inammissibili da parte della legge. L'eguaglianza materiale è stata perciò concepita dal legislatore non in nome di un populismo o pauperismo generico, bensì come strumento utilizzabile in singole e specifiche situazioni per mediare tra egualitarismo — ad ognuno secondo i suoi bisogni — ed eguaglianza — ad ognuno secondo le sue opportunità e meriti. La giustizia materiale, che è istanza naturale della sensibilità culturale e giuridica moderna, almeno nelle sue espressioni formali, e che intende compensare i vuoti e le contraddizioni dell'eguaglianza formale, non può però mai scadere nell'arbitrio e cioè forzare l'orizzonte dell'eguaglianza di fronte alla legge, che è il fondamento della certezza del diritto. Pertanto sembra esatto sostenere che « la garanzia peculiare dello Stato di diritto non è solo sufficientemente elastica per consentire la piena attuazione del programma sociale formulato dall'art. 3 comma 2 Cost., ma sembra indispensabile al programma stesso, giacché la giustizia sociale si corrompe e si risolve in un mero pretesto di arbitrii, se vien staccata dalle istanze di imparzialità dei provvedimenti e di impersonalità della legge » (39).

L'eguaglianza in senso formale rappresenta pur sempre la matrice dei limiti di espansione delle libertà e dei processi di riconoscimento e di sanzione giuridica di bisogni ed istanze. Essa è quindi il principale dispositivo di sorveglianza sull'incessante proliferazione legislativa che insegue l'imponente domanda di diritto che caratterizza le società contemporanee (40). Senza la cruciale garanzia dell'eguaglianza formale, infatti, l'eguaglianza materiale, che spesso assume

(39) L. PALADINI, *op. ult. cit.*, p. 549.

(40) Si inserisce qui anche la polemica intorno alla giustizia, ovvero all'intervento del potere giurisdizionale sulla applicazione della eguaglianza, secondo giustizia, nei casi pratici. Non è solo un tema, quello della eguaglianza, che si muove a livello costituzionale, ma è un tema di vita quotidiana affidato alla sensibilità e alla equità del giudice minore. Perché l'eguaglianza materiale non suoni come una beffa del cittadino bisogna che l'eguaglianza formale sia scelta nel dettato e nella attuazione, da parte di ogni tipo di magistratura, in linea con la posizione del legislatore che ci si augura obiettiva e non partigiana. Da qui il monito di quanti divertono legislatori e giudici, politici e interpreti di seguire quella saggezza che è reclamata da *referendum* popolari, dalla stampa e dalla dottrina anche ecclesiastica a cominciare da F. MARGIOTTA BROGLIO, G. CAPUTO, P. BELLINI, G. MOLTENI MASTAI FERRETTI e C. CARDIA.

forme mistificate e distorte dai rischi provenienti da certi assetti supercorporativi della società e dai megaegoismi camuffati da esigenze di diritti e di libertà, la giustizia materiale rischierebbe continuamente di scadere verso la strisciante istituzione di un regime produttivo di nuove diseguaglianze e di neoprivilegi.

3. - *Principio di eguaglianza e fattore religioso delle Confessioni.*

Se per diritto ecclesiastico è da intendersi « lo studio della disciplina giuridica del fenomeno sociale religioso secondo l'ordinamento dello Stato » (41), il principio di eguaglianza rappresenta un nodo di assoluto rilievo per questa branca della scienza giuridica, e quindi per un settore che ha saputo e sa influenzare con puntuali e importanti qualificazioni lo stesso diritto costituzionale e, in generale, il globale svolgersi storico-politico della attività legislativa. Anche senza esaminare in dettaglio i modi e le occasioni di incidenza del principio di eguaglianza in quella che è nota come legislazione ecclesiastica nell'arco di tempo che volge dalla Costituzione ai giorni nostri,

(41) F. FINOCCHIARO, *Il diritto ecclesiastico e la teoria generale del diritto*, AA.VV., *Dottrine generali del diritto e diritto ecclesiastico*, Atti del Convegno di Napoli, 19-22 novembre 1986, Napoli 1988, p. 56; cfr. soprattutto, G. MOLTENI MASTAI FERRETTI, *Le origini del diritto ecclesiastico*, ivi, pp. 167 e ss.

Si deve convenire che in ogni epoca, nei vari ordinamenti è stata presente quella realtà che si può definire diritto ecclesiastico (cfr. G. CATALANO, *Problemi metodologici del diritto ecclesiastico. Tra storia e dogmatica*, in *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico*, Milano 1982, p. 25 ss.) e che questa realtà ha voluto esprimere esigenze tanto dei singoli, quanto del gruppo (cfr. L. DE LUCA, *Diritto ecclesiastico ed esperienza giuridica*, cit., p. 153; E. G. VITALI, « *Legislatio libertatis* » e *prospettazioni sociologiche sulla recente dottrina ecclesiastica*, in *Dir. eccl.*, 1980, I, p. 46).

Nello studiare questa materia non si può trascurare siffatta premessa per non incorrere in devianze metodologiche o in debolezze partigiane non confacenti allo scienziato che analizza le varie ideologie e le loro incidenze (cfr. P. BELLINI, *Il fattore ideologico nella costruzione del sistema del diritto ecclesiastico*, in *Dottrine generali del diritto e diritto ecclesiastico*, cit. e S. FERRARI, *Il fattore metodologico nella costruzione del sistema del diritto ecclesiastico*, in *Dottrine op. cit.*) ben sapendo che l'ampiezza di questi influssi da la misura allo stesso diritto ecclesiastico, ovvero dilata gli spazi culturali di una disciplina altrimenti ridotta di significato e destinata a rapido tramonto (cfr. M. TEDESCHI, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, cit., p. 111 ss.).

si può con tutta convinzione ed esattezza rilevare come non si registri episodio o atto normativo di tale legislazione che non implichi un richiamo all'operatività ed alla valenza del principio in questione. Pare opportuno, in ogni caso un sintetico esame del rinvio — che risulta pressoché continuo e sistematico — tra le disposizioni costituzionali riguardanti il fattore religioso ed il principio di eguaglianza, inteso nella pluralità dei suoi significati. Questo consentirà di accennare ad alcune situazioni normative vigenti che con particolare intensità hanno suscitato e continuano a suscitare sia in dottrina sia in giurisprudenza, a tutti i livelli, dibattiti, controversie e spunti di riflessione, proprio in riferimento al nesso, che spesso appare assai problematico, tra le norme in questione ed il principio di eguaglianza.

Anzitutto, sia pure in termini non perentorei e assoluti, è da premettere che il principio di eguaglianza viene immediatamente in rilievo allorché, in ordine alle legislazioni costituzionale, concordataria ed ordinaria che regolamentano il fattore religioso, sono in questione i molteplici aspetti della libertà religiosa delle persone fisiche, delle persone giuridiche, delle formazioni intermedie, dei gruppi, delle associazioni e delle stesse confessioni religiose. Nella Costituzione, la libertà religiosa — che, non si deve dimenticare, è la figura più originaria delle libertà civili — richiama immediatamente l'incidenza del principio di eguaglianza in ordine ad alcune norme fondamentali quali gli art. 2, 3, 7, 8, 19, 20, unitamente agli art. 17, 18, 21, 33, 51, che garantiscono altrettanti diritti di libertà che risultano strumentali per il miglior esercizio della libertà religiosa.

Anche se in base a culture ed a disegni giuridici talvolta profondamente differenti tra loro e spesso intensamente confliggenti, la questione dell'eguaglianza viene in rilievo direttamente o indirettamente in alcuni documenti giuridici che occupano gran parte delle fonti di cognizione del diritto ecclesiastico. In primo luogo, alcune convenzioni internazionali, quali il Trattato di pace del 1947 (art. 15 sulla libertà religiosa); la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (4-11-1950); il Concordato con la S. Sede del 1929 (legge 27-3-1929 n. 810); l'Accordo del 18-2-1984 con la S. Sede (legge 25-3-1985 n. 121) le norme delle confessioni acattoliche (legge 24-6-29 n. 1159; r.d. 28-2-1930 n. 289; r.d. 30-10-1930 n. 1731 sulle Comunità israelitiche e sull'Unione delle Comunità); D.P.R. 18-5-61 sul rico-

noscimento della personalità giuridica della Chiesa Evangelica luterana in Italia; l'Intesa del 21 febbraio 1984 con la Tavola valdese e le Chiese da questa rappresentate (legge 11-8-1984 n. 449) (42).

Come si è sottolineato, il principio di eguaglianza viene in rilievo ogni qual volta è in questione la libertà religiosa e le sue specifiche manifestazioni. Nella Costituzione, quest'ultima si impone come diritto originario, soggettivo, indisponibile, valido ed efficace nei rapporti tra privati, ma, nello stesso tempo, è formalizzato quale diritto pubblico che i singoli, gli enti, le associazioni e le confessioni religiose possono far valere nei confronti dello Stato ed ogni altro ente pubblico connesso con lo Stato (43). Nelle diverse norme che sanzionano la libertà religiosa viene, ad un tempo, evidenziato il complesso delle manifestazioni attraverso le quali quest'ultima si estrinseca: professione di fede, propaganda, esercizio privato e pubblico del culto. In primo luogo, deve essere sottolineato che, come

(42) Proprio commentando il clima politico-ideologico al momento della stipula dell'intesa con i valdesi (per una prima analisi cfr. G. CASUSCELLI, *L'intesa con la tavola valdese*, in *Concordato e Costituzione*, Gli Accordi del 1984 tra Italia e Santa Sede, a cura di S. FERRARI, Bologna 1981, p. 212 ss. è stato scritto: «*If you are looking back for away*, certamente scorgi la lunghezza dell'avanzamento e la sofferenza della professione della 'tolleranza' e della normativa sulle eresie e sui dissidenti, ancora recentemente documentati, fino alla raggiunta stipula bilaterale; ma *if you are looking into che special question of the Concordato's review*, puoi annotare che dall'ora delle mosse iniziali della revisione concordataria all'aggiustamento con i valdesi "risulta attenuato lo scarto tra Costituzione formale e Costituzione materiale; per la prima volta, poi, nell'esperienza repubblicana risulta salvaguardato il sistema di produzione del diritto in materia ecclesiastica nella ripartizione tra fonti unilaterali e bilaterali; l'intelaiatura normativa, infine, del primo comma dell'art. 8, che pur ad alcuni era parsa fragile o marginale, risulta irrobustita e potenziata nella sua capacità di porsi ed operare quale norma fondamentale, principio generale e ispirato del diritto ecclesiastico italiano e anche pattizio"» (G. MOLTENI MASTAI FERRETTI, *Stato etico e concordato socialista*, cit., p. 359).

Per il clima politico-ideologico in Italia, al tempo dell'accordo con i Valdesi, ma con attenzione specifica al processo di modifica dell'accordo con i cattolici cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il negoziato per la riforma del Concordato tra governo e parlamento*, in *Concordato e Costituzione. Gli Accordi del 1984 tra Italia e Santa Sede*, cit. e C. CARDIA, *La riforma del Concordato*, Torino 1980.

(43) Cfr. F. RUFFINI, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*; Torino 1901; A. C. JEMOLO, *La libertà religiosa come diritto pubblico soggettivo*, Torino 1924; A. RAVÀ, *Contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa nella Costituzione*, Milano 1959; P. FEDELE, *La libertà religiosa*, Milano 1963 AA.VV., *Teoria e prassi della libertà religiosa*, Bologna 1975.

diritto originario, riguardante cioè la struttura della persona, intesa come unità ontologica, pregiuridica e prepolitica, la libertà religiosa non può scadere ad interesse legittimo, può essere cioè solo limitata da poteri e deroghe espressamente indicati nella Costituzione. Nel vigente ordinamento costituzionale, la libertà religiosa è unicamente limitata dal vincolo del buon costume e ciò in ordine alla libertà di culto (art. 19) e dall'istanza della conformità degli statuti delle confessioni religiose all'ordinamento giuridico italiano (art. 8, secondo comma).

Ancora in senso generale, è da osservare che, se la Costituzione garantisce da un lato, la libertà e l'eguaglianza formale delle confessioni e dei gruppi religiosi (art. 2, 7, 8, 19, 20), è però altrettanto indubitabile che la tutela della libertà nell'eguaglianza ha la sua ultima *ratio* e il suo fondamento nella salvaguardia del diritto dei singoli anche nell'ambito delle confessioni e delle istituzioni di cui fanno parte. La recessione, l'apostasia, l'eresia e l'ateismo sono perciò pienamente tutelati dalla Costituzione come diritti individuali e non possono implicare situazioni penalizzanti e sfavorevoli di fronte allo Stato ed alla legge (art. 2, 3, 19, 21). Alla base del nesso tra libertà ed eguaglianza in materia religiosa, ci pare che la Costituzione ponga quindi l'autonomia del singolo, indipendentemente dalla sua qualificazione di cittadino, straniero, apolide. In merito alla libertà religiosa di ogni singolo, la Costituzione dispone perciò una forma di eguaglianza semplice o numerica. E cioè, come libertà fondamentale, la libertà religiosa viene garantita a tutti i singoli e nella stessa misura (44). Ad ognuno è quindi riconosciuto

(44) Questo è uno dei temi cari ai maggiori studiosi del diritto ecclesiastico e sarebbe impossibile elencarli tutti. Naturalmente le varie correnti di pensiero si sono confrontate e ciascuna ha avuto modo di esibire le proprie matrici culturali e di proporre i propri obiettivi. In ogni caso, anche se una cosa è dire che tutti sono liberi, ed altra cosa è dire che tutti sono egualmente liberi, di fronte alla legge — come da sempre insegna un ecclesiasticista che conosce bene anche il diritto pubblico italiano, A. CONSOLI — è pur vero che la libertà religiosa viene riconosciuta a tutti, con la precisazione che aprendosi una prospettiva agli individui non si può, coerentemente chiudersi il completamento della stessa prospettiva di gruppi confessionali a cui questi individui appartengono. È la tesi di L. SPINELLI, *Diritto ecclesiastico*, Torino 1988, *passim* e, per quanto riguarda specifici temi, è la conclusione, tra gli altri di L. DE LUCA, *Il riconoscimento del matrimonio canonico*, in *Nuovi Accordi tra Stato e confessioni religiose*, cit., p. 181 ss.; G. DALLA TORRE, *L'insegnamento della religione nel concordato revisionato*, in *op. cit.*, p. 143 ss.;

il diritto di professare la propria fede in forma individuale o associata, il diritto di esercitare il culto in privato o in pubblico, di condurre propaganda religiosa e di manifestare il proprio credo ed i propri convincimenti mediante tutti i diritti che risultano strumentali per il miglior esercizio della libertà religiosa. Questi ultimi riguardano la manifestazione del pensiero con ogni mezzo (art. 21); la possibilità di corrispondere con altri in modo libero e segreto nella stessa materia (art. 51), la facoltà di riunirsi con altri a scopo di religione e di culto; (art. 17) la possibilità di fondare associazioni per fini di religione e culto (art. 18) (45).

Passando quindi all'esame delle fondamentali disposizioni costituzionali in cui il nesso tra libertà ed eguaglianza costituisce il perno ed il fine della regolamentazione del fattore religioso, l'articolo 2 solennemente riconosce « i diritti inviolabili dell'uomo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità » e richiede « l'adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale ». In base a questa disposizione, lo Stato non costituisce, ma garantisce a tutti i diritti inviolabili di ogni singola persona umana e, tra i diritti inviolabili, non v'è dubbio che la libertà religiosa occupi un posto centrale.

Quest'ultima viene perciò riconosciuta dallo Stato come un dato, come un bene da tutelare e come un obiettivo da promuovere. In quanto la libertà religiosa è elemento portante del sistema dei diritti inviolabili, essa costituisce implicitamente un limite sia in ordine ad eventuali discriminazioni, sia come ostacolo invalicabile per le possibilità di revisione costituzionale. Un atto che soppri-

S. BERLINGÒ, *Gli enti e il patrimonio delle Chiese*, in *op. cit.*, p. 41 ss., nonché per quanto attiene ebraismo e valdesi, i contributi di R. BERTOLINO e S. LARICCIA, sempre in *Nuovi Accordi*, cit., rispettivamente pp. 85 ss. e 231 ss.

(45) In merito alla fenomenologia della libertà religiosa, Francesco Finocchiaro ha individuato nella Costituzione un triplice ordine di disposizioni: « Alcune negative, volte ad eliminare ogni sanzione, ogni incapacità, ogni diseguaglianza di diritto per motivi di religione; altre, anch'esse negative, ma indirette, perché organizzavano il rapporto tra lo Stato e gli individui in modo tale che essi non ricevessero da parte del potere civile né impedimenti, né spinte di carattere religioso, altre disposizioni invece positive ed indirette, consistendo nelle dichiarazioni costituzionali che garantiscono sia agli individui, sia alle associazioni la libertà di coscienza, di manifestazione del pensiero, di propaganda della fede religiosa e di esercizio del culto ». (Cfr. F. FINOCCHIARO, *Il diritto ecclesiastico e la teoria generale del diritto*, cit. p. 59; cfr. in proposito AA.VV., *Gli strumenti costituzionali per l'esercizio di libertà religiosa*, Milano 1982.

messe o limitasse gravemente il diritto inviolabile alla libertà e quindi all'eguaglianza della esperienza religiosa, rischierebbe infatti di travolgere con sé anche l'intera Costituzione. Modifiche in tal senso, ossia gravemente peggiorative, rappresenterebbero non tanto una revisione, bensì un radicale sovvertimento dell'assetto costituzionale. L'eguale diritto alla libertà di aderire, recedere, mutare o non aderire ad alcun credo religioso riguardo quindi la libertà e l'esperienza soggettiva anche all'interno di formazioni ed associazioni in cui si svolge la personalità del singolo.

La libertà religiosa si distribuisce, quindi, come diritto pubblico soggettivo dei gruppi e delle confessioni e, d'altro lato, come autonomia dei singoli in quanto tali ed in quanto membri dei gruppi e delle confessioni (46).

Superando una caratteristica impostazione liberale che circoscriveva libertà ed eguaglianza come condizioni dei singoli di fronte alla legge dello Stato ed assimilando valori cruciali della cultura liberal-democratica, la Costituzione ha perciò esteso libertà ed eguaglianza dei singoli, anche all'interno delle formazioni delle associazioni e delle confessioni religiose, più o meno strutturate, di cui gli individui sono parti viventi (47).

(46) Cfr. A. BARBERA, *Le situazioni soggettive, le libertà dei singoli, e delle formazioni sociali, il principio di eguaglianza*, AA.VV., *Manuale di diritto pubblico*, cit., p. 206 e ss.

(47) È solo a partire dagli anni sessanta che l'art. 2 e 3 della Costituzione sono stati al centro della diffusa richiesta di realizzazioni di fondamentali previsioni costituzionali, che sino a quegli anni erano rimaste spesso disattese e disapplicate. La Corte di Cassazione, come è noto, ha classificato le disposizioni relative alla libertà e all'eguaglianza come norme programmatiche demandando la loro attuazione ad una ulteriore e futura normativa. Il nuovo clima culturale e sociale degli anni sessanta e settanta conduce ad una radicale revisione e correzione di tale impostazione.

La prima decisione della Corte concerne, infatti, il tema della libertà (n. 1/1956) e la rimozione della distinzione tra norme precettive e programmatiche. Numerosi sono stati, poi, i provvedimenti legislativi che hanno cercato di fornire una risposta positiva alla vasta ed articolata domanda di libertà ed eguaglianza emersa tra gli anni sessanta e settanta in numerosi settori ed ambiti della società italiana. Alcuni di questi investono direttamente il rapporto tra libertà ed eguaglianza in ordine alla dimensione religiosa: legge n. 300 del 1970 (statuto dei lavoratori); legge n. 772 del 1972 (obiezione di coscienza) legge n. 898 del 1970 (sullo scioglimento del matrimonio) legge n. 151 del 1975 (sulla riforma del diritto di famiglia); legge n. 354 del 1975 (sulla riforma carceraria) legge n. 194 del 1978 (sulla volontaria interruzione della gravidanza).

Particolarmente stretto e rilevante è, poi, il legame tra la garanzia delle libertà fondamentali, l'eguaglianza come regola formale per regolamentare la loro fruizione ed i doveri di solidarietà politica, economica e sociale. In tal senso, la Carta non dispone né un primato delle libertà sui doveri, né una prevalenza di questi ultimi sulle libertà. L'eguaglianza formale esige però chiaramente che nessuno, dichiarando di voler seguire i dettami della propria coscienza, o del proprio credo religioso possa sottrarsi all'adempimento dei doveri previsti dalla legge. Il diritto di libertà religiosa — come diritto della coscienza, e, quindi diritto originario, irrinunciabile, indisponibile ed imprescrittibile — pur essendo limitato dalle norme costituzionali che esigono precisi obblighi e doveri costituzionali, si affaccia ogni qual volta l'ordinamento, pur imponendo un obbligo, prevede particolari deroghe, che non costituiscono dei privilegi, ma ulteriori garanzie per la migliore tutela della libertà di coscienza. È il caso, come è noto, della complessa materia concernente l'obiezione di coscienza che, se non è ammissibile in materia tributaria (art. 53), consente invece deroghe all'obbligo del servizio militare (art. 52), del giuramento (art. 54), dell'assistenza sanitaria: in quest'ultimo caso, la legge n. 93 del 25-12-78 esenta dalle pratiche abortive il personale sanitario che abbia dichiarato obiezione per motivi di coscienza, ma non ammette deroga alcuna quanto al dovere di assistenza urgente.

La libertà riconosciuta e promossa dall'art. 2 si articola immediatamente e naturalmente con il regime di eguaglianza nelle sue varie forme, (semplice, complessa, formale, materiale), disposta dall'art. 3. Come si è già sottolineato in precedenza, la base dell'art. 3 — il suo strato di senso più originario e stabile — prescrive una forma di eguaglianza semplice in merito alle qualificazioni religiose. Soltanto la previsione di altre disposizioni costituzionali che derogano all'art. 3, rappresentando però istanze di pari valore, possono perciò legittimare le inevitabili distinzioni normative. È quindi sempre in relazione ad altri principi individuabili nello stesso testo costituzionale che possono essere dedotte ragioni e giustificazioni delle differenziazioni. In verità « per tutto quanto concerne l'ammissibilità di distinzioni fondate sulla religione, non la ricorrenza di qualsiasi pubblico interesse può ritenersi in concreto sufficiente a dimostrare il carattere non arbitrario di una eventuale differenziazione legislativa, bensì solo l'esigenza di soddisfare un interesse pubblico che gode di un riconoscimento pari a quello della egua-

glianza giuridica e che sia quindi individuabile all'interno della Carta fondamentale » (48).

Come per ogni altra situazione che comporti la tutela di un diritto di libertà, anche per ciò che concerne la libertà religiosa, l'art. 3 non costituisce un diritto del singolo a non subire discriminazioni, bensì un limite oggettivo della legislazione, valevole per ogni tipo di soggetto. La norma in questione, come si è detto, può incontrare deroghe o limitazioni, ma solo se deducibili da altre norme costituzionali. Oltre questi esiti si è spinta la Corte Costituzionale (sent. n. 31 del 1971) (49) allorché ha riconosciuto l'ammissibilità di deroghe al principio di eguaglianza in materia religiosa, anche in base a norme equiparate a leggi costituzionali, ossia a norme — come quelle che disponevano l'attuazione nell'ordinamento italiano delle norme concordatarie — che godono di una sicura copertura di massimo grado, in particolare di quella derivante dagli articoli 7 ed 8 della Costituzione (50).

(48) S. LARICCIA, *Lezioni di diritto ecclesiastico. I principi costituzionali*, Padova 1974 p. 43; A. C. JEMOLO, *La libertà religiosa garantita dagli art. 8, 19, 21 della Costituzione*, in *Dir. Eccl.*, 1952, I, p. 417 ss.; F. FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, cit., p. 33 ss.

(49) Il testo in *Foro italiano*, 1971, I, c. 524.

(50) Il problema della copertura costituzionale di norma concordataria è di quelli che ha animato la dottrina e caratterizzato un confronto ideologico di grande valore. Tra quanti sostengono che le norme di derivazione pattizia forniscono in certo senso la « misura costituzionale », purché siano state richiamate dalla Suprema Corte, ricordo G. CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana. Contributo alla interpretazione sistematica dell'art. 7 della Costituzione*, Milano 1974, p. 20; tra quanti sostengono la prevalenza del dettato costituzionale sulla normativa concordataria quando questa metta in discussione « i principi supremi » della Costituzione, ricordo P. BELLINI, *Sui limiti di legittimità costituzionale delle disposizioni di derivazione concordataria contrastanti con valori costituzionalmente garantiti*, in *Arch. giur.* 1968, p. 70 ss.

Ma il dibattito ha coinvolto più ampia letteratura anche perché è direttamente connesso alla valutazione della giurisprudenza della Corte Costituzionale (sentenza n. 30, 31 e 32 del 1971 ma anche n. 16, 17 e 18 del 1982) e al profilo della modificazione dei patti lateranensi, nonché a una qualificazione delle norme concordatarie, ispiratrici dell'art. 7 della Costituzione, come « fonti atipiche » (cfr. F. FINOCCHIARO, *Art. 7 e 8*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, cit., p. 362 ss.). Le norme di derivazione pattizia avrebbero una collocazione intermedia tra le norme costituzionali e quelle primarie, avendo forza di legge ordinaria e forza superiore a quella delle leggi ordinarie, verrebbero catalogate come fonti ati-

Le norme garantite e protette dagli art. 7, secondo comma ed 8, terzo comma della Costituzione, se in sintonia con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, possono quindi legittimare differenziazioni e distinzioni che, ad un primo sguardo, potrebbero configurarsi come privilegi e diseguaglianze. A compensare questo giudizio giurisprudenziale, il principio di eguaglianza è stato incisivamente ribadito allorché la Corte, intervenendo in merito al famoso delicatissimo e tormentato argomento della costituzionalità della legge sul divorzio, ha riconosciuto la piena compatibilità di questo istituto innovatore della tradizione italiana e la legittimità della normativa che lo aveva introdotto, senza esclusioni di sorta, tanto da potersi ammettere, sul piano civile, la ammissibilità dello scioglimento matrimoniale anche per i cattolici. In questo caso, la Corte ha perciò da un lato sottolineato l'autonomia e l'indipendenza dell'ordinamento canonico, dall'altro lato ha riconosciuto ancora una volta al matrimonio concordatario tutti gli effetti civili, tuttavia non comportanti automatica adesione dello Stato all'inderogabile cardine canonico dell'indissolubilità.

In tal modo, lo Stato si è così riservato la facoltà di regolare con propria legge l'intera materia degli effetti civili del matrimonio in qualunque forma sia stato esso celebrato dal punto di vista confessionale. Se si fosse deciso diversamente e cioè per il mantenimento del divorzio per i soli matrimoni civili, questo avrebbe certamente leso il primo comma dell'art. 3 che è senza dubbio un principio supremo dell'ordinamento costituzionale. Qualora lo ritenga giusto ed opportuno, assumendosene la responsabilità esclusivamente di fronte alla propria coscienza, anche il credente ha la libertà di recedere dai principi della propria fede e, quindi, fruire di un diritto — quello dello scioglimento del matrimonio — che lo Stato garantisce ai cittadini. Senza dire che, del resto, anche l'ordinamento parallelo della Chiesa conosce il distinguo tra i comportamenti e

piche, come norme primarie a speciale forza vincolativa. Si assisterebbe in questo caso a quella ipotesi che si verifica per le norme entrate nell'ordinamento italiano a sensi dell'art. 10 Costituzione, le quali non possono subire modificazioni da norme ordinarie così da collocarsi tra le norme costituzionali e quelle primarie (cfr. E.SPAGNA Musso, *Costituzione rigida e fonti atipiche*, Napoli 1966, p. 92; P. BARILE, *Rapporti tra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in P. BARILE, *Scritti di diritto costituzionale*, Padova 1967, p. 705 ss.

gli effetti sul piano del foro esterno e i profili intimistici e spirituali nel foro interno (51).

Questa situazione pare riconfermi che l'art. 3 ha come privilegiato referente la libertà e l'eguaglianza dei singoli tra loro, di fronte allo stato e anche all'interno di quelle formazioni o confessioni religiose in cui si svolge e si sviluppa la personalità: « Ogni volta che il legislatore prevede la tutela di un gruppo sociale, dotato o meno dell'attributo della personalità giuridica, l'unico problema che abbia un autentico significato è pur sempre quello concernente la tutela degli interessi umani. Nella realtà psico-sociale, le persone fisiche sono gli unici soggetti capaci di avvertire le conseguenze derivanti dalla posizione riservata dal legislatore al gruppo cui esse appartengono » (52).

Le eventuali ingiustificabili distinzioni normative, oltre che ledere l'eguale libertà, di fronte alla legge, delle confessioni religiose, costituiscono — soprattutto — un ostacolo alla formazione

(51) La distinzione tra foro esterno e foro interno, che è nota all'ordinamento canonico in funzione delle sue caratteristiche fondamentali, comunque considerate (per una varietà di visioni, ricordo ad es. G. CAPUTO, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*, Padova 1978; G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, Bologna 1984, specie p. 57 ss.; P. LOMBARDIA, *Lezioni di diritto canonico*. Introduzione, edizione a cura di G. LO CASTRO, Milano 1985, specie p. 198 ss. dedicate ai "momenti del Diritto Canonico"), non esenta colui che ha violato una norma, o comunque ha tenuto un comportamento non in linea con il senso della Chiesa, dal recupero con il mezzo principale della penitenza. Questo strumento tipico della Chiesa, non solo consente al peccatore di riprendersi con spirito di carità e di preghiera (cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione Reconciliatio et Paenitentia* del 2 dicembre 1984, n. 6) ma anche completa il significato della giurisdizione canonica che reclama la massima armonizzazione tra i due fori (cfr. G. SARACENI, *Fori esterni et interni optima coordinatio in codice Juris canonici existat oportet*, in *Dir. eccl.*, 1985, 4, p. 525 ss.) e ripropone l'opportunità di una sensibilizzazione con la nota della Chiesa da parte di chi studia il diritto di questa Chiesa (cfr. G. MALTENI MASTAI FERRETTI, *Lo studio del diritto canonico dopo il Vaticano Secondo*, in *Apollinaris*, 1987, p. 131 ss.).

Per una ampia, obiettiva e serena analisi di questa problematica, che va intesa alla luce della fede e dell'insegnamento conciliare (cfr. E. CORECCO, *Foi et Institution dans le C.I.L.*, in *A. Can.*, 28, 1984, p. 1955) Id., *Aspetti della recezione del Vaticano II nel Codice di diritto canonico*, nel volume *Il Vaticano e la Chiesa*, 1986, p. 333 ss.), si rinvia all'ottimo recente manuale di F. BOLOGNINI, *Lineamenti di diritto canonico*, Torino 1988, soprattutto pp. 39 ss.; 237 ss. e 258 ss.

(52) S. LARICCIA, *Lezioni di diritto ecclesiastico. I principi costituzionali*, cit. pp. 47-48; Id., *Diritto ecclesiastico*, 3 ed., cit., p. 64.

della personalità del singolo. In tal senso, l'art. 2, collegandosi con le disposizioni sull'eguaglianza dell'art. 3, rappresenta il maggior sistema di difesa e di controllo concepito dal legislatore costituzionale in ordine alla tutela della libertà ed eguaglianza religiosa a livello individuale. Considerato alla luce della sua assoluta rilevanza, il sistema dei rinvii tra le due disposizioni, costituisce il vero e proprio *caput et fundamentum* del nesso tra libertà religiosa ed eguaglianza nella Costituzione (53).

Il primo comma dell'art. 7: « Lo Stato e la Chiesa sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani », propone un rilevante e delicato problema di eguaglianza tra ordinamenti. La redazione di questa prima parte dell'articolo, è indubbiamente frutto della rielaborazione di un tema di straordinaria importanza per la teoria generale del diritto e, segnatamente, per il diritto ecclesia-

(53) Si colloca in queste due norme la base stessa della garanzia di libertà dei cittadini, dalla quale discende appunto la libertà religiosa e nella quale si esplica e compendia la eguaglianza. E naturalmente questa garanzia attiene sia i singoli soggetti che le loro libertà quali partecipanti alle varie formazioni sociali, religiose e non religiose (cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni*, I, Padova 1985, p. 3 ss.). Libertà religiosa quella che ne deriva ed eguaglianza quella che è connessa alle due norme costituzionali... tali da qualificare la garanzia dello stato non solo in termini di estensione dall'individuo al gruppo ma anche in termini di tutela dell'individuo dalla eventuale prevaricazione del gruppo: nel gruppo e nella formazione sociale e religiosa il singolo cittadino deve essere uguale agli altri e deve essere libero di compiere ogni azione che sia diretta al soddisfacimento dei propri bisogni spirituali che si esplicano appunto nell'appartenenza al gruppo o alla formazione. (Cfr. P. BELLINI, *Diritti inviolabili dell'uomo e formazioni sociali religiose. Contributo alla interpretazione dell'art. 2 della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di P.A. D'Avack*, I, Milano 1976, p. 215 ss.

Non v'è dubbio che si innesca su queste considerazioni la stessa soluzione della problematica che attiene all'eguaglianza dei singoli, in quanto membri di una confessione religiosa, e alla incidenza ed ampiezza della confessione religiosa di appartenenza. La letteratura ecclesiasticistica e costituzionalistica più avanzata non ha mancato di rilevare, sulla scorta di educazioni liberali (es. A. C. JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Milano 1972, specie p. 145 ss.) o di preoccupazioni sociali (es. S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, 3^a ed., cit., p. 65-66) che non può risolversi la questione con la solita generica rilevanza data alla religione cattolica perché quantitativamente più ardente e quindi più forte. Il criterio quantitativo è da dimostrare — come ha più volte ammonito F. MARGIOTTA BROGLIO — e non giustifica privilegi in spregio alla Costituzione. Altro però è il riconoscimento dell'importanza del Cattolicesimo nella storia e nella cultura italiana, appalesato anche dagli Accordi tra Santa Sede e Italia del 1984, e coerente con una realtà incancellabile (cfr. G. MOLTENI MASTAI FERRETTI, *Stato antico e Concordato socialista*, cit., pp. 384 e 350 ss.).

stico. Si tratta, come è noto, di uno dei capitoli fondamentali della svolta che caratterizza la storia del pensiero giuridico tra ottocento e novecento e che segna, ad un tempo, un punto di approdo nella vicenda dello *Jus publicum aeuropaeum*. La teoria — di evidente derivazione romanistica — sulla pluralità ed originarietà degli ordinamenti giuridici — non necessariamente statali — rompe l'egemonia delle tesi sulla incondizionata statualità del diritto: « Una teoria che consentiva di accertare l'originarietà e l'indipendenza dell'ordinamento canonico e di inquadrare ... i rapporti tra ordinamento statale e diritto della Chiesa negli schemi dei rapporti tra ordinamenti statuali elaborati dagli internazionalisti, facendo così assumere a tali schemi il valore più generale di strumenti conoscitivi pluridisciplinari e, perciò, di concetti appartenenti alla teoria generale del diritto » (54).

In tal senso, la norma in questione formalizza queste acquisizioni storico-teoriche decretando che originarietà, indipendenza e autonomia dell'ordinamento canonico devono essere intesi ed osservati quali presupposti costituzionali. La norma quindi vieta che lo Stato subordini, *in toto*, la Chiesa al suo diritto, introducendo in tal modo sistemi di rapporti Stato-Chiesa superati dalla storia, almeno in Italia.

Per converso, l'art. 7, primo comma, limita, ad un tempo, l'incidenza del diritto della Chiesa al « suo ordine », vieta cioè che il diritto della Chiesa si possa imporre per forza propria come diritto civile. Se norme e disposizioni del diritto canonico possono diventare rilevanti per lo Stato, epperò essere recepite nel diritto civile, sempre in presenza e con l'intervento di una esplicita disposizione o iniziativa dello Stato che stabilisca limitatamente a quali norme, in quali situazioni ed a quali condizioni si debba operare un rinvio al diritto canonico. Gli atti che, invece, risultano, esclusivamente valevoli nell'ordine proprio della Chiesa, talora anche a motivo dell'« incapacità dell'ordinamento civile a valutare esso stesso il fatto produttivo degli effetti » sorti nell'ambito canonico (55) in ogni caso rimangono del tutto privi di rilevanza giuridica per lo

(54) Cfr. F. FINOCCHIARO, *Il diritto ecclesiastico e la teoria generale del diritto*, cit., in *loc. cit.*, p. 73.

(55) F. ONIDA, *Giurisdizione dello Stato e rapporti con la Chiesa*, Milano 1964, p. 186, ove sviluppa considerazioni valide sia per le pronunce dei Tribunali ecclesiastici sia per gli atti in genere originatisi nel diritto canonico.

Stato il quale potrà anche considerarli leciti per il diritto civile ma all'interno di questo non producono effetti (56).

L'art. 7 presuppone perciò un'eguaglianza tra ordinamenti, ognuno dei quali resta indipendente e sovrano nel proprio ordine. È questo parallelismo tra ordini che fonda la loro eguaglianza — nel senso di pari sovranità — ed inibisce che Stato e Chiesa possano prevaricarsi invadendo unilateralmente l'ordine in cui è effettivamente operante l'indipendenza e la sovranità dell'altro ordinamento. La maggiore difficoltà interpretativa al riguardo concerne, perciò, il contenuto delle delimitazioni tra i due ordini e, quindi, il fondamento ontologico, effettivo dell'eguaglianza. Né l'uno, né l'altro tra i due ordinamenti può infatti decidere unilateralmente l'area ed i confini della validità e dell'efficacia dell'altrui diritto, né tale decisione potrebbe essere demandata a terzi, anche in veste di ordinamenti internazionali o sovranazionali. È quindi nella storia e nella consolidata percezione culturale che deve essere ricercato il criterio per tale decisione. Queste fonti si traducono poi in diritto allorché la decisione propriamente giuridica non può che essere presa di comune intesa. L'eguaglianza, l'indipendenza e la sovra-

(56) Esistono molte ipotesi di atti rilevanti per l'ordinamento canonico ma inefficaci nella sfera civilistica, così come vi sono spazi di incidenza della giurisdizione della Chiesa che non toccano la giurisdizione dello Stato. Ma vi sono anche zone di confine tra le due giurisdizioni e sono note le contese soprattutto nell'ambito matrimoniale; tanto che, dopo gli Accordi del 1984, la dottrina prevalente (P. CASUSCELLI, F. FINOCCHIARO, P. BELLINI, C. CARDIA, P. MONETA, S. LARICCIA, G. BARBERINI, E. VITALI, G. CAPUTO) si è scontrata con quanti ancora tentano di sostenere l'esistenza di residui di giurisdizione della Chiesa sul matrimonio concordatario (O. FUMAGALLI CARULLI, G. MANTUANO e, intorno più pacato S. GHERRO, P. BERTOLINO e A. ALBISETTI). Credo che abbia ragione la dottrina prevalente perché, come più volte ha sottolineato F. MARGIOTTA BROGLIO, il testo concordatario del 1984 è piuttosto esplicito nel sottoporre al vaglia dell'autorità statale una serie di atti e di valutazioni che, anche se riferiti a tempi e metodi propri dell'ordinamento canonico, non possono pretendere di produrre effetto nell'ordinamento statale violando i criteri di eguaglianza. E dico criteri di eguaglianza nel senso che si tratta d'una eguaglianza da realizzare non solo tra cittadini (coniugi) dello stato (cattolici e non cattolici) ma anche tra ordinamenti, diversi da quello italiano, di fronte alla legge dello Stato che non può ammettere deroghe, a questo punto, non giustificabili da dipendenze o ossequi ideologici ma in netta alterazione dei principi generali del diritto internazionale e con gli orientamenti dello Stato verso gli altri *partners*, muniti di pari sovranità; tali rilievi erano del resto già stati svolti dalla Corte Costituzionale, in occasioni di rilievo come a proposito della sentenza n. 18 del 1982 (cfr. *Dir. ecc.*, 1982, II, p. 89 ss.; e G. DALLA TORRE, *La riforma della legislazione ecclesiastica*, cit., p. 220).

nità tra i due ordinamenti esigono, quindi, che la determinazione dei limiti e delle materie di comune interesse (*materiae mixtae*) debbano essere oggetto di un negozio bilaterale in cui le Parti trattano, in ogni senso, come eguali.

Tale soluzione, che è stata espressamente prevista dalle Parti (art. 44 Concordato Lateranense e art. 14 Accordo del 18-2-1984) (57), e ribadita dalla Costituzione (art. 7, secondo comma) deve però essere intesa nella prospettiva dei mutamenti e della continua mobilità storica e culturale degli ordini e dei rispettivi confini (non pare, ad esempio, più così ovvia la distinzione tra spirituale e temporale che, per secoli di storia occidentale ha, più che chiarito, ampiamente mistificato il problema dei confini). In ordine a tale problematica, particolare rilievo assumono le disposizioni dell'accordo del 1984 con la Chiesa cattolica in cui vengono previste: 1) « ulteriori materie », per cui si prospettano sia « nuovi accordi » tra le Parti, sia « intese tra le competenti autorità dello Stato e la Conferenza episcopale italiana »; 2) una « amichevole soluzione » in ordine a difficoltà di interpretazione o applicazione delle disposizioni dell'Accordo; 3) « opportune consultazioni per l'attuazione, nel rispettivo ordine, delle disposizioni del presente accordo » (58).

4. - Eguaglianza costituzionale, libertà religiosa e diritto ecclesiastico.

Se, come si è visto, l'art. 3 riguarda l'eguaglianza principalmente tra i singoli in materia di libertà religiosa, l'art. 8 per il quale:

(57) Cfr. G. MOLTENI MASTAI FERRETTI, *I controlli canonici e l'art. 44 del Concordato*, in *Jus*, 1965, p. 188.

(58) Per una adeguata penetrazione della tematica e delle disposizioni che mirano ad accomodamenti piuttosto che a liti tra le parti sottoscrittrici del Patto, si leggano i rilievi e le impressioni sul testo del 1984, espresse da P. GISMONDI, in *Nuovi Accordi tra Stato e confessioni religiose*, cit., p. 1 ss.; C. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 377 ss.; M. TEDESCHI, *op. cit.*, p. 449 ss.

Inoltre, avendo cura di risolvere intelligentemente e pacatamente i problemi che possono emergere a proposito di settori particolari che non possono comunque essere completamente disciplinati da un testo concordatario, anche a motivo della evoluzione della materia e della imprevedibilità di tutte le fattispecie, si è osservato che « sul terreno concordatario sono stati inchiodati i binari per l'applicazione dei principi e, se qualche problema può essere risolto *tout cour* con sapiente sguardo retrospettivo di utilizzo delle schermaglie dottrinali, un vasto orizzonte di cooperazione pacifica e coordinata rimane disponibile per la disciplina di *materiae mixtae* » (G. MOLTENI MASTAI FERRETTI, *Stato etico e concordato socialista*, cit., p. 352).

« tutte le confessioni religiose sono ugualmente libere davanti alla legge », concerne il tema della libertà ed eguaglianza religiosa ad un livello plurisoggettivo ed occupa una posizione centrale nel sistema costituzionale. La norma rinvia ad un unico referente e cioè alle confessioni religiose, come centri di imputazione dei diritti di libertà religiosa. Tale qualificazione, cioè le confessioni religiose, del resto non è mai stata esaurientemente definita in dottrina, e deve essere tuttavia con chiarezza distinta così da non ingenerare confusioni con le associazioni e tutte le formazioni plurisoggettive che non possiedono una specifica e originale concezione religiosa e che, intorno a questa, non abbiano costituito strutture organizzative, telai normativi, nonché specifici statuti giuridici: « La formula della legge non dice che tutte le confessioni acattoliche sono degli ordinamenti, né impone che si costituiscano come tali, giacché intende rispettare l'immagine che di sé hanno — o vogliono dare — codesti gruppi sociali che, potrebbero pensare di vivere come comunità meramente spirituali, senza che vi fossero diritti ed obblighi per alcuno dei membri » (59).

Sia che possiedano strutture e statuti tali da farle ritenere degli ordinamenti, sia che — per le ragioni più diverse — non abbiano proceduto a tale forma di identificazione, le confessioni religiose godono della stessa garanzia costituzionale in ordine all'esercizio di tutte le manifestazioni della libertà religiosa garantite dalla Costituzione. La norma in esame allarga, quindi, a tutte le formazioni (associazioni, confessioni, confessioni-ordinamenti aventi scopo di religione e di culto) la eguaglianza formale sancita dall'art. 3 ai singoli individui. E tuttavia, particolarmente in ordine alle esigenze di strutture plurisoggettive, l'eguaglianza semplice deve coniugarsi con l'eguaglianza complessa nel senso cioè che l'eguaglianza riconosciuta alle confessioni è uguaglianza nella libertà e non nella parità di trattamento. È infatti la stessa Costituzione a

(59) Nel fare questo rilievo F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, 2ª ed., Bologna 1986, p. 53, ha ben presente che l'eguaglianza e la libertà religiosa, se non tollerano esclusioni di confessioni acattoliche dalla contemplazione e dalla tutela da parte della legge statale, tuttavia non sono concetti così formulati da comprendere la « libertà di superstizione ». Pertanto le definizioni costituzionali abbracciano le grandi religioni monoteistiche (ebraismo, cristianesimo, islamismo) ma non le credenze primitive e l'animismo. E però la nostra Costituzione intende garantire la libertà religiosa nel senso più esteso, quanto si estende la cultura dei popoli, con la sola esclusione, come si è detto, della superstizione (cfr. F. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*).

prevedere per la Chiesa cattolica (art. 7, secondo comma), e per le confessioni acattoliche che si configurino come degli ordinamenti, (art. 8 terzo comma) forme di normazione e modalità di rapporti con lo Stato che si iscrivono entro un regime della eguaglianza complessa.

Il rilievo che la Costituzione conferisce alla normazione bilaterale in ordine alle confessioni acattoliche consente quindi di affermare che, anche queste ultime, alla scure della Chiesa cattolica, sono per lo Stato degli ordinamenti primari ed indipendenti, ossia organismi che si sono costituiti nel tempo per forza propria e, quindi, non possono essere considerati come emanazioni dello Stato, con tutte le conseguenze giuridiche che questo comporta. Il solo limite che la Costituzione pone allo strutturarsi delle confessioni come ordinamenti è la « conformità degli statuti con l'ordinamento giuridico italiano », ossia la possibilità di riconoscere gli organi della confessione, i relativi poteri di rappresentanza e che le regole interne non presentino caratteri abnormi rispetto a quelli comunemente vigenti (prevalenza delle minoranze, ecc.). Da ciò si deduce chiaramente che l'art. 8, secondo comma, ha implicitamente rimosso l'art. 1 della legge 1159 del 24 giugno 1929 sui culti ammessi (60), secondo il quale i culti acattolici sono accettati « purché non professino principi e non seguano riti contrari all'ordine pubblico », con la palese conseguenza, mi sembra, che « essendo la vecchia norma in contrasto con tali norme della Costituzione, la Corte ove fosse investita del problema, dovrebbe dichiararne l'illegittimità » (61). Lo Stato si dichiara perciò incompetente, anche se

(60) Tra la bibliografia più interessante in proposito: O. GIACCHI, *La legislazione italiana sui culti ammessi*, Milano 1933, p. 10 ss.; C. MAGNI, *Intorno al nuovo diritto dei culti acattolici ammessi in Italia*, in *Studi sassaresi*, 1931, p. 39 ss.; G. PEYROT, *La legislazione sulle confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in AA.VV. *La legislazione ecclesiastica*, Vicenza, 1967, p. 519 ss.; F. ONIDA, *Matrimonio degli acattolici*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano 1975, p. 870; T. MAURO, *Considerazioni sulla posizione dei ministri dei culti acattolici nel diritto vigente* in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Del Giudice*, II, Milano 1953, p. 101 ss.; V. PARLATO, *Confessioni acattoliche, diritto ad una legge sulla base di intesa e principio di uguaglianza*, in *Studi in onore di Attilio Moroni*, Macerata-Milano 1982, p. 411.

Per la letteratura specifica sulla normativa rivolta ai Valdesi e agli ebrei, vedi S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, 3ª ed., cit., p. 541 ss.

61) F. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 55; M. TEDESCHI, *Stato e confessioni acattoliche, Contributo all'analisi dell'art. 8*, in « Il Tommaso Natale », 1977, pp. 427 *Costituzione*, Milano 1981, p. 12 ss.

assolutamente non indifferente, a giudicare della liceità dei principi e dei sistemi dogmatici delle singole confessioni ed esperienze religiose più o meno strutturate ed istituzionalizzate. L'indipendenza delle confessioni è, a questo riguardo, da intendersi in senso assoluto e corrisponde, a livello plurisoggettivo, all'intangibilità ed autonomia della libertà della coscienza individuale.

Dal collegamento tra l'art. 8 e l'art. 3 non si deduce, quindi ed in nessun senso, una eguaglianza tra le confessioni religiose. Se questa ipotesi avesse corpo e se intervenisse infatti un giudizio diretto a decretare l'eguaglianza tra le confessioni, lo Stato contraddirebbe se stesso perché invaderebbe un ambito che lo Stato stesso ha dichiarato non essere di sua specifica competenza. Le confessioni non sono quindi tanto uguali tra loro, ma egualmente libere di fronte alla legge dello Stato, in particolare, in ordine ai diritti di libertà che la Costituzione riconosce e garantisce. In tal senso, in dottrina appare ancora oggetto di controversia se il regime dell'eguaglianza espresso dall'art. 3, nella pluralità dei suoi significati e valenze, possa essere esteso — ed in che modo — alle disposizioni dell'art. 8 e cioè a soggetti diversi dalle persone fisiche (62). Il limite di eventuali discriminazioni non sarebbe perciò costituito da una improbabile eguaglianza tra le confessioni, bensì dai riflessi negativi che tali differenziazioni comporterebbero sulla sfera di libertà

(62) Quando si parla di « estensione » dalle persone fisiche ad altri soggetti non si vuole allargare il discorso alle persone giuridiche che vanno sotto il nome di enti ecclesiastici, siano questi cattolici o di altra matrice. Infatti le angolature del problema sono diverse anche se la normativa dettata per gli acattolici non può esimere, ai sensi dell'art. 8 Costituzione, questi sudditi dello Stato dal seguire le norme che esso impone agli enti sorti e operanti nel territorio nazionale. Come è noto, speciale è la disciplina per gli enti ecclesiastici cattolici, per un commento alla quale si rimanda ai testi classici: T. MAURO, *La personalità giuridica degli enti ecclesiastici*, Roma 1945; T. MAURO, *Il problema della nazionalità degli enti ecclesiastici*, Milano 1959; A. CONSOLI, *L'attività amministrativa della Chiesa nel diritto italiano*, Milano 1961; A. CONSOLI, *Gli enti ecclesiastici (art. 7)*, in AA.VV., *La revisione del Concordato alla prova*, Bologna 1977, p. 145 ss.; M. FERRABOSCHI, *Gli enti ecclesiastici*, Padova 1956; G. MOLTENI MASTAI FERRETTI, *L'amministrazione dei benefici ecclesiastici*, Milano 1974. Inoltre cfr. anche V. TOZZI, *Riforma amministrativa e interessi religiosi. Il riassetto dell'assistenza e della beneficenza*, Napoli 1983; P. A. BONNET, *La "ecclesiasticità" come elemento di qualificazione degli enti e delle loro attività*, in AA.VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano 1973, p. 123 ss. e R. BOTTA, *L'attività degli enti ecclesiastici nei progetti patrimonio della Chiesa*, in *Dir. eccl.*, 1984, I, p. 277.

del singolo e, di conseguenza, dall'ostacolo posto allo sviluppo della personalità individuale: « Quando la legge tratti in modo diverso formazioni sociali aventi lo stesso fine — ed i motivi, come ha spiegato la Corte, segnatamente con la sentenza n. 40/1965) potrebbero essere molti — tale disparità potrà comportare altresì una differenziazione dei singoli nella dignità sociale e nei diritti per uno dei motivi enunciati nel primo comma dell'art. 3, ovvero potrà essere in contrasto con il secondo comma dello stesso art. se impedisca, anziché agevolare, il pieno sviluppo della persona umana. In questi casi, però, v'è lesione della garanzia offerta dalla Costituzione ai singoli (o meglio ai cittadini) in tema di eguaglianza e perciò solo le norme di legge ordinaria sono incostituzionali, senza che occorra andare alla ricerca di una problematica norma della Carta che garantisca l'eguaglianza delle formazioni sociali » (63).

Ancora una volta, si conferma che la misura fondamentale e certa dell'eguaglianza complessa ossia delle distinzioni normative è costituita dall'eguaglianza semplice riferita ai singoli, ossia da quel limite oggettivo della legislazione che garantisce ai singoli l'eguaglianza di fronte alla legge. Allorché una differenziazione normativa, che tratti diversamente situazioni oggettivamente non omologabili, inibisce il diritto dei singoli di usufruire delle medesime libertà nella stessa misura di altri che, invece, proprio a causa di tali distinzioni, risultano obiettivamente avvantaggiati, si verifica un'evidente lesione del principio di ragionevolezza e, perciò, una illegittimità costituzionale in ordine al principio di eguaglianza espresso dall'art. 3, primo comma.

La questione relativa al rapporto tra eguaglianza applicata ai singoli e eguaglianza applicata alle confessioni risulta, poi, ancora più delicata e complessa se si tien conto che la Costituzione non prevede un regime separatista in cui tutti i fenomeni religiosi sarebbero sottoposti al diritto comune, bensì un regime « concordatario » con la Chiesa cattolica e un fenomeno di negoziazione bilaterale, che ha nome intesa, con le confessioni acattoliche. Lo Stato è cioè chiamato dalla Costituzione (art. 7 secondo comma e art. 8 terzo comma) ad un intervento attivo e costruttivo in materia di rapporti con le confessioni religiose. Un intervento attivo che, previo accordo con i referenti in questione, sia in grado di promuovere un regime giu-

(63) F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, 2^a ed., cit., p. 128.

ridico che risulti ottimale per l'esercizio della libertà religiosa, rispettando la specificità e le differenze tra le confessioni religiose. In un sistema politico — giuridico che si pretende democratico, l'assenza di costrizioni, la libertà di fronte allo Stato, e quindi, l'eguaglianza formale, pur essendone il fondamento ed il limite, non possono esaurire gli strumenti per regolare la complessità sociale, anche in tema di libertà religiosa: « Da una libertà come assenza di costrizioni, come facoltà, si è passati ad una libertà come potere, capacità di compiere, non più individuali, ma all'interno di una comunità nei cui confronti non è più sufficiente l'assenza di impedimenti, ma occorre un interessamento fattivo dello Stato ed una conseguente considerazione positiva del fattore religioso » (64).

Il sistema concordatario e delle intese dovrebbe costituire, pertanto, il dispositivo giuridico per ottimizzare libertà ed eguaglianza in accordo con le sempre specifiche esigenze delle singole confessioni. Come è noto, questa istanza è stata a lungo disattesa, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione: obiettivamente e per alcuni decenni, la Chiesa cattolica ha potuto godere, per soli motivi di opportunità politica, di un assai ampio ed esclusivo regime di favore determinato, soprattutto, dalla discriminazione che gravava sulle confessioni acattoliche a causa della legislazione restrittiva sui culti ammessi, rimasta pressoché bloccante sino alle sentenze della Corte costituzionale n. 45 del 1957 e n. 59 del 1958 (65). Inoltre, la previsione delle intese con le confessioni acattoliche è stata osservata solo di recente mediante l'attuata disciplina solenne tra lo Stato italiano e la Tavola valdese del 1984 (stipula del 21-2-1984 e approvazione della legge 21-8-1984 n. 449 emanata sulla base dell'intesa) (66).

Ma anche quello che si potrebbe definire interventismo dello Stato in materia religiosa incontra un limite ancora deducibile dal principio di eguaglianza. Lo Stato non può cioè intervenire sino al punto di pareggiare le condizioni materiali in base alle quali le confessioni agiscono la loro libertà.

(64) M. TEDESCHI, *La scienza del diritto ecclesiastico e le altre scienze giuridiche*, in Atti del Convegno di Napoli, 19-22 novembre 1986, cit. p. 23.

(65) Cfr. S. BERLINGO e G. CASUSCELLI, *Codice del diritto ecclesiastico*, 2^a ed., cit., pp. 419 e 421.

(66) Diffusamente su questo argomento S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, 3^a ed., cit., p. 363 ss.

Le confessioni sono, infatti, egualmente libere, ma nessuna disposizione costituzionale decreta che esse debbano essere eguali in ordine ai mezzi ed alle condizioni di cui dispongono per esercitare la libertà religiosa. Tale ipotesi è, inoltre, ostacolata dal dettato dell'art. 20, che vieta gravami fiscali o limitazioni legislative a carico di enti e organismi ecclesiastici e, quindi, vieta che, attraverso una azione dei pubblici poteri intesa a promuovere l'eguaglianza materiale attraverso una manovra redistributiva, si vengano a determinare altrettante ingiustificabili disparità. Più limitatamente, il compito dello Stato è allora quello di correggere singole situazioni di illegittimo privilegio, mediante un intervento mirato in direzione del complesso di situazioni e di diritti che, strumentalmente, sostengono e facilitano la libertà religiosa delle confessioni (67).

Dell'art. 19 si è già discusso a proposito del senso generale che assume la libertà religiosa nella Costituzione. Il disposto dell'art. 19 concerne l'ambito delle possibili manifestazioni individuali o associative della libertà religiosa e, rispetto alla legislazione precostituzionale, introduce una importante innovazione. La norma in questione prevede, infatti, come unico limite alle manifestazioni della libertà religiosa, che l'esercizio del culto non venga estrinsecato con riti « contrari al buon costume ». Ciò che viene espressamente disposto dalla suprema Corte — nel silenzio di prescrizioni contrarie — è perciò, unicamente, la possibilità di un intervento repressivo delle forze dell'ordine nel caso in questione, ma non un'azione preventiva che risulterebbe contrastante con la lettera della norma costituzionale. È in questo senso che la Corte è intervenuta per sanare situazioni di obiettiva e grave discriminazione a danno dei culti acattolici che la legislazione sui culti ammessi degli anni 1929-30 inibiva in ordine al diritto di riunone nonché alla libertà di culto in privato, in luogo aperto al pubblico ed in luogo pubblico, unitamente alle intense limitazioni e ai controlli in merito al diritto di propaganda e proselitismo, diritti e facoltà che la legislazione invece ampiamente riconosceva alla Chiesa cattolica (68). Oltre che dal-

(67) Quesiti e ragionamenti su questo punto, tutto connesso all'art. 20 della Costituzione, sono da ultimo sviluppati in G. VEGAS, *I profili tributari del nuovo Concordato*, in *Nuovi Accordi fra Stato e Confessioni religiose*, cit., p. 469 ss.

(68) Si tratta, come è noto, delle sentenze nn. 1 e 2 del 1956 sull'illegittimità dell'art. 113 T.U.P.S.; n. 126 del 1957 sull'incostituzionalità degli artt. 18, 25 e

l'art. 19 l'assoluta inammissibilità di controlli preventivi su manifestazioni verbali o scritte e stampate e sulle libertà di culto viene inoltre garantita dall'art. 8 e dall'art. 21 sulla libertà di pensiero e di espressione, rinforzata dalle disposizioni dell'art. 19 che pongono limiti esclusivamente ai riti religiosi.

Ed infine l'art. 20 che prescrive che: « Il carattere ecclesiastico ed il fine di religione e di culto di una associazione od istituzione non possono essere causa di speciali limitazioni legislative, né di speciali gravami fiscali per la sua costituzione, capacità giuridica ed ogni forma di attività ». Come si legge, la norma estende libertà ed eguaglianza agli enti esponenziali, alle associazioni ed istituzioni religiose aventi « carattere ecclesiastico o fine di religione e culto » e vieta che questi ultimi siano discriminati *in peius* nei confronti di soggetti giuridici analoghi sottoposti al diritto comune. A tal proposito, la Costituzione non indica un chiaro parametro di valutazione in base al quale sia possibile determinare il termine di paragone per il controllo di eventuali discriminazioni. Se, per certi aspetti, il paragone può essere istituito con gli enti pubblici, per altri, invece, — e cioè soprattutto in virtù del fatto che spesso gli enti sono espressione di confessioni religiose che sono anche degli ordinamenti primari — i penetranti controlli che la legge prescrive in merito all'attività degli enti pubblici risulterebbero discriminanti se applicati agli enti in questione.

Tale norma pare essere stata concepita come rafforzamento ed estensione dei principi di libertà ed eguaglianza religiosa alla luce, soprattutto, di precedenti politici e legislazioni ecclesiastiche (la legislazione eversiva del periodo liberale) che prevedevano pesanti interferenze e limitazioni in ordine alla attività e capacità giuridica degli enti e delle associazioni. La garanzia contenuta nella dispo-

27 T.U.P.S.; n. 59 del 1958 sull'art. 18 T.U.P.S.; n. 239 del 1984 sull'illegittimità dell'art. 4 r.d. 30 ottobre 1930 sulle Comunità israelitiche. Sull'argomento cfr. AA.VV., *Teoria e prassi della libertà religiosa*, cit.

Per una panoramica sull'argomento, che trascende le norme per affrontare la situazione in generale, si leggano i contributi di C. CARDIA, P. BELLINI, L. GUERZONI, S. LARICCIA, P. COLELLA e P. PICOZZA, in AA.VV., *Teoria e prassi delle libertà di religione*, Bologna, 1975 ma, con attenzione alle minoranze, soprattutto G. PEYROT, *Libertà e religione nelle Chiese evangeliche* e G. FUBINI, *Ebraismo italiano e problemi di libertà religiosa*, in *Teoria e prassi cit.*, p. 553 ss. e p. 673. ss.

zione costituzionale riguarda *tutte* le confessioni di cui tutela gli enti che abbiano ottenuto formale riconoscimento come enti ecclesiastici (69), le eventuali organizzazioni dissidenti o non riconosciute dalle confessioni, gli organismi aconfessionali e nulla dispone in contrario a che la norma possa essere estesa anche alle formazioni che svolgono propaganda ateistica.

La norma dichiara esplicitamente di tutelare anche gli organismi non riconosciuti formalmente come enti ecclesiastici, perché di essi garantisce la capacità giuridica che a sua volta sussume la possibilità di ottenere riconoscimento giuridico.

Anche in tema di amministrazione, la più recente legislazione ha inteso dare più completa efficacia al dettato dell'art. 20. L'Accordo del 18-2-1984 ha infatti mantenuto il solo controllo sugli acquisti degli enti ecclesiastici (art. 7, comma 5) realizzando così un più equo trattamento tra gli enti ecclesiastici e le persone giuridiche private. Verso gli enti ecclesiastici che avevano diritto al supplemento di congrua è poi venuto meno dal 1-1-1986 quel controllo governativo sugli atti eccedenti la ordinaria amministrazione

(69) Si tratta anche degli enti non cattolici, come si rileva anche dalla intesa con la Tavola Valdese. Infatti l'art. 12, primo comma della legge n. 449 del 1984, per quanto attiene il riconoscimento della personalità giuridica, richiede il carattere ecclesiastico e la presenza dei tre fini di culto, istruzione e beneficenza. Bisogna però dire che questa esigenza deriva dal fatto che gli enti operanti nell'ordinamento valdese presentano, per loro natura, insieme, i predetti tre fini e pertanto questa esigenza, custodita dal primo comma della citata legge, va interpretata con riferimento al terzo comma del medesimo articolo secondo il quale « le attività di istruzione e di beneficenza svolte dagli enti ecclesiastici sopra menzionati sono soggetti, nel rispetto dell'autonomia e dei fini degli enti che le svolgono, alle leggi dello Stato concernenti le stesse attività svolte da enti non ecclesiastici ». Val la pena di annotare che qualche problema potrebbe sorgere nell'ipotesi che lo Stato italiano non voglia più riconoscere per il futuro agli enti cattolici una possibilità di non confluenza dei fini di assistenza e beneficenza con quelli di culto, sotto il profilo della regolamentazione generale che li riguarda. E ciò perché, se tale ipotesi si verificasse, vi sarebbe una disparità di trattamento e una discrepanza tra gli enti cattolici e quelli valdesi. Il tema era già dibattuto prima del 1984 e riferimenti possono ricercarsi in G. CATALANO, *Sulla equiparazione agli effetti tributari "del fine di culto e di religione" con fini di "beneficenza e istruzione"*, in *Dir. eccl.*, 1952, I, p. 268; F. FINOCCHIARO, *Appunti in tema di enti confessionali e di costituzione democratica e autonomistica dello Stato*, in *Dir. eccl.*, 1981, I, p. 136; A. CONSOLI, *L'attività amministrativa della Chiesa nel diritto italiano*. cit., *passim*.

di cui si era occupata una puntuale dottrina (70) e che è ora esercitata dalle competenti autorità ecclesiastiche, ai sensi dell'art. 52 della legge 222 del 1985. Anche nei confronti dei culti acattolici, i controlli previsti dalla legge n. 1159 del 1929, art. 2, comma secondo e dal R.D. n. 289 del 1930 risultano ora illegittimi perché in contrasto con l'art. 20 della Costituzione dal momento che tali leggi dispongono ciò che, al contrario, non è ammesso in ordine alle associazioni riconosciute dal codice civile, ma solo in relazione alle attività degli enti pubblici. Ma qualora lo Stato intendesse modificare la legislazione in materia sarebbe obbligato a concordare nuove disposizioni con le confessioni interessate, il che è avvenuto con l'intesa con la Tavola valdese del 21 febbraio 1984, che rappresenta un momento significativo in questa fase in cui lo Stato mostra movimento e disinvoltura nei confronti delle confessioni, con uno stile non difforme da quello consacrato dal nuovo patto 1984 con la Chiesa romana.

In materia tributaria, la qualifica di ente ecclesiastico o di associazione avente fine di religione o di culto non diminuisce la capacità contributiva, come avverte l'art. 53 della Costituzione, essendo vietati speciali gravami fiscali e cioè un regime più gravoso ed oneroso rispetto a quello previsto per enti e persone giuridiche di altro genere (71).

Dunque l'ambito di operatività dello Stato per instaurare o favorire un regime di eguaglianza materiale in materia religiosa è abbastanza esiguo, come del resto confermano le già rammentate limitazioni espresse dall'art. 20. Le prescrizioni costituzionali che insistono sulla originarietà ed indipendenza delle confessioni vietano, infatti, un'azione di redistribuzione di risorse e di opportunità per pareggiare — allo stesso livello — le condizioni materiali delle confessioni stesse. La norma però non impedisce che — previa

(70) Cfr. F. E. ADAMI, *I controlli canonici e la loro rilevanza nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. eccl.*, 1973, I, p. 3 ss.; *Id.*, *Controlli statuali sugli enti ecclesiastici: vigilanza o tutela?*, in *AA.VV.*, *Studi in memoria di G. D'Amelio*, Milano 1978, II, p. 1 ss.; G. MOLTENI MASTAI FERRETTI, *L'amministrazione dei benefici ecclesiastici*, cit., p. 301 ss. dove si legge un'importante tentativo di distinzione tra l'ordinaria e la straordinaria amministrazione (p. 324 ss.).

(71) Cfr. F. FINOCCHIARO, *Gli enti ecclesiastici e l'Accordo del 18-2-1984 tra Stato e Chiesa*, in *AA.VV.*, *Il nuovo Accordo tra Italia e S. Sede*, *Atti del Convegno di Bari*, Milano 1987, p. 169 ss.; T. MAURO, *La disciplina giuridica delle attività degli enti ecclesiastici nel nuovo sistema dei rapporti tra Stato e Chiesa*, ivi p. 182 e ss.

legge esecutiva di un accordo con la Santa Sede o di intese con le confessioni acattoliche — le autorità religiose possano esercitare l'eguale diritto di conseguire contributi finanziari da appartenenti e fedeli. In tal senso, appare pienamente coerente con le disposizioni dell'art. 20 il nuovo sistema di finanziamento della Chiesa cattolica che acquisterà pieno regime a partire dal 1-1-1990 (art. 46 e 47 leggi 206, 222 del 1985). Altrettanto in linea con l'art. 20 risultano, poi, i disposti dettati dal R.D. 30 ottobre 1930 n. 1731 sulle Comunità israelitiche e sulla Unione delle Comunità medesime e dal R.D. 19 ottobre 1931 n. 1561 sul diritto delle Comunità ebraiche di riscuotere tributi per il sostegno delle attività delle Comunità stesse. Si tratta di un contributo commisurato al reddito dei contribuenti e che si configura come volontario, perché condizionato dalla volontaria appartenenza alla comunità (72).

Se allo Stato è quindi inibito un intervento generalizzato ed unilaterale volto alla redistribuzione di risorse e di condizioni materiali per l'esercizio delle libertà religiose, appare invece del tutto legittima e necessaria una prassi correttiva di singole situazioni in merito alle quali è ravvisabile una ingiustificata disparità. Schematicamente, queste ultime possono essere così articolate:

- 1) la libertà e l'eguaglianza religiosa nell'ambito dei rapporti familiari;
- 2) la libertà e l'eguaglianza religiosa nei rapporti di lavoro e nel pubblico impiego;
- 3) la libertà di coscienza e l'ateismo;
- 4) la professione di fede, intesa sia come diritto di appartenenza e di rescissione, sia come divieto di imporre in modo ingiustificato ed arbitrario dichiarazioni in merito alla fede professata;
- 5) la libertà e l'eguaglianza dei singoli e delle confessioni religiose nella fruizione e nell'esercizio dell'assistenza religiosa;
- 6) la professione di fede e l'istruzione religiosa;
- 7) la professione di fede e il giuramento nel processo;

(72) La Corte costituzionale, con la sentenza 239/1984, (relatore l'ecclesiasticista DE STEFANO) ha dichiarato — in nome dei principi di libertà ed eguaglianza religiosa — l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del R.D. del 30-10-1930 sull'appartenenza di diritto di tutti gli israeliti alle Comunità Israelitiche (cfr. S. BERLINGÒ e G. CASUSCELLI, *Codice del diritto ecclesiastico*, cit., p. 472).

- 8) la professione di fede e l'obiezione di coscienza;
- 9) l'esercizio pubblico del culto e l'apertura di templi ed oratori;
- 10) i riti ed il limite del buon costume;
- 11) le associazioni a carattere religioso e culturale;
- 12) la discussione in materia religiosa di propaganda e proselitismo;
- 13) il governo e poteri delle confessioni;
- 14) la libertà religiosa e tutela del sentimento religioso (73).

È piuttosto evidente che ognuno di questi argomenti e « capitoli » della libertà religiosa sarebbe degno di analisi e discussione, perché ognuno di essi presuppone e implica l'incidenza dei vari significati del principio di eguaglianza. Ogni singola facoltà e manifestazione della libertà religiosa che, in sintonia con la crescente complessità sociale, tende di continuo a mutare termini e condizioni della propria effettività, propone nuovi problemi al principio di eguaglianza il quale, proprio per siffatta ragione — come già ho sottolineato — risulta il principio costituzionale che, forse più di ogni altro, deve sostenere l'ingente accumulo di problemi e la pressione alimentata dalle emergenze inevitabilmente connesse al caotico sviluppo dei sistemi sociali, e all'inarrestabile e diffusa domanda di sempre nuovi diritti, più articolati e forse più sofisticati. Tutti — dalle forze politiche, alle massime autorità dello Stato, dalle confessioni religiose, ai grandi apparati della pubblica informazione — invocano l'eguaglianza e ne ribadiscono l'irrinunciabilità. E tuttavia, anche alla luce delle recenti ed importanti svolte nella politica ecclesiastica dello Stato (Accordo con la Chiesa Cattolica del 18-2-1984; Intesa

(73) Il sentimento religioso non è una astratta categoria ma una realtà giuridicamente afferrabile e rilevante. Esso non consiste in sensazioni alle quali assicurare libertà ma consiste in una serie di realizzazioni del singolo, solo o associato, il quale, muovendosi a suo agio nell'utilizzo dei vari diritti costituzionalmente sanciti, non solo esercita diritti e margini di libertà a lui riconosciute ma afferma liberamente « la propria personalità » cfr. C. MAGNI, *Teoria del diritto ecclesiastico civile*, 2^a ed., I, *I fondamenti*, Padova 1952, p. 92; A. C. JEMOLO, *Le libertà garantite dagli artt. 7, 19 e 21 della Costituzione*, in *Dir. eccl.*, 1952, I, p. 393; G. LEZIROLI, *Aspetti della libertà religiosa nel quadro dell'attuale sistema di relazione tra Stato e confessioni religiose*, Milano 1977, *passim*; nonché G. DALLA TORRE, *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano. Aspetti dogmatici e spunti ricostruttivi*, Milano 1979, p. 120 ss.

con la Tavola Valdese del 21-2-1984) è sotto gli occhi di tutti quanto sia sempre più arduo mediare tra le istanze di libertà — vecchie e nuove — e l'ottimizzazione delle condizioni per una effettiva eguaglianza. Lo testimoniano, mi pare, i dibattiti in dottrina e giurisprudenza e le polemiche politiche ancora in corso, in ordine a due cruciali argomenti che il recente Accordo con la Chiesa cattolica aveva inteso riordinare definitivamente. Intendo riferirmi alle materie matrimoniali (art. 8) e, in particolare, alla questione del mantenimento della riserva di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici ed all'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche di ogni ordine e grado (art. 9) e, in particolare, alla nuova definizione — se facoltativa o opzionale — di tale insegnamento. I due temi, sempre particolarmente urgenti per la coscienza dei cattolici, coinvolgono direttamente il principio di eguaglianza (74).

In ordine al primo argomento vi è innanzi tutto da osservare che — in merito — tra i due ordinamenti vi è un chiaro e « naturale » *deficit* di eguaglianza dato che la Chiesa — in virtù del principio canonico di indissolubilità del vincolo matrimoniale — non riconosce le sentenze di divorzio pronunciate dai tribunali civili. Questi ultimi, al contrario, a partire dal Concordato del 1929 hanno generalmente recepito, con procedure pressoché automatiche ed ufficiose, le sentenze ecclesiastiche di nullità e le pronuncie *super rato*. Nell'art. 8, terzo comma del nuovo Accordo 1984, lo Stato si riserva ora di sottoporre tali sentenze ad un giudizio di delibazione per molti versi simile a quello vigente in ordine alle sentenze di Stati stranieri. Le sentenze canoniche devono ora risultare coerenti con

(74) Impossibile citare tutti gli interventi su questi due argomenti anche perché allacciano anche i mass-media, dalla stampa (ricordo ad esempio S. GHERRO, *Convivenza coniugale. Ma dove finisce il Concordato*, in *Corriere della Sera*, giovedì 28 aprile 1988 e i numerosi tempestivi articoli di F. MARGIOTTA BROGLIO) alla televisione (ricordo l'intervista del sen. ACQUAVIVA al TG 2 del 10 febbraio 1989 a proposito del « Concordato 1984 » che sarebbe accordo aperto, accordo di movimento).

Una apertura ufficiale del dibattito dottrinario si è avuta con i contributi di L. DE LUCA, *Il riconoscimento del matrimonio canonico*, in AA.VV., *Nuovi accordi fra Stato e confessioni religiose*, cit., p. 181 ss.; S. GHERRO, « *Accordo di modificazioni del Concordato Lateranense* » e *giurisdizione dei tribunali Ecclesiastici*, ibidem, p. 213 ss.; G. MANTUANO, « *Ordine proprio* » della Chiesa e *delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, ibidem, p. 333 ss.; E. VITALI, *Prime considerazioni sull'art. 8 del nuovo Concordato: la trascrizione del matrimonio*, ibidem, p. 143 ss.

i principi supremi dell'ordinamento costituzionale e con l'ordine pubblico italiano (*ex* articoli 796 e 797 c.p.c. come prescrive il n. 4 del Protocollo addizionale all'Accordo del 18-2-1984) e come ha più volte solennemente ricordato la giurisprudenza statuale (75).

Da parte cattolica si è rilevato che, per salvaguardare il principio di eguaglianza nel senso di un accostamento tra ordinamento canonico ed ordinamenti stranieri, è stata invece creata una grave discriminazione, in quanto, data la sua assoluta specificità (ribadita, del resto, dall'art. 8 e dal n. 4 del Protocollo addizionale, lettera b), il diritto canonico non può essere considerato alla stregua di nessun altro ordinamento giuridico civile.

Da parte laica si è poi sostenuto che la nuova normativa ha inteso dare più incisivo valore ai principi di libertà ed eguaglianza consentendo al coniuge che lo ritenga opportuno, e che comunque persegue un risultato concreto di frattura, di sottrarre il matrimonio alle norme del diritto canonico e di rivolgersi al giudice dello Stato per aprire una causa di divorzio (Cfr. art. 8. 2 Accordo 18-2-1984). In tal senso, lo Stato ha inteso garantire il principio di eguaglianza non solo per ciò che concerne l'efficacia civile degli effetti matrimoniali, ma anche in ordine alla contestazione della validità del vincolo.

Anche così, tuttavia, a prescindere da considerazioni meramente di fede e di coscienza personale, l'obiettiva diversità tra i due ordinamenti non consente di ritenere eguali le rispettive forme di contestazione della validità del matrimonio. Nel caso del diritto canonico, infatti, salva l'ipotesi di scioglimento *super rato* in presenza di una *iuxta causa*, si tende ad approdare a un annullamento i cui effetti agiscono *ex tunc* e cioè dal momento della celebrazione. In diritto civile, al contrario, e cioè presupponendo la validità della volontà — la cui contestazione è, invece, a fondamento del senso canonico della nullità del vincolo — e degli effetti civili della trascrizione, quando non si chiede la nullità e si persegue un intento e uno scopo solo concreto e stabile per i coniugi, si mira allo scioglimento del matrimonio che ha effetto *ex nunc* e cioè dal momento della pronuncia della sentenza di divorzio. Anche da queste brevi e sommarie

(75) I richiami giurisprudenziali a questa unificazione tra sentenze straniere e sentenze ecclesiastiche, sotto il profilo della delibazione, vanno soprattutto identificati nelle sentenze della Corte Costituzionale n. 30 del 1971; n. 175 del 1973 e quella famosissima n. 18 del 1982.

note si può perciò notare che tutta la materia — complessa ed estremamente articolata — mette in gioco di continuo il principio di eguaglianza a tutti i suoi livelli (formale, complessa, tra ordinamenti, tra individui) (76).

Ulteriori problemi connessi con il principio di eguaglianza sorgono in ordine alla nuova normativa sull'insegnamento della religione cattolica nelle scuole statali di ogni ordine e grado. Il dettato dell'art. 9 dell'Accordo 1984 tra Stato e Chiesa prescrive che lo Stato « continuerà ad assicurare ... l'insegnamento della religione cattolica » in quanto i principi di quest'ultima « fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano ». Tale insegnamento, però, non può più essere considerato come obbligatorio, di conseguenza lo studente o chi ne fa le veci può chiedere, all'inizio di ogni anno scolastico, di non avvalersi dell'insegnamento della religione, esercitando in tal modo un innegabile diritto di libertà oltre che di eguaglianza. Ma non è chiaro se l'espressione secondo la quale lo Stato « continuerà ad assicurare l'insegnamento della religione cattolica » sia sufficiente per affermare che tale insegnamento è diventato facoltativo. La Chiesa e gran parte del mondo cattolico lo negano decisamente, sostenendo che quella espressione legittima l'insegnamento della religione come componente cruciale del sistema degli insegnamenti curricolari. Inoltre si è anche giunti ad affermare che ogni impostazione riduttiva dell'insegnamento della religione, o meglio della diffusione del cattolicesimo anche nelle scuole, va considerata come una mortificazione della cultura cattolica, del patrimonio sto-

(76) Desidero ribadire che il discorso appena da me proposto non intende confondere il caso di nullità e quello di scioglimento del matrimonio che sono noti sia al diritto canonico che a quello civile, ma intende sottolineare come, nella realtà corrente, i coniugi, decisi a rompere il loro rapporto, prediligano, sia pure in modi affrettati e per ragioni di comodo che non si preoccupano tanto dei profili cristiani, il ricorso civile al tribunale per ottenere un divorzio a sanzione della volontà di finire un matrimonio. Solo i più osservanti, talora trascurando qualsiasi ricorso al tribunale dello Stato, ancora si rivolgono direttamente al tribunale ecclesiastico per ottenere una vera sentenza di annullamento.

Pertanto le mie osservazioni sono dettate principalmente dalla constatazione dei costumi diffusi nella società civile e non vogliono minimizzare, sul piano strettamente giuridico, la nullità del matrimonio civile a favore del divorzio ovvero la basilare diversità intercorrente tra la nullità e lo scioglimento del vincolo in entrambi gli ordinamenti.

rico del popolo italiano e quindi va considerata una violazione dell'Accordo del 18 febbraio 1984 (77).

Possibili discriminazioni potrebbero quindi sorgere a proposito di aspetti e passaggi solo in apparenza tecnici per la sistemazione pratica della materia, a cominciare dalla collocazione oraria, dalle attività alternative per chi abbia deciso di non avvalersi dell'insegnamento in questione, dalla loro facoltatività o obbligatorietà, nonché conseguente diverso orario scolastico per chi abbia deciso di seguire o meno l'ora di religione. Problemi, come si vede, che impongono una costante verifica della volontà di collaborazione tra due partners che vogliono il bene del Paese e l'eguaglianza delle persone. Problemi che non possono responsabilmente essere elusi da strategie statuali rispettose della realtà e della dinamica culturale, oltre che delle regole pattizie e internazionalistiche, e che non possono essere distorte da quelle « forze culturali e politiche » che, pur avendo il gusto di perniciose polemiche « avevano insistito sul diritto alla non discriminazione, quale garanzia di libertà democratica ». (78).

(77) Assertore tenace di una difesa ad oltranza della cultura cattolica come dato fondamentale non solo della realtà storica, poiché il cattolicesimo è non una cultura dello Stato, ma anche dello spirito e della lettera dell'accordo tra Stato e Santa Sede del 1984, G. MOLTENI MASTAI FERRETTI, *Stato etico e concordato socialista*, cit., p. 384 prevede spazi importanti per il futuro della Chiesa: « Il riconoscimento della religione cattolica nel senso che i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico italiano, comporta la garanzia per la Chiesa di Roma di una smisurata *chance* alla espansione culturale del suo credo che non si vede come non possa tradursi inevitabilmente in espansione anche extra-culturale se è vero che l'abilità della parola supera il diritto alla parola ».

(78) L'organo ufficiale della Santa Sede, commentando i sessant'anni dei Patti Lateranensi, così si esprime con evidente intenzione di richiamo e ammonimento verso la società civile che i Patti, come la loro modifica del 1984, ha liberamente e consapevolmente sottoscritto: *Undici febbraio*, in *L'Osservatore Romano*, sabato 11 febbraio 1989.

ALESSANDRO PANDOLFI

LIBERTÀ RELIGIOSA ED ORIGINI
DELLO JUS CIRCA SACRA:
MOMENTI DI CRITICA SPINOZIANA *

* (Contributo destinato ad una più ampia ricerca per la collana sui classici della libertà religiosa diretta dal Prof. Mario Tedeschi, ordinario di Diritto Ecclesiastico nella Università di Napoli).

SOMMARIO: 1. Dai contemporanei all'Illuminismo. — 2. Dall'Illuminismo al Novecento. — 3. Spinoza nel Novecento. — 4. Conclusioni.

Scrivere o riscrivere una storia della critica spinoziana o, più modestamente, ricostruire anche solo una parte delle molte e complesse vicende legate alla storia della recezione del pensiero di Spinoza è opera pressoché impraticabile. La massa del materiale da padroneggiare, ricomporre ed interpretare è infatti tale che — pur limitando la ricerca agli ambiti del pensiero religioso e politico-giuridico — essa risulta comunque sproporzionata. Si potrebbe infatti sostenere, senza pericolo di cadere in esagerazioni, che l'influsso di Spinoza sulla cultura moderna coincide, per molti aspetti, con la costituzione ed il procedere — straordinariamente complessi — di questa stessa cultura, che abbraccia eccezionali temi di filosofia religiosa e politica, da cui scaturiscono l'affermazione spinoziana della libertà religiosa e la soluzione alle questioni teologico-politiche connesse allo *Jus circa sacra* e, più in generale, ai rapporti tra politica e religione.

1. *Dai contemporanei all'Illuminismo.*

Facendo nostra una considerazione di E. Giancotti Boscherini, si potrebbe affermare che la storia della recezione del pensiero di Spinoza può essere articolata in tre distinte fasi: « (...) una prima di rigetto quasi passionale, una seconda di accettazione entusiasta ed infine una terza di considerazione distaccata della teoria » (1).

Questa schematizzazione non deve tuttavia far dimenticare che, in ogni singola fase, gli atteggiamenti di accettazione o di rifiuto si confondono continuamente. Anche nei momenti apparentemente più

(1) E. GIANCOTTI BOSCHERINI, *Spinoza e lo Spinozismo*, Roma, 1985, p. 82. Il più agile ed utile strumento bibliografico ci è parso J. PRÉPOSIET, *Bibliographie spinoziste*, Paris, 1973.

« distaccati », il pensiero di Spinoza conserva il potere di mobilitare « passioni » ed intorno ad esso si articola una ingente varietà di reazioni. Ben difficilmente, in ogni epoca o ambiente, si è rimasti indifferenti di fronte al pensiero dell'ebreo portoghese.

Con una certa fondatezza si potrebbe però sostenere che una considerazione relativamente più matura e più libera da persistenti luoghi comuni, pregiudizi, avversioni o idolatrie — tutti consacrati da una vera e propria tradizione — si è manifestata allorché l'opera di Spinoza è stata letta e studiata nella sua integrità e cioè solo a partire dalla seconda metà del XIX secolo. Per questo, ci si è più diffusamente ed analiticamente soffermati sulla letteratura critica e sul dibattito, svoltosi tra il XIX e soprattutto il XX secolo, epoca di una grande rinascita di studi ed interpretazioni spinoziane.

L'opera di Spinoza turba, attrae, sconcerta e suscita moti di indignazione e di rigetto — al limite dell'isteria — già nell'epoca della sua prima diffusione (2). La pubblicazione del *Trattato teologico-politico* e la circolazione orale delle idee attribuite al filosofo, ora fedelmente diffuse, ora deformate con intenzioni apertamente calunniose, stimola immediatamente le discussioni nei principali ambienti religiosi, filosofici e scientifici d'Europa. In tal senso, l'*Epistolario* costituisce il primo grande documento dell'« effetto Spinoza » sui contemporanei. In particolare, la corrispondenza con il De Blyenberg e con il Verthuysen offre già un'idea del senso di smarrimento e di vera e propria rivolta che le idee di Spinoza immediatamente suscitarono. Velthuysen sostiene che Spinoza (...) si è spogliato di ogni religione. Per lo meno non si eleva al di sopra della religione dei deisti » (3). È un ateo dichiarato, sottomette ogni cosa ad un fato ineluttabile, vanifica i principi morali e distrugge la libertà (4). Nega la divinità della Scrittura e la riduce ad opinione umana, sostiene che la religione ha un valore esclusivamente morale ed è priva di autorità veritativa. Ma, soprattutto, la subordina alla volontà delle pubbliche autorità:

(2) Cfr. i classici, J. FREUDENTHAL, *Spinoza. Leben und Lehre*, Heidelberg, 1927; St. Dunin Borkowski, *Spinoza*, 4 voll., Munster, 1933-1936; M. FRANCÉS, *Spinoza dans les pays néerlandais dans la seconde moitié du XVII siècle*, Paris 1937; P. DI VONA, *Baruch Spinoza*, Firenze 1975.

(3) SPINOZA, *Epistolario*, tr. it., Torino 1974², p. 198.

(4) Così Verthuysen. « ... qual premio o qual pena ci si può attendere quando tutto si attribuisce al fato e si afferma che tutto emana da Dio con ineluttabile necessità, anzi, quando si dichiara che tutto questo universo è Dio? » *Ivi*, p. 199.

« Egli vuole, cioè, informare la mente dei magistrati e di tutti gli uomini al principio secondo cui compete al potere civile il diritto di costituire il culto divino da praticarsi pubblicamente nello Stato » (5). Preoccupazione del magistrato deve quindi unicamente essere quella « (...) di aver cura che nello Stato siano osservate la giustizia e l'onestà, mentre costituisce soltanto la minima parte del suo dovere il cercare quale forma di culto e di dottrina sia pure conforme alla verità » (6).

Spinoza è colpevole di aver snaturato la fede, riducendola ad una sorta di morale personale, morale che in realtà è totalmente subordinata alla sfera di influenza del diritto civile. Dato — infatti — che il carattere delle virtù morali: « (...) in quanto sono praticate socialmente e con atti esterni, è tale per cui nessuno può esercitarle secondo l'arbitrio del proprio giudizio privato, ma il loro culto, il loro esercizio e la loro modalità dipendono dall'autorità e dal potere del magistrato » (7).

La libertà religiosa, che Spinoza proclama con tanta enfasi, in realtà — e cioè se iscritta entro la globalità delle argomentazioni politiche e giuridiche — si rivela come puramente apparente.

Conclusione: Spinoza distrugge alla base ogni religione e « pro-nuove nascostamente l'ateismo ». Sono affermazioni queste che ricorrono innumerevoli volte nella storia dello spinozismo e non sono certamente tra le più violente. Anzi, malgrado le obiezioni ed i dubbi espressi da Spinoza nella sua prima risposta, Verthuysen mostra di essere giunto ad un buon livello di comprensione, almeno delle linee fondamentali della filosofia religiosa e politica del filosofo, un livello di comprensione che non sempre verrà eguagliato in futuro da interpreti più noti e, sulla carta, più accreditati.

Il tono si infiamma sino all'isterismo nelle lettere di Burgh e Stensen (9). Il giovane Burgh, convertitosi dal calvinismo al cattolicesimo, subordina tutta la sua caustica e caratteristica offensiva invettiva nei confronti di Spinoza ad un'intenzione persecutoria tipica di

(5) *Ivi*, p. 204.

(6) *Ivi*, p. 207.

(7) *Ivi*, p. 207. Una critica assai simile è stata recentemente formulata da C. Calvetti Gallicet che in: *Spinoza ed i presupposti teoretici dell'irenismo etico*, Milano 1968, riprende ed approfondisce i motivi della critica di Verthuysen.

(8) SPINOZA, *Epistolario*, cit., *Epistola XLIII*, pp. 211 s.

(9) *Ivi*, *Epistole LXVII e LXVII bis*.

gran parte della mentalità e della prassi cattolica controriformista (10). Spinoza è posseduto dal demonio, è il principe degli eretici, pretende inopinatamente di essere più saggio: « (...) di tutti coloro che dall'inizio del mondo vissero nella Chiesa di Dio ... » (*Ivi*, p. 265). Seguono alcuni argomenti a sostegno dell'autorità della Chiesa e dei suoi pastori (*Ivi*, pp. 269-271) ed infine, l'ingiunzione minacciosa al ravvedimento ed all'umile rientro nella fila della Chiesa di Dio.

Le argomentazioni di Stensen, appena più moderate, si aprono con una considerazione sull'egemonia dello Stato sulla religione: « Nel libro di cui ho sentito dire e di cui io stesso sospetto, per vari motivi, che siate voi l'autore, noto che voi riferite ogni cosa alla sicurezza pubblica ... » (*Ivi*, p. 275); segue la rivendicazione del primato della Chiesa, unica e vera fonte di sicurezza e della assoluta fondatezza ed indiscutibilità dell'autorità del Papa (*Ivi*, p. 238) solo custode è difensore della rivelazione. Infine, dopo aver accusato la metafisica di Spinoza di non essere altro che mero materialismo, proclama la superiorità della fede nei confronti della certezza dimostrativa (*Ivi*, pp. 280-281).

Con l'*Epistolario* si apre, quindi, quella che uno studioso contemporaneo ha definito la *grande querelle* sullo spinozismo (11). In tal senso, le critiche e le obiezioni espresse dai contemporanei non possiedono solo un valore episodico, bensì — in un certo — stabiliscono paradigmaticamente un repertorio critico che resterà pressoché immutato per più di un secolo (12).

In particolare, è soprattutto intorno al *Trattato teologico-politico* che convergono discussioni e critiche. L'impressione doveva essere quella di trovarsi di fronte al un pensiero inaudito, ad un

(10) Bisogna ricordare che in Olanda il culto cattolico era severamente vietato. Cattolico era sinonimo di papista, cioè alleato della Spagna e cioè ancora, traditore. Cfr. per la situazione religiosa nell'Olanda repubblicana del XVII secolo cfr. il notevole lavoro di L. KOLAKOWSKY, *Chrétiens sans Eglise. La conscience religieuse et le lien confessionnel au XVII siècle*, Paris 1969.

(11) L'espressione è di P. VERNIÈRE, *Spinoza et la pensée française avant la Révolution*, 2 voll., Paris 1954.

(12) Così scrive P. di Vona: « Prima che Spinoza pubblicasse il T.T.P. e l'*Ethica*, i principali sospetti e le principali accuse da cui sarà colpita la sua speculazione sono già stati formulati con chiarezza nella cerchia dei suoi corrispondenti: la filosofia di Spinoza assimila Dio alle creature, porta alla negazione dell'esistenza e della Provvidenza di Dio, distrugge il fondamento della morale, nega valore alla rivelazione, esclude la sopravvivenza ultraterrena, *cit.*, p. 36.

attacco alla religione e quindi all'ordine gerarchico e politico di proporzioni e di radicalità mai riscontrate in precedenza. Spinoza oltrepassa in empietà ed in sovversione persino le posizioni dei libertini più spregiudicati. È soprattutto l'ordine sociale e politico che, con la critica alle religioni istituzionali, viene messo prepotentemente in discussione, come ha fatto notare C. Signorile: « La società europea del seicento ha ancora nella visione religiosa del mondo l'ordine dei valori prevalente, presente in ogni attività dell'uomo e tale da dare senso e dignità all'ordinamento sociale (...) Analizzarla nei suoi fondamenti, sottoporre i suoi valori alla critica della ragione, vuol scardinare l'ordine esistente, negare la società stessa e quindi Dio. L'accusa di ateismo è, nel linguaggio politico del tempo, la forma che assume l'intervento repressivo contro forme di pensiero e movimenti religiosi che, ponendosi al di fuori della Chiesa ufficiale, si caratterizzano in senso rivoluzionario o comunque contestativo della società esistente » (13).

Alle soglie del XVIII secolo, il mito di Spinoza, l'« ateo virtuoso », come lo dipingerà Bayle (14), circolava già ampiamente negli ambienti religiosi ed intellettuali d'Europa. Fu infatti sin da subito chiara l'enormità delle tesi spinoziane e, malgrado i tentativi di ricondurre le opinioni del filosofo nell'ambito della complessa famiglia degli eretici, gli spiriti più attenti e relativamente più liberi si resero conto dell'irriducibilità della filosofia spinoziana a qualsiasi facile classificazione. Spinoza non ha precursori. Non vi sono infatti precedenti a cui la critica biblica e religiosa possa essere riallacciata.

Spinoza nega i miracoli e che la Scrittura sia direttamente ispirata da Dio, contesta la divinità del Cristo ed ogni autorità in materia dottrinale. Subordina il culto alle autorità civili e riduce la religione a strumento dell'obbedienza nei confronti dello Stato. Identificando Dio e Natura formula il materialismo più empio e spregiudicato che sia mai stato concepito: questi i capi di accusa più frequenti e comuni. E tuttavia ben pochi cercarono di andare al di là della reazione emotiva. Quasi nessuno si rese conto, ad esempio, che la metodologia adottata nel *Trattato teologico-politico* rappresentava un'innovazione teoretica fondamentale — e non solo per quanto

(13) C. SIGNORILE, *Politica e ragione 1. Spinoza ed il primato della politica*, Padova 1968, p. 22.

(14) P. BAYLE, *Dictionnaire historique critique*, 1697; tr. it. Torino 1958.

concerne l'interpretazione della Scrittura —, con la quale Spinoza superava definitivamente l'impianto tradizionale della critica scettica e libertina.

Ridurre la religione a semplice « inganno » significa, per Spinoza, misconoscere il ruolo eccezionale che essa ha avuto nella costituzione della civiltà umana. La religione è, in altri termini, qualcosa di molto più corposo e complesso di una cinica menzogna ad uso e consumo delle caste sacerdotali. Essa è potere costitutivo della comunità etico-sociale — e come nel caso del popolo ebraico — dell'autorità politica. Ed è, soprattutto, paradigma del senso dei costumi collettivi e forma entro la quale avviene la configurazione dell'identità dei popoli. Ma tutto ciò resta a lungo nell'ombra: « (...) non era ancora venuto il tempo per comprendere Spinoza: egli resta isolato o confuso con una folla di libertini » (15).

Tutta l'ortodossia, cattolica, e riformata, è contro Spinoza. Tranne i circoli e le sette che in Olanda erano schierate al di fuori di ogni gerarchia e con le quale Spinoza aveva avuto continui confronti, il filosofo non viene compreso da nessuno. E, fatta parziale eccezione per Leibniz (che, ad un momento, verrà accostato e persino subordinato a Spinoza), la filosofia moderna è attestata su posizioni diametralmente opposte (16). Pur nelle fortissime varianti e differenze che caratterizzano ogni singolo autore, la linea dominante della filosofia del secolo è la linea della conciliazione e della mediazione. E benché fosse spesso accostato a Cartesio, coinvolgendo così nelle polemiche tutta la scuola cartesiana tra la fine del XVII e gli inizi del XVIII secolo, il pensiero di Spinoza è su tutti i fronti alternativo alle tendenze maggioritarie della filosofia moderna che, bene o male, resta *philosophia christiana*.

Ma è soprattutto ad un articolo di Bayle composto per il *Dictionnaire critique* che va attribuito il merito e il demerito di aver diffuso

(15) P. VERNIERE, *op. cit.*, p. 206.

(16) Così Leibniz in una lettera del 1683: « Per quanto riguarda Spinoza che Arnauld definisce l'uomo più empio e pericoloso di questo secolo, egli era veramente ateo e cioè non ammetterà l'esistenza di una Provvidenza dispensatrice di beni e di mali secondo giustizia e credeva di averne dato dimostrazione; il Dio di cui egli fa sfoggio non è come il nostro, non ha né intelletto né volontà ». G. W. LEIBNIZ, *Philosophische Briefwechsel*, p. 535, citato da E. GIANCOTTI BOSCHERINI, *cit.*, p. 97. Sul rapporto Leibniz-Spinoza cfr. un altro testo ormai « classico »: G. FRIEDMANN, *Leibniz et Spinoza*, Paris 1964.

della figura e del pensiero di Spinoza un quadro a cui — fino alla *Spinoza Reanaissance* alle soglie dell'età romantica — tutti attingeranno a piene mani (17). Per Bayle, Spinoza fu il più virtuoso tra tutti gli atei ed il tratto saliente del suo pensiero consiste nella irricomponibile dissociazione tra morale e religione. Spinoza ha, in altri termini, mostrato la compostibilità tra una morale fondata esclusivamente su criteri razionali ed una dottrina metafisica « mostruosa » che sovverte sia i principi della ragione comune che i fondamenti della religione: « Egli fu un ateo sistematico secondo un metodo tutto nuovo, quantunque i fondamenti della sua dottrina siano comuni a quelli di molti altri filosofi antichi e moderni, sia europei che orientali » (18). Spinoza avrebbe dunque adattato un enorme materiale filosofico ad un unico scopo: negare l'esistenza del Dio-persona, creatore ed architetto della struttura metafisica del mondo e fondamento dell'ordine morale della vita. Il Dio spinoziano è una mostruosità, identificandosi con l'estensione materiale esso dà luogo ad aporie conturbanti, ma soprattutto risulta un abominio la tesi della identità tra Dio e mondo che porta la molteplicità nel cuore del divino rendendolo un che di « composto » dall'infinità di accadimenti e di idee da cui è costituito l'infinito. In tal senso, Dio diviene: « l'agente e il paziente di tutti i delitti e di tutte le miserie degli uomini. Che gli uomini si odino l'un l'altro, che si riuniscano in un esercito per uccidersi a vicenda, che i vincitori mangino talvolta i vinti: si capisce perché si suppone che essi siano distinti gli uni dagli altri e che il tuo ed il mio suscitino in loro delle passioni contrarie; ma che gli uomini, pur non essendo altro che modificazioni di un medesimo ente (...) si facciano delle guerre e si diano battaglia, tutto questo sorpassa le mostruosità ed i vaneggiamenti chimerici delle teste più folli che siano mai state rinchiusse in un manicomio » (19).

Benedictus-Maledictus: Spinoza viene così ibernato in una immagine per lungo tempo canonica. Responsabile di una filosofia aber-

(17) Come osserva ancora E. Giancotti: « La contrapposizione tra una vita esemplare ed una dottrina perversa è lo scopo egregiamente raggiunto dall'articolo di Bayle. Le sue argomentazioni, tese a dimostrare l'infondatezza del « primo principio » della dottrina spinoziana, fecero scuola per circa un secolo » *cit.*, p. 99.

(18) P. BAYLE, *cit. tr. cit.*, p. 12.

(19) *Ivi*, p. 90.

rante, che rende insopportabile ed assurda la vita. Il bene ed il male — e con essi tutti gli altri valori — scompaiono negli abissi dell'unica sostanza.

L'intervento di Bayle funge da cassa di risonanza di ciò che poteva essere immediatamente o indirettamente conosciuto del pensiero di Spinoza e contribuisce a moltiplicare le polemiche. E tuttavia, la *querelle* — invece di contribuire ad un chiarimento — continuò ad oscurare, spesso gravemente, la filosofia spinoziana. Respinto dalle ortodossie, confutato dai filosofi, giudicato ora come l'ultimo dei libertini « classici », ora come il primo dei deisti « moderni », Spinoza viene continuamente sottoposto ad operazioni spesso profondamente estranee allo spirito ed all'autenticità del suo pensiero (20).

Personaggi come Richard Simon, Lamy, Fenelon, Bossuet costituiscono, in Francia, l'avanguardia dell'apologetica cattolica contro Spinoza (21). Elemento continuamente ricorrente nelle critiche, nei libelli e nelle confutazioni è sempre il medesimo: Spinoza è ateo, distrugge morale e religione; corruttore e padre dei deisti, la sua dottrina mina alle radici l'ordine politico-sociale ed i principi tradizionali del costume. Tutti prendono le distanze dall'« ebreo ateo e virtuoso », ma soprattutto coloro che, per le idee e per i metodi adottati nell'esegesi scritturale, nella metafisica e nella filosofia della religione, potevano esporsi ad un accostamento quanto mai rischioso. È il caso di Richard Simon, la cui esegesi biblica è inconcepibile senza l'assimilazione o almeno la lettura del *Trattato teologico-politico*. In odore di eresia e più volte ammonito dalle gerarchie, in particolare da Bossuet, Simon non tarda a prendere ampiamente le distanze da Spinoza e ad allinearsi con il fronte della critica uffii-

(20) Così P. DI VONA ha suggerito un bilancio della *querelle* sullo spinozismo intorno ai primi decenni del XVIII secolo: « Gli inizi del XVIII secolo vedono sorgere gli atteggiamenti più vari nei confronti del pensiero di Spinoza. Non si dà mai il caso di un'esperienza diretta, ma tutti attingono alla sua opera nella vasta offensiva condotta contro le religioni rivelate e nelle questioni di scienza e di metafisica. Le tesi del T.T.PP. alimentano in Inghilterra ed in Francia il deismo e, nello stesso tempo, lo spinozismo ateo diventa un tema obbligato dell'apologetica tradizionale che con esso tenta di compromettere il deismo » *cit.*, p. 67.

(21) Cfr. R. SIMON, *Historia critica Veteris Testamentis*, 1685; F. LAMY, *Le nouvel athéisme renversé ou Réfutation du système de Spinoza*, 1686; F. FÉNELON, *Réfutation du système de la Nature et de la Grâce*, 1681-1684; N. MALEBRANCHE, *Entretiens sur la métaphysique et la religion*, 1674.

ziale (22). È il caso anche dei deisti inglesi: More, Toland e Clarke, che con diverse motivazioni, sono concordi nel non voler essere in alcun modo coinvolti con il nome di Spinoza (23).

E tuttavia, un fenomeno singolare si è messo in moto. Benché demonizzato e pluricondannato, benché coloro che ne avevano parzialmente assimilato la lezione non volessero essere considerati suoi seguaci, il pensiero di Spinoza (del quale comincia a circolare sempre più insistentemente l'opera postuma) inizia a condurre un'esistenza clandestina e sotterranea. Più la cultura egemone del tempo si sforzò di tenerne lontana la minaccia e più essa si dispose, più o meno consapevole, ad esserne « contaminata ». In più occasioni il fenomeno assunse toni paradossali: più l'ortodossia condanna, più la filosofia confuta, più le tendenze innovatrici prendono le distanze e più la filosofia di Spinoza circola capillarmente.

A ridosso dell'illuminismo europeo, Spinoza costituisce quindi un'inquietante presenza contraddittoriamente avvertita. Deisti e polemisti, filosofi e *idéologues* lo sfruttano nell'opera di smantellamento del cristianesimo ufficiale. Ancora una volta, il *Trattato teologico-politico* viene assunto come strumento a cui far ricorso senza cautele critiche e senza la preoccupazione di comprometterne il senso. Spinoza diviene l'arma più pericolosa di cui dispone la critica illuminista più spregiudicata: « La letteratura clandestina e non di questo periodo — scrive E. Giancotti Boscherini — pur senza praticare il metodo critico, utilizza le più importanti tesi del T.T.P., ma le estremizza e tradisce in tal modo lo spirito di tolleranza che le pervade. Ciò nonostante, la paternità spinoziana non è resa esplicita perché compromettente (24). Gli argomenti portanti del T.T.P. vengono così o deformati o rimossi. Viene dimenticata la metodologia dell'analisi scritturale e, soprattutto, il tema della libertà religiosa. Tutto viene subordinato all'efficacia pratica e Spinoza viene di nuovo con-

(22) Cfr. VERNIÈRE, *op. cit.*, pp. 2285-327.

(23) H. MORE, *Demonstrationis duarum propositionum, quae praecipue apud Spinozium atheismi sunt columnae brevis solidaque confutatio*, 1687; J. TOLAND, *Letter to Serena, Socinian truly stated*, 1705; S. CLARKE, *A Discourse concerning the Being and Attributes of God the Obligations of natural Religion and the Truth and certainty of Christian religion. In answer to Hobbes, Spinoza and other deniers of natural and revealed religion*, 1705-1706.

(24) E. GIANCOTTI, *cit.* p. 114.

siderato come il grande padre dei teorici dell'inganno religioso (25).

Ad ostacolare ulteriormente la comprensione del discorso spinoziano interviene l'egemonia filosofica dell'empirismo. La crisi del razionalismo comporta infatti una netta perdita di sensibilità per una filosofia così metafisicamente strutturata e massiccia come quella di Spinoza. La sua filosofia è ancora troppo impegnata di linguaggio scolastico e soffre di eccessivi influssi cartesiani: da questa diffusa incomprendimento deriva la nota affermazione di Voltaire, espressione concisa dell'atteggiamento di tutta un'epoca: « Je ne connais que Spinoza qui ait bien raisonné, mais personne ne peut le lire ». Accantonata la metafisica perché incomprendibile, dimenticato il pensiero politico, resta una lettura parziale e deformata in senso polemico della critica alla religione. Spinoza diviene in tal modo uno dei numi tutelari del grido di guerra voltairiano: *Ecrasez l'infâme!* Tuttavia, malgrado le dichiarazioni di parentela o di filiazione più o meno diretta che iniziano a comparire, l'impianto della metafisica di Spinoza resta un che di profondamente distinto dalle opinioni religiose dei deisti. In effetti, nessuno tra questi ultimi si spinge sino alla negazione della trascendenza dell'Essere supremo o a respingere il mito della creazione. Nessuno vuole rischiare di essere considerato un ateo.

Le vicende intellettuali e scientifiche della seconda metà del secolo costituiscono un capitolo fondamentale dell'avventura del pensiero di Spinoza all'interno della storia moderna. Il nome di Spinoza compare sempre più di frequente ed alle polemiche, sempre numerose e violente, si affiancano atteggiamenti d'ordine più conciliante e, talvolta, si manifesta un'attenzione più rigorosa alla comprensione della lettera dei testi conosciuti. È l'epoca del *neospinozismo*, una delle principali matrici nella formazione della cultura illuministica in Europa e, in particolar modo, in Francia.

Sulla grande *Encyclopédie*, la dottrina di Spinoza viene affrontata in numerosi articoli. Uno di questi, redatto direttamente da

(25) Così P. VERNIÈRE ha descritto la persistente incomprendimento che grava sul pensiero di Spinoza, incomprendimento contestuale allo sfruttamento che Spinoza subisce ad opera del deismo illuministico: « Da un lato la chiesa rifiuta di evolversi, rifiuta Richard Simon così come ha condannato Galileo (...) dall'altro gli avversari del cristianesimo, impegnati in una lotta in cui la ricerca della verità cede il posto al desiderio dell'efficacia pratica, perdono il controllo di fronte ai documenti della religione; da Fontenelle a Voltaire ed Holbach, tutti si allineano alle facili tesi dell'inganno e dell'impostatura », (*op. cit.* p. 698).

Diderot, tratta dei principi della metafisica e tenta di risolvere, riproponendo in fondo le argomentazioni dell'articolo di Bayle, l'enigma che circonda l'opera e la figura dell'« ateo virtuoso » (26).

Nel contempo, il materialismo ed il vitalismo, indirizzi e inclinazioni filosofiche e scientifiche emergenti nella seconda metà del secolo, spesso si richiamano esplicitamente all'insegnamento di Spinoza di cui intendono riattualizzare alcune tra le tesi metafisiche più caratteristiche. Lo stesso Diderot, che appartiene in modo molto personale a tale indirizzi teorici, smentisce i giudizi espressi su Spinoza nell'ambito dell'*Encyclopédie*. La sua composita filosofia materialistica e vitalistica condivide, con le opere più spregiudicate del tempo la ripresa di Spinoza. Le opere di La Mettrie, d'Holbach, Maupertius e dello stesso Diderot, in cui viene apertamente e, per la prima volta, coniugato materialismo ed ateismo, impegnano più o meno consapevolmente — deformandola ancora una volta — la metafisica spinoziana dell'unità della sostanza per adattarla ad un sistema monistico in cui l'unità della materia viene assunta come l'Assoluto da cui derivano, per differenziazione o per movimento dinamico, la totalità delle articolazioni della realtà fisica e psichica (27). Nuovamente Spinoza si si trova al centro di un grande conflitto intellettuale. Per la prima volta, l'ateismo diventava concezione complessiva del mondo e della storia, abito culturale che ispira l'antagonismo verso le tradizioni ed istituzioni dominanti, arma di una battaglia che — del piano del dibattito filosofico e scientifico — giungerà ad investire la questione dell'autorità e, più in generale, tutto il complesso del problema politico, per confluire poi nell'azione diretta. Il materialismo è il conduttore che convoglia la filosofia di Spinoza in direzione della grande Rivoluzione.

La questione dell'influenza esercitata da Spinoza sul pensiero di Rousseau costituisce una sorta di passaggio obbligato per comprendere se in che misura le idee politiche di Spinoza abbiano ispirato il pensiero politico democratico moderno (28).

(26) *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné es sciences, arts ed métiers*, Tome XV, 1751-1772. Cfr. voci: Spinoza, spinozista.

(27) HOLBACH, *Système de la Nature*, 1770; LA METTRIE, *Traité de l'âme*, 1745; MAUPERTIUS, *Système de la Nature*, 1754.

(28) Cfr. M. FRANCÉS, *Les reminiscences spinozistes dans le « Contract Social » de Rousseau*, in *Revue Philosophique de la France et de l'Etranger*, 1951, pp. 61-84; S. ZAC, *Rapports de la religion et de la politique chez Spinoza et J. J. Rousseau*, in *Revue d'Histoire et de Philosophie religieuses*, 1970, pp. 1-22.

La relazione tra Spinoza e Rousseau è, in effetti, complesso gioco di somiglianze e divergenze. Malgrado il rousseauiano culto della Natura, non pare rilevabile nessuna fondamentale assonanza metafisica tra i due. Rousseau non si spinge mai laddove si spinse Spinoza, almeno in metafisica. Rousseau conserva tutti i dualismi tradizionali: tra Dio e creazione, lo spiritualismo, la libertà, ecc. Non resta che la filosofia politica. Sull'argomento la storiografia filosofica e la cosiddetta « storia delle idee » hanno spesso inteso il pensiero politico del filosofo ginevrino come la riproposizione — adeguata alle contingenze storiche della crisi prerivoluzionaria — dei motivi di fondo del giusnaturalismo spinoziano e, in particolare, della filosofia della democrazia. Ma la grande rinascita di studi spinoziani avvenuta in questo secolo, ha invece mostrato quanto quel giudizio fosse dubbio e, alla luce di una rigorosa lettura dei testi, al limite infondato.

Sia l'anomalo giusnaturalismo di Spinoza, che la concezione della democrazia non sono assimilabili né all'*état de nature*, né alla teoria della *volonté générale*. Solo a prezzo di una grave forzatura si può quindi affermare che il pensiero politico di Spinoza sia fonte diretta di ispirazione del *Contract social* o, più largamente, delle dottrine e delle idee politiche della Rivoluzione. Trascurarne l'influenza sarebbe certo errato e storicamente scorretto. Ma la politica spinoziana, che è organismo teorico estremamente complesso, è forse *altra cosa* (20).

2. Dall'Illuminismo al novecento

Il 1785 è data di fondamentale importanza per la cultura moderna europea. In quell'anno vengono infatti pubblicate le *Briefen ueber die Lehre des Spinozas* (30) di Jacobi, il documento con il quale viene testimoniata l'irruzione di Spinoza nell'ambito della cul-

(29) Cfr. la discussione sul pensiero politico di Spinoza nel XX secolo. Cfr. in particolare, A. MATHERON, *Individu et communauté chez Spinoza*, Paris 1969.

(30) F. JACOBI, *Ueber die Lehre des Spinozas in Briefen an den Herrn Moses Mendelssohn*, 1785, tr. it. *La dottrina di Spinoza*, Bari 1969; sulla presenza di Spinoza nell'illuminismo tedesco cfr. A. PUPPI, *Alla soglia dell'età romantica*, Milano 1962; V. VERRA, F. H. Jacobi, *Dall'illuminismo all'idealismo*, Torino 1963; N. MERKER, *L'illuminismo tedesco, l'età di Lessing*, Bari 1968.

tura tedesca del settecento. A ben vedere, non si tratta soltanto della registrazione di un'influenza, per quanto rilevante. Con le lettere di Jacobi a Mendelssohn in realtà si apre la transizione tra illuminismo e idealismo, fatto di incalcolabile importanza per tutta la cultura europea.

L'interesse dell'opera di Jacobi consiste — oltre che nella disamina del confronto tra cultura illuministica e pensiero spinoziano (cfr. la discussione sullo spinozismo di Lessing) — soprattutto nella impostazione di una questione capitale che, « involontariamente », apre le porte all'idealismo. Innanzi tutto, attraverso il dibattito Mendelssohn-Jacobi, Spinoza esce definitivamente da quella sorta di dimensione sotterraneo-infernale in cui era stato mantenuto sin dalla fine del XVII secolo: « Dopo essere stato per due secoli uno scandalo per l'Europa — scrive ancora E. Giancotti — Spinoza diventa progressivamente il punto di riferimento obbligato per tutta una generazione di pensatori e, per alcuni di essi, una guida ed un modello » (31). In secondo luogo, la discussione su Spinoza coinvolge l'intera questione del rapporto tra cultura moderna e cristianesimo. In altri termini, con l'interpretazione dello spinozismo svolta da Jacobi, si apre in forma paradigmatica la discussione dell'aut-aut tra Spinoza e cristianesimo e — dato che, nel giudizio di Jacobi, Spinoza incarna la filosofia nelle sue più radicali possibilità — tra ragione e fede. L'implicazione d'ordine storico e politico dell'impostazione del problema da parte di Jacobi sono di vastissima portata. Tutto il dibattito politico che si svolge in Germania tra la fine del settecento e l'inizio dell'ottocento sulle conseguenze etiche e politiche dell'ateismo, si può dire che sia originariamente innescato proprio dall'intervento di Jacobi e, quindi mediatamente, dalla presenza di Spinoza.

L'Affermazione di Jacobi secondo la quale egli ritiene di aver compreso Spinoza « ... come solo assai pochi possono averlo conosciuto » corrisponde a realtà. Con l'opera di Jacobi la comprensione dell'originalità del pensiero spinoziano compie uno straordinario balzo in avanti. Balzo in avanti la cui drammatica conseguenza fu, come si è detto, quella di proporre in tutta la sua durezza il problema del conflitto tra cristianesimo e modernità.

Jacobi sostiene che, con Spinoza, il razionalismo occidentale è pervenuto alla propria compiutezza. L'universo metafisico ed etico

(31) E. GIANCOTTI, *cit.*, p. 127.

spinoziano è, in altri termini, l'estremo esito a cui può giungere il pensiero in quanto tale: *philosophia perennis*. Affermazione che se, da un lato esprime una forte ammirazione, dall'altro esprime, con intransigenza la convinzione che il primato della fede sia contestuale al più netto rifiuto della filosofia spinoziana. Secondo Jacobi, il rapporto della coscienza con Dio è una relazione intuitiva e, come aveva insegnato Kant: « in ciò, senza dubbio, si deve partire dal sentimento e dall'intuizione: non vi è nessuna via semplicemente speculativa per scoprire Dio ... Siccome da se stessa giunge ad una necessità senza spirito, ad una sostanza, così si può liberarsene solo mediante un salto che io ho chiamato salto mortale » (32). La divaricazione tra la fede e razionalità non poteva essere espressa con più rigore e drammatico smarrimento. Da un lato, l'intuizione, che è la via che conduce all'unione con il Dio vivente, dall'altro la dimostrazione razionale che — sempre secondo Jacobi — non perviene mai ad un *primum*, ad un essere sommamente sapiente e potente che con un atto di sovrana libertà crea il mondo dal non-essere del mondo. Se la filosofia è pensiero della necessità, essa perciò in nessun modo è mediabile con la religione: (...) « Il Cristianesimo è essenzialmente antropomorfico — prosegue Jacobi — esso insegna soltanto un Dio che crea il mondo con conoscenza e volontà: il paganesimo è cosmoteistico » (33). Nel pensiero di Spinoza si festeggia quindi il trionfo della metafisica che è — strutturalmente — paganesimo, divinizzazione dell'universo, ateismo assolutamente conseguente perché senza via d'uscita.

Il dilemma posto da Jacobi all'illuminismo è quindi in parziale sintonia con l'impostazione del problema da parte della filosofia kantiana. Solo un lavoro criticamente rigoroso sui limiti della ragione può aprire lo spazio della fede ed evitare il dogmatismo e l'intolleranza. E tuttavia, il corso — e non solo della cultura tedesca — doveva imboccare altri itinerari in cui la figura di Spinoza si impose di nuovo e ben più nettamente.

È da una rivisitazione di Spinoza che muove tanto lo storicismo che l'idealismo tedesco. Panteismo è infatti una categoria che ricorre di continuo nella fondazione della filosofia della storia di Herder o di Hamman e della filosofia della religione di Schleiermacher. Ed infine con Goethe, Schiller, Schelling e soprattutto Hegel, la filosofia di

(32) F. JACOBI, *cit.*, tr. *cit.*, p. 25.

(33) *Ivi*, p. 28.

Spinoza assumerà l'enorme onere di fissare — come afferma Hegel — il « punto essenziale del filosofare ».

Il principio dell'unità dell'essere di Spinoza costituiva, quindi, il movente dell'idealismo o, almeno, una delle sue fondamentali forze generatrici. Spinoza aveva così preparato gli ingredienti di fondo di una metafisica a cui — come ancora osserva Hegel — mancava però il concetto della soggettività, il senso dello sviluppo o, detto in altri termini, a cui mancava l'identificazione tra Essere e Tempo (34). Solo a questa condizione, solo tramite una radicale riforma dello « spinozismo », poteva quindi essere trascesa l'antinomia tra fede e ragione proclamata da Jacobi. Solo dialettizzando e la fede e la ragione, come manifestazioni temporalmente successive alla vita dell'Assoluto, poteva essere salvato il rapporto tra cristianesimo e modernità (35). In base a questo schema, il cristianesimo non risulta in alcuna contraddizione con la modernità. Quest'ultima è l'inveramento della religione, essa cioè porta a verità ciò che nel cristianesimo si trova ancora ad un livello inferiore nel processo di autodisvelamento dell'Assoluto. In tal senso, il cristianesimo veniva « salvato », ma al prezzo di una sua definitiva ed inappellabile delegittimazione. La verità non stava più o solo dalla parte della religione. Con il lavoro, la tecnica, la cultura e la politica moderna la verità passa ad un'epoca di più piena e più alta autocoscienza ed infine, nella memoria della storia dell'Essere in cui consiste la dialettica hegeliana, la religione diviene mero ricordo, « stazione » della genesi dello Spirito.

Nuovamente Spinoza veniva quindi — ora esplicitamente, talvolta enfaticamente — posto al centro di una grande strategia culturale ed ideologica che segnò a fondo non solo il modo della ricezione dell'opera del filosofo, ma ben più profondamente, il clima culturale europeo per oltre un secolo. Quanto tale operazione fosse corretta ed aderente al pensiero di Spinoza è impresa troppo complessa ed ardua per essere affrontata in questa sede. Resta tuttavia vero che essa mediò la conoscenza di Spinoza per tutta la cultura ottocen-

(34) G. W. F. HEGEL, *Vorlesungen ueber die Geschichte der Philosophie*, tr. it. Firenze, 1943; cfr. uno studio molto stimolante sul rapporto Hegel-Spinoza; P. MACHÉREY, *Hegel ou Spinoza*, Paris 1979.

(35) Sulla conciliazione tra Cristianesimo ed idealismo cfr. K. LOEWITH, *Von Hegel bis Nietzsche*, Zurich 1941, tr. it. Torino 1949.

tesca (36). Fu infatti sulla onda lunga dell'idealismo che avvenne l'incontro tra le filosofie e le ideologie post-idealistiche ed il pensiero spinoziano. Ciò vale in particolar modo per l'Italia, in cui il dominio idealistico fu l'ambito in cui avvenne nel XIX secolo l'incontro con Spinoza da parte di figure come Spaventa,, Gioberti, Rosmini, Labriola ed infine Croce e Gentile (37).

Ma una nuova stagione di studi e di ricerche ruppe, verso la fine del secolo, l'egemonia dell'idealismo per riaprire i conti con Spinoza al di fuori del coinvolgimento diretto dell'opera del filosofo ebreo in operazioni che mai hanno esaurito l'incontenibile carica e la complessità della sua filosofia. Forse che Spinoza era « fuori misura » anche per l'idealismo?

Le prime riedizioni delle opere (1802-1803; 1843-1846) segnarono l'avvio di un profondo rinnovamento ed un mutamento sostanziale dell'atteggiamento verso Spinoza. Si riduce notevolmente la carica di investimenti emotivi e passionali che sempre aveva circondato la lettura del filosofo e si passa ad un approccio filologico ed interpretativo più rigoroso.

La critica si dispone secondo due direttrici di fondo: da un lato si cercò di situare Spinoza all'incrocio tra le tradizioni e le tendenze culturali che ne avrebbero influenzato il linguaggio, il lessico, la determinazione degli argomenti e l'elaborazione delle soluzioni; dall'altro ci si propose di individuare con precisione i motivi della forte specificità del pensiero spinoziano, irriducibile a condizionamenti e decisamente alternativo rispetto al fronte teorico a lui contemporaneo. Alla prima linea di tendenza appartengono i lavori di Freuden-

(36) È un fatto che la conoscenza che la cultura ottocentesca ebbe di Spinoza fu in gran parte mediata dall'idealismo. Ciò vale per lo hegelismo di destra e di sinistra, per Feuerbach, Heine e lo stesso Marx, anche se solo in parte. Così lo registra polemicamente Schopenhauer: « Siccome, in seguito alla critica kantiana di ogni teologia speculativa i filosofanti in Germania si riversarono quasi tutti su Spinoza, ne è risultato che l'intera serie di tentativi falliti, nota sotto il nome di filosofia postkantiana, non è che spinozismo acconciato senza gusto, rivestito di ogni sorta di discorsi incomprensibili e per giunta anche deformato » *Il mondo come volontà e rappresentazione, Tr. it.*, Bari 1930, p. 786-787.

(37) Nell'ottocento italiano è soprattutto a B. SPAVENTA che devono essere attribuiti i più rilevanti lavori sulla filosofia di Spinoza, *Concetto dell'opposizione e lo Spinozismo*, in *Scritti filosofici*, Napoli 1900; cfr. anche A. LABRIOLA, *Origine e natura delle passioni secondo Spinoza*, in *Opere*, Milano 1959.

thal (38), che vide nella Scolastica la principale fonte dell'opera di Spinoza; di Gebhardt, curatore dell'edizione ancor oggi normalmente considerata come la più corretta e completa, che individuò nella filosofia di Spinoza la più matura espressione della cultura barocca (39); la monumentale ricostruzione di St. von Dunin-Borkowski (40) che sottolineò la fortissima presenza del pensiero e della cultura rinascimentale come matrice principale dello spinozismo; ed infine l'opera di W. A. Wolfson (41) per il quale è alla filosofia ed alla teologia ebraica antica e medievale che bisogna rivolgersi per trovare le radici del pensiero spinoziano. Come si può notare anche da queste poche note, dominante fu la tendenza di questo importante filone della critica a retrodatare Spinoza, a respingerlo verso il passato.

Operazione opposta fu invece quella tentata da L. Brunschvicg (42), che — mettendo a confronto il filosofo con la sua contemporaneità — dimostrò, con argomenti tuttora solidissimi, la forte specificità ed autonomia dell'opera di Spinoza.

Restavano parzialmente nell'ombra i temi della filosofia della politica e della religione che furono oggetto di un massiccio investimento interpretativo solo verso i primi decenni del secolo. Ed è proprio al novecento — epoca di una rivisitazione sistematica di Spinoza teologico-politico — che è dedicata l'ultima parte di questo percorso di lettura sulla storia delle interpretazioni.

3. Spinoza nel novecento

Gli inizi del secolo si aprono con una serie di pubblicazioni che inaugurano una vasta discussione sui principali temi della filosofia teologico-politica di Spinoza (43). In Germania, Francia, Italia ed

(38) J. FREUDENTHAL, cit.

(39) C. GEBHARDT, *Rembrandt und Spinoza*, in *Chronicon spinozanum*, IV, 1924, 26, pp. 160-183.

(40) ST. DUNIN BORKOWSKI, cit.

(41) H. A. WOLFSON, *The Philosophy of Spinoza*, 2 voll. Cambridge, Mass. 1934.

(42) L. BRUNSCHVICG, *Spinoza et ses contemporains*, Paris, 1923.

(43) A. MENZEL, *Sozialvetrag bei Spinoza*, in *Zeitschrift f.d. privat und oeffentl. Recht der Gegenwart*, 1907, pp. 41-60; C. GEBHARDT, *Spinoza als Politiker*, Heidelberg, 1908; F. POLLOCK, *Spinoza et le machiavellisme*, in *Revue Politique Internationale*, 1919; J. H. CARP, *Der Gemeinschaftsgedanke in Spinozismus*, *Chronicon Spinozanum*, I, 1921, pp. 45-57; C. E. VAUGHAN, *Studies on the History of Political Philosophy before and after Rousseau*, London 1925.

Inghilterra l'interesse per il giusnaturalismo, per la dottrina dello Stato, per la teoria della democrazia, le tesi sulla libertà religiosa e sullo *Jus sacrum* stimolarono alla scoperta o riscoperta dell'importantissima dimensione politica dell'opera di Spinoza, del suo strettissimo legame con la metafisica e l'etica, dell'altissimo contributo alle principali dottrine politiche della modernità e, soprattutto, della prima fondazione della moderna concezione delle libertà civili e religiose.

La principale premessa di tali interpretazioni è costituita dalla possibilità di classificare il pensiero politico di Spinoza entro le coordinate della filosofia e della dottrina politica del XVII secolo. Ma anche in ordine a tale argomento la critica non presenta grande omogeneità di vedute. In ambiente anglosassone (44), il pensiero politico di Spinoza è stato giudicato, insieme a quello di Hobbes, come il modello più conseguente e compiuto di *utilitarismo* della prima età moderna. Al contrario — in Germania — sin dalla comparsa dell'Althusius di Gierke (45), le indagini sono state rivolte al giusnaturalismo ed al contrattualismo che caratterizzerebbero a fondo la politica spinoziana. Anche Gierke ha sostenuto una forte assonanza tra Spinoza ed Hobbes. Entrambi avrebbero, per primi, fondato una *teoria giuridica* dell'origine dello Stato. Tale teoria poggerrebbe unicamente sulla figura del contratto che consente una giustificazione metapsicologica, metaetica e metareligiosa dei fondamenti del potere civile. Altri ancora (46) hanno decisamente contestato che Spinoza possa essere considerato un giusnaturalista, almeno in senso « classico ». Secondo la logica delle premesse metafisiche del sistema spinoziano, tra natura e società vi è perfetta continuità. Non v'è, in altri termini, alcun bisogno della finzione giuridica del contratto per giustificare il nesso tra la sfera dello stato di natura e quella politico-civile. È solo in virtù di una dinamica iscritta nella normatività naturale che quel nesso diviene intelleggibile senza ricorrere a legittimazioni d'ordine morale, religioso o strettamente giuridico.

(44) Cfr. le opere di POLLOCK e VAUGHAN, *cit.* Per una puntuale rassegna delle interpretazioni di Spinoza politico nei primi decenni del secolo, cfr. il notevole saggio di G. SOLARI, *La dottrina del Contratto sociale in Spinoza*, in *Rivista di Filosofia*, 1927, 3, pp. 329 e sgg.

(45) O. VON GIERKE, *G. Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche del giusnaturalismo*, tr. it. Torino 1943.

(46) G. MENZEL, *cit.*; CARP, *op. cit.*

Di parere analogo è il Meinecke (47) per il quale: « Le formule della teoria del patto riecheggiano anche in lui di tanto in tanto, ma il sorgere dello Stato appare molto più un prodotto naturale e necessario operato dal complesso delle forze spirituali che un atto giuridico » (48). Malgrado il suo anomalo giusnaturalismo, le questioni relative al rapporto tra autorità e libertà e, in particolare, tra politica e religione, vengono subordinate da Spinoza al modello — dominante in tutto il secolo — del primato della ragione di Stato: « Lo Stato non è subordinato alle leggi — scrive Meinecke — ed al diritto civile, questi piuttosto dipendono unicamente dalle sue decisioni ... Tutto questo era concepito secondo lo spirito della pura ragione di Stato » (49).

Come conferma la discussione svoltasi a cavallo tra il XIX e XX secolo, le questioni del giusnaturalismo e del contrattualismo, il problema del nesso tra stato di natura e stato civile sono di primaria importanza, soprattutto per comprendere e poter valutare i fondamenti della rivendicazione spinoziana delle libertà e, segnatamente, della libertà religiosa. Se, come afferma F. Ruffini, è propriamente il principio della libertà e non quello della tolleranza una delle irreversibili conquiste della civiltà politica moderna e, se Spinoza è il primo ad iscrivere tale principio entro un quadro teorico in cui rifluiscono — profondamente modificati — pressoché tutti i grandi temi e problemi politici e giuridici della prima modernità, la derivazione di quel principio — e, in particolare, il *modo* di tale derivazione — dalla teoria politica spinoziana costituisce uno dei punti più alti e, ad un tempo, controversi a cui il pensiero politico sia mai pervenuto (50).

In Italia, è stato sicuramente merito di Gioele Solari quello di aver riproposto nella sua globalità tutta la problematica del pensiero politico di Spinoza e di aver forse, configurato per primo, una inter-

(47) F. MEINECKE, *Die Idee der Staatsrason*, tr. it. *L'idea di ragion di Stato*, Firenze 1942.

(48) *Ivi*, p. 25.

(49) *Ivi*, p. 24-25.

(50) Così scrive RUFFINI: «...lo Stato moderno non deve più conoscere tolleranza, ma solamente libertà, poiché quella suona come concessione graziosa dello Stato al cittadino, questa invece diritto del cittadino verso lo Stato; ora, la religione è appunto un campo in cui lo Stato nulla può dare, il cittadino invece tutto pretendere »; F. RUFFINI, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Torino 1901, pp. 10-11.

pretazione complessiva della derivazione metafisica del principio di libertà religiosa e della soluzione spinoziana alla questione del *Jus circa sacra* (51). Premesso che la dottrina spinoziana non può essere ridotta a puro e semplice utilitarismo, Solari sostiene che centro della politica del filosofo è la teoria dell'*amore* e del *bene* enunciata per la prima volta nel *Tractatus de Intellectus emendatione*. La tesi di Spinoza della partecipazione di tutti gli uomini alla forma di vita che deriva dal possesso dell'idea di Dio è la premessa della teoria della democrazia. Il problema di fondo è allora, per Solari, quello di comprendere in base a quale dinamica avviene la transizione tra lo stato di passività e di antagonismo in cui, per lo più, vivono gli uomini e lo stato civile. A questo proposito, Solari ripropone la centralità della figura del contratto che dimostrerebbe che in Spinoza vi è netta discontinuità « ... della vita civile rispetto allo stato ed alla società di natura » (52). Ma ciò non significa che l'istituzione politico-civile neghi lo stato di natura, essa al contrario parrebbe invararlo, superarlo conservandolo. Lo Stato si manifesta come emergenza del divenire della ragione e l'assolutismo — che è incontestabile in Spinoza — deve essere compreso secondo lo stesso schema, esso infatti non è mai fine a se stesso. Scopo dello Stato non è il potere, ma la libertà. In tal senso: « ... il significato della spinozismo » — dice Solari — « la sua superiorità rispetto alle dottrine dei giusnaturalisti e dei teorici della ragion di Stato consiste per noi nella causa della libertà individuale da esso validamente difesa contro lo stesso assolutismo » (53).

Ma il vero e proprio guadagno fondamentale della politica spinoziana è — per Solari — la soluzione che il filosofo ha elaborato in ordine al principale problema politico del tempo: quello del rapporto con la religione. Innanzi tutto, a parere di Solari, deve essere sottolineato che la concezione religiosa di Spinoza non è assimilabile né al deismo, né al razionalismo, bensì è frutto dell'incontro tra il filosofo e le sette cristiane dell'Olanda seicentesca (54). La sua religione universale, — in cui gli aspetti più innovativi di quelle esperienze trovano una

(51) G. SOLARI, *La dottrina...*, cit.; *La politica religiosa di Spinoza e la sua dottrina dello Jus sacrum*, in *Rivista di filosofia*, 1930, pp. 331 e sgg.

(52) G. SOLARI, *La dottrina*, cit., p. 341.

(53) *Ivi*, p. 351.

(54) G. SOLARI, *La politica religiosa*, cit., p. 330 ss.

traduzione teorica — di significato eminentemente pratico, (in quanto dogmaticamente ridotta all'essenziale), persegue gli stessi valori dello Stato. La sintonia tra politica e religione esclude il ricorso sia a soluzioni di tipo giuridisdizionalistico che, in senso lato, teologico-politiche: « È nell'interesse dello Stato favorire e difendere quella religione del dovere e dell'obbedienza da cui trae forza l'obbligazione politica. Sotto questo aspetto particolare, la religione dello Stato non può che essere la religione universale che ognuno può riconoscere in sé o leggere nella Scrittura. Nessun'altra confessione può sostituirla, non le confessioni a tendenza mistica che isolano l'uomo dalla vita sociale e disconoscono le finalità temporali che sono poi le essenziali dello Stato, non le confessioni razionalistiche che parlano all'intelletto più che al cuore ed inaridiscono le fonti della autorità religiosa » (55). Il tema del fondamento etico dello Stato conduce perciò Spinoza a sostenere inequivocabilmente la supremazia del politico sul religioso, limitatamente però alla sfera degli atti esterni. La vita spirituale del singolo, resta quindi una zona assolutamente libera da interventi coercitivi di un'autorità politico-giuridica o di una gerarchia ecclesiastica. Da tutto ciò deriva, secondo Solari, l'originalità della soluzione spinoziana alla questione teologico-politica: « ... riconoscendo il *Jus sacrum* al sovrano, ma in rapporto e nei limiti del suo ideale di religione universale, egli si proponeva di evitare il duplice pericolo della tirannide sacerdotale e del dispotismo dello Stato in materia religiosa. Infatti, la religione universale, non avendo carattere teologico, rendeva superflua una classe di interpreti dei dogmi della fede » (56). Anche quando, come nel cap. VIII del *Trattato Politico*, Spinoza sembra voler sostenere una sorta di religione pubblica nell'ambito del regime degli aristocratici, non si può tuttavia parlare di religione di Stato, ma solo di « culto imposto dallo Stato ad una classe per ragioni essenzialmente politiche ». E malgrado sia incontestabile il fine etico dello Stato, l'antiutopismo « fisiologico » di Spinoza gli consente di evitare la tentazione di divinizzare la politica: « ... Spinoza era sempre dominato dalla concezione dello Stato che non può mai interamente realizzarsi nella storia (*Ivi*, p. 343). Dopo Spinoza, sarà soprattutto Hegel a formulare un sistema in cui il processo storico individua nella Stato

(55) *Ivi*, p. 331.

(56) *Ivi*, p. 341.

l'agente, il *medium* della realizzazione del regno di Dio. In particolare — in ordine alla questione del *Jus sacrum* — il pensiero politico si troverà, dopo Spinoza, di fronte a due soluzioni: « ... una doveva risolvere lo Stato nell'individuo, spogliare lo Stato di ogni finalità religiosa, farne il difensore dei diritti dell'uomo; l'altra doveva risolvere l'individuo e la vita religiosa nello Stato. Il *jus sacrum* ritornava con Hegel ad essere, come per Spinoza, ma per un processo dialettico da questo ignorato, l'essenza stessa dello Stato » (*Ivi*, p. 344).

In Italia, gli anni venti e trenta furono periodo di un forte ritorno allo studio di Spinoza. Dopo gli importanti interventi di Solari, una nota studiosa di filosofia e di teoria del diritto, A. Ravà, vide nella filosofia politica di Spinoza uno dei massimi contributi teoretici della cultura politica moderna (57). Anche per la Ravà, come per il Solari, lo Stato spinoziano: « porta in sé un significato morale, anzi, un che di divino » (*Ivi*, p. 81-82). L'istituzione politica è perciò episodio decisivo nel processo del divenire della ragione e quindi irriducibile a qualsiasi atto volontario. Soggetto dell'istituzione dello Stato non è la decisione contingente, che dà luogo ad un contratto, bensì la necessità razionale. Per questo, lo Stato è il luogo in cui accade la libertà. In altri termini, la costituzione giuridica della ragione determina lo Stato come la condizione per l'attuazione e la posizione della libertà umana « ... la sua è sempre libertà nello Stato, anzi per lui lo Stato è il luogo e l'organo della libertà, la quale è di tanto maggiore quanto meglio lo Stato è ordinato » (*Ivi*, p. 88).

Un giovane studioso — Franco Meli — troppo prematuramente scomparso, pubblica nel 1934 un testo che per originalità, rigore e profonda estraneità alla retorica politica del fascismo, costituisce uno dei documenti più intelligenti ed originali per la comprensione di Spinoza e certamente uno dei testi più validi della letteratura filosofica italiana del periodo (58).

Tesi di fondo del libro di Meli è che il pensiero di Spinoza fa parte di un grande movimento della coscienza filosofica e religiosa della modernità, tesa alla fondazione della libertà religiosa ed alla liberazione dell'esperienza umana dalla tirannia dei principi di auto-

(57) A. RAVÀ, *Studi su Spinoza e Fichte*, Milano 1958.

(58) F. MELI, *Spinoza e due antecedenti italiani dello spinozismo*, Firenze 1934.

rità. In particolare, è alla testimonianza degli eretici italiani del XVI secolo, che deve essere attribuito il ruolo di « antecedenti » di Spinoza. In tal senso, Socino, i sociniani ed i mistici neoplatonici inglesi anticipano chiaramente alcuni tra i principi fondamentali del pensiero religioso e politico di Spinoza (59). I temi del primato della morale e della critica alla tirannia del dogmatismo sono i contenuti della testimonianza di Fausto Socino, il quale — come scrive Meli: « ... poneva i primi fondamenti su cui poi doveva elevare il suo edificio il giusnaturalismo del seicento ed avviava lentamente a quella proclamazione dei diritti dell'uomo da cui è sorta la civiltà moderna » (*Ivi*, p. 71). In politica, altrettanto evidenti sono — per Meli — le analogie tra Socino e Spinoza. I sociniani respingono il mito della caduta e, di conseguenza, non possono concepire l'autorità politica come potere di salvezza nei confronti dello stato di corruzione dell'umanità. Il potere politico non è: « l'esecutore della parola divina », bensì la condizione dell'attuarsi dell'umanità dell'uomo in cui consiste propriamente, sia per Socino che per Spinoza, il vero significato del regno di Dio. Così, il pensiero religioso e politico del socinianesimo costituisce — prima di Spinoza — una delle principali matrici di gran parte delle esperienze innovative e libertarie e della prima età moderna (60).

Anche al fondo della filosofia spinoziana vi sarebbe, quindi, la medesima aspirazione dei riformatori italiani e, in particolare, dei sociniani: « ... combattere l'intolleranza dogmatica, la presunzione orgogliosa di coloro che credono di possedere la verità » (*Ivi*, p. 136).

Questo compito, sia in Spinoza che in Socino, è però contestuale ad una emendazione della religione. Il Dio della religione istituzio-

(59) Così scrive MELI sulla figura di Fausto Socino: « ... Socino operava nel campo religioso una vera e propria rivoluzione. Ponendo in chiaro le nuove esigenze dello spirito umanistico, riducendo all'unità gli sparsi accenni che è dato trovare qua e là di un riconoscimento delle opere e di una visione immanente dei rapporti religiosi, facendo un sistema organico delle richieste varie degli spiriti più acuti, Fausto Socino instaura, possiamo dire, una nuova epoca, fondando una nuova religione » (*Ivi*, p. 24).

(60) Così ancora MELI: « Il socinianesimo trovò la sua piena naturale esplicazione in Olanda ed in Inghilterra. La originò ed alimentò il pensiero politico di Spinoza, qui — attraverso il Milton e lo Stato indipendente di Cromwell — sboccò nel liberalismo lockiano e con la classica dottrina della distinzione dei poteri, di origine eminentemente razionalistica, formò il nerbo dell'ideologia illuministico-rivoluzionaria » (*Ivi*, pp. 78-79).

nale è il Dio dell'immaginazione, che nella sua identità di oggetto della conoscenza inadeguata, allude tuttavia all'idea vera di Dio, proprietà dell'intelletto e fondamento della vita etica. La grandezza di Spinoza consiste, per Meli, nell'aver dimostrato la possibilità della coesistenza tra religione razionale e religione rivelata, o in altri termini, di aver dimostrato la necessità della religione nel processo di umanizzazione dell'uomo. Tuttavia, la religione — che è esperienza essenzialmente morale — non può in alcun modo costituire il fondamento della comunità politica: « Il problema di Spinoza è unico: svalutare lo Stato in ciò che aveva ancora di teologico come forma di un contenuto trascendente, come mezzo della fruizione divina, per servirmi della espressione tomistica (*Ivi*, p. 193). Il punto in cui Spinoza si separa irreversibilmente dalla tradizione consiste nel definitivo abbandono della *necessità* della legittimazione teologica della politica. Se la legge divina è legge della natura, lo Stato avrà allora essenzialmente il compito della consapevole realizzazione degli eterni decreti, tra i quali il più alto è quello della liberazione umana (61).

In ordine al pensiero religioso di Spinoza ed alla complessa questione teologico-politica, un altro intervento stimolante è costituito da un saggio di P. Martinetti (*Problemi religiosi nella filosofia di Spinoza*, in « *Rivista di Filosofia* », 4, 1949, pp. 298-311). Argomento centrale dell'articolo, come del resto quello degli altri interventi che sono stati ricordati, è la valutazione del rapporto tra filosofia spinoziana e soluzione del problema teologico-politico. Da ciò conseguono una serie di questioni che costituiscono altrettanti interrogativi posti ai testi del filosofo: se cioè la libertà proclamata da Spinoza sia effettivamente coerente e giustificata dall'impianto complessivo della sua filosofia, o piuttosto una necessità imposta da contingenze storiche determinate o addirittura un abile *escamotage* teorico per non alienarsi del tutto il pubblico dei contemporanei o, ancora, una soluzione temporanea e parziale sulla via del progetto di rimozione e di superamento integrale della religione. Martinetti sottolinea che Spinoza ha per primo concepito una sorta di genealogia della religione, condotta con le categorie dell'ontologia elaborata nell'*Ethica* e tramite una complessa ricostruzione storico-sociologica: dai gradi e manifestazioni più elementari (la superstizione collegata con la tirannia teologico-politica), alle grandi religioni monotei-

(61) *Ivi*, pp. 194-197.

stiche, nella dimensione nazionale ebraica propria dei profeti e della teocrazia mosaica, sino alla tormentata storia del Cristianesimo, costantemente minacciato dall'egemonia del papato e dalle lotte tra sette e fazioni.

L'idea fondamentale della religione, il tratto comune ad ogni forma di fede religiosa è l'*obbedienza*. Per questo motivo, soprattutto, il monoteismo ebraico, oltre che essere un sistema di credenze molto semplice ed adeguato alla mentalità del popolo, fu sopra ogni cosa un poderoso ordinamento etico e civile, un minuzioso sistema di regolazione del comportamento individuale e collettivo. Il valore della fede — sia nella dimensione teocratico-nazionale dell'ebraismo, che in quella esclusivamente morale della religione universale del Cristo — è eminentemente pratico. Anche se nella religione del Cristo, i fondamentali essenziali della fede tendono a coincidere con gli eterni decreti della ragione, il valore veritativo delle proposizioni religiose e degli articoli di fede è relativamente indifferente e deve essere unicamente valutato in base alla capacità di indurre e di fortificare l'obbedienza. Da ciò, il principio della possibilità della coesistenza tra il diritto dello Stato, privato di ogni elemento teocratico e la religione rivelata: « Essa, scrive Martinetti, ha questo in comune con la vita esteriore del diritto: che le sue leggi sono in fondo leggi di conservazione sociale(...) Così essa apre intorno al diritto la sfera più vasta della morale vera e propria, introduce la disposizione a praticare la carità e la giustizia anche laddove lo stretto diritto non lo esige » (*Ivi*, p. 305).

La credenza religiosa « traveste » in forma immaginativa la verità della ragione, approssimandosi — dal nazionalismo ebraico, all'universalismo cristiano — all'oggettività delle sue disposizioni. Ma tra religione e verità sussiste comunque un profondo dualismo, un divario epistemologico e pratico che, stando all'impianto determinista della metafisica di Spinoza risulta — per Martinetti — difficilmente colmabile. Le contraddizioni fondamentali della filosofia teologico-politica rinviando così direttamente alla problematicità della metafisica: « Il problema religioso si risolve quindi in un problema metafisico e solo in dipendenza da questo può ricevere la sua soluzione » (*Ivi*, pp. 310-311).

Nel secondo dopoguerra è stato soprattutto in Francia che si è manifestato un vasto e articolato movimento di ripresa e di approfondimento della filosofia spinoziana. Una nuova *Spinoza renaissance* che ha sondato tutto lo spettro del discorso spinoziano non per pie-

garlo a strategie ideologiche ad esso estranee, bensì per esplorare, in tutta la loro straordinaria complessità, le ragioni della specificità di Spinoza. Si tratta, in altri termini, di una ricerca a più voci e di ampio respiro sull'autonomia della filosofia spinoziana dal corso maestro del pensiero moderno. L'esito e l'intendimento di questa importante stagione di studi è la ricerca del senso dell'alternativa che la filosofia spinoziana rappresenta, — pur tra i mille legami che la connettono alla tradizione ed alla contemporaneità —, in merito a tutto il repertorio tematico e problematico della cultura moderna.

Secondo Madeleine Francés (62), Spinoza è il primo ed insuperato teorico della democrazia politica della prima età moderna. Quest'ultima è, per Spinoza, non solo forma di governo, ma è pensata come costituzione originaria di ogni forma di autorità politica. Assoluta è perciò in Spinoza l'autorità in quanto assoluta è la costituzione politica ad opera della *multitudo*. In base a tali assunti, il principale problema politico è allora quello della conciliazione tra le due principali istanze della politica spinoziana: « ... quella della sovranità assoluta con quella, altrettanto inderogabile, dei diritti dell'individuo » (*Ivi*, p. 328). In tal senso, il problema della libertà diviene particolarmente acuto a proposito della *religione*: « Un governo consapevole delle condizioni della sua sopravvivenza — scrive la Francés — non sanzionerà mai il primato di una delle religioni esistenti sul suolo nazionale al momento del suo insediamento » (*Ivi*, p. 329). Contrariamente, la chiesa o la setta vincente si proclamerà religione di Stato e, come interprete dei disegni divini, piegherà tutti gli altri sotto la sua egemonia che si convertirà, immediatamente, in autorità politica. In tal modo, una parte dominerà sul tutto ed escluderà in primo luogo il governo civile: « Al contrario, se la libera professione di tutte le credenze viene autorizzata, in qualche modo i culti si neutralizzeranno tra di loro ed i loro pastori saranno costretti ad un giudizio più equilibrato in merito alla loro influenza » (*Ivi*, p. 330). Ma la libertà di religione non costituisce, per Spinoza, un'opportunistica concessione al « male minore », essa al contrario risponde alla più intima struttura di tutto il ragionamento politico del filosofo. Per Spinoza vale incontestabilmente — dice M. Francés — il fatto che il potere ed il diritto civile non

(62) M. FRANCÉS, *La liberté politique selon Spinoza*, in *Revue philosophique*, 1958, pp. 317-337.

possono decidere di tutto, quindi essi devono porre e non limitare l'esercizio delle libertà. Accanto al potere civile sussiste la religione universale dell'obbedienza e della carità, dogmaticamente essenziale ed assolutamente non imponibile né per diritto civile, né per nessun'altra ragione. I culti di questa religione devono essere lasciati altrettanto liberi essendo — da un punto di vista sia teologico che politico-giuridico — sostanzialmente indifferenti ed unicamente funzionali al rafforzamento della virtù dell'obbedienza. Ma, a questo punto, la Francés formula un'importante obiezione. In che senso, si chiede, può dirsi ancora religione una fede senza culti o, per la quale, i riti sono moralmente edificanti, ma senza verità? E ancora: che cosa resta del cristianesimo, una volta che questo viene privato — tra l'altro — del valore di verità dell'Eucarestia? (63).

Anche J. de Lacharrière (64) ha incisivamente sottolineato il fondamentale contributo di Spinoza alla elaborazione della teoria della democrazia moderna. Secondo l'autore, l'idea democratica si configura, nel pensiero di Spinoza, come compostibilità e sintesi tra potere e libertà, sintesi iscritta in una dottrina politica assai distante sia dagli schemi della filosofia politica cristiano — medievale, che dalle teorie politiche emergenti nella prima età moderna. Spinoza è — soprattutto — uno dei maggiori teorici del principio di sovranità secondo il quale lo Stato, svincolato dall'influenza ecclesiastica, detiene il monopolio assoluto ed indivisibile della decisione politica. Ed è solo a condizione della stabilizzazione della sovranità che nello stato civile possono essere poste e conservate le libertà naturali tradotte e formalizzate come libertà e diritti civili. Lo Stato si manifesta, così, come il concretarsi della ragione universale nella storia umana: « ... lo Stato si caratterizza essenzialmente come opera della ragione. Il suo destino è legato a quello della ragione che esso deve porre in opera » (*Ivi*, pp. 25-27).

In un testo dedicato ad un'interpretazione complessiva di Spi-

(63) Così scrive la FRANCÉS: « (...) nessuno tra i commentatori della teologia spinoziana ha sufficientemente posto l'accento sulla rottura, in merito a questo punto (cfr. il sacramento eucaristico, N.d.R.), con la tradizione del cristianesimo, anche di quello più emancipato. Ora, una religione cristiana che rinuncia a qualsiasi riferimento, sia pure simbolico all'ultima cena, come può ancora appellarsi al Dio presente e vivente? » (*Ivi*, p. 334).

(64) R. DE LACHARRIÈRE, *Etudes sur la théorie démocratique, Spinoza, Rousseau, Hegel, Marx*, Paris 1963.

noza J. Préposiet (65), ha indicato nel tema della libertà la chiave di volta del sistema spinoziano. La libertà umana e, in particolare, la libertà politica, non sono in contraddizione con il determinismo universale — al contrario — la libertà: « ... appare una forma particolare della necessità universale ». Il senso della libertà spinoziana è quindi quello di: « ... una conversione dallo stato di oggetto a quello di soggetto della necessità ». Tale libertà si dispiega pienamente nelle condizioni dello stato civile che non costituisce, come vorrebbero i teorici del diritto naturale di estrazione teologica, l'ambito in cui si manifesta l'innata socievolezza e moralità dell'uomo, bensì l'opera della potenza umana che è prosecuzione consapevole dell'infinita produttività della natura. In tal senso, la figura del contratto che compare a più riprese nella filosofia politica di Spinoza: « ... non può essere considerato come un effetto del libero arbitrio. Esso costituisce un episodio dell'ordine cosmico » (*Ivi*, p. 201). Così, la potenza della natura si prolunga nella potenza collettiva della moltitudine costituente lo stato civile.

La « naturalizzazione » della dinamica costruttiva dello stato civile, equivale, secondo l'interpretazione di Préposiet, alla sua integrale umanizzazione che è liberazione della prassi storico-politica dall'ipoteca teologica: « Distruggendo l'idea di trascendenza religiosa Spinoza ha distrutto l'assolutismo politico. L'autorità politica di diritto divino cede il posto all'autorità del diritto naturale, la sola che sia veramente assoluta » (*Ivi*, p. 212). La realizzazione collettiva e storica della ragione passa quindi attraverso la crisi definitiva della sacralizzazione della politica e della politicizzazione della religione. Non avendo Dio eletto un genere particolare di autorità o di sistema politico, realizza il vero regno di Dio quello Stato e quella comunità civile che avrà reso possibili le condizioni esteriori per il concretarsi degli eterni decreti della ragione che, in nessun caso, sono in contraddizione con la liberazione e la realizzazione dell'uomo.

Anche R. Caillois (66), traduttore e curatore di una edizione francese delle opere di Spinoza, ha sottolineato il carattere naturalistico, non volontaristico della concezione politica spinoziana. Così come la costituzione sociale e politica è opera della unità delle potenze

(65) J. PRÉPOSJET, *Spinoza et la liberté des hommes*, Paris 1967.

(66) R. CAILLOIS, *Méthaphysique et politique chez Spinoza*, in *Les études philosophiques*, 1972, 3, pp. 319-340.

degli individui tutti, analogamente l'idea della città politica consiste nella creazione delle condizioni nell'unità: « ... la vita della città — così afferma Caillois — deve essere vera vita e non vita vegetativa... Costituire un tutto ... comporre un solo spirito con un solo corpo è il fine degli uomini in comunità (*Ivi*, p. 234). Questa concezione, che si oppone nettamente al dettato della teoria cristiana del diritto naturale, rimuove le condizioni per la sacralizzazione del potere ed esclude, una volta per tutte, l'idea dell'investitura teologico-providenziale che Dio o le autorità che pretendono fungere come suoi ministri, avrebbero concesso allo Stato: « ... la soluzione teologica, nella forma del creazionismo non è niente altro che una visione politica della realtà che esige un fondatore, un legislatore supremo. In tal modo si è semplicemente idealizzato il diritto positivo » (*Ivi*, p. 325).

Dalla seconda metà degli anni sessanta le pubblicazioni e gli studi su Spinoza si infittiscono ulteriormente. Un nuovo e rilevante salto di qualità rappresentano infatti le grandi interpretazioni di Gueroult, Deleuze, Matheron, Zac, Macherey, che hanno rinnovato alla radice l'insieme delle problematiche tradizionalmente legate all'arduo compito dell'interpretazione di Spinoza (67).

Ambizione comune a questo mutamento del quadro interpretativo è costituita dall'intenzione di liberare una volta per tutte il pensiero di Spinoza dal rischio di operazioni di inglobamento o di imbalsamazione che le filosofie e gli indirizzi storiografici via via dominanti hanno variamente tentato. Nuovamente Spinoza viene sentito come grande problema, come ineludibile emergenza di una proposta teoretica e politica di straordinaria portata e complessità, fisiologicamente refrattaria a facili classificazioni.

A noi pare che la lettura proposta da G. Deleuze sia tra quelle che hanno svolto con più rigore — dando luogo ai risultati più stimolanti — questa istanza interpretativa.

Per Deleuze la filosofia di Spinoza manifesta tre ordini di specificità. Una *specificità metafisica*. Spinoza decostruisce e rigorizza la tradizione metafisica occidentale. È autore di una filosofia della

(67) Cfr. M. GUEROULT, *Spinoza*, 2 voll., Paris 1968-1971. G. DELEUZE, *Spinoza et le problème de l'expression*, Paris 1968; A. MATHERON, *Individu et communauté chez Spinoza*, cit.; *Le Christ et le salut des ignorants*, Paris 1971; S. ZAC, *L'idée de vie dans la philosophie de Spinoza*, Paris 1963; *Spinoza et l'interprétation de l'Écriture*, Paris 1965.

« affermazione pura », senza dualismi, senza trascendenza ontologica o logica. In tal senso, non vi è autore più lontano dal creazionismo e provvidenzialismo cristiano e, più in generale, dal complesso dogmatico di tutte le tradizioni teologiche. Ma nel contempo, la filosofia spinoziana costituisce un'alternativa potente alle linee egemoni della filosofia moderna che del sapere teologico conservano il nucleo teoretico fondamentale, la *necessità del dualismo* (Dio-mondo; pensiero/estensione; anima/corpo; ragione/passione; società/stato, ecc...).

Una *specificità antropologica ed etica*. Spinoza è ateo, incontestabilmente. La Scrittura ha un valore eminentemente pratico e costituisce solo la prima manifestazione del processo di costituzione e universalizzazione della ragione nella storia dell'uomo. Spinoza respinge in blocco i fondamenti della morale cristiana: il mito della caduta, la nozione del peccato, il concetto di persona e di libertà. Alla morale Spinoza contrappone una « opposizione etica », fondata sulla distinzione tra *attività e passività*, sul rifiuto dei gradi di perfezione, sull'abbandono del privilegio ontologico dell'uomo.

Una *specificità politica*. Lo Stato non è né l'agente dei disegni di Dio, né necessaria potenza repressiva della *natura lapsa* e neppure, come vuole il giusnaturalismo razionalistico di derivazione teologica, l'ambito della manifestazione delle finalità morali iscritte dalla divinità nella ragione umana. Lo Stato è un episodio dell'infinito, espressione dalla divinità della ragione universale che si realizza nella *potentia* umana: « La teoria del diritto naturale, scrive Deleuze (68), implica la doppia identità tra il potere ed il suo esercizio, tra questo esercizio ed il diritto » (*Ivi*, p. 233). Lo Stato civile non è in contrasto con la potenza naturale, è invece il luogo ove la potenza naturale — fattasi ragione collettiva — realizza rapporti di convenienza tra gli uomini: « La ragione non procede mediante un artificio, bensì mediante una naturale composizione di rapporti; essa non conclude calcoli, ma una sorta di riconoscimento diretto tra gli uomini » (*Ivi*, p. 243).

Libertà e felicità, non timore e oppressione, sono le idee fondamentali dello Stato: « È quindi in virtù della sua natura — prosegue Deleuze — che la città tende ad approssimarsi il più possibile all'ideale della ragione, a sforzarsi di conformare alla ragione l'insieme delle sue leggi. E la città converrà tanto più con la ragione quanto meno produrrà passioni tristi presso i cittadini (timore o anche speranza) fondandosi piuttosto su affezioni liete » (*Ivi*, p. 246).

(68) G. DELEUZE, *cit.*; cfr. anche: *Spinoza. Philosophie pratique*, Paris 1970-1981.

La religione è quindi solidale con la ragione se e quando contribuisce — per quanto riguarda la vita della moltitudine — a creare le condizioni per la riduzione dell'impotenza e della *tristitia*. Al contrario, quando cioè il dogma e la morale religiosa alimentano il timore, la passività e la discordia, la fede diviene incompatibile con la ragione e, per questo, costituisce una delle maggiori minacce per le possibilità della liberazione umana. La superstizione pesa sulla vita umana in un duplice senso: in questa vita rende l'uomo passivo e lo aliena dalla sua reale potenza di esistere, dall'altro riduce in lui la componente eterna che nasce solo dalla vita etica, dalla conoscenza adeguata, da un *amor* non passivo per Dio e per gli uomini: « La superstizione è tutto ciò che ci tiene separati dalla nostra potenza di agire che non cessa di ridurre. In tal senso, il fondamento della superstizione è la morsa delle passioni tristi, il timore e la speranza che alimentano l'angoscia che ci consegna ai fantasmi. Come Lucrezio, anche Spinoza sa che non vi sono miti o superstizioni liete » (*Ivi*, p. 249).

S. Zac — considerato come uno dei maggiori studiosi contemporanei di Spinoza — ha costantemente dedicato il suo lavoro interpretativo all'analisi della filosofia della religione ed al rapporto tra quest'ultima e le principali questioni politiche ed etiche, rapporto che costituisce uno dei punti più « caldi », complessi e controversi dell'opera del filosofo.

Zac sostiene che, per Spinoza, fine della filosofia è la fondazione della possibilità del riconoscimento e della « comunione » tra gli uomini. Ora, tale scopo: « ... non è costituito dalla mediazione delle istituzioni politiche ... Ma la sua formazione non è tuttavia possibile che entro un quadro politico ben definito » (69). Da questa premessa Zac fa derivare la sua tesi, di fondo e cioè che, in Spinoza, il motivo della « comunione umana » costituisce l'argomento in base al quale misurare la compossibilità o l'antagonismo tra religione, etica e politica: « Se si vogliono giudicare le religioni — scrive Zac — dalle opere che esse ispirano, si deve dire che la religione che conduce al rifiuto dell'amicizia e cerca di consolidarsi con la forza e l'inganno, tradisce lo spirito della religione. Chi dice religione dice infatti unione ed amore » (*Ivi*, p. 278).

(69) S. ZAC, *Société et communion chez Spinoza*, in *Revue de métaphysique et de Morale*, 1958.

Esaminando le analogie e le distanze tra la filosofia religiosa e politica di Spinoza e quella di Rousseau (70), Zac ha ricostruito la fenomenologia spinoziana del divenire della coscienza religiosa. Per Spinoza, dice Zac, esistono tre generi fondamentali di religioni: « la religione filosofica o etica, la religione rivelata universale, e le religioni istituzionali ». Al di là delle profonde distinzioni resta però fermo in Spinoza il principio secondo il quale tutte le forme di religiosità sono libere: « ... si può mostrare che, per Spinoza, qualunque sia la forma di religione, sia essa fondata sulla ragione o accompagnata solo da una convinzione interiore, essa non deriva dall'autorità sovrana » (*Ivi*, p. 4). L'autonomia del singolo resta quindi un principio inderogabile della filosofia religiosa e politica del filosofo, principio che vale soprattutto per la religione filosofica dell'*Ethica* e per quella cristiano-*catholica*, che — in quanto religioni universali — non dipendono da istituzioni politiche.

Per questo, per la sua indipendenza da contesti culturali, etnici e politici, la *religio catholica* non può costituire il fondamento di alcun ordinamento civile. È infatti lo Stato e non le religioni — siano esse istituzionali o meno — che, in virtù della sua matura razionalità, realizza il vero e proprio regno di Dio inteso come l'attuazione pratica e collettiva delle verità eterne: « O la parola di Dio resta lettera morta — dice Zac — oppure bisogna convenire che sono le autorità politiche che devono iscriverla in leggi ed istituzioni particolari ... È questa la condizione indispensabile per la realizzazione del regno di Dio in questo mondo » (*Ivi*, p. 9). Ma tale primato della politica — avverte Zac — non equivale, come invece vorrebbe Hobbes, ad un controllo puntuale delle credenze e delle opinioni religiose di cittadini. In Spinoza, lo Stato interviene solo ed esclusivamente nell'ambito dell'*esteriorità* e cioè dell'azione e, in particolare, quando

(70) S. ZAC, *Rapports de la religion et de la politique chez Spinoza et J. Jacques Rousseau*, cit. Così ZAC scrive sul rapporto Spinoza-Rousseau: « Entrambi contestano l'autorità dei libri sacri, l'autenticità delle testimonianze dei profeti ed infine la pretesa da parte delle chiese di imporre dei dogmi contrari all'uso naturale dell'intelletto (...) sostenitori di una comunità politica fondata su basi indistruttibili, in cui la libertà politica si accompagna ad una forte integrazione dell'individuo nell'ambito dello Stato, convinti dell'importanza del vincolo religioso per il consolidamento del vincolo politico, sono inclini a subordinare il potere spirituale al potere politico » *Ivi*, pp. 1-2.

le azioni ispirate da una pratica o fede religiosa si propongono o implicano atti sovversi ed alimentano apertamente la discordia ed i conflitti tra gli uomini. E tuttavia, il rapporto tra religione e politica resta in Spinoza, come del resto per tutta la realtà storica del secolo, estremamente problematico: « L'interdipendenza della religione e della politica è una fonte di pericoli sia per la religione che per la politica. Per la religione in quanto, laddove la religione riveste un carattere puramente nazionale, il patriottismo, nutrito di fanatismo, rischia di diventare sanguinario o dove più religioni coesistono in uno stesso Stato, il fanatismo religioso (...) suscita la discordia tra i cittadini senza parlare dei tentativi con i quali le chiese tentano di fare delle istituzioni politiche uno strumento del loro odio. Per la politica, poiché uno stato che cede alla pressione di una chiesa (...) diviene uno stato settario e tradisce così la sua missione di realizzare l'universale » (*Ivi*, p. 21).

Insieme agli autori che sono stati precedentemente richiamati, soprattutto A. Matheron ha contribuito ad una profonda ridefinizione dell'interpretazione della filosofia religiosa e politica di Spinoza. Per quanto concerne la filosofia politica, Matheron ha configurato l'ipotesi che la dottrina spinoziana costituisca l'esito più maturo e consapevole della grande crisi che investe la filosofia e la prassi politica cristiano-medievale (di cui S. Tommaso è il più grande protagonista), a partire dalla fine del XIV secolo e, ad un tempo, il punto più alto ed innovativo del pensiero politico moderno. Il punto di partenza per comprendere la filosofia politica spinoziana è Machiavelli, colui che più di ogni altro — prima di Spinoza — ha contribuito a decostruire alle radici i teoremi fondamentali del pensiero politico tradizionale. Quest'ultimo — nel quadro del sapere tradizionale — è scienza pratica, dottrina delle finalità morali a cui è indirizzato l'agire umano che nello Stato trova l'ambito in cui esse assumono un ruolo sociale e vengono iscritte nel quadro della sintesi tra ordine politico — che è ordine di gerarchie « naturali » — ed ordine divino-provvidenziale di cui lo Stato è agente terreno.

L'avvento di nuove forze sociali e culturali, l'affermazione di tendenze oggettive che compongono la fisionomia della modernità, ha posto irreversibilmente in crisi quello schema: « Da un lato si è manifestata la doppia ambizione di autonomizzare lo Stato verso il basso e verso l'alto, di liberarlo dalla tutela della Chiesa e di assicurare, nel contempo, indipendenza nei confronti delle gerarchie

feudali » (71). Ma con la politica è soprattutto il sistema dell'antropologia tradizionale che va in crisi: « ... l'uomo — dice Matheron — non è più naturalmente integrato entro un sistema di fini che lo trascendono e sui quali egli vorrebbe regolarsi » (*Ivi*, p. 49). Orizzonte teorico della politica diviene allora il problema della sovranità, problema complementare e dipendente da quello della struttura mobile e conflittuale della società concorrenziale e di una dimensione « epocale » della storia in cui « ... nulla è più naturale ». Il bene comune — scopo della dottrina politica — non è più proponibile nel senso della solidarietà tra il mantenimento dell'ordine gerarchico tradizionale ed il principio provvidenzialistico. Il bene è, d'ora in poi, essenzialmente bene dello Stato: « rafforzamento massimo del potere del sovrano, il solo che sia capace di stabilizzare le fluttuazioni ... questo è il fine della pratica politica » (*Ivi*, p. 50).

Tutto ciò — prosegue Matheron — è stato espresso in modo esemplare da Machiavelli, che — con il principio della subordinazione della religione allo Stato — ha elevato la massima provocazione teorica del tempo. Ai difensori dei principi tradizionali non restava quindi che o la riproposizione del repertorio politico classico — come nel caso della scolastica del cinquecento — o l'utopia, verità della crisi: « ... chiunque prenda sul serio la sfida di Machiavelli — dice Matheron — deve concludere che l'utopia di Moro appare essa stessa come la verità di ogni politica filosofica » (*Ivi*, p. 53).

Le opere di Moro ed Hobbes costituiscono, quindi, i poli ideali e complementari all'interno dei quali si apre lo spazio della politica spinoziana. Da un lato — per Moro — la teoria, non trovando punti di appoggio per diventare reale, deve indirizzarsi ad un orizzonte immaginario; dall'altro Hobbes rielabora a fondo la teoria per adattarla alla prassi, ma in realtà non muta il problematico fondamento della teoria tradizionale: « ... la sua teoria — scrive Matheron — è ancora una scienza pratica, essa consiste sempre nel determinare l'autentico fine della natura umana, e nel dedurre i mezzi necessari per la sua realizzazione e nel dichiarare l'impiego di tali mezzi come moralmente e giuridicamente obbligatori. È semplicemente cambiato il fine » (*Ivi*, p. 50).

(71)A. MATHERON, *Spinoza et la décomposition de la politique thomiste* in *Archivio di filosofia*, 1978, I, p. 49; Cfr. anche: *Politique et religion chez Hobbes et Spinoza*, in A. MATHERON, *Philosophie et religion*, Paris, 1974.

Cardine del pensiero politico di Spinoza è una tesi metafisica: la sintesi tra unità e molteplicità. Così come Dio senza i modi, senza l'infinita articolazione del reale, è astrazione priva di senso, così lo Stato non è nulla senza la forza produttiva collettiva che lo ha costituito (72). Questo è il *fondamento metafisico della democrazia spinoziana*: il primato della potenza costitutiva della moltitudine e lo stato di tensione tra quest'ultima e la *potestas*, ossia la forma di organizzazione che la potenza collettiva si dà.

Così, in Spinoza convergono due principi che sono il prodotto di più di due secoli di tenzioni culturali, sociali, e politiche: la *libertà*, la nuova immagine dell'uomo configurata dall'Umanesimo e dal Rinascimento e la *sovranità*, il distillato più maturo del pensiero politico moderno (73).

Ma il problema fondamentale della politica spinoziana — che, del resto, è problema fondamentale per tutta la politica della prima età moderna — è costituito dalla questione teologico-politica (74). Innanzitutto, è necessario precisare che cosa debba intendersi per questione teologico-politica. I due ambiti, dice Matheron, sono presentati da Spinoza sempre come distintamente fondati e tuttavia, le loro interferenze e l'intrico dei rapporti appare, per molti aspetti, inevitabile. La politica deve confrontarsi con la religione innanzi tutto in quanto quest'ultima predica l'obbedienza che è anche fondamentale virtù civile; dal canto suo, la religione deve essere investita dalla politica perché è solo quest'ultima che può conferire valore giuridico alla libertà o — come nel caso della teocrazia ebraica — trasformare i precetti e la dottrina in un sistema di diritto pubblico e privato. In tal senso, l'ebraismo fu una teocrazia perfetta, « un meraviglioso meccanismo politico ». Pietà e giustizia costituivano imme-

(72) Così scrive Matheron sulla differenza ontologica tra Dio e mondo in Spinoza: « La sostanza non è un fondo di cui i modi costituirebbero la superficie ... non vi è fondo perché tutto l'assoluto è assorbito dalla superficie. Senza i modi la sostanza è una astrazione, esattamente come i modi senza la sostanza: la sola realtà concreta è quella costituita dagli enti naturali che si compongono tra di loro per costituire altri esseri individuali e così all'infinito ». *L'anomalie sauvage*, in « Cahiers Spinoza » 4, 1982, p. 43.

(73) Così ancora MATHIERON sul nesso *potentia-moltitudo*: « Il diritto di sovranità che possiedono i detentori del potere politico non è la loro propria potenza, in quanto essi non ne possiedono ed i re sono sempre nudi; è la potenza della moltitudine alla quale essi devono tutto e senza la quale non sarebbero nulla » *Ivi*, pp. 47-48. Cfr. anche, *Individu et communauté chez Spinoza*, cit.

(74) A. MATHIERON, *Le Christ et la salut des ignorants*, cit.

diatamente virtù religiose e dovere civile, volti alla conservazione ed alla prosperità della nazione ebraica. Per questo, Mosé — in cambio dell'obbedienza a Dio — non promise beatitudine eterna, ma beni, ricchezza e tranquillità per tutto il popolo.

Il Cristo estese a tutto il genere umano il nucleo dei valori della fede nazionale ebraica: « ... Mosé aveva formulato, in ordine al problema dei rapporti tra religione e Stato, la migliore soluzione possibile per quel genere di società ... Il Cristo definì, a sua volta, un nuovo rapporto tra religione e Stato: il migliore possibile per una società civilizzata. Il problema della sacralizzazione della politica riceveva quindi una soluzione che si oppone punto per punto a quella di Mosé: divinizzazione, non più di una forma particolare di comunità, considerata come intangibile, ma della comunità umana in generale » (*Ivi*, p. 81).

Il problema che si poneva con l'avvento del Cristianesimo era quindi quello della possibile coesistenza tra una morale universale e le concrete istituzioni storiche a cui i credenti erano tenuti ad obbedire. La soluzione del Cristianesimo fu, per Spinoza, esemplare. Mai il Cristo o gli apostoli suscitarono la sedizione, loro preoccupazione costante fu quella di garantire l'obbedienza alle leggi dello Stato pagano e l'autonomia della forma di vita cristiana, esercitando la virtù in tutte le occasioni e situazioni in cui non vi era una chiara disposizione giuridica. Solo per quel che riguardava il principio della divinità dell'imperatore, la resistenza dei cristiani fu intransigente. Non era infatti più un semplice dovere civile quello che veniva loro imposto, bensì la rinuncia pubblica alla loro religione e l'adesione alla religione di Stato.

Con la crisi del mondo classico e dello stato pagano, il Cristianesimo imbocca, secondo Spinoza, un percorso che lo condurrà alla dissoluzione. Inizialmente la religione cristiana « cominciò ad introdursi nello Stato »; in seguito le autorità che si trovavano a capo della comunità: « ... giunsero a farsi riconoscere ufficialmente, oltre che come dottori ed interpreti della fede, come pastori della Chiesa ... e come rappresentanti di Dio sulla terra » (*Ivi*, p. 272). Successivamente, i pontefici portarono a termine la prima fase della loro conquista del potere: « « ... essi vollero imporre la loro supremazia assoluta sulle differenti comunità cristiane ... seicento anni dopo la morte di Cristo, il Papa romano si impadronì del comando sulla Chiesa » (*Ivi*, p. 272). Ma, dice ancora Matheron, parafrasando Spinoza: « questo non bastava ancora ». I papi riuscirono a subordinare

i re e ad imporre un'influenza schiacciante su tutta la cristianità. La teologia divenne un confuso complesso di dottrine in cui venivano funzionalmente assimilate le filosofie e la cultura degli antichi. I teologi si trovarono presto in aspra lotta tra loro, la distinzione tra filosofia e fede fu considerata un'eresia e, così, ebbe luogo un controllo politico sulle opinioni che inibì quasi completamente la libertà di pensiero. Il potere divenne la principale preoccupazione dei supremi capi, dei sacerdoti e dei teologi. Ma tutto ciò non poté durare a lungo: ad interrompere la china discendente della corruzione intervenne la Riforma: « ... ciò che i re non poterono ottenere — scrive Matheron — nella loro lotta contro il papato con il ferro ed il sangue, lo ottennero ecclesiastici con la sola forza della penna. Ma il rimedio non valse tanto quanto il male. La cristianità si divise in sette ... ciascuno rifiutò agli altri la libertà che reclamava per se stesso. Da ciò conflitti violentissimi e sanguinosi » (*Ivi*, p. 271-273).

È quindi dalla complessa ricostruzione della storia del Cristianesimo e, in particolare, dalla diagnosi del dramma del Cristianesimo lacerato che si muove la filosofia teologico-politica di Spinoza. In primo luogo, Spinoza intuisce che la religione deve essere ridotta ad un minimo di dogmi tali da fondare l'obbedienza e la virtù adattandosi in tal modo alla comprensione di tutti gli uomini. A questo proposito Matheron elabora un complesso parallelismo tra i sette dogmi fondamentali della religione rivelata e le corrispondenti tesi dell'*Ethica*: « Ciascuno dei sette dogmi — scrive Matheron — rinvia, preso nel suo significato autentico, ad una proposizione o ad un gruppo di proposizioni dell'*Ethica* » (*Ivi*, p. 103). D'altro canto, la liberazione dall'ipoteca teologica da parte dell'istituzione politica sgombra lo spazio alla religione come esercizio della *moralità*: « ... era necessario, per meglio servire il bene comune, riempire le lacune delle istituzioni ufficiali, raccomandando in nome di Dio alcuni generi di comportamenti che non erano formalmente prescritti dai pubblici poteri » (*Ivi*, p. 64). L'altruismo e la pietà religiosa divengono prassi collettiva entro un quadro politico e giuridico che ne consente l'esercizio come contributo alla conservazione della concordia e dell'unità del corpo sociale. Ma amore, giustizia e carità cristiana devono, uniformarsi al principio direttivo dell'azione del governo: *la salus populi*. In tal modo verranno eliminati tutti i possibili motivi di attrito tra Stato e religione: « Non vi è carità senza lealtà. Non che quest'ultima sia sufficiente, ma l'amore verso il prossimo si manifesta, innanzi tutto, con l'obbedienza alle leggi e quindi con iniziative personali

che le leggi non impediscono » (*Ivi*, p. 65). La *religio catholica* garantisce, in base al suo stesso fondamento pratico, la lealtà verso le istituzioni. Religione essenzialmente popolare, liberata dalla stretta del controllo dottrinale e gerarchico, volta unicamente ad una prassi di solidarietà (ma la questione di quanto questa forma di vita religiosa, possa essere definita ancora cristiana resta aperta), forma di vita e fondamento della salvezza delle masse o, per dirla con Spinoza, degli *insipientes*: « ... Il Cristo ha quindi detto esattamente ciò che un filosofo doveva dire a degli ignoranti e nel modo in cui doveva dirlo. Tutto il suo metodo di esposizione si riduce in definitiva ad un solo principio: a coloro che sono incapaci di comprenderne le premesse, la legge divina, invece di essere insegnata come una verità eterna, deve essere imposta come un'obbligazione imperativa » (*Ivi*, p. 138).

Anche in Italia, il secondo dopoguerra ha segnato un'intensa ripresa di studi spinoziani. In particolare, la crisi dell'egemonia culturale dell'idealismo crociano ha consentito l'apertura di nuove prospettive ed indirizzi di lettura ed interpretazione. È stato quindi assimilato il senso della lezione dei migliori studi spinoziani di altri contesti linguistici — soprattutto quello francese — lezione tendente, come si è detto, ad una più libera considerazione del pensiero del filosofo ebreo. Anche in questo caso, dal ricco panorama delle pubblicazioni su Spinoza sono stati scelti quegli studi che, con rigore ed attenzione, hanno posto in luce la centralità del problema teologico-politico e le implicazioni di carattere religioso, giuridico e politico che la soluzione spinoziana comporta.

D. Formaggio, traduttore e curatore della prima edizione del *Trattato politico* nel dopoguerra (75), ha sottolineato le forti relazioni che collegano l'opera di Spinoza al clima culturale e civile dell'Olanda dei seicento. Un clima vivissimo, ricco di fermenti teoretici, scientifici, di esperienze religiose e politiche. In altre parole, l'avanguardia storica dell'Europa barocca: « Panteismo, naturalismo dissoluzione del finito nell'infinito — così scrive Formaggio — del particolare nell'universale, rivalutazione del particolare alla luce dell'universale; ecco Spinoza e Rembrandt, ecco il meglio di una società che dopo la bufera delle persecuzioni politiche e religiose riconquista il

(75) SPINOZA, *Trattato politico*, Traduzione, introduzione e note di D. Formaggio, Torino 1950, cit.

senso della vita, ricostruisce e rende possibile, in ogni punto, l'intimo accordo di ciascun individuo con sé stesso, reimpara il gusto ed il valore che ogni piccola cosa possiede, una volta che la si tenga collegata con il tutto ed ecco infine quel sano fondamentale realismo che sta alla base di questa società e della sua cultura » (*Ivi*, pp. 13-14).

C. Signorile ha parimenti visto nella storia sociale, politica e religiosa dell'Olanda seicentesca la vera fonte di ispirazione della filosofia religiosa e politica di Spinoza (76). Una grande epoca di esperienze religiose e civili tra le più avanzate del tempo; una società solidissima ed economicamente in continua espansione, una potente classe mercantile che fa propria una visione positiva, e solare della vita. Una costituzione repubblicana, una situazione politica in tensione tra forze di progresso ed oligarchie religiose: questo il quadro storico in cui si forma e si distende l'opera spinoziana entro la quale tutti questi elementi sono puntualmente recepiti e tradotti in altrettanti motivi teorici.

Ma, è in particolare nella esperienza della dissidenza religiosa che è —, ad un tempo, dissidenza politica — che bisogna individuare la principale matrice esterna del pensiero di Spinoza: « In pochi paesi d'Europa la dissidenza religiosa ha avuto un così profondo significato e di influenza culturale e politica come in Olanda e nelle Province del Nord » (*Ivi*, p. 25). Una mappa variegata e complessa quella della dissidenza religiosa olandese, costantemente minacciata dal ritorno delle forze tradizionaliste e monarchiche e, soprattutto, dalle mire politiche della potente chiesa calvinista olandese: « La dissidenza religiosa olandese — scrive Signorile — presenta quindi aspetti molteplici, differenti modi di espressione rituale e politica. Dal comunismo dei Quaccheri, al moderato collettivismo e pacifismo dei Mennoniti, allo esaltato democratismo rivoluzionario di liberi pensatori come Van de Ende, alla tensione morale appartata dal mondo dei Collegianti, all'impegno civile dei Rimostranti » (*Ivi*, p. 36). Secondo Signorile, lo stesso *Trattato Teologico-Politico* nascerebbe come contributo teorico alla crisi dell'istituzione repubblicana e come controffensiva nei confronti dei pericoli che gravano sulla garanzie repubblicana della libertà religiosa e di pensiero. Da un punto di vista strettamente teoretico, l'opera risponde invece ad un quesito capitale: « ... se l'autorità della religione viene meno come

(76) C. SIGNORILE, *Spinoza ed il primato della politica*, cit.

fondamento dello Stato, quale autorità deve e può organizzare la vita dell'uomo? » (*Ivi*, p. 51).

La risposta di Spinoza è, secondo Signorile, inequivocabile: la politica è la forza storico concreta della ragione e — per la sua universalità e prossimità nei confronti di quest'ultima — « invera » ciò che anche nella religione emendata e razionale vale ancora nella forma inadeguata del comando esteriore: « L'autorità politica è quindi definitivamente superiore all'autorità religiosa, nel regolare i rapporti tra gli uomini perché fondata sulla ragione, ed anzi entra nel regno della Regione fondando la comunità politica » (*Ivi*, p. 56). La ragione trova nella politica l'ambito della sua attuazione storica che, più che la saggezza dei pochi o la religione dei molti, è in grado di costituire la condizione dell'educazione ed umanizzazione di tutti. Scienza applicata, la politica è quindi la teoria pratica più adeguata alla reale natura dell'uomo di cui è: « (...) guida, educazione, condizionamento dell'aspetto attivo. In questo è il primato della Politica su ogni altri aspetto delle espressioni umane » (*Ivi*, p. 100). Di conseguenza, secondo Signorile, la rigorizzazione di tale primato conduce Spinoza a disegnare — nel capitolo VIII del *Trattato politico* — una vera e propria religione di Stato, laica (77). E tuttavia, tale religione istituzionale in nessun modo mette in pericolo i principi della libertà individuale che Spinoza, nel corso di tutta la sua opera, si sforza di coerentizzare con il primato della dimensione collettiva e comunitaria del vivere civile.

Da un punto di vista storico, il pensiero di Spinoza possiede l'enorme merito di aver riproposto — in un secolo così drammaticamente travagliato — il problema politico nella sua globalità. In altri termini, Spinoza spezza la cultura della rinuncia e della crisi che attraversa tutto il seicento. Ripropone i temi dalla realizzazione dell'uomo attraverso una prassi politica ed una forma di vita religiosa essenzialmente collettive e comunitarie, rifiutando in blocco l'individualismo, le filosofie della disperazione, il conformismo e la soluzione

(77) Così SIGNORILE sulla spinoziana religione dei governanti nel regime aristocratico: « L'affermazione del primato della politica nella fondazione della società umana è condotta quindi rigorosamente alle sue conseguenze pratiche e si dimostra uno dei temi che troveranno una lontana continuazione: sia lo stesso concetto di Religione civile che gli stessi diritti legati alla dignità di rappresentanti dell'autorità sovrana, noi troveremo nella Francia rivoluzionaria, affermati nel culto dell'Essere Supremo voluto dalla Convenzione Nazionale » *Ivi*, p. 163.

autoritario-assolutistica, ossia i diversi, — ma complementari — atteggiamenti intellettuali ed esistenziali che tentano una risposta alla grande crisi del secolo: « Sulla consapevolezza della tensione io — mondo — così scrive Signorile —, pensiero-materia, assenza-esistenza, si deve operare per la riappropriazione del mondo, proiettando un io che nello sforzo della riconquista intellettuale dell'essere superi lo smarrimento del tempo e fondi una speranza operativa, dia all'uomo una finalità esistenziale, un orizzonte da raggiungere. Dalla coscienza interiore dell'uomo privato si leva una proposta di smisurata ambizione e pure profondamente segnata dal senso del limite: ricostruire il mondo dell'uomo, ricostruire la verità, fondare la scienza » (*Ivi*, p. 198). Queste, secondo Signorile, le ragioni della grandezza della solitudine di Spinoza e della contemporanea opposizione al razionalismo mistico ed individualistico di Descartes, al tormento esistenziale ed alla travagliata religiosità di Pascal, all'assolutismo autoritario di Hobbes e cioè alle principali figure in cui si manifestano le tensioni del secolo barocco.

Nel'ambito della cultura cattolica, C. Calvetti Gallicet ha dedicato molti lavori alla filosofia di Spinoza in cui la studiosa ha ravvisato la condensazione dei motivi di fondo e dei tratti caratterizzanti del pensiero moderno: l'immanentismo metafisico e l'« inveramento » filosofico e politico del Cristianesimo (78). In primo luogo, la filosofia della religione di Spinoza — il cui esame appare pregiudiziale per la comprensione dell'intricata questione teologico-politica — deve essere considerata come espressione teoretica dell'*irenismo etico*: « Parlare di irenismo — dice la Calvetti — equivale anzitutto ad ammettere la possibilità di comunicazione e di accordo tra dogmatiche e religioni diverse, in una forma di relativismo dogmatico implicante il misconoscimento sia del valore assoluto della religione positiva in quanto tale, sia di un magistero infallibile destinato a garantire le verità rivelate » (79). Spinoza avrebbe perciò rigorizzato teoreticamente un'istanza di universalizzazione della religione, sorta come tentativo di risoluzione dei conflitti religiosi, ma iscrivendola entro un sistema di pensiero le cui insanabili contraddizioni vanificano irrimedi-

(78) C. CALVETTI GALLICET, *I presupposti teoretici della tolleranza in Spinoza*, in *Rivista di filosofia neoscolastica*, 1965, pp. 420-447; 623-649; *I diritti della persona umana nel T.T.P.*, in *Studi in onore di F. Olgiati*, Milano 1962, pp. 321-349; *Spinoza ed i presupposti teoretici dell'irenismo etico*, Milano 1972.

(79) *Ivi*, p. 1.

diabilmente. In tal senso, la Calvetti individua tre ordine di contraddizioni capitali del pensiero spinoziano.

Una *contraddizione metafisica*: Spinoza non è riuscito a correntizzare l'etica con la metafisica deterministica dell'unica sostanza. Ci si trova così di fronte ad una alternativa radicale: o viene mantenuta *la morale* che, secondo la studiosa, può essere fondata solo su di una concezione personalistica della libertà, o la *metafisica* che necessariamente compromette la possibilità del valore morale.

Una *contraddizione epistemologica*: malgrado la rivendicazione spinoziana della rispettiva autonomia di fede e ragione, il filosofo finisce per asservire la Scrittura alla filosofia dell'immanenza: « ... con il preciso compito di confermare le conquiste della ragione stessa e per mostrare che essa non contrasta con i dettati del lume naturale » (*Ivi*, p. 85). Spinoza avrebbe così finito per « usare » la Scrittura, e ciò per confermare una filosofia ad essa estranea ed assolutamente opposta: « Così, dopo aver escluso la Scrittura dal settore del vero, accordandole un esclusivo valore morale, si vale dei testi sacri per provare la validità degli inveramenti che egli ha imposto ai motivi della sua teologia positiva » (*Ivi*, p. 98).

Una *contraddizione politico-giuridica*. Spinoza: « dissolve la religione nella morale » privando gli articoli di fede ed i dogmi di qualsiasi valore veritativo. Il fondamento di verità della religione è unicamente pratico, ossia una religione è tanto più vera quanto più ispira la virtù e l'obbedienza. L'ambito dell'esperienza religiosa è perciò l'esteriorità, l'azione e le sue conseguenze, ma tale è anche e soprattutto la sfera di intervento del diritto e del potere politico. Da ciò, una nuova ed acuta contraddizione: « ... affidando allo Stato il controllo delle azioni, nelle quali sostanzialmente si concretizza la carità realizzata dal popolo, si arrischia di togliere al volgo ogni iniziativa spontanea, compromettendo l'esercizio di questa stessa religione che si dissolve nella morale » (*Ivi*, p. 223). E perciò, nella misura in cui la fede si esteriorizza, essa cade immeditatamente sotto il controllo politico-giuridico e ciò — secondo la Calvetti — finisce per vanificare irrimediabilmente la proclamata libertà religiosa. Ad aggravare la contraddizione subentra l'affermazione di Spinoza nell'ottavo capitolo del *Trattato politico* circa la necessità di una vera e propria religione di Stato, con riti pubblici e relativi ministri del culto, il che — contrariamente alle affermazioni di Spinoza che, in più occasioni prende le distanze da Hobbes —: « ... denuncia la influenza delle concezioni hobbesiane nei confronti dello *jus circa sacra* » (*Ivi*, p. 232).

In contrapposizione a quest'ultima lettura, nella sua notevole Introduzione alla traduzione italiana del *Trattato Teologico Politico*, E. Giancotti Boscherini ha messo in luce la compatta omogeneità del pensiero di Spinoza che consente di affermare: « ... una linea di sviluppo non contraddittorio dal tessuto dottrinale dell'*Ethica* a quello del Trattato » (80). L'*Ethica* offre al T.T.P. uno strumentario metafisico, antropologico ed etico di eccezionale portata che il Trattato impegna in una strategia critica e fondativa volta alla difesa delle libertà civili collettive ed individuali. Non una sterile libertà formale, non semplici garanzie giuridiche costituiscono lo scopo del *Trattato*, bensì una libertà sostanziale, materiale che incide e trasforma la realtà a misura dei bisogni umani (81).

Nelle sue limpide note di commento al testo, — vera e propria interpretazione complessiva del Trattato e, a nostro parere, una tra le più complete analisi del problema teologico-politico in Spinoza — A. Droetto ha centrato il cuore della questione teologico-politica così come drammaticamente si presentava a Spinoza. Da un lato, il fine di Spinoza è quello dei maggiori teorici della politica del XVI e XVII secolo: « ... eliminare la causa delle lotte confessionali che turbavano la pace interna degli stati » (82). D'altro canto, però, Spinoza intuisce che causa vera della lotta religiosa è costituita da un problema essenzialmente politico: il coinvolgimento diretto dello Stato, che in qualità di difensore di una confessione religiosa determinata o come arbitro delle dispute dottrinali, traspone il conflitto religioso in un ambito immediatamente politico. La soluzione spinoziana è perciò intermedia rispetto a quelle del cardinale Bellarmino — che aveva riproposto la tesi della supremazia papale *in temporalibus* e nell'interpretazione della Scrittura e di Hobbes: « ... ed il motivo per cui le respingeva entrambe — scrive Droetto — era sostanzialmente

(80) E. GIANCOTTI BOSCHERINI, *Introduzione a Spinoza, Trattato teologico-politico*, tr. it., Torino 1972.

(81) Così descrive E. GIANCOTTI le finalità del Trattato: « Ciò che a Spinoza stava a cuore a noi sembra non è tanto di ritagliare al saggio una zona di riserva all'interno della quale gli sia consentito l'esercizio della propria ragione, perché questa sarebbe una sterile, inutile libertà, quanto piuttosto di garantire al cittadino l'esercizio di quella facoltà di giudizio che immediatamente precede e sulla quale si innesta l'azione politica » *Ivi*, p. XXVII.

(82) A. DROETTO, Note a: *Spinoza: Trattato teologico-politico*, cit.; con integrazioni di E. GIANCOTTI; cfr. anche A. DROETTO, *Genesi e struttura del T.T.P.*: in « Studi urbinati », XLII, 1969.

identico; anche se giudicando la prima la diceva negazione della vera religione e, giudicando la seconda dal punto di vista politico, la diceva motivo di discordia anziché di unione sociale » (*Ivi*, pp. 227-228).

La filosofia politica di Spinoza priva quindi lo Stato della facoltà dell'arbitrato nelle questioni teologiche, ossia esso non ha il diritto di *decidere* quale religione sia, dal punto di vista dottrinale, la più vera — non possedendo la religione un fondamento teoretico — in quanto l'immaginazione religiosa non ci fa conoscere pressoché nulla dell'essenza divina. Ma, opportunamente, Droetto formula a questo proposito una *obiezione capitale*: « ... come è possibile che intorno a qualche cosa l'uomo eserciti soltanto la sua volontà senza che quella cosa sia stata in qualche modo oggetto della sua intelligenza? Come è sostenibile inoltre tale tesi della separazione della volontà dell'intelletto, al lume della dottrina dell'*Ethica*, che ne afferma l'identità? » (*Ivi*, p. 340). Tradotta in altri termini, l'obiezione richiama una questione delicatissima che coincide, per molti aspetti, con l'origine della cultura e della mentalità moderna. Con la privazione del valore veritativo dei dogmi religiosi e con la dichiarazione del carattere esclusivamente pratico del genere di verità proprio della fede, Spinoza ha inteso risolvere a suo modo il problema capitale per la prima età moderna del confronto tra fede e sapere. Spinoza evita così il « vicolo cieco » della teoria della doppia verità. Vi è una sola verità integrale — e cioè teoretica e pratica — ed è quella espressa nella filosofia. Accanto a questa vi è una verità solamente pratica che è quella della fede che si esprime conoscitivamente in modo inadeguato (conoscenza immaginativa). Questa soluzione è però in forte contrasto con la teoria della corrispondenza tra forme del conoscere e forme di vita, elaborata nella seconda parte dell'*Ethica* e — ancor più — con la rivendicazione spinoziana della piena identità tra volontà ed intelletto. E tuttavia tra i due ambiti non vi è totale incommensurabilità. La non verità o la verità semplicemente immaginativa della fede allude. E rinvia alla più alta verità dell'intelletto — quella fondata sulle *notiones communes* — ed infine all'intuizione dell'unità tra Dio e mondo o conoscenza di terzo genere. Ma ciò, vale solo per il saggio: « ... mentre il volgo — dice Droetto — si attesta al rudimentale *iudicium* sufficiente a fornirgli la *certitudo moralis* che è quanto gli basta per obbedire alla legge rivelata » (*Ivi*, p. 373).

Ma ciò che, da un punto di vista strettamente epistemologico, appare in uno stato di radicale distinzione viene ricomposto nell'am-

bito pratico dello Stato civile. Scopo del diritto è infatti quella stessa *charitas et oboedientia* che costituiscono la ragion d'essere della fede e del significato autentico che ha, per Spinoza, l'espressione « regno di Dio »: « ... la giustizia della religione — prosegue Droetto — è quella stessa che nello Stato diventa diritto, ne segue che nel fine necessario della libertà perseguito dallo Stato si consegue anche quello necessario della giustizia e della carità proprio della religione. Senza libertà non può esservi né diritto, né religione » (*Ivi*, p. 490). Ed è proprio il motivo della libertà — dalla religione per lo Stato e dall'intervento normativo dello Stato per la libertà religiosa — a rappresentare, a fronte di tutta la cultura politico-giuridica del tempo, la ragione della specificità della soluzione spinoziana al problema teologico-politico (83).

G. Radetti (84), nelle pagine della sua Introduzione ad un'interessante antologia spinoziana, ha individuato nel nesso superstizione-tirannia politica l'origine della questione teologico-politica in Spinoza. La solidarietà tra fede superstiziosa e tirannia rappresenta l'aspetto più degenerato del legame tra politica e religione (85); mentre — come nel caso dell'ebraismo — la fede fondata sull'obbedienza virtuosa e sui valori morali possiede — in ordine alla formazione dell'umanità razionale — un ruolo costitutivo: « Le prescrizioni rituali, così scrive Radetti, i riti nei quali la fede è indispensabile, tutto ciò insomma che costituisce la rivelazione in quanto essa si distingue dalla legge divina espressa nella mente di tutti gli uomini, tutto ciò ... serve

(83) Così DROETTO ha lucidamente descritto le ragioni della autonomia della critica teologico-politica di Spinoza: « In conclusione, Spinoza si dichiara dalla parte dei politici e dei giuristi che da un secolo stavano apprestando, nella pratica e nella teoria, le basi del *condendum* diritto ecclesiastico, apportando dal canto suo un notevole emendamento al progetto che avevano subito recentemente le elaborazioni di Grozio e di Hobbes. Non soltanto cioè l'individuo è libero di credere quello che vuole, come affermava Grozio, di fronte al presunto magistero della Chiesa, ma tale libertà di coscienza gli compete, cosa che non aveva visto Hobbes, anche di fronte alla legge dello Stato, la cui norma di giustizia è del tutto estranea, nella sua essenziale verità, al torneo di opinioni che si svolge in campo teologico » *Ivi*, p. 477.

(84) G. RADETTI, *Introduzione a: Spinoza, libertà politica e libertà religiosa*, Firenze 1974.

(85) Così scrive RADETTI sul nesso-superstizione tirannia: « La paura, dunque, sta alla radice della superstizione religiosa e non una oscura e confusa idea della divinità, quasi degenerazione di una innata conoscenza rivelata e l'interesse particolare ne fa uno dei suoi più abili strumenti » *Ivi*, p. 14.

a rendere più efficiente la vita degli uomini in società, quella vita che permette loro non solo di difendere la propria esistenza dalla violenza degli altri uomini, ma altresì di vivere una vita civile, moltiplicando, nel lavoro comune, le propri forze » (*Ivi*, p. 17). La rivelazione insegna alla maggioranza degli uomini — a quegli uomini in cui prevale la conoscenza immaginativa, o che sono sensibili al valore veritativo dei « segni » e dei racconti sacri — con un discorso « parenetico », intessuto cioè di prescrizioni in forma di comandi divini: « ... ciò che da essi non sarebbe compreso se espresso in forma dimostrativa » (*Ivi*, p. 20). Ma al di là della profonda differenza nella struttura del discorso e nel valore di verità, scopo comune dalla religione, dell'etica e dalla politica è la ricerca « ... della liberazione dell'uomo dalla schiavitù delle passioni e della natura esterna » (*Ivi*, p. 18).

In un notevole studio sulle relazioni tra etica e politica nel pensiero di Spinoza, M. Corsi (86) ha sottolineato — sempre in relazione a quella che, secondo l'autore, è l'incontestabile primato della dimensione etica in Spinoza — una duplicità di funzioni e di significati che il discorso spinoziano attribuisce alla politica. In primo luogo, scopo iniziale della politica è la sicurezza, l'opera di contrasto ed addomesticamento delle passioni e la pacificazione dei conflitti che le fluttuazioni delle passioni generano tra gli uomini. In tal senso, l'effetto dell'azione politica è la costrizione esercitata indiscriminatamente su tutti: « In questo caso — dice Corsi — la diversità va perduta e tutto è sacrificato al motivo della sicurezza » (*Ivi*, p. 12). Ma l'opera della politica non si riduce alla sola repressione. Essa, in ultima istanza, consiste nel contributo alla liberazione umana, che Corsi interpreta come garanzia, ma non promozione coercitiva delle differenze umane: « ... la funzione della politica, nella sua forma più alta, è tutela della individualità, non promozione di essa, perché in realtà, la promozione affidata alla politica significa annullamento individuale. Secondo Spinoza, la politica non può offrire la verità, né rendere nessuno beato o saggio, ma può consentire una più facile acquisizione della verità e della saggezza: ... » (*Ivi*, p. 12). Affermazioni importanti perché chiariscono un punto da sempre controverso nella letteratura spinoziana e cioè il problema della natura « ideologica » dello Stato spinoziano, se cioè lo Stato debba o meno esercitare nei

(86) M. CORSI, *Politica e saggezza in Spinoza*, Napoli 1978.

confronti di ogni singolo — e in particolare in ordine alla formazione della razionalità e della saggezza di ogni singolo — una funzione pedagogica oppure soltanto quella di garanzia esterna. Secondo Corsi — a differenza di molti altri interpreti — lo Stato spinoziano non costituisce l'individualità, esso si limita a porla giuridicamente, ossia a costituire il quadro delle garanzie giuridiche per la libera formazione di ognuno. In altri termini, lo Stato non prescrive contenuti all'esistenza individuale, ma solo regole esterne affinché la condotta di vita di ognuno non sia minacciata. Da ciò, l'uomo onesto, saggio e giusto: « ... è reso tale non da un regime politico, ma dall'uso della ragione » (*Ivi*, p. 29). È quindi in virtù di questo « Liberalismo » autentico, di questa etica della libertà che costituisce il supremo fine dello Stato, che Spinoza può esigere in modo non opportunistico la libertà religiosa per tutti gli uomini.

Concludiamo questa schematica panoramica sulla letteratura spinoziana nel dopoguerra con l'esame di un testo di A. Negri (87) che — per l'ampiezza dell'indagine, la complessità e la forte problematicità delle tesi che in esso vengono sostenute — rappresenta lo studio più importante che la cultura filosofica italiana abbia prodotto sul pensiero di Spinoza nell'ultimo decennio.

Il testo di Negri affronta il « problema Spinoza » nella globalità della sua proposta teoretica impegnando, nel contempo, le principali indicazioni della migliore letteratura critica — facendole interagire con l'argomento centrale del testo — secondo il quale il pensiero di Spinoza resta fisiologicamente refrattario alla iscrizione nei quadri interpretativi tradizionali della storiografia filosofica, giuridica e politica. Spinoza rappresenterebbe quindi una « anomala eccezione », che i responsabili — filosofi e storici — delle linee egemoni della storiografia della filosofia moderna hanno sempre, ma vanamente tentato di « normalizzare ». In tal senso, Spinoza non appartiene né alla famiglia del razionalismo moderno, né alla linea del giusnaturalismo e del costituzionalismo, né può essere risolto facen-

(87) A. NEGRI, *L'anomalia selvaggia: Saggio su potenza e potere in Bauch Spinoza*, Milano 1981. Per ragioni di spazio non si è potuto esaminare l'opera di Leo Strauss, grande studioso di Spinoza la cui interpretazione della filosofia teologico-politica meriterebbe uno studio a parte.

Cfr. *Spinoza's critique of Religion*, New York, 1965; *How to study Spinoza Theological-political Treatise*, in *Proceedings of America Jewish Research*, XVII, 1948.

done il precursore di qualche impresa filosofica ed ideologica successiva come l'illuminismo, l'idealismo, ecc. Spinoza non ha in fondo nemmeno nulla a che fare con lo « spinozismo ».

Tre sono, a parere di Negri, i motivi per cui è necessario tornare a studiare Spinoza (88). Innanzi tutto: « Spinoza fonda il materialismo moderno nella sua più alta figura ... » (*Ivi*, p. 13). La metafisica spinoziana sarebbe filosofia dell'immanenza, ateismo rigoroso: « ... come negazione di ogni ordine presupposto all'agire umano ». In secondo luogo, Spinoza è filosofo politico di primissimo ordine, suo è infatti il merito di aver riproposto — in uno stato di qualsiasi totale isolamento culturale — il problema politico nella sua globalità e di aver configurato una proposta etico-politica totalmente alternativa nei confronti delle dottrine politiche egemoni nel secolo: « Spinoza — sostiene Negri — quando affronta tematiche politiche (e la politica è uno degli assi fondamentali del suo pensiero), fonda una forma non mistificata di democrazia » (*Ivi*, p. 4). In terzo luogo, la filosofia spinoziana mostrerebbe inequivocabilmente: « ... che la storia della metafisica comprende alternative radicali » (*Ivi*, p. 14). In altri termini, Spinoza mette in questione le tendenze moniste, continuiste ed omologanti proprie di una certa lettura della storia della filosofia che tende sistematicamente ad occultare ed a rimuovere le tensioni, gli antagonismi e le alternative teoriche.

Per Negri, nel pensiero di Spinoza si raccolgono le principali esperienze teoriche e politiche dell'età nuova che il filosofo non permette che vengano piegate sotto il peso della crisi del secolo, bensì le rilancia provocatoriamente dando luogo all'anomalia teorica più vistosa dell'epoca moderna: « ... il pensiero di Spinoza non muove dalla crisi del secolo, ma dal progetto di sviluppo e di articolazione dell'utopia rinascimentale. La crisi non è la sua malattia d'infanzia, ma semplicemente un limite di crescita da superare » (*Ivi*, p. 112).

Il *Trattato teologico politico* è, per Negri, l'opera in cui il pensiero di Spinoza subisce una rifondazione radicale. Affrontare la questione teologico-politica significa — nell'economia della formazione della filosofia di Spinoza — il rifluire dell'impianto metafisico verso un *progetto politico* che è, ad un tempo, realizzazione etica e piano di liberazione umana. In questo contesto — per Negri — Spino-

(88) Cfr. in particolare il capitolo conclusivo, pp. 246-265.

za imposta al critica dei sistemi teologico-politici superando l'orizzonte della critica libertina e scettica, restituendo così alla religione la sua valenza costitutiva; « la funzione della rivelazione è dunque quella di costituire il sociale » (*Ivi*, p. 132). La religione è « illusione potente » nella sua potenza formativa del corpo e della regola sociale. E la ricostruzione della genesi della comunità umana dalla matrice religiosa è, in pari tempo, genealogia della ragione: « ... analisi storico-ermeneutica della ragione. Il lume naturale, intervenendo nell'analisi della Scrittura, illumina la propria genesi storica » (*Ivi*, p. 130).

La storia della religione indicherebbe quindi in direzione dell'avvento della ragione che trionfa nello Stato razionale, che è Stato della libertà e della concordia. I passaggi di tale transizione tra fede e ragione sono per Negri i seguenti. Innanzi tutto, decisivo è il passaggio dalla religione nazionale degli ebrei all'universalismo cristiano. Tale passaggio consiste nella generalizzazione a tutta l'umanità del significato essenziale della fede religiosa e cioè dell'esercizio dell'obbedienza, fondamento dell'esperienza religiosa e condizione della costituzione del corpo sociale: « L'interiorizzazione della coscienza religiosa che si ha con il Cristianesimo, universalizza la definizione politica dell'obbedienza ... Non dunque di una particolare obbedienza, ma dell'obbedienza in generale, forma del politico, elemento costitutivo del consenso » (*Ivi*, pp. 133-134). La religione universale non fonderebbe un particolare sistema politico. Essa non prescrive alcuna affinità elettiva con un regime determinato. L'obbedienza predispone l'uomo ad obbedire, forma in ognuno l'*habitus* del consenso. Ma vi sono varie graduazioni dell'obbedienza. L'aspetto più degenerato e negativo è costituito dalla fede superstiziosa e dalla paura. In tal senso, l'obbedienza superstiziosa sostiene un sistema politico il cui fine esclusivo è il privilegio e la riproduzione del comando: « Sappiamo che il vecchio mondo — scrive Negri — la reazione orangista preme per restaurarlo — che ha la sua base di legittimazione popolare in una certa chiesa ed in una certa teologia, quella della scolastica religiosa e del calvinismo; che l'interesse monarchico organizza il fanatismo popolare e la sua immagine teologica, il finalismo religioso, che è come dire che — la base di legittimazione consiste nell'immaginazione corrotta e senz'altro nella *superstitio* » (*Ivi*, p. 151). Ma l'obbedienza virtuosa, quel modo dell'obbedienza che più approssima l'obbedienza razionale non è l'obbedienza fondata sul *metus* nei confronti del monarca divino ed umano. Mai la paura fonda la vera obbedienza, continua — secondo Negri — a ripetere Spinoza.

Vera obbedienza è quella per la quale l'amore verso Dio implica necessariamente l'amore per gli uomini e fonda un vincolo sociale che l'uomo interiorizza come fine in sé. La *religio catholica* assume quindi il valore e la funzione determinante di forma di vita delle masse ed il vincolo della carità ne definisce la specifica identità. Non religione nazionale — perché l'area della sua valenza è il genere umano — e neppure religione contro lo Stato perché, proprio quel vincolo della carità la pone in sintonia con i valori etici e politici perseguiti dalla comunità politica. Vediamo così — seguendo la schematizzazione di Negri — precisarsi i passaggi cruciali del Trattato: « ... in primo luogo, distinzione dell'immaginazione negativa, che diviene superstizione, dall'immaginazione come positività che diviene obbedienza; l'obbedienza è forma positiva dell'immaginazione perché il suo contenuto è la pace, è la possibilità di stabilire un contratto-consenso tra gli uomini; dunque la pace si pone come base dell'associarsi civile e rappresenta un bene superiore della vita umana; ogni superamento di questi valori, ogni separazione da essi può darsi solo nella forma di una superiore fondazione e realizzazione che è quella determinata dalla ragione. Assistiamo dunque ad uno sviluppo teorico in senso affatto illuministico. La ragione attraversa l'immaginazione liberandone un contenuto di verità, nel mentre l'immaginazione costruisce la positività dell'esistente e, quindi, della ragione stessa » (*Ivi*, p. 135).

4. Conclusioni

Il confronto con Spinoza resta fisiologicamente aperto. Da questo schematico e sicuramente incompleto esame di alcuni momenti della recezione ed interpretazione del pensiero spinoziano deriva la persuasione circa l'impossibilità di « chiudere » Spinoza entro facili quanto fragili classificazioni e standards ermeneutici. È la stessa problematicità e complessità della fase fondativa dell'epoca moderna che costringe ad interrogare Spinoza senza pregiudizi. In tal senso, ogni livello di lettura riconferma in che misura alcune tra le più « pesanti » questioni della modernità vengano impostate e risolte da Spinoza con una lucidità, lungimiranza e radicalità che lasciano sconcertati.

Il pensiero di Spinoza eleva a dignità etica il mondo moderno. Spinoza segue e legge le linee di costituzione della modernità senza

mai mistificarne le contraddizioni. La lezione spinoziana è perciò così *difficile* perché mai essa trasferisce i problemi in un *altrove* utopico-escatologico. La realtà si costituisce e si configura sempre problematicamente. Ed è facendo intensamente leva sui nodi e sulle forze generatrici della problematicità che Spinoza disloca grandi questioni verso un piano in cui l'energia affermativa e la *potentia* delle contraddizioni vengono liberate, non rimosse, mai mistificate.

Così è, soprattutto, per il nesso religione-politica-diritto che, come si è visto, si radica ed implica un orizzonte di problemi storico-materiali e teorici estremamente composito e delicato. Ma la fortissima specificità delle soluzioni spinoziane evidenzia, soprattutto, uno dei nodi fondamentali di interpretazione e di impostazione delle origini del Diritto ecclesiastico, il quale non è soltanto scienza delle colleganze o degli scontri tra Chiesa e Stato, ma — prima ancora — tensione e confronto tra momento religioso e dimensione civile (89).

In ogni caso, la proposta di Spinoza permane provocatoriamente — dopo più di tre secoli — a testimonianza che, forse, quella tensione e quel confronto restano più che mai in questione e fondamentalmente irrisolti, radicati nella profondità della genealogia materiale ed ideale del mondo moderno di cui rappresentano le più *fatali* matrici.

(89) In tal senso chiarissimi risultano i più recenti contributi di vivaci ecclesiasticisti, tra i quali principalmente P. Bellini, C. Cardia, G. Caputo, M. Tedeschi e G. Molteni Mastai Ferretti.

MARGARITA VENTO TORRES
Universidad de Valencia

LA LIBERTAD E IGUALDAD EFECTIVAS
DE LOS MOVIMIENTOS RELIGIOSOS
EN EL ESTADO ESPAÑOL
Y LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

La Constitución Española de 1978 inauguró un nuevo orden jurídico que ha tenido incidencias muy amplias en todos los campos. Uno de ellos ha sido el factor religioso donde, como ha hecho notar la Doctrina (17), el Estado español ha pasado a dar un tratamiento jurídico al ámbito de las relaciones Iglesia-Estado partiendo de supuestos diferentes a los anteriores.

En efecto, el régimen de confesionalidad se ve sustituido por el de libertad religiosa y laicidad, no reconociéndose, por tanto, carácter estatal a ninguna religión (2).

En pocas palabras, el Texto constitucional contempla el fenómeno religioso desde tres puntos de vista:

1º) En primer término, y aunque sea reiterar lo dicho, la inauguración de un Estado democrático de Derecho, que propugna como valores máximos la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (3), non podía abordar el tema religioso sin plantearse una configuración distinta de las relaciones entre el Estado y los distintos grupos religiosos.

(1) Puede verse en este sentido, AUTORES VARIOS. El hecho religioso en la Nueva Constitución española (Pamplona 1984); A. REINA-V. REINA, *Lecciones de Derecho Eclesiástico Español* (Barcelona 1983); I. C. IBAN-A. PRIETO SANCHIS, *Lecciones de Derecho Eclesiástico* 3 (1987).

(2) El artículo 16.3 de la Constitución Española dice expresamente: «Ninguna confesión tendrá carácter estatal», vid. A. MOLINA-E. OLMOS, *Legislación eclesiológica* (Madrid 1987); J. M. GONZALES DEL VALLE Y OTROS, *Compilación de Derecho Eclesiástico español* (Madrid 1986).

(3) Cfr. artículo 1.1 de la Constitución Española. Sobre este particular puede verse el estudio de S. BASILE, *Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas*, en la Constitución Española de 1978 (Estudio dirigido por A. PREDIERI-E. GARCIA DE ENTERRIA (Madrid 1978); G. PECES-BARBA *Los Valores Superiores. Colección Temas clave de la Constitución Española* (Madrid 1984).

2º) Consuecuencia de lo anterior es la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas. Ello constituyó, cabe señalar, uno de los objetivos primordiales a acometer por los redactores de la Constitución.

3º) Esta regulación conlleva la proclamación del derecho de libertad religiosa y junto a él el de libertad ideológica y de cultos, en el artículo 16.1 de la Constitución, como un derecho consustancial a la persona misma en su dimensión individual y social al consagrar este mismo derecho respecto de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas (4).

1. - *La libertad y la igualdad efectivas: imperativo constitucional*

Hemos hecho referencia hasta el momento al supuesto genérico del derecho fundamental de libertad religiosa que opera como presupuesto del reconocimiento por el Estado español de la existencia de grupos o movimientos religiosos que despliegan su actividad amparándose en el mismo. Ello implica para el Estado la adopción de una postura frente a este fenómeno que podríamos calificar de doble: Así, de un lado, el Estado español, deja en libertad a sus ciudadanos para que se adhieran o no a la religión de su preferencia, sea cual fuere su contenido cultural, dogmático o moral. En segundo término el Estado garantiza a cada grupo, comunidad, o confesión su autonomía interna y externa, así como su idiosincrasia. Esto es, el Estado ve constreñido su poder, dado que ni puede ni debe inmiscuirse ni en las conciencias ni en la forma de organizarse los grupos religiosos.

Ahora bien, esta formulación genérica descansa sobre un punto de apoyo fundamental y más que un punto de apoyo podríamos hablar de un imperativo constitucional de obligada referencia, los artículos 9.2 y 14 de la Constitución.

El primero refleja la libertad e igualdad efectivas de los indivi-

(4) El artículo 16.1 dice: «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento de orden público protegido por la Ley». Este artículo ha sido objeto de desarrollo en la Ley 7/1980, de 5 de julio, Orgánica de Libertad Religiosa. (Boletín Oficial del Estado de 24 de julio de 1980).

duos y grupos sociales y su garantía (5). El segundo nos conecta con la problemática específica de la relación o dialéctica libertad-igualdad.

Estos artículos como veremos más adelante, van más allá de la pura formulación teórica, constituyendo, como ya hemos señalado, un auténtico mandato para los poderes públicos en cualquier parte del territorio español.

1. - *Libertad e igualdad efectivas de los individuos y grupos sociales*

El artículo 9.2 de la Constitución española dispone: « Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social ».

Se halla este artículo en plena concordancia con el ya citado artículo 1.1 del Texto constitucional que propugna los valores superiores del ordenamiento jurídico español, entre los que se encuentran la libertad y la igualdad (6). Valores éstos que constituyen la base entera del ordenamiento y por tanto han de presidir toda aplicación e interpretación de las normas jurídicas (7).

Volviendo al artículo objeto de comentario, vemos que aparece aquí la libertad, cualquiera que sea su manifestación como valor supremo que se fundamenta en la dignidad de la persona misma. En cuanto a la igualdad, queda reflejada en este precepto como principio normativo básico del ordenamiento jurídico, si bien su proclamación y consagración constitucional se halla en el artículo 14 de nuestra Carta Magna. Adelantamos la idea por lo que a este principio de igualdad se refiere, que lo que se constitucionaliza supone una igual-

(5) Sobre este artículo pueden verse, entre otras, las siguientes obras, O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978* (Madrid 1978); AUTORES VARIOS, *Comentarios a la Constitución*. Obra dirigida por el Prof. F. GARRIDO FALLA (Madrid 1980); A. E. PEREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Madrid 1984); P. LOMBARDIA, « *El concepto actual del Derecho Eclesiástico del Estado y su marco constitucional* », *Anuario de Derecho Eclesiástico* 1 (1985) 623-675.

(6) Vid. nota 4.

(7) E. GARCIA DE ENTERRIA, « *La Constitución como norma jurídica* », *La Constitución Española de 1978* (Madrid 1981) 144.

dad básica, sin discriminación, que ha de ser necesariamente respetada y que es compatible con toda la gama de distinciones que se recogen en el texto de la Constitución (8).

Por lo que al factor religioso se refiere, el Estado español, como resultado de la interconexión entre los artículos 16 y 9 de la Constitución, actúa reconciliando, garantizando y promoviendo en la sociedad española las condiciones jurídicas que permitan a los ciudadanos y grupos religiosos perseguir finalidades de esta índole sin encontrar prohibición, impedimento o daño por parte de otros ciudadanos o grupos públicos o privados, actuando en esa labor desde la óptica de considerar lo religioso como un factor social más (9).

2. - *La Libertad e igualdad religiosas*

El mandato constitucional a los poderes públicos para promover que las condiciones igualdad y libertad sean reales y efectivas (configuración générica), tiene su auténtica plasmación en el artículo 14 al decir: « Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra circunstancia o condición personal o social ».

Una primera lectura del texto nos lleva a concluir que la Constitución española ampara el efectivo derecho de *todos* a la igualdad, constituyendo a su vez esta proclamación un factor corrector del principio de justicia, en la medida en que su uso abusivo puede engendrar injusticias.

En el concreto campo de lo religioso libertad e igualdad se hallan estrechamente relacionadas. Esto ya fue puesto de manifiesto por el Prof. A. DE LA HERA (10), con anterioridad a la Constitución, al referirse al derecho público de libertad religiosa bajo cuya enumeración « se encontraban dos derechos, el de libertad religiosa y el de igualdad religiosa y no discriminación por motivos religiosos ». Sin embargo existen dos momentos en que una prevalece sobre la otra y al contrario.

(8) J. CALVO ALVAREZ, *Orden público y factor religioso en la Constitución Española* (Pamplona 1984).

(9) En esta línea apunta P. J. VILADRICH, « *Los principios informadores del Derecho Eclesiástico* », en *Derecho Eclesiástico del Estado español* (Pamplona 1984) 172.

(10) A. DE LA HERA, *Pluralismo y libertad religiosa* (Sevilla 1971).

En el primero, la interpretación *strictu sensu* del principio de igualdad en materia religiosa dentro del marco constitucional vendría a significar que forma parte del patrimonio común y radical del ciudadano español así como de los grupos sociales la titularidad, en igualdad de trato, ante la Ley del derecho de libertad, concretamente del derecho de libertad religiosa. Ya hemos dicho que este derecho de libertad religiosa. Ya hemos dicho que este derecho se proclama de *todos*. Es decir, individuos, confesiones, comunidades gozan de idéntico derecho. Ello implica en palabras del Prof. VILADRICH (11) la no discriminación o expresa prohibición de cualquier privilegio, restricción, exclusión o distinción por motivos religiosos que tenga por objeto o resultado la supresión o menoscabo de aquella igualdad en la titularidad y ejercicio único y mismo derecho de libertad religiosa y del resto de derechos y libertades.

Ahora bien, esta igualdad lleva aparejada la exigencia del reconocimiento de las peculiaridades reales de los sujetos de la libertad religiosa, lo cual como se puede apreciar hace que la intervención de los poderes públicos tenga aquí un papel primordial, pues un Estado que desconociera la particularidad propia de cada grupo específico que lo integra, estaría reconduciendo la igualdad a términos de uniformidad. Es claro y ya lo decía el maestro RUFFINI (12) que en términos de igualdad no puede darse a hechos diferentes tratamientos idénticos, sino « a cada uno lo suyo ». Por tanto aquí la igualdad prevalece sobre la libertad.

En esta dirección apunta la Jurisprudencia reiterada de nuestra Corte Constitucional (13) y en este sentido debe apuntar la intervención de los poderes públicos.

No obstante lo anterior cabe hacer una reflexión que nos conduce a pensar la cuestión no queda tan clara pudiendo depender de la interpretación que los poderes públicos vayan a hacer de la aplicación del principio de igualdad, mejor dicho, de los elementos de valor o de juicio que los poderes públicos tengan en cuenta a la hora

(11) P. J. VILADRICH, « *Ateísmo y libertad religiosa* », en la Constitución española de 1978. Revista de Derecho público (1983).

(12) F. RUFFINI, *Corso di diritto ecclesiastico italiano. La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, (Torino 1924), 424.

(13) Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de marzo 1981, (Boletín Oficial del Estado de 4 de abril); Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1982, (Boletín Oficial del Estado de 4 de agosto).

de tutelar real y efectivamente ese doble juego de libertad-igualdad religiosas.

Quizá una instrumentación jurídica *amplia* del reconocimiento de los movimientos sociales y sus respectivas peculiaridades sería lo óptimo a la hora de garantizar su participación y acceso a los distintos campos de actuación en la vida social.

Por el contrario, un constreñimiento en las fórmulas de apreciación de las condiciones para ejercer esa libertad-igualdad efectiva y real, dejaría fuera de escena aquellos grupos y movimientos que no alcanzaran la cota indicada puesta por la Administración.

El Estado español, movido quizá por un afán democratizador en todos los niveles, incluido el religioso, ha iniciado su andadura en este campo con una norma amplia, extensa e imparcial, nos referimos sin duda a la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de Julio de 1980. Esta, pese a la declaración programática de su artículo 1.2, « las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley » (14), contiene en su articulado así como en su desarrollo normativo algunos puntos que podrían obviar el acceso de determinados grupos al sistema de igualdad por aquélla definido. Baste con recordar los artículos 5 y 7 de la citada Ley, que establecen respectivamente la necesaria inscripción de las Entidades religiosas en el Registro creado al efecto en el Ministerio de Justicia (15) para la adquisición de personalidad jurídica civil o la necesidad de algo tan indefinido como el « notorio arraigo » para firmar acuerdos de cooperación con el Estado español (16). Temas éstos que, si bien son comprensibles desde el punto de vista de la igualdad, entendida no como uniformidad, podrían dar lugar a situaciones en algunos casos concretos de manifiesta discriminación al depender de

(14) Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980 (Boletín Oficial del Estado de 24 de julio). Puede verse, M. J. CIAURRIZ, *La libertad religiosa en el Derecho Español. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa* (Madrid 1984).

(15) Real Decreto 142/1984, de 9 de febrero, por el que se crea el Registro de Entidades Religiosas (Boletín Oficial del Estado de 21 de febrero). Sobre este punto véase M. E. OLMOS ORTEGA, « *El Registro de Entidades Religiosas* », en Revista Española de Derecho Canónico 1 (1988) en prensa.

(16) Sobre este particular véase J. LEGUINA VILLA, « *Dos cuestiones en torno a la libertad religiosa: control administrativo y notorio arraigo* », en Revista Española del Derecho Administrativo (1984) octubre-diciembre; A. MOTILLA DE LA CALLE, *Los Acuerdos entre el Estado y las Confesiones religiosas en el Derecho español* (Barcelona 1985).

la « amplitud interpretativa » de la Administración la optimización del status jurídico para el pleno reconocimiento de determinados grupos o movimientos.

2. - *El principio de igualdad y libertad en cualquier parte del territorio del Estado*

Hemos visto en los puntos anteriores la exigencia del mantenimiento y promoción de la libertad e igualdad en el Estado español que contiene nuestra Constitución de 1978.

Ahora bien, el propio Texto constitucional, no conforme con su declaración genérica en los artículos 9.2 y 14, resalta, o mejor dicho, hace hincapié en que el régimen básico de derechos y libertades garantizados por él mismo debe hacerse efectivo en cualquier parte del *territorio del Estado*. Pero es más, debe hacerse efectivo en *condiciones de igualdad*. De este modo lo indica expresamente el artículo 139.1.:

« Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado ».

Obviamente esta explicitación genérica viene referida al hecho de que hoy día la organización territorial del Estado español se fundamenta en el principio de autonomía de las « nacionalidades y regiones que lo integran » (17). Autonomía que supone una división vertical del poder estatal que se atribuye a diversas instancias o niveles territoriales.

Estas instancias son, de un lado la central o del Estado y de otro la autonómica, o de las Comunidades Autónomas definidas por el Tribunal Constitucional (18) como « Corporaciones públicas de base territorial y naturaleza política dotada de autonomía cualitativamente superior a la administrativa ».

De esta manera, se realiza una función esencial en un Estado compuesto: lograr la unidad constitucional, de manera que el régimen de derechos y libertades contenido en la Constitución resulte de

(17) Artículo 2º de la Constitución Española; Título VIII de la Constitución Española: « De la Organización Territorial del Estado ».

(18) Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1981, de 14 de julio y Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 de febrero, cfr. E. AJA Y OTROS, *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas* (Madrid 1985) 82.

aplicación a todos los ciudadanos y grupos sociales, evitando que la existencia de una pluralidad de instancias estatales se puede traducir en la introducción de un factor de discriminación territorial. La Constitución goza de aplicación directa en todo el territorio (19) y, por tanto, los ciudadanos, sea cual sea su lugar de nacimiento o residencia y los grupos o movimientos, sea cual sea su ámbito territorial de operatividad, ostentan una misma posición ante los poderes públicos, centrales o autonómicos, posición en la que se ha de incluir especialmente el régimen básico de libertades y derechos garantizados por la Constitución. (Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1981, citada, Fundamento jurídico 5).

1) *Especial referencia al mantenimiento de la libertad e igualdad efectivas en las Comunidades Autónomas*

Todo lo que hemos dicho hasta ahora puede darnos una idea a nivel « Estado » de la efectividad en la aplicación de los imperativos constitucionales marcados por los artículos tantas veces citados, 9.2 y 14. Pasemos ahora a analizar este mismo hecho o mejor dicho, este mismo mandato del Constituyente en el ámbito autonómico.

a) *El derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones. Breve análisis*

Para empezar, y no siendo el ánimo del presente trabajo hacer un estudio pormenorizado de la organización territorial del Estado español (20), tema éste que consideramos más propio de otras disciplinas jurídicas, haremos un breve apunte para una mejor comprensión del objeto de nuestro trabajo.

(19) E. GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma jurídica...* cit.

(20) Sobre la organización territorial del Estado y el régimen autonómico español existe abundante bibliografía, entre otros, S. MUCHOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas* (Madrid 1982) I, (Madrid 1984) II; E. GARCIA DE ENTERRIA, *Estudios sobre Autonomías Territoriales* (Madrid 1984) E. AJA Y OTROS, *El sistema jurídico...* cit.; AUTORES VARIOS, *Organización Territorial del Estado* (Comunidades Autónomas, Instituto de Estudios de Administración local IEAL (Madrid 1983); J. LEGUINA VILLA, *Escritos sobre Autonomías Territoriales* (Madrid 1984). Es también importante tener en cuenta el Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías y los Acuerdos autonómicos de 31 de julio de 1981, en J. TORRONS, *Legislación sobre Comunidades Autónomas* (Madrid 1982) I.

El sistema constitucional español prevé, como ya se ha dicho, la creación de Comunidades Autónomas. El proceso concreto de acceso y configuración del Ente autonómico lo remite el propio Texto Constitucional a la voluntad de las colectividades que desean constituirse en tales, las cuales a través de los diversos mecanismos establecidos en los artículos 143, 144, 151, Disposición Transitoria Segunda, Cuarta y Quinta, Disposición Adicional Primera de la Constitución, podrán constituirse en Comunidad Autónoma mediante la aprobación del correspondiente Estatuto de Autonomía, norma institucional básica del autogobierno (21).

Este último, se configura pues, en la pieza clave que traduce en realidades concretas la potencialidad constitucional en la construcción de una nueva organización territorial del Estado.

Sin entrar a debatir las vías de acceso a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran el Estado español, cabe señalar que los mecanismos a los que hemos hecho referencia en un momento anterior vienen a responder, sin duda, a la propia diversidad de los territorios que pueden alcanzar el régimen autonómico, lo cual imposibilita el tratamiento uniforme y general y exige la contemplación de situaciones particulares, y en especial, de su inicial voluntad y capacidad de autogobierno. Piénsese en el caso concreto de aquéllas regiones que en un tiempo no muy lejano a nosotros, como es el período de la II República Española (1931-1934), plebiscitaron Estatutos de Autonomía, tal es el caso de Cataluña. También de aquellos territorios en los que existe un Derecho especial como es el caso del territorio foral de Navarra, o de aquéllos no integrados en la organización provincial, así Ceuta y Melilla (22).

Es por ello por lo que la diversidad de vías de acceso se traduce

(21) Las Leyes que aprueban los Estatutos de Autonomía son Leyes Orgánicas, definidas en el artículo 81 de la Constitución y cuya especialidad radica en la exigencia de mayoría absoluta del Congreso en votación final sobre el conjunto del Proyecto, para su aprobación, modificación o derogación. La utilización de esta técnica legislativa se halla limitada por razón de la materia. Así el citado artículo 81 dice « Son leyes orgánicas relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y demás previstas en la Constitución ».

(22) Vid. Disposición Transitoria Segunda, Disposición Adicional Primera y Disposición Transitoria Cuarta, y artículo 144 b. y Disposición Transitoria Quinta, respectivamente, de la Constitución Española.

también en una diversidad de ritmos en el logro de la plena autonomía, o lo que es lo mismo, a la asunción por las Comunidades Autónomas del máximo nivel de competencias que permite la Constitución Española.

De acuerdo con lo que acabamos de exponer, creemos que debe hacerse notar en este punto que el sistema de distribución de competencias establecido en nuestra Ley Fundamental es el denominado de « doble lista », a diferencia de otros sistemas, como es el caso italiano, que parte de un Estado Unitario que se regionaliza y así la Constitución de 1947 establece una única lista de competencias que corresponden a las Regiones.

Este carácter doble se halla contenido respectivamente en los artículos 148.1 y 149 de la Constitución española. El primero señala aquellas competencias que las Comunidades Autónomas podrán asumir desde un primer momento. Así se dice expresamente « Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias ... » El artículo 149, determina qué competencias corresponden en principio al Estado central, sobre las cuales, en determinadas ocasiones, las Comunidades Autónomas podrán a su vez ejercer como propias algunas no reservadas *expresamente* a aquél » (23).

Como es obvio esta duplicidad no tiene en sí el valor de diferenciar entre competencias estatales y autonómicas, como a primera vista parece deducirse, sino el de señalar un lapso temporal — cinco años de acuerdo con lo establecido en el artículo 143 de la Constitución Española — para acceder a un nivel de autonomía superior. Por tanto convenimos con el Profesor AJA (24) en afirmar que no es legítimo hablar de diferentes clases de Comunidades Autónomas, sino de diferentes ritmos de asunción de competencias.

b) *Relación competencias de las Comunidades Autónomas-Libertad e Igualdad de los movimientos religiosos.*

La importancia de toda esta cuestión, que hemos creído necesario reflejar aquí, estriba en el hecho de que, como veremos, el modo que tienen las Comunidades Autónomas de hacer efectivas la igualdad y libertad de los movimientos y grupos religiosos que existan

(23) S. MUÑOZ MACHADO, *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas* (Madrid 1984).

(24) E. AJA Y OTROS, *El sistema ... op. cit.* 96.

en su respectivo territorio, vendrá condicionado por las competencias que en las materias respectivas hayan asumido en el correspondiente Estatuto de Autonomía. Es más, existirán determinadas materias en las que el Estado ostentará la competencia exclusiva y sobre las que las Comunidades Autónomas no podrán ejercer potestad alguna, o bien en caso contrario podrán ejercerlas todas, o bien alguna de ellas que el Estado no se haya reservado expresamente, dependiendo siempre del techo competencial que hubieren alcanzado.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/1981 de 16 de Noviembre (25), recoge estas ideas: « ... la potestad de dictar normas de que las Comunidades Autónomas gozan, hacen de nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos (obviamente de los grupos) en las distintas partes del territorio nacional ».

Esta posición no puede negarse partiendo de la interpretación del artículo 139.1 en relación al principio de igualdad, sino más bien al contrario. Baste recordar lo que ya se ha apuntado con anterioridad en la problemática igualdad-uniformidad y que es de plena aplicación a esta cuestión, entendiéndola en términos de igualdad territorial-uniformidad territorial.

Sentado esto, el problema a dilucidar consistirá en determinar cuándo la actuación de una Comunidad Autónoma viola este principio de igualdad y libertad efectivas, ésto es, cuando su actuación representa la introducción de unas diferencias que se hayan de considerar discriminatorias, y por tanto, ilegítimas. La cuestión la sitúa el Profesor AJA (26) en términos precisos: « el principio de igualdad — dice el citado autor — no se traduce en una desapoderamiento de las Comunidades Autónomas, en una prohibición de actuar cuando ésta actuación afecte a los derechos, libertades u obligaciones de los ciudadanos, sino en un límite negativo del ejercicio del poder de las Comunidades Autónomas, de manera que su actuación no puede alterar el estatuto jurídico-constitucional básico que se garantiza a los ciudadanos y grupos sociales, a sus posiciones jurídicas fundamentales (27).

(25) *Ibid.* 89.

(26) *Ibid.* 89.

(27) En este sentido apunta el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981, de 16 de noviembre.

2) *Referencia expresa a la libertad e igualdad en los Estatutos de Autonomía* (28).

Es claro que si los Estatutos de Autonomía constituyen la norma institucional básica de las Comunidades Autónomas, es necesario que en ellos se contenga, de alguna manera, una referencia expresa a los derechos y libertades fundamentales y a su promoción por los poderes públicos institucionales.

Ya hemos visto, por otro lado, que ello deriva de la propia Constitución cuyo mandato imperativo lo encontramos en el artículo 9.2 ya analizado.

No se trata tanto aquí de reproducir el contenido literal de los artículos correspondientes a los respectivos Estatutos aprobados cuanto de dar una visión general de la regulación autonómica.

Siendo así, es una constante en los Estatutos de Autonomía, correspondientes a las 17 Comunidades Autónomas en que territorialmente se organiza el Estado español (29), al menos un precepto relativo a los derechos y libertades de los ciudadanos y grupos sociales afectados por su ámbito de aplicación respectivo. Todos los Estatutos han querido contener su « parte dogmática » aunque sea por el simple procedimiento de remitirse en esta materia a la Constitución. De una manera genérica se dice que los derechos y libertades de los residentes en esa determinada Comunidad Autónoma

(28) Para la realización de este punto se ha seguido especialmente los trabajos de los Prof. R. SANCHEZ FERRIZ, « *Derechos y libertades públicas en los Estatutos de Autonomía* », en *Revista de Estudios Autonómicos* (Valencia 1986) 4 enero-abril 90-116; M. MARTINEZ SOSPEDRA, « *Artículos 1.1, 1.2 y 2* », en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma Valenciana*, dirigidos por R. MARTIN MATEO, *Instituto de Estudios de Administración Local IEAL* (Madrid 1985) 58-61; P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, « *Significado de las normas programáticas en los Estatutos de Autonomía* », en *Los procesos de formación de las Comunidades Autónomas, aspectos jurídicos y perspectivas políticas* (Granada 1984) I; L. MARTIN RETORTILLO BAQUER, « *Derechos y libertades Fundamentales* » en *Organización Territorial del Estado ... op. cit., III*.

(29) En efecto, la construcción del Estado de las Autonomías culminó con la configuración de 17 Comunidades Autónomas que plebiscitaron, gradualmente, Estatutos de Autonomía por las diversas vías ya apuntadas. Estas Comunidades Autónomas en que actualmente se organiza el Estado español son: Andalucía, Asturias, Aragón, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-León, Castilla-La Mancha, Cataluña, Extremadura, Galicia, Madrid, Murcia, Navarra, La Rioja, País Vasco, Comunidad Valenciana.

son los mismos que los establecidos y garantizados en la Constitución.

Junto a esta declaración general, existe una cláusula que en términos idénticos viene a plasmar el contenido del artículo 9.2 del Texto Constitucional, con una voz igualmente imperativa, hace depender del órgano institucional básico representante del poder público en la respectiva Comunidad Autónoma el mantenimiento y promoción de las condiciones necesarias para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

Cabe resaltar el hecho de que si bien el texto de los 17 Estatutos en su articulado es plenamente coincidente en esta transcripción (prácticamente idéntica a la del texto de la Constitución Española), el artículo 11.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía incluye, además de la garantía a los individuos y grupos, el respeto a las « *minorías* » que residen en Andalucía (artículo 11.2). Lo cual es significativo para el tema que nos ocupa.

Realmente, como pone de manifiesto la Profesora SANCHEZ FERRIZ (30) a la hora de hacer una valoración general del significado y función de los preceptos autonómicos indicados, la preocupación doctrinal no ha sido excesiva, no obstante podemos agrupar la postura en dos vertientes opuestas:

La primera de ellas vendría a relacionar aquellas posturas que entienden que nada cambiaría si tales normas desaparecieran porque su incorporación responde a propósitos de emulación estatutaria y porque el artículo 139.1 y 149.1.1. de la Constitución, ya citados, sustraen de las competencias de las Comunidades Autónomas las materias que en los artículos citados se contienen. Dicho de otro modo, las Comunidades Autónomas no tendrían potestad para regular las condiciones precisas para que la libertad e igualdad a que aluden sus Estatutos fueran reales y efectivas (31).

Dentro de esta postura de « ineficacia » de la regulación estatutaria, hay quien va más lejos y cree que los Estatutos de Autonomía presentan un sistema considerablemente inferior al constitucional (32).

(30) R. SANCHEZ FERRIZ, « *Derechos y libertades ...* » op. cit., 98.

(31) R. SANCHEZ BLANCO, *Comentarios al Estatuto de Castilla-León*. Instituto de Estudios de Administración Local IEAL (Madrid 1985) 74 y ss.

(32) R. MEDINA RUBIO, « *La protección de la libertad en los Estatutos de Autonomía; en la Organización Territorial ...* » op. cit., 2124-2125.

Le segunda, con mayor optimismo, ve con acierto la plasmación de las cláusulas de protección y garantía de los derechos y libertades y la genérica del 9.2 de la Constitución en los Estatutos Autonómicos. Así, el Profesor LUCAS VERDU (33) al comentar el artículo 9 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, indica que « los derechos que en él se reconocen no son una « addenda » artificial a los reconocidos en la Constitución, ni algo contradictorio con ella, sino una prolongación natural, coherente, de los derechos reconocidos por la Constitución Española al ámbito territorial del País Vasco ».

Así pues, como mínimo, los preceptos estatutarios relativos a derechos y libertad e igualdad efectivas son « un recordatorio útil » cuya ausencia en nada perjudicaría pero cuya inclusión no está de más. Ahora bien, quizá quepa subrayar que la cuestión de su superfluidad estará en relación con la aplicación práctica que de los mismos se haga. De nada sirven las normas si no se llevan a la práctica y más cuando en las mismas se contienen o recuerdan, como es éste el caso, necesidades más inmediatas.

Además de esto, las tesis favorables a su inclusión entienden que el deber contenido en los artículos relativos a la promoción de la igualdad sustancial, constituye al tiempo una norma suprema del Ordenamiento general y una norma suprema del Ordenamiento territorial concreto (34). En este sentido nuevamente el Profesor LUCAS VERDU (35) señala que la presencia de las normas de referencia en los Estatutos de Autonomía, debe relacionarse con la esencia de la autonomía que la Constitución española reconoce a las Comunidades Autónomas. Autonomía que implica desde el punto de vista sustancial « poderes de dirección para ejercerla en el ámbito de sus respectivas competencias ».

Con lo cual en el ámbito de la Comunidad Autónoma respectiva nada obsta para que las condiciones de igualdad y libertad de los grupos y movimientos alcancen plenitud y efectividad, sin acudir a instancias « centrales » para que ese reconocimiento sea realizado en el ámbito expreso donde los movimientos o grupos operan de hecho.

(33) P. LUCAS VERDU, « *El artículo 9 del Estatuto de Autonomía del País Vasco en el marco del Ordenamiento constitucional español. Los derechos y deberes de los ciudadanos vascos* » cit. por R. SANCHEZ FERRIZ, *Los derechos...* op. cit., 98.

(34) M. MARTINEZ SOSPEDRA, « *Artículo 2* », *Comentarios al Estatuto...* op. cit., 99.

3) *Valoración final*

A la vista de todo lo dicho, y ya para finalizar, podemos afirmar que la inclusión en los Estatutos de Autonomía de una disposición que en términos idénticos a los del artículo 9.2 garantiza la libertad y la igualdad de los respectivos ciudadanos y grupos sociales ha de interpretarse desde la perspectiva del Estado social y democrático de derecho, pues si es cierto que ello se predica del Estado todo y único, de manera que inspira toda medida política y legislativa de carácter general, no es menos cierto que la realidad depende, en última instancia, de la aplicación concreta que tales políticas tengan en los espacios más inmediatos donde radican los grupos y movimientos.

Entre las funciones típicas del Estado social hay que destacar aquí la de carácter asistencial entendida como gestión de toda clase de prestaciones, servicios y asistencias destinadas a asegurar las condiciones fundamentales de la existencia de la persona en si considerada o en sus relaciones con los demás, es decir, en colectividad. Y es, en definitiva, en la Comunidad Autónoma donde los ciudadanos y movimientos en los que se agrupan tienen su espacio vital y allí donde se le ha de aplicar directamente una política social, educativa, etc, que ampare su libertad e igualdad plenas.

Parece pues, en conclusión, como afirma la Profesora SANCHEZ FERRIZ (36), que los Estatutos, aparte de recoger la cláusula del artículo 9.2 de la Constitución española que, en todo caso, obliga pero en modo general e indeterminado, han puesto a sus instituciones, y consecuentemente a las fuerzas políticas que, por efecto de la elección vayan regentando sus poderes, un programa de gobierno con objetivos prioritarios cuya realización no cabe posponer ni negociar.

Universidad de Valencia

(36) R. SANCHEZ FERRIZ, *ibid.* 104.

EUCLIDE ANTONINI

IL TRIBUTO NELLA STORIA
QUALE PRESENZA NEGLI SCRITTI DI POLITICA,
DI MORALE E IN GENERE NELLA LETTERATURA
NON TRIBUTARIA *

* Per la specifica storiografia sui tributi segnaliamo: JEAN, JULES CLEMAGERAN, *Histoire de l'impôt en France*, Paris, Librairie de Guillaumin et C^{ie} v. nell'edizione italiana CEDAM, Padova, 1961. V. altresì WAGNER ADOLPHE, e DEITE, *L'histoire de l'impôt en France, depuis l'antiquité, jusqu'à nos jours*, I, *Depuis l'antiquité jusqu'à 1815*. II. *Depuis 1815 jusqu'à 1910*. Paris, Ed. Giard 2 voll. . . . anno.

L'importanza dei tributi nell'evoluzione e nei mutamenti degli assetti politici interni e internazionali è più volte emersa nella storia.

« Se consideriamo la storia delle rivolte e delle rivoluzioni ci rendiamo conto che nel loro insieme esse hanno avuto origine in un principio, che fra tutti è il meno adatto a giustificare la disubbidienza dei sudditi e il rovesciamento dello Stato.

« Mi riferisco al principio della felicità ».

« Le Nazioni hanno sempre perdonato più volentieri ai sovrani attentato alla loro natura razionale, attacchi ai diritti dell'umanità, perfino alle leggi fondamentali dello Stato, che una diminuzione della felicità, o comunque qualsiasi altra invasione in una sfera che è in qualche collegamento con questi potenti impulsi di nostra aspirazione e di ogni nostra attività.

« *Aumento di tasse o di dazi*, introduzione di diritti di bollo sono le cause che hanno spinto i popoli alla disobbedienza e alla resistenza contro i loro sovrani legittimi » (1). Così scriveva il Feuerbach.

Queste considerazioni del Feuerbach ci riconducono ovviamente a quelle pagine dei giuristi che hanno con varie, ma sostanzialmente identiche espressioni, posto in evidenza il coinvolgimento umano nel diritto e, per quanto ci riguarda, il coinvolgimento del diritto tributario sull'agire umano e sul suo esistere.

Ed ancora una volta, senza pretesa di attribuirci una cultura storica ma tuttavia nella convinzione della non inutilità di alcuni sommi riferimenti storici, va ricordato come uno dei più drammatici eventi politico-sociali che turbarono l'Impero Romano sotto Giustiniano fu la rivolta che nel 532 vide solidali i due partiti, tra di loro avversari, dei verdi e degli azzurri accorsi totalitariamente nell'Ippodromo di Costantinopoli a protestare con violenza contro l'inasprimento delle imposizioni del quale fu responsabile

(1) PAUL-JOHAN ANSELM FEUERBACH, *Antihobbes*, trat. ed. Milano 1972 pag. 5. L'Autore ricorda ancora che per questi motivi, cioè per il tributo, gli Spagnoli si ribellarono a caro prezzo e come Bacone da Verulano scrisse che dalla plebe non sarebbe mai venuta rivolta se non a cagione del gravame dei tributi.

sul piano attuativo e tecnico Giovanni di Cappadocia Ministro delle finanze di Giustiniano.

La rivolta fu sedata con largo spargimento di sangue da Belisario e in relazione al cedimento dell'imperatore di fronte a questa violenza fu destituito sia Giovanni da Cappadocia che il giurista Trigoniano artefice del Digesto sotto gli ordini dell'Imperatore.

E con riferimento alla presenza del tributo fuori della letteratura economico-finanziaria ricorderemo che *Rousseau* esprimeva la sua ferma convinzione che « non è sulla quantità delle imposte che bisogna misurare quest'onere, ma sul cammino che esse devono fare per ritornare sulle mani dalle quali sono uscite » (2). Il Rousseau dunque enunciava in altra sede una delle opinioni della scienza delle finanze sulla causa *impositionis*. E, ricordiamo tra i più famosi e autorevoli economisti del XIX secolo Adolph Wagner (3).

Ed ancora più emarginato dalla sua sede scientifica e storiografica specialistica leggiamo di prestazioni patrimoniali in genere e di imposte in particolare nel « Le memorie per servir alla vita » di Voltaire, scritte da lui medesimo (4).

Non potendoci anche a questo proposito e in questo riferimento andare oltre i brevi cenni compatibili con le finalità di queste brevi pagine ci limitiamo a ricordare che Voltaire riferiva che sotto il dominio di Federico Guglielmo di Prussia (e siamo nel 1770!) quando una donna partoriva i genitori dovevano pagare una tassa. Altri episodi potrebbero essere qui riferiti ma il segnalato limite ce lo impedisce.

Tuttavia, va ricordata quella letteratura che tra il serio e il faceto, sostenuta da un'apprezzabile cultura, è stata dedicata all'impo-

(2) JEAN - JACQUES - ROUSSEAU, *Il contratto Sociale*, ed. Einaudi, 1966, pagg. 107-108; dello stesso autore ricordiamo la tesi della relazione circolare tra le imposte e i prestiti pubblici essendo le imposte prelevate dai minor abbienti per essere utilizzate nel pagamento delle imposte. v. *Discorso sull'Economia Politica* ed. Laterza, 1971, pag. 141. (L'Autore si riferiva all'Inghilterra).

(3) A. WAGNER, *La Scienza delle Finanze compilata in base ai principi fondamentali della Scienza delle Finanze* v. in Biblioteca dell'Economista, serie III, vol. III, p. I, p. - ed UTET-Torino 1891, p. 932 nel quale si indica la « corresponsività » quale causa *impositionis*.

(4) M. DE VOLTAIRE, *Mémoires pour servir a la vie de M. De Voltaire écrits par lui-même*, Ed. Mercure de France, édition présentée par Jacques Brenner, 1965, pp. 22 e segg.

sizione. Il Puviani (5) ad es. esordisce ricordandoci che a pag. 205 dell'Economia del Medio Evo del Cibrario si narra che fra « le istruzioni che un tedesco dava a Carlo IV vi era quella di aver cura di entrare in una città facendo gridare « muoiano le gabelle e i dazi » sicché l'imperatore captava immediatamente il benvolere del popolo. Quelle parole, dice il Cibrario « accenderanno i cuori dei cittadini e il popolo adorerà il suo nome ».

Sotto altro versante la storiografia del prelievo patrimoniale imposto ci coinvolge nelle pagine di storia politica, di storia militare e ovviamente di storia economica. La varietà delle forme impositive, del relativo oggetto e della diversa incidenza del prelievo, le relative motivazioni contingenti e occasionali, le finalità dell'imposizione (talvolta solo indirettamente riferibili alle esigenze della pubblica finanza) esercitano un fascino che gratifica quanti incontrano nel loro viaggio culturale la grande e fantasiosa vicenda della imposizione (6). Confisca dei beni anche allo scopo di abbattere gli avversari politici e di compiacere alla folla sempre invidiosa dei grandi (7).

Come ancora diremo nelle pagine che immediatamente seguono, la storia e, quindi, anche la storia dell'imposizione, si ripete nella sua sostanziale identità invano celantesi nelle formalità diverse.

Lo Jehring, nella nota e fondamentale opera (dal significativo titolo « Lo scopo nel diritto », che già ne denuncia l'orientamento metodologico), sotto la « Rubrica del capitolo VIII (" La meccanica sociale ovvero le molle del movimento sociale: la coercizione ")», osserva che " l'uomo scoprì che il nemico non doveva essere annullato ma conservarlo per trarne un utile ". Il popolo vinto non viene condotto in schiavitù ma paga un tributo, cioè si compra la libertà » (8).

Il trattato dell'economia di Aristotele, Libro II, ci fa conoscere che i Re per acquisire ricchezze si facevano inviare mercanzie dai Satrapi a titolo di imposta. Il Re rivendeva poi tali merci rendendo quindi queste in denaro acquisendolo all'Erario (9).

(5) AMILCARE PUVIANI, *Teoria dell'illusione finanziaria*, Ed. ISEDI, 1973.

(6) Si veda la recensione di ATHNASE I SBAROUNIS, dell'opera di ANDRÉ M. ANDRÉADÈS, *Fondateur de la Science de finances en Grece*, Paris, Librairie du Recueil Sirey 1936, riferita in *Rivista di storia economica*, diretta da Luigi Einaudi, Anno II, 1937, Giulio Einaudi Editore, Torino, pp. 55-57. L'opera dell'Andreades, *Storia delle Finanze Greche*, è tradotta dalla Casa Ed. Padova 1961.

(7) ATHNASE I SBAROUNIS, *op. ult. cit.*

(8) JHERING, RUDOLPH VON, *Lo scopo nel diritto*, Einaudi Ed., 1972, p. 180.

(9) V. nell'Edizione Laterza, 1^a ed. 1967, nella Collana Piccola Biblioteca filosofica Laterza.

Ed ancora, trattando della fantasia che da sempre alimenta il potere impositivo, rileggiamo il Puviani (10) che, con apparente distacco ironizza il disvalore dell'agire del potere impositivo. In particolare in questo contesto riteniamo significativo quanto scritto dall'Autore sulla ipocrisia delle Amministrazioni finanziarie che, per dirla con Voltaire, usano l'ipocrisia quale segno di omaggio che il vizio presta alla virtù. E come non dar ragione al Puviani quando nel paragrafo intitolato « Mezzi d'attenuazione del peso di imposte ingiustamente pagate » così dice: « Una speciale connessione cogli spendenti di politica finanziaria ora discorsi, si riscontra in un offrire al contribuente, il quale sia stato dagli agenti fiscali obbligato a pagare ingiustamente più del dovuto, tali mezzi di ricorso e di risarcimento, che in realtà si risolvono per lui in un aggravio maggiore di quello cui fu illegalmente sottoposto.

« Se, chi ha dovuto pagare per una tassa o per un'imposta una mezza lira indebitamente, abbia l'obbligo di chiederne la restituzione su un foglio di carta da bollo da sessanta centesimi, è cosa quasi certa che preferirà di rinunciare al ricorso, che costituisce per lui la pena maggiore. Anche a parità d'altezza fra la somma indebitamente sborsata a titolo d'imposta e la somma, a cui dovrà sottostare per avere giustizia, gli atti che il cittadino dovrà compiere in quest'ultimo caso costituiscono una pena maggiore della pena prodotta dalla imposta indebitamente pagata e ciò perché si rende necessario il dispendio attuale, immediato di una nuova somma, la quale è definitivamente perduta, mentre la quota d'imposta da restituirgli si rappresenta una ricchezza prospettiva, e già per questo solo di un valore attuale minore. Ma anche quando il ricorso può essere fatto in carta libera e non imponga il pagamento d'una nuova tassa, possono sollevarsi contro al contribuente dall'uomo di Stato, in via diretta ed indiretta, tali difficoltà, che per essere vinte richiedano un sacrificio maggiore della rinuncia all'eccesso dell'imposta pagata. Queste difficoltà si debbono vedere soprattutto nel moltiplicarsi delle disposizioni di diritto e di procedura, cui si deve aver riguardo e che hanno per effetto, oltreché di rendere incerto l'esito della domanda, anche di costringere il postulante a spese cospicue per emolumenti ad avvocati, notai, periti ecc. Gli è quando le leggi e i gradi di giurisdizione e la loro diversa qualità hanno raggiunto un alto

(10) Op. cit., pag. 152.

grado di complicazione, gli è allora che il fisco, colle apparenze più democratiche, può rinunciare a qualsiasi contribuzione, in occasione del riscosso indebitamente, colla certezza che milioni di lire ingiustamente incassate, non gli verranno chieste. Ed intanto non si può dire che lo Stato si rifiuti di far giustizia ».

« Non vi sono infatti le leggi e i tribunali a cui ricorrere? Chi vi rinuncia ha tutta l'aria di aver presa una deliberazione spontaneamente. Egli stesso, pur rinunciando a chiedere ciò che gli è dovuto, sa che potrebbe agire diversamente, che vi sono dei mezzi per far valere i suoi diritti, che potrebbe dare una lezione a quel tale agente o a quella tale commissione, che egli non è vittima che del suo particolare tornaconto e ciò vale a rendergli assai meno grave la perdita subita ».

Può sembrare che questa non sia la sede per esprimere giudizi di valore su questa condotta che tuttora permane, di una condotta che consente allo Stato di dilazionare sine die i rimborsi dell'indebitato, a noi sembra invece che non ci si dovrebbe sottrarre all'obbligo di esprimere giudizi di valore nel contesto di un discorso didattico e comunque culturale. La scuola, al di là di ogni oratoria, non dovrebbe limitarsi alla formazione dell'uomo di cultura o del tecnico, ma dovrebbe concorrere a formare anche la morale del cittadino, di quella morale di cui avrà bisogno quando la sorte lo dovesse destinare al governo del Paese.

Sin qui, come premesso, non abbiamo fatto neanche un minimo cenno alla storia dei tributi sia perché tale impegno e al di fuori e ben oltre le nostre capacità, sia perché a questo fine specifico è sufficiente far cenno alla storiografia specifica concernente i tributi.

Continuiamo invece nel parlare delle pagine le più diverse per oggetto che pur fanno riferimento al fenomeno impositivo. E così, ad esempio, ci riferiamo alle parole di Ludovico Antonio Muratori, dedicate all'argomento della « Pubblica felicità » capitoli XXII e XXIII (11).

In queste pagine si legge: « Non può sussistere lo Stato, sia monarchico, sia di repubblica, senza gravi spese, tutte necessarie al mantenimento del principe e al buon regolamento e difesa del Paese:

(11) V. *Dal Muratori al Cesarotti - Tomo I Opere di Ludovico Antonio Muratori, a cura di Giorgio Falco e Fiorenzo Forti*. Riccardo, Ricciardi Editore, Milano-Napoli, pagg. 1658-1678.

e per conseguente giusti ancora e necessari si riconoscono i tributi. Se questi sono discreti, se ben posti e regolati colla dovuta proporzione e senza avanie, ha quel popolo da tener se stesso ben privilegiato. Se poi le circostanze delle guerre e d'altre calamità aumentassero di troppo la dose degli aggravii, ha da umiliarsi sotto la mano di Dio e chiedergli il dono della pazienza. *Per altro i principi buoni, per quanto mai possono, si guardano dall'accrescere i tributi, perché sempre ricordevoli d'aver Iddio dato loro i popoli, perché li trattino non già da schiavi ma si bene da figli.* Contuttociò non lasciano anche i migliori principi d'essere sovente esposti alle suggestioni di chi spera di farsi gran merito coll'insegnare nuove vie di smugnere il sangue de' sudditi; e caso mai che di tali tentatori scarseggiasse il Paese, mancano forse forestieri (tali son d'ordinario costoro) che accorrono per insegnare e persuadere il mirabil segreto di stendere sempre più la giurisdizione del fisco sopra le sostanze del popolo? Fu scritto che al padre del regnante Federigo III re di Prussia sui principi del suo governo si presentò uno di questi alchimisti, per proporgli non già la maniera di far l'impossibile *lapis philosophorum*, ma la cotanto facile di cavar più oro dalle borse de' sudditi suoi ».

Ci ricordava il Fuerbach i processi rivoluzionari come effetti della imposizione, ci viene ancora ricordato che « una delle principali se non addirittura la principale, delle crisi dell'ancien regime, o almeno quello che più direttamente condusse alla messa in moto del processo rivoluzionario è la mancata riforma fiscale e finanziaria » sotto il Regno di Luigi XVI. Così leggiamo in PAOLO ALATRI, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del 700* (12).

Del tributo, inoltre ed ovviamente, non può disinteressarsi il sociologo e soprattutto un sociologo della vastità di cultura, e di ampiezza di riferimenti storici quale è Max Weber. Ed infatti quest'ultimo si sofferma a distinguere tra prelievo tributario dovuto per il semplice fatto di essere *parte della comunità* (e con ciò viene enunciata una dei tanti fondamenti della cosiddetta *causa impositionis*, e cioè il principio di *solidarietà*) e prelievo invece che è motivato dal semplice *partecipare a certi vantaggi* o possibilità della comunità.

E cioè, spiega ancora Max Weber (13), secondo il principio

(12) Laterza Editore, 1977, pag. 276.

(13) MAX WEBER, *Economia e Società*, Edizioni in Comunità, 1968, vol. I pag. 350-351.

di una speciale remunerazione della prestazione » (in questa considerazione affiora in maniera evidente l'altro fondamento della causa impositionis e cioè il principio di corrispettività al quale fa cenno (e se ne parlerà ancora) anche il Wagner (14).

Quest'ultimo tipo di tributi (osserva con convinzione tecnica Max Weber), sono da qualificare *tasse in senso tecnico*, così enunciando un *nomen iuris* che deriva da una classificazione terminologica dovuta alla dottrina economica e da questa trasferitasi alla terminologia giuridico-tributaria.

Si noti che a nostro parere il principio di corrispettività che per l'A. sarebbe a base delle tasse è un principio che ha fatto discutere e fa discutere ancora, perché, secondo alcuni Autori, ed anche per noi per le tasse si potrà parlare di *correlatività* ma non di *corrispettività* (15).

Mantenendo la premessa che della presenza del tributo nella storia qui verrà detto al di fuori della storiografia specialistica che lo riguarda ci sembra coerente fare un sobrio riferimento anche a talune opere d'arte aventi ad oggetto non immediato e specifico il tributo evocandolo in modo del tutto marginale che però ad un'attenta lettura si coglie in tutta evidenza.

Il Gambrich nella notissima sua « Storia dell'arte » raccontata dal detto Autore (v. Ed. Einaudi, 1987 p. 125) illustra come incomparabile guida il mosaico della Basilica di S. Apollinare Nuovo in Ravenna che rappresenta il miracolo della moltiplicazione dei pani e dei pesci. In detto mosaico sono rappresentati ai lati del Cristo due apostoli che gli offrono i detti beni. I due apostoli sono raffigurati con le mani coperte come era uso farsi nell'atto di pagare il tributo al sovrano.

Possiamo ricordare anche la Vocazione di Matteo, opera di Salvator Rosa, che figura a Roma nella Chiesa di S. Luigi de' Francesi.

Ogni ulteriore citazione esorbiterebbe ovviamente dagli specifici limiti di questo scritto, tuttavia non ci è sembrato inutile farne un fugacissimo accenno.

Concludendo ricordiamo infine le pagine di Denis Mack Smith (Garibaldi una grande vita in breve, Laterza editore, 1970, pag. 91)

(14) V. nota 3.

(15) V. E. ANTONINI, *La formulazione della legge e categorie giuridiche - la tassa come onere*, Ed. Giuffrè, Milano 1955, pagg. 1-49.

per il quale «Gli abitanti del luogo» (Sud d'Italia) «non sapevano bene se Garibaldi fosse un liberatore ovvero un altro degli innumerevoli invasori che avevano tormentato il loro sventurato paese ... ». Ma mentre in alcuni villaggi la gente scappava, in altri cominciava ad unirsi a lui come pochi avevano fatto nel nord.

Infatti, sottolinea l'Autore « egli aboliva le tasse sul sale e sul pane ».

MASSIMO FLORIO

INCENTIVI FISCALI AGLI INVESTIMENTI
NELLA ESPERIENZA USA.
UN COMMENTO AD UNA RICERCA
DEL NATIONAL BUREAU OF ECONOMIC RESEARCH

SOMMARIO: 1. Premessa: L'Economic Recovery Tax Act. — 2 La ricerca del NBER. — 3. Il caso statunitense nel trentennio 1955-1985. — 4. Un commento: conclusioni « forti » per segnali « deboli ».

1. Premessa: l'Economic Recovery Tax Act

Verso la fine degli anni '70 gli investimenti fissi netti non-residenziali negli Usa erano caduti ad un livello pari al 2.7% del Pnl, una proporzione inferiore di un terzo a quella media del decennio 65-75 e non molto lontana da quella verificatasi negli anni '50 e nei primi anni '60. A giudizio di Martin Feldstein, presidente del NBER e responsabile di un progetto di ricerca sull'argomento (Feldstein, 1987), una delle cause determinanti di quella depressione degli investimenti è identificabile nell'effetto combinato della alta inflazione e dei sistemi di calcolo dell'imposta vigenti nel periodo considerato. L'ammortamento dei componenti dell'attivo di bilancio valutati al loro costo storico determina infatti — come è ben noto — profitti da inflazione ed effetti di « *fiscal drag* » che, nelle condizioni statunitensi, avrebbero ridotto di due terzi gli utili prima delle imposte.

Questo tipo di argomentazioni convincevano nel 1981 l'amministrazione Reagan a lanciare un'ampia manovra fiscale (ERTA, *Economic Recovery Tax Act*), basata sul contemporaneo abbattimento delle aliquote sull'imposta delle persone fisiche, su misure di defiscalizzazione del risparmio (in particolare attraverso gli *Individual Retirement Accounts*, fondi pensione volontari) e sull'aumento della possibilità di ricorrere all'ammortamento accelerato degli investimenti da parte delle società. Benché nel 1982 e nel 1984 la manovra sull'imposta societaria sia stata fortemente attenuata a causa del crescente *deficit* federale, lo schema ERTA resterà nella storia fiscale come una delle più imponenti misure di allegge-

rimento della pressione tributaria sui profitti: se esso fosse rimasto in vigore senza le modifiche successive, nel 1988 esso avrebbe comportato un minor gettito della *corporation tax* dell'ordine di 55md USD pari al 56% di quanto previsto con il sistema precedente.

2. La ricerca del Nber

Il volume curato da Feldstein raccoglie quattordici saggi scritti nel quadro di un'ampia ricerca sugli effetti della tassazione sul risparmio e sugli investimenti e presentati ad una conferenza svoltasi nel Febbraio del 1986. Ogni saggio è accompagnato da un breve, ma spesso penetrante, commento di un *discussant*, e l'insieme costituisce una eccellente occasione, soprattutto nell'ottica di una politica economica europea mirata al rilancio degli investimenti (1), di cogliere uno spaccato di alto profilo del dibattito recente sulla politica fiscale negli Usa.

I temi affrontati sono i seguenti: influenza degli schemi di defiscalizzazione dei fondi pensione volontari, quali il già citato IRA, sulla propensione al risparmio (S.F. Venti e D.A. Wise); elasticità del consumo ed in particolare alla spesa per beni durevoli rispetto al tasso di interesse dopo le imposte (G. Mankiw); anticipazione o posticipazione della realizzazione di cespiti patrimoniali in relazione alla imposizione sui *capital gains* (L. B. Lindsey); analisi econometrica della sensibilità degli investimenti fissi non-residenziali al tasso di interesse e al tasso di rendimento atteso (M. Feldstein e J. Jun); ruolo delle aspettative fiscali nelle decisioni di investimento diretto all'estero e all'interno e ruolo del sistema fiscale nella determinazione del rapporto fra i due tipi di investimento (M. J. Boskin e W. G. Gale); effetti distorsivi di diversi sistemi di incentivazione fiscale in favore delle società, con particolare riguardo alla diversa normativa che regola le immobilizzazioni in fabbricati rispetto a quelle in attrezzature e macchinari (R. H. Gordon, J. Hines, L. Summers); distorsioni indotte dalla legislazione fiscale a favore degli investimenti in scorte e in im-

(1) Sul tema del rilancio degli investimenti in Europa, cfr. Blanchard et al 1985, Fitoussi e Phelps 1988, Florio 1988 a.

mobili occupati dai proprietari rispetto agli investimenti fissi in scorte e in immobili occupati dai proprietari rispetto agli investimenti fissi in genere (P. Hendershott); criteri di valutazione dei progetti nelle grandi imprese e maggior grado di incentivazione ottenibile attraverso crediti di imposta rispetto agli ammortamenti accelerati (L. Summers); effetti delle regole che consentono il rinvio dell'imposta ad anni successivi per società in perdita (A. Auerbach e J. Poterba; S. Majd e S. Myers); infine tre lavori riguardano proposte di riforma fiscale: M. King, della London School of Economics, unico europeo fra i collaboratori del progetto), ripropone uno schema di imposta sul reddito d'impresa calcolata sui flussi di cassa in contrapposizione ai criteri di competenza comunemente adottati nella legislazione vigente; D. Fullerton e Y. Henderson utilizzano un modello di equilibrio generale per simulare gli effetti di diversi schemi di riforma presentati dal governo; un altro esercizio di analisi quantitativa in un contesto di equilibrio generale riguarda una ipotesi di introduzione dell'IVA negli Usa, bilanciando il gettito addizionale con tagli nella imposta sui redditi (C. Ballard, J. Scholz, L. Shoven).

L'insieme del volume, pur nella varietà di temi e di metodi di indagine, spezza una lancia a favore della tesi che la politica tributaria può essere molto importante nel determinare il tasso di accumulazione di una economia; in particolare il suo curatore torna sull'argomento che egli ha vigorosamente sostenuto in altre occasioni (cfr. ad es. Feldstein 1982): la incentivazione fiscale dei risparmi, abbassando il costo del capitale per le imprese, favorisce gli investimenti e quindi il reddito futuro. Le imposte che lo Stato potrà prelevare su questi incrementi di reddito, possibilmente nel momento in cui essi vengono spesi, ripagheranno il minore gettito presente.

3. Il caso statunitense nel trentennio 1955-1985

Lo studio del caso statunitense costituisce certamente un banco di prova di rilievo di questa tesi. Le evidenze a riguardo, presentate dallo stesso Feldstein e da Joosung Jun, sono basate su due semplici modelli empirici.

Nel primo di essi viene stimato il rapporto fra investimento netto e reddito nazionale lordo (I_t/Y_t) in funzione del tasso di rendimento nell'anno precedente (R_{Nt-1}) e della capacità utilizzata

UCAPt-1). Il periodo considerato è il trentennio 1955-1985. La variabile esplicativa chiave in questo modello è ovviamente RN, che è stata ottenuta partendo dalle informazioni disponibili presso la Federal Reserve sui bilanci delle imprese non-finanziarie, da cui sono calcolati i tassi di profitto *pre-tax* e sottratti poi i tassi effettivi di imposta. Questi includono sia le aliquote effettive medie delle imposte sul reddito di impresa, sia la tassazione dei profitti distribuiti.

Il parametro stimato per RN è di 0.412 (in linea con stime precedentemente effettuate dagli stessi autori per il periodo 1954-1978), che implica che ogni aumento di un punto percentuale nel tasso di rendimento dopo le imposte si tradurrà in circa 0.4 punti di guadagno del rapporto I/Y. Il parametro stimato per UCAP è 0.021. L'equazione stimata mostra un $R^2 = 0.598$ e $DW = 1.92$; la relazione è notevolmente stabile nei vari sottoperiodi e strutture più compresse di ritardi distribuiti non sembrano comportare miglioramenti di rilievo. La sostituzione della variabile UCAP con altri indicatori di domanda, quali il tasso di disoccupazione o il prodotto industriale non modificano il valore del parametro, mentre variabili addizionali, quali il tasso di inflazione, un *trend* temporale o il rapporto fra *cash flow* e PNL non risultano significative.

Il secondo modello preso in considerazione dagli autori mette in relazione il rapporto I/PNL con la differenza fra il massimo rendimento netto atteso di un investimento *standard* e il costo dei finanziamenti necessari per attivarlo: si tratta della consueta ipotesi microeconomica fisheriana₁ (accolta anche da Keynes) sulla relazione tra efficienza marginale del capitale (EMC) e tasso di interesse.

In questo modello, la EMC tiene conto del prelievo fiscale, e di conseguenza è abbassata in proporzione alla aliquota effettiva. I parametri ottenuti con la stessa tecnica di stima sopra descritta, ancora con l'impiego della variabile UCAP-t1, sono 0.313 per la variabile differenza fra EMCN e costo dei fondi (COF) e 0.058 per UCAPt-1. Il coefficiente di determinazione è 0.514 e il $DW = 1.78$, nel periodo 1961 e 1984. Valori analoghi si ottengono stimando separatamente i parametri delle due variabili esplicative EMCN e COF, nonché con stime alternative a quelle descritte per il modello precedente.

Sulla base di questi risultati gli autori pervengono alla seguente conclusione: la diminuzione del 22% del tasso effettivo di

imposta pagato dalle imprese e dagli azionisti in seguito agli sgravi ERTA, implica un incremento di 1.8 punti del tasso di rendimento netto e quindi, in base alla elasticità stimata, un aumento del rapporto I/GNP di 0.7 punti. Poiché effettivamente questo è ciò che si è verificato (+0.6 punti osservati in presenza di una caduta del tasso di utilizzazione degli impianti) secondo Feldstein e Jun « *l'analisi mostra che virtualmente tutta la crescita nel rapporto investimenti-Pil sembra essere stata dovuta alla riduzione nei tassi effettivi di imposta, dovuti al declino dell'inflazione, a minori tassi dell'imposta sulle persone e agli ammortamenti accelerati di impianti e macchinari* » (pag. 135).

Peraltro il secondo modello mostrerebbe che circa due terzi della crescita potenziale degli investimenti è stata vanificata dall'aumento del costo dei fondi nello stesso periodo (2).

4. Un commento: conclusioni « forti » per segnali « deboli »

Si tratta, come si vede, di conclusioni « forti », che meritano di essere discusse accuratamente per le loro trasparenti implicazioni di politica fiscale, del resto approfondite, come si è detto, negli altri lavori pubblicati nello stesso volume. Sotto questo profilo, occorrerebbe meditare sulla particolare specificazione della variabile dipendente scelta dagli autori.

Mentre in uno schema di matrice keynesiana si utilizzano specificazioni in cui la variabile dipendente è rappresentata dagli investimenti lordi a prezzi correnti o a prezzi costanti e la variabile

(2) Nel modello « *Effective tax rate* » la redditività è al netto del carico fiscale gravante su tutte le categorie di percettori di reddito: società, azionisti, creditori. Nel modello tipo Fischer-Keynes l'unico tipo di imposta considerata è quella societaria. È stato osservato (Marenzi A., Osculati F. 1988) che la somiglianza di risposta del modello alle due diverse specificazioni fiscali genera dubbi sulla correttezza dei suoi presupposti analitici. Inoltre, come ha notato il *discussant* del lavoro di Feldstein e Jun al convegno citato (Gordon, 1987) il modello ETR manca di catturare gli effetti sulla propensione all'investimento delle importanti modifiche verificatesi nel periodo considerato sotto il profilo: a) della imposta sulle persone fisiche; b) dei tassi di interesse; c) del tasso di inflazione. Questi limiti sono in parte assenti nel secondo modello, che tuttavia è fortemente dipendente dalle ipotesi sul tasso di rendimento *standard*, in particolare per quanto riguarda il rischio connesso.

esplicativa fondamentale è data dal Pil, in modo da isolare l'effetto accelerativo dall'investimento autonomo, Feldstein e Jun si propongono di spiegare il *rapporto fra investimenti netti e Pil*, assegnando alla capacità utilizzata il ruolo di fattore di domanda. Essi trovano, diversamente da quanto si è spesso verificato con i modelli del tipo sopra richiamato, un elevato valore del parametro rappresentativo del rendimento atteso (nelle due distinte specificazioni di tasso di rendimento netto e di tasso di rendimento netto meno il costo del capitale), e un basso valore del parametro della capacità utilizzata. Tuttavia, ci sembra che con la specificazione da essi adottata, la presenza del Pil al denominatore della variabile dipendente rende l'interpretazione dei risultati meno trasparente di quanto implicato dalle conclusioni cui gli autori ritengono di poter pervenire.

Il rapporto I/Y è infatti legato al tasso di accumulazione (in senso proprio: I/K) dall'inverso della produttività del capitale. Il tasso di rendimento degli investimenti dopo le imposte, dipende quindi, oltre che dal tasso di imposta stesso, dalle relazioni che determinano Y/K . Attribuire esclusivamente alla leva fiscale la crescita degli investimenti implica, quindi, *una ipotesi di produttività globale costante dei fattori nel periodo considerato*, e questo non è plausibile (3).

Gli anni della prima amministrazione Reagan, infatti sono stati caratterizzati dalla manovra fiscale descritta, ma contemporaneamente anche da una recessione generale che ha favorito la riorganizzazione produttiva e successivamente da una sostenuta politica di *deficit spending*: in questo quadro si è verificata una sostenuta crescita della produttività e quindi della redditività.

Passando dal quadro macroeconomico a quello delle decisioni

(3) Hall (1987) ha testato un modello degli investimenti in condizioni di incertezza per sette industrie negli USA, sulla linea della teoria neo-classica di Jorgenson, secondo cui la produttività marginale in valore del capitale deve uguagliare le aspettative sul costo d'uso del capitale. L'analisi sembra mostrare che l'ipotesi è rigettata non ambigualmente e che quindi si deve supporre l'esistenza o di permanente eccesso di capacità o di rendimenti crescenti di scala (o di entrambi i fenomeni) e che quindi «non ci si può attendere che nessuna semplice relazione fra output, costo d'uso del capitale, e stock di capitale possa descrivere il comportamento degli investimenti». Studi recenti su questa linea mostrano la soverchiante importanza nelle decisioni microeconomiche degli «shocks» specifici all'impresa rispetto a quelli di natura settoriale o aggregata (Shankerman, 1988).

microeconomiche, l'attività di investimento è certamente il risultato di un processo complesso, influenzato simultaneamente da molte variabili incerte; le prospettive di ricavo implicano previsioni sia sulle quantità che sui prezzi; le previsioni relative ai costi operativi dipendono da aspettative sui costi unitari dei fattori e sul profilo temporale della loro produttività; i costi finanziari rilevanti sono solo in parte quelli presenti, più spesso è necessario considerare dei tassi di interesse attesi, corretti con variazioni nell'indice dei prezzi interni e — nel caso di operazioni in valuta — corretti anche con variazioni previste nel corso dei cambi; il costo-opportunità dell'investimento, a sua volta, è solo molto grossolanamente rappresentato dal tasso di rendimento delle attività finanziarie: è costante osservazione empirica la dispersione anche accentuata dei tassi di rendimento reale fra settori e fra imprese, sia *ex-post* che *ex-ante*, nonché lo scarso adattamento di tali *trend* agli andamenti degli indici di borsa o di altri mercati mobiliari. Del resto, la migliore teoria economica dell'impresa considera che senza fondamentale erraticità dei tassi di rendimento, il processo dinamico capitalistico sarebbe addirittura impensabile. La decisione di investimento è quindi la risultante di un calcolo le cui variabili sono numerose, stocastiche, spesso con distribuzioni di probabilità ignote o incerte.

Non è quindi sorprendente che la stima di funzioni empiriche degli investimenti in cui compaia esplicitamente la variabile fiscale accanto ad altre variabili esplicative possa condurre a risultati di dubbia interpretazione. Uno *shock* fiscale, positivo o negativo, innanzitutto difficilmente è in grado di invertire il segno delle decisioni di investimento o disinvestimento, che dipendono in linea generale dagli altri fattori menzionati; inoltre, eccetto che in caso di imposte congegnate con modalità del tutto particolari, difficilmente la manovra fiscale può influire sui *rapporti fra tasso di rendimento atteso di un investimento e costo opportunità specifico*. Infatti ogni movimento della aliquota effettiva si riflette sia sul progetto di investimento che sulla alternativa più favorevole rilevante per la maggior parte delle imprese, quanto meno a breve-medio termine: è certamente possibile che più a lungo termine si verificino effetti di disturbo sulla composizione intersettoriale degli investimenti, sulle scelte tecnologiche, sul rapporto fra investimento finanziario e investimento reale, ma questi effetti di disturbo saranno a loro volta una frazione degli effetti imputabili al movimento di altre variabili.

È dunque pensabile che l'uso dello strumento fiscale allo scopo di incentivare gli investimenti possa avere complessivamente effetti modesti, anche se non necessariamente trascurabili: ad esempio in una fase favorevole può accelerare il processo decisionale, costituendo fra l'altro un *segnale* che l'investitore può interpretare come favorevole atteggiamento del governo; simmetricamente in fase di congiuntura sfavorevole, una manovra tendente ad inasprire il carico fiscale per le imprese può accentuare il pessimismo. Difficilmente, invece, manovre tributarie anti-cicliche saranno da sole in grado di ottenere effetti consistenti. Questa potrebbe essere anche la ragione del buon adattamento statistico delle stime, nonostante le perplessità che suscita la specificazione del modello: spesso le misure di detassazione degli investimenti (e quelle opposte) sono parte di pacchetti di politica fiscale che agiscono simultaneamente in più direzioni, contribuendo alla formazione di aspettative sul quadro macroeconomico e sull'andamento della distribuzione dei redditi fra fattori. In questo senso le modifiche della imposta sui profitti possono essere uno strumento previsivo rappresentativo, nella equazione di comportamento degli investitori, di un fascio di aspettative correlate, di cui il governo è sia interprete che concausa.

Con ciò non si vuole negare la conclusione fondamentale dei contributi raccolti in questo stimolante volume, e cioè che gli investimenti siano influenzati dalla imposizione sul reddito da capitale e da impresa, ma suggerire che se la incentivazione fiscale degli investimenti può essere utile, essa non può essere l'unico strumento per il loro rilancio. L'esperienza europea, come abbiamo sostenuto altrove (4), mostra che se alti tassi di interesse ed una elevata fiscalità scoraggiano le imprese, bassi tassi di interesse e detassazione degli utili non necessariamente possono riavviare il ciclo, se le condizioni strutturali delle imprese e le aspettative di domanda non sono positive.

Urbino, Dicembre 1988.

(4) Nel caso britannico, riforme fiscali dello stesso tipo di quelle statunitensi, ma condotte in presenza di una brusca deflazione e di politiche di bilancio più restrittive, hanno avuto deboli effetti diretti sugli investimenti: il tasso di risparmio delle famiglie è addirittura *caduto*, contribuendo al successivo rilancio dei consumi e — in un secondo tempo — degli investimenti, tramite il consueto meccanismo moltiplicativo-accelerativo (cfr. Florio 1988 b).

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- BLANCHARD O., DORNBUSH R., DRÈZE J., GIERSH M., LAYARD R., *Occupazione e crescita in Europa: un intervento su due fronti*, in *Giornale degli economisti e annali di economia*, Novembre-Dicembre 1985.
- FELDSTEIN M. (editor), *The effects of taxation on Capital Accumulation; a National Bureau of Economic Research project report*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1987.
- FELDSTEIN M., *Inflation, tax rules and investment: some econometric evidence*, *Econometrica*, 4, 1982.
- FITOUSSI J.D., PHELPS E., *The Slump in Europe. Reconstructing Open Economy Theory*, Basil Blackwell, Oxford 1988.
- FLORIO M., *Politiche macroeconomiche e completamento del mercato interno: investimenti pubblici a scala europea*, in «*Rivista di Politica Economica*», Settembre 1988a.
- FLORIO M., *Riforma fiscale, distribuzione dei redditi e tasso di risparmio in U.K.; un commento al Budget Report 1988-89*, in «*Rivista di Diritto finanziario e di Scienza delle Finanze*», Settembre 1988b.
- MARENZI A., OSCULATI F., *Imposta sulle società e investimenti*, comunicazione al Convegno *Le imposte del 1992: aspetti fiscali del completamento del mercato interno*, Pavia, 14-15 ottobre 1988.
- HALL R.E., *Investment under uncertainty: theory and tests with industry data*, NBER Working paper n. 2264, Cambridge (Ma), May, 1987.
- SHANKERMAN M., *Micro and aggregate shock to investment decisions*, non pubblicato, Londra, Maggio 1988.