

ANNO LIX - 1990-91

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



NUOVA SERIE A - N. 43

INDICE

GIUSEPPE BELLITTI, <i>La riforma del CNEL (Legge 30 dicembre 1986, n. 936)</i>	pag. 9
CARLO BRIZIO, <i>La convenzione di Ginevra del 1949</i>	» 37
MARCO CASSIANI, <i>La tutela cautelare nel sequestro giudiziario</i>	» 53
CARLO DI LORETO, <i>Andamento demografico e sue interconnessioni di una microrealtà storica: La città di Pesaro nel 1600</i>	» 121
MASSIMO FLORIO, <i>Imposizione ottimale e produzione pubblica: Note retrospettive su Diamond-Mirrlees (1971)</i>	» 151
GRAZIELLA FORNENGO, <i>Le implicazioni delle nuove tecnologie dell'informazione sulla localizzazione delle attività manifatturiere e di servizio</i>	» 173
GIUSEPPE GILIBERTI, <i>I " Presbyteroi ", Egiziani nell'età del principato</i>	» 189
ANNA MARIA GIOMARO, <i>Agere per sponsionem: dal procedimento interdittale al procedimento in Rem</i>	» 197
GIOVANNA ACCRESCIMBENI, <i>La formazione del ceto di governo in una « Terra Mediocre » della Marca Pontificia : Cingoli 1533-1650</i>	» 233

GIUSEPPE BELLITTI

LA RIFORMA DEL CNEL

(Legge 30 dicembre 1986, n. 936)

SOMMARIO: Premessa. — 1. La genesi della norma costituzionale. — 2. La legge 5 gennaio 1957, n. 33. — 3. I progetti di revisione. — 4. La nuova regolamentazione: 4.1) composizione - 4.2) attribuzioni - 4.3) ordinamento. — 5. Osservazioni conclusive.

Premessa

Il disegno di legge governativo per la riforma del CNEL, presentato al Senato il 24 novembre 1983 (1), ha ricevuto definitiva sistemazione con la legge 30 dicembre 1986, n. 936, che ne ha recepito pressoché integralmente il testo originale.

La nuova legge risponde ad una esigenza di rinnovamento emersa, massimamente, dall'interno dell'organo, vale a dire dalle forze sociali che in esso si trovano costituzionalmente inserite.

La consapevolezza di un ruolo nuovo e di una capacità di incidenza nel processo decisionale politico incomparabilmente maggiore di quanto non fosse all'epoca della legge di attuazione del CNEL (2), ha spinto le parti sociali in esso rappresentate a procedere ad un tentativo di autorinnovamento (3), sfociato nella presentazione al

(1) IX Legislatura, Senato della Repubblica, Atto 342. Presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri (Craxi) il 24 novembre 1983. Assegnato alla 1ª Commissione (Affari costituzionali), in sede referente, il 13 dicembre 1983, con pareri delle Commissioni 5ª, 10ª e 11ª. Esaminato dalla 1ª Commissione il 17 ottobre 1984; il 12 dicembre 1984; il 12 ed il 19 giugno 1985; il 17, il 25 ed il 31 luglio 1985; il 21 gennaio 1986; il 5 ed il 27 febbraio 1986. La relazione scritta è stata presentata dal Sen. Saporito, il 5 marzo 1986 (atto 342/A). L'esame in aula e la successiva votazione sono datati 6 marzo 1986. Il progetto è stato in seguito assegnato alla 1ª Commissione (Affari costituzionali) della Camera dei Deputati — in sede referente — in data 14 aprile 1986 (atto 3566), con i pareri delle Commissioni III, V, XII e XIII. Esaminato dalla 1ª Commissione il 25 ed il 26 giugno 1986 ed il 17 settembre dello stesso anno. La relazione scritta è annunciata il 10 novembre 1986 (atto 3566/A), relatore l'On. Labriola. L'esame in aula e la successiva approvazione sono rispettivamente datati 16 e 19 dicembre 1986.

(2) Legge 5 gennaio 1957, n. 33.

(3) Già nel dicembre del 1976 i rappresentanti dei maggiori sindacati ritennero, dopo anni di rifiuto, di procedere alle proprie designazioni nel CNEL, appunto in previsione di una riforma dell'organo.

Governo, nell'ottobre del 1981, di un primo disegno di legge rivolto ad una sostanziale modifica dell'organo.

Lo sforzo fatto in sede di autoriforma è stato diretto a creare « (...) un organismo istituzionale di iniziativa e di dibattito, una struttura consultiva nella quale le parti sociali accettino di essere rappresentate e di esprimersi, senza che ciò tolga spazio alle rispettive autonomie, senza cioè che tale organo tenda o pretenda di essere un organo 'esclusivo' o 'esclusivizzante'. Un organo però attivo, responsabilizzato, ascoltato dagli altri interlocutori istituzionali, che devono farvi riferimento in forma sistematica e omogenea nelle grandi scelte di politica economico-sociale » (4).

Peraltro, della necessità di rivedere l'istituto tutte le parti sociali e politiche si erano dichiarate convinte, mentre le proposte si differenziavano in ordine alle modalità di intervento, giungendo talune a prospettare la soppressione dell'organo (5).

Rimaneva ferma, comunque, l'esigenza di ristrutturazione del CNEL: un'esigenza il cui fondamento va rintracciato a partire dal dettato costituzionale. In effetti, il modello di società pluralistica ipotizzato dal Costituente è stato progressivamente soppiantato da una realtà esasperatamente conflittuale (6), in cui una rappresentanza organica « istituzionalizzata » è riguardata, dai soggetti che vi operano, quantomeno con diffidenza, ed in cui — ed è questo il « nocciolo duro » della questione — gli interessi organizzati confliggenti e gli organismi che li rappresentano (Sindacati unitari, Confindustria, Confcommercio, Confartigianato etc.) tendono ad inserirsi direttamente, senza alcuna forma di mediazione istituzionale, all'interno del meccanismo di formazione della volontà politica statuale,

(4) Dalla relazione di base al progetto dell'ottobre 1981, elaborata da una Commissione di studio presieduta dal Prof. Giuseppe Chiarelli, e composta da Alberto Predieri, Serio Galeotti, Guido Zangari, Filippo Barbano e Salvatore D'Albergo.

(5) Durante l'VIII Legislatura, il gruppo parlamentare radicale chiese l'abrogazione dell'art. 99 della Costituzione. Analoga proposta fu avanzata dai parlamentari del gruppo del MSI-DN, nella diversa ottica di una scelta che garantiscesse la presenza degli interessi nelle decisioni dello Stato (VIII Legisl., Camera dei Deputati, atto 3650, proposta di legge costituzionale dell'On. Mellini ed altri. VIII Legisl., Senato della Repubblica, resoconto sommario alla seduta del 13 aprile 1983, intervento del Sen. Filetti).

(6) Un chiaro esempio è fornito dagli artt. 39 e 40 Cost., rispettivamente sulla disciplina dell'organizzazione sindacale e del diritto di sciopero: entrambe le disposizioni, come è noto, non hanno mai ricevuto attuazione.

condizionandone, e spesso determinandone, le linee essenziali di azione, massimamente per quanto riguarda il vastissimo — e vitale — settore economico-sociale.

In realtà, il progressivo logoramento del modello pluralistico di tipo conflittuale moderato (7) è riconducibile ad un concorso di cause (non tutte di facile individuazione), delle quali la principale rimane, senz'altro, la crescita — che non esito a qualificare « esponenziale » — delle interconnessioni tra politica ed economia. Di conseguenza, i processi di creazione del *consenso* sulle fondamentali decisioni di politica economica vengono a sovrapporsi ed a sostituirsi ai tradizionali meccanismi di mercato che, come è noto, sono regolati da leggi economiche relativamente rigide (8). In particolare, il rafforzamento delle grandi organizzazioni di interessi — indotto, paradossalmente, proprio dal sistema pluralistico — comporta che queste ultime tendano a diventare detentrici pressoché esclusive del potere di rappresentanza dei rispettivi « gruppi » (attuando una sorta di monopolizzazione della rappresentanza) e, ciò che più conta, che vadano progressivamente ad inserirsi nei circuiti decisionali di livello istituzionale, fino a conquistare una porzione, più o meno ampia, di « potere pubblico delegato ».

In queste condizioni lo Stato è poco meno che costretto ad intervenire nel campo della vita economica, a volte con finalità di sostegno nonché, sempre più di frequente, con funzioni di mediazione sociale e di arbitrato fra le parti. Il rapporto tra lo Stato e le organizzazioni di interessi si concretizza in accordi aventi il contenuto di un vero e proprio « scambio politico » (9), il cui oggetto è rappresentato, da un lato, dal consenso delle organizzazioni sulle maggiori decisioni di politica economica; dall'altro, dal riconosci-

(7) Cfr. L. MENGONI, *La riforma del CNEL*, in « Jus », 1984, pag. 88. Fondamentale, sul punto, lo studio di P. RESCIGNO, *Ascesa e declino della società pluralistica*, in « Persona e comunità », Bologna, 1966. Cfr., inoltre, G. PIZZORNO, *I soggetti del pluralismo*, Bologna, 1980.

(8) Cfr. da ultimi, PANICH e REGINI, in comm. al volume a cura di S. BERGER, *Organizing interests in Western Europe. Pluralism, Corporativism and the transformation of politics*, in « Stato e mercato », 1982, n. 5.

(9) L'espressione è di elaborazione dottrinale. Cfr. ROMAGNOLI e TREU, *I sindacati in Italia: storia di una strategia*, Bologna, 1981; RUSCONI, *Scambio politico*, in « Laboratorio politico », n. 2, 1981; MUTTI, *Lo scambio politico nelle relazioni industriali*, in « Stato e mercato », 1982.

mento, da parte dello Stato, di una posizione delle stesse organizzazioni che definirei « para-istituzionale », attuata mediante la subordinazione al loro placet delle più importanti scelte politiche di settore. Di tutto rilievo appare, in un simile contesto, il potere di controllo e di ammorbidimento delle rispettive pretese posto in essere dallo Stato nei confronti delle organizzazioni di interessi.

In sostanza, operare una distinzione tra l'ormai debilitato sistema pluralistico ed il modello emergente ad esso surrogantesi significa identificare il primo con una fase in cui i gruppi perseguono i loro obiettivi in modo del tutto autonomo, senza curarsi di coordinare i propri interessi con quelli della collettività generale, ed instaurando, in tal modo, uno stato di conflittualità sociale permanente, ancorché attenuata in taluni periodi; all'opposto, l'identificazione del secondo sistema passa attraverso il riconoscimento dell'esigenza del reciproco condizionamento delle parti, del compromesso, ovvero, per usare un termine attualmente in voga, della « concertazione ».

La succinta analisi sopra effettuata trova esplicita conferma nell'instaurazione della prassi della contrattazione diretta trilaterale (Sindacati-Governo-Imprenditori), definita, per l'appunto, « politica di concertazione sociale », ed invalsa nell'uso sul modello dell'accordo del 22 gennaio 1983 (10).

L'emarginazione del CNEL — favorita, peraltro, da una incerta legge istitutiva, che aveva già parzialmente disatteso il dettato costituzionale — altro non è stata che la logica (e prevedibile) conseguenza di un siffatto stato di cose; il che, tuttavia, non ha impedito all'organo in questione di produrre documenti di alto valore

(10) Va detto, comunque, che il trapasso non è esente da scosse: in particolare, con riferimento all'accordato del 22 gennaio 1983, lo « scambio politico » si è concretizzato nel trasferimento del costo dei benefici accordati ai lavoratori sulla più ampia categoria dei consumatori. Di conseguenza, il lavoratore è venuto ad assumere, in tale contesto, la duplice funzione di lavoratore produttore (che virtualmente si avvantaggia dei benefici accordatigli) e di lavoratore consumatore (che è sostanzialmente danneggiato dall'aumento indotto dei prezzi al consumo). Una delle conseguenze più macroscopiche di questo « effetto perverso » è costituito dalla recente proliferazione di una miriade di gruppi di pressione — i cosiddetti COBAS — aventi come obiettivo un aumento *settoriale* dei redditi da lavoro; il costo di tali aumenti ricade così sulla collettività, costituita, *rispetto ai singoli COBAS*, massimamente dall'insieme dei lavoratori *consumatori* degli altri settori.

giuridico e sociale (11), quasi a dimostrare la persistente vitalità, ed ancor più, le notevoli potenzialità di uno strumento ingiustamente ed erroneamente ostracizzato.

L'esigenza di ristrutturazione del CNEL ha comunque trovato il suo spazio istituzionale, come già detto, nel D.D.L. n. 1327 (12), presentato dal Governo Spadolini il 19 giugno 1983. La definitiva sistemazione legislativa è stata raggiunta con il D.D.L. 342/'83, divenuto legge il 30 dicembre 1986. La nuova legge ha sostanzialmente accolto la proposta di autoriforma in ordine alla composizione ed alla procedura per la nomina dei rappresentanti delle categorie produttive, mentre per quanto riguarda le funzioni e la fisionomia dell'organo, queste possono dirsi totalmente rinnovate.

1 — *La genesi della norma costituzionale*

Una breve analisi storica della norma costituzionale mi sembra un'utile premessa per affrontare più compiutamente quello che vuole essere l'obiettivo principale del presente lavoro, vale a dire l'analisi della nuova regolamentazione di quell'organo costituzionale che è il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro.

Su questo punto, credo sia utile spendere qualche parola circa la classificazione dell'organo. La dottrina prevalente (13) — sostenuta, altresì, da una sentenza della Corte costituzionale (14) — configura il CNEL come organo di « rilevanza costituzionale ».

Soltanto alcuni autori (15), sulla base di un differente criterio di classificazione, lo inseriscono nel novero degli organi costituzionali.

(11) Per citarne solo alcuni, basti pensare al D.D.L. sull'orientamento professionale; al parere sulle conclusioni della Commissione parlamentare di inchiesta sulla riforma del collocamento; allo studio sulla bilancia dei pagamenti o, ancora, al pregevolissimo studio sulla razionalizzazione della legislazione del lavoro.

(12) VIII Legislatura, Senato della Repubblica, atto n. 1327.

(13) Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1982; BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1972; CHIARELLI, *Il CNEL*, Milano, 1957; FERRARI, *Organo ausiliari*, Milano, 1956; PIERANDREI, *Il CNEL*, in « Studi in onore di De Francesco », Milano, 1957, I.

(14) Sentenza n. 44 del 1966.

(15) Ad es., TESAURO, *L'attività degli organi costituzionali dello Stato*, 1959; VIRGA, *Diritto costituzionale*, 1979.

Personalmente sono dell'opinione che il CNEL sia da classificarsi tra gli organi costituzionali.

A sostegno di questa tesi ritengo utile premettere una puntualizzazione: è fuori dubbio che lo strumento principale del quale un moderno Stato democratico si serve per gestire la propria azione sia la *legge*; ora, se si conviene su questa constatazione — e se si eccettuano le Regioni (cui è la Costituzione stessa ad attribuire una competenza legislativa *tassativamente* circoscritta, di tipo integrativo, territorialmente limitata, e che, comunque, incontra un insuperabile limite nei principi fondamentali posti dalle leggi dello Stato), le quali danno mostra di essere la classica eccezione che conferma la regola — diventa quantomeno paradossale ammettere che l'ordinamento possa affidare lo strumento legislativo ad un organo collocato in una posizione costituzionalmente secondaria.

Su questa base, a riprova della tesi accolta, mi pare sufficiente procedere ad una semplice operazione logico-formale. Una volta assunta come presupposto del giudizio la proposizione secondo cui la funzione legislativa non possa essere in alcun modo sottratta ad un organo che non sia qualificabile come « organo costituzionale », lo schema del procedimento diviene elementare: se, dunque, (A) la funzione legislativa — che comprende, come è incontestabile, anche la fase dell'iniziativa (art. 71 Cost.) — deve necessariamente appartenere ad organi costituzionali; e se (B) il CNEL ha l'iniziativa legislativa (art. 99 Cost., 3° co.); allora (C) la deduzione per cui il CNEL è *organo costituzionale* non può più essere logicamente contrabattuta.

Per tornare alla genesi della norma costituzionale, all'articolo 99 si pervenne al termine di un animato dibattito, in seno all'Assemblea Costituente, tra coloro che proponevano una rappresentanza organica degli interessi, che avrebbe dovuto trovare espressione in una seconda Camera, distinta dalla prima per composizione ed attribuzioni (16),

(16) Tra i sostenitori del bicameralismo fu Costantino Mortati, che riaffermò una vecchia tesi sulla rappresentanza organica delle categorie professionali: un nuovo Senato, che avrebbe dovuto raccogliere tutte le forze vive e produttive della Nazione. Cfr. G. CORBI, *Quel parto travagliato delle Camere gemelle*, in « La Repubblica », 24 luglio 1987, pag. 7). Lo stesso Mortati ha sostenuto che l'articolo 99 fu ripreso totalmente dalla Costituzione di Weimar, che, articolandosi nei tre organi principali del Presidente della Repubblica, del Parlamento e di una Camera formata da rappresentanti delle categorie professionali e da esperti, introducesse un criterio di rappresentanza del cittadino differenziato dalla semplice rappresentanza politica. (Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1975, pag. 586).

e coloro che erano fundamentalmente contrari al modello bicamerale (17). Come è noto, il risultato fu una soluzione di compromesso, realizzata con l'approvazione dell'o.d.g. di Giovanni Leone, sulla « parità di attribuzione » tra le due Assemblee (18).

Inizialmente, comunque, sembrò prendere corpo l'istituzione di un organo in materia di economia e, soprattutto, in materia di lavoro e di contrattazione collettiva. In particolare, il deputato Fanfani predispose, per conto della III Sottocommissione della Commissione dei 75 (diritti e doveri economici-sociali), una relazione sul « controllo sociale dell'attività economica », in cui tale controllo era assicurato, tra l'altro, da una « Commissione economica regionale », costituita dai rappresentanti delle professioni e degli interessi in seno alla seconda Camera. L'On. Di Vittorio preparò invece, sempre per conto della III Sottocommissione, una relazione sul « diritto di associazione e ordinamento sindacale », nella quale era proposta una norma rivolta alla creazione di un Consiglio Nazionale del lavoro, espressione di tutte le forze produttrici del Paese, in misura proporzionale alla rispettiva consistenza numerica. Una terza relazione, sull'organizzazione sindacale, fu presentata dall'On. Rapelli, che propose di provvedere « (...) con apposite leggi ad integrare la Costituzione circa le norme di formazione ed i poteri da concedersi ad un Consiglio nazionale del lavoro, ai consigli locali del lavoro e ai collegi probivirali ed arbitrali per la risoluzione delle vertenze individuali e collettive di lavoro » (19). Il risultato di queste proposte, e della loro discussione

(17) Acceso fautore di un Parlamento monocamerale fu Francesco Saverio Nitti: « Questa nuova Camera », affermò con veemenza, « non ha scopo di esistere, non deve esistere! Potete ben immaginare quale numero di uffici, quale folla di funzionari! E questa cosiddetta Assemblea nazionale, con la Camera e il Senato riuniti, sarebbe composto di circa mille persone. Nessun palazzo di Roma potrebbe contenere una così enorme accolta di legislatori in forma duplicata ». (Cfr. G. CORBI, *op. cit.*).

(18) Tuttavia, fin dalla prima legislatura, il bicameralismo perfetto cominciò ad essere oggetto di critiche. Per opinione pressoché generale, la duplicazione di poteri e funzioni tra Camera e Senato appariva non solo pleonastica, ma addirittura dannosa, mentre la doppia istruttoria ed il doppio dibattito sulle proposte di legge sembravano produrre più danni che vantaggi. Il giudizio di uno dei costituenti più illustri — Emilio Lussu — fu amarissimo: « Abbiamo lavorato per mesi per produrre un mostro ». *Ibidem.*

(19) Riportato da L. SAPORITO, *La riforma del CNEL nel disegno di legge n. 342*, in « Regioni e comunità locali », 1984, pag. 242.

in seno alla III Sottocommissione, si concretò in un articolo disciplinante l'istituendo Consiglio, che però non fu approvato in sede di discussione del progetto definitivo della Costituzione.

Fu la II Sottocommissione (20) ad elaborare l'istituzione di un organo consultivo (sedute del 28-30 gennaio 1947), sulla base di un progetto di articolo presentato da Costantino Mortati, che ritengo interessante riportare integralmente: « Sono costituiti presso le Amministrazioni centrali o gruppi di esse Consigli ausiliari composti di rappresentanti eletti dal Parlamento, dalle associazioni sindacali, dagli ordini professionali o anche da altri enti, secondo le determinazioni che saranno fatte dalla legge.

Tali Consigli, o separatamente o per gruppo, o riuniti in Consiglio generale, collaborano con il Parlamento, dando i pareri che siano ad essi richiesti su disegni o proposte di legge o predisponendo progetti legislativi, su richiesta del Parlamento o del Governo, o di propria iniziativa. Questi ultimi, anche ove il Governo non consenta su di essi, sono sottoposti alla stessa procedura delle iniziative legislative dei membri del Governo. Ciascuna Camera può disporre che sui progetti che siano corredati dalla relazione di un Consiglio non si proceda all'esame preventivo delle Commissioni di cui all'art. 27. Il Parlamento può conferire per tempo limitato ai Consigli il potere di predisporre regolamenti esecutivi di singole leggi, i quali diverranno efficaci quando siano promulgati dal Capo dello Stato, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. I Consigli sono altresì organi ordinari di consulenza del Governo. I Consigli ausiliari collegati con servizi di carattere economico, insieme riuniti, formano il Consiglio Economico Nazionale.

Esso, oltre alle funzioni previste dal precedente articolo, può essere autorizzato a compiere inchieste ed altresì venire incaricato, su richiesta delle parti interessate, di funzionare come organo arbitrale nelle controversie di carattere economico. Sono sottoposti alla ratifica del Consiglio Economico, con le modalità che saranno stabilite dalla legge, i contratti collettivi di lavoro, in quanto essi siano suscettibili

(20) La più importante, con 38 membri, competente per l'ordinamento costituzionale della Repubblica. Tutte le componenti del pensiero politico e giuridico dell'epoca vi erano rappresentate: da Terracini a Calamandrei, da Einaudi a Piccioni, da Perassi a Tosato, da Mortati a Vanoni, da Lussu a Ambrosini, da Bozzi a Codacci Pisanelli. (Cfr. G. CORBI, *Parlamento sovrano o presidente forte?* in « La Repubblica », 19 luglio 1987, pag. 9).

di ripercuotersi, attraverso l'aumento dei prezzi, su tutta l'economia nazionale. È obbligatoria l'audizione del parere del Consiglio Economico per tutti i progetti diretti a disciplinare in modo unitario l'attività produttiva del paese » (21).

Come si vede, si trattava di una proposta tutt'altro che vaga, che poneva il Consiglio Economico Nazionale in una posizione di notevole rilievo costituzionale (basti pensare all'obbligatorietà del parere su tutti i progetti economici di livello nazionale; o, ancora, alla possibilità di funzionamento come organo arbitrale nelle controversie di carattere economico). Tuttavia, nonostante l'appoggio del Presidente della Commissione Terracini, la proposta di Mortati fu respinta, non tanto per contrasti sulle linee di principio, quanto per la difficoltà pratica di disciplinarne nella Costituzione le modalità di attuazione.

Notevoli incertezze suscitò il dibattito sulla natura del costituendo organo, con la conseguenza che rimasero nel vago i poteri e le funzioni che esso avrebbe dovuto avere. Le opinioni dei costituenti furono concordi solo sui compiti del Consiglio in qualità di organo di consulenza del Governo e del Parlamento. Fu infine approvato un testo abbastanza laconico, e, ciò che più conta, suscettibile — attraverso la previsione in ben due punti di una riserva di legge (22) — di essere riempito con i più vari contenuti. L'unico punto sufficientemente definito della norma rimase l'attribuzione all'organo di una funzione di mera consulenza tecnica, cosa che fece schierare alcuni costituenti sul fronte della non previsione di un siffatto organo nel testo costituzionale (23). L'assemblea non ritenne, però, di espungere l'articolo, limitandosi a rinviare alla legge ordinaria ogni concreto problema che l'istituzione del Consiglio avesse comportato.

Maggiore dibattito suscitò la questione della composizione dell'organo: il problema fu quello di tener conto sia della consistenza numerica delle categorie rappresentate, sia del loro maggiore o minore peso politico ed economico. Al solito, il risultato fu una soluzione di compromesso che, in pratica, finì col conferire al legisla-

(21) Riportato in L. SAPORITO, *op. cit.*, pag. 243.

(22) Il testo era il seguente: « Un Consiglio economico, il cui ordinamento sarà stabilito dalla legge, funzionerà sia per la consulenza in materia economica del Parlamento e del Governo, sia per quegli altri compiti che gli vengano legislativamente attribuiti ».

(23) In tal senso si pronunciarono i deputati Bertone, Corpino e Nitti.

tore ordinario un ampio margine di discrezionalità in merito all'effettiva composizione del Consiglio, limitandosi la norma costituzionale a stabilire il principio di una rappresentanza rapportata sia al criterio quantitativo che a quello qualitativo.

In conclusione, ciò che mi sembra evidenziarsi da quanto fin qui riportato è il reale contenuto della scelta politica effettuata dal Costituente. Nel confuso contrasto di idee emerso in sede di lavori preparatori della norma costituzionale, il solo dato certo risultò essere la volontà di creare un punto di incontro istituzionale tra forze sociali ed organi (Camere e Governo) posti al vertice dell'apparato statale; non una sorta di terza Camera, bensì un organo che fosse in grado, esprimendo gli interessi organizzati, di dar loro sufficiente peso in sede di decisione politica.

Probabilmente la consapevolezza dell'intrinseca variabilità di quelle che sono le condizioni economico-sociali di un paese, unitamente, forse, al timore dei possibili condizionamenti che un tale organo, costituzionalmente disciplinato, avrebbe potuto esercitare su Parlamento e Governo, spinse il Costituente a stabilire che fosse la legge ordinaria a regolamentare puntualmente la composizione e le attribuzioni che il Consiglio avrebbe dovuto avere (24).

2 — *La legge 5 gennaio 1957, n. 33.*

Le perplessità del Costituente si ripercossero in primo luogo sui tempi di attuazione dell'articolo 99, tanto che l'emanazione della legge sull'« Ordinamento e attribuzioni del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro » (25) sopraggiunse con quasi dieci anni di ritardo rispetto all'entrata in vigore della Costituzione; in secondo luogo, la generica formulazione dell'articolo 99 — frutto, come s'è detto, più di un compromesso che di una precisa volontà politica — fece orientare il legislatore del '57 verso una interpretazione riduttiva della norma costituzionale. Il risultato fu un organismo princi-

(24) Illuminante, in proposito, l'opinione espressa dagli On.li Terracini, Lusso, Fabbri e Perassi, secondo i quali per il Consiglio « (...) si poteva redigere un testo il più generico ed elastico possibile » (Cfr. « Atti Assemblea Costituente », resoconto della seduta del 25 ottobre 1947, pag. 1569).

(25) È questo il preambolo della legge n. 33/1957.

palmente consultivo delle Camere, del Governo e delle Regioni, il quale, benché dotato dell'iniziativa legislativa, risultò, attraverso la previsione della facoltatività del parere, di fatto estromesso da ogni effettivo potere di intervento nel campo della legislazione economico-sociale.

Per la verità, la Commissione Paratore, incaricata della redazione del relativo disegno di legge, aveva proposto sia l'introduzione dell'obbligatorietà dei pareri del CNEL, sia l'attribuzione all'organo di compiti di arbitrato e conciliazione sindacale. Entrambe le proposte, come è noto, furono respinte: in particolare, il rigetto della proposta del CNEL come organo di conciliazione fu motivato dalla previsione di una prossima approvazione — mai avvenuta — di una legge attuativa dell'articolo 39 della Costituzione. Non è da escludere (*rectius*: è ampiamente probabile) che alla base di entrambi i dinieghi vi sia stato il timore che l'azione del CNEL potesse costituire un intralcio per l'attività del Parlamento e del Governo.

Ma, per meglio evidenziare i limiti complessivi di cui l'organo in questione ha finora sofferto, è opportuno procedere ad una breve disamina della sua legge istitutiva (l. 5 gennaio 1957, n. 33).

Per cominciare, la composizione del CNEL risultava di 79 membri, ripartiti come segue: 25 rappresentanti dei lavoratori, suddivisi per settori merceologici; 13 rappresentanti dei lavoratori autonomi (professionisti, coltivatori diretti, artigiani e rappresentanti di cooperative); 17 rappresentanti delle imprese private, anche questi suddivisi per settori merceologici; un rappresentante delle imprese municipalizzate; un rappresentante dell'I.R.I.; due rappresentanti degli enti pubblici a carattere nazionale operanti nel campo della previdenza. Era prevista, infine, la presenza di venti esperti, di cui otto nominati dal Presidente della Repubblica, tre designati dall'Unione accademica nazionale e nove in rappresentanza dei Consigli superiori e di altri organi della pubblica Amministrazione.

La procedura di nomina dei membri del CNEL era disciplinata dall'articolo 3 della legge 33/'57. Su questo punto, la legge conferiva un'ampia discrezionalità al Governo, che era in sostanza chiamato a valutare quali fossero le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative. I singoli Ministri, poi, erano competenti a stabilire, per ogni categoria, il numero dei rappresentanti da richiedere alle singole organizzazioni, nell'ambito della determinazione numerica prevista dall'articolo 2. Con la possibilità della « designazione d'ufficio », prevista dal comma 7 dell'articolo 3, il Governo estendeva al massimo il

proprio potere discrezionale circa la nomina dei componenti dell'organo, con conseguente depotenziamento della rappresentatività dello stesso.

Per quanto riguardava il presidente del CNEL, questi era nominato dal Capo dello Stato, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, al di fuori dei membri designati ex articolo 2.

Una menzione particolare merita la previsione del divieto di mandato imperativo per gli appartenenti al Consiglio, espressamente prescritta dall'articolo 6 della legge 33/'57 (mi riservo, comunque, di tornare brevemente sul punto al termine del presente paragrafo).

Circa i poteri dell'organo, l'articolo 8 prevedeva la facoltatività dei pareri del CNEL « (...) su materie che importano indirizzi di politica economica, finanziaria e sociale, come anche su ogni questione che rientri nell'ambito dell'economia e del lavoro ». Lo stesso articolo, al suo 4° comma, prevedeva la possibilità di contribuire all'elaborazione della legislazione sulle materie sopra citate, attraverso le osservazioni e le proposte che il Consiglio poteva indirizzare alle Camere e al Governo.

All'iniziativa legislativa, costituzionalmente prevista, gli articoli 10 e 11 apponevano una serie di limiti procedurali e per materia: in primo luogo, le proposte di legge dovevano essere votate dal Consiglio a maggioranza assoluta e con la presenza di almeno due terzi dei suoi componenti. Inoltre, la proposta non poteva riguardare leggi costituzionali, tributarie, di bilancio, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali. Ancora, la richiesta di parere da parte di una Camera o del Governo bloccava l'iniziativa legislativa del Consiglio sull'oggetto del parere; stesso effetto aveva la presentazione di un disegno di legge governativo sulla medesima materia.

Infine, il diritto di iniziativa legislativa rimaneva sospeso per sei mesi a seguito dell'avvenuta pubblicazione della relativa legge, o anche come conseguenza del rigetto del disegno di legge da parte di uno dei due rami del Parlamento.

Procedendo nella disamina, l'articolo 12 attribuiva al Consiglio la facoltà di elaborare, di propria iniziativa, studi ed indagini sulle materie di sua competenza. Da sottolineare, inoltre, la possibilità per le Regioni — prevista dall'articolo 13 — di richiedere autonomamente il parere del Consiglio sulle materie di sua competenza.

Per finire, gli articoli dal 14 al 17 disciplinavano le sedute e riservato alla figura del segretario generale, mentre gli ultimi due (il la regolamentazione interna del Consiglio. Un articolo (il n. 18) era

20 ed il 21) erano dedicati alle spese di funzionamento e agli oneri finanziari derivanti dall'applicazione della medesima legge 33/'57.

Poche parole sulle norme integrative dell'ordinamento interno del Consiglio, nonché sulla modifica dell'articolo 7 della sua legge istitutiva: con la legge 4 novembre 1965, n. 1246, si provvede ad alcuni ritocchi riguardanti quasi esclusivamente la gestione finanziaria interna e l'amministrazione del personale, mentre la successiva legge 21 luglio 1967, n. 619, estese da tre a cinque anni la durata in carica del presidente e dei membri del CNEL.

In conclusione, un giudizio complessivo sulla legge istitutiva del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro non può prescindere dal substrato storico-politico esistente all'epoca della sua entrata in vigore: in tale ottica va inquadrata tutta quella serie di limitazioni che il legislatore del 1957 frappose all'attività del CNEL, a cominciare dalla limitazione della funzione legislativa e dalla previsione della non pubblicità dei lavori, e procedendo con il divieto di mandato imperativo per i Consiglieri, col quale, più che tutelare l'indipendenza dei membri, si finiva col negare la « rappresentanza degli interessi ».

Questo ultimo punto merita qualche parola di più: come considerazione d'ordine generale, da un punto di vista strettamente legalitario, non è affatto chiaro in base a quale principio giuridico si possa negare al rappresentato la facoltà di revocare in qualunque momento il « mandato » (29) — seppure, in qualche caso, « astratto », ma non per questo inesistente — rilasciato al suo *rappresentante*, nel momento in cui questi dia mostra di non perseguire più quegli interessi, la cui tutela costituisce la ragione principale, se non unica, del suo ufficio. E si consideri che questo stesso discorso sarebbe suscettibile di ben più ampie estensioni!

Per ultimo, tornando alla legge istitutiva del CNEL, va detto che questa ha generato, *ab origine*, un notevole contenzioso dovuto all'incerta procedura di designazione dei rappresentanti, con la conseguenza che le decine di ricorsi al TAR ed al Consiglio di Stato

(29) Sebbene sia questa la definizione corrente dell'istituto, sarebbe forse più corretto (anche in relazione alla diffusa nozione di « rappresentanza ») parlare di « procura », dato che non mi sembra si possa ravvisare, nel caso in questione, un effettivo contenuto *contrattuale*, tipico (quantomeno privatisticamente parlando) della nozione di « mandato ».

in ordine alle nomine dei consiglieri hanno provocato, in più occasioni, la paralisi del Consiglio (30).

3 — I progetti di revisione.

« Le leggi economiche fondamentali hanno una loro relativa rigidità; e se per insufficiente consapevolezza o per colpevole negligenza talvolta se ne prescinde, non tardano a svilupparsene conseguenze, talvolta gravissime. Se nel passato si fosse sempre chiesto il parere del CNEL, Governi e legislatori — cui pur compete la sintesi politica — avrebbero forse evitato alcuni errori e servito meglio anche la causa della « socialità », alla quale certamente siamo tutti sensibilissimi ». Il passo dianzi riportato — tratto dal discorso pronunciato dal Presidente del Consiglio, On. Andreotti, in occasione dell'insediamento del nuovo CNEL, nel gennaio del 1977 — evidenzia come la necessità di attribuire maggior peso all'organo in esame fosse chiaramente avvertita in sede politica già da diverso tempo. Tale necessità si tradusse nel formale incarico — attribuito allo stesso CNEL — di predisporre un progetto di riforma dell'organo. Ne risultò la approvazione di un progetto articolato di riforma, che fu successivamente tradotto, senza rilevanti modificazioni, in un disegno di legge governativo, presentato al Senato nel giugno del 1982 (31). Sostanzialmente duplice la finalità del progetto: da un lato, rafforzare la rappresentatività del CNEL, adeguandola al contesto economico-sociale profondamente innovato rispetto al 1957; dall'altro, conferire all'attività istituzionale dell'organo maggiore incisività, sia attraverso la previsione di pareri obbligatori, sia corredan-

(30) Cfr., in merito, C. SAN MAURO, *Controversie sulla composizione del CNEL*, in « Foro Amministrativo », 1983, pag. 1031. In questo lavoro l'autore procede all'analisi della sentenza del Consiglio di Stato n. 106 del 23 febbraio 1983, con la quale il Supremo Consesso amministrativo ha affrontato lo spinoso problema dei criteri cui si deve attenere la pubblica Amministrazione nel determinare il grado di rappresentatività delle organizzazioni sindacali. In particolare, l'opera ermeneutica del Consiglio di Stato ha avuto riguardo alle differenze intercorrenti tra l'art. 39 e l'art. 99 della Costituzione. Ne è risultata l'individuazione di tre criteri cui la p.A. deve attenersi nel determinare la maggiore rappresentatività delle organizzazioni sindacali, e cioè: 1) il numero dei soggetti rappresentati; 2) la stipulazione di contratti collettivi; 3) l'ampiezza e la diffusione delle strutture associative.

(31) VIII legislatura, Governo Spadolini, atto n. 1327 del 9 giugno 1982.

dolo di efficaci strumenti conoscitivi, primo fra tutti l'archivio dei contratti collettivi (32).

A seguito delle elezioni del 1983, il disegno di legge presentato dal Governo Spadolini venne sostituito da un ulteriore disegno di legge, presentato al Senato — come già detto — il 24 novembre 1983, e contrassegnato dal numero 342.

Dalla relazione di presentazione di quest'ultimo progetto emergeva un dato essenziale, consistente nella presa d'atto dello stato di perdurante inattività dell'organo, le cui cause andavano ricercate — secondo quanto si leggeva nella relazione — nell'« aver concentrato la sua attività prevalentemente nelle funzioni di consulenza legislativa ». Mediamente, questa affermazione conduceva ad ammettere che il disegno costituzionale del CNEL non rispondeva più alle esigenze della attuale realtà economico-sociale e che, quindi, la sua riforma doveva essere attuata nell'ottica del riconoscimento dell'esistenza di un meccanismo decisionale che, di fatto, si era venuto progressivamente sovrapponendosi ai canonici circuiti parlamentari. La stessa relazione confermava questa analisi con l'ammettere che il precedente progetto di autoriforma non era più rispondente alle esigenze delle nuove « politiche di concertazione sociale ».

Da qui l'adeguamento della struttura e delle funzioni del CNEL ad uno schema politico che più di un autore ha definito « neo-corporativo » (33).

Queste, in sintesi, le « chiavi di lettura » dei progetti di revisione presentati fino ad oggi, l'ultimo dei quali è divenuto, previa qualche lieve modifica, legge dello Stato.

4 — La nuova regolamentazione.

Con l'approvazione della legge 30 dicembre 1986, n. 936 (34), il CNEL ha visto mutare profondamente la propria composizione e le proprie funzioni.

(32) Cfr. L. MENGONI, *op. cit.*, pag. 90.

(33) Cfr. L. MENGONI, *op. cit.*, pag. 91; G. NICOLAIS, *La riforma del CNEL: recenti sviluppi nel dibattito politico e sindacale*, in «Diritto del lavoro», 1984, I, pag. 239. Sulle linee generali della questione, cfr. A. CESSARI, *Pluralismo, neo-corporativismo, neo-contrattualismo*, in «Riv. italiana di diritto del lavoro», 1983; G. MAZZONI, *Costo del lavoro: un accordo neo-corporativo?*, *ivi*.

(34) Il testo della legge è pubblicato nella G.U. del 5 gennaio 1987.

Partendo dalla presa d'atto della condizione di quasi-inofficiosità dell'istituto — avallata, peraltro, da tutte le parti sociali e politiche — il legislatore ha avuto come obiettivo la « ricostruzione » dell'organo, adattandolo a quel dato ormai acquisito che è la « concertazione sociale » (35).

Più precisamente, con la nuova regolamentazione il legislatore ha inteso riconoscere, da un lato, la autonomia delle organizzazioni sindacali e la loro capacità di inserirsi nel processo politico decisionale; dall'altro, ha voluto creare una sede istituzionale in cui assicurare a queste ultime una loro *formale* riconoscibilità, ricalcando un modulo già operante presso altre democrazie europee (36).

In quest'ottica, la nuova legge ha il pregio di riconoscere il dato oggettivo consistente nella prassi — ormai consolidata — di un sistema relazioni industriali incentrato su accordi triangolari tendenti alla realizzazione di obiettivi di politica economica generale, e, conseguentemente, di adeguare il CNEL ad una realtà socio-economica notevolmente trasformata rispetto all'epoca dell'entrata in vigore della precedente regolamentazione.

4.1. — *Composizione.*

Dei tre titoli in cui è suddivisa la legge 936/'86, il primo è dedicato alla composizione del CNEL.

Questa si articola su un totale di centoundici membri, oltre il presidente, ripartiti tra esperti e rappresentanti delle categorie produttive. Una prima differenza tra il D.D.L. 342 e la corrispondente legge 936/'86 consiste nell'aumento del numero dei componenti dai centosei del progetto governativo ai centoundici previsti dalla legge. Più in dettaglio, l'aumento riguarda esclusivamente i rappresentanti delle categorie produttive, essendo rimasto inalterato, rispetto al D.D.L. 342, il numero degli esperti. Questi ultimi, definiti dalla legge come « (...) qualificati esperti della cultura economica, sociale e giuridica » (37), risultano essere dodici, dei quali otto nominati dal Pre-

(35) *Supra*, pag. 8.

(36) Organismi analoghi sono attualmente in fusione in Austria, Germania, Francia e Inghilterra. Cfr., sul punto F. SIMONCINI, *I Consigli dell'economia e del lavoro nella CEE*, Roma, 1978; S. BERGER, *Organizing interests* cit.

(37) Art. 2, 1° co. legge 936/'86.

sidente della Repubblica, ed i restanti quattro proposti dal Presidente del Consiglio dei Ministri.

I rappresentanti delle categorie produttive risultano essere novantanove, ripartiti in quarantaquattro rappresentanti dei lavoratori dipendenti, diciotto dei lavoratori autonomi e trentasette rappresentanti delle imprese. A tal riguardo, è importante sottolineare che la nuova legge — a differenza della precedente — introduce la distinzione tra le categorie produttive di beni e servizi nel settore *pubblico* e le corrispondenti categorie nel settore *privato*, il che permette al settore pubblico di essere rappresentato sia a livello di « lavoratori dipendenti » che a livello di « imprese », attraverso le rispettive organizzazioni sindacali.

Altra rilevante differenza risulta essere l'assenza della dettagliata indicazione « numerica » per settori merceologici, riferita ai rappresentanti dei lavoratori dipendenti, indicazione numerica che il legislatore ha invece inteso mantenere per i rappresentanti dei lavoratori autonomi e per le imprese (38), probabilmente in relazione alla frammentarietà delle rispettive organizzazioni rappresentanti (Confindustria, Confcommercio, Confartigianato, etc.). In particolare — e a differenza del D.D.L. 342 — per la rappresentanza delle imprese

(38) Art. 2, co. 2: « La rappresentanza dei lavoratori dipendenti è articolata in modo da garantire quella dei lavoratori dell'agricoltura e della pesca, dell'industria, del commercio e dell'artigianato, dei servizi, con particolare riguardo ai settori del trasporto, del credito e delle assicurazioni, nonché della pubblica amministrazione. Dei quarantaquattro membri di cui essa consiste, cinque rappresentano i dipendenti pubblici e privati e i quadri intermedi.

3. La rappresentanza dei lavoratori autonomi è così composta: a) cinque rappresentanti dei coltivatori diretti; b) cinque rappresentanti degli artigiani; c) quattro rappresentanti dei liberi professionisti; d) quattro rappresentanti delle cooperative di produzione e di consumo.

4. La rappresentanza delle imprese è così composta: a) cinque rappresentanti dell'agricoltura e della pesca; b) quattordici rappresentanti dell'industria; c) sette rappresentanti del commercio e del turismo in modo che sia comunque assicurata una adeguata rappresentanza al settore del turismo; d) otto rappresentanti del servizio in modo che sia comunque assicurata una adeguata rappresentanza ai settori del trasporto, del credito e delle assicurazioni; e) un rappresentante dell'IRI; f) un rappresentante dell'ENI; g) un rappresentante dell'EFIM.

5. Nell'ambito della rappresentanza, di cui al comma 4, con particolare riferimento ai settori dell'industria e del trasporto, è garantita la presenza delle imprese a partecipazione statale e delle imprese municipalizzate ».

la legge ha specificamente garantito la distinta presenza delle imprese a partecipazione statale e di quelle municipalizzate.

Circa il concetto di « categoria », è bene procedere ad una puntualizzazione. Il legislatore del '57 adoperò l'espressione « categoria » mediandola dall'articolo 39 della Costituzione, in previsione dell'entrata in vigore di una legge per l'attuazione del medesimo. Col perdurare, viceversa, della mancata attuazione del sistema di contrattazione e di rappresentanza previsto dall'art. 39 Cost., l'individuazione delle categorie produttive viene oggi attuata secondo criteri affatto empirici (39), per quanto discretamente precisi. Abilitate alle designazioni sono le organizzazioni sindacali a carattere nazionale — nelle quali, peraltro, le varie categorie produttive trovano la loro identificazione — il cui grado di rappresentatività viene attualmente accertato secondo un procedimento amministrativo sufficientemente definito (40). Conseguentemente, la nuova legge ha rinnovato radicalmente la procedura di nomina dei rappresentanti.

Per cominciare, è la Presidenza del Consiglio dei Ministri — e non più il Ministro competente — che, uditi i Ministri interessati, « identifica » le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative. La procedura ha inizio nove mesi prima della scadenza del mandato dei membri del Consiglio, con l'avviso di tale scadenza comunicato dalla Presidenza del Consiglio mediante pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. A seguito dell'avvenuta pubblicazione, le organizzazioni sindacali di carattere nazionale dispongono di trenta giorni per far pervenire alla Presidenza del Consiglio le designazioni dei rappresentanti delle categorie produttive. Nei successivi trenta giorni, il Presidente del Consiglio, su parere — come s'è detto — dei Ministri interessati, « (...) definisce l'elenco dei rappresentanti delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative e lo comunica a tutte le organizzazioni designanti » (41). L'eventuale ricorso avverso tale atto va presentato, nel termine dei successivi trenta giorni dalla comunicazione del medesimo, alla stessa Presidenza del Consiglio, che ne dispone la notificazione alle altre organizzazioni interessate. A tal riguardo, merita d'essere sottolineato il fatto che l'obbligo di fornire tutti gli elementi necessari a stabilire il grado di rappresentatività in-

(39) Cfr. L. SAPORITO, *op. cit.*, pag. 254.

(40) *Supra*, pag. 30, nota n. 30.

(41) Art. 4, co. 3.

combe sulle stesse organizzazioni interessate: in particolare, l'ampiezza e la diffusione delle strutture organizzative, unitamente alla partecipazione effettiva alla formazione e alla stipulazione dei contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro, costituiscono i parametri che il legislatore ha inteso individuare nell'ottica di una formale ricognizione della rappresentatività delle singole organizzazioni sindacali.

Il ricorso è deciso, previa audizione delle parti, entro quarantacinque giorni, con provvedimento del Presidente del Consiglio, su deliberazione del Consiglio dei Ministri.

La conseguenza maggiormente rimarchevole del dettato legislativo è che ogni ulteriore riferimento che il legislatore o il Governo si troveranno a dover fare riguardo alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative comporterà, necessariamente, il riscontro con le sole organizzazioni presenti nel CNEL. Infine, non è escluso che in futuro possa essere lo stesso CNEL a designare (per legge) i rappresentanti sindacali all'interno di organi pubblici, come è già avvenuto in precedenza per i membri del Consiglio Nazionale della Pubblica Istruzione, del Consiglio Sanitario Nazionale, dei Consigli di Amministrazione delle Università, nonché di altri organismi pubblici.

Per quanto riguarda il presidente del CNEL, l'articolo 5 della nuova legge stabilisce che questi sia nominato al di fuori dei componenti dell'organo, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri.

Il presidente — come, del resto, ogni altro membro del Consiglio — dura in carica cinque anni e può essere confermato.

Un'ultima constatazione (meritevole, peraltro, di ulteriori riflessioni) va fatta in merito alla composizione del CNEL: a differenza della precedente regolamentazione — che, all'art. 6 della legge n. 33/'57, prevedeva espressamente il divieto di mandato imperativo per i membri del Consiglio — la nuova legge stabilisce che le istituzioni, enti ed organizzazioni designanti possano revocare in qualunque momento i rispettivi rappresentanti, trasmettendone la richiesta al presidente del CNEL, il quale provvede a darne comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri per gli adempimenti conseguenti. In tal caso la nomina del successore avviene per un tempo pari a quello per cui sarebbe rimasto in carica il consigliere revocato (42).

(42) La disposizione si applica anche nei casi di decesso, dimissioni o decadenza.

4.2. — *Attribuzioni.*

La posizione privilegiata del Governo nei confronti del CNEL costituisce, senza dubbio, l'elemento caratterizzante della nuova legge. Le « avvisaglie » del consolidamento di un simile rapporto preferenziale sono rintracciabili a partire dall'attività che il CNEL ha svolto in questi ultimi anni, in special modo con la presentazione dei tre « rapporti Europa », elaborati su richiesta del Ministro per l'attuazione delle politiche comunitarie, del parere sul « Programma economico » reso obbligatorio dalla legge istitutiva del Ministero del bilancio e della programmazione economica, ed ancora, del contributo fornito alla preparazione dei rapporti semestrali dell'ISCO (Istituto nazionale per lo studio della congiuntura, presieduto e controllato dal Ministro del bilancio).

Il legislatore del 1986 — in linea con l'affermata « politica di concertazione sociale » — non ha fatto altro che recepire questo « dato », conferendo al Governo il principale potere di impulso per quanto riguarda l'attività dell'organo.

Questa affermazione trova esplicita conferma nell'articolo 10 della nuova legge, dove, alla lettera (a) è sostanzialmente stabilito che sia la richiesta del Governo a costituire il « motore » dell'attività del CNEL (43). Lo stesso articolo prevede che l'organo esamini, in apposita sessione, la relazione previsionale e programmatica presentata al Parlamento dei Ministri del bilancio e del tesoro, a norma dell'articolo 15 della legge n. 468 del 1978. Sempre a norma dell'articolo 10 il CNEL Esamina, sulla base dei rapporti predisposti dal Governo, le politiche comunitarie e la loro attuazione; contribuisce, con pareri ed indagini (su richiesta, in questo caso, non solo del Governo, ma anche delle Camere, delle Regioni o delle province autonome), all'elaborazione della legislazione di indirizzo in materia di politica economica e sociale; ha la facoltà di compiere studi ed indagini di propria iniziativa nelle materie di sua competenza (44);

(43) Art. 10, co. 1: « In conformità a quanto previsto dall'articolo 99, secondo e terzo comma, della Costituzione, il CNEL: a) esprime, su richiesta del Governo, valutazioni e proposte sui più importanti documenti ed atti di politica e di programmazione economica e sociale, anche con riferimento alle politiche comunitarie ».

(44) La previsione è stata inserita *ex novo* nella nuova legge, non comparando nel D.D.L. n. 342. Il legislatore ha così inteso mantenere in vita l'art. 12 della precedente legge n. 33/57.

infine, dispone — in ossequio al dettato costituzionale — dell'iniziativa legislativa.

Il successivo articolo 11 — rubricato « attività consultiva » — sembra ripetere, al suo primo comma, il punto (f) dell'articolo precedente (45) (pareri su richiesta delle Camere, del Governo, delle Regioni o delle province autonome), al presumibile scopo di limitare la facoltà di richiedere pareri al CNEL ai soli organi ed enti tassativamente previsti.

Altro punto che merita di essere sottolineato è la totale cancellazione dalla nuova legge dell'articolo 13 del D.D.L. n. 342 (iniziativa legislativa) (46). Personalmente, ritengo possibile, a tal riguardo, formulare tre ipotesi: la prima è che il legislatore abbia espunto l'articolo ritenendolo pleonastico, in quanto l'iniziativa legislativa, oltre ad essere costituzionalmente prevista, rientra già tra le disposizioni del precedente articolo 10 della legge 936/'86; la seconda, è che abbia voluto evitare al Governo l'aggravio derivante dall'obbligo di provvedere, nel termine di soli dieci giorni, all'esame dei disegni di legge provenienti dal CNEL, ed alla loro trasmissione ad uno dei due rami del Parlamento; come terza ipotesi potrei azzardare che il legislatore abbia inteso sollevare l'organo dalle limitazioni derivanti da termini forse troppo rigidi, ovvero che abbia voluto evitare al CNEL di vedere paralizzata la propria iniziativa legislativa dalle richieste di pareri da parte delle Camere o del Governo.

(45) Art. 10, lettera (f): « (Il CNEL) contribuisce all'elaborazione della legislazione che comporta indirizzi di politica economica e sociale esprimendo pareri e compiendo studi ed indagini su richiesta delle Camere o del Governo o delle regioni o delle province autonome ».

(46) Art. 13 D.D.L. n. 342/'83: « Il CNEL nelle materie economiche e sociali ha facoltà di proporre alle Camere disegni di legge, purché ne sia stata prima formalmente decisa la presa in considerazione dell'assemblea, secondo le norme previste dal regolamento di cui all'art. 22.

I disegni di legge sono trasmessi dal presidente del CNEL al Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale, nei dieci giorni successivi alla ricezione, li invia ad uno dei due rami del Parlamento.

L'iniziativa legislativa non può essere esercitata su argomenti sui quali una Camera o il Governo abbiano richiesto il parere del CNEL, oppure il Governo abbia già presentato al Parlamento un disegno di legge, se non siano trascorsi dodici mesi dalla formulazione del parere ovvero sei mesi dall'approvazione della legge o dal rigetto del disegno di legge. L'iniziativa legislativa non può essere esercitata per le leggi di autorizzazione a ratificare trattati internazionali e per le leggi tributarie ».

Il discorso, evidentemente, è suscettibile di ulteriori sviluppi.

Per concludere, il titolo II della nuova legge si chiude riportando integralmente la disposizione prevista dall'articolo 14 del D.D.L. n. 342, riguardante la designazione di rappresentanti delle categorie produttive e di componenti in organismi pubblici a carattere nazionale. La norma si limita a prevedere un termine (dieci giorni dalla deliberazione dell'assemblea del CNEL) entro cui le suddette designazioni debbono essere trasmesse al Presidente del Consiglio dei Ministri o al Ministro competente.

4.3. — *Ordinamento.*

Il terzo ed ultimo titolo della legge n. 936/'86, dedicato all'ordinamento del CNEL riflette, con un'evidenza ancora maggiore di quanto sia riscontrabile nei primi due titoli, quelle che sono le linee fondamentali della nuova regolamentazione.

Per cominciare, l'articolo 14 stabilisce che le pronunce dell'organo non sono valide se non con la partecipazione della maggioranza dei componenti in carica. In secondo luogo, il voto di maggioranza risulta sostanzialmente abolito dal secondo comma dello stesso articolo, che esclude la votazione nel caso in cui sussistano, all'interno dell'assemblea, posizioni discordanti sull'intera materia o anche soltanto su singoli punti: in tal caso la pronuncia si limita a dare atto delle rispettive posizioni dei votanti, registrandone semplicemente il numero, il gruppo o le categorie di appartenenza.

A tal riguardo, mi sembra interessante sottolineare il maggior peso che la posizione degli esperti può assumere in conseguenza della mancata votazione; evidentemente, è questo un chiaro indice dell'orientamento del legislatore verso un maggiore tecnicismo dell'organo.

Questo orientamento trova ulteriore conferma negli articoli 15 e 16 della nuova legge; in particolare, l'articolo 15 prevede la generica istituzione di « comitati e commissioni » da affiancare all'assemblea in relazione ai lavori dedicati all'esame delle materie di competenza di quest'ultima, mentre maggiore approfondimento merita l'articolo 16, rubricato « Commissione dell'informazione ».

Questo rappresenta, sicuramente, uno dei dati maggiormente caratterizzanti della nuova legge: esso prevede l'istituzione, in seno al Consiglio, di una commissione speciale, composta da non più di

quindici membri, « (...) preposta alla raccolta, all'organizzazione e all'elaborazione dell'informazione » (47) per tutte le materie previste dal precedente articolo 10 e dal successivo articolo 17. Più in dettaglio, il primo comma dell'articolo 16 conferisce la presidenza della suddetta commissione allo stesso presidente del CNEL, ovvero, su sua delega, ad un consigliere scelto tra i dodici « esperti » di cui all'articolo 2.

Su questo punto, è opportuno rilevare un'ulteriore differenza tra la nuova legge ed il corrispondente D.D.L. n. 342: mentre quest'ultimo attribuiva la presidenza della commissione esclusivamente ad uno dei dodici esperti, il legislatore del n. 936 — probabilmente allo scopo di conferire unitarietà all'istituto — ha riunito nella persona del presidente del CNEL la direzione dei due principali organi di cui esso è composto.

Notevolmente estese risultano essere le attribuzioni della commissione.

In primo luogo, essa è competente a richiedere alle istituzioni pubbliche — per le quali ottemperare alla richiesta costituisce un obbligo — informazioni sull'andamento retributivo, sulle condizioni di lavoro, sull'organizzazione e sull'efficienza degli uffici e dei servizi. Dispone, inoltre, della facoltà di avviare indagini ed effettuare campionamenti sulle retribuzioni e sulle condizioni di lavoro nel settore privato. Può svolgere studi e ricerche in materia di contratti collettivi, di retribuzioni e di condizioni di lavoro.

Ancora, in relazione all'articolo 17, la commissione impartisce le direttive per l'organizzazione dell'archivio dei contratti e della banca-dati. Infine, « (...) procede alla formazione e all'aggiornamento di un archivio degli organismi pubblici nei quali la legge prevede la rappresentanza delle categorie produttive » (48).

Nel suo insieme, l'articolo 16 induce ad una considerazione di ordine critico, consistente nella presa d'atto dell'esistenza di una notevole affinità tra la struttura « tipo » di una società per azioni e la conformazione dell'organo in questione. In effetti, l'assemblea dei membri di diritto del CNEL, con le sue saltuarie convocazioni, sembra corrispondere, senza sostanziali differenze, ad una qualsiasi assemblea societaria, mentre la commissione dell'informazione, inve-

(47) Art. 16, co. 1.

(48) Art. 16, co. 2, punto (f).

stita com'è di funzioni permanenti, presenta un'evidente rassomiglianza con il modulo del consiglio di amministrazione societario. Evidentemente, questo tipo di formula conferma ancora una volta la coerenza del disegno legislativo con l'odierno contesto politico-istituzionale, segnatamente per ciò che riguarda il settore dell'economia.

Con l'archivio dei contratti e la banca-dati, previsti dall'articolo 17 della legge, il CNEL risulta corredato di uno strumento idoneo a garantire obiettività e certezza a tutti i dati inerenti ai contratti ed agli accordi collettivi, nonché ai costi ed alle condizioni del mercato del lavoro. Anche questa struttura è chiaramente orientata ad agevolare (o, se si vuole, ad accentuare) il ruolo della mediazione statale nella contrattazione collettiva.

Poche parole, infine, sui restanti articoli della legge 936/'86.

A differenza di quanto prevedeva la precedente regolamentazione, l'articolo 18 della legge attualmente in vigore stabilisce la pubblicità delle sedute e degli atti del CNEL. La norma successiva, rubricata « acquisizioni istruttorie », è dedicata alla disciplina, oltre che dell'intervento in assemblea di personalità estranee all'organo, delle convenzioni con amministrazioni statali, con enti pubblici o con privati, nonché degli incarichi temporanei per studi ed indagini conferiti ad esperti « (...) anche estranei all'amministrazione dello Stato » (49). Infine, gli articoli 20 e 21 sono dedicati, rispettivamente, ai regolamenti interni ed allo stato di previsione della spesa e rendiconti del CNEL.

Per concludere, un breve accenno alla figura del segretario generale: questi viene nominato, sentito il parere del presidente del CNEL, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. Il segretario generale è preposto ai servizi del Consiglio ed esercita le funzioni espressamente previste dal regolamento, o attribuitegli dall'ufficio di presidenza.

5 — Osservazioni conclusive.

È giunto il momento di tirare le fila del discorso. L'esistenza di un consolidato sistema di interrelazioni settoriali, facente capo all'affermata prassi degli accordi triangolari (sindacati-Governo-impren-

(49) Art. 19, co. 4.

ditori) costituisce, oggi, una realtà non più contestabile. Del pari, non è contestabile lo stato di quasi totale inofficiosità in cui il CNEL ha versato lungo tutto l'arco della sua ormai trentennale esistenza.

Questi i dati oggettivi.

Partendo da simili considerazioni, il legislatore ha ritenuto di assegnare al CNEL — pur nel formale rispetto del dettato costituzionale — il compito di predisporre e rendere operante la mediazione sociale che precede la fase più propriamente decisionale. Le soluzioni « tecniche » adottate in ordine al raggiungimento di questo obiettivo hanno inciso sia sul piano della composizione dell'organo — rinnovata rispetto al numero dei membri, alla procedura di nomina dei medesimi ed all'abolizione del divieto di mandato imperativo — sia sul piano delle attribuzioni — attraverso il conferimento all'esecutivo del principale potere di impulso per quanto riguarda l'attività del CNEL — sia, infine, sul piano dell'ordinamento interno, notevolmente ridisegnato con l'abolizione del voto di maggioranza, con il rafforzamento della posizione degli esperti, con l'istituzione dell'archivio dei contratti e della banca-dati nonché, massimamente, con l'istituzione della « commissione dell'informazione ».

In effetti la nuova legge, nelle sue linee fondamentali, non fa altro che adattare l'organo ad un sistema di contrattazione e di sviluppo (50) di fatto saldamente instauratosi, e riconosciuto da tutte le parti sociali e politiche come un dato ormai acquisito. Di conseguenza, il CNEL cessa di essere un organo di tipo esclusivamente camerale, tradizionalmente sede di incontro e di dibattito tra i gruppi sociali organizzati, per diventare, più che altro, un'agenzia di « (...) supporto tecnico-conoscitivo delle intese triangolari, delle mediazioni ministeriali e della stessa negoziazione diretta tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro » (51).

Più sinteticamente, mi sembra si possa affermare — adoperando termini « processuali » — che al CNEL sia stata attribuita la competenza ad « istruire la concertazione sociale ».

In conclusione, un giudizio finale sulla riforma del CNEL non può prescindere — a mio avviso — dal contesto generale della più volte ventilata « riforma istituzionale ». Sono anzi persuaso che la « questione CNEL » contenga — in nuce — gran parte degli elementi

(50) Vedi *supra*, nota 33.

(51) Dalla relazione di presentazione al Senato del D.D.L. n. 342.

essenziali che caratterizzano lo spinoso problema dei rapporti tra società e Stato.

In questa prospettiva la riforma del CNEL potrà costituire un'utilissima cartina di tornasole in ordine al raggiungimento di un importante traguardo di democrazia sostanziale: l'effettiva e concreta partecipazione di tutte le parti sociali ai processi decisionali incidenti nel settore della macroeconomia e, ciò che più conta, in quello — molto meno analizzabile da un punto di vista strettamente scientifico ma, proprio per questo, infinitamente più complesso — della politica sociale.

CARLO BRIZIO

LA CONVENZIONE DI GINEVRA DEL 1949

Per il miglioramento delle condizioni dei feriti e malati
delle Forze Armate in campagna

La Convenzione in oggetto è una promanazione di quella del 1864 che andava a gettare le basi del diritto di Ginevra o diritto umanitario che sino al 1977, ovvero sino alla firma dei due Protocolli Aggiuntivi la dottrina separava dal diritto bellico o diritto dell'AIA (1). Questa distinzione era basata sul fatto che il diritto umanitario regolava i rapporti tra il contendente e colui che per varie ragioni decadeva da tale qualifica, oppure tra il contendente ed il civile sottoposto all'imperio della nazione occupante (civile in territorio occupato) (2).

Nel diritto bellico venivano contemplate le norme regolatrici, i rapporti tra i contendenti in quanto tali. Questi due elementi del diritto internazionale, venivano ad essere due cose ben distinte, in quanto regolavano due distinti soggetti giuridici con diverse prerogative. Il diritto umanitario per quanto precedentemente detto, si poneva in essere dove finiva il diritto bellico. Il caso tipico è rappresentato dai prigionieri di guerra il cui trattamento è regolamentato dal diritto umanitario (3) e non da quello bellico se non in modo limitato (4), che invece contemplava le modalità di resa. Con la firma dei due Protocolli Aggiunti il Verri afferma che una distinzione tra i due diritti non è più possibile. Non pochi specialisti, però, continuano a mantenere la distinzione tradizionale fra il diritto dell'AIA e quelli di Ginevra, pur riconoscendo che i titoli III e IV

(1) VERRI PIETRO, *I Protocolli Aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949*, Roma, Tipografia della Scuola Ufficiali Carabinieri, 1978, pagg. 8-9.

(2) Convenzione di Ginevra per la protezione delle persone civili in tempo di guerra del 12 agosto 1949 e II Protocollo Aggiuntivo del 1977.

(3) Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri del 12 agosto 1949.

(4) Convenzione dell'AIA concernente le leggi e gli usi della guerra terrestre.

del I Protocollo Aggiuntivo appartengono al diritto dell'AIA (5). Mentre l'altra parte della dottrina individua con il termine diritto bellico la mera condotta tecnica delle operazioni militari (6).

Abbiamo parlato di diritto umanitario in quanto la Convenzione di Ginevra del 1864 veniva stipulata « per migliorare le sorti dei militari feriti sui campi di battaglia ».

A tale Convenzione si era arrivati grazie all'iniziativa di Henry Dunant, che, testimone diretto delle sofferenze patite dai feriti della battaglia di Solferino (7), a causa dell'inefficienza dei servizi sanitari degli eserciti che presero parte allo scontro, era giunto alla conclusione che solo delle associazioni create allo scopo di prestare soccorso, senza discriminazioni di sorta, ai feriti, potessero risparmiare loro delle inutili sofferenze. A questo scopo riunisce altri quattro cittadini elvetici, l'avvocato Moynier, i medici Appia e Maunoir e generale Dufour.

I cinque stileranno una bozza di Convenzione nella quale andranno a sancire i principi generali da adottare per lenire le sofferenze dei militari feriti, a questo scopo tutte le persone incaricate della loro cura, materiale e spirituale, come i luoghi di ricovero verranno riconosciuti neutrali (8). La Convenzione composta da 10 articoli venne sottoscritta a Ginevra il 22 agosto 1864 da 12 Stati.

Sempre con l'intento di risparmiare delle sofferenze, ovvero di umanizzare la guerra, altre Convenzioni saranno stipulate nel 1906, 1929 e nel 1949; quella che andiamo ad analizzare, è tuttora vigente, anche se integrata dal Protocollo Aggiuntivo del 1977.

La prima Convenzione di Ginevra, ovvero la Convenzione per il « Miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle forze armate in campagna » è suddivisa in IX capitoli e 64 articoli. Andiamo a constatare che le Alti Parti contraenti si impegnano al rispetto, secondo il principio 'pacta sunt servanda', ed a far rispettare le norme contenute nel testo, questo lo possiamo ricondurre al fatto che, come tutti certamente sappiamo, le Convenzioni del 1929 non furono applicate proprio alla lettera e certamente risultarono vio-

(5) VERRI PIETRO, *op. cit.*, pagg. 8-9.

(6) VERRI PIETRO, *op. cit.*, pagg. 4-5.

(7) DUNANT raccoglierà in un libro le proprie esperienze vissute subito dopo la battaglia che intitolerà « *Un ricordo di Solferino* ».

(8) Articoli 1 e 2 della Convenzione di Ginevra del 1864.

late più di una volta. È desumibile che, in virtù di quanto detto precedentemente una Parte contraente, estranea al conflitto, possa richiedere il rispetto degli accordi, onde venisse a conoscenza di eventuali violazioni, per cui potrà porre in essere quei provvedimenti che ritenga idonei qualora continuassero le stesse. Certamente questo comportamento non dovrà essere interpretato come un'ingerenza nel conflitto.

Resta inteso che se un conflitto sorgesse tra una Parte contraente e una Potenza non firmataria, se quest'ultima ne applicasse le disposizioni, la Parte contraente ne rimarrebbe vincolata (9). Non esiste, invece, nessun presupposto per cui un Paese terzo alla convenzione debba impegnarsi al rispetto di impegni mai sottoscritti.

Si è voluto fare in modo che la normativa venisse applicata, ovviamente in caso di guerra dichiarata, ovvero seguendo tutto l'iter che il diritto internazionale prevede (10), oppure durante un qualsiasi altro caso di conflitto armato, come recentemente avvenuto per l'occupazione di Grenada prima e di Panama City dopo (11), da parte degli Stati Uniti; in questo caso, non vi fu nessuna dichiarazione di guerra, però era altresì chiaro che vi fosse in atto un conflitto armato. Praticamente la convenzione deve essere applicata dove vi sia in atto un conflitto armato, a prescindere o meno dall'esistenza dello stato di guerra, intesa giuridicamente.

Altresì la Convenzione deve essere applicata anche in caso di occupazione parziale o totale di territorio nazionale, anche se questa non incontrasse resistenza alcuna.

Viene contemplato anche il caso di conflitto interno, nel quale le parti in causa si dovranno attenere ad un determinato comportamento, ammettendo di compiere una serie di atti che risultano vietati.

Dovranno proteggere tutte quelle persone che non prendono

(9) La Legge di guerra italiana, approvata con R.D. 8 luglio 1938 n. 1415 e successive modifiche, prevede al Titolo II capo VI, sezione I, articolo 91, le condizioni per la applicazione in condizioni di reciprocità delle Convenzioni.

(10) Per la dichiarazione di guerra 3^a Convenzione dell'AIA, 18 ottobre 1907, circa l'apertura delle ostilità.

(11) Altri casi verificatisi sono la battaglia navale di Navarrino (1827), occupazione di Vera Cruz da parte americana nel 1914 e l'occupazione di Corfù da parte italiana nel 1923. I casi citati nella nota sono trattati da: VERRI PIETRO, cenni sul diritto internazionale Umanitario nei conflitti armati, Velletri, Centro Tipografico del comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, 1938, pag. 23.

più parte alle ostilità per vari motivi, per malattia, ferita o qualsiasi altra causa, senza distinzione alcuna, mentre i feriti e i malati verranno raccolti e curati. Per conflitto interno possiamo intendere il caso tipico della guerra civile, oppure una guerra di Liberazione, comunque uno scontro armato che non presenti carattere internazionale, in qualunque caso ove vi sia un'opposizione militare al potere, la presente Convenzione dovrà essere rispettata. Altresì lo stesso C.I.C.R. potrà offrire i suoi servizi alle parti in causa, perciò, oltre ai compiti umanitari, che gli competono istituzionalmente, si lascia intravedere la possibilità che possa anche essere un mediatore tra le parti, qualora decidessero di trattare.

Come si è potuto constatare si è cercato di dare la più ampia applicabilità, nel contempo si è cercato di evitare che la convenzione potesse essere disattesa o per una lacuna oppure per una interpretazione troppo restrittiva.

L'articolo 4 dà per scontato il principio prima esposto per cui una Potenza terza non possa essere chiamata al rispetto di precetti mai sottoscritti, le disposizioni previste nell'articolo vengono riferite alle Potenze neutrali facenti parte la Convenzione.

Si è provveduto, anche, al fatto che nessun accordo a posteriori possa far perdere anche uno solo dei diritti sanciti, ulteriori accordi successivi non potranno ridurre i diritti garantiti dal Testo. Solo trattati nei quali siano contenute misure più favorevoli saranno validi.

È stato posto anche un limite di tempo per cui la Convenzione dovrà essere applicata al singolo in potere della parte avversa, ovvero sino al momento del suo rimpatrio. In questo caso si è voluto specificare il rimpatrio definitivo e non il rientro alle proprie linee, in modo tale da allontanare il più possibile dal teatro di operazioni tutte le persone predette, fermo restando che la loro immunità sarà garantita sino a quel momento dalla potenza detentrica.

Il fatto che il principio 'pacta sunt servanda' non venga sempre rispettato è facilmente riscontrabile in quanto si è voluto introdurre la figura della Potenza protettrice, la quale avrà il compito di curare gli interessi di una delle parti in conflitto. La funzione loro spettante potrà essere espletata da proprio personale diplomatico o di altre Potenze neutrali, questi delegati avranno bisogno del gradimento della Potenza presso la quale andranno a svolgere la loro missione. È evidente che i delegati che non godono dello status di diplo-

matico oltre alle facilitazioni che devono essere loro riservate non avranno nessun altro privilegio. Come per gli eventuali delegati del C.I.C.R., i quali sostituiranno i delegati della Potenza Protettrice qualora se per un qualsiasi motivo non vi fosse nessun Paese che vi volesse assumere il gravoso compito di rappresentare gli interessi di una parte in conflitto. Per queste ragioni si suppone che se alla figura di delegato fosse assommata quella di diplomatico, egli certamente potrebbe svolgere meglio la sua missione in quanto coperto dalle garanzie previste dal diritto internazionale (12). Nel testo non viene specificato se una Potenza non firmataria possa essere chiamata al ruolo di Potenza precettrice, per cui si desume che anche uno Stato terzo possa essere chiamato a tale ruolo, ferma restando la sua neutralità o non belligeranza.

Viene ribadito il principio secondo il quale anche nel caso di conflitto internazionale i feriti e malati debbano essere curati e protetti senza nessuna distinzione, viene per altro introdotta la figura femminile, per cui è implicitamente ammesso che le donne possano avere un ruolo diretto nei conflitti armati al pari degli uomini.

Si è voluto altresì elencare le categorie alle quali la Convenzione viene estesa, praticamente vengono chiamate in causa tutte quelle formazioni che possono prendere parte ad un conflitto, per cui sono stati inseriti gli appartenenti alle forze di liberazione e i membri delle forze armate regolari che dipendono da un governo o da una autorità anche se non riconosciuti dalla Potenza detentrica (13).

Nei casi sopra elencati si può parlare di forze armate dipendenti da un Governo in esilio, come avvenne per la Polonia, la quale durante il secondo conflitto mondiale aveva un Governo ospite di quello del Regno Unito, oppure per le formazioni francesi che combattevano agli ordini del generale De Gaulle. Per altri

(12) Il gradimento sarà necessario anche per il Capo Missione, in quanto il nuovo incarico che andrà a ricoprire sarà diverso da quello che già esercita.

(13) Il fatto che la presente Convenzione debba essere applicata nei confronti di forze armate regolari che dipendono da un governo o da un'autorità non riconosciuti dalla Potenza detentrica è facilmente spiegabile con il fatto che una Parte contraente che fosse intenzionata a non rispettare la presente Convenzione precedentemente potrebbe rompere i rapporti diplomatici, ovvero disconoscere quel Governo, successivamente aprire le ostilità.

gruppi armati, come i mercenari, non essendo previsti, si presuppone che nei loro confronti non si debba applicare la normativa (14). Come visto in precedenza si è cercato di estendere la protezione al maggior numero di formazioni combattenti possibili, per cui qualsiasi persona, o gruppi di esse, che portino apertamente le armi sono certamente comprese nelle categorie delle persone protette. Sorge una difficoltà per quanto concerne i movimenti di liberazione, in quanto sono poste quattro condizioni, che devono essere rispettate onde poter fruire della protezione, di cui certamente tre non pongono nessun problema per la pratica attuazione, mentre la quarta, quella che prevede un segno distintivo fisso e riconoscibile a distanza, pone praticamente in condizione i movimenti di resistenza di munirsi di una divisa, o in difetto, di un bracciale indossabile anche su abiti borghesi. È escluso che tale distintivo possa essere assimilabile, per qualsiasi ragione, a quello in uso per i membri dei servizi sanitari. Per cui sarebbe opportuno, che almeno il bracciale, si è citato questo ad esempio in quanto è l'elemento più semplice come costituzione, debba essere portato al braccio destro, per fare in modo che il personale sanitario, eventualmente in forza, possa portare il segnale distintivo di competenza, come prevede la Convenzione, al braccio sinistro.

Dopo aver esaminato i possibili destinatari della convenzione, passiamo ad esaminare il modo in cui dovranno essere trattati i feriti delle parti in conflitto; come cita l'art. 12 essi dovranno essere trattati e curati con umanità senza distinzione alcuna, per quelli caduti in potere dell'avversario, saranno considerati come prigionieri di guerra, per cui saranno applicate loro le norme internazionali regolanti la materia.

Viene previsto che dopo ogni scontro dovranno essere ricercati, raccolti e curati tutti i feriti e malati, qualora le circostanze lo permettano saranno stipulati armistizi (15) destinati alla ricerca e raccolta dei feriti, malati e alla inumazione dei caduti, che dovrà avvenire possibilmente in maniera singola, sul corpo verrà lasciata

(14) Per i mercenari si veda l'art. 47 del I° Protocollo Aggiuntivo alle convenzioni di Ginevra del 1977.

(15) L'armistizio viene trattato dagli artt. 36.37 della Convenzione dell'AIA del 18 ottobre 1907 e dalla legge italiana di guerra con R.D. 8 luglio 1938 n. 1415 e successive modifiche.

la metà della doppia targhetta di identità, e la terghetta stessa se si tratta di targhetta semplice, in modo che si possa procedere ad una ulteriore identificazione.

Per raccolta e cura dei feriti e malati l'autorità militare si potrà avvalere anche dell'operato dei civili, ai quali verranno estese la protezione e le facilitazioni necessarie, mentre nessuno potrà essere condannato per aver prestato cure a feriti e malati. Nella convenzione del 1864 erano previste delle agevolazioni per i civili che ospitassero dei feriti o malati come l'essere esenti dall'alloggiare truppe o dal versamento di una parte dei tributi di guerra. Anche se l'autorità militare si andrà ad avvalere dell'aiuto della popolazione civile, ciò non esonera la Parte contraente dagli obblighi che le incombono verso le categorie protette. I luoghi di cura istituzionali saranno gli stabilimenti fissi, quindi in questa categoria si annoverano gli ospedali con struttura in muratura e quelli da campo composti da tende o da qualsiasi altro elemento anche se facilmente trasportabile.

Per formazioni mobili si intendono: le ambulanze, i treni e le navi ospedali di cui si parlerà successivamente. Verso questi mezzi le Parti contraenti si impegnano al rispetto, alla protezione e al fatto che non verranno mai fatti oggetto di attacchi. Sarà compito dell'autorità competente accertare e fare in modo che gli stabilimenti e le formazioni sanitarie siano ubicati lontano da possibili obiettivi militari, onde non mettere in pericolo, in caso di attacco, detti stabilimenti e dette formazioni sanitarie. La protezione loro dovuta cesserà dal momento in cui saranno adoperati per commettere atti dannosi al nemico. Tale fatto potrà avvenire solo dopo che una intimazione di sospensione dell'attività non relativa ai compiti umanitari sia caduta nel vuoto. Per le condizioni di seguito elencate la protezione concessa, agli stabilimenti e formazioni sanitarie, dalla Convenzione non potrà venir meno anche se il personale sia armato, che negli stessi si trovino armi portatili o munizioni non ancora consegnate al competente servizio e che attività umanitaria sia svolta anche in favore dei civili.

Il fatto che venga prevista la possibilità per il personale protetto dalla Convenzione l'uso delle armi già presuppone che tale protezione non possa essere garantita, ovvero che possano essere oggetto di attacco premeditato. L'uso delle armi è previsto per il personale sanitario dall'art. 22/1 della I Convenzione di Ginevra del 1949.

Anche in questo caso il 'pacta sunt servanda' viene messo in discussione, in quanto sarebbe stato più logico prevedere che il personale fosse dotato di armi per il mantenimento dell'ordine o in caso di presenza di prigionieri di guerra onde evitarne la fuga.

Viene prevista, in conformità all'allegato I, l'istituzione di zone sanitarie organizzate in modo tale da proteggere dagli effetti della guerra i feriti ed i malati nonché tutto il personale incaricato di organizzare, amministrare queste zone e di curare le persone che vi si trovino concentrate.

Le zone dovranno rispondere a determinate caratteristiche, ovvero: che si trovino distanti da ogni centro industriale, da ogni possibile obiettivo militare e amministrativo, che le linee di comunicazione siano usate esclusivamente in funzione della zona sanitaria, che non vengano adoperate in nessun caso a scopi militari e che i siti interessati potranno essere quasi certamente esclusi da una possibile occupazione nemica. Per le zone sopra citate resta sempre valida la protezione accordata per le formazioni e gli stabilimenti sanitari, potrà essere adoperato il segnale distintivo che dovrà essere posto alla periferia e sui tetti degli edifici con la possibilità di illuminazione notturna o in caso di scarsa visibilità.

Viene usato il condizionale in quanto l'istituzione di zone sanitarie dovrà essere comunicata alla parte avversaria, la quale potrà dare il suo consenso o negarlo, nel caso in cui il consenso venga accordato si ritiene superflua l'adozione del segno distintivo, però ne viene caldeggiato l'uso per maggior precauzione. Nel caso inverso, ovvero che la parte avversa neghi il consenso, il segnale distintivo deve essere usato per estendere la protezione prevista per le formazioni fisse.

Il personale in servizio presso tutti i luoghi a cui la Convenzione estende la protezione e tutto il personale incaricato della ricerca e raccolta dei feriti e malati devono essere rispettati e protetti in ogni circostanza, parimenti, saranno rispettati e protetti anche i membri delle Società Nazionali di Croce Rossa, i quali siano adibiti a funzioni analoghe a quelle esercitate dal personale militare, a condizione che questo personale sia sottoposto alle leggi e regolamenti militari. Alla luce dell'art. 8 lettera c del titolo II del I Protocollo Aggiuntivo del 1977, si ritiene che detto personale fruisca della protezione concessa anche se non inquadrato militarmente, in quanto la protezione viene estesa anche al personale sanitario delle

Società nazionali della Croce Rossa e altre società nazionali volontarie di soccorso debitamente riconosciute da una parte in conflitto.

Viene, nel contempo, estesa la protezione ai luoghi di cura civili, sempreché espongano in modo ben visibile il segno distintivo (16).

Nella Convenzione viene previsto che il personale medico e quello religioso non possano essere presi prigionieri, ma, se eventualmente cadessero in potere della parte avversa godranno dello status di prigionieri di guerra. Per la loro missione sanitaria o spirituale fruiranno di concessioni ed agevolazioni mentre potranno essere eventualmente impiegati in stabilimenti sanitari della Potenza detentrica.

Il personale protetto dovrà indossare quale simbolo di riconoscimento un bracciale bianco recante al centro il segno distintivo, fissato al braccio sinistro, verrà dotato di una speciale carta d'identità munita del segno distintivo, nonché della relativa targhetta di identificazione.

La categoria protetta non potrà mai essere privato in nessun caso del segno distintivo, qualora fosse smarrito avrà diritto alla sostituzione.

Si ritiene, che sia il segnale distintivo ad attuare la protezione, è desumibile perciò, che se il simbolo non venga ben evidenziato non andranno a sussistere le condizioni per cui la protezione potrà essere accordata.

È evidente che se uno stabilimento sanitario non abbia esposto in modo ben visibile, ovvero sul tetto e sui muri perimetrali esterni, il segnale distintivo si dovrà ritenere escluso dalla protezione. Così in caso di attacco notturno, se il simbolo non è posto nelle condizioni necessarie per cui venga riconosciuto, in quanto non illuminato in modo adeguato, non potrà godere dei benefici della Convenzione.

È significativo che durante la guerra Cino-vietnamita la Cina denunciò più volte il fatto che proprie ambulanze erano state oggetto di attacco in palese violazione agli accordi internazionali; il Vietnam si difese adducendo che i mezzi attaccati potessero essere anche trasporti militari non protetti dalle convenzioni, in quanto non chiaramente identificabile il simbolo distintivo.

(16) Art. 12, II comma del I Protocollo Aggiuntivo.

Dopo il conflitto, sulla scorta delle esperienze fatte, il segno distintivo viene notevolmente ingrandito su tutte le ambulanze.

L'esposizione del segno distintivo è consigliabile anche per le zone sanitarie, per le quali, abbiamo già visto in precedenza, che per la loro istituzione si debba avere il consenso della parte avversa, previo notifica della località nella quale si intende andare a costituire la zona sanitaria.

La Potenza avversaria, in questo caso, è cognita dell'esistenza di una zona protetta dalla Convenzione, comunque a titolo precauzionale è sempre opportuno contraddistinguere tali zone con i segnali distintivi localizzati in modo tale da essere distinti in modo inequivocabile.

Il simbolo che accorda la protezione è sempre quello originario previsto nella Convenzione del 1864, ovvero una croce rossa su fondo bianco, ma nel 1876 la Turchia lo sostituì con una mezzaluna rossa, in quanto riteneva che la croce fosse un simbolo di cristianità. La Convenzione del 1949 nell'art. 38 indica chiaramente che "in omaggio alla Svizzera, il simbolo araldico della Croce rossa su fondo bianco, formato dall'inversione dei colori federali, è mantenuto come emblema e segno distintivo del servizio sanitario degli eserciti", come si vede, si esclude a priori il carattere religioso del simbolo.

Tuttavia per i Paesi che impegnavano già come simbolo distintivo la mezzaluna rossa su fondo bianco l'emblema viene ammesso dalla Convenzione per cui la protezione verrà accordata ad entrambi i simboli.

Sotto il controllo dell'autorità militare competente l'emblema figurerà su tutto il materiale adoperato per il servizio sanitario, sui bracciali e sugli stabilimenti e formazioni sanitarie.

Un elemento importante è contenuto nel IX capitolo dove vengono predisposte le norme per la repressione degli abusi e delle infrazioni commesse durante lo svolgimento delle ostilità. Le repressioni dovranno avvenire nei confronti di tutte quelle persone, militari e non, che violino la normativa durante il conflitto.

L'inserimento di formule atte alla repressione è innovativo, in quanto nei trattati precedenti non fu mai previsto l'istituto della repressione, ma generalmente con la conclusione dei conflitti si procedeva, così come avvenuto dopo il conflitto mondiale, alla puni-

zione dei responsabili delle violazioni da parte dei vincitori (vedasi: "Costituzione di un tribunale militare internazionale per la punizione dei grandi criminali di guerra delle Potenze dell'Asia". Accordo firmato a Londra l'8 agosto 1945; Statuto del tribunale militare internazionale allegato all'accordo firmato a Londra l'8 agosto 1945, "Costituzione di un tribunale militare internazionale per lo Estremo Oriente" Bando del Comandante Supremo delle Forze Armate Alleate emanato a Tokyo il 19 gennaio 1945 e Statuto del tribunale militare internazionale per l'Estremo Oriente allegato al Bando del Comandante Supremo delle Forze Alleate a Tokyo il 19 gennaio 1945).

Anche se per la normativa internazionale l'inserimento di regole che prevedono la punizione di violazioni alle norme contenute nelle Convenzioni di Ginevra sono una novità, la legislazione italiana si è conformata agli impegni assunti internazionalmente nel 1912, con la legge 30 giugno 1912 n. 740 nella quale si andava a proteggere il nome e l'emblema della Croce Rossa nel Cap. I agli art. 1, 2, 3, mentre la protezione dei feriti e malati era contemplata nell'articolo 4 e l'articolo 5 vietava la contraffazione, usurpazione e l'uso illecito del segno distintivo.

La legge n. 740 del 1912 ovviamente si conformava alla Convenzione di Ginevra del 1906 che aveva rivisto la precedente del 1864.

La "Legge Italiana di Guerra" approvata con R.D. 8 luglio 1938 n. 1415 e successive modificazioni recepiva la normativa internazionale sino a quel momento ratificata, così come successivamente il "Codice penale militare di guerra italiana", approvato con R.D. 20 febbraio 1941 n. 303 che nel libro III titolo IV capo III, sezione I, prevede le repressioni alle violazioni, nell'articolo 179 sono previste per il "Comandante che omette di adottare provvedimenti per la protezione di edifici, luoghi e cose che devono essere protetti con la reclusione militare fino a tre anni", altresì la medesima pena è prevista per coloro che omettono di segnalare con i segni distintivi i luoghi ai quali le Convenzioni estendono la protezione.

L'articolo 180 commina la reclusione militare sino a sette anni per coloro che usino indebitamente segni distintivi e bandiere di protezione.

Mentre l'articolo 181 "Vilipendio dei distintivi di protezione"

punisce con la reclusione militare sino a tre anni chiunque vilipende i distintivi internazionali

Oltre alla repressione delle infrazioni e degli abusi nella Convenzione si è provveduto a sancire all'articolo 53 la protezione del simbolo nei confronti dei terzi, per cui "uso, da parte dei privati, di società o ditte commerciali sia pubbliche che private, che non vi abbiano diritto in virtù della presente Convenzione, dell'emblema o della denominazione di "croce rossa" o "croce di ginevra", nonché di qualunque segno o qualunque denominazione che ne costituisca un'imitazione, sarà vietato in qualunque tempo sia lo scopo di quest'uso e qualunque possa essere stata la data anteriore ad'adozione.

"In ragione dell'omaggio reso alla Svizzera con l'adozione dei colori federali invertiti e della confusione che può sorgere tra gli stemmi della Svizzera ed il segno distintivo della Convenzione, l'uso, da parte di privati, di società o ditte commerciali, degli stemmi della Confederazione Svizzera, come pure di qualunque segno che ne costituisca un'imitazione, sia come marchi sia ad uno scopo contrario alla lealtà commerciale, sia in condizioni suscettibili di ferire il sentimento nazionale svizzero, sarà vietato in qualunque tempo".

Come si è potuto constatare la protezione sul segno distintivo è molto estesa, la legislazione italiana, come avvenuto precedentemente con la legge 30 giugno 1912 n. 740 e con il Codice militare di guerra, aveva recepito ed adeguato la normativa interna alle norme internazionali, così come le norme contenute nel codice penale, che prevedono la proibizione di "Contraffare o alterare marchi o segni distintivi nazionali od esteri" (art. 473 cod. pen.) e la proibizione dall' "Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi" (art. 474 cod. pen.) e altresì l'articolo 517 del codice penale vieta la "Vendita di prodotti industriali con segni mendaci".

Nel campo civilistico, con il R.D. 21 giugno 1942 n. 929 nel Titolo I Capo I nell'articolo 90 viene espressamente "vietato a chiunque di far uso di un marchio già brevettato e di fatto usato, dopo che il relativo brevetto sia dichiarato nullo". Si consta che conformemente agli impegni assunti internazionalmente, la legislazione italiana ha adottato tutti i provvedimenti del caso sia per la repressione delle violazioni e sia per la protezione del simbolo.

BIBLIOGRAFIA

Convenzione di Ginevra per il miglioramento delle Condizioni dei feriti e dei malati delle forze armate in campagna del 1864.

Convenzione di Ginevra per il miglioramento delle condizioni dei feriti e malati delle forze armate in campagna del 1949.

Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra del 1949.

Convenzione di Ginevra per la protezione delle persone civili in tempo di guerra del 1949.

Primo Protocollo Aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949

Secondo Protocollo Aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949.

VERRI PIETRO, *I Protocolli Aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949*, Roma, Tipografia della Scuola Ufficiali Carabinieri, 1978.

VERRI PIETRO, *Cenni sul diritto internazionale umanitario dei conflitti armati*, Velletri, Centro Tipografico del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri.

Convenzione dell'AIA del 18 ottobre 1907, concernente le leggi e gli usi della guerra terrestre.

Convenzione dell'AIA del 18 ottobre 1907, concernente l'apertura delle ostilità.

Legge italiana di guerra approvata con R.D. 8 luglio 1938, n. 1415.

Codice militare di guerra.

MARCO CASSIANI

LA TUTELA CAUTELARE
NEL SEQUESTRO GIUDIZIARIO

SOMMARIO: 1. Sequestro giudiziario e finalità della tutela cautelare. — 2. Analisi dell'istituto. — 3. Profili: A) Il sequestro giudiziario di prove. — 4. B) Il sequestro giudiziario di titoli di credito. — 5. C) Sequestro giudiziario e fallimento. — 6. D) Sequestro di beni compresi nell'attivo fallimentare. — 7. E) Il sequestro giudiziario di azienda.

Appare opportuno segnalare che, mentre il presente lavoro si trovava in corso di stampa, è stata pubblicata, sulla *Gazzetta Ufficiale* del 1° Dicembre 1990, la Legge 26.11.1990 n. 353 recante «Provvedimenti urgenti per il processo civile».

Detta normativa — che rappresenta una forma di compromesso rispetto alla prospettiva di una riforma più generale del processo civile — reca una serie di «ritocchi» parziali ma urgenti che negli intenti del legislatore dovrebbero assolvere all'esigenza di eliminare le più evidenti disfunzioni del sistema processuale attualmente in vigore. La «Novella» menzionata apporta una serie di modifiche che incidono in vario modo sui libri del vigente codice di procedura civile, modificando poche ma significative norme del primo libro, radicalmente innovando il processo di cognizione di primo grado e quello d'appello, riformando parzialmente il processo di Cassazione e lasciando pressoché inalterato il libro terzo del Codice, relativo all'esecuzione forzata.

Appare tuttavia opportuno e doveroso segnalare che, pur non incidendo sul contenuto della presente pubblicazione, la nuova normativa innova profondamente la parte del libro quarto dedicata ai procedimenti cautelari.

La novità, apportata dalla legge di riforma, è rappresentata, in buona sostanza, dalla modifica delle regole differenziate che regolano i quattro procedimenti cautelari previsti dal vigente Codice di rito e che generavano difficoltà di natura interpretativa e, conseguentemente, applicativa, di non agevole soluzione.

Al fine di ovviare a tali disfunzioni, il legislatore della «Novella» ha ritenuto di anteporre alla disciplina dei singoli procedimenti cautelari una ampia sezione contenente disposizioni generali e comuni, applicabili all'intera materia, ricomprendendo tale nuova normativa sotto la rubrica onnicomprensiva che si intitola «dei Procedimenti Cautelari».

Le disposizioni in oggetto, contenute nell'art. 669 quaterdecies, vengono espressamente dichiarate applicabili a tutti i provvedimenti cautelari ivi compresi quelli previsti dal Codice Civile e dalle leggi speciali. Particolari novità si registrano in tema di competenza del giudice chiamato ad emettere provvedimenti cautelari anteriormente all'instaurazione del giudizio — che sarà lo stesso competente a conoscere del merito della controversia. Innovazioni si segnalano, inoltre, in re-

lazione al disposto dell'art. 669 quater, che prevede la competenza del giudice che ha emesso la sentenza per l'emanazione della misura cautelare anche per l'ipotesi in cui sia già stato definito il primo grado del giudizio di merito e non sia stato ancora instaurato il procedimento d'appello. Una modifica radicale del sistema dei cautelari viene rappresentata dalla sostituzione della normativa che prevedeva la concessione della misura cautelare «inaudita altera parte» con la disposizione che prevede, salvo casi eccezionali, l'emissione del richiesto mezzo di cautela previa audizione delle parti interessate e salva l'ipotesi in cui — vedasi art. 669 sexies — detta previa convocazione possa pregiudicare l'attuazione del provvedimento cautelare. La nuova normativa apporta altresì una contrazione dei termini entro i quali il decreto dovrà essere notificato (ora stabiliti in 8 giorni o 24 nell'ipotesi in cui la controparte risieda all'estero); viene altresì variato il termine per la comparizione delle parti, che potrà essere elevato sino a 45 giorni.

Il legislatore della «Novella» ha, inoltre, previsto e disciplinato alcune novità in relazione al provvedimento che respinge la domanda volta ad ottenere l'autorizzazione ad eseguire la misura cautelare: tale provvedimento (di rigetto) conterrà anche la condanna alle spese della parte istante.

Un'altra, interessante novità è rappresentata dalla mancata previsione di un giudizio di convalida, anche se appare, tuttavia, evidente che ogni questione relativa alla regolare concessione, all'attuazione e all'esecuzione del provvedimento cautelare sarà poi in qualche modo discussa nel successivo giudizio riguardante il merito della controversia. Novità si segnalano, ancora, in relazione alla inefficacia del provvedimento cautelare — art. 669 novies — e va menzionata, altresì, l'introduzione di una ben radicata distinzione del procedimento cautelare — stabilita dagli artt. 669 duodecies e 678, 1° comma che, proprio in tema di sequestri, dispongono una diversità di trattamento nel caso di misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro e nel diverso caso di attuazione di misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio e, in generale, obbligazioni di fare o di non fare. Significative modifiche si segnalano, inoltre, in tema di reclamo — in precedenza non ammesso — avverso il provvedimento cautelare (sia stato esso autorizzato ante causam ovvero in corso di causa): in base, infatti, alle regole dettate dall'art. 669 terdecies (che vengono modellate sulla scorta di quanto previsto per i procedimenti in Camera di Consiglio) il reclamo avverso le misure cautelari si potrà proporre con ricorso ai vari giudici indicati nel capoverso dell'articolo in questione i quali, con ordinanza non impugnabile, confermeranno, modificheranno, o potranno revocare il provvedimento cautelare reclamato. Rimedi ulteriori in ordine alla revoca della misura cautelare vengono poi previsti nel corso del processo, dove sarà il giudice istruttore della causa di merito a disporre la modifica o la revoca del provvedimento cautelare ove, tuttavia, si verifichino mutamenti nelle circostanze in considerazione delle quali lo stesso era stato concesso.

A conclusione di questa celere e non certo esaustiva disamina del tema trattato appare, tuttavia, doveroso ribadire che i profili della tutela cautelare che sono stati esaminati ed evidenziati nel corso della presente trattazione non risultano modificati dal contenuto della «Novella» del 1990, così come non devono ritenersi modificate le considerazioni e le conclusioni che si è ritenuto di voler evidenziare nel corso del lavoro.

In sede di ulteriore verifica del lavoro in bozze ho ritenuto opportuno redigere la presente nota «bibliografica» nella quale — con riferimento al tema trattato — vengono indicate le opere di immediato commento alla legge di riforma.

Tra queste vanno segnalate: C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, VIII edizione, Giappichelli — Torino 1991, III, pag. 269 ss; A. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Iovene, Napoli 1991 (cfr. anche *Foro It.* 1991 — V — pag. 57 ss); A. Attardi, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Cedam — Padova 1991, pag. 229 ss.; L. Montesano e G. Arieta, *Il nuovo processo civile (L. 353/1990)* — Iovene — Napoli 1991, pag. 118 ss.; C. Consolo, F. P. Luiso, B. Sassani, *La riforma del processo civile*, Giuffrè — Milano 1991, pag. 418 ss.; G. Olivieri, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile (L. 26 novembre 1990 n. 353)*, in *Riv. dir. proc.* 1991, n. 3, pag. 688 ss.; A. Saletti, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. dir. proc.* 1991, n. 2 pag. 355 ss..

Di estremo interesse, sempre con riferimento alla tutela cautelare — anche se precedenti alla riforma del processo civile — si segnalano: G. Tarzia, *I provvedimenti cautelari*, Cedam — Padova 1990; L. P. Comoglio e C. Ferri, *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi*, in *Riv. dir. proc.* 1990 n. 4, pag. 963 ss..



1. La tutela giurisdizionale, quale risultato finale di un procedimento «diluito» nel tempo, si configura spesso come tardivo rimedio, atteso il probabile verificarsi di situazioni tali da ostacolare o rendere più gavosa la realizzazione del diritto previsto astrattamente dalla norma.

Conseguenza inevitabile di tutto ciò è lo svilimento della funzione a cui la tutela stessa dovrebbe assolvere, che finisce per essere così troppo spesso, fatalmente, disattesa.

Alla luce di queste realistiche considerazioni, riecheggiano, in tutta la loro attualità, le parole di Andrioli che, già nel 1971, con un'espressione suggestiva, aveva motivo di affermare: « La casa brucia: la giustizia civile minaccia di estraniarsi dalla vita degli uomini, che vestono panni e infilano scarpe, e di degradare e degradarsi in un *hortus conclusus*, il cui scopo pratico si esaurisce nel consentire ai magistrati di conseguire stipendi e agli avvocati di lucrare onorari » (1).

Più di recente, autorevolmente, si è stigmatizzata da più parti la crisi gravissima nella quale versa attualmente la giustizia civile, e non si è mancato di rilevare come il processo degenerativo di cui già agli esordi degli anni '70 ci parlava l'Autore sopra menzionato sia andato aumentando in progressione geometrica (2) (2 bis).

(1) Così ci riporta le parole dell'illustre Autore A. PROTO PISANI nel recente scritto dal titolo « Emergenza della giustizia civile » in Foro It. - V - I - pag. 3 - Roma 1987.

(2) A. PROTO PISANI, op. e loc. cit. L'autore compie una lucida ed incisiva analisi dei mali, antichi e nuovi, che colpiscono il nostro processo civile, segnalando i rimedi a suo avviso esperibili, che vanno ricercati nella semplificazione della disciplina della competenza e della giurisdizione, nell'allargamento e razionalizzazione della competenza per materia del pretore, nell'estensione del rito speciale del lavoro alle controversie in materia di locazione, affitto e comodato; e ancora, in tema di infortunistica stradale, nella riforma della disciplina della fase preparatoria del rito ordinario nonché della fase decisoria e del giudizio di appello, nella separazione della disciplina del processo davanti al pretore da quella del processo avanti il conciliatore, nell'ampliamento dei poteri di ordinanza del giudice istruttore, nell'introduzione di un unico modello di procedimento cautelare etc.

(2bis) È opportuno segnalare che, mentre il presente lavoro si trovava in corso di stampa, è stato pubblicato il volume dal titolo « I procedimenti cautelari »

Le cause del fenomeno involutivo che colpisce inesorabilmente il nostro processo civile sono state puntualmente ed efficacemente rinvenute nella durata ormai abnorme del giudizio ordinario di cognizione, nella dilatazione, spesso censurabile, del ricorso a forme di tutela sommaria in generale e cautelare in particolare, nella grave carenza, manifestata dagli organi competenti, nel predisporre l'introduzione di forme tipiche di tutela sommaria a favore di situazioni soggettive a contenuto e funzione non esclusivamente patrimoniale (3).

I rischi sono stati altresì evidenziati e possono agevolmente riassumersi nel pericolo che i principi fondamentali che attengono alle garanzie formali e sostanziali del processo possano risulterne inevitabilmente compromessi (4). (4 bis).

I rimedi sono, infine, difficili da segnalare e, comunque, trascendono gli scopi e le finalità dalla presente trattazione non trovando, in essa, sede adatta ed opportuna per essere compiutamente esaminati.

Quel che, invece, qui preme sottolineare, è la circostanza che l'esigenza, certamente già avvertita dal legislatore di ogni epoca,

a cura di GIUSEPPE TARZIA - Cedam, Padova 1990, (vedasi nota «bibliografica» che precede) nel quale l'Autore, svolgendo alcune considerazioni introduttive, segnala come «la lentezza intollerabile del giudizio ordinario di cognizione costituisca una spinta, difficilmente controllabile, alla proliferazione di provvedimenti anticipatori, precipuamente in funzione di cautela, del soggetto che probabilmente ha ragione». Segnala giustamente l'Autore come tale spinta sia ovviamente tanto più forte «quanto più sia avvertita la rilevanza sociale della lite, alla cui composizione provvisoria il Giudice finisce, in questo modo, per provvedere».

(3) A. PROTO PISANI op. e loc. cit.

(4) A. PROTO PISANI op. e loc. cit.

(4bis) A tal proposito TARZIA, op. cit. pag. 24, ha sottolineato come la proliferazione delle tutele speciali finisca per determinare «un fattore concorrente di crisi dei valori, sottesi alla tutela ordinaria, come tutela erogata a tutti i cittadini». E come, in ogni caso, non si possa ignorare come un siffatto orientamento finisca per determinare il rischio di una generale «deformalizzazione» della tutela giurisdizionale e come «solo il recupero della funzionalità del processo ordinario potrà ricondurre i procedimenti cautelari nell'alveo di quella funzione, sussidiaria ed integratrice e non sostitutiva della giurisdizione ordinaria, che spetta loro, nel disegno legislativo e — ciò che più conta — in un assetto della giustizia civile ispirato alla logica della garanzia e dell'efficienza e non a quella, sempre traumatica, della emergenza».

(seppure in maniera differente) di prevedere, accanto alla tutela normativa e giurisdizionale ed in funzione strumentale rispetto ad essa, anche una tutela cautelare che fungesse da completamento e da sussidio (5) va oggi assumendo caratteri di improrogabile necessità.

(5) A sostegno di tale assunto si può agevolmente argomentare che l'esigenza sopra evidenziata fu avvertita sin dai remoti tempi delle XII Tavole, quando questa forma di tutela si concretava nella previsione della figura dell'*addictus* ovvero dell'istituto del *nexus*.

Anche molto più tardi, nel periodo classico, sono individuabili strumenti in certo qual modo di natura cautelare previsti in relazione alle *legis actiones*. Detti strumenti pur conservando un carattere prevalentemente convenzionale per quanto attiene il momento costitutivo, mostrano tutta la loro vera natura processuale all'atto della loro applicazione.

L'esigenza di una tutela cautelare fu altresì particolarmente avvertita, sempre in epoca romana, dal pretore, a cui va riconosciuta la paternità di diverse misure di questo tipo, quali il sequestro, l'azione *cautiones*, *missiones in possessionem* etc. Provvedimenti, tutti, di spiccata natura sia convenzionale che giurisdizionale e, segnatamente, cautelare in relazione ai quali, per la verità, non sempre risultava agevole tracciare una precisa linea di demarcazione per scindere l'incidenza dell'autonomia privata da quella dell'*imperium* del pretore.

Secondo accreditata dottrina, il diritto romano non conosceva un istituto assimilabile all'attuale sequestro conservativo, le cui origini andrebbero invero ricercate in epoca barbarica. È assodato, per converso, che al mondo romano si debba far risalire la previsione del sequestro giudiziario quale misura cautelare disposta dal magistrato nel corso del giudizio allo scopo di preservare la *res litigiosa* mediante la sottrazione della stessa alla parte: sottrazione curata da *executores* che provvedevano a depositare la cosa oggetto di controversia in *aede sacra* ovvero in *loco publico* a disposizione della giustizia.

Originariamente, la *sequestratio* poteva avere per oggetto soltanto beni mobili e non gli immobili per i quali « *supervacuum est arrestum, cum loco moveri non queant* »: non si ravvisava, dunque, in relazione a questo tipo di beni, il pericolo di asportazione o sottrazione, requisito indispensabile per la concessione del mezzo cautelare.

Il diritto comune accoglieva nel generale concetto di *cautiones* diverse misure conservative che andavano da un'embrionale forma di ipoteca all'arresto per debiti. Tali istituti, con funzione strumentale rispetto alla tutela che il giudizio mirava a realizzare in via principale, erano predisposti al fine di rafforzare la tutela normativa stessa, e tendevano essenzialmente tutti a garantire le varie situazioni soggettive. Com'è noto, i principi posti dal diritto romano classico venivano poi sovvertiti dalle invasioni barbariche e sostituiti, anche per la carenza di adeguati organi della pubblica amministrazione, dalla *vis privata*; si veniva, pertanto, ad instaurare l'antigiuridico « principio della vendetta » con conseguenze che sarebbe arduo ricollegare ad una seppur primitiva concezione della tutela cautelare.

Tralasciando, per il carattere doverosamente succinto della presente trattazione, gli aspetti strutturali e l'evoluzione delle misure cautelari nelle lontane, previgenti normative e fino alle prime codificazioni dell'800, appare utile ed opportuno segnalare ai fini di una maggiore completezza, gli immediati precedenti normativi dell'attuale disciplina dell'Istituto del sequestro giudiziario; precedenti che vanno senz'altro ricercati nei codici, civile e di procedura civile, del 1865. (5 bis).

In particolare, l'art. 921 del codice di procedura civile prevedeva il sequestro giudiziario « oltre i casi stabiliti dal codice civile », e precisamente quando vi fosse « pericolo di alterazione, sottrazione e deteriorazione di una cosa mobile o immobile » mentre il coevo codice civile, all'art. 1875, ne subordinava la concessione all'esistenza di una già instaurata controversia fra due o più persone vertente sulla proprietà o sul possesso del sequestrando bene.

Inevitabile appariva, pertanto, il sorgere di accese dispute fatte oggetto di ampia dissertazione dottrinale, circa l'effettiva sfera di applicazione dell'istituto ed i relativi limiti che lo stesso incontrava nell'una o nell'altra previsione (6).

Ciononostante, alcuni Autori non hanno mancato di ravvisare, nell'apprensione della persona dell'obbligato e nella materiale sottrazione dei suoi beni, una distorta riproposizione di tematiche attinenti alla tutela di cui stiamo trattando, sia pure infellicemente mediate dall'esperienza barbarica.

Certo è che, a contatto con il diritto comune, l'istituto dell'arresto effettuato direttamente dal privato si era già in qualche modo trasformato in misura cautelare volta a garantire il credito. Quel che poi maggiormente rileva è che la concessione dell'autorizzazione ad esperire tale misura era divenuta nel frattempo di esclusiva competenza del giudice e dunque era stata sottratta al mero arbitrio di parte creditrice la quale, solo sulla scorta di precisi accordi intervenuti con il debitore — preoccupato precipuamente di evitare l'arresto — poteva limitarsi a pignorare, senza previo consenso dell'Autorità giudicante, i beni a questo appartenenti.

L'ulteriore evoluzione degli istituti di tutela cautelare finiva per riservare la spettanza esclusiva dei provvedimenti autorizzativi alla sola pubblica autorità che veniva così ad essere l'unica legittimata, dunque, a rimuovere ogni ostacolo al pignoramento ed al sequestro dei beni del debitore.

(5bis) Per una succinta ma efficace disamina dei profili della tutela cautelare nella sistemazione della dottrina italiana classica vedasi TARZIA, op. cit., pag. 15 ss..

(6) A tal riguardo CONIGLIO, in op. cit. pag. 30, chiarisce che: « Si finì col ritenere che il sequestro giudiziario autorizzato dall'art. 1875 cod. civ. fosse quello « rei litigiosae » che colpisce la cosa « de qua est controversia », mentre quello dell'art. 921 c.p.c. avesse le sue radici nell'esistenza di un pericolo attuale di danno o

Nell'oggettiva incertezza provocata dall'infelice coordinamento logico-giuridico delle due disposizioni normative, finiva per prevalere la « salomonica » concezione secondo la quale il soggetto intenzionato a valersi della tutela cautelare provvedeva sagacemente ad invocare — non senza imbarazzo, immaginiamo — l'autorizzazione al sequestro giudiziario ai sensi del (mal) combinato disposto degli artt. 921 cod. proc. civ. nonché 1875 cod. civ.

È solo al legislatore del 1942 che si deve il merito di aver superato le difficoltà originate dall'inutile — ed anzi dannosa — dicotomia dell'istituto grazie all'introduzione, assai opportuna, della delimitazione degli incerti confini tracciati dalla precedente ambigua disposizione normativa mercé la predisposizione dell'art. 670 dell'attuale codice di procedura civile, che consente al giudice di autorizzare, in base alla previa richiesta della parte, la misura cautelare su beni mobili o immobili quando ne sia controversa la proprietà ed il possesso e si ravvisi altresì l'opportunità di provvedere alla loro custodia o gestione temporanea.

Veniva così ad essere superata ogni ulteriore disputa originata dall'esistenza, nella previgente normativa, di due distinte e mal coordinate disposizioni relative al medesimo tipo di sequestro che facevano sorgere legittime quanto inutili perplessità circa l'esperibilità della misura cautelare pendente semplicemente la controversia, ovvero se dovesse necessariamente concorrere anche l'elemento del pericolo al fine dell'autorizzazione del provvedimento.

Esaminati, sia pure succintamente, i precedenti immediati degli attuali rimedi cautelari, al fine di propiziare un più incisivo approccio con le moderne problematiche che sorgono in relazione alla materia trattata, appare ora opportuno incentrare il discorso sull'istituto del sequestro giudiziario così come risulta essere oggi strutturato.

Si esamineranno, pertanto, di seguito gli aspetti più interessanti della misura cautelare il cui *excursus* storico è stato evidenziato, pur senza pretese di completezza, nelle pagine introduttive.

La normazione positiva, estremamente frammentaria e lacunosa in materia di tutela cautelare, indubbiamente costituisce un im-

deteriorazione della cosa. Si ammise pure che, a questo secondo sequestro, potesse ricorrere chiunque avesse un legittimo interesse alla conservazione della cosa, fuori dai limiti di un diritto reale sulla stessa ».

portante fattore della mancanza di una concorde e definitiva sistemazione degli istituti connessi con questa complessa problematica (7).

Appare, dunque, presupposto imprescindibile, ai fini della presente trattazione, tentare, per quanto possibile, di precisare alcuni « concetti-chiave », suscettibili di rendere più agevole la comprensione della funzione svolta dalla tutela cautelare e dai diversi provvedimenti che ne costituiscono la pratica applicazione; concetti altresì indispensabili ai fini di una corretta individuazione dei caratteri comuni dei vari istituti, nonché dei criteri interpretativi generali da utilizzare, per ogni singola categoria di essi, come strumento di lettura e, ove necessario, di preziosa integrazione della legislazione vigente in materia.

Il punto di partenza dell'analisi — che viene di seguito svolta pur senza ambizioni di completezza, data la vastità e complessità dell'argomento trattato — è costituito dall'esame del rapporto intercorrente fra tutela cautelare e tutela ordinaria.

La funzione giurisdizionale, per poter essere svolta in modo compiuto e regolare sia ai fini del rispetto delle norme e dei principi fissati a garanzia delle parti che in ossequio all'imprescindibile esigenza di obiettività, completezza ed efficacia del giudizio, postula, quale presupposto irrinunciabile, che tanto da parte degli organi competenti, quanto da parte dei soggetti interessati, vengano posti in essere complessi e precisi adempimenti il cui svolgimento, per la natura stessa dell'attività richiesta, determina inevitabilmente il decorso di un certo periodo di tempo che, talvolta, può anche essere assai lungo.

Secondo la dottrina tradizionale — che trova nel Calamandrei (8) una delle più autorevoli espressioni, — questa « mora indispensabile al compimento dell'ordinario iter processuale rischia di rendere praticamente inefficace il provvedimento definitivo »; cosa,

(7) La mancanza nel nostro ordinamento di una disciplina generale delle misure cautelari e, d'altra parte, l'esistenza di discipline particolari riferite a singole ipotesi di provvedimenti cautelari è stata più volte ribadita dalla dottrina sia in generale (si veda a tal proposito LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1973, pag. 173; FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1979 pag. 86 ss.), sia in relazione a singoli gruppi di provvedimenti cautelari.

(8) CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936.

questa, che determina la necessità di adottare misure aventi la funzione di neutralizzare gli effetti negativi del trascorrere del tempo e di evitare i danni derivanti « dalla naturale inettitudine del processo ordinario a creare, senza ritardo, un provvedimento definitivo » (9). Tratto tipico della funzione cautelare è, dunque, il rapporto di strumentalità rispetto alle attività di cognizione e di esecuzione (10), le sole suscettibili di realizzare, in via diretta e definitiva, lo scopo proprio della giurisdizione che è quello di fornire pratica attuazione alla volontà espressa, a monte, dal legislatore. (10 bis).

Solo indirettamente la tutela cautelare, dunque, contribuisce a tale fine, essendo primariamente ed immediatamente indirizzata ad assicurare l'utile esercizio delle ordinarie attività giurisdizionali (11) (12).

(9) Si veda ancora sul punto, CALAMANDREI, op. cit. pag. 19 e segg. « Fra le due esigenze spesso contrastanti della giustizia, quelle della celerità e della ponderatezza; tra il far presto, ma male e il far bene, ma tardi, i provvedimenti cautelari mirano innanzitutto a far presto lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrinseca del provvedimento, sia risolto successivamente con la necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo ordinario ».

(10) A tal proposito vedi VITTORIO, GASPARINI, CASARI, Introduzione allo studio della tutela cautelare nei confronti della P.A., Modena, 1982, pag. 26 e seg. È bene sottolineare che tale carattere strumentale non è designato attraverso la medesima espressione, né assume lo stesso significato presso i diversi Autori.

(10bis) Con riferimento a questo profilo della tutela cautelare Tarzia, op. e loc. cit., riportandosi al pensiero del Calamandrei, introduce il suggestivo concetto di « strumentalità ipotetica », cioè di strumentalità intimamente connessa con il carattere ipotetico del giudizio sull'esistenza del diritto che appare strettamente connaturato alla natura stessa del provvedimento cautelare e che rappresenta un aspetto necessario della sua strumentalità.

(11) Muovendo da tali presupposti in passato si è addirittura dubitato del carattere giurisdizionale di tale funzione e se ne sono ricercati i caratteri distintivi « anziché nel campo del processo, in quello del diritto materiale o del diritto amministrativo, o della volontaria giurisdizione o considerando tale materia come zona di confine fra la funzione giurisdizionale e quella amministrativa di polizia ». (CALAMANDREI, op. cit. pag. 144).

(12) Si è autorevolmente affermato che il processo cautelare non serve a tutelare il diritto come il processo di cognizione e di esecuzione, ma a tutelare il processo, (CHIOVENDA, Principi di diritto processuale civile, Napoli, 1928 pag. 226; CARNELUTTI, Diritto e processo, Napoli 1958, pag. 356; LIEBMAN, Manuale cit.) e, ancora, che i mezzi cautelari non sarebbero che « strumenti dello strumento » giurisdizionale previsto per l'attuazione del diritto obiettivo, così come la stessa

Tale strumentalità viene, da alcuni Autori, individuata nella relazione intercorrente fra provvedimento cautelare e provvedimento definitivo.

Per converso, altri la riscontrano nel rapporto che viene a crearsi tra tutela cautelare e tutela normativa, ossia la considerano veicolo indispensabile per la realizzazione di una situazione provvisoria predisposta al fine di garantire preventivamente gli effetti tipici di una situazione soggettiva sostanziale che talvolta, ma non sempre, può apparire non pienamente provata nella sua esistenza e nel suo modo di essere (13).

Le misure cautelari, dunque, fronteggiano situazioni particolari in cui l'osservanza integrale delle regole e dei principi previsti per lo svolgimento del processo ordinario potrebbe compromettere la realizzazione del fine della giurisdizione, in termini di efficacia e completezza.

L'orientamento in oggetto attribuisce alla tutela cautelare una funzione « vicaria » (necessariamente rispondente al *periculum in mora*) che, al tempo stesso, giustifica i caratteri tipici dei provvedimenti che ne rappresentano la pratica manifestazione e cioè la natura sommaria del relativo procedimento formativo e la provvisorietà degli effetti, destinati a durare per il tempo necessario alla emanazione del provvedimento definitivo, cui predispongono il terreno e di cui assicurano la riuscita (14).

tutela cautelare andrebbe identificata come una forma di tutela preventiva di una attività di tutela repressiva (LANCELOTTI, Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare. in Riv. dir. proc. 1939, I, pag. 232 ss.).

(13) CALVOSA, voce Sequestro giudiziario in Novissimo Digesto: « il rapporto si costituisce fra la situazione cautelare che è realizzata con la attuazione del provvedimento cautelare e la situazione cautelanda, che è ipotetica, e si concreta nella titolarità di una situazione sostanziale soggettiva che, il più delle volte, ancorché certa, non può realizzarsi immediatamente, e corre il rischio di deteriorarsi se non addirittura di essere distrutta ».

(14) VITTORIO, GASPARINI, CASARI, op. cit. pag. 55: non sempre l'emanazione del provvedimento principale fa venire meno la misura cautelare, in particolare ove la si consideri strumentale non al suddetto provvedimento, ma alla tutela del diritto minacciato da una contingente situazione di *periculum in mora*. Di regola la misura cautelare viene meno quando si accerti in sede principale l'inaammissibilità in rito o la fondatezza in merito della domanda proposta dalla parte a cui favore tale misura è stata adottata (l'accertamento in via ordinaria è destinato ad assorbire la diversa valutazione del « *fumus boni iuris* » operata in sede caute-

Il permanere degli effetti delle misure cautelari è anche condizionato all'esercizio del potere di revoca, da parte del giudice, in caso di acquisizione di nuovi elementi di giudizio, ovvero di modificazioni della situazione di fatto che consentano una diversa valutazione (15) in ordine alla esistenza od inesistenza dei presupposti per la emanazione del provvedimento cautelare.

L'accentuazione del carattere strumentale delle misure in questione rispetto al provvedimento giurisdizionale ordinario (o « principale ») ne sottolinea lo scopo pubblicistico, sicché appare corretto sostenere che esse vengono concepite « più che nell'interesse dei singoli, in quello dell'amministrazione della giustizia, di cui garantiscono il buon funzionamento e anche, si potrebbe dire, il buon nome (16) ».

lare), ovvero quando il provvedimento principale automaticamente costituisca quegli effetti dal cui ritardo derivava la situazione di pericolo, neutralizzata dalla misura cautelare. Se, peraltro, questi effetti si ricollegano ad una fase successiva, per es. al passaggio in giudicato del provvedimento principale, è solo da questo momento che si esauriscono le funzioni e l'efficacia della misura stessa.

(1) Problema particolarmente avvertito, a tal proposito, è quello della c.d. « variabilità » dei provvedimenti cautelari da parte del giudice di gravame. Ad esempio per i provvedimenti cautelari destinati a fare le veci, in tutto o in parte, della futura sentenza in merito, la normale condizione di revocabilità porta ad escludere l'ammissibilità, nei loro confronti, di quei mezzi di gravame che presuppongono il carattere decisivo del provvedimento e la piena attitudine a produrre effetti in giudicato, sia di diritto sostanziale che processuale (Cass. 2 novembre 1986 n. 5689 in Foro It. 1986, 1409). Per questa ragione per molto tempo si è esclusa la impugnabilità di tali provvedimenti, mediante appello, revocazione o ricorso in Cassazione ex art. 111 Cost. (Cass. SS.UU. 15 febbraio 1978, n. 712 in Foro It., 1978, I, 1456 ss.; Cass. SS.UU. 17 marzo 1978, 1328, ivi 1408 ss.; Cass. SS.UU. 5 maggio 1981 n. 2274, ivi 1981, I 1252). Di recente, tuttavia, di fronte all'uso eccessivamente disinvolto del potere di cautela da parte di alcuni pretori, si è manifestata una evoluzione nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, che ha ammesso la possibilità di impugnare quei provvedimenti cautelari, che solo apparentemente hanno carattere provvisorio, ma che sono in realtà idonei a risolvere completamente il conflitto di interessi da cui è nata la lite, ed a produrre, nella sfera giuridica della parte cui sono diretti, pregiudizi definitivi ed irreparabili. (Per riferimenti in dottrina si vedano PERSICO, Provvedimenti di urgenza in materia di lavoro e mezzi di impugnazione: alcune linee evolutive giurisprudenziali, in Foro It. 1980, V, 185 ss., TUCCI, Tutela dei creditori e consolidamento dei crediti tra possesso cautelare e regolamento preventivo di giurisdizione Cass. SS.UU., 2 novembre 1979 n. 5689, cit.).

(16) CALAMANDREI, op. cit. pag. 21, 143.

In tale prospettiva questa forma di tutela viene collocata, come accennato, in una zona di confine fra funzione giurisdizionale e funzione amministrativa di polizia.

Peraltro, proprio dal collegamento del provvedimento cautelare con quello principale, la dottrina (17) ha ritenuto di poter ravvisare nel primo, inteso quale anticipazione degli effetti del secondo, un ruolo analogo a quello rivestito da quest'ultimo e, inoltre, le stesse finalità di attuazione del diritto obiettivo e di tutela delle situazioni giuridicamente protette. Tutto ciò argomentando, anche, dalla considerazione che la misura cautelare di solito non può essere disposta d'ufficio dal giudice, ma solo previa domanda dei soggetti legittimati, che ne costituisce requisito principe di procedibilità (18).

Questa identità di scopo non significa — si badi bene — che azione ordinaria e azione cautelare, sempre correlate, siano sostanzialmente coincidenti poiché la seconda presenta presupposti e contenuti specifici che consentono di riconoscerle piena autonomia rispetto alla prima; e ciò non soltanto nel caso in cui essa venga esercitata anteriormente o al di fuori del processo ordinario, ma anche nell'ipotesi in cui venga proposta all'interno di esso.

In virtù delle precedenti considerazioni, le discussioni sul carattere accessorio della tutela cautelare rispetto al processo di cognizione e di esecuzione non hanno ragione di esistere, poiché non vi è contrapposizione fra l'una e l'altra forma di tutela, partecipando, entrambe, al fine ultimo della piena e completa attuazione della giurisdizione, in condizioni di assoluta autonomia reciproca (19).

Più precisamente si dovrà concludere nel senso che la tutela ordinaria tende ad assicurare lo svolgimento della giurisdizione in conformità ai principi posti dall'ordinamento a salvaguardia dei diritti e delle esigenze dei soggetti interessati, mentre quella cautelare garantisce tempestivamente quel minimo di intervento giurisdizionale, il cui ritardo potrebbe compromettere ogni ulteriore attività svolta nelle forme ordinarie; ed è, essa stessa, immediata-

(17) VITTORIO, GASPARINI, CASARI, *op. cit.* pag. 69.

(18) Sulla necessità della iniziativa di parte per la emanazione dei provvedimenti cautelari in genere: CALVOSA *op. cit.* pag. 295; CARLI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano 1979, pag. 289.

(19) Vedi, *amplius*, VITTORIO, GASPARINI, CASARI, *op. loc. cit.*

mente efficace sulla posizione giuridica sostanziale, nei limiti in cui ciò è necessario per evitare l'imminente pregiudizio (20).

Sintomatica e particolarmente efficace appare pertanto l'osservazione che la tutela cautelare non è altro che la « manifestazione concreta di un principio di effettività e continuità della funzione giurisdizionale » (21).

Una riprova della dignità ed autonomia crescente che i mezzi di tutela trattati vanno assumendo ci viene fornita anche da recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, i quali hanno manifestato una certa tendenza ad applicare gli strumenti cautelari in termini più estesi rispetto ai limiti indicati in passato (22) sulla base di una intolleranza, sempre più diffusa, verso le lungaggini e le disfunzioni endemiche del processo civile (23) accompagnata dalla provata consapevolezza che la rapidità costituisce elemento indispensabile per attuare una tutela giurisdizionale maggiormente conforme alle previsioni e agli scopi dell'art. 24 della Costituzione, nonché alle istanze di giustizia in qualunque sede avanzate e che non possono rimanere disattese o, comunque, troppo a lungo dilazionate.

Il processo cautelare si presenta, sotto questo profilo, maggiormente rispondente alla universalmente avvertita esigenza di rapidità per il suo carattere di immediatezza, tanto che alcuni Autori hanno assai propriamente individuato una vera e propria inversione di tendenza nelle più recenti riforme processuali, nelle quali appaio-

(20) CALAMANDREI, op. cit. pag. 20 « in un ordinamento processuale puramente ideale, in cui il provvedimento definitivo potesse essere sempre istantaneo, in modo che, nello stesso momento in cui l'avente diritto presentasse la domanda, subito potesse essergli resa giustizia in modo pieno ed adeguato al caso, non vi sarebbe più posto per i provvedimenti cautelari ». In senso analogo CALVOSA op. cit. Il processo cautelare, cit. pag. 173 segg. e 145 segg.; ZANZUCCHI, Diritto processuale civile, Milano, 1959 pag. 164 seg.

(21) Vedi GASPARINI, CASARI, op. cit. pag. 112.

(22) Soprattutto per quanto concerne l'utilizzazione dei provvedimenti d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. (vedi in proposito LA CHINA: « Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza? - I processi speciali », Jovene, Napoli 1979 pag. 151 ss.; e ancora CAPUTO, « Provvedimenti d'urgenza e pubblico impiego » in *Giur. merito* 1979, I, 1120 e segg.

(23) Sulla eccessiva lentezza del processo civile di cognizione v. PROTO PISANI, « Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro, in *Foro It.* 1973, V, 205 ss. e in *Scritti in onore di C. MORTATI*, Vol. IV, Milano 1977 p. 655 ss..

no privilegiate forme di tutela interinale rispetto al momento dell'accertamento definitivo (23 bis). Ciò pur giustamente rilevando che tale scelta finisce, forse, per sacrificare (o quantomeno per rischiare di sacrificare) la « ponderatezza » della decisione a favore della celerità ed efficacia dell'intervento giurisdizionale (24).

Sempre secondo questi recenti indirizzi, la tutela cautelare non rappresenterebbe più solo un espediente anticipatorio di una decisione definitiva destinata, per propri limiti strutturali, a ritardare, né mezzo di tutela del processo ordinario posto a salvaguardia della funzione giurisdizionale; essa costituirebbe invece, un autonomo strumento di tutela di interessi sostanziali e, addirittura, sarebbe l'espressione, in alcuni casi, di attività creativa, traducendosi in una normativa da far valere per la fattispecie concreta come rimedio all'inerzia ed al ritardo spesso ingiustificato ed ingiustificabile del legislatore nel dare rilievo e tutela a situazioni soggettive di indubbia rilevanza sociale.

(23bis) Sulla diffusione dei provvedimenti anticipatori interinali si veda TARZIA, op. cit., pag. 21, il quale evidenzia come ci si trovi di fronte al fenomeno della estensione della tutela cautelare anticipatoria attraverso predisposizione di misure tipiche variamente nominate e strutturate. L'Autore cita, quali esempi del fenomeno: l'ordinanza provvisoriale nel processo del lavoro ex art. 423 c.p.c. e nel processo contro l'assicuratore della responsabilità civile automobilistica ex art. 24 L. 24.12.1969 n. 990; e ancora, il provvedimento che attribuisce un assegno alimentare provvisorio ex art. 446 cod. civ..

Al di fuori delle ipotesi menzionate, che l'Autore ritiene possano ricondursi all'ampia categoria delle provvisorie a contenuto pecuniario, vengono altresì individuate, quali forme di tutela cautelare anticipatoria, la nomina del tutore o del curatore provvisorio ai sensi degli artt. 419 cod. civ. e 717 c.p.c., l'ordinanza di reintegrazione nel posto di lavoro del rappresentante sindacale licenziato, ex art. 18 c. 4 dello Statuto dei lavoratori, l'ordinanza di rilascio con riserva delle eccezioni del convenuto nel procedimento di convalida di sfratto ex art. 665 c.p.c.; e ancora, l'ordinanza di rilascio nella procedura prevista dall'art. 30 u.c. L. 27.7.1978 n. 392 e infine l'ordinanza presidenziale nel giudizio di separazione dei coniugi, resa ai sensi dell'art. 708 c.p.c..

(24) CARLI, Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1977 pag. 619 ss..

2. Il codice di procedura civile del 1942 ha tentato di riordinare il sistema dei provvedimenti cautelari raggruppando gli istituti aventi tale finalità e semplificandone il procedimento di attuazione, nell'intento di colmare le lacune evidenziate in vigenza della precedente disciplina legislativa.

Risultano così riunite in un'unica sezione le due forme di sequestro che la nostra attuale procedura civile contempla — quello giudiziario e quello conservativo — con conseguente previsione, per le stesse, di un regolamento processuale molto simile, malgrado l'evidente diversità di obbiettivi e di situazioni sostanziali che le due misure cautelari mirano a tutelare.

Comuni ad entrambi gli istituti sono lo scopo assicurativo e la modificazione prodotta attraverso l'indisponibilità dei beni sequestrati.

Ciò che, sotto un differente profilo, li contraddistingue è invece la diversità del diritto vantato dal sequestrante: un diritto reale o un diritto di possesso nel sequestro giudiziario, un diritto di credito in quello conservativo(1).

La menzionata differenza determina, inevitabilmente, una sostanziale difformità tra i due istituti in relazione all'oggetto su cui gli stessi concentrano la loro tutela e, segnatamente, in relazione ai sequestrandi beni.

Nel sequestro giudiziario è individuabile a priori il bene che costituisce oggetto del diritto reale o di una vantata situazione possessoria, mentre nel sequestro conservativo la procedura è volta all'acquisizione di un bene per così dire « fungibile », appartenente alla sfera patrimoniale del debitore e suscettibile di costituire generica garanzia per il creditore procedente, il cui interesse è ravvisabile nella conservazione dell'integrità — almeno nei limiti del

(1) Per una trattazione completa della problematica in questa sede esaminata si veda, per tutti, A. CONIGLIO, *il sequestro giudiziario e conservativo*, Giuffrè, Milano 1942, pag. 27 e segg.

credito vantato — del patrimonio del sequestrato (2). Integrità che è « *conditio sine qua non* » per il fruttuoso esperimento della successiva fase esecutiva.

Quel che, massimamente, nel sequestro conservativo pare essere rilevante è, dunque, per dirla con la prevalente dottrina, l'idoneità dei beni ad essere trasformati in danaro e, perciò, non la loro individualità specifica, ma solo la loro attitudine a convertirsi in valore.

Per tal motivo alcuni Autori non hanno mancato di rimarcare che la disciplina *de qua* privilegia la considerazione generica delle partite patrimoniali del debitore ed il relativo provvedimento non si riferisce, di regola, a beni specifici, limitandosi alla mera determinazione del valore di massima concorrenza entro cui il sequestro può essere eseguito.

Tornando all'altro tipo di misura cautelare esaminata, può rilevarsi che l'art. 670 c.p.c. configura, come è noto, diverse ipotesi di sequestro giudiziario.

La prima si riferisce al sequestro che ha per oggetto beni immobili, beni mobili, aziende ed altre universalità di beni, ed attiene ad interessi di diritto sostanziale postulando, quale ulteriore nota caratterizzante, la presenza di questi ultimi nell'ambito di una controversia che verta sulla proprietà o sul possesso di beni per i quali si ravvisi l'oggettiva opportunità di provvedere alla custodia, ovvero alla gestione temporanea (4).

(2) COSTA, Sequestro conservativo in *Novissimo Digesto Italiano*, XVII Torino, 1970, 44; e ancora CONIGLIO op. cit. pag. 46.

(3) Si veda per tutti MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. III, Torino 1985, pag. 211.

(4) Sul punto, CONIGLIO (op. cit. pag. 31) precisa che il filone storico di questo articolo è da ricercarsi nella dottrina dei giuristi italiani del medioevo, i quali prestarono particolare attenzione al « *sequestro de re litigiosa* » ed alle varie ipotesi che potevano, in concreto, al riguardo presentarsi. Gli esempi più comuni di sequestro in pendenza di lite furono quelli relativi ad un fondo e ai frutti da esso prodotti. Un altro esempio di sequestro poteva ravvisarsi in quello « *propter scandalum evitandum* » ovvero « *propter metum armorum* », qualora, in pendenza di una controversia sul possesso di un immobile, vi fosse da temere che le parti venissero alle armi. Va ricordato, infine, che il sequestro era concesso non solo nell'interesse privato ma anche in quello pubblico: esempio tipico è rappresentato dalla già esaminata ipotesi della concessione della misura cautelare *propter scandalum evitandum*.

La seconda, invece, si riferisce al sequestro che ha per oggetto libri, registri, documenti, modelli, campioni o quant'altro sia idoneo a fornire elemento di prova nel corso dell'ordinario procedimento: tale mezzo cautelare, evidentemente, al contrario del precedente, risponde ad interessi di diritto processuale e presuppone una controversia circa il diritto alla esibizione o comunicazione dei prefati documenti, connessa alla consueta esigenza di provvedere alla loro custodia temporanea (5).

Riguardo alla prima delle due figure delineate dalla norma, si rendono opportune alcune precisazioni sui presupposti indispensabili alla sua autorizzazione. Questi sono, innanzitutto, l'esistenza di una controversia in atto, quindi l'opportunità di provvedere alla custodia o gestione temporanea del bene.

Circa la prima condizione, dottrina (6) e giurisprudenza (7) sono da tempo concordi nel ritenere che, nella generica dizione utilizzata dal codice, siano comprese non solo le controversie in atto e, dunque, le liti già pendenti vertenti sulla proprietà (8) o sul possesso di un determinato bene (9), bensì anche tutte le altre

(5) E. PROTETTI, *Il sequestro civile*, Napoli 1982 pag. 11.

(6) Si vedano in proposito CONIGLIO, op. cit. pag. 30; D'ONOFRIO, *Commentario cod. proc. civile II*, pag. 300; SCHERMI, *Sequestro conservativo e giudiziario*, Enc. For. pag. 770; CALVOSA, op. cit. pag. 473.

(7) Per tutte: Cass. Sez. I, 12 novembre 1984 n. 5691 in *Giust. civ. Mass.* 1984-II; e ancora: Trib. L'Aquila 20 febbraio 1949, in *Riv. Giur. Abruzz.* 1949, 89; Cass. 12 gennaio 1955 n. 57 in *Mass. Foro It.* 1955, 15; Cass. 29 Maggio 1957 n. 1971; Trib. Alba 24 luglio 1974 in *Riv. dir. ipot.* 1974, 307.

(8) Le controversie riguardanti la proprietà sono senza dubbio quelle tipicamente reali come l'azione di rivendica (art. 948 c.c.) e l'azione di regolamento di confini. Non dà luogo, invece, a controversia sulla proprietà l'azione di apposizione di termini (art. 951 cod. civ.), che tende all'apposizione dei termini del fondo, i cui confini siano certi ed incontestati (Cass. 14 marzo 1985 n. 618 in *Mass. Giur. It.* 1985, 159; Cass. 16 ottobre 1954, n. 384). La materia che maggiormente ha formato oggetto di esame da parte della giurisprudenza è stata quella ereditaria. È, per es., pacifico in giurisprudenza che, ai fini del sequestro giudiziario di beni appartenenti ad una eredità, ricorre la fattispecie di cui all'art. 670 n. 1 c.p.c., allorché alcuni eredi ne abbiano il godimento esclusivo e gli esclusi dal godimento richiedano che se ne attivi la divisione, previo accertamento dei loro diritti sulla massa ereditaria (Cass. 11 giugno 1963 n. 1548 in *Mass. Giur. It.* 1963 n. 329).

(9) La controversia sul possesso può riguardare sia lo *jus possidendi* che lo *jus possessionis*, sia il possesso vero e proprio che la detenzione autonoma, anche laddove sia configurabile una situazione possessoria plurima. Pertanto può essere

controversie che, pur non essendo ancora sfociate in sede contenziosa vera e propria, per l'esistenza di un conflitto di interessi in corso, sono suscettibili di dare vita al relativo giudizio di merito.

È tuttavia indispensabile, come da certi Autori puntualmente sottolineato, che il conflitto sia attuale, e non semplicemente paventato (10); che sia cioè obiettivo e reale, poiché — è appena il caso di ricordarlo — *conditio sine qua non* affinché il sequestro — concesso ed eseguito — non perda efficacia è l'instaurazione del giudizio di merito nel termine di cui all'art. 680 c.p.c.

D'altro canto è pacifico che si possa parlare di controversia non solo quando la questione abbia ad oggetto una tipica azione reale (rivendicazione, reintegrazione o manutenzione (11)), ma anche quando sia stata proposta o debba proporsi un'azione contrattuale che richieda una qualsivoglia statuizione sulla proprietà o sul possesso, ovvero sulla restituzione di una cosa da altri detenuta (12).

Per tale motivo, si ritiene unanimemente che siano legittimati a chiedere il sequestro giudiziario anche coloro che, pur non avanzando pretese in dipendenza di un diritto reale, traggono motivo per fondare la loro domanda di riconsegna di un bene da un rap-

concesso il sequestro giudiziario su beni comuni, sul possesso dei quali sussista contrasto ed anche in ordine alla amministrazione e alla detenzione del bene nei confronti del possessore, come nell'ipotesi di contrasto tra conduttore e locatore e tra più conduttori. (E. PROTETTI, Il sequestro, op. cit. pag. 15).

(10) L'opinione contraria (BRACCI, Il sequestro giudiziario Napoli 1966 pag. 136 e segg.) non pare accettabile, perché ove si giunga alla diversa conclusione che il giudice deve omettere l'accertamento della sussistenza del conflitto di opinioni e trascurare l'atteggiamento di colui contro il quale è richiesto il sequestro, ebbene, in relazione a tale controversia, non verrebbero mai a realizzarsi quelle condizioni che sono invece requisito essenziale in ogni fattispecie sussumibile nell'astratta previsione dell'art. 670 n. 1 del Cod. proc. civ.

(11) Cass. 22.5.84 n. 1435; Cass. 24.3.76 n. 1037; Cass. 12.4.84 n. 1219.

(12) In tale ultima ipotesi, il giudice del procedimento di convalida, nell'esaminare il *fumus boni iuris* della pretesa fatta valere dal soggetto che ha chiesto ed ottenuto il sequestro giudiziario, deve valutare la probabilità di accoglimento della pretesa stessa, tanto con riguardo alla domanda rivolta a far venire meno il titolo contrattuale, quanto con riguardo al diritto di ottenere la restituzione della cosa oggetto del contratto (Cass. 24.3.76 n. 1037). Occorre comunque che la controversia investa il diritto alla detenzione, il che non sussiste quando la domanda riguarda il mero accertamento del diritto di proprietà. (In tal senso Cass. 10.12.1976 n. 4393; Cass. 19.6.83 n. 299 e Cass. 31.5.84 n. 1911).

porto obbligatorio di cui si è chiesta o si chiederà la dichiarazione di nullità, annullamento, risoluzione, rescissione e via dicendo.

Sempre *in subiecta materia* occorrerà ricordare ancora che, ai fini dell'autorizzazione del sequestro giudiziario, si ravvisa come necessaria la presenza di motivi tali da far ritenere opportuna la custodia o la gestione temporanea del bene; motivi che si risolvono poi, sostanzialmente, nel pericolo di deterioramento della situazione sostanziale cautelanda.

Va inoltre ricordato, come alcuni Autori hanno molto opportunamente sottolineato, che il pericolo può anche non essere attuale, essendo al contrario sufficiente e necessaria la mera possibilità del verificarsi di situazioni pregiudizievoli ai fini dell'attuazione del diritto controverso, per la concessione del mezzo cautelare (13).

Vi è inoltre univocità di vedute sul fatto che compete interamente alla discrezionalità del giudice (14) effettuare la valutazione circa l'opportunità di procedere alla custodia o gestione temporanea del bene (15); e ciò in quanto il concetto di opportunità implica necessariamente un esame esteso anche ai fatti che attengono il merito.

Non è infatti ipotizzabile la teorizzazione di una « ricetta » che consenta di predeterminare i criteri sui quali fondare il prudente apprezzamento del magistrato; non senza, almeno, correre il rischio che ogni formula così empiricamente ricavata risulti imprecisa od incompleta (16).

(13) A conforto dell'opinione dottrinale menzionata si veda, in proposito, la pressoché unanime giurisprudenza della Suprema Corte: Cass. 20.10.84 n. 5305 in Mass. 1984; Cass. 15.12.84 in Mass. Giur. It. 1984 pag. 1328; e ancora: Cass. 28.6.1969 n. 2342 in Giust. Civ. 1969, I, 2020; Cass. 6.11.83 n. 2694, in Mass. Giur. It. 1964, 910.

(14) Così CONIGLIO, *Il sequestro*, op. cit. Milano 1957; D'ONOFRIO in *Commentario al cod. proc. civ. II* pag. 301; CALVOSA, *Il processo cautelare* cit.

(15) Secondo REDENTI (*Diritto processuale civile*, III, pag. 55) tale valutazione può anche essere basata sulla cattiva amministrazione del bene, perché in tal caso il diritto o la ragione del bene di cui si contende, potrebbero essere resi vani da una cattiva custodia o amministrazione.

(16) Questa valutazione di opportunità effettuata dal giudice di merito è incensurabile in Cassazione se immune da vizi logici e giuridici (Cass. 22 novembre 1963, n. 3002 in Mass. Giust. Civ. 1963 n. 1406; Cass. SS.UU. 28 settembre 1968 n. 2989 in Giust. civ. 1969, I, 431).

Occorre infine ricordare che, oggetto della prima ipotesi di cui art. 670 c.p.c. qui trattata, possono essere tutti i beni (17), mobili ed immobili, nonché le aziende e le altre universalità di beni (18), chiaramente suscettibili di materiale apprensione e, comunque, di detenzione, in quanto la norma stessa precisa che la misura cautelare è concessa in funzione della opportunità di provvedere alla custodia o gestione temporanea dei beni di cui si chiede il sequestro.

Appare chiaro, per esempio, che dei diritti può aversi il possesso, ma non la detenzione, per cui non vi può essere, in ordine agli stessi, né custodia, né gestione, né, quindi, sequestro giudiziario.

Particolari problemi nel senso indicato sorgono anche in ordine alle « energie » che, senza dubbio, possono essere fatte oggetto di proprietà ma non sono sempre suscettibili di essere assoggettabili a detenzione. Si renderà pertanto necessario operare una distinzione a seconda che tali energie possano o meno essere in qualche modo « detenute » e per ciò essere passibili di custodia o gestione (e, dunque, astrattamente sequestrabili).

In senso analogo — e non senza qualche perplessità — la dottrina prevalente tende a negare l'ammissibilità del sequestro dei diritti di credito (19), in relazione alla applicabilità a tali fattispecie dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.

Invero, va ricordato come in passato, prima che tale norma

(17) Oggetto del provvedimento di sequestro possono essere solo beni specificamente determinati, che siano tali fin dall'origine, ovvero lo siano divenuti mediante indicazione ed individuazione verificatesi nei modi previsti dall'art. 1378 cod. civ. (PROTETTI op. cit. pag. 21).

(18) Si noti che mentre l'art. 816 del cod. civ. prende in considerazione, definendole, le sole universalità di mobili, l'art. 670 n. 1, più genericamente, parla di universalità di beni, facendo così rientrare in tali categorie, assoggettabili a sequestro giudiziario, anche quelle universalità che siano costituite da beni mobili e immobili o addirittura da soli immobili (basti pensare alla massa dei beni ereditari).

(19) Vigente il Codice di procedura civile del 1865 il sequestro giudiziario dei diritti di credito era stato considerato con favore (NORSIA, *Il sequestro nella legislazione vigente*, Padova; GIANZANA, *Del sequestro giudiziario e conservativo*, Torino 1884; AVERRA, *Sequestro conservativo, convenzionale e giudiziario*, 1913, 261) come strumento per vietare al debitore di pagare la somma dovuta nell'ipotesi di contestazione sulla titolarità del diritto di credito.

di chiusura del sistema dei cautelari fosse stata predisposta, le teorie dottrinali *in subiecta materia* prendessero direzioni diametralmente opposte (20).

(20) Si vedano per tutti: CONIGLIO, op. cit. pag. 36; ANDRIOLI, Comm. cod. proc. civ. pag. 149. Solo CARNELUTTI si è espresso a favore dell'ammissibilità nello scritto « Sequestro giudiziario di un credito » in Riv. dir. proc. 1960, 516; contra CALVOSA, op. cit. pag. 64, ritiene che l'ammissibilità si fondi sull'art. 677 cod. proc. civ., che richiamando per l'esecuzione del sequestro l'art. 605 cod. proc. civ. (esecuzione per consegna o rilascio) esclude automaticamente ogni possibilità di sequestro dei crediti.

3.a) Il sequestro giudiziario di prove previsto dal n. 2 dell'art. 670 cod. proc. civ. rappresenta una novità affatto originale introdotta nel codice dal legislatore del 1942. La sua portata innovativa, come era prevedibile, non ha mancato di creare problemi di ordine sistematico e di dare origine ad implicazioni di non sempre agevole soluzione (1).

Fin dalla comparsa della nuova disposizione normativa, la dottrina (2) è stata animata dalla stimolante disputa, non scevra di notevoli perplessità, circa l'opportunità della collocazione di siffatto istituto nell'ambito della stessa disposizione che prevedeva il sequestro giudiziario, pur sembrando, *ex prima facie*, trattarsi di misura cautelare di natura semmai riconducibile alla fatispecie di cui all'art. 671 c. p. c.

Si osservò, anzi, ad opera della prevalente dottrina, che non vi erano dubbi sulla innegabile differenza intercorrente fra le due forme di sequestro configurate nell'art. 670 del « nuovo » codice, mentre appariva, per contro, sostanzialmente corretta la teoria che individuava elementi di notevole affinità fra il sequestro di prove e il sequestro conservativo di beni, soprattutto sotto il profilo funzionale.

Le argomentazioni sopra sintetizzate non parevano tuttavia esprimere in maniera pienamente convincente la conclusione secondo la quale la disposizione di cui al n. 2 dell'art. 670 andasse configurata come inutile e pleonastica anticipazione del successivo articolo 671 (3).

(1) A tale proposito la Suprema Corte ha avuto modo di precisare (Cass. 29 ottobre 1970, n. 2213 in Mass. Foro It. 1970, 679) che esso « ha lo scopo di provvedere alla custodia di cose certe e determinate (libri, registri, documenti, modelli, campioni....) per essere impiegate nel futuro processo di merito come mezzi di prova o di informazione per le parti e per il giudice ».

(2) Per tutti si veda CARNELUTTI, Istituzioni sul nuovo processo civile italiano, Roma 1955, 138.

(3) Queste teorie si riallacciano alla individuazione, nell'ambito del processo cautelare, di due distinte categorie: il processo cautelare strumentale e il processo

Al contrario, pare invece doversi rilevare che, in realtà, le affinità dianzi sottolineate si ricollegano piuttosto alla circostanza che entrambe le figure di sequestro, sia quello giudiziario che quello coiservativo, hanno origine e funzioni comuni e rappresentano, invero, due aspetti del medesimo tipo di tutela: quella cautelare, appunto.

Attraverso il sequestro della prova si assicurano al processo di cognizione i documenti e gli elementi probatori che possono essere utili per valutare ed apprezzare le pretese delle parti. In questo modo, tale istituto si coordina direttamente al processo, assicurando *ex ante* la possibilità di produrre, al momento opportuno, il documento o qualsivoglia altro oggetto di prova suscettibile di essere analizzato, valutato ed utilizzato dal giudice ai fini della formazione del suo libero convincimento in ordine alla pretesa sostanziale fatta valere nel processo (4).

Le situazioni legittimanti la fattispecie cautelare di cui trattasi sono sostanzialmente quattro e precisamente: il diritto della parte ricorrente di chiedere l'esibizione di prove o documenti nella forma cautelare; l'esistenza di una controversia in ordine a tale diritto; l'utilità della acquisizione della prova o del documento e la sua rilevanza, sulla base, beninteso, di una cognizione sommaria sull'utilità della prova che la parte intende far acquisire al processo o sulla strumentalità di questa in riferimento alla dimostrazione della fattispecie di merito che verrà dedotta in giudizio (si ricordi, a quest'ultimo proposito, che il giudice che autorizza il sequestro non è tenuto ad accertare l'utilità della sequestranda prova ai fini del pro-

cautelare finale (CARNELUTTI, op. ult. cit., 150-152; CONIGLIO, op. cit., pag. 12-13). Il primo serve a garantire i mezzi del processo definitivo e in esso rientrano il sequestro conservativo, i procedimenti di istruzione preventiva, nonché il sequestro giudiziario della prova; il secondo serve a garantire la pratica utilità del processo definitivo e tale appare il sequestro giudiziario, con cui si conserva la disponibilità della cosa a favore della parte vittoriosa del processo definitivo.

(4) Il che non differisce sostanzialmente da un accertamento tecnico preventivo o da una assunzione di testi a futura memoria; la differenza sta solo nell'oggetto di prova, che ci si preoccupa possa deteriorarsi o cessare di esistere: nel sequestro è la prova reale; nell'assunzione di teste a futura memoria è la prova orale, nell'istruzione preventiva è la prova storica o critica che può desumersi da alcune situazioni di fatto. Sul tema vedi diffusamente CALVOSA, Voce: «Sequestro giudiziario» in Novissimo Digesto.

cesso né, tanto meno, la sua ammissibilità e rilevanza, ma solo a valutare discrezionalmente l'astratta idoneità di questa come mezzo istruttorio) (5).

Infine, l'opportunità della custodia temporanea delle cose da sottoporre a sequestro ai fini probatori.

La migliore dottrina ritiene che la misura cautelare in oggetto possa essere concessa anche *ante causam*, essendo sufficiente che il giudice adito accerti la sola esistenza di un conflitto di interessi, tale da lasciar verosimilmente ritenere (e temere) che la prova possa venire meno.

Questo contrasto non va inteso in senso rigoroso come contrapposizione netta e precisa, provata, ad esempio, da un vero e proprio rifiuto espresso di esibizione, ma come semplice situazione di fatto da cui ragionevolmente possa arguirsi l'intenzione della parte, per così dire, « renitente », di pregiudicare l'efficacia del mezzo probatorio di cui ci si vorrà servire (6).

Tornando per un attimo alla prima condizione legittimante,

(5) Per questo si è parlato di concessione del sequestro alla stregua della « ragionevolezza » della prova e non della sua indispensabilità, in quanto altrimenti si esorbiterebbero i limiti imposti alla cognizione del giudice cautelare. In proposito CARNELUTTI, in « Sequestro giudiziario delle prove a carico del terzo » in *Giur. it.* 1974, I. 2 ha avuto modo di precisare che: « ciò che il giudice deve fare, su questo tema, quando si tratta di concedere o convalidare un sequestro, è dunque la verifica della ragionevolezza della prova; ove si spingesse ad una indagine intorno alla indispensabilità della prova, eccederebbe i limiti imposti alla cognizione propria del giudizio cautelare ». Queste osservazioni sono state fatte proprio dal Supremo Collegio (Cass. 29.10.70 n. 2213 in *Mass. Foro it.*, 1970, 679) che ha avuto modo di pronunciarsi in materia affermando: « è necessario che la prova che si intende acquisire possa ritenersi « prima facie » utile ai fini che si propone il richiedente » e « deve escludersi che il giudice possa esigere al momento di disporre il sequestro, la dimostrazione che le prove da acquisire siano indispensabili o perfettamente concludenti, dato che solo nel processo di merito potrà essere congruamente apprezzato il valore della prova, sia sotto il profilo della concludenza che della indispensabilità ».

(6) CARNELUTTI, *il Sequestro giudiziario delle prove...* op. cit.; Rocco, *Diritto proc. civ.*, volume V, pag. 163. Non può condividersi la decisione (Pret. Roma 9 giugno 1954 in *Rep. Giust. civ.* 1955 voce *Sequestro*, n. 127) secondo cui il sequestro di prove non può essere eseguito nei confronti di colui che, rimanendo contumace nel giudizio, persista in una posizione di fatto meramente passiva senza manifestare, con il mezzo processuale della eccezione, dissenso alcuno verso lo *jus exhibendum*.

occorre preliminarmente operare una precisazione sulle circostanze in presenza delle quali può dirsi esistente il diritto alla esibizione.

Innanzitutto, occorre ricordare che esso si sostanzia nell'interesse della parte a che il documento sia acquisito al processo, come elemento di giudizio sulla pretesa sostanziale fatta valere.

Va purtroppo rilevato che, *de iure condito*, nessuna norma tutela direttamente l'interesse alla esibizione o comunicazione di un documento, in guisa che la semplice pretesa di trarne elementi di prova non appare sufficiente a concretare tale diritto.

Anzi, appare viepiù legittimo il sorgere di seri dubbi in ordine alla esistenza dello stesso prima dell'intervento dell'ordine di esibizione da parte del giudice (7).

Per converso, si obietta autorevolmente che il sequestro di prove può essere autorizzato anche prima dell'inizio della causa di merito e, quindi, quando ancora non è ipotizzabile alcun ordine di esibizione da parte del magistrato istruttore.

Inoltre, ove si dovesse propendere per considerare venuto in esistenza il diritto a tale esibizione solo in seguito (ed in conseguenza) dell'ordine del giudice, si finirebbe per operare una ingiustificabile trasformazione della misura cautelare in misura esecutiva (8).

Pare dunque corretto convenire che il diritto in questione preesista all'ordine dell'autorità giudicante e debba essere considerato un mezzo, previsto dall'ordinamento, per garantire, per così dire, « l'integrità fisica » dell'oggetto da esibirsi in giudizio, impedendone così la distruzione, il deterioramento o la sottrazione.

Ci troviamo, senz'altro, di fronte ad un diritto di natura squisitamente processuale (9), che si distingue da quello sostanziale in

(7) L'art. 2711 cod. civile in riferimento alle scritture contabili delle imprese subordina l'esibizione del documento solo all'ordine del giudice, il che legittima il suddetto dubbio, a meno che sul documento non si vanti un diritto sostanziale, ma in tal caso l'ipotesi che viene in rilievo non è l'art. 670 n. 2 c.p.c. ma il n. 1 dello stesso articolo.

(8) CALVOSA, Voce « Sequestro » in *Novissimo Digesto*.

(9) Cfr. CALVOSA, *il Processo cautelare* pag. 68; Cass. 29 Maggio 1957 n. 1971 in *Mass. Foro It.* 1957, 391; Trib. Milano 17.6.1959 in *Foro pad.* 1959, I, 880; Trib. Milano 22.12.56 in *Giur. It.* 1959, I, 2, 68. In quest'ultima decisione il Tribunale di Milano ha ritenuto doversi trattare di un diritto a richiedere l'esibizione o la comunicazione, e non di una mera pretesa all'accoglimento della istanza, perché, se così fosse, la pretesa stessa, se attendibile, verrebbe munita

quanto rappresenta il potere giuridico di chiedere al giudice un ordine di esibizione o comunicazione per ottenere il correlato provvedimento, sia esso positivo o negativo.

Il sequestro di prove si appalesa quindi mezzo idoneo per scongiurare la possibilità che l'eventuale tardivo ordine di esibizione non sia in grado di sortire gli effetti sperati a causa del venir meno, a vario titolo, del documento.

È, inoltre, vero che esso non coincide con l'ordine di esibizione stesso, tant'è che, almeno in linea teorica, la circostanza che ad esso non faccia seguito alcun ordine da parte del giudice è cosa del tutto irrilevante.

Anche il concetto di « controversia relativa al diritto all'esibizione » esige alcuni chiarimenti.

Occorre preliminarmente sottolineare come essa deve consistere in un conflitto attuale e concreto di opinioni sull'esistenza o meno dell'obbligo, in capo al soggetto che detiene il documento, di esibirlo, tanto che il detentore sia parte nel procedimento in corso, quanto che egli sia solo astrattamente legittimato in ordine ad un futuro giudizio, quanto, infine, che sia, rispetto al processo nel quale si dovrà dare sfogo all'incombente istruttorio, semplicemente terzo.

Come si è già avuto modo di vedere in precedenza, il contrasto di opinioni è desumibile anche soltanto *per facta concludentia* (10), e può dirsi in atto sia in caso di rifiuto, senza giustificato motivo, durante o prima della causa, sia in caso di rifiuto per un motivo giustificato (11), configurabile, comunque, ai sensi dell'art. 118 c.p.c., in un grave danno per la parte o per il terzo, ovvero nell'essere questi costretti a violare uno dei segreti di cui agli artt. 200, 201 e 202 c.p.p.

Tutte le situazioni indicate concretano ipotesi di controversia

di coazione mediante il sequestro, mentre lo stesso ordine del giudice alla esibizione non è munito di coazione, in quanto il giudice, se il terzo oppone un rifiuto non giustificato può unicamente dedurre, ai sensi degli artt. 210 e 118 c.p.c., argomenti di prova a norma dell'art. 116 c.p.c.

(10) La controversia in questione non deve avere ad oggetto la contesa in ordine alla proprietà o al possesso del documento, perché in tal caso si verserebbe nell'ipotesi prevista dal n. 1 art. 670 c.p.c.

(11) In conformità a quanto disposto dall'art. 118, 2 c., c.p.c. in questi casi il giudice da tale rifiuto può desumere argomenti di prova, a norma dell'art. 116, 2. comma, c.p.c.

e legittimano, in concorso con gli altri requisiti, l'emanazione della misura cautelare.

L'ultima condizione richiesta, come già visto, è rappresentata dall'opportunità di provvedere alla custodia temporanea del documento o dell'oggetto di prova per evitare che, *medio tempore*, esso venga sottratto alla sua funzione. Ora, ove si consideri che il sequestro della prova può essere autorizzato senza che si accerti l'esistenza del *periculum in mora*, ma solo perché se ne sia ravvisata l'opportunità, si coglie senza tema di smentita il suo fine conservativo.

Ne consegue che il provvedimento cautelare *de quo* può essere emanato anche se risulta che la parte richiedente potrebbe fornire « *aliunde* » la prova che sta alla base della sua pretesa sostanziale e, persino, nell'ipotesi in cui non appaia attuale od imminente il pericolo che l'oggetto di prova possa essere distrutto o deteriorato.

4.b) Sulla premessa che il titolo di credito è elemento costitutivo del diritto, oltre che requisito indispensabile senza il quale quest'ultimo non può essere validamente esercitato, né trasferito, né espropriato (1), assume carattere di viva attualità la controversa problematica relativa all'esperibilità delle misure cautelari - ed, in particolare, del sequestro giudiziario - in relazione ai titoli di credito.

Si segnala, altresì, la presenza di un'accesa disputa, *in subiecta materia*, anche sotto il diverso profilo - pur connesso col precedente - dei modi d'esercizio dei diritti incorporati nel titolo sottoposto a tutela sommaria.

Precisate tali premesse, occorrerà subito avvertire che l'unico aspetto non controverso delle problematiche testé evidenziate è rappresentato dall'opinione, diffusa in dottrina e suffragata da costante giurisprudenza (2), dell'ammissibilità del sequestro giudiziario di titoli di credito ove sussista controversia sulla proprietà e sul possesso del documento, che viene pertanto trattato alla stregua di cosa mobile, oggetto di contesa, da sottrarsi alla materiale disponibilità dei contraddittori (3).

(1) PIERI-TRIDICO «La cambiale», UTET, Torino 1982, pag. 78. ANGELONI, «La cambiale e il vaglia cambiario», Roma 1949, pag. 45.

(2) Per l'orientamento dottrinale nel senso indicato si vedano, per tutti: PROTETTI, op. cit. pag. 23; CIVELLO «Sequestro giudiziario di titoli di credito» in Temi Rom. 1980-401. Per la giurisprudenza: Cass. Civ. 17.1.85 n. 106 in Rep. Giur. It. 1985; Cass. Civ. 10.5.82 n. 2890 in Mass. 1982; infine, più recentemente, C. App. Ancona 6.2.87 inedita.

(3) Così TARZIA, Problemi processuali dei titoli di credito in «I titoli di credito» a cura di Giovanni Pellizzi, Giuffrè, Milano, pag. 562; l'Autore precisa, in proposito, che «potrebbe chiedere il sequestro giudiziario, colui che si vanta possessore del titolo in virtù della sua legge di circolazione, ma non ne abbia la materiale detenzione. Può evidentemente chiedere il sequestro giudiziario il portatore di una cambiale che non riesca ad ottenere la conseguenza da chi la detiene, giacché questi gliene contesta il possesso».

Circa le modalità di esecuzione della misura cautelare, si osserva altresì concordemente che essa non può avere efficacia se non ove venga eseguita sul titolo stesso e ciò sia in virtù del principio dell'incorporamento del diritto nel titolo, sia per l'incontrovertibile tenore dell'espressa previsione dell'art. 1997 cod. civ.

Ciò premesso, va subito rilevato che autorevole dottrina ritiene che, se è vero l'assunto secondo il quale il diritto di cui al rapporto sottostante si compenetra indissolubilmente nel titolo e vi si trasfonde, sì da legittimare il possessore a pretendere la prestazione, è proprio il diritto sul titolo a costituire premessa indispensabile del conseguente diritto alla prestazione stessa. Da ciò discende che l'indisponibilità del secondo non può che tradursi nell'indisponibilità del primo (4).

Come si è già avuto modo di segnalare in premessa, l'interpretazione anzidetta non è priva di contrasti (5).

Si è infatti sostenuto che l'art. 1997, trattando dei vincoli che limitano il diritto reale di proprietà sul titolo e, conseguentemente, il suo esercizio, prende in considerazione esso titolo come semplice « *res* ».

Per contro, si è correttamente obiettato che tale orientamento finisce per svilire e vanificare la portata dell'articolo *de quo* essendo evidente che, ove si voglia limitare il diritto di proprietà sul titolo ed il suo esercizio, si dovrà successivamente costituire un vincolo sul titolo stesso (6).

In altri termini, si potrà dare una portata utile alla norma in questione solo attraverso una esegesi che ne chiarisca il significato nel senso di ritenerla volta a prescrivere che il vincolo sul diritto cui si riferisce il titolo, si debba formare nella stessa maniera in

(4) In tal senso: FRAGALI, Misure esecutive e cautelari sui titoli di credito, in Banca Borsa tit. credito 1958, I, pag. 470 ss.; FERRI, I titoli di credito, in Tratt. di diritto civile del Vassalli, Torino 1950, p. 15; FIORENTINO, Titoli di credito, in Commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca, Bologna 1957 pag. 100.

(5) Per tutti: LA LUMIA in Commentario al cod. civile del D'AMELIO, Obbligazioni, III, Firenze 1949, pag. 74.

(6) FIORENTINO in Commentario cit., pag. 100.

cui si costituiscono i vincoli su una cosa e non già in guisa tale da costituire un vincolo su un diritto di credito (7).

Un altro aspetto della problematica in questione, che non ha mancato di suscitare notevoli perplessità, è rappresentato dal profilo eminentemente pratico ed attuativo del disposto di cui all'art. 1997 e, segnatamente, dalla procedura attraverso la quale vengono esperiti i rimedi processuali in esso indicati.

Si è sostenuta, da parte di autorevole dottrina (8), la necessità della menzione, sul titolo fatto oggetto di tutela sommaria - e, per quel che qui interessa, di sequestro giudiziario - della misura cautelare eseguita mediante l'annotazione della stessa sul documento; incombente, questo, curato personalmente dall'ufficiale giudiziario (9).

Consequentemente, spostando il discorso sui titoli nominativi in generale e, tra questi, sulle azioni societarie in particolare, appare evidente la necessità dell'annotazione del sequestro e del pignoramento non solo sul documento ma - conformemente a quanto espressamente previsto per questo genere di titoli - anche sul registro dell'emittente, come avverrebbe ex art. 2024 cod. civ. a seguito di normale trasferimento negoziale.

Occorre avvertire che siffatta concezione dottrinale presta il

(7) Così FRAGALI, op. cit. pag. 471; secondo l'Autore tale interpretazione non può essere messa in dubbio dal fatto che l'art. 1997 ora fa riferimento alla indisponibilità della cosa oggetto del diritto cartolare («vincolo sulle merci dal titolo rappresentate»), ora all'indisponibilità di tale diritto («vincolo sul diritto menzionato dal titolo»), perché la duplice, diversa precisazione che si consegue mercé il vincolo sul titolo, a seconda che esso menzioni un diritto alla consegna di una cosa o un diritto ad una prestazione pecuniaria; la c.d. rappresentatività del titolo, in questo secondo caso, non è altro che un modo di essere dell'effetto che l'incorporazione o la connessione può provocare.

(8) Si veda per tutti FERRI, op. cit. pag. 15 il quale in proposito, afferma che: «Ove infatti il titolo rimanga in possesso del debitore pignorato, o del sequestrato o della persona assoggettata a pignoramento, e nessuna annotazione sia compiuta sul titolo, rimane la possibilità da parte di tutte queste persone di esercitare il diritto e quindi frustrare quel vincolo che da esse era stato accettato o ad esse era stato imposto, mentre manca ogni possibilità da parte del creditore di esercitare uno qualsiasi dei diritti inerenti al titolo in difetto del documento».

(9) Così, tra gli altri, ANDRIOLI, Commento al cod. proc. civ., II, sub art. 518, pag. 147.

fianco a numerose critiche, che muovono soprattutto dal rilievo della estrema « macchinosità » che, così operando, verrebbe ad assumere l'esercizio sia dell'azione cautelare che di quella esecutiva (10).

In senso analogo, altri Autori non hanno mancato di rimarcare le ulteriori difficoltà che potrebbero sorgere in relazione alla circostanza che il titolo di credito da sequestrare possa trovarsi nelle mani del debitore o di un terzo, rendendo così ancor più complessa la pratica attuazione della misura cautelare (11).

Dalle predette argomentazioni pare pertanto si possa concludere nel senso di ritenere che la soluzione più agevolmente procedibile - oltre che, *funditus*, più corretta - debba essere quella secondo la quale misura cautelare ed esecutiva dovranno colpire direttamente il titolo nelle forme previste dalla legge processuale per l'esecuzione presso il debitore o presso il terzo.

In altri termini, nell'ipotesi di sequestro giudiziario, sarà applicabile la procedura di cui all'art. 677 c.p.c., mentre nei diversi casi di sequestro conservativo, ovvero di pignoramento, si dovrà far ricorso alla procedura prevista dagli artt. 492 e 543 del codice di procedura civile (12).

Va infine rilevato che, tra gli indubbi pregi della soluzione qui prospettata, si deve senz'altro annoverare l'eliminazione di quell'attività di cui, viceversa, si troverebbe onerato l'ufficiale giudiziario: attività che si appalesa assai difficilmente realizzabile ove

(10) In tal senso si esprime FRAGALI, op. cit. pag. 472.

(11) Si veda per tutti G. TARZIA op. cit. pag. 567: « Non un terzo possessore cartolare, poiché in tal caso il terzo sarebbe legittimato all'esercizio dei diritti cartolari, ma un terzo depositario (omissis) il debitore può aver affidato a custodia o in amministrazione i suoi titoli a una banca, presso cui dovrà essere eseguito il pignoramento. Questo, però non potrà attuarsi nelle forme del pignoramento mobiliare diretto (art. 513 c.p.c.)... ma nelle forme del pignoramento presso terzi (art. 543 c.p.c.), chiamando cioè la banca a rendere una dichiarazione davanti al pretore, per specificare se tiene in custodia o in amministrazione i titoli di proprietà del debitore sequestrato o pignorato ».

(12) La presente conclusione pare trovare il conforto di consolidata giurisprudenza: si veda, per tutte Cassazione 22 ottobre 1963, n. 2799 in Banca Borsa e Tit. credito, 1964, II, pag. 27: « Il pignoramento dei diritti incorporati in un titolo di credito va eseguito nelle forme del pignoramento su cosa (quindi o presso il debitore o presso terzi, individuando quest'ultimo nel materiale detentore e non nell'emittente del titolo); ancora, più di recente si vedano Cass. civ. 10.5.82 n. 1890 in Rep. Giur. it. 1982; Cass. civ. 17.1.85 n. 106 in Mass. 1985.

si consideri che lo stesso, fuori delle ipotesi di esecuzione diretta - nelle quali potrebbe eseguire l'annotazione sul titolo che cade nella sua materiale disponibilità - non avrebbe mai la possibilità di eseguire la prescritta annotazione, nel caso di titoli nominativi, sul registro dell'emittente senza il consenso di quest'ultimo, né potrebbe operare, nel pignoramento presso terzi, senza la collaborazione del terzo detentore (13).

Un altro profilo particolarmente interessante può rilevarsi, sempre in tema di sequestro giudiziario di titoli di credito, in relazione al problema dell'esperibilità dell'azione cambiaria in costanza di sequestro giudiziario del titolo.

Si sottolinea in materia, la presenza di un vivace dibattito, in dottrina così come in giurisprudenza, alla cui soluzione si cercherà, nelle pagine che seguono, di dare un sia pure minimo contributo.

Questione preliminare, al riguardo, è rappresentata dalla possibilità o meno, per il debitore cambiario, di avvalersi della predetta misura, nell'ipotesi in cui egli abbia necessità di esperire il rimedio cautelare sul presupposto dell'insussistenza del diritto che legittima il prenditore a servirsi del titolo, emesso in realtà senza causa, ovvero per una causa in seguito venuta meno (14).

L'ipotesi in questione si realizza tutte le volte in cui si manifesta la necessità di impedire che il documento possa essere girato a terzi di buona fede, cui l'eccezione personale in oggetto si appaleserebbe inopponibile, ovvero possa essere presentato dal portatore per il pagamento o per il protesto.

Liminare al tema trattato, giusta la premessa fatta in apertura

(13) La problematica evidenziata è stata diffusamente trattata da FRAGALI op. cit. pag. 472 e ss. A tal proposito l'Autore afferma che: « nel caso in cui il titolo è detenuto dal terzo se è possibile disporre la esibizione all'ufficiale giudiziario nel caso di sequestro giudiziario (Art. 677, 3. c.) non vi sarebbe questa possibilità nel caso di pignoramento e sequestro conservativo, che non consentono una invasione diretta dell'ufficiale giudiziario nella sfera del terzo... »

(14) Alcuni esempi possono essere costituiti dalla cambiale emessa a titolo di favore, ovvero dalla cambiale emessa « a garanzia » dell'adempimento di una obbligazione; si consideri ancora, il caso del titolo di credito emesso in relazione ad un contratto i cui effetti siano venuti meno; o l'ipotesi in cui il contratto stesso si sia risolto per causa ascrivibile, secondo il debitore cambiario, alla controparte beneficiaria del titolo.

del presente paragrafo, è il problema della sussistenza o meno, nel caso di specie, di una controversia sulla proprietà o sul possesso (15).

Va subito detto che la dottrina prevalente ha optato per quest'ultima soluzione (16), sostenendo l'esperibilità del sequestro giudiziario tutte le volte in cui, trovandosi il titolo di credito nelle mani del diretto contraente, il debitore sia in grado di affermare l'insussistenza di un suo obbligo al pagamento del titolo stesso per mancanza o cessazione della causa del rilascio, ovvero della trasmissione del titolo, e pretenda, quindi, per l'effetto, la restituzione del documento (17).

Per converso, si è acutamente eccepito che, nella fattispecie, il debitore esperisce la misura cautelare allo scopo di far valere una obbligazione di non fare, onde impedire che il portatore presenti o giri il titolo (18).

(15) Si segnala che, in proposito, alcuni Autori hanno ritenuto, nel caso di specie, potersi ricorrere alla procedura di ammortamento (Trib. Bologna, decreto 18 novembre 1950, Giur. it. 1951, 1, 2). La soluzione non pare però procedibile né corretta, difettando, in tali ipotesi, l'estremo della sottrazione del titolo BIGIARI Giur. It. Riv. dir. civ., 1955, 496: « Sequestro giudiziario di cambiale per evitare la girata ».

(16) TARZIA op. cit.; BIGIARI, op. cit.; PELLIZZI, Sequestro giudiziario di titolo di credito e in mancanza di causa nel rilascio in Riv. dir. civile 1958, II, 278; l'opinione dottrinale trova anche conforto nella giurisprudenza, pur non sempre univoca in materia. Si veda, per tutte, Trib. Trieste 20.12.82 in Foro Padano, anno 1984, I pag. 470 « Può essere concesso il sequestro giudiziario sui titoli di credito (nella specie pagherò cambiari) presso il prestatore a favore dell'emittente, essendo meritevole di tutela anche un « jus ad rem », quale il diritto alla restituzione del titolo ove sia riscontrata la mancanza o successiva caducazione della causa derivata dal rapporto sottostante, mentre va esaminata con molta attenzione la estensibilità di tale misura nei riguardi di terzi possessori di buona fede, per la minaccia che essa arrecherebbe alla sicurezza della circolazione cartolare ».

(17) Contro l'opinione sopra riportata in nota si segnalano: Cass. Civ. 10.5.82 n. 2890 in Mass. 1982; e ancora Trib. Bologna, Dec. Pres. 30 Ottobre 1954, in Riv. dir. civ. 1955, 496: « Il debitore cambiario, il quale ritenga di poter opporre valide eccezioni al prestatore, se e quando richiesto del pagamento, non può nel frattempo chiedere il sequestro giudiziario della cambiale per evitarne la girata, dato che egli non accampa (né può accampare) alcuna pretesa di proprietà o di possesso ».

(18) MONTESANO, « Misure cautelari sulla cambiale a favore di chi l'ha emessa senza causa o per causa venuta meno » in Banca Borsa 1955, II, 547; e ancora si veda, sempre dello stesso Autore, « I procedimenti d'urgenza nel processo civile », Napoli, 1955.

Ipotesi, questa, ben diversa da quella che costituisce il necessario presupposto del sequestro, e cioè la sussistenza di una controversia sulla proprietà o sul possesso della « *res litigiosa* ».

L'obbligo di restituzione del titolo, nel caso di specie, pare invero sorgere da una situazione assai più complessa, che si connette in maniera consequenziale al divieto di valersi del titolo stesso.

È stata pertanto ipotizzata, da parte dei fautori di questa tesi, l'esperibilità del rimedio atipico di cui all'art. 700 c.p.c..

Si deve tuttavia concludere che tale soluzione non pare convincente né procedibile ove si consideri che il provvedimento d'urgenza finirebbe per coartare il portatore ad un *non facere*, con l'illogica conseguenza che si potrebbe, in tal modo, ottenere in via provvisoria ed interinale una tutela diversa ed addirittura maggiore di quella definitiva (19).

A sostegno dell'assunto può agevolmente argomentarsi che è inammissibile una condanna « a non girare il titolo » per il semplice fatto che non è materialmente possibile costringere qualcuno ad un *non facere* di natura infungibile (20).

Si segnalano, infine, per doverosa completezza, teorie che, prendendo spunto dalle precedenti (21), operano una distinzione tra le varie ipotesi e finiscono per orientarsi nel senso di ritenere ammissibile il sequestro giudiziario allorché si controverta esclusivamente sul diritto alla restituzione, ritenendosi per converso esperibile il ricorso al provvedimento d'urgenza ove si voglia, diversamente, inibire la sola girata (22).

(19) Così MONTESANO, op. cit. pag. 549 e ss. « Al provvedimento d'urgenza la legge attribuisce una funzione strumentale rispetto alla tutela ordinaria di un diritto soggettivo. Pertanto nelle forme del provvedimento d'urgenza non è possibile l'esperimento di mezzi di difesa proponibili solo quando sia promossa da altri azione per far valere una ingiusta pretesa, ma solo per assicurare in via provvisoria le ragioni del titolare di un diritto ».

(20) Come acutamente osserva TARZIA, op. cit., pag. 564.

(21) Sul tema vedi FRAGALI, op. cit. pag. 456.

(22) In proposito, si segnala che, secondo FRAGALI, op. cit. 497, il rimedio del provvedimento d'urgenza sarebbe applicabile nella ipotesi in cui il prenditore abbia assunto una obbligazione di non fare, come quella di non girare la cambiale, in tale ipotesi il risultato non è quello di rendere impossibile la violazione dell'obbligo, ma di assicurarsi in via preventiva gli effetti di una pronuncia diretta all'accertamento dell'esistenza di esso.

Sempre in relazione al *thema* trattato (23), si segnala un altro profilo di particolare interesse, caratterizzato ancor più di quelli testé esaminati, dalla mancanza di univocità di opinioni circa la sua concreta soluzione.

L'aspetto che sarà di seguito considerato è afferente anch'esso al tema dell'esercizio dei diritti incorporati nel titolo: ma, questa volta, riguarda il soggetto passivo della misura cautelare, cioè a dire, il sequestrato o, *rectius*, la possibilità per lo stesso, di esperire azioni volte ad ottenere il pagamento della somma indicata nel titolo di credito assoggettato a misura cautelare (24).

Occorre subito avvertire, *in limine*, che non esiste problema alcuno, a tal riguardo, nel caso in cui la misura cautelare alla quale venga assoggettato il bene sia rappresentata dal sequestro conservativo. A tal proposito vi è assoluta univocità di vedute sul fatto che, ove si giungesse a consentire al sequestrato la facoltà di dispor-

(23) PELLIZZI, op. cit. pag. 279. Tale Autore, in particolare, rileva, al riguardo, che il diritto di proprietà o di possesso sul e al titolo di credito costituisce concetto indipendente da quello di autonomia, astrattezza e letteralità del titolo stesso, rispondendo così anche all'osservazione espressa da BIANCHI D'ESPINOSA « Vent'anni di giurisprudenza sulle leggi cambiarie », Milano 1957, pag. 216, secondo cui ripugnerebbe al carattere letterale ed astratto del credito cambiario ritenere che il debitore possa sottrarsi in via preventiva all'efficacia del titolo in base ad eccezioni relative al rapporto fondamentale sottostante. Ancora PELLIZZI chiarisce (op. cit. pag. 781) che il sequestro giudiziario di un titolo di credito non può essere concesso nel caso in cui il titolo sia stato emesso con convenzione *inter partes* di non metterlo in circolazione, sempre che sia valida la causa di rilascio, ed esclude la possibilità del rimedio cautelare in oggetto nel caso di mancanza non totale di causa, cioè a dire nell'ipotesi in cui sopravviva nel rapporto sottostante una parte sia pur minima del debito dell'emittente, in quanto in tale eventualità viene a mancare il presupposto del « jus ad rem ».

(24) Naturalmente si versa nell'ipotesi in cui il titolo sequestrato si trovi nelle mani del diretto contraente. Infatti secondo Cass. civ. 17.1.85 n. 106 inedita: « Non è ammissibile il sequestro giudiziario di cambiali che, a seguito di una serie continua di girate, siano in possesso di persona diversa dal contraente diretto di chi richiede il sequestro in quanto, ai sensi dell'art. 1994 cod. civ., il terzo portatore di un titolo di credito in conformità delle norme che ne disciplinano la circolazione non è soggetto a rivendicazione, onde nei suoi confronti non può essere invocato quello jus ad rem, che riposa soltanto su un rapporto diretto sottostante all'emissione o al trasferimento che costituisce il presupposto della misura cautelare, fondata sulla possibilità di una controversia sulla proprietà o sul possesso ».

re - ovvero, semplicemente, di godere - del bene assoggettato al vincolo cautelare, si finirebbe inevitabilmente per svuotare di ogni contenuto l'istituto.

Peraltro, va sottolineato che nulla vieta al custode del titolo cambiario, ove questi sia previamente e debitamente autorizzato ai sensi dell'art. 521 c.p.c., di esigere, pendente il vincolo cautelare, il pagamento della somma da parte degli obbligati.

Infatti, detta facoltà assolve al duplice scopo di evitare, da un lato, che le azioni derivanti dal titolo si prescrivano e, dall'altro di realizzare gli interessi di entrambi i soggetti del rapporto cautelare (sequestrante e sequestrato) al trasferimento del vincolo dal titolo alla somma in esso indicata (25).

La questione, dunque, resta circoscritta al problema relativo all'obbligatorietà o meno, per il sequestrante-debitore cambiario, di eseguire la prestazione con la sinallagmatica e diretta conseguenza del sorgere a favore del sequestrato-creditore cambiario (nonché diretto contraente), della legittimazione ad agire per ottenerla.

Va subito rimarcato che, al riguardo, la giurisprudenza si è sempre espressa per la negativa, nel senso, cioè, di escludere l'ammissibilità di tale prestazione e del corrispondente ed opposto diritto (26).

Appare tuttavia, a ben vedere, senz'altro preferibile la soluzione inversa, quella che ritiene cioè, che il sequestro del titolo non faccia venire meno l'azione che deriva dallo stesso (27).

Infatti, se è corretta la premessa secondo la quale il vincolo del sequestro riguarda essenzialmente il titolo, considerato per quel che qui interessa, come strumento per impedirne la circolazione, è evidente che il sequestrato potrà ottenere la prestazione attraverso l'esercizio della azione cambiaria anche ai sensi e per gli effetti del-

(25) Vedi in proposito DE MAJO, L'esercizio dell'azione cambiaria in pendenza del sequestro giudiziario del titolo, in *Banca e Borsa*, 1960, II, pag. 306. Per tutte si veda: Trib. Vigevano 9.3.83 in *Banca Borsa* 1984, II, 256.

(26) E ancora Trib. Parma, 21 luglio 1986 inedito: Il sequestro giudiziario di un vaglia cambiario, attivandosi sul titolo, ne sottrae a chicchessia il possesso e, quindi, la disponibilità della ragione creditoria che vi è incorporata e rende pertanto improcedibile l'azione cambiaria per difetto della legittimazione processuale, condizionata al possesso del titolo.

(27) L'opinione qui espressa trova conforto in recenti pronunce dei giudici di merito ed è autorevolmente sostenuta in dottrina dal DE MAJO, op. cit.

l'art. 65 L. camb., e cioè, in via riconvenzionale, in sede di giudizio di convalida del sequestro.

Né vale, al riguardo, eccepire il difetto di legittimazione del creditore cambiario (art. 201 L. camb. e art. 2008 cod. civ.) per effetto dello spossessamento conseguente alla misura cautelare, in quanto proprio in relazione al sequestro, attivato per iniziativa del debitore nei confronti del creditore, si può argomentare senza tema di smentite che la cambiale non si trova nelle mani di un terzo e che non sussiste pertanto alcun pericolo che l'obbligato cambiario sia tenuto a pagare una seconda volta.

In tal modo viene assolta una delle fondamentali esigenze poste dal legislatore alla base della disciplina del titolo di credito: quella, cioè, della necessità di accettare, in base al possesso del titolo, la *legittimatio ad praestationem*, onde evitare la denegata ipotesi di una duplicazione di pagamento.

Ogni diversa e contraria soluzione (28) si appalesa improcedibile proprio perché suscettibile di condurre, invariabilmente, alla conclusione secondo la quale il debitore cambiario, ottenuto - per ipotesi, anche senza fondamento - il sequestro giudiziario del titolo, potrebbe sottrarsi al rigore delle norme cambiarie, ponendo nel nulla l'art. 65 c. 2° L. camb.; e ciò in virtù del fatto che il creditore, in tali casi, non avrà la facoltà di agire con l'azione cambiaria per difetto di legittimazione, né potrà utilmente esperire l'azione causale, impossibilitato come sarà a depositare in cancelleria il titolo che gli è stato sequestrato, secondo le prescrizioni di cui all'art. 66 L. Camb. (29).

Un analogo problema si configura nell'ipotesi di esercizio dell'azione cambiaria in costanza di sequestro penale del titolo (30).

(28) Si veda per tutte C. app. Venezia 17 gennaio 1958 in Riv. dir. e proc. civ. 1960, 150.

(29) L'opinione qui sostenuta trova puntuale conferma nella considerazione che l'art. 65 L. Camb. offre al giudice la possibilità di temperare il favor creditoris, imponendo a quest'ultimo una cauzione.

(30) PAVONE LA ROSA, La cambiale - Trattato di diritto civile e commerciale Milano 1962, 660; in particolare si fa ivi riferimento al decreto di ammortamento esecutivo, che surroga ad ogni effetto il titolo andato perduto, alla sentenza di rigetto dell'opposizione del detentore, al duplicato di cambiale, cui è riconosciuta efficacia cartolare. Il che è del resto previsto dagli artt. 83 e 84 L. camb. di cui

Malgrado le numerose dispute, in *subiecta materia*, fra dottrina (31) e giurisprudenza (32) attestate su posizioni contrastanti quando non diametralmente opposte, si deve, allo stato, ormai ritenere comunemente riconosciuta come rispondente ad una esigenza pratica di tutta evidenza, la possibilità di agire in via esecutiva, in forza della copia autentica della cambiale sequestrata, ad opera del terzo portatore di buona fede, il quale, in caso contrario, si vedreb-

al R.D.L. 21.9.33 n. 1345. Il creditore può limitarsi a produrre in giudizio uno degli esemplari in suo possesso, e il debitore si libera eseguendo il pagamento in base al duplicato e al suo ritiro, anche se non abbia dichiarato che il pagamento è diretto ad estinguere il debito risultante da tutti i duplicati.

(31) Appare opportuno segnalare che le posizioni della dottrina sono al riguardo, contrastanti. Secondo alcuni Autori (tra cui citiamo FRAGALI, op. cit., ANGELONI, la cambiale cit., VALERI Diritto cambiario cit.) non è possibile sostenere l'equivalenza della copia e conseguentemente la legittimazione del creditore all'esercizio dell'azione cambiaria nelle more del detto procedimento. Secondo altri (BIANCHI D'ESPINOSA, Le leggi cambiarie, op. cit. pag. 363, PELLIZZI, Esercizio del diritto cartolare, Bologna, 1967, 164; TARZIA op. cit. ed altri ancora) vi è idoneità delle copie rilasciate a sostituire ad ogni effetto i rispettivi titoli originali, mentre l'aspetto problematico si pone nel senso di garanzia « di restituzione » del titolo originario e non in termini di equivalenza, agli effetti probatori, della copia autentica rispetto al documento sottoposto a sequestro.

Ancora DE SEMO, Trattato di diritto cambiario, Padova, 1963, 267; sostiene che il portatore avvalendosi del disposto dell'art. 343 può elevare protesto sulla base della copia autentica del titolo rilasciata dal cancelliere, a ciò autorizzato dal giudice, essendo tale copia considerata equipollente al titolo originale, ai fini dell'azione di regresso.

(32) Anche in Giurisprudenza si segnalano scarsa univocità e posizioni contrastanti; peraltro la maggior parte delle pronunce parlano di « equivalenza » della copia autentica rilasciata ex art. 343 (Cass. 18 luglio 1980 n. 4696 in Foro Italiano 1980, I, 2720; Cass. 1.12.78 n. 5690 in Giust. civ. 1979, I, 457; Cass. 6.7.74, n. 2018 in Giur. It. 1975, I, 1108; Cass. 27.7.67 n. 1994 in Foro It. Mass. 1967, 560; Cass. 9.5.67 n. 933 in Banca e Borsa 1968, II, 197; Cass. 28.10.1959 n. 3137, Banca e Borsa 1959, II, 498). In senso contrario App. Venezia 17 gennaio 1958, in Rivista diritto e procedura 1960, 150; Trib. Parma 20 luglio 1959 in Banca e Borsa 1960, II, 303.

Vi è anche una posizione intermedia secondo cui può parlarsi di equivalenza nel senso che è riconosciuto al possessore estraneo al procedimento penale, il diritto al rilascio di copia autentica del titolo oggetto del sequestro. (Cass. 3 maggio 1969 n. 1468 in Foro It. 1969, 2219 e Cass. 8 novembre 1978 in Foro It. 1979, II, 571. Entrambe queste pronunce hanno riconosciuto al possessore estraneo al provvedimento penale il diritto di ottenere la copia autentica del titolo oggetto del sequestro.

be forzatamente sospendere l'autonomo diritto cambiario per eventi a cui egli è assolutamente estraneo.

Del resto, la funzione del sequestro penale è, evidentemente, quella di curare che il « corpo » e le tracce del reato siano conservate per evitare che si alterino o si disperdano (art. 354 c.p.p.); dunque, legittima ed opportuna appare la norma che prescrive che l'indisponibilità della misura penale debba gravare sul documento - cosa mobile - e non già sul diritto di credito che in esso è incorporato. In tale modo nessun interesse del debitore risulta violato, né allo stesso è recato alcun pregiudizio, potendosi garantire il possesso del titolo all'atto della cessazione degli effetti del sequestro (33).

(33) ANNUNZIATA, « Levata di protesti su copie fotostatiche di cambiali sottoposte a sequestro penale e tutela d'urgenza in tema di pubblicazione di protesti », in Banca, Borsa e Titoli cr., 1971.

5.c) Uno dei profili afferenti all'applicabilità del mezzo cautelare trattato che da sempre ha suscitato maggiori perplessità in giurisprudenza così come in dottrina è rappresentato dalla compatibilità del sequestro — nelle sue differenti forme — con le procedure concorsuali e, segnatamente, con il fallimento.

Appare oltremodo evidente l'impossibilità di procedere ad un corretto approccio con la problematica in questione senza aver previamente affrontato, seppure in maniera succinta per la necessaria ristrettezza imposta dalla presente trattazione, le tematiche che appaiono fondamentali per il corretto inquadramento dell'argomento trattato: tematiche che, logicamente, involgono i rapporti intercorrenti tra la tutela cautelare ed il processo di esecuzione nonché le relazioni tra la prima ed i principi generali che regolano la materia del fallimento e che sono per gran parte comuni a tutte le altre procedure concorsuali.

Viene anzitutto in rilievo, quanto alla prima premessa, il controverso problema dell'autonomia della tutela cautelare: ferme restando le considerazioni esposte e le argomentazioni svolte infra (1), sarà qui doveroso ricordare che la migliore dottrina ha sempre ritenuto quella cautelare come un'attività che, lungi dal possedere una propria autonomia, risulta notevolmente caratterizzata dal requisito della strumentalità nei confronti dell'attività di cognizione o di esecuzione ovvero di entrambe (2) (2 bis).

(1) Si rimanda espressamente alla trattazione di cui sub. 1° paragrafo e segnatamente ai menzionati scritti di A. PROTO PISANI « emergenza nella giustizia civile » cit. loc.; VITTORIO, GASPARINI, CASARI « Introduzione allo studio della tutela cautelare » cit. loc. cit.; e soprattutto LANCELLOTTI, Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare, in Riv. dir. proc. 1939 - I, pag. 232 ss.

(2) Per una autorevole e puntuale disamina delle relazioni intercorrenti tra le varie forme di tutela giurisdizionale e dei criteri distintivi elaborati dalla dottrina per le tutele cognitive, cautelari ed espropriative si veda COSTANTINO, « Le espropriazioni forzate speciali » in Quaderni di Giur. Comm., Milano 1984, pag. 10 ss.

(2bis) Si veda, per tutti, PROTETTI « La tutela cautelare nel disegno di riforma del codice di procedura civile », in Nuovo Dig. pag. 137 ss.

Il citato orientamento dottrinale non ha infatti mancato di evidenziare, a sostegno dei propri assunti, come la funzione propria della tutela cautelare « lato sensu » vada individuata e circoscritta nell'esigenza di ovviare a tutti quei pericoli o a quei pregiudizi di vario genere che siano suscettibili di compromettere, nelle più volte lamentate « more » della tutela giurisdizionale ordinaria, il risultato finale della stessa (3) o, — per dirla come la prevalente dottrina (4) — la « fruttuosità » dell'azione.

Altri Autori hanno sostenuto, pur senza discostarsi in maniera rilevante dall'orientamento sopra menzionato, che il processo cautelare possa configurarsi come una terza « species » del processo civile, distinta — anche se non propriamente fornita di autonomia — dal processo di cognizione, la cui caratteristica sarebbe rappresentata, in buona sostanza, dallo scopo di garantire e conservare uno stato di fatto e di diritto nell'attesa dell'accertamento definitivo e della esecuzione (5).

Anche il cennato orientamento, peraltro, finisce per propendere per la considerazione della tutela cautelare in funzione « mediata » e, dunque, in definitiva « strumentale »; il che escluderebbe senza ombra di dubbio — come sopra si è ricordato — ogni possibilità di autonomia per la stessa (6).

Sulla scorta di tale interpretazione, si è cercato di evidenziare come la struttura del processo cautelare « ricordi » sotto un certo

(3) Sul tema si veda ancora PROTETTI in « Sequestro di quote di s.r.l. », in « Società » 1986 pag. 839 e ss.

(4) In tal senso MANDRIOLI « Corso di dir. processuale civile » Torino 1987, pag. 22 e ss.

Secondo l'Autore, l'attività cautelare non sarebbe attività autonoma ma strumentale rispetto a quella di cognizione o di esecuzione o di entrambe. La funzione propria di questo processo consisterebbe — sempre secondo l'Autore citato — nell'ovviare ai pericoli che durante il tempo necessario per ottenere la tutela giurisdizionale possano compromettere la fruttuosità della stessa.

(5) Nel senso indicato si veda, per tutti CONIGLIO « Il sequestro giudiziario e conservativo » Milano 1949 pag. 20 ss. E ancora, CALAMANDREI « Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari » Padova 1936 pag. 87.

(6) In tal senso, più recentemente, FRESINA, « Tutela anticipatoria e misure cautelari » in Riv. dir. proc. 86 pag. 364 ss. In senso analogo, CONIGLIO, op. e loc. cit.

profilo, sia il processo di cognizione che quello di esecuzione, quasi fosse un « *tertium genus* » rispetto ai due precedenti (7) (8).

Per converso, si è altresì ritenuto che il processo cautelare appartenga in realtà al solo processo di cognizione poiché, come questo ultimo, tenderebbe all'accertamento di situazioni giuridiche in contestazione (9).

Appare dunque evidente, per le considerazioni sopra esposte, che il dato incontrovertibile che emerge, in *subiecta materia*, è rappresentato dalla generale consapevolezza della strumentalità della tutela cautelare rispetto alle altre forme di tutela giurisdizionale (10).

Posta questa premessa, occorrerà però subito evidenziare che, pur conservando il carattere della strumentalità nei confronti sia del processo di cognizione che di quello di esecuzione, il processo cautelare parrebbe presentare analogie con quest'ultimo.

In particolare — e con l'ulteriore conforto che può derivarci da spunti di natura comparatistica (11) — sembrerebbe non potersi ne-

(7) Sulla classificazione del processo cautelare come « *tertium genus* » rispetto a quelli di cognizione e di esecuzione si veda, per tutti, F. CARNELUTTI, « Introduzione al diritto processuale civile I, pag. 125 ss.

(8) Secondo alcuni Autori fra i quali fa spicco il CALAMANDREI (« Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari - Padova 1936 pag. 87 ss.) esisterebbero una cognizione cautelare ed una esecuzione cautelare, tutte le volte in cui, per attuare la cautela, bisogna compiere una modificazione del mondo esterno.

(9) È opportuno segnalare che la teoria che si è qui voluta sintetizzare appare come minoritaria in dottrina.

Sul tema si vedano, per tutti, NOVELLI « Provvedimenti cautelari » in Dir. Prat. prov.; e ancora, nel senso indicato, SCHERINI « Provvedimenti cautelari » in Encicl. For. pag. 1126 ss.

(10) Nel senso indicato e più recentemente, si veda RAPISARDA « Tutela preventiva, inibitoria, cautelare ex art. 700 c.p.c. ed inibitoria finale » Pavia 1986.

Contra, autorevolmente, Allorio « Per una nozione del processo cautelare » in Riv. dir. proc. civ. 1986 pag. 18 ss., ha sostenuto che l'azione cautelare è una forma a sé stante di azione e non una manifestazione di un diritto sostanziale di cautela.

(11) È interessante, a tal proposito, confrontare la disciplina della tutela cautelare nel processo italiano con quanto è previsto, in *subiecta materia*, nel codice di procedura civile tedesco.

In particolare si deve qui segnalare che la dottrina tedesca sostiene la natura esecutiva del processo cautelare in quanto ritiene che esso permetta la realizzazione di un diritto controverso.

Sul tema, per tutti, vedi Peters « Der arrest in der die einstweilige Verfügung » 1984.

gare l'evidente analogia intercorrente tra il sequestro conservativo ed il pignoramento.

Vero è che la legge richiede, per l'utile esperimento delle due azioni, presupposti sostanzialmente diversi: il possesso del titolo esecutivo, ad esempio, è la *conditio sine qua non* perché possa procedersi ad esecuzione forzata mentre ai fini dell'autorizzazione della misura cautelare sarebbe sufficiente la sussistenza del semplice « *fumus* » nonché del « *periculum* ».

È vero, inoltre, che, pur potendo il sequestro conservativo trasformarsi in pignoramento, perché ciò avvenga sarà necessario (ex art. 686 cod. proc. civ.) che esso venga convalidato con sentenza esecutiva di condanna resa a seguito di giudizio di convalida e per il merito afferente, quest'ultimo, come è logico, alla cognizione.

A parte ciò, parrebbe comunque corretto affermare — pur tenendo sempre presenti le peculiarità dei due procedimenti ora evidenziati — che sequestro e pignoramento conservano comunque numerosi caratteri comuni, tanto da giustificare l'espressione, alquanto suggestiva, con la quale in passato alcuni Autori hanno ritenuto di poter definire il pignoramento come un vero e proprio « sequestro esecutivo » (12).

E d'altra parte tratti comuni tra le due forme di tutela giurisdizionale esaminate sembrano apparire in tutta la loro evidenza ove si consideri che entrambe fanno sorgere il vincolo della indisponibilità dei beni colpiti ed entrambe risultano esperibili per assicurare la realizzazione di un diritto di credito (13).

Tuttavia, si è osservato che il sequestro conservativo mira, essenzialmente, ad evitare che la successiva esecuzione risulti infruttuosa, mentre il pignoramento conduce direttamente alla esecuzione forzata soddisfattiva (14).

(12) Sul punto si segnala il recente scritto di GRECO « Il fallimento da esecuzione collettiva ad espropriazione dell'impresa » Milano 1984, pag. 146 ss.

Anche in passato, autorevolmente, avevano avuto modo di pronunciarsi sul punto ZANZUCCHI « Diritto processuale civile V - III - 1945 pag. 28 ss.; e ancora SCAGLIONI, « Il sequestro nel processo civile » 1941, pag. 25 ss.

(13) Sul punto, per tutti, FRESINA, « Tutela anticipatoria e misure cautelari » in Riv. dir. proc. 1986 pag. 364 ss.

(14) Appaiono, a tal proposito, suggestive le parole di CAMANDREI, op. e loc. cit.: « Il creditore pignorante... è sicuro di poter riprendere il cammino, e può

Non basta. Se è vero che i due procedimenti, pur presentando tratti comuni, provocano differenti effetti attesa la funzione prodromica della misura cautelare rispetto agli scopi eminentemente diretti ed immediati che il pignoramento persegue, parrebbe altresì corretto sostenere che, pure sotto il profilo dei presupposti necessari per l'esperimento dell'un mezzo o dell'altro, vengono evidenziandosi notevoli differenze sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello processuale.

Si è infatti sottolineato che, perché possa procedersi a pignoramento, si rende necessaria la notifica del titolo esecutivo e del precetto, cosa che invece non avviene nella misura cautelare, dove il sequestrante « gioca » sull'elemento della « sorpresa » che esclude ogni previa notificazione dell'ottenuta autorizzazione all'esperimento della misura stessa (15).

Si dovrà, pertanto, concludere, sulla scorta delle diverse interpretazioni, questa lunga premessa volta a chiarire il rapporto intercorrente tra tutela cautelare e processo di esecuzione, concedendo ai fautori delle teorie che propendono per la natura cautelare del pignoramento il riconoscimento della generica funzione di conservazione dei beni sottoposti ad esecuzione da questo operata.

Per converso, non sarà però attribuibile al pignoramento un compito di cautela che esorbiti dall'ambito del processo di esecuzione, mentre invece dovrà senza dubbio riconoscersi analoga funzione cautelare al sequestro conservativo nel diverso ambito del processo cautelare.

Entrando, a questo punto, nel vivo del tema trattato alla luce dei rilievi e delle considerazioni svolte in premessa sarà opportuno, al fine di favorire un più corretto approccio con la problematica da affrontare, muovere alcune considerazioni — sia pure di carattere generale — sulle disposizioni contenute nella legge fallimentare, afferenti alla materia che qui ci occupa.

riprenderlo se vuole, anche subito perché è munito di titolo esecutivo; il sequestrante, invece, pur avendo cominciata la stessa strada del pignorante, non sa se potrà continuare il viaggio perché gli manca finora l'accertamento definitivo del suo diritto ».

(15) Così CONIGLIO « Il sequestro giudiziario e conservativo » Milano 1949 pag. 9 ss.

In primo luogo va senz'altro ricordato che il fallimento, in quanto processo esecutivo concorsuale, si svolge — e prima ancora si instaura — nell'interesse di una naturale pluralità di creditori (16) ai quali viene garantita, attraverso il principio della « par condicio », la partecipazione (o meglio, il « concorso ») alla procedura stessa assistita dalla garanzia di una « giustizia distributiva » finale (17).

Il che appare sostanzialmente in stridente contrasto con ogni forma di azione esecutiva individuale, che deve ritenersi inibita dall'apertura della procedura stessa.

Volendo circoscrivere la problematica sopra introdotta, sarà quanto mai opportuno operare un espresso riferimento alle due norme della Legge Fallimentare che regolano e sintetizzano i rapporti tra esecuzione forzata e fallimento.

Trattasi, in primo luogo, dell'art. 51 L. Fall. il quale dispone che, a far tempo dal giorno in cui viene dichiarato il fallimento, nessuna azione esecutiva individuale può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento stesso (18).

La seconda norma richiamata, invece, è l'art. 107 L. Fall. il quale, sostanzialmente riproponendo il disposto dell'art. 801 dell'abrogato codice di commercio, prende in considerazione le espropriazioni immobiliari in corso al tempo della dichiarazione di fallimento, facendo precipuo riferimento alle due ipotesi, dell'espropriazione forzata e della distribuzione del prezzo, in relazione alle quali il curatore, che si sostituisce al creditore istante, ha l'onere di tenere un conto speciale delle vendite dei singoli immobili e dei frutti percepiti sui medesimi a far tempo dalla data di dichiarazione del fallimento.

Dalla formulazione delle predette norme (e, in particolare, da quella di cui all'art. 51 L. Fall.) si evince inequivocabilmente che il principio di carattere generale che esculde la proponibilità delle azioni esecutive individuali (o la loro prosecuzione, se già iniziate)

(16) Nel senso indicato, v. FERRARA « Manuale di diritto fallimentare » Milano - 1986, pag. 26 ss.

(17) Sul concetto di concorso e di giustizia distributiva si veda quanto afferma nel suo Manuale di diritto fallimentare il PAIARDI - Milano 1986, pag. 307 ss.

(18) Le eccezioni alla predetta regola, come è noto, si riferiscono ai poteri che la legge conferisce all'esattore per i crediti di imposta.

successivamente alla dichiarazione di fallimento provoca inevitabilmente la inammissibilità e l'improcedibilità delle stesse in quanto incompatibili con la struttura e la « *ratio* » della procedura concorsuale (19).

E poiché, dunque, il primo atto di esecuzione è rappresentato dal pignoramento, per costante ed univoca giurisprudenza e dottrina deve ritenersi che il dettato di cui all'art. 51 Legge Fall. si estrinsechi nel divieto di assoggettare a pignoramento i beni compresi nell'attivo fallimentare (20) che sarebbero così da ritenersi impignorabili tant'è che viene consentita al curatore fallimentare — sostituto processuale del fallito — la facoltà di poter contestare la violazione dell'art. 51 L. Fall. proponendo, per l'effetto, opposizione alla esecuzione fino a che non sia giunto a conclusione il relativo processo.

Così come — lo abbiamo visto « *infra* » (21) — il curatore è altresì legittimato ad intervenire nella distribuzione della somma ricavata affinché tale riparto avvenga in ossequio alle regole proprie del fallimento e, segnatamente, alla più volte menzionata « *par condicio creditorum* » (22).

(19) In tal senso si segnala l'univoca giurisprudenza della Suprema Corte. Per tutte si veda Cass. Civ. 21.5.1983 n. 3518 in Mass. Foro It. 1983 - 732.

In proposito la Suprema Corte ha precisato che il divieto posto dall'art. 51 L. Fall. di iniziare o proseguire, dal giorno della dichiarazione di fallimento, azioni esecutive individuali sui beni compresi nel fallimento concerne non solo le azioni esecutive vere e proprie, ma anche quelle cautelari che, come il sequestro conservativo, abbiano carattere strumentale rispetto al processo esecutivo; e che, conseguentemente, la caducazione del sequestro per effetto della dichiarazione di fallimento fa venir meno lo stesso oggetto del relativo giudizio di convalida che non può pertanto essere proseguito dal creditore nemmeno al fine di utilizzarne la pronuncia nei confronti del fallito allorché sarà tornato *in bonis*.

In senso analogo, in dottrina, si veda MAFFEI ALBERTI « Commentario breve alla legge fallimentare » Padova 1986, pag. 134 ss.

(20) In tal senso si segnala l'orientamento costante della Suprema Corte. Si vedano, per tutte, Cass. Civ. 20.10.82 n. 5457 in Mass. Foro It. 1982, 1316; e ancora Cass. Civ. 23.2.78 n. 899 in Mass. Foro It. 1978, 173.

Per la dottrina si rimanda, anche per ulteriori riferimenti, al Commentario del MAFFEI ALBERTI cit. pag. 134 ss.

(21) Per tutti si veda ancora MAFFEI ALBERTI « Commentario breve alla L. Fall. - Padova 1986 pag. 295 ss.

(22) Sul punto, vedi, tra gli altri, PAJARDI « Manuale di diritto fallimentare » Milano 1986, pag. 313 ss.

Il principio de quo ha, evidentemente, portata generale e carattere inderogabile e la sua violazione è senz'altro suscettibile di inficiare di nullità — assoluta, riteniamo — ogni atto effettuato in contrasto con lo stesso.

Tale soluzione si ricava sulla scorta della considerazione che, a prescindere dalla proposizione o meno, da parte del curatore, dell'opposizione all'esecuzione, l'impignorabilità dei beni facenti parte della massa fallimentare può (e deve) essere rilevata d'ufficio dallo stesso giudice dell'esecuzione, il quale ha l'onere, sulla base di una interpretazione estensiva del dettato dell'art. 8 L. Fall., di riferirne al giudice delegato al fallimento (23).

Sarà quest'ultimo che provvederà a fornire, in tali casi, idonee indicazioni al curatore affinché questi assoggetti ad apposizione dei sigilli i beni pignorati in violazione dell'art. 51 L. Fall.

Per ciò che concerne specificamente, poi, i rapporti tra la misura cautelare e la disciplina testé esaminata, appare oltremodo opportuno sottolineare che l'art. 51 non deve ritenersi applicabile al solo sequestro conservativo nel momento in cui lo stesso risulta essere già stato convertito in pignoramento ex art. 686 c.p.c. in una fase anteriore alla dichiarazione di fallimento, ma altresì al sequestro che non sia ancora stato convertito al tempo della emanazione della sentenza dichiarativa del fallimento.

La « *ratio* » della inammissibilità di decreti autorizzativi di misure cautelari sui beni già compresi nella massa attiva fallimentare e della improcedibilità di cause di merito e di convalida di sequestri già autorizzati, deriva dal fatto che il divieto di cui all'art. 51 cit., finalizzato, invero, a cadere su di una situazione finale quale il pignoramento, coinvolge, a fortiori, la fase cautelare, la quale le è preparatoria e strumentale.

Peraltro va rilevato che la proposizione di una domanda di insinuazione nello stato passivo, ex art. 52 L. Fall., rendendo improcedibile la causa di merito, impedisce che questa sfoci in una sentenza esecutiva di condanna, mancando la quale non sarà nep-

(23) In tal senso si veda, per tutte, Cass. Civ. 19.4.83 n. 2672 in Mass. Foro It. 1983, 555 ss.

pure ipotizzabile la conversione del sequestro in pignoramento ex art. 686 c.p.c. (24).

Sarebbe tuttavia restrittivo e senz'altro non corretto ritenere che i profili della normativa fallimentare testè evidenziati, con particolare riferimento al dettato del citato art. 51, siano suscettibili di fornire, in maniera esaustiva, la soluzione a tutte le complesse problematiche afferenti al controverso rapporto tra azioni esecutive individuali, tutela cautelare e fallimento.

Né il presente lavoro potrebbe, verosimilmente, avere la pretesa di fare ciò — tale e tanta è la complessità della materia trattata —.

Appare, tuttavia, quanto mai opportuno, già in questa sede, segnalare interessanti spunti di riflessione sui rapporti tra sequestro conservativo e fallimento, per ciò che concerne, soprattutto, l'esperibilità, da parte del curatore fallimentare, della scelta tra il rilievo dell'insequestrabilità dei beni, resi indisponibili dalla declaratoria di fallimento, nei cui confronti siano pendenti, successivamente all'emanazione della sentenza dichiarativa del fallimento stesso, giudizi di merito e/o di convalida, ovvero il subingresso nella posizione processuale del creditore sequestrante.

Seppure la prima soluzione possa apparire quella più correttamente procedibile, varrà ugualmente la pena di spendere qualche parola circa l'esperibilità della seconda, che potrebbe anche verosimilmente giustificarsi con l'esigenza, da parte della curatela, di approntare più specifiche tutele per la salvaguardia della massa fallimentare.

In relazione alla procedibilità di tale soluzione si deve tuttavia propendere per la negativa ove si considerino le oggettive (ed insormontabili) difficoltà che si avrebbero nel prevedere il subingresso del curatore nella posizione processuale del creditore sequestrante, promotore della causa di convalida e per il merito, in considerazione, innanzitutto, del fatto che il deposito, da parte del soggetto

(24) Sul punto, si veda per tutti SATTA «Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare» in Riv. trim. dir. e proc. civ. 1966, pag. 173 ss. E ancora, PROVINCIALI, «Manuale di dir. fallimentare» Milano 1962 pag. 713 ss. e pag. 758 ss.

sostituito, della domanda di ammissione al passivo renderebbe improcedibile, *ex abrupto*, la causa di merito.

Parimenti, qualora il curatore optasse per il cennato subingresso, si verificherebbe, per quanto attiene il giudizio di convalida, una inconcepibile (ed incompatibile) sovrapposizione delle figure del sequestrante con quella del convenuto sequestrato, atteso il venir meno della capacità di stare in giudizio del fallito, privato, per ciò stesso, della legittimazione processuale (25).

Integrato, con le considerazioni che precedono, il tema trattato, resteranno ancora da esaminare, per concludere, gli effetti che si verranno a creare nell'ipotesi di conversione del sequestro conservativo immobiliare, autorizzato ed eseguito anteriormente alla dichiarazione di fallimento del sequestrato.

Va subito ricordato che tale ipotesi diverge notevolmente dal caso in cui si verifichi il pignoramento in un momento anteriore alla declaratoria di fallimento poiché è evidente che, nella fattispecie del sequestro, oltre a prodursi effetti sostanziali e processuali simili a quelli del pignoramento, si verranno a cumulare anche quegli specifici effetti che l'art. 2906 cod. civ. fa risalire, per il solo creditore sequestrante, all'epoca in cui viene eseguita la misura cautelare (26).

(25) Così ANDRIOLI, Voce Fallimento, in *Enciclopedia del diritto* Vol. XVI pag. 281.

(26) In tal senso, ancora ANDRIOLI op. e loc. cit.

6.d) Sempre nell'ambito dell'analisi dei rapporti intercorrenti tra tutela cautelare e procedure concorsuali si inquadra la problematica relativa all'esperibilità del sequestro, non già conservativo bensì giudiziario, dopo che sia intervenuta sentenza dichiarativa di fallimento.

Bisogna subito premettere che, ferme restando molte delle considerazioni generali esposte in tema di tutela cautelare nella prima parte del precedente paragrafo (e la cui validità, *mutatis mutandis*, potrebbe agevolmente essere estesa anche al tema trattato), qui si versa in una ipotesi ben distinta da quella esaminata in precedenza, attesa la sostanziale differenza esistente tra le due misure cautelari e le loro ben distinte peculiarità.

C'è da chiedersi, innanzitutto, se anche nel processo fallimentare, strutturato in guisa tale da assicurare e garantire al massimo l'esigenza di celerità del giudizio, trovi una specifica connotazione, e sia suscettibile di avere un ambito di applicazione, il mezzo cautelare trattato.

Se cioè, malgrado la struttura della procedura concorsuale sia specificamente preordinata al fine di salvaguardare e promuovere quelle condizioni necessarie a garantire la speditezza del giudizio, possano in concreto configurarsi situazioni nelle quali la piena tutela dei diritti ed il buon andamento della procedura postulino forme di intervento immediato, esperibili solo attraverso il ricorso al mezzo cautelare (1).

Non v'è dubbio che la risposta a tale quesito possa essere solamente affermativa.

Pertanto, se sulla scorta delle argomentazioni diffusamente svolte nelle pagine che precedono, l'ipotetica configurabilità di un seque-

(1) Sul punto si veda, in giurisprudenza, la già citata sentenza della Cass. Civ. 19.4.82.

In dottrina si veda per tutti SAMORÌ « Misure urgenti e procedure cautelari del giudice delegato » in Riv. trim. dir. e proc. civ. 1986, pag. 69 ss.

stro conservativo in costanza di fallimento parrebbe prestare il fianco a serie e fondate critiche, non altrettanto si potrà dire riguardo al sequestro giudiziario.

Invero, ove si proceda a sceverare la diversa struttura dei due mezzi cautelari, appare oltremodo evidente la compatibilità del sequestro giudiziario con la disciplina del fallimento.

Prova inconfutabile di tale assunto è, ad esempio, l'assenza, in quest'ultimo tipo di sequestro, della « cerniera » della conversione di cui l'art. 686 c.p.c. si giova per segnare il trapasso, senza apparente soluzione di continuità, dal sequestro conservativo alla eventuale esecuzione forzata non appena il sequestrante abbia ottenuto la sentenza esecutiva di convalida.

Cosa ben diversa da quanto avviene nel caso di sequestro giudiziario che, proprio per tale motivo, si pone in una prospettiva affatto differente rispetto alla procedura concorsuale esaminata.

Va inoltre sottolineato, sempre a sostegno degli assunti di cui sopra, che un attento esame della legge fallimentare porta senz'ombra di dubbio ad escludere che vi siano disposizioni che inibiscono l'esperibilità di azioni volte ad accertare a chi faccia capo la proprietà dei singoli beni compresi nella massa fallimentare.

Né vi è alcuna norma che esclude l'eventuale opportunità, ricorrendo certi presupposti, di custodire beni che la declaratoria di fallimento ha reso indisponibili, onde sottrarli, almeno in via provvisoria ed interinale, alla liquidazione che viceversa il curatore andrebbe ad operare.

Un'altra argomentazione che può senz'altro muoversi a sostegno delle teorie proposte va utilmente ricavata dalla lettura dell'art. 103 L. Fall., laddove viene prevista la possibilità di rivendicare cose mobili possedute dal fallito nel momento in cui il Tribunale ha pronunciato la sentenza dichiarativa di fallimento, ovvero di chiederne la separazione o, ancora, la restituzione.

È assai frequente nella pratica forense, che, nel caso di specie, il giudice delegato, sentito il parere negativo del curatore, respinga le istanze del rivendicante il quale, ove persista nel proprio convincimento e nella propria intenzione di riottenere la materiale disponibilità del bene, sarà costretto a promuovere, avanti il Tribunale fallimentare, un giudizio nei confronti della curatela affinché questa venga condannata alla predetta restituzione.

Ovvio che, nelle more del giudizio, il curatore fallimentare, che

ha la facoltà, sia pure in pendenza del procedimento, di alienare ugualmente i beni oggetto di contesa, non potrebbe essere inibito in alcun modo se non attraverso il provvidenziale esperimento del sequestro giudiziario da parte del rivendicante che, viceversa, correrebbe seri rischi di veder svanire nel nulla il proprio diritto su un bene che, pur di sua proprietà, si trova in possesso del fallito.

L'esperibilità del rimerio garantito dal mezzo cautelare non contrasta certo, né fa venir meno, la « *par condicio creditorum* » che il fallimento massimamente tutela e che sarebbe invece incompatibile con l'altro tipo di sequestro, quello conservativo. Ciò ove si consideri che fanno parte della massa attiva da ripartire, secondo le cause legittime di prelazione ex art. 2751 e segg. cod. civ., unicamente beni su cui il fallito possa vantare un diritto di proprietà.

D'altra parte una certa analogia con la disciplina trattata si evince altresì dalla lettura dell'art. 25 L. Fall., laddove viene attribuita, al giudice delegato, la facoltà di emanare provvedimenti finalizzati in via urgente alla conservazione del patrimonio, a garanzia e tutela di una esigenza che non appare poi molto dissimile dalla *ratio* ispiratrice del sequestro giudiziario (2).

Sulla scorta delle argomentazioni testé svolte, che fanno inequivocabilmente propendere nel senso di considerare perfettamente compatibile la disciplina del fallimento con il profilo della tutela cautelare di cui si è trattato, sarà ora opportuno esaminare alcune questioni afferenti a certe peculiarità che sotto il profilo squisitamente pratico il mezzo cautelare va assumendo quando si rende necessario il suo esperimento in presenza di fallimento.

Viene, anzitutto, in rilievo il problema di chi sia, in concreto, il giudice competente ad autorizzare il richiesto provvedimento.

La risposta dovrebbe essere agevole ove si consideri il disposto dell'art. 24 L. Fall. che, pur nel suo tenore letterale, attribuisce al Tribunale fallimentare la competenza — per materia — a conoscere di tutte le azioni relative alle procedure concorsuali e, segnatamente, al fallimento dopo che questo è stato dichiarato.

(2) Sul tema si veda COLESANTI « Sequestro ex officio da parte del Giudice delegato (nota a Trib. Milano 15.4.76) in Riv. dir. proc., II, 1978, pag. 715 ss. E ancora MAZZOCCA « Sequestro giudiziario e fallimento: un contrasto irrisolto (nota Trib. Napoli 29.5.80 - in Riv. dir. fallimentare e delle società commerciali 1981 pag. 113).

Pertanto, si deve concludere nel senso di ritenere competente ad autorizzare sequestri giudiziari aventi ad oggetto i beni compresi nella massa fallimentare il solo Tribunale fallimentare (nella persona del Presidente, in particolare): organo giudicante, questo, al quale dovrà pertanto essere rivolta la relativa istanza sia che il mezzo cautelare venga richiesto « *ante causam* », sia che l'istanza venga presentata in corso di causa.

In ciò non si evidenziano significative differenze con la procedura ordinaria dettata dall'art. 670 e ss. c.p.c. la cui piena compatibilità con quella concorsuale appare, a questo punto, oltremodo evidente.

Va infine ricordato, quale ulteriore profilo peculiare della procedura esaminata, che nel caso di specie, custode e gestore temporaneo delle cose assoggettate al vincolo del sequestro non potrà essere che il curatore fallimentare che già *prima facie* appare come il soggetto più idoneo a garantire e curare la conservazione di tali beni.

7.e) Un altro interessante profilo della misura cautelare trattata è quello che riguarda l'applicabilità della stessa a quella realtà economica prevista e disciplinata dal diritto sostanziale che è rappresentata dal concetto di azienda, complesso di beni caratterizzante il momento oggettivo dell'attività economica di impresa.

L'interesse e l'originalità del tema trattato sono ovviamente rappresentati dai rapporti che intercorrono tra la disciplina processuale del sequestro giudiziario e quella sostanziale che configura e regola la struttura dell'azienda con particolare riguardo ai rapporti intercorrenti tra la tutela cautelare di cui il primo è espressione e la complessa problematica connessa con il secondo concetto (1).

È infatti oltremodo evidente che il termine « azienda » involge una eterogeneità di elementi — quelli, appunto, dai quali la stessa è costituita — che comporta una serie di problemi di natura interpretativa ed applicativa ove si consideri la disciplina giuridica alla quale sono assoggettati i singoli beni ad essa aggregati, che vengono in questo caso presi in considerazione sotto il profilo dell'unitarietà della loro destinazione economica (2).

(1) È doveroso ricordare come il tema del sequestro d'azienda sia stato invero piuttosto trascurato dalla dottrina — soprattutto da quella processuale — essendo risultato materia di particolare interesse soprattutto per gli studiosi di diritto commerciale. Si veda, al riguardo, Provinciali « Il sequestro d'azienda » Napoli 1959, pag. 9 che osserva come al tema in questione sia stato dedicato solo qualche breve cenno da CONIGLIO (« Il sequestro giudiziario e conservativo » Milano 1949) e da FERRARA F. J. « La teoria giuridica dell'azienda » Firenze 1949).

Si segnala altresì che il profilo in questione era precedentemente stato trattato anche dal VENDITTI (« Il sequestro dell'azienda commerciale » in Giur. It. 1927 I, 2, 81) il quale, nello scritto richiamato, aveva appunto ritenuto di dolersi dello scarso interesse dei processualisti in materia.

(2) Sul concetto di azienda considerata come universalità di beni organizzati ed unificati in vista di un preciso scopo economico si veda, per tutti, IANNELLI, « L'impresa », in Giur. Sistematica di Dir. Civ. e Comm., Torino 1987, pag. 12 e ss. e pag. 20. Per un'ampia disamina in giurisprudenza vedansi Cass. Civ. 22.1.83 n. 623 in Foro It. 1984, I, 543; Cass. Civ. 22.3.80 n. 1939 in Giust. Civ., Rep. 55 e, più recentemente: Trib. Ascoli Piceno 31.10.1985 in Giur. Merito 1986; Cass. Civ. 10.6.1987 n. 5068, in Giust. Civ. Mass. 1987.

Si prenderà dunque in esame, in prosieguo, l'esperibilità del mezzo cautelare — di cui ci si occupa — al caso di specie, tenuto conto del fatto che questo, relativamente al « thema » analizzato, non avrà più ad oggetto singoli beni mobili come tali considerati bensì un eterogeneo complesso di elementi che, unitariamente aggregati in una struttura dinamica, postulano interventi atti a salvaguardarne non soltanto la conservazione bensì la gestione stessa, finalizzata alle esigenze produttive proprie dell'azienda.

Gioverà a tal proposito, ai fini di un corretto approccio con la tematica trattata, premettere succintamente brevi cenni volti ad evidenziare quegli aspetti sostanziali della disciplina dell'azienda che siano suscettibili di possedere specifico rilievo nella individuazione dei rapporti tra il mezzo cautelare esaminato e le finalità alle quali esso assolve quando viene autorizzato sui beni facenti parte del complesso aziendale.

Il concetto che si ricava dall'art. 2555 del codice civile, — che definisce l'azienda come il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa — è quello di una « universitas rerum » che comprende beni materiali ed immateriali, funzionalmente organizzati in un complesso unitario e globalmente preordinati al conseguimento di un unico fine, che è appunto quello della produzione e/o dello scambio di beni e servizi caratterizzanti l'attività dell'imprenditore.

Non è neppure il caso, dunque, di soffermarsi sulla nota « querelle » sorta tra i sostenitori della teoria dell'azienda come complesso di beni distinti da considerarsi sotto il profilo atomistico e quelli che propendono per una definizione dell'azienda intesa come « universitas », potendosi senza ombra di dubbio aderire alla seconda soluzione ove si consideri che non può interpretarsi alcuna realtà aziendale — né dal punto di vista giuridico né, soprattutto, da quello economico — avulsa dal concetto di convivenza e di aggregazione in un contesto unitario di una pluralità di beni e rapporti giuridici che solo attraverso l'« universitas » possono giustificarsi (3).

(3) Va segnalato, al riguardo, che in dottrina si registrano due distinte teorie: la prima — che appare riscuotere il maggior numero di consensi — sostiene che l'azienda deve essere considerata come oggetto di un particolare diritto, da parte

Beni il cui « motivo coagulante » è rappresentato dalla organizzazione, ossia dalla loro utilizzazione unitaria e coordinata al fine dell'esercizio dell'attività economica imprenditoriale.

Tale attività imprenditoriale, dunque, viene realizzata attraverso la combinazione, l'utilizzazione ed il coordinamento di questi beni in funzione di un determinato scopo avente sempre una finalità produttiva.

È proprio per tale motivo che il diritto positivo riconosce natura di universalità a quell'eterogeneo complesso di elementi che formano l'azienda i quali, pur consistendo in un aggregato di beni caratterizzati certamente dalla loro individualità, subiscono una unificazione in conseguenza della loro destinazione comune e, come tali, vengono sottoposti ad un trattamento giuridico unitario proprio perché la pluralità effettiva dei componenti non può essere presa in considerazione se non sotto il profilo globale.

Tale impostazione non trova ostacolo neppure nel rilievo che il complesso aziendale si presenta necessariamente come eterogeneo, sia per quanto attiene alla natura dei beni che lo costituiscono sia per quanto riguarda gli elementi che lo compongono, tra i quali rileveranno, ovviamente, anche i diritti (4).

del suo titolare, autonomo e, comunque, distinto dai diritti sui singoli beni che la compongono: tale opinione — che, ribadiamo, deve considerarsi prevalente — propone un concetto « unitario » dell'azienda e si contrappone alla teoria c.d. « atomistica » secondo la quale, invece, la pluralità degli elementi che costituiscono il complesso aziendale dovrebbe, in ogni caso, essere presa in considerazione in quanto tale.

Si segnalano, tra i fautori della prima teoria, PROVINCIALI (op. cit. pag. 11 e ss.) e FERRI (« Manuale di diritto commerciale » Torino 1986, pag. 41).

Sostengono, invece, la teoria atomistica, tra gli altri: AULETTA (« Elementi di diritto commerciale » Milano 1955) e FERRARI (Voce « Azienda » in Enc. del dir., IV, Milano, 1959 pag. 698).

(4) Anche a tale proposito si segnala una difformità di opinioni in dottrina: secondo alcuni Autori, infatti, l'azienda dovrebbe essere considerata una *universitas facti* (In tal senso: TOMMASINI « Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti », Torino 1967, pag. 74 e ss.). Tale orientamento trova, altresì, conforto in alcune sentenze della S.C. (vedasi, per tutte, Cass. Civ. n. 3723/81).

Per contro, si registra una diversa opinione, secondo la quale l'azienda rilevarebbe esclusivamente come *universitas juris* (Così TRABUCCHI « Istituzioni di diritto civile », Milano 1987, pag. 402). Anche con riferimento a tale teoria si segnala un conforme orientamento giurisprudenziale (vedasi, per tutte, Cass. Civ. n. 1789/81).

Tra tali elementi è infatti agevole distinguere, sia pure in un rapporto di stretta commistione tra loro, cose corporali, merci, impianti; cose incorporali, quali la ditta, l'insegna, il marchio, i brevetti.

E, ancora, rapporti giuridici, come quelli di lavoro subordinato che intercorrono con i dipendenti, rapporti giuridici con la clientela, con i fornitori e, conseguentemente, le obbligazioni da questi nascenti, rappresentate da crediti e debiti.

È ovvio, dunque, per tornare al tema trattato, che ove tali elementi dovessero essere singolarmente considerati, sorgerebbe, rispetto a ciascuno, il problema della concreta sequestrabilità dello stesso e quello, conseguente, relativo all'attuazione della misura cautelare nonché alle forme da impiegarsi per la sua realizzazione.

Si tratta di un ostacolo, tuttavia, suscettibile di essere agevolmente eluso proprio perché, sulla scorta delle considerazioni che precedono, oggetto del sequestro non potranno considerarsi singoli elementi dell'azienda ma l'azienda stessa, nel suo complesso concepita — come sopra si diceva — come universalità.

Ne consegue che ogni problematica relativa alla concessione e all'esecuzione del sequestro stesso dei singoli elementi viene sostituita ed assorbita dall'unica « quaestio » rappresentata dalla configurabilità del sequestro dell'azienda e della sua eseguibilità sul « quid » unitario da questa costituito (5).

Soccorre, a tal proposito, la più ampia formulazione adottata dall'art. 670 c.p.c. rispetto a quella di cui parla l'art. 816 del codice civile quando definisce universalità di mobili quella pluralità di cose

Quest'ultima opinione — che deve ritenersi prevalente — è seguita anche da Provinciali (op. cit. pag. 16 e ss.) secondo il quale « L'azienda è una *universitas juris* caratterizzata dal coordinamento di « cose », materiali ed immateriali, con il complesso di rapporti giuridici che qualificano l'universalità ».

Secondo un'altra opinione ancora, l'azienda sarebbe un « bene immateriale », oggetto di diritto di proprietà o comunque assoluto da parte del suo titolare: in tal senso vedasi, per tutti, FERRARA « Teoria giuridica dell'azienda », Firenze 1951, pag. 119.

(5) In questo senso, PROVINCIALI, op. cit. pag. 49. Al riguardo l'Autore sostiene che « l'elemento decisivo nel vincolo che si riflette sui singoli elementi (che compongono l'azienda) è la loro organica appartenenza al complesso, sull'unitarietà del quale ricade il sequestro. Colpita l'unità, si intendono con ciò appresi anche gli elementi componenti ».

che appartengono alla stessa persona ed hanno destinazione unitaria, ma che tuttavia formano oggetto di separati atti e rapporti giuridici.

La citata norma del codice di rito, infatti, parla di « universalità di beni » proprio in considerazione del fatto che dell'azienda possono far parte anche immobili o altri beni soggetti, per taluni effetti — quali ad esempio il trasferimento, l'alienazione, la trascrizione — al regime dei beni immobili o ad un regime comunque diverso da quello dei beni mobili.

Proprio per il fatto che l'unità economica, pacificamente riconosciuta all'azienda per le considerazioni che precedono, si trasforma, in buona sostanza, nella sua unità giuridica, è agevole ritenere che la stessa, e non i singoli beni che ne fanno parte, sia suscettibile di essere fatta oggetto di sequestro e di esecuzione forzata proprio in considerazione del carattere di universalità che essa possiede (6).

Inoltre, proprio in quanto nucleo derivante dalla compenetrazione dei concetti di unità economica e di unità giuridica, essa rappresenta un aspetto specifico del patrimonio del debitore sul quale cade la garanzia generica verso i creditori che viene affermata dagli artt. 2740 e 2741 del codice civile, la quale appunto trova nell'azienda la maggior cautela per un migliore soddisfacimento di ogni pretesa creditoria piuttosto che non sui singoli componenti l'azienda considerati nella loro individualità.

Svolta la premessa che precede e chiariti quali siano i presupposti sulla scorta dei quali l'indagine dovrà essere condotta, posto che un costante orientamento giurisprudenziale ha sempre ritenuto l'ammissibilità del sequestro giudiziario di azienda (7), sarà opportuno chiarire quali siano i problemi pratici e quali le finalità che l'esperimento della misura cautelare trattata configura in concreto.

Si deve, in proposito, preliminarmente evidenziare come il

(6) In tal senso, PROVINCIALI, op. e loc. cit.

(7) In tal senso si vedano: Cass. Civ. Sez. Un., 17.1.86 n. 274, in Foro It. 1986, I, 1910; Cass. Civ. Sez. Un., 15.11.1985, n. 5596, in Giust. Civ. Mass. 85, fasc. 11; Cass. Civ. Sez. III, 9.6.1981 n. 3723, in Giust. Civ. Mass. 81, fasc. 6; Cass. Civ. Sez. Un. 17.1.1986, n. 275 in Foro It. 1986, fasc. 1; Cass. Civ. Sez. Lav. 26.11.1985, n. 1653, in Giust. Civ. Mass. 85, fasc. 2; Cass. Civ. Sez. Lav. 2.11.1985 n. 708, in Giust. Civ. Mass. 85, fasc. 2. Infine, più recentemente, App. Roma 27.8.1990, in Foro It. 90, I, 2945.

sequestro giudiziario di beni abbia, in prevalenza, un carattere « statico » atteso che lo stesso mira principalmente alla custodia di tali beni e solo in via subordinata ed eventuale alla loro gestione temporanea limitata alle incombenze di natura, per così dire, « amministrativa » che sono connesse con l'esigenza della loro conservazione (8).

Il sequestro che cade, invece, sull'azienda ne coinvolge in realtà tutta l'organizzazione ed assolve, oltre che all'originaria funzione di custodia, anche a quella — che diviene nel caso di specie preminente — di assicurare la produttività dell'« organismo vivo », (in quanto considerato sotto il profilo dinamico) rappresentato dal patrimonio aziendale. Ciò senza venire meno alla primaria attitudine, che resta sempre quella della conservazione da intendersi, tuttavia, sotto questo profilo, come salvaguardia dell'efficienza dell'attitudine produttiva della « universitas » di cui fanno parte i beni sequestrati.

Ne deriva l'affermazione che il sequestro di azienda non può che avere un carattere dinamico.

Il che non esclude, peraltro — come sopra si diceva — che anche quando la misura cautelare trattata venga eseguita su beni aventi differenti qualità e proprietà, essa non assolve anche all'esigenza di amministrare — nei limiti fissati dal provvedimento e determinati dalla natura dell'oggetto sul quale viene a cadere il sequestro — le modalità della loro custodia. Chè certo anche il sequestro di un pacchetto azionario o di un fabbricato ad uso abitativo postula una costante ed ininterrotta amministrazione di tali beni.

In questi casi, tuttavia, il variare della natura dell'oggetto imporrà, di volta in volta, la predisposizione di atti amministrativi di diverso carattere ed intensità che siano pur sempre finalizzati alla prevalente esigenza della conservazione.

È proprio a tal riguardo, dunque, che è agevole cogliere uno

(8) Sul concetto di « staticità » e sullo scopo di « conservazione » del sequestro giudiziario si vedano, per tutte, Cass. Civ. Sez. III, 3.3.87 n. 2232 in *Giur. Agr.* 88, 235; Cass. Civ. Sez. III, 3.3.87 n. 2233 in *Giust. Civ. Mass.* 1987. E, ancora, Trib. Aosta 8.4.86 in *Giur. Merito* 88, 1044; Corte App. Milano, 26.10.1979, in *Giur. Comm.* 88, II, 745; Pret. Roma 12.3.88 in *Giur. Merito* 89, 10.

dei caratteri differenziali del sequestro di azienda, il quale postula anch'esso la necessità dell'amministrazione di una « universitas » di beni pur tuttavia caratterizzandosi e connotandosi in maniera diversa dalle fattispecie sopra riportate, ove si consideri che l'ufficio cautelare dovrà, nel caso di specie, svolgere veri e propri compiti di amministrazione e gestione del patrimonio aziendale (ad esempio proporre acquisti e vendite di materie prime e di prodotti, rinnovi di macchinari, oltre che semplicemente provvedere alla manutenzione degli stessi etc.). E ancora postulerà, la misura cautelare in oggetto, una continua gestione dei contratti d'impiego e di lavoro, che dovranno essere estinti o nuovamente stipulati.

Ne deriva, dunque, che l'esigenza di amministrare l'azienda sequestrata avrà carattere prevalente rispetto a quella — tipica del sequestro — rappresentata dall'attività di conservazione, sino al punto che quest'ultima si troverà intimamente compenetrata ed assorbita dalla prima.

Appare, pertanto, corretto sostenere che il sequestro d'azienda possa essere caratterizzato, da un lato, dal consueto scopo di conservazione in cui si identifica il provvedimento cautelare e, dall'altro, dalle specifiche esigenze di amministrazione dell'azienda che, come ogni organismo vivo, ha necessità di essere alimentato e trasformato.

Il custode dell'azienda sequestrata, dunque, non dovrà limitarsi alla conservazione della stessa in esercizio ma dovrà conservarne ed incrementarne la produttività, cioè a dire la potenziale redditività: il che devolve, ovviamente, all'ufficio cautelare tutto il sapiente gioco di accorgimenti in cui si concreta la direzione dell'azienda.

Si può ritenere, in buona sostanza, che proprio nella mediazione e compenetrazione tra le due distinte esigenze sopra evidenziate si concreti la specialità del sequestro giudiziario di azienda.

Peraltro va sottolineato, per doverosa completezza, come il concetto di « organizzazione allo stato dinamico » del patrimonio aziendale — che in queste pagine si è voluto evidenziare — non sia un aspetto dell'azienda suscettibile di rilevare esclusivamente ai fini della tutela cautelare, avendo tale caratteristica estremo rilievo anche in relazione ad altre procedure — come quelle concorsuali od esecutive — ovvero a particolari istituti — quali ad esempio

l'usufrutto — che abbiano ad oggetto l'azienda in quanto tale (9).

Un ulteriore aspetto merita di essere trattato: quello della fungibilità dei beni che compongono l'universitas aziendale, i quali possono trasformarsi durante il processo produttivo, senza che tuttavia ne venga meno la « destinazione » unitaria.

Sotto questo profilo va rilevato che la continua trasformazione « biologica » dell'azienda non solo non ne intacca la unitarietà giuridica ma è anzi uno dei presupposti e dei caratteri tipici del trattamento che l'istituto riceve dalla legge.

Un carattere talmente connaturato nel concetto di azienda, da non poter venire meno neppure nel caso di esecuzione della misura cautelare, la quale dovrà sempre, fino a quando permane la sua efficacia, tenere conto di questa continua possibilità di trasformazione del patrimonio aziendale in contrasto con quella di conservazione e, quindi, di « cristallizzazione » della situazione in cui si trovano i beni sottoposti al vincolo cautelare.

È infatti evidente che, se nel corso della fase attuativa ed esecutiva del provvedimento, queste caratteristiche di fungibilità degli elementi aziendali venissero meno, verrebbe meno, conseguentemente, anche l'organismo vivo ed operante, concepito come un « quid » unitario, che compone l'azienda stessa ed il sequestro non potrebbe più essere validamente eseguito su di essa poiché residuerebbero solamente i singoli elementi che la compongono, individualmente considerati (10).

(9) A tal proposito, PROVINCIALI (op. cit. pag. 103 e ss.) ha sottolineato come « nel sequestro d'azienda sono in contrasto, come due forze opposte (ma non inconciliabili tra loro), da un lato il concetto e lo scopo di conservazione in cui si identifica il provvedimento di sequestro e, dall'altro, le esigenze specifiche dell'azienda, che, come ogni organismo vivo, involge necessità di alimentazione e trasformazione, legate alla sua stessa esistenza. Nella mediazione tra siffatte due opposte esigenze si concreta la specialità di questo sequestro ».

(10) Si pensi, ad esempio, all'esperibilità della misura cautelare trattata nel caso in cui l'azienda sia cessata, ovvero alla permanenza del vincolo cautelare — già esistente — in siffatta ipotesi. Appare, invero, evidente come il sequestro d'azienda non possa essere autorizzato nel caso di specie, come insegna un costante orientamento della S. C.

Al riguardo, infatti, si è ritenuto (v. Cass. Civ. Sez. III, 9.6.1981 n. 3723) che, « poiché l'azienda è un complesso di beni e servizi (capitale fisso e circolante, lavoro) unificati dall'unitaria destinazione produttiva, in funzione della quale sono

Un ultimo profilo dell'argomento trattato deve, infine, essere evidenziato traendo spunto dalla formulazione dell'art. 670 c.p.c. il quale prevede, quali presupposti necessari per la concessione del sequestro giudiziario, l'esistenza di una controversia sul possesso o sulla proprietà di determinati beni e l'opportunità di provvedere alla loro custodia e gestione temporanea.

Con riferimento a tali presupposti, si dovrà senz'altro rilevare che, nell'ipotesi di sequestro di azienda, essi sono perfettamente complementari: sarà infatti assai improbabile che si possa verificare il caso in cui, insorta una controversia sulla proprietà o sul possesso dell'azienda, non ne derivi automaticamente la necessità di disporne la custodia e la gestione temporanea, assistite dalla garanzia che solo la misura cautelare in oggetto può assicurare.

Infatti il fine della conservazione, nella sua integrità economica, dell'azienda e la valutazione del grave pregiudizio che essa subirebbe ove venisse meno l'efficienza ed il valore commerciale dei singoli elementi che ne costituiscono il patrimonio, sono senza dubbio i motivi principali che determinano la necessità del ricorso alla tutela cautelare.

Non solo, ma rileveranno, a tal proposito — e determineranno anch'essi l'urgenza che giustifica il ricorso al mezzo cautelare di cui trattasi — anche i timori dell'eventuale possibilità di sottrazione o deterioramento di determinati beni: timori che potranno legittimare l'esigenza di una straordinaria custodia e gestione del patrimonio aziendale nel momento in cui dovesse insorgere controversia sulla proprietà o sul possesso dello stesso (11).

A compendio dell'argomento trattato (e per voler sintetizzare in un'unica affermazione le risultanze dell'indagine che ha evidenziato — sia pure senza ambizioni di completezza — la specialità della misura cautelare in questione quando questa venga autoriz-

organizzati e coordinati dall'imprenditore, essa cessa di esistere quando i vari elementi siano stati dispersi, assumendo i singoli beni destinazioni diverse (nella specie, per la chiusura dell'esercizio di vendita, la rimozione delle merci e delle attrezzature e la restituzione al proprietario del locale). Con la conseguenza che, in tale situazione non è configurabile una misura cautelare sull'azienda stessa, ormai cessata di esistere »

(11) Così PROVINCIALI op. cit. pag. 100 e ss.

zato sul patrimonio aziendale) si potrà dunque sostenere che tra il sequestro giudiziario di azienda e quello di altri beni, vi è la stessa differenza che intercorre tra il concetto di conservazione e quello di gestione dei beni stessi.

Urbino, settembre 1990

CARLO DI LORETO

ANDAMENTO DEMOGRAFICO
E SUE INTERCONNESSIONI DI UNA MICROREALTA
STORICA: LA CITTA DI PESARO NEL 1600

SOMMARIO: Introduzione. — La comunità di Pesaro nel secolo XVII. — Popolazione e società. — Andamento demografico della città. — Conclusione.

INTRODUZIONE

Il regime demografico in atto durante i secoli che vanno dalla antichità classica fino alla seconda metà del Settecento è caratterizzato da una disponibilità limitata dei mezzi di sussistenza e la vita e la sopravvivenza della popolazione è molto influenzata da carestie nella produzione dei raccolti oltre che da cattiva difesa igienico-sanitaria, di lavoro, abitazione, alimentazione.

Ciò causa il diffondersi di malattie tra cui quelle infettive che in forma epidemica causano periodicamente moltissime vittime. A questo poi si devono aggiungere guerre e saccheggi dovuti al passaggio degli eserciti che non aiutano certo a migliorare la situazione.

Appare chiaro quindi come l'equilibrio demografico sia molto precario e lo sviluppo della popolazione avvenga in forma molto lenta o addirittura sia in declino. Basti pensare che verso il 1500 la popolazione europea eguagliava appena le dimensioni che aveva già raggiunto negli anni della massima potenza dell'impero romano.

Il mancato sviluppo della popolazione non è dovuto ad una carenza di capacità riproduttiva (studi parlano di un saggio annuo del 40 per mille), ma è determinato dall'alto livello della mortalità specialmente infantile; le fonti a noi pervenute dimostrano che su 100 nati 25 morivano entro il primo anno di vita, mentre la speranza di vita alla nascita oscillava tra i venti e i venticinque anni.

K.P. Beloch è stato il punto di partenza a cui si richiamano tutte le indagini storico demografiche per la ricostruzione della popolazione italiana ed europea dall'epoca classica all'era moderna. L'analisi dei dati porta ad individuare delle linee di tendenza: in Italia e in Europa gli inizi del III secolo vedono il momento di massima espansione della popolazione romana; la fase di declino, iniziata

presumibilmente dopo il regno di Caracalla, si protrae per cinque secoli fino al 700 d.C. con gli abitanti ridotti in Italia a 4 milioni, meno della metà della popolazione esistente all'inizio del III secolo. Questa tendenza demografica riflette chiaramente il graduale processo di disgregazione dell'assetto politico, economico e sociale preesistente. Solo intorno al mille si avrà un aumento della popolazione che si prolungherà per circa tre secoli grazie all'espansione delle superfici coltivate e relativo aumento della produzione connesso allo sviluppo dei centri urbani.

Il Beloch valuta in 11 milioni la popolazione italiana del secolo XIII con un saggio di sviluppo del 2,6 per mille, anche se bisogna precisare che l'aumento di popolazione interessa prevalentemente le regioni settentrionali e centrali della penisola.

Nel secolo XIV c'è invece una inversione di tendenza dovuto alla inadeguatezza dell'agricoltura del tempo di soddisfare la crescente domanda, al verificarsi di carestie, alla peste bubbonica (anche se questa può essere considerata più che una causa una conseguenza della crisi economica e si diffonde proprio grazie alle condizioni generali di sottoalimentazione). In Italia la diminuzione degli abitanti attorno al 1400 è dell'ordine del 30 per cento.

Nel periodo storico che va dalla metà del secolo XV alla fine del cinquecento si può parlare di crescita progressiva della popolazione italiana: nel 1550 Beloch attribuisce all'Italia 11,6 milioni di abitanti mentre nel 1600 13,3 milioni con una variazione percentuale del +14,5. Questo però porta ad una crescente domanda di mezzi di sussistenza e i limitati progressi di aumento di produttività dell'agricoltura si rivelano ancora una volta insufficienti; carestie, epidemie e guerre, soprattutto la guerra dei trent'anni, portano durante la prima metà del seicento ad una diminuzione dei ritmi di sviluppo che avevano determinato la crescita della popolazione durante i due secoli precedenti.

Gli anni finali del secolo XVI e inizi del secolo XVII sono ancora un buon periodo di vitalità per l'economia italiana, soprattutto nelle città. Ben presto ecco la recessione e la crisi di fondo che investono tutti i settori sui quali si era sostenuto lo sviluppo economico del cinquecento: decadenza delle città marinare, trionfo delle rotte atlantiche del grande commercio su quelle mediterranee, affermazione europea di stati territoriali con potenza superiore a quella degli stati italiani, riforma protestante dilagante in mezza Europa,

crisi delle campagne, caduta dei prezzi dei manufatti e dei prodotti dell'agricoltura...

Il tutto porta ad una inversione di tendenza che si trasforma per effetto della peste del 1630 in vero e proprio crollo demografico con tali perdite che occorrerà tutta la seconda metà dei Seicento per recuperarle. Verso il 1650 la popolazione era ridotta a 11,5 milioni rispetto ai 13,4 milioni esistenti all'inizio del secolo e risale a 13,4 milioni attorno al 1700. Le regioni settentrionali coinvolte direttamente nella guerra dei trent'anni e colpite dalla peste del 1630 perdettero oltre un quinto della popolazione mentre i restanti territori della penisola perdettero il 10 per cento. Nei successivi cinquant'anni la ripresa fu particolarmente rapida al nord mentre nelle regioni peninsulari l'incremento fu assai più modesto (+8,8).

Dopo questa breve analisi introduttiva passiamo ora a considerare l'aspetto più specifico di una Microrealtà storica, come la città di Pesaro nel corso del 1600, inquadrandone il suo sviluppo sociale e andamento demografico. Nel far questo terremo in debito conto la situazione politico-economica, le riforme igienico-sanitarie e tutte le interconnessioni che contribuiscono a far sì che a Pesaro non avvenne il calo demografico che fu invece tendenza generale del secolo XVII in Italia.

LA COMUNITÀ DI PESARO NEL SECOLO XVII

La comunità di Pesaro negli anni che precedono la devoluzione mantiene la continuità amministrativa col secolo precedente. Il duca Francesco Maria II lascia infatti in vigore gli Statuti emanando, solo in caso di necessità, degli editti tendenti per la maggior parte dei casi a regolare questioni spinose (come ad esempio gli editti del 15 luglio 1594, del 9 novembre 1599, del 18 agosto 1603, dell'8 ottobre 1610, dove si modernizza la procedura giuridica riguardante le liti (1) affrontando problemi scottanti quali quelli dei processi, che si dilungavano all'infinito senza giungere ad una sentenza definitiva; oppure vietando l'accettazione di regali e di uffici di favore nel tentativo di eliminare la corruzione (2).

Altre volte gli editti emessi dal duca tendono ad attenuare i criteri di carcerazione e di pene per donne e fanciulli esortando i giudici a non essere troppo solleciti alla carcerazione di questi.

Importante è anche il Bando del 28 settembre 1630, emesso dal Duca di Urbino (3), « per reprimere la temerità, e scellerataggine delle persone facinorose, e di malavita che.. ardissero di andare aggirando per i luoghi dello Stato, insidiando alla vita, all'Havere de nostri sudditi, infestando la pubblica tranquillità... ».

Questo bando condanna severamente tali persone e dà precise disposizioni a tutti i cittadini atti alle armi per la cattura e addirittura autorizzando gli abitanti ad ammazzare « senza incorso di pena alcuna quelle persone che di notte andassero alle loro case, con far

(1) F. UGOLINI, *Storia dei conti e studi d'Urbino*, Firenze 1859, vol. II, pag. 477.

(2) Legge 3.10.1593, *Constitutiones*, in F. UGOLINI, *op. cit.*, vol II, pag. 477.

(3) BIBLIOTECA OLIVERIANA DI PESARO, *Raccolta di bandi*.

violenza agli usci, finestri o tetti, volendo entrare per forza, qual licenza duri e s'osservi fino ad altro ordine nostro », riguardo a rapine, omicidi che si tentino fuori della città.

È evidente la preoccupazione per la dilagante insicurezza delle campagne e forse l'insufficienza delle disposizioni prese precedentemente.

Esaminando le disposizioni degli statuti della città di Pesaro, si può notare la tendenza del Consiglio a rendersi del tutto nobile ed ereditario « Tale il Consiglio rimase né vi furono portati per lungo volgere di anni notevoli cambiamenti, neanche dopo la devoluzione dello Stato, tranne che nel numero dei consiglieri il quale fu virtualmente sempre 100 ma di fatto ha dovuto essere talvolta anche meno » (4).

Il consolato era limitato alla classe alta della città, sia per antichità di famiglia, privilegio di dottorato o patente di capitano (5). Compito dei consoli era di vigilare e regolare tutte le cose della città e controllare il buon andamento dell'esazione dei dazi e delle altre entrate (6).

Il consiglio del 12 costituito dal consiglio generale era interpellato per ogni importante questione dai consoli, quindi con funzione di corpo consulente.

Non esiste una ripartizione dei poteri per l'amministrazione della giustizia che si concentra nei tre gradi di giurisdizione che sono podestà, vicario delle gabelle e luogotenente (7), senza però conflitti di competenza con altri ufficiali che potevano giudicare limitatamente alle loro funzioni pubbliche (ad esempio il capitano del porto giudicava le controversie portuali e fra gente di mare col vincolo però di sentire il parere del podestà quando applicava pene corporali gravi). Inoltre si parla di responsabilità personale del giudice, ponendo una limitata permanenza in Ufficio, e di sindacabilità del suo operato al termine dell'Ufficio stesso (8).

L'amministrazione di Pesaro si serve per la custodia della città, la sicurezza e l'ordine pubblico di un ufficio chiamato « ufficio

(4) G. VACCIA, *op. cit.*, pag. 30.

(5) G. VACCAL, *op. cit.*, pag. 38.

(6) G. VACCAL, *op. cit.*, pag. 44.

(7) G. VACCAL, *op. cit.*, pag. 57.

(8) G. VACCAL, *op. cit.*, pag. 233.

della bolletta »: « De officio et potestate emulamentis et obligationibus officialium custodie et bullectarum civitatis Pisauri » (9).

Tale ufficio si occupa di determinate persone: forestieri, meretrici, bari, osti, tavernari, etc. La custodia della città è affidata al socius miles del luogotenente che perlustra con i suoi dipendenti le vie della città durante la notte: a tale compito devono anche partecipare i singoli cittadini dai 24 ai 70 anni di età, scelti tramite un censimento compiuto ogni anno (10).

Altro importante ufficio è quello dei Gualdari « qui die noctuque discurrentes per certem Pisauri sint vigiles et intenti ad custodiendum ne danno fiant et damnum dantes accusentur » (11). L'incolumità della campagna e la protezione dei suoi prodotti sono considerati utili non solo per il proprietario ma anche per la collettività che quindi vi provvede. Fra l'altro i gualdari hanno il compito di provvedere alla conservazione e alla sorveglianza, delle strade e dei ponti.

L'amministrazione per provvedere alla salute pubblica si serve di medici e chirurghi, stipendiati dalla Comunità che debbono rispettare precise misure più favorevoli al cliente che non all'esercente. Non mancano però nella città anche « liberi professionisti » chiamati medici Phisici (12). Singolare è la prescrizione che figura nello statuto (13), dove fin dalla prima visita si esorta il paziente alla confessione, comunione e a fare testamento, segno della « fiducia » riposta nella professione medica.

Gli statuti ben evidenziano come l'istruzione sia tenuta in considerazione nella città ed agevolata, stabilendo l'esenzione da qualunque dazio, gabella o tassa di passaggio per tutti coloro che transitano o che si allontanano da Pesaro per motivi di studio (14).

Come l'amministrazione passa al medico l'abitazione gratuita così si comporta verso il maestro di Grammatica che deve farsi aiuta-

(9) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, Rub. n. 114, libro II, degli *Statuti*.

(10) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, 24, libro II, dei *Manoscritti*, 130, *Statuti*.

(11) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, Rub. n. 1, libro IV di *manoscritti*, libro IV degli *statuti*.

(12) G. VACCAL, *op. cit.*, pag. 119.

(13) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, Rub. n. --à, libro V di *Manoscritti*, 66, *Statuti*.

(14) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, Rub. n. 118, libro V, *Manoscritti*.

re a proprie spese da un ripetitore e con lui impartire le lezioni. L'edificio scolastico è preso a nolo da un'amministrazione (15).

Sempre negli statuti vi sono disposizioni particolareggiate contro bestemmiatori, che vengono puniti con pene corporali molto severe, ed energici provvedimenti contro i giochi d'azzardo e altri giocati in malafede, che denotano preoccupazione morale e tentativo di migliorare i costumi.

Dal Bando ducale del 26 febbraio 1613: « Nuova provvisione et riforma per le pompe del vestire ed altre superfluità di spese » si deduce il tentativo di contenere il lusso che si fa sempre più strada, e non solo nelle classi più elevate, tanto da provocare la reazione del duca Francesco Maria II, che aveva già preso provvedimenti nel 1573 e 1603 (16).

La città viene anche incontro alla difesa dei non abbienti provvedendo alla loro tutela e al patrocinio.

Tra gli ufficiali della Comunità figurano infatti anche un sindaco e un avvocato che difendono i poveri: « mirabiles personas, vidnas ac etiam pupillos et omnes alios qui advocatum et procuratorem habere non poterunt, eorum jura mantenere, persequi et defendere » (17).

Nel luglio del 1600 e nel febbraio 1603 si ordina che « nell'occasione di imprigionare e ritenere donne per i palazzi e particolarmente quelle che portano buon nome, vi si proceda con maggior riguardo, ne si venghi se non sforzati dalla gravezza dei casi » e che le vecchie prescrizioni (18) per la loro prigionia siano mantenute in modo che « possino più Honestamente aspettare il fine della loro causa che dovrà tanto più essere sollecitata ». Le stesse regole valevano per i giovani al di sotto dei 14 anni (19).

Dal punto di vista economico si può parlare di un sistema generalmente protezionistico e regolato legislativamente in maniera molto rigida a causa delle condizioni politiche del tempo e alla difficoltà

(15) G. VACCAL, *op. cit.*, pag. 125.

(16) G. VACCAL, *op. cit.* pag. 105.

(17) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, Rub. n. 127, 1, libro I, dei *Manoscritti*, 134, *Statuti*.

(18) Erano citate non in tribunale ma nella chiesa di S. Domenico, S. Stefano e S. Leonardo.

(19) G. VACCAL, *op. cit.*, pag. 163.

di intrattenere rapporti commerciali e di scambio tra paesi vicini.

Basti vedere la lettera d'ufficio dell'amministrazione generale alla amministrazione di Pesaro del 6 agosto 1604 (20), con la quale si stabilisce: « che per l'avvenire alcun portinaio, soldato o qualsivoglia altra persona, à quale spetti di addimandare, e pigliare Raga-glia di legne tanto grosse, quanto minute, ch'entreranno per le porte della città non possino sotto pena di trè tratti di corda da darseli in pubblico, pigliare più di quanto si dirà qui sotto da notarsi in una tavoletta, che dovrà stare appesa a ciascuna porta in luogo da potre' essere vista & letta da tutti ». In un altro manoscritto sono elencate le entrate della tassa chiamata « imbottata », sul grano, che viene imposta alle tre porte della città (porta del ponte, porta finestra, porta corina » (21). Questi controlli quando sono mal esercitati creano disordine: ad esempio « disordini che sono nel dazio dei macelli di Pesaro, e che danneggiano la serenissima Camera, in quanto molti fanno entrare in città senza pagare il dazio molti animali da macello » (22).

Dopo la devoluzione Pesaro è il capoluogo della parte marittima della legazione di Urbino, cioè del distretto che porta il suo nome e di quello di Fano e Senigallia (23). E come tale ha una sua propria amministrazione differenziata da quella di Urbino anche se il cardinal legato ha tutti i poteri.

La città ha un luogotenente, pesarese; vari ufficiali per gli organi amministrativi che rimangono quelli precedenti; gli stessi organi amministrativi risentono pesantemente dell'« influenza » del governo ecclesiastico.

Il Breve « Creditum Humilitati » del 14 agosto 1627, che ordina al governatore Campeggi di sedare qualunque eventuale sommossa alla morte di Francesco Maria II Della Rovere, dimostra già la accortezza di Urbano VIII nel mantenere saldo il controllo della situazione.

Ora i Pesaresi ricevono ordini da un Cardinal legato, che, come si può notare dalla data di assunzione del governo, viene sostituito

(20) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, *Raccolta di stampe critiche riguardanti la Comunità di Pesaro*, Pesaro 1732, Tav. a in appendice.

(21) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, *Monumenta Roveresca*, vol. XXXVI, c. 74.

(22) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, *Monumenta Roveresca*, vol. XXXVI, c. 75.

(23) G. R. MORONI, *op. cit.*, vol. LII, pag. 180.

dopo pochi anni a tutto danno di una efficiente conduzione del governo.

Il tutto poi si innesta in una situazione politica difficile: per esempio nel 1641 lo stato Pontificio temendo un attacco veneto fa munire di fortificazioni per difendersi da invasioni Pesaro e altre città del litorale; così pure nel 1643 nella guerra contro Parma-Piacenza-Venezia-Toscana tutto il litorale pesarese è posto in allarme (24).

L'amministrazione locale non può che obbedire, in quanto ne va della salvezza della città e del resto dello stato. Più o meno tutti i cardinali legati si adoperano per collegare la comunità di Pesaro a Roma, ma restano insoluti i problemi di fondo: sottosviluppo agricolo artigianale e decadimento delle poche industrie che sotto i Della Rovere erano abbastanza floride.

Si aggiunga inoltre il più pesante onere fiscale che colpisce Pesaro, non abituata a tante tasse.

L'amministrazione di Pesaro si adegua a quella romana, dando in appalto le riscossioni delle gabelle, a tutto vantaggio dei gabellieri che spesso ne approfittano.

Per taluni ufficiali è facile infatti trovare negli antichi statuti ormai antiquati ombre di disposizioni che possano permettere loro gabelle, per esempio sul bestiame (25). Essi possono giustificare il loro operato tramite qualche editto emesso dai legati. L'ingiustizia è tanto più palese in quanto i cardinali legati non hanno la facoltà di imporre Gabelle, diritto riservato al papa, per cui gli editti dei legati altro non dovrebbero essere che un avvertimento al popolo di pagare ciò che è legittimamente dovuto (26).

Analizzando le biografie dei cardinali legati risulta evidente che assumono il governo quasi sempre dopo varie esperienze politiche, diplomatiche, giuridiche, e spesso tale incarico non è che una tappa verso più alti onori. Si nota quindi la volontà di valorizzare al massimo tale territorio a favore dello stato pontificio per ottenere poi vantaggi personali. Ad esempio il porto di Pesaro non viene mai dimenticato sia dal luogotenente, sia dal Cardinal legato, perché

(24) G.M. MORONI, *op. cit.*, vol. IV, pag. 354.

(25) A. DEGLI ABATI OLIVIERI, *Ragioni dei possidenti ed agricoltori*, Pesaro, 1755, pag. 18.

(26) A. DEGLI ABATI OLIVIERI, *op. cit.*, pag. 26.

potenzialmente è la chiave della città, pur restando un antico problema irrisolto; infatti il problema era sorto fin dal periodo dei Della Rovere, e precisamente quando il 9 ottobre 1614 viene inaugurato il nuovo porto, voluto da Francesco Maria II e dalla Comunità.

La sua costruzione impegna moltissimo la cassa ducale e quella della comunità, ma nel 1628 il duca ordina di sospendere ogni spesa « addì 26 maggio 1628. L'Ill.mo sig. Antonio Donati per ordine di S.A. ha riferito in Cancelleria che l'A.S. non vuole che si faccia più spese intorno del porto di Pesaro e Sinigaglia ma si lascino così, né si faccia altro senza nuovo ordine dell'A.E. medesima » (27).

Una bolla del 27 settembre 1635 di Urbano VIII (28) fissa le spese a carico della camera apostolica.

Durante il governo di Antonio Bichi, l'amministrazione tenta di purgarlo per renderlo di nuovo efficiente.

Così come ci si preoccupa della funzionalità del porto così si tenta di avere anche un sistema postale organizzato, collegando Urbino-Gubbio-Roma, con notevole spesa per la manutenzione della strada (29).

I rapporti tra popolazione ed ecclesiastici sono esemplificati da una lettera del cardinal Bichi al luogotenente di Pesaro, in cui risulta che gli ecclesiastici non hanno pagato le spese per il nuovo catasto (30). Inoltre gli ecclesiastici sono favoriti nella vendita del grano, perché possono fissare un prezzo superiore al mercato (31), ed hanno la possibilità di aprire forni propri. Senza contare poi l'esenzione fiscale goduta dai Depositari dei Vescovi (32) e dai sindaci delle monache (33). Tali favoritismi terminano grazie alle varie dispo-

(27) Ricordi della cancelleria ducale delle entrate, libro III, pag. 158, in A. DEGLI ABATI OLIVIERI, *op. cit.*, pag. 21.

(28) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, *Raccolta di stampe antiche riguardanti la Comunità di Pesaro*, Pesaro 1732, pag. 120.

(29) G.R. MORONI, *op. cit.*, vol. LII, pag. 355.

(30) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, *Raccolta di stampe antiche riguardanti la Comunità di Pesaro*, pag. 47, tav. b appendice.

(31) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, *Raccolte di stampe antiche riguardanti la Comunità di Pesaro*, pag. 43, tav. c appendice.

(32) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, *Raccolta di stampe antiche riguardanti la Comunità di Pesaro*, pag. 51, tav. di appendice.

(33) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, *Raccolta di stampe antiche riguardanti la Comunità di Pesaro*, pag. 52, tav. e appendice.

sizioni prese dai card. Legato Rasponi e Cerri nel 1669 e 1671 che stabiliscono i prezzi del grano venduto dagli ecclesiastici all'appaltatore dell'Abbondanza (34), evitando così speculazioni.

Sempre dalla raccolta di Stampe antiche riguardanti la comunità di Pesaro, si deduce un altro aspetto dell'amministrazione locale: gli ufficiali della legazione non pagano le tasse camerali e questo fino al 1676 quando un ordine del Cardinal Cybo (prefetto del Buon Governo), al luogotenente di Pesaro non pone fine alla consuetudine (35).

Dal 1676 Pesaro e la sua amministrazione si uniforma alle linee di governo pontificio impressa da Innocenzo XI e poi continuata da Innocenzo XII.

Il 20 febbraio 1677 il cardinal Cybo, prefetto del buon governo, ordina al vice-legato di Pesaro il ragguaglio del catasto e la stima di ogni comunità della legazione, censi, cambi ed edifici, botteghe, negozi, e debiti e crediti tanto secolari che ecclesiastici, e lo stato d'anime (36). L'iniziativa si ripete anche sotto il cardinal Spada, legato, che nel 1 febbraio 1687 dà in modo preciso e chiaro la facoltà ad ogni cittadino di reclamare le misure dei beni, prese dagli agrimentori dello stato concedendo 3 mesi di tempo (37), ciò sta ad indicare il tentativo di risolvere equamente la « delicata » questione fonte di contrasti e divergenze.

In questi anni Pesaro non solo deve risolvere nel migliore dei modi gli ordini e direttive che giungono da Roma, ma anche annose questioni come la Causa dei Mulini tra la Comunità di Pesaro e la Corte di Toscana, che rivendica in nome della granduchessa Vittoria della Rovere, delle proprietà. Dai documenti si notano le lentezze del procedimento giuridico e l'interesse dell'autorità dello Stato, cioè il cardinal Caracciolo, a favore della città.

Malgrado la rigorosa imposizione fiscale messa in atto dai cardinali legati in accordo con le direttive dei pontefici (vedi a titolo esemplificativo il cardinal Carlo Barberini che mette in atto gli ordi-

(34) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, *Raccolta di stampe antiche riguardanti la Comunità di Pesaro*, pag. 53, tav. f, in appendice.

(35) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, *Raccolta di stampe antiche riguardanti la Comunità di Pesaro*, pag. 65, tav. g, in appendice.

(36) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, *Raccolta di stampe antiche riguardanti la Comunità di Pesaro*, pag. 66, tav. h, in appendice.

(37) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, *Raccolta bandi*, tav. i, in appendice.

ni di Innocenzo XI per il rinnovo della gabella sul macinato (1 settembre 1678) (38), si può notare da parte dei cardinali legati una attenzione alle problematiche della città e al suo miglioramento. Nel bando del 24 marzo 1689 del cardinal legato Pallavinico (39) ci si prende cura delle strade dell'acità e dei dintorni, delle acque, degli acquedotti e dei fossi in modo particolare si sconsiglia di piantare alberi di quercia o di olmo lungo tali fossati denotando una attenzione ai problemi territoriali.

Nel 1697 il cardinal legato Altieri nel « bando e Provisioni per la conservazione e polizia delle fonti, e lavatore » (40) esorta i cittadini di Pesaro a tenere pulite le acque delle fonti, degli acquedotti e dei lavatoi, che hanno un'acqua limpida e abbondante e questo denota un'accorta « politica di igiene cittadina ».

POPOLAZIONE E SOCIETÀ

L'ambasciatore veneto Federico Badoer, di ritorno a Venezia dopo aver portato al Duca Guidubaldo le condoglianze della Repubblica per la morte della Duchessa sua moglie, Giulia da Varano, nella relazione al Senato descrive così la popolazione: « l'abitudine del corpo è buona e virile... i contadini di quello stato sono tenuti tanto gelosi del proprio onore quali sogliono essere nelle altre province i gentiluomini... i cittadini ed altre persone che siano un poco accomodate di facoltà si danno agli studi delle lettere e massimamente a quello delle leggi. Alla agricoltura attendono diligentissimamente e si vede con la industria dei luoghi si può dire sterili eglino traggono grani e frutta eccellenti. Degli esercizi nobili non mancano, come di andare a caccia, cavalcare e cose simili dei meccanici, cioè delle arti, per quelle città che io sono stato, le ho vedute avere artefici d'ogni arte e rari nei loro mestieri » (41).

(38) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, *Raccolta di diversi brevi e bandi stampati*.

(39) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, *Raccolta bandi*, stamperia della R.C.A. 1689, tav. 1, in appendice.

(40) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, *Raccolta bandi*, stamperia della R.C.A. 1689.

(41) G. VACCAI, *op. cit.*, pag. 83.

Per il censimento della popolazione il consiglio generale eleggeva ogni anno nel mese di gennaio tre notai con la prescrizione che dovessero descrivere nominativamente tutte le persone dai tre anni in su, che dimorassero in ciascuna casa. Questa omissione di dati riguardo ai bambini con età inferiore ai tre anni rilevante per un censimento vero e proprio, fu in parte colmata da Giovanni Sforza coi nuovi capitoli per riorganizzare l'ufficio della bolletta dove si dice di tenere un libro dei morti e un libro delle nascite « in esso si dovrà notare il giorno mese et anno che nasceranno i putti, almeno maschi, nella città, con il nome suo, del padre e suo casato procurando di saperlo da chi l'avrà tenuto a battesimo o dal congiunto del fanciullo » (42).

Sebbene lo statuto non facesse diversità di trattamento tra cittadini a qualunque classe appartenessero, la prammatica del 14 giugno 1561 (emessa per porre freno alle spese suntuarie) considera la popolazione divisa in due categorie, una di cittadini e l'altra di artigiani. Per cittadini si intendono i nobili, i consiglieri e i loro figli « dichiarando però che non s'intendono godere del beneficio della civiltà, in questo caso del vestire, se eserciteranno essi consiglieri e i loro figlioli « arte meccanica et manuale » (43). Oltre ai nobili e consiglieri sono da considerarsi cittadini tutti coloro che da 15 anni non avessero esercitato alcuna arte meccanica e manuale, i mercanti nativi della città, forestieri residenti da 5 anni, notai e procuratori residenti da 10 anni.

La seconda categoria comprende gli artigiani e « tutto il restante ». È importante, « il non godere del beneficio della civiltà in quel caso del vestire », dei consiglieri che esercitavano un'arte meccanica qualsiasi; indizio questo della tendenza che ormai si manifesta a rendere la qualità di consigliere un privilegio di classe. Quando poi il consiglio finisce con l'essere composto solo da persone appartenenti alla classe, cosiddetta, di cittadini, la nuova distinzione di due gradi di civiltà iniziata con la prammatica del 17 maggio 1573 diviene con l'andar del tempo, specialmente con la devoluzione dello stato, causa di continui contrasti tra chi godeva del primo grado e chi aspirava allo stesso trattamento. Addirittura nel 1688 la città pare dividersi in due partiti con un regolamento che dettava « con-

(42) G. VACCAI, *op. cit.*, pag. 85.

(43) G. VACCAI, *op. cit.*, pag. 86.

venienze nobili » e che non ebbe seguito, avendo avuto la legazione, cui si era ricorso, il buon senso di far andare le cose alla lunga per farlo decadere (44).

* * *

Dal complesso delle disposizioni degli statuti che concernono doti, successioni, matrimoni, funerali ed altro che riguardano specialmente la famiglia, appare manifesto lo spirito conservatore a vantaggio della famiglia ma anche in fondo della città in quanto dallo spostamento della proprietà può risentirne la cosa pubblica.

La minore età ha termine a 25 anni compiuti (45) ed è nullo qualunque contratto e qualunque alienazione fatta prima, senza la autorizzazione ed il consenso del tutore e di due prossimi consanguinei. Le stesse tutele erano di ufficio sottoposte alla sorveglianza della comunità e ogni anno dovevano rendere conto del loro operato a tre persone note per la loro competenza e integrità di vita.

La donna non poteva maritarsi senza il consenso dei genitori, pena una ammenda. Fatto importante è che nella vita della città si ribadiscono le prescrizioni restrittive sul vestire, nozze, battesimi, funerali. Ad esempio le prammatiche emanate in marzo 1608 e febbraio 1613, costituiscono la prova che si cercava sempre di eludere le prescrizioni restrittive. Ciò sarebbe anche confermato dalla maggiore severità delle pene comminate, lasciando all'arbitrio del giudice di aggiungervi quelle personali che avrebbero reputato opportune (46).

Sempre dall'analisi degli statuti si ricava che la condizione del servo è considerata al pari di ogni altro prestatore d'opera che si assumeva a tempo e a condizioni determinate. Dei salari ed altro forniti al proprio domestico il padrone deve tenere nota giorno per giorno. Qualora avveniva che per atto di bontà e misericordia qualcuno accogliesse una persona in stato di abbandono e questa prestasse opera come domestico, senza aver convenuto alcun salario, « non poteva essere preteso nulla né da chi era accolto né da chi

(44) G. VACCAI, *op. cit.*, pag. 87.

(45) G. VACCAI, *op. cit.*, pag. 90.

(46) G. VACCAI, *op. cit.*, pag. 105.

lo aveva preso in casa come compenso per gli alimenti e vestiti prestatati » (47).

Infine le prostitute avevano l'obbligo di fissa dimora nel luogo loro assegnato, o nel pubblico prostibolo o nella regione del porto. Dovevano dare il nominativo del loro ruffiano e portare costantemente sulla spalla un contrassegno giallo.

Da una pianta inedita della città, che si conserva nell'Oliveriana, il prostibolo figura essere nella via dietro la chiesa di S. Agostino e probabilmente rimase sempre nello stesso quartiere (48). Singolare era il fatto che mentre in genere si punivano gli atti di violenza contro le donne con la pena capitale, nel loro caso la pena consisteva solo in una ammenda.

ANDAMENTO DEMOGRAFICO DELLA CITTA

Il Sagredo nel 1661 notava la diminuzione della popolazione nello stato ecclesiastico: « Et come si riconosce essa universale in tutta l'Italia e così Ferrara che contava 60 anni fa sessantamila anime, ora è ridotta circa un terzo, ed altrettanto è mancato al suo territorio, ma più di tutto lo Stato d'Urbino — a me disse più volte il Cardinale Rospigliosi, fu vescovo di Terni — che le anime della sua diocesi erano diecimila quando ebbe il vescovato, et che in 12 anni si erano ridotte a settemila; il vescovo di Sinigaglia pure mi disse che in 12 anni nella sua si erano ridotte da quarantaseimila a trentanovemila, e così in proporzione si potrebbe inferire del resto » (49).

Pietro Mocenigo nel 1676 riferiva « Dirò minorarsi quotidianamente in ciaschedun luogo dello Stato ecclesiastico le popolazioni, in modo che, da soggetti pratici et molto bene informati, a me è stato detto, che in meno di 40 anni è diminuito un terzo dei sudditi... » (50).

Analizzando la situazione dell'andamento della popolazione a Pesaro e nella sua diocesi possiamo notare che non si è verificata

(47) G. VACCAI, *op. cit.*, pag. 109.

(48) G. VACCAI, *op. cit.*, pag. 117.

(49) in F. CORRIDORE, *op. cit.*, pag. 12.

(50) Vol. II, Relazione di A. Grimani, in F. CORRIDORE, *op. cit.*, pag. 12.

diminuzione della popolazione. Ricercando tra gli stati d'anime emerge che gli abitanti di « Pesaro et sua diocesi dell'anno 1628 » sono 22.116 (51), mentre nell'anno 1679 sono 22.575 (52). Questo risultato può forse dimostrare indirettamente che a Pesaro e diocesi la qualità della vita è accettabile (la stessa regina di Svezia sceglie Pesaro come città per sfuggire alla peste di Roma), anche se non mancano situazioni difficili come ad esempio la peste, che tocca nel 1656 anche Pesaro e qualche periodo di carestia.

Dalla fonte già citata del 1628 si può risalire al numero degli abitanti della città di Pesaro dentro e fuori le mura, sottraendo al numero totale di abitanti quello delle ville di Pesaro (2982), terre e castelli (11.272), la popolazione risulta pari a circa 7.850 abitanti di cui 610 ebrei.

Dalla fonte già citata del 1679 troviamo che la città ha 7.566 abitanti (53).

Si può dunque notare che non sembra essersi verificato un sostanziale aumento della popolazione nel corso del cinquantennio considerato.

La popolazione non ha subito grandi mutamenti con la devoluzione, nemmeno dal punto di vista del numero degli ordini religiosi e della loro consistenza numerica. Questo perché gli ordini religiosi furono sempre accolti dalla Comunità molto favorevolmente e anche sussidiati. Per esempio riguardo al monastero della purificazione — cominciato dalla Duchessa Vittoria Farnese dopo averne ottenuta la concessione da Pio IV con breve del 1560 e finito di costruire nel 1580 — già con bando ducale del 9.3.1561 viene assegnato un terzo del prodotto dell'ammenda di scudi 10, imposta a chi contravenisse al divieto di giocare alla palla o al maglio per le strade della città. Il 15 giugno 1580 inoltre si deliberava in consiglio di « donare 300 scudi per la fabbrica del luogo della purificazione, istituito da

(51) ARCHIVIO DIOCESANO PESARO, *Stato d'anime di Pesaro e sua Diocesi*, 1628, Tavola m, in appendice.

(52) ARCHIVIO DIOCESANO PESARO, *Stato d'anime città di Pesaro e diocesi*, 1679, Tavole n, o, p, in appendice.

(53) Nel documento è riportato « 7.566 » ma rifacendo il calcolo il totale esatto è « 7.518 ». Si potrebbe anche presumere un errore della fonte riguardo al numero delle donne, che diminuiscono troppo a dismisura (circa 200 unità) rispetto alla fonte del 1628, per aumentare poi verso il 1690 di altre 200 unità, il che dimostrerebbe la stabilità della popolazione.

Madonna illustrissima, nel quale si ricoverano le putte le quali senza questo aiuto potrebbero mal capitare, e questi, si impongono per due terzi al contado e per un terzo alla città secondo il solito » (54). Titolo e rendite della chiesa di S. Stefano furono poi trasferiti in beneficio al monastero.

Poi nel 1591 gli fu ceduta, dai rettori dell'ospedale, l'osteria detta del moro, che era venuta in possesso dell'ospedale stesso, con l'obbligo di spendere la metà del reddito in maritare zitelle, compito precipuo di quella istituzione che doveva raccogliere ragazze povere fino all'età nubile per poi monacarle o dar loro marito.

E ancora: nel 1520 un certo Agostino mercante aveva lasciato erede dei suoi beni sua moglie Bartolomea Briggia coll'obbligo di fondare un convento di monache. Essa aveva ottenuto di poterne fabbricare uno per accogliervi le monache di S. Domenico: e fu quello di S. Caterina.

Quanto detto sopra non deve sorprendere perché l'alta sovranità della regione fu in ogni tempo considerata appartenente alla chiesa, che ne concesse l'investitura ai vari Signori fino alla devoluzione (55).

Gli stessi monasteri godevano di speciale protezione come risulta dagli statuti del 1531 (56) dove si stabiliva che nessun « homo masculus » del luogo o forestiero osasse andare verso i monasteri delle monache di Santa Chiara, Santa Maria Maddalenae, Santa Caterina di Pesaro, senza il permesso dei superiori, eccetto « vilicos et familiares dictarum monalium » purché non dicessero o facessero niente di disonesto.

Nel 1628 abbiamo, derivandola dalla fonte già citata 139 « frati di diverse religioni » e 244 « monache di diverse religioni » mentre nel 1679 abbiamo 183 « frati di diverse religioni » e 256 « monache... ». Il numero superiore di Frati rispetto al 1628 è dato dalla tendenza della città ad accogliere all'interno delle mura case religiose che avevano sede nelle vicinanze (vedi i Carmelitani che nel 1588 vivevano fuori di porta Fanestria e nel 1633 si trasferirono allo interno della città, nella parrocchia di S. Cassiano (57), o i Cappuc-

(54) G. VACCAI, *op. cit.*, pag. 110.

(55) G. VACCAI, *op. cit.*, pag. 132.

(56) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, *Statuti*, libro III, rub. 65.

(57) Presenze confermate dallo Stato d'anime delle Parrocchie di S. Cassiano 1690.

cini di S. Francesco che vivevano sulla via del monte S. Bartolo e dal 1656 per mezzo del legato cardinale Homodei entrano in città (58). Sul finire del secolo saranno presenti in numero di 32 nella parrocchia di S. Lucia (59).

Riguardo al numero degli ordini religiosi troviamo a Pesaro: padri di S. Domenico, S. Francesco,, S. Agostino, Zoccolanti, Serventi, S. Francesco da Paola, Carmelitani, Cappuccini, Oratorio del ben morire (60), monache di S. Chiara, S. Maria Maddalena, S. Caterina, della Purificazione. Analizzando la numerosità relativa di ciascun ordine rispetto all'anno 1628 e alla fine del secolo non notiamo notevoli variazioni. Ad esempio le monache di S. Chiara sono nel 1628 59 e nel 1690 58 (61), quelle di S. Maria Maddalena sono 60 nel 1628 e 66 nel 1689 (62). I serventi sono 10 (63) nel 1628 e 10 nel 1689 (64).

Anche il numero dei preti si mantiene stabile: 133 (65) nel 1628 e 135 nel 1679.

Riguardo agli ebrei la fonte del 1628 ci dà un numero totale di 631 persone di cui 21 a Montebaroccio. Quindi a Pesaro ci sono nel 1628 610 ebrei. Nel 1679 la fonte ci dà un numero di ebrei presenti a Pesaro pari a 604. Il numero resta quindi costante malgrado che con la devoluzione gli ebrei siano sottoposti all'applicazione delle disposizioni vigenti contro gli ebrei nelle altre province dello stato ecclesiastico. Questi, anche precedentemente la devolu-

(58) O meglio rientrano essendo stati in città per breve periodo nel 1573 in numero di 6.

(59) ARCHIVIO DIOCESANO PESARO, *Stato d'anime Parrocchia S. Lucia*, 1693.

(60) La fonte del 1628 registra anche i padri Crociferi in numero di 2, negli stati d'anime della fine del secolo XVII essi non compaiono e non cita invece l'Oratorio del ben morire.

(61) ARCHIVIO DIOCESANO PESARO, *Stato d'anime della Parrocchia di S. Arcangelo*, 1690.

(62) ARCHIVIO DIOCESANO PESARO, *Stato d'anime della Parrocchia di S. Giacomo*, 1689.

(63) La fonte dice di essere 21 il loro numero a Pesaro e Diocesi; mentre a Pesaro il loro numero è 10.

(64) ARCHIVIO DIOCESANO PESARO, *Stati d'anime della parrocchia di S. Martino*, 1689.

(65) Nella fonte del 1628 sono 140, ma c'è una correzione con numero totale 208. Ciò è del resto molto più logico, essendo il numero di Preti della diocesi (escluso Pesaro) uguale a 75.

zione, erano tenuti in uno stato di inferiorità, ma con licenza potevano stabilirsi nelle varie parti della città. Ora le nuove prescrizioni impongono agli Israeliti di portare il distintivo dello sciamanno e di raccogliersi in un quartiere della città, fuori dal quale non potevano abitare e dove venivano rinchiusi di notte.

A tale scopo fu scelta la « *viam novam ab angulo ecclesiae Sancti Nicolai* » e siccome la via non era del tutto fabbricata, né le case esistenti sufficienti, essi occuparono anche le case che appartenevano al beneficio parrocchiale di S. Nicolò, dietro pagamento di una pensione. Essi entrano nel nuovo ghetto il 24 marzo, Giovedì Santo, 1632 (66).

Risalendo alla fine del secolo XVII si trova, in un documento contenente la nota delle parrocchie della città di Pesaro del 1703 (67) la conferma che le parrocchie della città sono 7: Cattedrale, S. Cassiano, S. Lucia, S. Michele Arcangelo, S. Giacomo, S. Nicolò S. Martino.

Ricercando tra gli stati d'anime della fine del secolo XVII, si possono ricavare dati relativi alla popolazione della città. Calcolando il numero degli ebrei intorno a 600 (68, essa è di circa 7900 abitanti, il che non fa che confermare la stabilità nel corso del periodo considerato.

Potrebbe colpire nei periodi considerati il divario del numero dei « putti e putte » che da 2150 (nell'anno 1628) passano a 1753 (nell'anno 1679) e a 1536 (nell'anno 1690).

Non essendovi state grandi epidemie o grandi carestie, per giustificare tale diminuzione, si può ipotizzare un progressivo abbassamento dell'età, per diventare « uomini e donne da comunione » (69). Ciò è d'altronde confortato dall'aumento relativo corrispondente di uomini e donne che passano da 1736 uomini e 2768

(66) G. VACCAL, *Pesaro, pagine di storia e di topografia*, pag. 128.

(67) ARCHIVIO DIOCESANO PESARO, *Nota delle parrocchie della città di Pesaro*, Toma XXXIII, fascicolo 1, tavola q, in appendice. Il dati riassuntivi degli Stati d'anime parrocchia per parrocchia sono in appendice, Tavole r, s, t, u, v, z, aa.

(68) Il CORRIDORE nel volume « *Popolazione dello stato romano del 1657-1905* », pag. 114, valuta il numero degli ebrei nella città di Pesaro pari a 553 (non compresi però quelli da 0 a 3 anni).

(69) Da un documento dell'archivio diocesano sui « putti e putte da esaminare per la comunione » risulta che l'età dei « putti e putte » è compresa tra 11 e 16 anni.

donne (nell'anno 1628) a 2289 uomini e 2824 donne (nell'anno 1690).

Analizzando in maniera più specifica il contenuto di tali stati d'anime, si possono ricavare interessanti dati sulla composizione della popolazione, pur con i limiti della fonte (ad esempio sarebbe stato interessante conoscere i mestieri di ognuno, cosa che manca nella fonte).

Seguendo la metodologia di chi ha compilato gli stati d'anime si nota una divisione della popolazione della città di Pesaro dentro e fuori le mura in circa 1535 « nuclei » di cui la maggioranza è composta da: padre, madre, figli, con la presenza a volte dei genitori che convivono con i figli già sposati (statisticamente parlando c'è una forte incidenza di questo fenomeno nella parrocchia di S. Nicolò). Meno spesso si osserva convivenza di fratelli, nipoti, zii; a volte poi nello stesso nucleo si osserva la presenza di uno o più servi. Con frequenza inversamente proporzionale seguono nuclei composti da vedove che non si sono risposate e loro figli, ad esempio donna Giovanna di Domenico Pasquale, vedova, d'anni 60 vive con 4 figli (70) che raramente hanno un servo. Il loro numero rispetto ai vedovi non risposati è molto superiore, il che conferma la tendenza delle donne a risposarsi meno frequentemente degli uomini. Ci sono poi nuclei (che oggi chiameremmo « singles ») composti da una sola persona, e nuclei di persone, di solito due, che vivono assieme che hanno legami di sangue, come donna Fausta e sua nipote Domenica (71), o che non hanno legami di sangue. In questo caso di solito zitelle, vedove, che vivono insieme o con altra donna nubile, spesso coetanee o quasi ad esempio donna Maddalena, vedova d'anni 68 che vive con Donna Domenica da Rimini d'anni 55 (72); oppure si tratta di uomini che vivono con servi, come Francesco Maria Verità d'anni 60 che vive con Maria di Giovanni d'Urbino, serva del signor Francesco, d'anni 55; più raramente si incontrano uomini che vivono in 2 o al massimo in 3 e comunque sono tutti giovani di età non superiore ai 35 anni.

Invece i « singles » in prevalenza sono vedove, come Donna

(70) ARCHIVIO DIOCESANO PESARO, *Stati d'anime della parrocchia di S. Giacomo*, 1689.

(71) ARCHIVIO DIOCESANO PESARO, *Stati d'anime*, S. Giacomo, 1689.

(72) ARCHIVIO DIOCESANO PESARO, *Stati d'anime della parrocchia di S. Giacomo*, 1689.

Fiore 50 anni che vive in una stanza in affitto (73), ma si nota anche la presenza di uomini, come ad esempio Domenico da Fano d'anni 30 che vive in una stanza presa in affitto dai padri di S. Domenico (74).

Considerando anche i nuclei composti dai vari ordini religiosi e altre « comunità » come zitelle dell'ospedale, orfanelle, e il fatto che i sacerdoti vivono di solito o con i genitori o con loro fratelli (75), la realtà che ci si prospetta dinanzi è variegata. L'analisi degli stati d'anime ci dà il pulsare di una realtà cittadina dinamica che vive con le sue attese e aspirazioni, i suoi drammi.

Il numero dei figli per ogni famiglia in media varia da uno-due a quattro, anche se si possono osservare famiglie con 5, 6, 8 figli (nella parrocchia di S. Cassiano addirittura una famiglia ne ha 12). Di solito l'età media dei figli che lasciano la famiglia d'origine è sui 20-25 anni, un po' inferiore per le donne non mancano figli che rimangono con i genitori senza sposarsi, e non soltanto donne. Ad esempio nella parrocchia di S. Giacomo in una casa in affitto dai padri di S. Domenico vive donna Maddalena Calmi vedova, inferma, di anni 70, col figlio Antonio, di anni 40, e Vicenza, esposta serva di anni 15 (75).

Gli stati d'anime ci permettono anche di valutare in un certo qual modo il tenore di vita della popolazione mediante l'analisi del numero delle « case proprie » e del numero dei servi.

Si possono distinguere quattro grandi categorie: la prima riguarda coloro che vivono in case proprie e ne possiedono altre che affittano la seconda coloro che sono proprietari della casa che abitano, la terza coloro che vivono in case prese in affitto, la quarta coloro che vivono in « stanze nolate ».

Dallo « Specchio » dei consiglieri della città di Pesaro, che si riferisce al periodo 30 ottobre 1688 - 6 agosto 1718 (77), si con-

(73) ARCHIVIO DIOCESANO PESARO, *Stati d'anime della parrocchia di S. Giacomo*, 1689.

(74) ARCHIVIO DIOCESANO PESARO, *Stati d'anime nella parrocchia di S. Giacomo*, 1689.

(75) Anche se a volte si riscontra la presenza di sacerdoti che vivono in casa propria con una serva di solito vedova.

(76) ARCHIVIO DIOCESANO PESARO, *Stati d'anime della parrocchia di S. Giacomo*, 1689.

(77) BIBLIOTECA OLIVERIANA PESARO, *Consigli dal 30 ottobre 1688 al 6 agosto 1718*.

tano, compresi i defunti, 152 persone. Guardando alle famiglie si nota notevole coincidenza tra questi consiglieri e gli appartenenti alla prima categoria, il che dimostra quanto meno ricchezza immobiliare. Inoltre sempre gli stessi hanno nelle proprie abitazioni due o più servi, addirittura Girolamo Mosca ne ha 10 (78). Si nota a volte anche la presenza del « sacerdote di casa » e di altre figure, ben esemplificate nella descrizione « della casa » di Giulio Ondedei: Garzone, damigella, cucciniera, lavandara, cocchiere (79).

Accanto ai ricchi ecco i benestanti che possiedono una casa, hanno un servo, magari anche di tenera età (come Lucia, esposta, serve, d'anni 8). Poi troviamo chi vive in case in affitto e in stanze in affitto (al massimo in numero di tre persone). Coloro che non possono permettersi neppure la stanza si adattano a vivere, come possono. C'è anche chi come Lavinia d'anni 60 « sta per carità » in casa della Illustrissima Elisabetta Simonetti Zanca vedova che vive con figlia e due servi (80).

Gli stati d'anime (sempre in riferimento a case proprie, numero dei servi), ci danno anche una idea della distribuzione territoriale della popolazione: ad esempio nella parrocchia di S. Lucia molte persone vengono da fuori Pesaro (es. Cefis di Venezia, Marchigiani da Monte Baroccio, etc.) e la maggioranza di queste prendono case e stanze nolo. Nella parrocchia di S. Cassiano, molto numerosa (2408 « anime ») (81), ci sono solo undici « nuclei » con più di un servo, 23 con uno soltanto, contro i 34 nuclei con più di un servo e 36 (con uno soltanto) della Cattedrale, che è inoltre meno numerosa (1397 « anime ») (82) della parrocchia di S. Cassiano. Anche S. Nicolò e S. Martino presentano lo stesso andamento di S. Cassiano ma rispetto a S. Cassiano ci sono poche « case proprie », il che potrebbe dimostrare la povertà relativa di queste parrocchie (vedi tabella di seguito riportata).

(78) ARCHIVIO DIOCESANO PESARO, *Stati d'anime della parrocchia della Cattedrale*, 1962, Tavola a) b) in appendice.

(79) ARCHIVIO DIOCESANO PESARO, *Stati d'anime della parrocchia della Cattedrale*, 1692.

(80) ARCHIVIO DIOCESANO PESARO, *Stati d'anime della parrocchia di S. Giacomo*, 1689.

(81) ARCHIVIO DIOCESANO PESARO, *Stati d'anime della parrocchia di S. Cassiano*, 1689, tavola r) in appendice.

(82) ARCHIVIO DIOCESANO PESARO, *Stati d'anime della parrocchia della Cattedrale*, 1692, tavola v) in appendice.

PARROCCHIA	N. servi	Nuclei con più di un servo	Nuclei con 1 solo servo	Case proprie
S. Lucia (940)	60	12	29	62
S. Cassiano (2408)	53	2	23	106
S. Nicolò (960)	14	8	8	31
S. Michele Arcang. (986)	48	11	27	74
Cattedrale (1397)	131	34	36	52
S. Martino (245)	8	1	4	8
S. Giacomo (424)	28	8	11	16
Totale	342	93	121	349

CONCLUSIONE

L'analisi qui compiuta sulla popolazione e società della città di Pesaro nel periodo considerato porta ad importanti riflessioni che danno il polso di una microrealtà storica inquadrata in un ben più ampio contesto generale. Si codifica ad esempio una immagine femminile legata esclusivamente alla procreazione: « quel sesso che essendo imperfetto nell'individuo sarebbe un mostro nella specie, se non fosse necessario a perpetuarla con la generazione: onde la natura il fé fuori dell'intenzione siccome i mostri; ma intendendone per fine il generare » (83); si riflette la condanna della lascivia contro gli uomini soggetti attivi della lussuria: si esercita il controllo quotidiano dei comportamenti matrimoniali attraverso i confessionali e si forma il clima culturale della famiglia italiana del seicento.

Ma uno degli aspetti più interessanti è dato dalle numerose categorie di emarginati che la coscienza sociale e/o le leggi degli uomini mettono ai margini o fuori la società del seicento, eretici, streghe, maghi, contrabbandieri, briganti, banditi, carcerati lebbrosi malati di mente, mendicanti, furfanti, poveri in genere.

Gli stati d'anime parlano, seppure tra le righe, di questa gente.

Anche l'Italia moderna conosce la schiavitù. Si tratta per lo più di una « schiavitù domestica » perpetuata dalle guerre coi Turchi e i pirati barbareschi, gli schiavi cominciano a scomparire soprattutto per la loro diminuita convenienza economica, nel corso del Seicento, a Pesaro dagli stati d'anime risulta la presenza di uno schiavo chiamato « turchetto ».

L'atteggiamento dell'opinione pubblica, dei moralisti, legislatori nei confronti delle prostitute oscilla tra condanna moralista,

(83) P. PALLAVICINO, *Arte della perfezione cristiana*, Roma 1665, pag. 126.

timori per la salute pubblica, tolleranza più o meno velata, ghetizzazione, isolamento, ed è interessante notare negli stati d'anime come la stessa terminologia sia diversa a seconda del sacerdote per definire la prostituta: si passa da « meretrice » al termine più dispregiativo di « indegne ».

Abbiamo poi già parlato dei banditi e briganti e della preoccupazione delle autorità del loro dilagare, autorizzando gli abitanti ad « ammazzarli senza incorrere in pena alcuna », mentre si può riscontrare attenzione e umanità riguardo alla carcerazione di donne e fanciulli. Anche a Pesaro si assiste al processo più generale di « assistenza e grande reclusione » dei poveri con misure atte ad abolire la mendicizia, ad istituzionalizzare la povertà con l'aggiunta di preoccupazioni teologiche derivanti dalla chiesa post-tridentina per la salvezza dell'anima dei mendicanti e dei vagabondi, più soggetti degli altri alle tentazioni, al peccato e alla dannazione. Ecco allora l'istituzione di ospedali generali dei poveri e di istituti per l'assistenza di particolari categorie di emarginati, vedi a Pesaro, ad esempio, il monastero della purificazione.

Stesso discorso può essere fatto per i malati mentali che vengono istituzionalizzati e addirittura « schedati » negli stati d'anime.

C'è però anche nella città una grande solidarietà collettiva familiare dove si prendono in casa fanciulli esposti e li si mantiene (magari solo per avere un servo più a buon mercato), se si è soli ci si unisce e si va a vivere insieme, i rapporti parentali sono molto sentiti, le dinamiche sociali si riflettono in una dimensione più aperta all'accoglienza.

Ecco come la città affronta questo periodo storico difficile e complesso con uno sforzo di adattamento alla realtà mutata nel tentativo di reagire alle nuove circostanze presenti nel più ampio contesto in cui si viene a trovare l'Italia nel secolo XVII.

BIBLIOGRAFIA

- A. DEGLI ABATI OLIVIERI, *Ragioni della Comunità di Pesaro*, Pesaro, 1755.
- A. DEGLI ABATI OLIVIERI, *Ragioni dei Possidenti ed Agricoltori Pesaresi*, Pesaro, 1755.
- A. DEGLI ABATI OLIVIERI, *Ai suoi amatissimi concittadini*, Pesaro, 1766.
- A. DEGLI ABATI OLIVIERI, *Memorie del Porto di Pesaro*, Pesaro, 1774.
- E. ALBERI, *Relazione degli ambasciatori veneti al senato*, Firenze, 1841.
- BELLETTINI, *Popolazione italiana dall'inizio dell'era volgare ai nostri giorni: valutazioni e tendenze*, in *Storia d'Italia*, Einaudi, volume 5, 1972.
- D. BONAMINI, *Cronaca della città di Pesaro*, Pesaro, 1971.
- A. P. BRANCA, *La vita economica degli stati italiani del sec. XVI-XVII-XVIII* (secondo la Relazione degli Ambasciatori Veneziani), Catania, 1937.
- A. BRANCATI, *Una statua, un busto e una fontana. Storia di pagine Pesaresi*, Pesaro, 1980.
- M. CARAVALLE, A. CARACCILO, *Lo Stato pontificio da Martino V a Pio IX*, Torino, 1978.
- N. CECINI, *La Cattedrale di Pesaro e la sua Serie di Vescovi*, Pesaro, 1986.
- I. CIAMPI, *Innocenzo X Pamphili e la sua corte*, Roma, 1878.
- A. CONTARINI, *Relazione di Roma*, Roma, 1632-'35.
- A. COPPI, *Discorsi sulle finanze dello Stato Pontificio*, Roma, 1855.
- F. CORRIDORE, *La popolazione dello stato romano del 1657-1905*, Roma, 1908.
- A. DONATI, *La Devoluzione alla S. Sede Apostolica degli stadi di Francesco Maria II Della Rovere, VI ed ultimo duca di Urbino, arricchita dall'ab. Andrea Lazzari*, Fermo, 1794.
- L. GAMBI, *Valori storici dei quadri ambientali*, in *Storia d'Italia*, Einaudi, vol. I, 1972.
- C. MARCOLINI, *Notizie storiche della provincia di Pesaro e Urbino*, Pesaro, 1885.
- G. ROMANO MORONI, *Dizionario di erudizione storico-ecclesiastica*, Venezia, 1845.

MASSIMO FLORIO

IMPOSIZIONE OTTIMALE E PRODUZIONE PUBBLICA:
NOTE RETROSPETTIVE SU DIAMOND-MIRRELES (1971)

Premessa

Nel 1971 Peter Diamond e James Mirrlees pubblicavano sull'*American Economic Review* un articolo, in due parti, dal titolo: « Optimal taxation and public production ».

Questo articolo può essere considerato uno spartiacque nella evoluzione della moderna teoria dell'economia pubblica, segnando il passaggio dalla stagione della « New Welfare Economics » (durata circa trent'anni) a quella, tuttora in corso, della « New Public Economics » (1).

Quelle che seguono sono note margine a quel contributo, volte ad evidenziare alcuni aspetti della prospettiva di indagine da esso aperta. Mi concentrerò solo su alcune parti dell'articolo, la cui struttura richiamo brevemente nella prima sezione, e non tenterò, come pure sarebbe interessante fare, di indicare le rigogliose ramificazioni nella letteratura successiva di alcuni spunti in esso contenuti. Mi limiterò quindi a qualche osservazione sui fondamenti teorici dello studio e sulle sue implicazioni di politica tributaria.

Queste implicazioni dipendono, come si vedrà, in modo piuttosto stretto da quei fondamenti, in particolare dall'ipotesi di equilibrio walrasiano. Ne segue che la derivazione di indicazioni di politica tributaria deve essere condotta con molta cautela.

1 — La prospettiva di indagine

Il piano della ricerca dei due autori è il seguente: le sezioni I e II del saggio sono dedicate ad una analisi, rispettivamente geome-

(1) Cfr. PETRETTO (1987) pag. 14 e riferimenti in nota *ibidem* sui rapporti fra finanza pubblica, nuova economia pubblica ed economia finanziaria.

trica e algebrica di un modello di economia estremamente semplificato (« one-consumer economy »); nella sezione III si dimostra la estensione dei risultati ottenuti ad un modello più generale e nella sezione IV si formalizzano i teoremi generali della produzione pubblica; alcune applicazioni sono esposte nella sezione V, le sezioni VI e VII svolgono una teoria dell'imposizione indiretta in due modelli diversi; la sezione VIII si occupa di imposte diverse da quella indiretta, la IX specifica l'aspetto del finanziamento dei beni pubblici. Nella sezione X è svolto in forma rigorosa un Teorema della Ottima Tassazione. La nostra lettura critica del saggio partirà dalla sezione XI, (« Concluding Remarks ») per andare a ritroso, in modo da evidenziare il ruolo dell'imposta indiretta ottimale all'interno del problema di massimo benessere sociale.

A questo riguardo Diamond e Mirrlees (d'ora in avanti D-M) osservano che gli economisti del benessere nel loro sforzo di definire le condizioni per un massimo sociale realizzabile, si sono soffermati solo su vincoli tecnologici di base (la funzione della produzione). Completamente trascurati risultano altri campi: trasporti, costi e metodi della pianificazione, vincoli politici. Ma nessuna teoria economica che non incorpori queste questioni apparirà veramente utilizzabile. D-M per iniziare un discorso nel senso indicato, propongono di considerare gli strumenti tributari, inserendoli nel contesto di una economia in cui le autorità politiche vogliano raggiungere risultati ottimali all'interno del loro sistema di valori. Va osservato che nel modello non entra il costo amministrativo delle imposte e nemmeno è considerata la possibilità di comportamenti « strategici » dei contribuenti: Il tema dell'« Economia dell'informazione » è di là da venire.

Il cuore dei risultati ottenuti è la dimostrazione che è possibile una politica che non comporti per il settore pubblico l'abbandono dell'efficienza produttiva (cioè l'allineamento dei saggi di trasformazione pubblico e privato) e che anzi consiglia di attenersi a quella regola, anche in presenza di imposte indirette.

In questa prospettiva la ricerca si presenta come generalizzazione di risultati frammentari conseguiti in studi precedenti, da Ramsey (1927) a Boiteux (1956) (2).

(2) Nella esposizione « da manuale » (cfr. ATKINSON, STIGLITZ, *op. cit.*, cap. 12) si insiste su questo elemento di continuità, associando Samuelson fra i precursori

Ancora: nell'impostazione dei due autori la questione fiscale come problema di benessere sociale non è considerata un vincolo esogeno, un gettito da raccogliere per un piano di produzione dato, ma come uno « strumento » da utilizzare in un problema di ottimizzazione.

Ciò consente agli autori di portare avanti contestualmente il discorso sulla teoria della tassazione, dell'investimento, della produzione pubblica e del benessere sociale.

2. — *Economia di un consumatore equivalente*

Lo spazio da cui prende le mosse l'analisi è quello di una economia bidimensionale, con un consumatore, un bene di consumo, un fattore di produzione (lavoro) (Fig. 1).

Il consumatore è visto anche come lavoratore, consumatore di tempo di riposo e fornitore di tempo di lavoro (L). Le trasformazioni del tempo di lavoro danno un certo « output » che è appunto il bene di consumo (y).

La funzione che lega le due ultime variabili si suppone sia a rendimenti decrescenti. Si determina così la frontiera delle possibilità produttive che delimita l'area di una gestione economica delle risorse. Essa viene così a rappresentare anche il margine delle transazioni possibili fra produttore e consumatore.

Il prelievo tributario può essere descritto da uno slittamento del sistema di assi, nel senso che una certa quantità di lavoro erogato viene esclusa dall'area di produzione privata per essere utilizzata per la produzione pubblica. Se lo Stato non è in grado di identificare e imporre le quantità di bene da attribuire al lavoratore come diretta contropartita del suo lavoro, allora si deve cercare una soluzione di « Second Best » che dovrà tenere conto del sistema di curve di indifferenza che esprime i gusti del consumatore e del suo vincolo di bilancio.

della teoria dell'imposizione ottimale per il suo « memorandum » non pubblicato per il tesoro USA (1951). Ma la linea in questione è ancorata alla non confrontabilità del benessere individuale, mentre Diamond-Mirrlees (1971) risolvono il problema di una società di più consumatori riallacciandosi direttamente al problema generale posto a Ramsey da Pigou. Sviluppi successivi su questa linea sono Diamond (1975), Mirrlees (1975), Atkinson e Stiglitz (1976).

Resta così determinato un luogo degli scambi. Confrontando ora le possibilità produttive con quelle del consumo, si può individuare un'area di scambi e produzioni compatibili.

Se si vuole ottenere il massimo benessere bisognerà scegliere il punto per il quale passa la curva di indifferenza con indice più alto.

La fig. 2 mostra che tale risultato può essere raggiunto con un trasferimento di reddito "lump-sum", un sussidio. Ma se le imposte "lump-sum" non sono fattibili, quali sono le migliori imposte distorsive che consentono di raccogliere il gettito richiesto?

Il risultato di D-M può essere esposto analiticamente, individuando esplicitamente la struttura di una ottima imposta. Non seguiremo qui esattamente la trattazione della II sezione del saggio, ma ne daremo una versione semplificata.

Ci si riferisce ad una funzione indiretta del benessere sociale. Si tratta di una espressione riferita non alle utilità dirette dei componenti il gruppo sociale, a loro volta funzioni di quantità di beni, ma alle funzioni indirette di utilità, dipendenti dai prezzi al consumo.

Se q sono questi prezzi, x le quantità, sarà quindi:

$$v(q) = (x(q)). \quad [1]$$

Ed è questa la funzione da massimizzare.

Si diano le seguenti definizioni:

$$v_k = \frac{\delta v}{\delta q_k} \quad [2]$$

$$u_i = \frac{\delta u}{\delta x_i} \quad [3]$$

Rispettivamente la variazione del benessere sociale al variare del prezzo di un bene k -esimo, e la variazione dell'utilità per l'individuo i -esimo al variare del suo consumo. Sia il vincolo di bilancio del consumatore:

$$\sum q_i x_i = 0 \quad [4]$$

Vediamo attraverso la differenziazione la relazione fra questo vincolo bilancio e variazioni nel prezzo q_k :

$$\sum \left(q_i \frac{\delta x_i}{\delta q_k} + x_i \frac{\delta q_i}{\delta q_k} \right) = 0 \quad [5]$$

Ciò equivale a dire che:

$$x_k + \sum q_i \frac{\delta x_i}{\delta q_k} = 0 \quad [6]$$

L'ipotesi implicita in questo passaggio, è che i prezzi siano fissi.

Infatti solo a questa condizione si può dire che $\sum \frac{\delta q_i}{\delta q_k} = 1$, cioè il vettore delle derivate parziali contiene tutti zero eccetto che per il k-esimo elemento, per cui:

$$\sum x_i = x_k$$

Questa ipotesi è piuttosto restrittiva e a certe condizioni può essere abbandonata, considerando casi di concorrenza imperfetta.

Procedendo oltre, noi sappiamo dalla teoria standard che in un punto estemale della funzione di benessere sociale si verificherà la eguaglianza delle utilità marginali ponderate:

$$u_i = \alpha q_i \quad [7]$$

dove α è una costante che può essere interpretata come utilità marginale del reddito.

Per sostituzione in [6] abbiamo

$$x_k + \sum \left(\frac{u_i}{\alpha} \frac{\delta x_i}{\delta q_k} \right) = 0 \quad [8]$$

e quindi

$$\sum \left(u_i \frac{\delta x_i}{\delta q_k} \right) = -\alpha x_k \quad [9]$$

Si è così stabilito che la sommatoria delle utilità marginali moltiplicate con la variazione del consumo in presenza di un piccolo aumento di un prezzo uguaglierà, nel punto di massimo, il valore sociale marginale del consumo del bene tassato (3).

(3) Il risultato può essere messo in relazione con la ben nota identità di Roy (cfr. ad es. Petretto, op. cit.).

Se differenziamo la funzione del benessere sociale [1] rispetto al vettore dei prezzi al consumo, otteniamo

$$\frac{\partial v}{\partial q} = \frac{\partial u}{\partial x} - \frac{\partial x}{\partial q} \quad [10]$$

cioè

$$\frac{\partial v}{\partial q} = u_i \frac{\partial x}{\partial q} \quad [11]$$

Dalla considerazione contemporanea della [9] e della [11] si ha ancora:

$$v_k = \sum u_i \frac{\partial x}{\partial q} = -\alpha x_k \quad [12]$$

uno Stato che si preoccupi di massimizzare il benessere economico della società, se assume che esso dipenda dalle utilità individuali, dovrà considerare che — al margine — la variazione del benessere al variare del prezzo di un bene eguaglia la somma delle utilità che gli individui traggono dal consumo del bene.

Abbiamo sin qui parlato di prezzi al consumo. Ma se introduciamo una divergenza fra prezzi finali e prezzi di produzione ($q_i - p_i = t_i$) che cosa accadrà nel modello?

D-M dimostrano che ciò non comporta automaticamente la necessità di abbandonare l'efficienza produttiva di un settore (quello pubblico, per esempio), segnalata dalla coincidenza di prezzi ombra e prezzi alla produzione.

In equilibrio generale non c'è bisogno di esprimere come una condizione indipendente il vincolo di bilancio del settore pubblico

$$\sum t_i x_i + \sum p_i z_i = 0,$$

dove z è il vettore dei beni pubblici: infatti la « legge di Walras » sull'equilibrio dei mercati ci consente di limitare l'analisi ai restanti $(n-1)$ settori.

Con questa fondamentale ipotesi walrasiana D-M ottengono il loro celebre risultato, la cui formulazione verrà fornita nella parte II dell'articolo (« Tax Rules »). In realtà, essa consegue automaticamente dalla massimazione della funzione indiretta del benessere, in cui i prezzi di produzione siano dati rigidamente da una funzione tecnologica, mentre quelli al consumo siano liberi di variare sotto il vin-

colo di un ammontare ottimale di beni pubblici e di beni di consumo, rispettando le condizioni di bilancio di cui sopra.

Si debbono scegliere cioè valori dei prezzi al consumo $q^2 \dots q^n$ e quantità di beni pubblici $z^2 \dots z^n$ tali da massimizzare il benessere sociale indiretto $v(q)$ in presenza del vincolo (4):

$$x_1(Q) = f(x_2(q) - z_2, \dots, x_n(q) - z_n) - (g(z_2, \dots, z_n)). \quad [13]$$

Usando il metodo dei moltiplicatori di Lagrange e differenziando rispetto al prezzo q riferito al consumo del bene k , otteniamo:

$$v_k = \lambda \left(\frac{\delta x_i}{\delta q_k} - \sum_{i=2}^n f_i \frac{\delta x_i}{\delta q_k} \right) \quad [14]$$

A questo punto, reintroducendo esplicitamente i prezzi di produzione, che dipendono dalle funzioni tecnologiche, abbiamo:

$$v_k = \sum p_i \frac{\delta x_i}{\delta q_k} \quad [15]$$

3. — L'imposta indiretta ottimale

Siamo ora in possesso di tutti gli elementi necessari per descrivere esplicitamente una imposta indiretta che non alteri le fondamentali equivalenze paretiane.

Nell'espressione precedente si è messo in relazione prezzi al consumo e prezzi di produzione, tra i quali vale la relazione $p_i \cdot t_i = q_i$. In altri termini le quantità consumate potranno essere espresse come $x_i(p_i + t_i)$. Se i prezzi di produzione sono dati, la variazione marginale della domanda di consumo al variare del prezzo corrispondente, sarà uguale al rapporto fra variazione della domanda e variazione del tasso d'imposta. Si ha quindi sostituendo nella [15] :

$$v_k = - \lambda \frac{\delta (\sum t_i x_i)}{\delta t_k} \quad [16]$$

stabilisce che deve esistere una costante di proporzionalità fra l'utilità marginale per la collettività di un cambiamento nel prezzo di un

(4) Si pone arbitrariamente un numerario non tassato, tale che $p_1 = q_1 = 1$.

bene di consumo ed il gettito fiscale $\Sigma t_i x_i = \Sigma q_i x_i - \Sigma p_i x_i$
derivante da un cambiamento nel tasso d'imposta sul bene.

In particolare, per una funzione del benessere individualistica si avrà

$$x_k / \frac{\delta(\Sigma t_i x_i)}{\delta t_k} = \frac{\lambda}{\alpha} \quad [17]$$

Cioè: può essere individuata una costante di proporzionalità che il Governo deve rispettare per tutti i beni, nel rapporto fra domanda di un bene e gettito marginale di un'imposta su quel bene.

« *L'impatto di un aumento dell'imposta sul benessere sociale è proporzionale al cambiamento indotto nel gettito tributario (il tutto calcolato a prezzi di produzione fissi)* » (Diamond-Mirrlees, op. cit., Part II pag. 261).

Questo fondamentale risultato consentirebbe quindi di andare oltre il tradizionale approccio degli economisti del benessere alla finanza pubblica di *first-best* che considerava non distorsiva solo la *lump-sum tax*, e di fornire una esplicita soluzione « costruttiva » di second-best.

Si osservi inoltre che l'imposta indiretta ottimale non si applica ai beni intermedi, rispetto ai quali non si vede l'utilità dell'imposizione, che altererebbe l'efficienza produttiva. Infatti il gettito richiesto può più efficacemente essere raccolto al momento finale.

Nemmeno il problema della non imponibilità di un settore disturberà molto. Sarà infatti sufficiente considerare i produttori come consumatori per eliminare il problema (ad esempio l'agricoltura per prevalente autoconsumo: nel qual caso tuttalpiù si potrà aggiungere una imposta sulla terra o sul prodotto invece che sulle transazioni).

Gli autori vedono in questo risultato qualcosa di più di una stilizzazione di teoria pura. Essi affermano anzi che le informazioni di cui il pianificatore dovrebbe disporre per rispettare il risultato anzidetto non sembrano eccessive rispetto alle possibilità di rilevazione di dati da parte di uno Stato avanzato.

Ma ricordiamo ancora una volta che tutto ciò presuppone rendimenti costanti di scala nelle imprese e equilibrio sui mercati.

4. — *Calcolo dell'imposta*

Nella seconda parte del loro saggio, D-M affrontano il problema del calcolo del tasso di imposta ottimale. Il problema può essere discusso in forma grafica (Fig. 3).

Sia x_1 un bene di consumo e y un bene numerario. Sugli assi sono rappresentate le quantità di questi beni. Si definisce così un sistema di coordinate in cui può essere tracciato per proiezione un sistema ordinale di curve di indifferenza I_1, I_2 , ecc.

Il tratto OA_2 rappresenti il reddito disponibile per un individuo. L'angolo α rappresenta il prezzo relativo del bene di consumo e $A_1 A_2$ la retta di bilancio del consumatore che ha inclinazione pari al prezzo ed intercetta il reddito reale. P rappresenta l'ottimo paretiano per il consumatore. Cosa accadrà se una imposta sul bene x_1 aumenterà l'inclinazione, a parità di reddito, della retta di bilancio (se si tratta di sussidio avremo una *minore* inclinazione)? Facendo ruotare la retta di bilancio e tenendo fissa l'intercetta in A_2 , otterremo una serie di nuovi punti di Pareto, il cui luogo è la curva PP_1 .

Si dimostra, per sistemi omotetici di curve convesse, che il luogo PP_1 è approssimativamente la risultante di due vettori: di cui uno è PP_2 luogo di punti paretiani a parità di prezzo, ma con variazione del reddito, e di uno scorrimento sulla $A_1 A_2$ degli ottimi che corrisponde ad una traslazione del sistema di gusti, a parità di prezzi e reddito (compensazione). Questa decomposizione degli effetti dell'imposta indiretta può essere vista analiticamente. Si ricordi l'equazione di Slutsky:

$$\frac{\delta x_i}{\delta q_k} = s_{ik} - x_k \frac{\delta x_i}{\delta I} \quad [18]$$

Il limite della variazione del consumo al variare del prezzo si compone di un termine s_{ik} che è la matrice delle derivate parziali della curva di domanda compensata e di un secondo termine che rappresenta la domanda marginale non compensata del bene rispetto al reddito. Ricordando la [16] precedente sull'imposta ottimale, si perviene dopo vari passaggi al seguente risultato già anticipato da Samuelson, cfr. nota (2):

$$\theta x_k = \sum s_{ki} t_i \quad [19]$$

il cui significato economico è che la variazione nella domanda del bene k in seguito ad una piccola variazione di t , per prezzi alla produzione fissi, è pari al prodotto dell'imposta specifica per il termine simmetrico dell'equazione di Slutsky $s_{ki} = s_{ik}$.

Ciò implica che la variazione della domanda risultante deve essere esattamente quella che si avrebbe se il consumatore venisse compensato per la misura fiscale e le derivate della curva di domanda rimanessero costanti nell'intorno dell'ottimo.

Per imposte ottimali abbastanza piccole, ciò implica ancora, che il tasso di imposta ottimale è all'incirca quello che eguaglia le variazioni percentuali delle domande compensate.

Ovviamente quindi, il tasso di imposta ottimale, non è uniforme, ma differenziato.

5. — *Economia di molti consumatori*

Passando ad un'economia di $h=1, \dots, H$ consumatori, si supponga una funzione del benessere sociale Bergson-Samuelson individualistica:

$$V(q) = w(v^1(q), v^2(q) \dots v^n(q)). \quad [20]$$

Differenziando per q si ottiene una espressione un po' più complessa della [12]:

$$V_k = \sum_h \frac{\delta w}{\delta u^h} v_k^h = - \sum_h \frac{\delta w}{\delta u^h} \alpha^h x_k^h \quad [21]$$

e $\delta w / \delta u^h$ è la derivata parziale della funzione del benessere sociale e in cui α^h è l'utilità marginale del reddito per il consumatore h -esimo, rispetto al benessere individuale dello stesso consumatore.

Ponendo:

$$\beta^h = \frac{\delta w}{\delta u^h} \alpha^h \quad [22]$$

si definisce il coefficiente delle preferenze distributive, l'incremento marginale del benessere sociale in relazione a un incremento del reddito del consumatore h . Sostituendo la [22] nella [21] si ha un'immediata estensione della [16]:

$$\sum_h \beta^h x_k^h = \lambda \frac{\delta \sum_i t_i X_i}{\delta t_k} \quad [23]$$

In questo caso deve esservi proporzionalità costante fra variazione marginale nel gettito e domande di consumo ponderate con i coefficienti distributivi.

Questo è chiaramente un risultato che consente un reale passo avanti della teoria rispetto a quanto era già stato trovato da altri autori, in particolare da Ramsey, per il caso di una economia di un consumatore equivalente.

Lo stesso Pigou, in una pagina di « *A Study in Public Finance* » aveva osservato a riguardo che il risultato di Ramsey andava integrato con considerazioni distributive: occorreranno 50 anni perché questo filone riemergea dall'ostracismo originato dalla discussione sui confronti interpersonali di utilità (5).

Si osservi che la [23] implica espliciti confronti di questo tipo, sintetizzati nei coefficienti β^h , i quali debbono essere calcolati sulla base di precise ipotesi sulla forma della funzione del benessere sociale.

Si tolga questo, e il risultato crolla, a meno di non fare l'ipotesi, ovviamente priva di significato concreto, che i consumatori si possano ridurre a un tipo omogeneo, come nella trattazione precedente.

Questo punto è introdotto nella trattazione da Diamond e Mirrlees quasi in sordina, come operazione ovvia e che non richiede commenti. Oggi ci è più chiaro invece che con questo approccio l'economia pubblica, benché ancora cautamente, torna a porsi il problema della esplicitazione dei giudizi di valore su cui si fonda l'intervento dei governi.

Ad esempio, se l'utilità sociale marginale del reddito è la stessa per tutti gli h individui, diciamo β , il tasso di imposta indiretta ottimale è uniforme, sotto l'ipotesi generale sulla funzione del benessere sociale individualistica, ed è:

$$\frac{q^h}{p^h} = \frac{\lambda}{\beta} \quad [24]$$

Questo semplicemente dice che se non vi sono preoccupazioni distributive il tasso ottimale di imposta è uniforme per tutti i beni,

(5) Su questa questione sia consentito rinviare al capitolo introduttivo di Florio (1991).

in quanto non contano più le differenze nella allocazione personale dei consumi, e questo tasso è pari al rapporto fra valore sociale del reddito del settore pubblico e valore sociale del reddito del settore privato, i due parametri *politici* che caratterizzano la massimizzazione del benessere sociale.

6. Commenti conclusivi

Senza dubbio Diamond, Mirrlees (1971) resterà a lungo il punto di riferimento di una nuova fase della teoria della finanza pubblica. Proprio per questo è importante comprenderne il nucleo analitico centrale, anche a costo di trascurare in prima approssimazione possibili diramazioni collaterali del discorso.

Ho cercato di mettere in luce qual è questo nucleo. Visto così, l'approccio di D-M mostra di reggersi su un certo numero di ipotesi restrittive, che vanno evidenziate per evitare, come talvolta sembra accadere agli stessi autori, di inferire implicazioni di politica tributaria troppo forti:

a) è evidente che la teoria formulata sotto condizioni di equilibrio walrasiano, non può essere *sic et simpliciter* estesa a condizioni di equilibrio non walrasiano. Se l'economia si trova in fondamentale squilibrio, ad esempio se il settore estero non è equilibrato dal tasso di cambio, ma vi sono restrizioni commerciali o valutarie, o vi sono altri settori per i quali vi è razionamento, le condizioni di ottimo debbono includere esplicitamente il vincolo sul settore in questione.

L'equilibrio walrasiano è implicito nell'idea che il beneficio sociale al margine del gettito tributario uguagli la domanda spazzata del settore privato. Non vi è così posto, in questo ambiente, per la considerazione della imposizione indiretta (e di altro tipo) in relazione a obiettivi di riequilibrio macroeconomico.

Questa è una restrizione importante se non si condivide l'idea classica che il mondo reale tenda verso l'equilibrio, per cui il disequilibrio è intrinsecamente temporaneo;

b) in secondo luogo, gran parte dei problemi relativi al modello di concorrenza perfetta si riverberano sulla soluzione trovata da D-M nell'ipotesi di prezzi alla produzione fissi;

L'esistenza di alcuni mercati caratterizzati da monopolio o altra forma di concorrenza imperfetta richiede una revisione dei risultati ottenuti per la determinazione dell'imposta ottimale;

c) vi sono inoltre un certo numero di ipotesi standard sulle funzioni degli agenti che D-M mutuano dall'analisi di equilibrio generale à la *Arrow-Debreu* e che mal si conciliano con l'indicazione di ricette di politica tributaria relative al mondo reale, con le sue discontinuità, incertezza, ecc.;

d) D-M riconoscono che non avendo essi considerato i costi di amministrazione per un sistema di imposizione ottimale, le loro conclusioni potrebbero esserne influenzate. In effetti questo è molto più importante di quanto non sembri a prima vista. Infatti se di per sé la rinuncia a una uniformità sul tasso di imposta sui beni è costosa in termini informativi, non è ancora questo il problema cruciale: in un dato orizzonte temporale le curve di domanda dei beni da parte degli agenti si modificano e quindi anche i valori dei tassi d'imposta andrebbero modificati conseguentemente. La struttura dei tassi varia quindi nel tempo. Ma poiché in un contesto intertemporale le funzioni di domanda sono influenzate anche dalle aspettative sui prezzi futuri, le cose si possono fare piuttosto complicate, anche supponendo informazione completa da parte del governo sul comportamento degli agenti. Si potrebbe forse sospettare che, in presenza di simmetria informativa fra governo e contribuenti e in un modello dinamico, la tematica delle aspettative razionali sia qui di qualche rilievo (6).

e) un chiaro esempio di implicazioni troppo forti della analisi è l'argomentazione in favore dell'uso di un tasso di interesse nelle decisioni di investimento pubblico tale da uguagliare tassi marginali di trasformazione nel settore pubblico e nel settore privato.

Se in una economia mista si osserva divergenza per tassi marginali di sostituzione e di trasformazione e il governo non è in grado di manovrare l'economia in direzione di un ottimo paretiano, si deve valutare se il tasso da utilizzare nelle decisioni del settore pubblico debba essere tale da condurre il settore verso l'efficienza produttiva

(6) Un campo oggi in effervescenza, ma ancora avaro di risultati, è quello della ricerca di imposte ottimali in condizioni di incertezza (Laffont, 1988).

e meno. Per D-M anche nel mondo di *second best* descritto l'efficienza produttiva nel settore pubblico resta desiderabile. Quindi il governo deve usare lo stesso tasso di interesse del settore privato.

Questa conclusione « pratica » tuttavia non convincerà chi osservi che, se l'economia è in disequilibrio, l'investimento pubblico ha effetti moltiplicativi, oppure che se vi sono mercati imperfetti, rendimenti decrescenti, incertezza nel settore privato, l'efficienza produttiva in questo settore e il relativo tasso marginale di trasformazione non corrispondono all'ottimo sociale.

In certi casi, quindi, sia per il settore pubblico che per il settore privato, si tratta di studiare politiche deliberatamente « inefficienti » (o meglio, inefficienti se valutate a prezzi distorti, ed efficienti se valutate a prezzi ombra, che correggono distorsioni dei mercati e squilibri).

Ma tali prezzi ombra non sono in generale quelli presupposti da D-M con l'ipotesi di prezzi alla produzione fissi (o con altre ipotesi equivalenti). Ad esempio, il tasso sociale di sconto potrebbe essere inferiore a quello privato.

Ad una rilettura attenta, svolta con l'occhio del dibattito successivo, il contributo di Diamond e Mirrlees resta un eccellente progresso per la teoria dell'economia pubblica, ma forse più sotto il profilo metodologico che per le implicazioni di politica tributaria, che necessariamente hanno a che vedere con un mondo più complesso (7).

Per queste ultime c'è ancora molto lavoro da fare.

(7) Come ha recentemente riconosciuto TONY ATKINSON (1989) nel suo *Presidential Address* alla European Economic Association, un aspetto cruciale di questa complessità è la pluralità di obiettivi, oltre al conflitto fra le diverse parti sociali. In questo campo la teoria dell'imposizione ottimale è ancora in uno stadio primitivo.

BIBLIOGRAFIA

- ATKINSON A.B. (1989), *Public Economics and the economic public*, in *Tidi Papers*, n. 135, London School of Economics.
- ATKINSON A.B., STIGLITZ J.E., (1976), *The design of tax structure: direct versus indirect taxation*, *Journal of Public Economics*, n. 6.
- ATKINSON A.B., STIGLITZ J.E., (1980), *Lectures on public economics*, Maidenhead, Mc Graw Hill.
- BOITEUX M., (1956), *Sur la gestion des monopoles publics astreints à l'équilibre budgétaire*, in *Econometrica* n. 24.
- DIAMOND P., (1975), *A many-person tax rules*, in *Journal of Public Economics* n. 4.
- FLORIO M., (1990), *Economia del benessere in regime di disequilibrio generale*, Franco Angeli, Milano, 1991.
- LAFFONT J.J., (1988), *Fundamentals of public economics*, MIT Press, Cambridge (Mass.).
- MIRRELES J.A., (1975) *Optimal commodity taxation i na two-class economy*, in *Journal of Public Economics* n. 4.
- PETRETTO A., (1987), *Manuale di economia pubblica*, Il Mulino, Bologna.
- RAMSEY F.P., (1927), *A Contribution to the theory of taxation*, in *Economic Journal* n. 37.

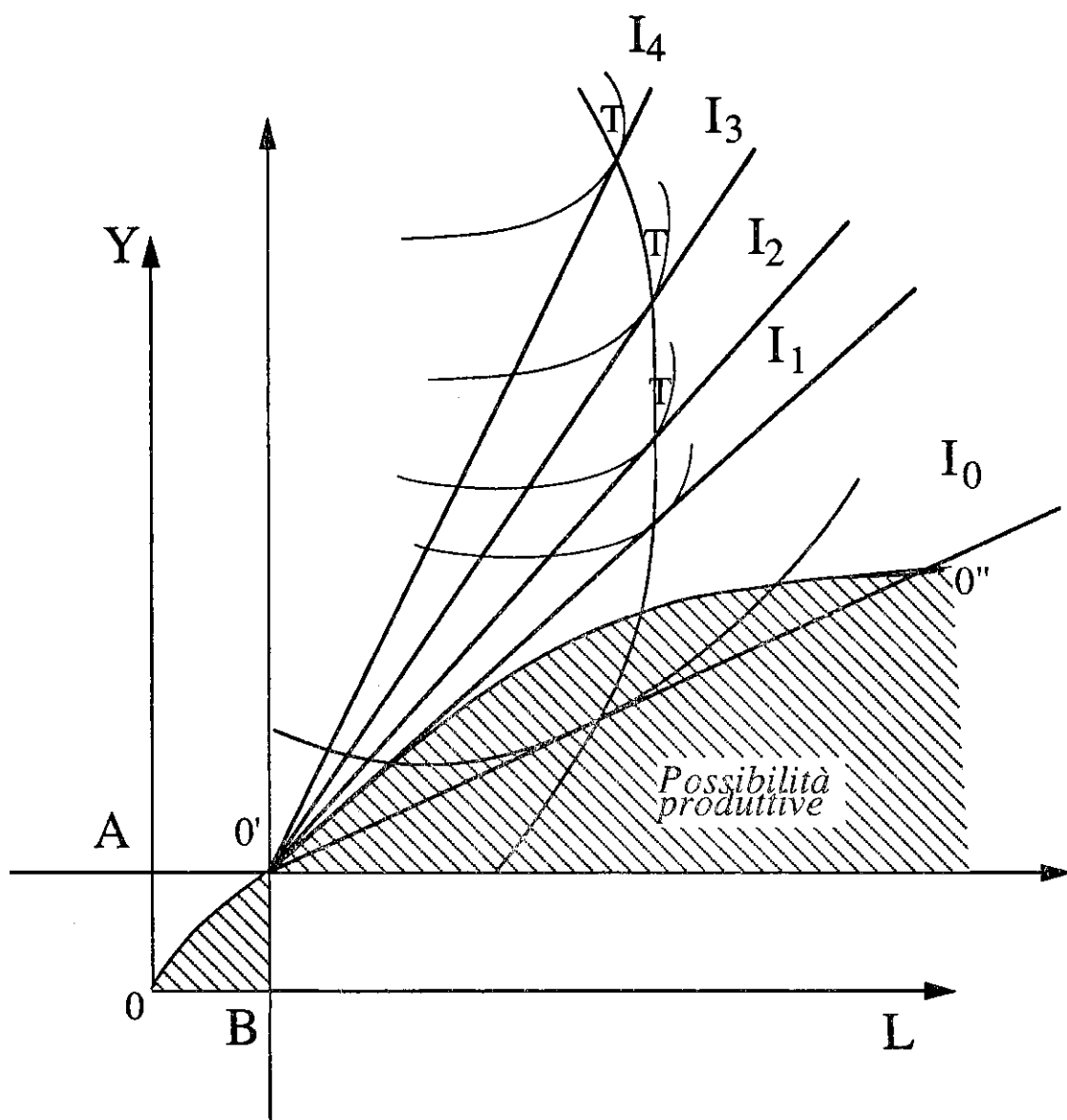


FIGURA 1 — Economia di un consumatore equivalente: curve di indifferenza fra consumo e lavoro, frontiera delle possibilità produttive, luogo degli scambi in corrispondenza dei diversi prezzi relativi

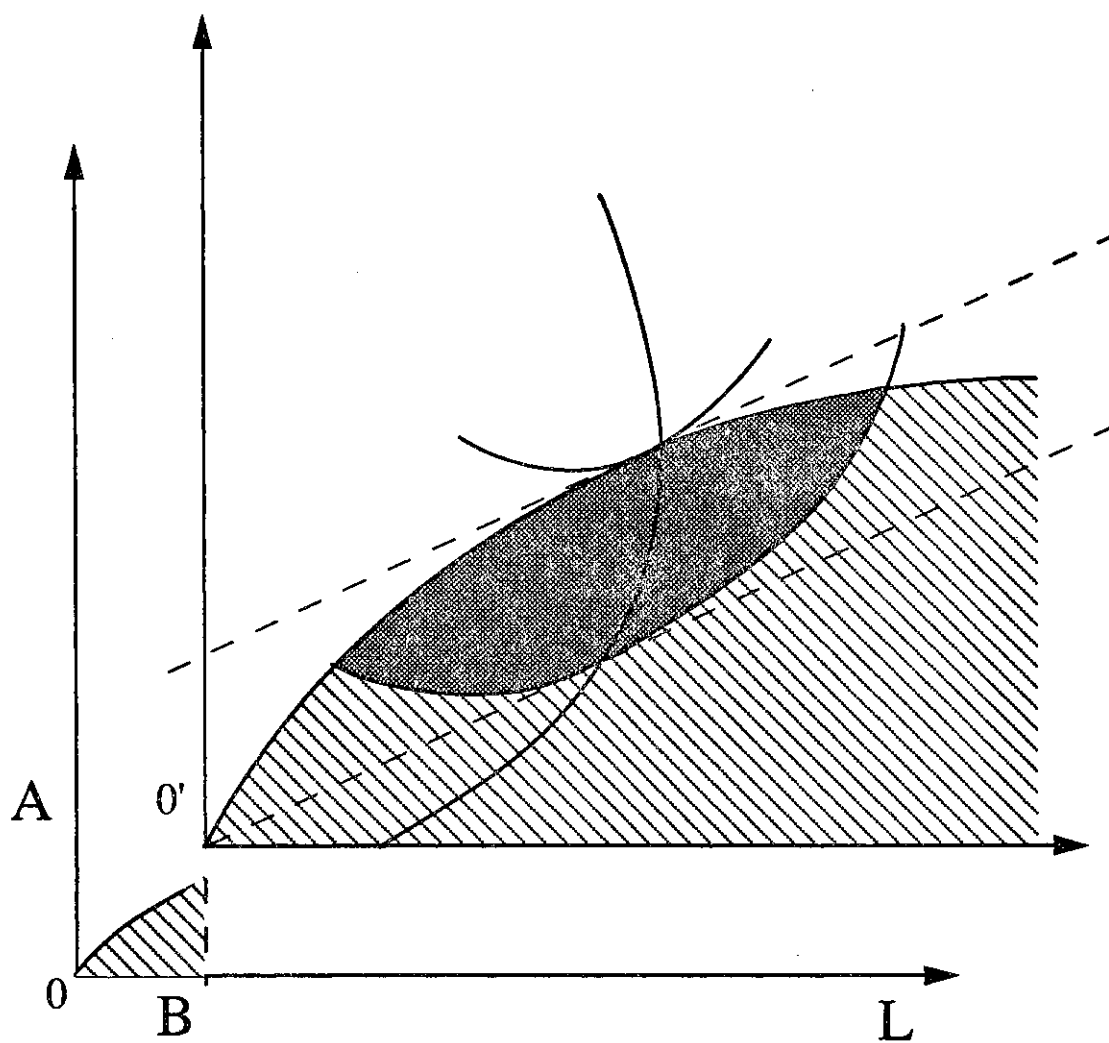


FIGURA 2 — Economia di un consumatore equivalente: copertura del fabbisogno del settore pubblico per mezzo di imposte in somma fissa

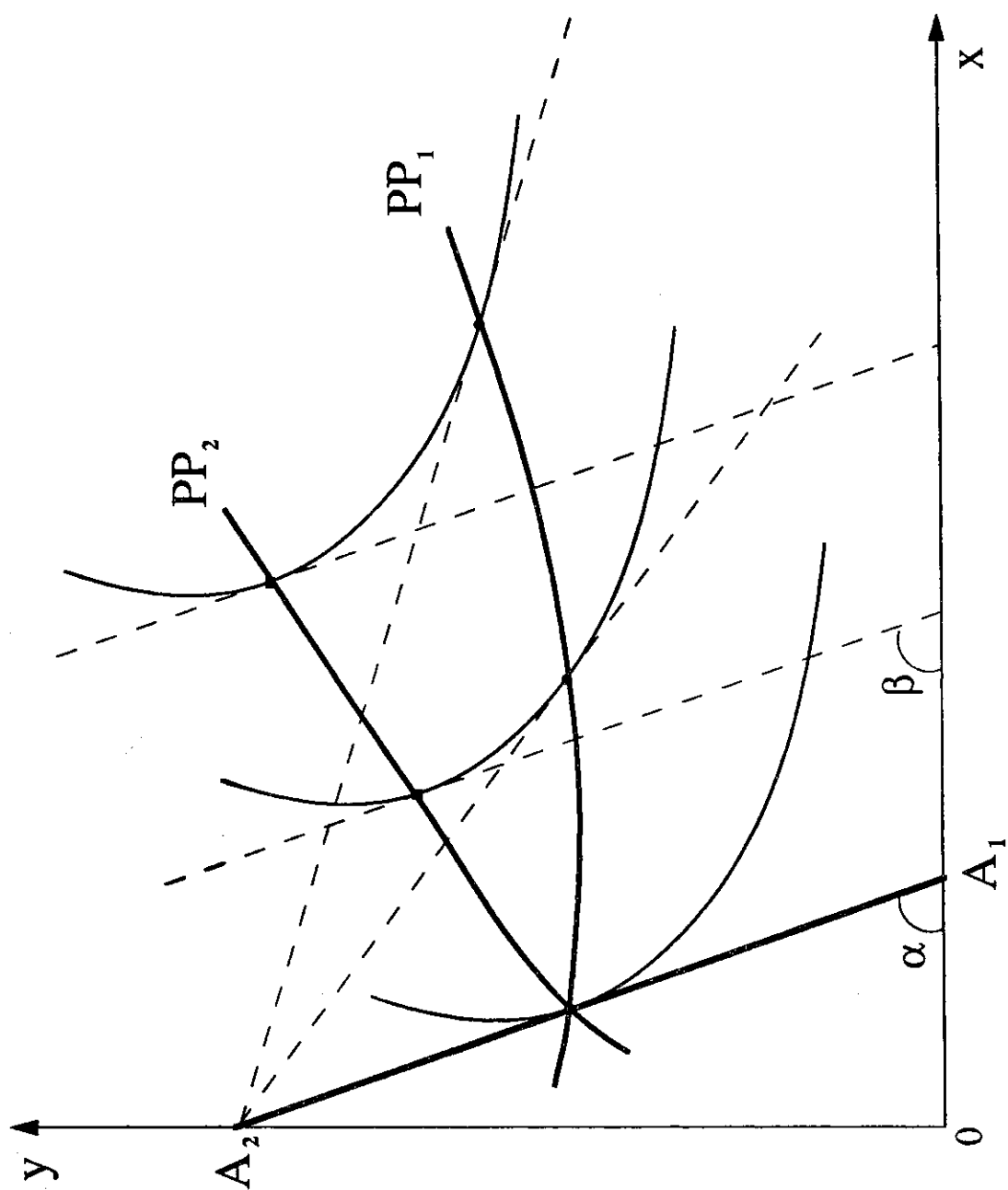


FIGURA 3 — Economia di un consumatore equivalente:
imposizione indiretta ottimale

GRAZIELLA FORNENGO

LE IMPLICAZIONI DELLE NUOVE TECNOLOGIE
DELL'INFORMAZIONE SULLA LOCALIZZAZIONE
DELLE ATTIVITÀ MANIFATTURIERE E DI SERVIZIO

Rielaborazione della relazione presentata nella sessione introduttiva della IX Conferenza annuale dell' AISRE (Associazione Italiana di Scienze Regionali), tenuta a Torino il 27-28 novembre 1988.

1. *Premessa*

I mutamenti strutturali dell'economia degli anni ottanta sono in larga misura frutto della cosiddetta rivoluzione informatica, che ha portato ad uno straordinario abbassamento dei costi della memorizzazione, elaborazione e trasmissione delle informazioni.

Questa rivoluzione tecnologica, che è stata resa possibile dalla combinazione di microelettronica, computer e telecomunicazioni ha cominciato a diffondersi nella maggior parte dei settori industriali e del terziario con lo sviluppo del microprocessore negli anni '70 ma solo negli anni '80 ha iniziato a esercitare un impatto su ogni settore industriale, con profonde trasformazioni sia nelle figure professionali richieste sia sulla struttura dei costi e sulle prospettive di crescita e sulle scelte localizzative delle imprese.

Infatti l'introduzione della microelettronica aumentò notevolmente la capacità di memoria e l'affidabilità e soprattutto ridusse drasticamente i costi dei calcolatori, rendendo più accessibile anche a entità organizzative di minori dimensioni l'impiego delle nuove macchine; con l'introduzione dei periferici e di terminali con capacità di calcolo locale le applicazioni aumentarono ulteriormente.

Ma solo il contemporaneo sviluppo delle telecomunicazioni, che permette di accedere alle capacità di calcolo e di memoria anche da destinazioni remote (riducendo i costi e aumentando l'affidabilità della trasmissione dati attraverso le normali linee telefoniche con le tecniche di commutazione di pacchetto "packet switching"), ha consentito lo sviluppo di reti telematiche. E in futuro l'integrazione delle tecniche di commutazione e di trasmissione numeriche nelle reti ISDN (Integrated Service Digital Network) consentirà ulteriori riduzioni di costi, mentre l'impiego di fibre ottiche aumenterà notevolmente la capacità delle reti.

Attraverso reti locali, nazionali e internazionali diventerà così possibile interconnettere individui e macchine che stanno nelle sedi

più disparate e fisicamente lontane fra di loro a costi contenuti, offrendo anche una serie di servizi addizionali oggi comunemente denominati servizi a valore aggiunto.

E bene ricordare che molte di queste possibilità di collegamento sono appena oggi in una fase sperimentale — soprattutto in Italia dove una rete ISDN si avrà probabilmente entro il 2000 — ma che già le opportunità offerte dalle tecniche esistenti hanno consentito di creare reti locali (LAN o Local Area Network) e internazionali (WAN o Wide Area Networks) che si caratterizzano dunque come insiemi di infrastrutture fisiche (hardware) di elaborazione e di comunicazione e di procedure applicative (software) per permettere lo scambio di informazioni in varia forma (dati, suoni, immagini).

2. *Aspetti economici*

Il passaggio dalle isole di automazione ai sistemi integrati modifica profondamente gli effetti economici e spaziali delle nuove tecnologie dell'informazione.

Infatti dapprima l'applicazione delle nuove tecnologie ai processi produttivi sembra essenzialmente aumentare le possibilità di produzione flessibile, la competitività di unità produttive di minori dimensioni e per questa via il trionfo dei sistemi produttivi locali. Ma vi sono dei limiti a questa tendenza: la flessibilità consentita da macchine utensili a controllo numerico, indubbiamente rende conveniente la produzione per lotti anche piccoli e pertanto favorisce la possibilità di automazione delle piccole unità. Ma quando si passa a interconnettere le macchine in un FMS (Flexible Manufacturing System) o addirittura in Flexible transfert lines, o si utilizzano robots le applicazioni delle nuove tecnologie dell'informazione diventano costose (anche a causa del software coinvolto) e i lotti di produzione minima sono ben lontani dall'essere tanto piccoli, cosicché solo le medie o addirittura le grandi imprese possono trovare convenienti queste applicazioni. Inoltre anche quando l'aumento di flessibilità si traduce nella riduzione della dimensione delle unità produttive efficienti, che usano macchinari flessibili per servire segmenti di mercato specializzati o svolgere singole lavorazioni, non necessariamente si tratta di piccole imprese autonome, ma spesso di unità produttive di grandi imprese.

Ancor più aumentano le convenienze dell'applicazione delle nuove tecnologie dell'informazione alle grandi imprese quando l'accresciuta capacità di interfacciarsi fra attrezzature automatiche di produzione e di ufficio consente di collegare i calcolatori di processo con l'office automatico stabilendo il collegamento fra CAM (Computer Aided Manufacturing) e CAD (Computer Aided Design) nel CIM (Computer Integrated Manufacturing) cambiando radicalmente le caratteristiche delle attività produttive. Ma anche senza far riferimento a queste possibilità, per ora oggetto di sperimentazione presso poche grandi imprese, giova rilevare che la semplice possibilità di interconnessione tra i calcolatori delle diverse unità operative (stabilimenti, uffici, punti di vendita) ha già offerto alle grandi imprese la possibilità di cogliere molti vantaggi dalle nuove reti telematiche. Comunicando on line le informazioni sulle caratteristiche della domanda (in termini di qualità e quantità) alle unità produttive e ottenendo da queste le caratteristiche di qualità e quantità dei fabbisogni di prodotti intermedi da trasmettere (sempre in rete) ai fornitori, si sono ottenute le drastiche riduzioni di scorte di prodotti intermedi e finali e quindi quei risparmi di capitale circolante che sono stati conseguiti dalle grandi imprese negli ultimi anni.

L'organizzazione delle imprese e della struttura industriale viene modificata dall'introduzione di queste nuove tecnologie grazie alla possibilità che esse offrono di interconnessione — e quindi di colloquio diretto — fra le macchine, sia all'interno delle singole unità produttive sia fra unità produttive diverse all'interno della stessa impresa o della stessa area o di qualsivoglia altro insieme di imprese collegato attraverso una rete telematica. Per queste loro caratteristiche le nuove reti telematiche hanno importanza non solo per le innovazioni tecnologiche — di prodotto e di processo — che esse ingenerano all'interno delle attività produttive, ma ne hanno soprattutto — e questo è il loro carattere distintivo — per le innovazioni organizzative che esse determinano e dalle quali si è in grado di ottenere aumenti di produttività (riduzioni di costi) anche più consistenti di quelli derivanti dagli aumenti di produttività del lavoro e del capitale fisso connessi alla diffusione di singole unità di automazione nelle fabbriche e negli uffici (1).

(1) Cfr. FORNENGO, in ANTONELLI ed. (1988) e ENRIETTI, FOLLIS, FORNENGO (1988).

Si tratta infatti di innovazioni nella logistica, cioè di sistemi atti a ottimizzare (controllare) attraverso le moderne tecniche di comunicazione, diffusione, elaborazione e immagazzinamento di informazioni, i flussi di beni e servizi. All'interno dell'impresa i nuovi sistemi consentono di comunicare in tempo reale le informazioni opportunamente elaborate non solo fra le varie unità, ma fra queste e la direzione, rendono più semplice la funzione di coordinamento: diventa possibile ampliare le dimensioni dell'impresa senza incorrere nei rischi di rendimenti decrescenti (o costi crescenti) di questa funzione.

I costi di coordinamento sono per lungo tempo stati considerati un fattore limitativo della crescita delle dimensioni aziendali — cioè della massa di attività economiche controllate all'interno di una singola organizzazione — anche quando le economie di scala tecniche avrebbero imposto il ricorso a dimensioni più ampie. Ma la riduzione di questi costi derivante dall'introduzione delle nuove tecnologie dell'informazione consente di ampliare la dimensione ottimale dell'impresa, che viene congiuntamente determinata e da ragioni tecniche — che determinano la scala minima efficiente delle singole funzioni svolte — e da ragioni organizzative — che determinano la dimensione minima efficiente dell'organizzazione (impresa). Il coordinamento delle attività economiche, che poteva avvenire attraverso il mercato e il sistema dei prezzi fra unità produttive specializzate nella produzione di beni e servizi, si attua allora all'interno dell'organizzazione gerarchica che è costituita dall'impresa, quanto più si riducono i costi di coordinamento, vale a dire i costi di raccolta, di trasmissione e elaborazione delle informazioni rilevanti fra le unità produttive indipendenti e il costo del controllo dell'attività svolta da ciascuno di esse, che richiede la raccolta di informazioni sulle loro prestazioni (attraverso il sistema contabile) rispetto ai costi di transazione, cioè i costi del ricorso al mercato.

Le nuove tecnologie dell'informazione hanno precisamente la caratteristica di influire oltre che sulle modalità di svolgimento della produzione di beni e servizi all'interno delle singole unità produttive, sulla funzione di coordinamento dell'attività di diverse unità produttive. Per questa via esse influiscono sulla produttività dell'impresa anche più di quanto non avvenga per la produttività della singola unità produttiva.

In quest'ultima esse comportano, essenzialmente innovazioni

di prodotto o di processo, al livello dell'impresa esse si manifestano in innovazioni organizzative.

Le esigenze informative (il contenuto di informazione) delle attività di coordinamento interno all'organizzazione è infatti assai elevato e riguarda tanto l'interno dell'organizzazione quanto l'esterno di essa (l'ambiente). Di conseguenza tutte le innovazioni in grado di influenzare le condizioni di memorizzazione, trasmissione, elaborazione delle informazioni sono in grado di ridurre i costi di coordinamento più dei costi di transazione. Ciò spiega perché le nuove tecnologie dell'informazione, che comportano l'uso di reti telematiche per la creazione di sistemi logistici integrati, vengono introdotte dapprima all'interno delle grandi imprese e le reti interne alle imprese si diffondono più rapidamente di quelle fra imprese, che pure esistono o per interconnettere imprese che operano sullo stesso mercato finale (è il caso delle connessioni interbancarie attraverso la rete SWIFT) o fra le imprese collocate a vari stadi della catena verticale che va dalla produzione al mercato o ancora che semplicemente utilizzano un servizio di rete fornito da terzi (es. GEISCO).

Il caso dei collegamenti verticali è certamente il più frequente, ma rappresenta per lo più la semplice estensione della rete telematica interna dell'impresa, che viene così ad ampliare i confini della organizzazione definiti dal puro controllo proprietario per estendersi a clienti e fornitori. I vantaggi dell'innovazione logistica diventano infatti ancor più apprezzabili quando si sia collegati direttamente con il mercato — ottenendo una maggiore corrispondenza del prodotto alle caratteristiche non solo quantitative ma anche qualitative della domanda — e con i fornitori, spingendo la riduzione delle scorte fino al limite dello zero stock o della produzione just in time.

Ma i vantaggi dell'adesione alla rete dipendono per ciascuna impresa (unità produttiva) dal numero delle imprese (unità produttive) che vi sono collegate: come hanno in vari lavori sottolineato Katz e Shapiro (2). Esistono infatti nella rete esternalità di consumo tali da determinare una netta preferenza per le reti già esistenti.

Infatti il collegamento alla rete impone a ciascuna impresa (unità produttiva) dei costi che riguardano tanto l'hardware (apparec-

(2) Cfr. KATZ e SHAPIRO 1985 e 1986.

chiature specifiche di connessione e uso delle infrastrutture di comunicazione) ma anche e soprattutto il software (acquisizione delle competenze e delle procedure necessarie per comunicare attraverso l'adozione di uno standard comune di protocolli di comunicazione, che assicura l'omogeneità dei partecipanti e consente appunto gli scambi di informazioni ma può comportare modifiche anche rilevanti nelle procedure già esistenti per gli acquisti e le vendite, la contabilità, i flussi finanziari. Le difficoltà che finora si sono incontrate nella definizione di uno standard unico a livello internazionale per le reti pubbliche telematiche spiegano al momento la diffusione di reti private (in cui il costo di elaborazione dello standard è sostenuto dalla impresa sponsorizzatrice).

3. *Aspetti spaziali*

Occorre anzitutto rilevare che l'integrazione dell'informatica nella telematica è appena nella fase iniziale, per cui molte delle innovazioni di cui si sta parlando stanno appena cominciando a diffondersi: si tratta di innovazioni « invisibili », nel senso che esse riguardano essenzialmente la comunicazione di informazioni tra persone, tra macchine e tra persone e macchine.

L'evidenza empirica mostra che vi sono disparità nell'adozione delle reti a seconda che ci si riferisca a attività manifatturiere o di servizio e che nell'analisi degli effetti spaziali occorre distinguere fra reti intracompany e intercompany, fra reti locali o LAN (Local Area Networks) e globali (World Area Networks). Sulla base degli studi finora disponibili (3) sembra potersi affermare che le nuove tecnologie dell'informazione influiscono diversamente sulla localizzazione delle imprese a seconda che esse diano luogo a singole unità di automazione (e a sistemi integrati su scala locale) o a sistemi integrati su scala nazionale e internazionale.

Secondo Freeman e Soete (4) le nuove tecnologie dell'informazione « permettono di separare le fasi della produzione da quelle della commercializzazione, del controllo dell'amministrazione, della progettazione, della direzione e del marketing. Ciò offre margini reali

(3) Cfr. TELOS (1986).

(4) Cfr. FREEMAN-SOETE (1986).

per una rilocalizzazione spaziale delle attività produttive per un'ampia gamma di occupazioni. Si tratta persino di sperimentare allo interno delle mura domestiche le possibilità del telelavoro ». E in effetti in un primo periodo la letteratura ha sottolineato le potenzialità di decentramento offerte dalle nuove tecnologie dell'informazione che sembravano permettere la creazione di poli di sviluppo locali quasi autonomi, proprio perché riducendo (o addirittura eliminando) il ruolo del fattore distanza, sembravano mettere in crisi la base stessa delle economie di agglomerazione, generalmente associate all'aumento del livello di concentrazione territoriale.

Ma successivamente studi di caso approfonditi sulla diffusione delle reti telematiche all'interno delle grandi imprese e delle reti di servizi bancari finanziari e assicurativi (5) hanno condotto a non indulgere a troppi facili entusiasmi sulle tendenze al decentramento territoriale che le nuove tecnologie dell'informazione avrebbero dovuto far scaturire. Si osserva infatti, per la presenza di economie esterne prima accennata che si sviluppano soprattutto le reti interne di impresa (e che quindi gli effetti sui costi di coordinamento si manifestano prima e con maggiore intensità di quelli sui costi di transazione) per cui in misura crescente i mercati locali (in senso geografico e merceologico) vengono internalizzati nelle reti di grandi imprese alimentando in tal modo una accresciuta dipendenza delle economie locali da centri di coordinamento (e di decisione) esterna, che dà luogo anche all'interno dei paesi industrializzati a nuove polarizzazioni. Anche se gli studi finora condotti non consentono di giungere ad alcuna conclusione definitiva riguardo a quale fra le due opposte tendenze alla centralizzazione o al decentramento prevarrà nelle attività manifatturiere per effetto della diffusione delle nuove tecnologie dell'informazione, è possibile quanto meno qualche riflessione sulle tendenze generali dell'attuale fase di transizione.

Le telecomunicazioni permettono di ridurre il tempo e la distanza che sono normalmente connessi agli scambi di informazione quando essi richiedono una localizzazione vicina, sia che si tratti di comunicazioni dirette che indirette (che coinvolgono almeno temporaneamente l'immagazzinamento dell'informazione).

(5) Cfr. HOWELLS-GREEN (1986)

(6) Cfr. TELOS (1986).

Gli effetti spaziali delle innovazioni nelle telecomunicazioni esaminati dalla letteratura sono:

- una più accentuata separazione spaziale tra le unità produttive di una stessa impresa, ciascuna localizzata in modo da sfruttare i vantaggi specifici di ogni localizzazione;

- crescente importanza dei flussi fisici di beni che si scambiano grazie alla più accentuata specializzazione delle unità produttive, ai legami di cooperazione fra clienti e fornitori, alla necessità di ridurre le scorte;

- riduzione degli spostamenti fisici di persone (anche se per ora le possibili sostituzioni dei viaggi di affari con videoconferenze o dei trasporti casa-lavoro con telework sono lungi dall'essere realizzate);

- riduzione di spazio fisico occupato per scorte e archivi e per macchine.

Per trattare in generale simili effetti spaziali occorre analizzare separatamente i fattori che su di essi possono incidere e particolarmente l'influenza dell'attuale distribuzione spaziale delle attività economiche sull'applicazione e costruzione di nuove infrastrutture di telecomunicazione, che spesso non è adeguatamente valutata, ma da cui dipendono i vantaggi dell'adozione. L'applicazione delle innovazioni richiede in genere adeguate infrastrutture: linee a larga banda, con fibre ottiche, commutazione elettronica o a pacchetto, alta velocità di trasmissione. Dato il costo di queste infrastrutture, esse vengono installate dapprima nelle aree dove più numerosi sono gli utenti potenziali: le sedi delle grandi imprese (spesso multinazionali) e le attività a elevato contenuto informativo, come molti centri di ricerca e servizi alla produzione. Una elevata concentrazione di popolazione condiziona inoltre l'installazione delle nuove infrastrutture che forniscono servizi alle persone, anche se la domanda di nuove applicazioni proviene dapprima dai potenziali utilizzatori citati.

Solo la disponibilità di nuove telecomunicazioni può ridurre l'importanza del fattore distanza nelle aree periferiche e rendere più importanti altri fattori di localizzazione (qualità dell'ambiente, scarsa congestione, disponibilità di mano d'opera e di spazio). Ciò spiega perché, per quanto in una prima fase progetti di impiego delle nuove tecnologie dell'informazione si siano sviluppati per soddisfare biso-

gni locali e sfruttare risorse locali, al momento si tratti di iniziative sperimentali dal futuro incerto, sostenute da ingenti sussidi governativi o di agenzie pubbliche. Se in parte ciò è giustificato dal fatto che si tratta di esperimenti di carattere sociale, rivolti ai segmenti più poveri della popolazione e che non potrebbero certo autofinanziarsi, taluni di essi possono avere un futuro di mercato (è il caso dell'esperimento francese di Minitel) anche se con risultati economici positivi non immediati.

Le più ampie possibilità di decentramento spaziale riguardano oggi essenzialmente le unità produttive, che possono sfruttare fattori di localizzazione tradizionali (vicinanza a materie prime, vie di comunicazione, mercati), sottraendosi al determinismo geografico determinato dalla vicinanza fisica grazie al fatto che possono essere collegate alla casa madre. Questo decentramento riguarda per lo più unità produttive con lavorazioni dannose, che vengono localizzate in regioni periferiche o unità amministrative in località piacevoli (ma vicine alle grandi città) o ancora unità commerciali localizzate presso i mercati.

Le differenze negli effetti delle nuove tecnologie dell'informazione per le grandi e piccole imprese sembrano in sintesi orientare a un atteso decentramento delle attività produttive e per contro a un accentuato accentramento delle attività di servizio (che rientrino nella funzione di coordinamento interno dell'impresa o siano invece offerte dall'ambiente esterno alla impresa manifatturiera come quelle finanziarie o commerciali). È un modello che in qualche misura sembra già presiedere alla politica di localizzazione giapponese, mirante al decentramento delle unità produttive, ma alla salda centralizzazione di quelle finanziarie e commerciali: si tratta della cosiddetta *softwerizzazione* dell'economia (per cui è stato creato il *Soft-nomics centre*).

Sembra infatti accertato che la diffusione delle nuove tecnologie dell'informazione tende a determinare un accrescimento della disuniformità nella distribuzione spaziale delle attività economiche con conseguente accrescimento delle competitività delle imprese localizzate nelle aree più moderne del paese (secondo i risultati del modello di Richardson Clapp) (7).

(7) Cfr. RICHARDSON CLAPP (1984).

In particolare influiscono positivamente sulla diffusione territoriale di queste nuove tecnologie (8):

- a) la presenza di aree metropolitane;
- b) la contiguità a imprese produttrici di apparecchiature informatiche;
- c) la contiguità ad altri utenti (9) che sono per lo più grandi imprese;
- d) la presenza di infrastrutture di ricerca scientifica e tecnica;
- e) la localizzazione di sedi di grandi imprese;
- f) la specializzazione in attività di servizio e in settori a alta intensità di forza di lavoro qualificata.

In assenza di interventi di compensazione (creazione di infrastrutture locali di comunicazione) l'adozione spontanea delle nuove tecnologie dell'informazione si presenta quindi come un'ulteriore causa di disequilibrio territoriale.

Anche l'analisi della diffusione del facsimile nelle 95 province italiane effettuata da Antonelli (10) sembra confermare che queste installazioni sono maggiormente presenti in rapporto alla popolazione attiva:

— nelle aree metropolitane, seguendo l'evidenza dei modelli gerarchici;

— laddove si concentra la mano d'opera più qualificata con i salari più elevati, grazie al ruolo del capitale umano nella diffusione di innovazioni;

— nelle aree in cui sono localizzate le grandi imprese e le sedi delle grandi unità produttive secondo la teoria dei poli;

— nelle aree specializzate nella produzione di apparati elettronici ed elettromeccanici, secondo le teorie che attribuiscono alla contiguità dell'offerta un ruolo di stimolo alla innovazione;

— nelle aree specializzate nel terziario avanzato, vista la rilevanza dell'informazione come input qualificato in ogni processo produttivo.

(8) Cfr. ANTONELLI (1988).

(9) Cfr. KATZ e SHAPIRO (1986).

(10) Cfr. ANTONELLI (1988).

Sembrano invece costituire un freno alla diffusione di questa nuova tecnologia la presenza di industrie leggere e la specializzazione in piccoli stabilimenti.

Per contrastare queste tendenze spontanee sembra quindi indispensabile che le politiche regionali si propongano di offrire infrastrutture di telecomunicazione moderne, le sole che consentono di inserirsi in un sistema economico mondiale ad elevata intensità di flussi informativi.

4. Implicazioni per la politica regionale

Le nuove tecnologie richiedono rilevanti mutamenti nelle politiche regionali. Infatti le politiche degli anni cinquanta e sessanta cercarono di favorire lo sviluppo degli investimenti e a questo scopo si vararono provvedimenti intesi a fornire sostegni finanziari alle imprese, ma questi provvedimenti non sono più sufficienti e anzi possono produrre effetti perversi sui livelli di occupazione in presenza delle nuove tecnologie dell'informazione (11).

Se assumiamo che nel continuum di applicazioni a cui le tecnologie dell'informazione danno luogo si possa ravvisare una polarità fra:

— applicazioni globali, fondate su prodotti avanzati e standardizzati in grado di competere sui mercati mondiali;

— applicazioni locali, principalmente orientate a sfruttare risorse locali e a soddisfare bisogni locali;

è evidente che l'attuale grado di apertura dei mercati internazionali e al contempo le esigenze specifiche di sviluppo regionale non consentono una drastica alternativa tra le due opzioni politiche possibili.

Occorre riconoscere che è possibile solo optare per qualche combinazione fra le due, e che l'evoluzione tecnologica in corso sta riducendo il peso relativo delle applicazioni locali se non si prevedono interventi correttivi.

(11) Cfr. FREEMAN in BELUSSI (a cura di) (1988).

Le politiche regionali dovrebbero quindi tendere a:

1) evitare che le regioni siano emarginate dalla tendenza spontanea a nuove polarizzazioni spaziali, funzionali e sociali determinate dalla adozione tempestiva delle nuove tecnologie dell'informazione in corrispondenza alla localizzazione delle attività di servizio esistenti, che corrisponde alla concentrazione territoriale delle sedi delle grandi imprese;

2) Sviluppare capacità locali in grado di sfruttare le nuove tecnologie di informazione e comunicazione.

3) Sviluppare le reti locali di infrastrutture di comunicazione e la loro integrazione nei sistemi nazionali e internazionali.

5. Conclusioni

Mentre larga parte del pensiero economico ha guardato alle nuove tecnologie dell'informazione in un'ottica post-schumpeteriana come all'ultima di quelle « rivoluzioni tecnologiche » che nel corso della storia hanno dato luogo a quei cicli lunghi dello sviluppo economico noti come cicli di Kondratiev, mi pare che solo alcuni economisti ne abbiano colto il carattere di « rivoluzione logistica », come quelle che l'hanno preceduta, è in grado di determinare non solo modificazioni strutturali nella localizzazione della produzione e del commercio, ma anche nella cultura e nelle istituzioni. Lo ha però rilevato Andersson nel suo Presidential Address alla International Regional Science Association di due anni or sono (12) affermando che la crescita delle capacità di elaborazione e trasmissione dell'informazione si basa su un hardware per cui non esistono limitazioni alla disponibilità nelle diverse regioni e su un software che rappresenta invece un vincolo alla diffusione, poiché dipende dalle conoscenze disponibili sui mercati del lavoro locali, dove la crescita delle occupazioni connesse al trattamento dell'informazione è particolarmente elevata quando esistono attività di produzione di conoscenze (università, centri di ricerca, attività di servizio).

Con le nuove tecnologie dell'informazione la logistica si sposta dal controllo dei flussi nella fabbrica alla architettura di sistemi

(12) Cfr. ANDERSSON (1986).

in cui le sinergie aumentano le capacità di profitto delle imprese. Diventa particolarmente importante all'interno di tali sistemi assicurarsi rapidi flussi di beni intermedi che riducano al minimo le scorte e quindi disporre anche di adeguate infrastrutture di trasporto fisico.

Le conseguenze di questa rivoluzione logistica — ancora agli inizi — secondo Andersson sono:

- l'integrazione globale di sistemi industriali vasti, spazialmente e temporaneamente ben coordinati all'interno dei quali si muovono volatili flussi di beni;

- un aumento del commercio intra-impresa e intra-industrie;

- una preferenza verso sistemi di trasporto fisico rapidi (terei e autoveicoli) a svantaggio di quelli lenti (ferrovie e navi);

- l'emergere di una nuova gerarchia di centri al cui vertice si collocano quelli caratterizzati da competenze, cultura, comunicazione e creatività (C regions).

BIBLIOGRAFIA

- A.E. ANDERSSON, *Te Four Logistical Revolutions, Papers of the Regional Science Association*, vol. 59, 1986.
- C. ANTONELLI (ed.), *New Information Technologies and Market Structure. The Italian Case*, Kluwer, Dordrecht, 1988.
- H. BAKIS, *Geographie des télécommunications*, Presses Universitaires Françaises, 1984.
- F. BELUSSI (a cura di), *Innovazioni tecnologiche ed economie locali. Il caso del Veneto*, F. Angeli, Milano, 1988.
- A. ENRIETTI, M. FOLLIS, G. FORNENGO, *Innovazione tecnologica e potere di mercato. Il caso dei componenti per l'auto*. F. Angeli, Milano, 1988.
- CH. FREEMAN-L. SOETE, *L'onda informatica*, ed Il Sole-24 Ore, Milano, 1986.
- HERTJE (ed.), *Innovazione tecnologica e finanziaria*, BEI, Lussemburgo 1986.
- J. HOWELLS, J. GREEN (CURDS), *Location, technological, innovation and structural changes in UK services*, CEE FAST Occasional Paper n. 101, Bruxelles, july 1986.
- M.L. KATZ, C. SHAPIRO, *Networks Externalities Competition and Compatible*, American Economic Review n. 75, 1985.
- H. RICHARDSON, J. CLAPP, *Technological Change in Information Processing Industries and regional Income Differentials in Developing Countries*, International Regional Science Review, 1984.
- TELOS, *Telecommunications and location of producer service in the Netherlands*, FAST Occasional Paper n. 98, Bruxelles, 1986.

GIUSEPPE GILIBERTI

I "PRESBYTEROI" EGIZIANI
NELL'ETÀ DEL PRINCIPATO

Per millenni, a partire dalla XII dinastia, la vita dell'Egitto rimase strettamente legata al ciclo del Nilo. Le piene estive del fiume, inondando la valle, lasciavano dietro di sé uno scuro e fertile strato di limo argilloso; la riemersione delle terre consentiva l'inizio dei lavori agricoli. Dopo la mietitura e prima che i campi fossero nuovamente allagati era necessario procedere alle opere di manutenzione della rete di canali, dighe e chiuse da cui dipendeva la prosperità del paese. Era appunto questo gigantesco sistema di irrigazione artificiale a fare dell'Egitto la ricca « terra nera » (*Kemet*), portando l'acqua dove non sarebbe arrivata, e facendola defluire dov'era in eccesso. Per fare ciò non bastava il lavoro di famiglie contadine isolate, e neanche l'iniziativa di singoli villaggi: per coordinare i grandi lavori liturgici necessari, occorreva un apparato burocratico centralizzato ed esteso, in grado di prevedere l'andamento delle piene, distribuire i compiti, ammassare le scorte (1).

Questa tendenza strutturale verso il centralismo faceva sì che ogni crisi delle istituzioni politico-amministrative (creazione di potentati locali, invasioni, guerre civili) si traducesse in crisi economiche e dissesto idro-geologico, dimostrando regolarmente che il paese non era affatto « dono del Nilo », come voleva il luogo comune, ma creazione dell'uomo. I periodi di frammentazione politica e di « feudalizzazione » venivano ogni volta superati per ritornare alle tradizionali istituzioni del dispotismo « asiatico »: l'accentramento della terra e del potere nelle mani di un sovrano assoluto, al vertice di un apparato burocratico che dirigeva la produzione agricola, i trasporti, il commercio e l'artigianato (2).

(1) Il sistema di arginatura a pettine, che si estende per tutta la valle del Nilo, ha la funzione primaria di trattenere le acque e prolungare il tempo di irrigazione: cfr. CURTO, *L'antico Egitto* (1981) 342 ss. Sull'Egitto come stato liturgico-burocratico cfr. WEBER, *Storia economica e sociale dell'antichità* (1909; tr. it. 1981) 77 ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, *Max Weber e le società antiche* 1 (1988) 199 ss.; WITTFOGEL, *Il dispotismo orientale* 2 (1957; tr. it. 1968) 48 ss. che, ispirandosi alle posizioni di Weber, accentua il carattere « idraulico » di questo sistema sociale e la sua stabilità. In ciò Wittfogel riprende le tesi marxiane sul « modo di produzione asiatico », per le quali cfr. SOFRI, *Il modo di produzione asiatico* (1969).

(2) Cfr. J. PIRENNE, *Storia della civiltà dell'antico Egitto* (1961; tr. it. 1967)

Neanche la conquista macedone varrà a modificare sostanzialmente l'assetto tradizionale del paese: i Tolomei saranno una nuova dinastia di faraoni, a capo di una élite amministrativa non più indigena ma sostanzialmente greca. La « macchina » produttiva egiziana continuerà a funzionare allo stesso modo, ad eccezione di Alessandria, l'unica vera città, rispetto alla quale il resto del paese è « campagna » (*chora*). In linea di principio l'insieme delle terre coltivabili appartiene al sovrano, che le concede in affitto ai contadini mediante contratti di scadenza annuale, stipulati con singoli coltivatori, gruppi o villaggi. Il villaggio agricolo (*komè*) è l'unità amministrativa e produttiva di base: esso costituisce una comunità (*koinòn*) solidalmente responsabile per le imposte, i canoni di locazione e le liturgie (3).

Il principio che l'Egitto sia teoricamente l'*Ὀἶκος* del sovrano non impedisce la diffusione di rapporti di appartenenza, di fatto forme di « proprietà privata », concepite come concessioni parafiteutiche ad alti funzionari ed a militari (4). La condizione più diffusa del suolo agricolo resta comunque la *γῆ βασιλική*.

15 ss.; *Droit égyptien*, in PIRENNE, THEODORIDES, *Introduction bibliographique à l'histoire du droit* (1966) 90 ss.

(3) Più villaggi sono compresi in una *toparchia*; a loro volta tali distretti sono raggruppati in governatorati (*nomoi*), il cui capoluogo, la *metropolis*, altro non è che un borgo rurale un po' più grande: cfr. SWOBODA, s.v. *Komè*, in R. E. IV suppl. (1924) coll. 950 ss. La terra è ripartita in una complessa classificazione, i cui termini non sempre appaiono chiari: « reale » (*γῆ βασιλική*), « pubblica » (*γῆ δημοσία*), « cittadina » (*πολιτικαὶ οὐσίαι*), « sacra » (*γῆ ἱερά*). In proposito cfr. JOHNSON, *Roman Egypt*, in FRANK, *An Economic Survey* 2 (1936) 25 ss. Sulle terre « private », v. nt. 4.

(4) All'interno della « terra privata » (*γῆ ἰδιωτική*), si distinguono dunque principalmente i « donativi » (*δωρεά*), e le terre di servizio dei militari (*κλειροί*). Sulle tenute modello concesse ai grandi funzionari, fondamentale è l'archivio di Zenone, uomo di fiducia di Apollonio, armatore alessandrino e dioichete di Tolomeo II Filadelfo, su cui cfr. ROSTOVZEV, *A Large Estate in Egypt in the III Century B. C.* (1922); ORRIEUX, *Les Papyrus de Zenon* (1983). La concessione di Apollonio era coltivata da diverse figure di contadini: *δημόσιοι* e *βασιλικοὶ γεωργοί*, fittavoli singoli o riuniti in *κοινὰ*, salariati e mezzadri, talora militari. La struttura fondiaria sotto la dinastia lagide può essere esemplificata dai catasti di Tebtunis, dai quali risulta che nella zona il re possedeva oltre un terzo delle terre, mentre le altre erano distribuite tra beneficiari di grandi concessioni, coloni militari e contadini organizzati in gruppi di fittavoli: cfr. P. Tebt. 1. 1902.

I veterani dell'esercito ricevevano in concessione appezzamenti in zone da bonificare. Dal II secolo si sviluppa la tendenza a trasformare in proprietà privata il

Il « contadino del re » (βασιλικὸς γεωργός) è dunque il coltivatore tipo: un libero fittavolo che, pur non essendo un servo della gleba, non può allontanarsi dalla terra che lavora fino alla scadenza del contratto, né abbandonare senza permesso il villaggio del quale è originario (5). Finché l'economia egiziana dominò i mercati del Mediterraneo orientale, la relativa mobilità della manodopera delle campagne non costituì un serio problema politico. Ma la crescente concorrenza dei Romani, dei Rodii e dei Pergameni provocò nel II secolo una grave crisi, provenendo le risorse dei ceti imprenditoriali e burocratici di Alessandria in parte notevole dall'esportazione di prodotti agricoli (6). Diventò necessario costringere i contadini a prendere in affitto le terre, allungare i termini del contratto, costringere le comunità agricole a prendersi carico anche dei fondi abbandonati (7). Dovendo sostituire ai tradizionali sistemi di contrattazione una sempre più aperta coercizione, si tese ad ufficializzare il ruolo dei notabili del villaggio, i *presbyteroi*, che

diritto enfiteutico del cleruco, tollerando in via di fatto l'alienazione del fondo. Solo in epoca augustea appaiono contratti di compravendita con indicazione esplicita del prezzo: cfr. PRÉAUX, *Les modalités de l'attache à la glèbe dans l'Égypte grècque et romaine*, in *Rec. Soc. J. Bodin* 3 (1958) 46. Durante il regno di Tolomeo Evergete II si riconosce il possesso ereditario a coloro che si assumono a qualunque titolo l'obbligo di coltivare il *kleros* e pagare le imposte: cfr. PRÉAUX, *La signification de l'époque d'Evergète II*, in *Actes V^e Congr. Int. Pap.* (1938) 347 ss.

(5) L'assegnazione delle terre avveniva sulla base di una pubblica offerta di locazione, cui i contadini rispondevano da soli o in gruppi, direttamente o mediante rappresentanti: cfr. PRÉAUX, *L'économie royale des Lagides* (1939) 66 ss. Il contratto formale (*keirographia*) viene successivamente sostituito da una *homologhia* con la quale si riconoscono i propri obblighi nei confronti della pubblica amministrazione: versamento dell'imposta personale (*apòmoira*), quote di prodotti dovute a titolo di canone, addizionali per le spese d'irrigazione, eccetera. La permanenza sul fondo fino alla scadenza del contratto è garantita mediante giuramento: cfr. WESTERMANN, *The Ptolemies and the Welfare of their Subjects*, in *Actes V^e Congr. cit.* 570 s. Casa, bestiame e attrezzi sono oggetto di garanzia riservata al sovrano: cfr. P. Tebt. 1.5.

(6) Indebolita dai rovesci militari e commerciali, la monarchia lagide è costretta a restituire ai templi la libera amministrazione delle terre di loro pertinenza, depennando in cambio il peso notevolissimo delle spese di culto. Come già alla fine della XVIII dinastia, i governatori cominciano a rendersi autonomi, riducendo il sovrano, a partire dal regno di Tolomeo IV, alla funzione essenziale di re di Alessandria: cfr. PIRENNE, *o. ult. c.* 390 ss.

(7) A partire dalla prima metà del II s. si diffonde il ricorso all'*epibolè*, assegnazione forzata di terre incolte, da aggiungere a quelle produttive: cfr. P. Paris 63 = WILCKEN, *U.P.Z.* 110.

per antichissima prassi rappresentavano i contadini nelle petizioni e nella discussione dei concordati con i funzionari e gli appaltatori delle imposte. Essi verranno considerati responsabili per il versamento dei canoni e del testatico dell'intera comunità, diventando (come i curiali del Basso Impero) vittime del fisco e contemporaneamente tiranni del villaggio (8).

In una fase iniziale la responsabilità dei notabili, che comunque non elimina quella del *koinòn*, appare limitata alle terre assegnate in *epibolè* al villaggio ed alle prestazioni e forniture di carattere eccezionale; ma responsabilità e poteri tendono ad aumentare, estendendosi al controllo sulla distribuzione delle sementi da parte dei funzionari, alle ispezioni a dighe e canali, all'assunzione temporanea di funzioni di polizia (9). Questi possidenti esattori, in partenza estranei all'amministrazione ufficiale del villaggio, finiscono per diventare agenti liturgici del fisco e garanti dell'ordine pubblico. A seguito dell'aggravarsi della crisi, la comunità agricola controllata dai *presbyteroi* resta l'unico essenziale fattore di stabilità del sistema (10).

L'avvento della dominazione romana, pur comportando notevoli modifiche nel regime di una parte notevole del suolo agricolo (11), non interrompe il processo di consolidamento della soli-

(8) Cfr. TOMSIN, *Étude sur les πρεσβύτεροι des villages de la χώρα égyptienne*, in *Bull. de la Classe des Lettres de l'Académie Royale de Belgique* (1952) 95 ss. (epoca lagide); 467 ss. (età romana); TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-roman Egypt in the Light of the Papyri* (1955) 61 s.

Anche gli esattori diventano personalmente responsabili del gettito fiscale, col risultato di rendere vessatori i sistemi di riscossione: cfr. ROSTOVZEV, *Storia economica e sociale del mondo ellenistico* 1 (1953²; tr. it. 1966) 344 s.; PRÉAUX, *Les modalités* cit. 40 ss.

(9) TOMSIN, *o.c.* 110 ss.

(10) Al territorio di pertinenza del villaggio vengono aggregate anche le terre dei concessionari e piccoli proprietari del circondario: *o.c.* 125 s.

(11) Il rapporto tra i nuovi dominatori e le istituzioni dirigistiche del paese non sarà facile: nell'età del Principato verranno incoraggiate le attività del ceto mercantile alessandrino, integrato da elementi romani. ROSTOVZEV, *Storia economica e sociale dell'Impero Romano* (1933³; tr. it. 1946) 332 ss. sottolinea però la stretta somiglianza tra le iniziative prese da Augusto per risanare l'economia del paese con i provvedimenti dei primi Tolomei: riduzione del potere dei sacerdoti e confisca delle terre dei templi, riforma in senso centralistico del sistema amministrativo, grandi opere di bonifica. Tuttavia queste iniziative non furono rivolte a ripristinare il tradizionale dirigismo economico (politica questa che fu coerentemente perseguita dai sovrani lagidi), ma anzi ad accentuare il processo di privatizzazione del suolo

darietà fiscale collettiva iniziato nel tardo periodo tolemaico. Come abbiamo visto, la crisi economica e sociale aveva posto il problema di fissare al suolo e raggruppare i contadini nei villaggi sotto il controllo dei notabili. I nuovi dominatori utilizzano sistemi analoghi: responsabilità solidale, contratti a lungo termine, *epibolè*. L'assegnazione coattiva di terre incolte al villaggio, perché vengano utilizzate in comune o ripartite tra i suoi membri, avviene senza badare alla categoria cui i fondi appartengono, e non sempre si tratta di terre abbandonate: il che porta di fatto tra il II e il III secolo all'unificazione delle varie categorie di fittavoli all'interno degli stessi *koinà* (12).

Nei confronti delle autorità e dei privati i *presbyteroi* rispondono personalmente e congiuntamente dell'adempimento delle obbligazioni assunte dal villaggio (13). In particolare, essendo la comunità solidalmente responsabile nei confronti dello stato, sui notabili ricade il peso delle inadempienze di ciascun contadino, e delle imposte e canoni che colpiscono le terre improduttive assegnate al

agricolo iniziato ben prima della conquista. Alle antiche concessioni dei coloni militari, divenute da tempo proprietà privata, si aggiunsero i lotti assegnati ai veterani romani, e una nuova categoria di «terra comperata» (γῆ ἐωνημένη), coltivata a vigneti, uliveti e giardini, atta a richiamare gli investimenti dei possidenti locali e metropolitani. Ma il fenomeno più caratteristico dell'età giulio-claudia è la concessione a cortigiani e familiari del principe di enormi οὐσίαι. Erano forse una riproposizione di quei «donativi» che tanta parte avevano avuto nei processi di dissoluzione della proprietà statale in vari momenti della storia egiziana, anche precedenti all'invasione macedone? ROSTOVZEV, *o. c.* 336 s. ritiene di sì, mentre in *A Large Estate* cit. 144 ss. teneva invece a distinguere nettamente i due istituti. In verità i «donativi» erano concessioni inalienabili e indivisibili, concretamente revocabili, come dimostra il caso di Apollonio. È l'assimilazione progressiva all'enfiteusi di questo istituto quanto mai «asiatico» a dare un impulso decisivo ai processi di «feudalizzazione»; ma normalmente il concessionario è piuttosto un funzionario che partecipa agli utili delle terre affidategli in gestione. Per quanto le concessioni venissero di fatto assimilate alla proprietà privata, esse verranno poi dai Flavii in buona parte revocate e fatte confluire nella γῆ οὐσιακή: cfr. JOHNSON, WEST, *Byzantine Egypt* (1949) 39 ss.

(12) Essendosi la γῆ βασιλική integrata nella γῆ δημοσία, i fittavoli dello stato e delle concessioni sono classificati come δημόσιοι, οὐσιακοὶ e προσοδικοί. Allo stesso modo i notabili dei villaggi sono ora divenuti πρεσβύτεροι δημοσίων γεωργῶν: cfr. TOMSIN, *o. c.* 469.

(13) Cfr. P. Gen. 42.2 ss. Altre loro incombenze sono: organizzare gli uomini per le liturgie attinenti ai lavori di irrigazione, compilare il ruolo delle imposte, provvedere in caso di necessità all'ordine pubblico. Fonti in TOMSIN, *o. c.* 492 ss.

villaggio, che essi sono tenuti ad anticipare in soluzioni rateali (14). Nel II secolo la loro carica è ormai del tutto formalizzata, tanto da essere designata con lo specifico termine di *presbytéria*; insieme con gli altri funzionari locali, vengono scelti dallo stratego del *nomos* sulla base di una lista proposta dal segretario del villaggio (15).

La burocratizzazione delle comunità agricole non basta a bloccare una lenta decadenza economica: all'inizio del III secolo il sistema irriguo è in crisi, mentre i contadini, oppressi dai debiti, si sottraggono al vincolo dell'*origo*, cambiando villaggio o fuggendo in città (16). Nel 202 Settimio Severo introduce in Egitto l'ordinamento municipale, fornendo le metropoli di un senato, presieduto da un pritano, e di un corpo di funzionari liturgici preposti all'esazione delle imposte, i *dekaprotoi*. Il ceto possidente urbano si trova così esposto allo stesso processo di decadenza economica delle altre zone dell'Impero, ridotto, da un punto di vista giuridico, a una funzione analoga a quella dei notabili di villaggio (17).

(14) TOMSIN, *o. c.* 491 ss., ritiene che questo sistema di anticipi di estendesse ad ogni voce dell'imposizione fiscale. Ma di ciò non esistono prove convincenti, tenuto anche conto della diffusa mobilità dei contadini. Da *P. Tebt.* 788 si ricava che il villaggio di Oxyrincha alla fine del II s. era abitato da 140 famiglie di fittavoli, dei quali dodici ricoprivano la funzione di *presbyteroi*: è difficile pensare che meno di un decimo dei contadini potesse anticipare le imposte per tutti. Comunque di certo le prestazioni liturgiche straordinarie di prodotti agricoli non erano anticipate dai notabili, i quali dovevano solo organizzare il trasporto: *B.G.U.* 760.

(15) La lista comprendeva l'elenco dei beni posseduti dai candidati, i quali erano tenuti ad impegnarsi per iscritto a rimanere in carica uno o due anni: cfr. TOMSIN, *o. c.* 508.

(16) ROSTOVZEV, *o. ult. c.* 560 ss. spiega la crisi con la « scomparsa dell'iniziativa privata e dell'accurata amministrazione privata ». I tentativi di rimediare con l'*epibolè* e con le vendite di terra a prezzo nominale sarebbero state controproducenti perché « quella che andava soggetta a questa triste sorte era per lo più terra già di proprietà privata, non inondata, che nel buon tempo antico si era potuta mettere in coltura grazie agli sforzi dei proprietari privati e mediante l'irrigazione artificiale ». Il sistema delle liturgie sarebbe stato inoltre « pernicioso » per i piccoli e medi possidenti, permettendo di sopravvivere solo ai grandi proprietari che occupavano le terre più accessibili alle piene del fiume. La contraddizione è palese, dal momento che lo stesso autore propone un modello interpretativo della società tolemaica caratterizzato da un rigido statalismo. Nel « buon tempo antico » gli sforzi di cleruchi e *katoikoi* sarebbero stati vani senza l'apporto delle grandi opere di irrigazione.

(17) Cfr. SKEAT, WEGENER, *A Trial before the Prefect of Egypt Appius Sabinus*, *c.* 250 *a. D.*, in *JEA.* 21 (1935) 224 s. All'inizio del IV secolo vengono sostituiti dal *praepositus pagi*: cfr. IDRIS BELL, ROMANELLI, *Egitto Creta e Cirenaica*, in *Storia Antica* di Cambridge 11.2 (1954; tr. it. 1967) 835 s.

ANNA MARIA GIOMARO

AGERE PER SPONSIONEM:
DAL PROCEDIMENTO INTERDITTALE
AL PROCEDIMENTO IN REM

SOMMARIO: 1. Affinità fra l'agere interdittale e l'agere *in rem*. — 2. Agere *in rem* per *formulam petitoriam* e agere interdittale per *formulam arbitriariam*. — 3. Agere *in rem* per *sponsionem* e agere interdittale per *sponsionem*. — 4. *Sponsio* e *restipulatio*: il valore della *restipulatio*. — 5. L'agere per *sponsionem ex interdictis* in rapporto all'agere per *sacramentum*. — 6. Gai. 4,165. — 7. *Interdicta simplicia* e *interdicta duplicia*. — 8. La *sponsio* penale (*ex interdictis*) e la *sponsio praeiudicialis (in rem)*. — 9. Dall'agere per *sponsionem ex interdictis* all'agere *in rem*.

1. È del tutto evidente la stretta correlazione che esiste fra la descrizione del rito previsto ai passi 4,91 - 99 di Gaio, propriamente dedicati all'obbligo di *satisfacere* nel processo *in rem*, e i passi che lo stesso Gaio dedica alla procedura conseguente all'inottemperanza al decreto interdittale, Gai. 4, 161 - 170.

Nell'un caso il giurista, con chiare espressioni che denotano dell'attualità della disciplina nel II sec. d.C., distingue il rito dell'*actio in rem* secondo due distinte procedure, l'una per *formulam petitoriam* e la seconda per *sponsionem*; nel secondo caso similmente, a proposito degli interdetti, Gai. 4,141 riferisce che, quando non sia adempiuto *quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit*, si apre un giudizio *editis formulis* avanti il giudice o i *recuperatores*, *et modo cum poena agitur modo sine poena: cum poena, veluti cum per sponsionem agitur; sine poena, veluti cum arbiter petitur. Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quae arbitraria vocatur*. Anche in questo caso il rito è duplice, o per *formulam* o per *sponsionem*.

È opportuno subito rilevare come alla base di tale simiglianza di regolamentazione (nonché di trattazione) possa anche addursi una circostanza singolare, che può aver avuto nel mondo antico particolare rilevanza: l'affinità fra le due situazioni risulta ancor più concreta allorché si ponga mente come oggetto della lite sia in ogni caso la *res*, considerando il fatto che interdetti restitutori e interdetti esibitori (quelli, appunto, per i quali è documentata l'alternativa) devono per loro natura avere ad oggetto delle *res*, pur

intendendo queste ultime nel loro significato più lato, e pur non trascurando la trasformazione di valenza del termine *restituere* (almeno per quanto riguarda gli interdetti restitutori) dal suo significato originario: infatti ciò che deve essere restituito, ciò che deve essere esibito è comunque una *res*.

In un certo senso analogo discorso può poi esser fatto allo stesso modo per quanto riguarda gli interdetti proibitori: benché non altrettanto immediata appaia la relazione fra l'ordine (e in particolare il verbo che l'ordine esprime, che per il caso precedente era il *restituas* e l'*exhibeas* documentati dalle fonti) e la cosa (*aedes, tabulae, homo, bona possessa*, ecc.) tuttavia può ben dirsi che, se l'intervento magistratuale tende a evitare un certo comportamento (*facere, immittere, aedificare*, ecc.), questo senz'altro influisce su una cosa, su una *res*, che si vuole immutata nello stato attuale (sia essa il *locus sacer*, il *locus*, il *flumen* o la *via* pubblici, l'*iter* o l'*actus* privati, ecc.) (1).

Comunque, mentre relativamente a quest'ultimo tipo di interdetti, i proibitori, la testimonianza gaiana riconnette all'intervento magistratuale soltanto un mezzo di tutela che è rappresentato dall'*agere per sponsionem*, diverso è il discorso per quanto riguarda invece gli interdetti restitutori ed esibitori. Ebbene, Gaio ci viene a dire in definitiva che in ogni situazione in cui si controverta in pratica su una *res* e sulla sua appartenenza, sia essa di diritto o di fatto, l'azione è nel periodo classico duplice, perché o è *per formulam* (*arbitrariam* o *petitoriam*) o è *per sponsionem*; il che significa che

(1) Che l'interdetto proibitorio, l'interdetto cioè di origine più antica e perciò paradigmatico della funzione interdittale, sia preordinato alla tutela dello *status quo* è opinione che trova le sue radici dall'età più antica, e che, filtrato attraverso il KASER (cfr. *Eigentum und Besitz im alterem römischen Recht*, Köln-Graz 1956, p. 277 ss., ed anche *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, p. 317 ss.) e ripreso poi, per certi aspetti, dal GANDOLFI (*Contributo allo studio del procedimento interdittale romano*, Milano 1955, p. 117 ss.; ma ugualmente lo si potrebbe sostenere relativamente a quella dottrina che riconnette l'origine degli interdetti alle necessità di tutela delle *res divini iuris* e delle *res in publico usu*, come A. BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova 1938, p. 91 ss.: anche in questo caso vi sono esigenze di conservazione dello stato attuale), è stato riaffermato anche più di recente su basi di stretta aderenza storica (cfr. L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, *Alle radici di una ideologia*, Camerino 1971, p. 63 ss., e ora anche A. BIGNARDI, *Controversiae agrorum e arbitrati internazionali*, *Alle origini dell'interdetto uti possidetis*, Milano 1984, *passim* e in part. p. 85 ss.). È anche la mia opinione come dico nella voce *Interdicta*, in *Digesto IV*, in corso di stampa, §. 6.

l'azione « *in rem* » (2) può articolarsi o secondo il rituale formulare, che prevede quale sua prima espressione la formula, ovvero secondo un diverso rituale che trae origine e denominazione dalla *sponsio*.

2. Della *formula petitoria* Gai. 4,92 indica espressamente l'*intentio* nella frase *qua actor intendit rem suam esse* (SI PARET REM A¹A¹ ESSE): della *formula arbitraria* il giurista (Gai. 4,163) ricorda particolarmente la clausola restitutoria perché *iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit, et ita absolvitur: quod si nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur*.

Peraltro è facile immaginare che il rituale *in rem* per la *formula petitoria* comportasse anch'esso la clausola arbitraria come compare concordemente nelle fonti. Più difficile appare invece la ricostruzione dell'*intentio* della *formula arbitraria ex interdicto*: essendovi comunque una clausola restitutoria l'*intentio* (o altra *pars formulae*) verisimilmente doveva fare riferimento alla *res*, ma certamente non per affermarne l'appartenenza di proprietà ad A° A°, bensì la pertinenza del possesso. Ora, come poteva questa tradursi in un'*intentio* formulare?

(2) Ho posto fra virgolette l'espressione « *in rem* » per avvertire che non intendo riferirmi al significato tecnico di essa, a tutti noto nella sua contrapposizione alla dizione *in personam*, ma ad un significato più lato e generico che stia ad indicare in maniera non tecnicamente precisa una qualsiasi controversia che abbia ad oggetto la *res*, in termini di appartenenza vuoi di proprietà come di possesso.

Per una bibliografia completa sul tema dell'*agere per sponsionem*, alla rassegna attenta riportata da F. BOZZA, *Actio in rem per sponsionem*, in St. P. Bonfante, II, Milano 1930, p. 596 ss., si devono aggiungere le note bibliografiche che si leggono in G. I. LUZZATTO, *Spunti critici in tema di actio in rem per sponsionem*, in St. E. Albertario, I, Milano 1953, p. 169 ss. (in ispecie p. 170 ntt. 1-4 e p. 171 nt. 6: fra cui mi piace citare in particolare gli studi del PEROZZI, *Della sponsio praeiudicialis nel procedimento civile romano*, in *Scritti giuridici*, III, Milano 1948, p. 271 ss., nonché *Della in rem actio per sponsionem*, *ibidem*, p. 327 ss.); adde inoltre G. PUGLIESE, *Il processo civile romano, I: Le legis actiones*, Roma 1963, p. 352 ss.; G. SCHERILLO, *La legis actio per iudicis arbitrive postulationem e le origini del processo formulare*, in IURA 20 (1969), p. 1 ss.; J. CROOK, *Sponsione provocare: its place in roman litigation*, in JRS 66 (1976) p. 132 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1987, p. 89 s.; ed ora, per i riflessi che la *lex Irnitana* può avere sul tema, e con attenta analisi del quadro delle fonti, M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana LXXXIV, LXXXV, LXXXIX: nuovi spunti per una riflessione sulla sponsio nel processo romano* (in part. il paragrafo 1), in *Testimonium amicitiae*, in corso di stampa, che ho potuto leggere grazie alla cortesia dell'Autore.

Il Rudorff fa l'ipotesi di un'azione con *intentio* strutturata con il SI PARET a seguito del quale riproduce le condizioni cui risulta subordinato l'ordine di restituire o di esibire, ed elabora una formula del tipo SI PARET ... PROHIBENTE A°A° ... OPUS FACTUM ESSET (3). Sulla constatazione del fatto che col SI PARET il pretore avrebbe ammesso in pratica la possibilità di contestarlo, il Lenel, al contrario, ritiene più appropriata una formula analoga a quelle con *demonstratio* che ricostruisce nei termini seguenti: QUOD OPUS ... VI AUT CLAM FACTUM EST, SI ARBITRATU IUDICIS NON RESTITUETUR, QUANTI EA RES ERIT ... (4).

Già le notate difficoltà di formulazione della pretesa della *formula arbitraria* nei termini di un'*intentio* mi farebbero propendere per la seconda ipotesi.

Ma a me sembra che, a ben vedere, si possa leggere nel Digesto qualche cosa di più.

Il titolo 43,4 viene indicato sotto la rubrica *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*; vi si fa parola di un *iudicium in factum* per il *quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit*, che viene promesso per il caso in cui *quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo* (del pretore) *eiusve, cuius ea iurisdictio fuit, in possessionem bonorum sit*. La dottrina sente l'esigenza di giustificare la collocazione della promessa di un *iudicium* in un libro, il 43, completamente dedicato agli interdetti, concludendo col riconoscere l'esistenza, accanto al *iudicium* di cui si è detto, di un più antico *interdictum* avente la stessa denominazione, *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, e quindi la stessa funzione, strettamente legata a fenomeni di *missio in possessionem* in senso tecni-

(3) Cfr. A. F. RUDORFF, *De iurisdictione edictum*, Lipsia 1869, p. 201 ss.

(4) Per cui, considerando la frase iniziale come mera enunciazione dei fatti ritenuti per certi dal pretore, risulta giustificabile e giustificata l'opinione di Proculo attestata da Gai. 4,163; considerandola invece come una *demonstratio*, analoga a tutte le *demonstrationes* il cui contenuto deve essere a sua volta provato, si può giustificare l'opinione nello stesso passo attribuita a Sabino. Solo questa interpretazione, invero, può dare adeguata consistenza alla testimonianza gaiana relativa alla disputa fra Proculiani e Sabiniani.

Il LENEL, comunque, premette a tutto ciò la considerazione che, sul silenzio delle fonti, meglio sarebbe astenersi da ogni tentativo di ricostruzione della *formula arbitraria*, che comunque andrebbe fatta semmai caso per caso per ciascun interdetto (*Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1927, p. 446 ss.).

co, autonomamente considerati (5). A me sembra invero che la collocazione di D. 43,4 possa ritenersi senz'altro appropriata e che non necessiti di giustificazione particolare: dopo aver trattato delle generalità definitorie e classificatorie degli interdetti (D. 43,1: *de interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt*), dopo aver esposto le specifiche norme relative ai due principali interdetti possessori (D. 43,2: *quorum bonorum*, e D. 43,3: *quod legatorum*), in ragione del fatto che la conclusione, l'effetto proprio di un interdetto di questo genere è appunto la *possessio praetoris nomine*, cioè una *missio in possessionem*, i compilatori ritengono doveroso chiarire cosa succeda allorché *dolo malo* si impedisca il godimento possessorio a colui cui il possesso sia stato conferito dal pretore. Ulpiano anzi ci documenta come la prima funzione della clausola edittale relativa, strettamente collegata per prassi alla tutela del possesso affidato dal pretore *rei servandae causa* (6), e per espressa dizione dell'editto alle ipotesi di turbativa dolosa di tale possesso (7), abbia subito esteso l'ambito della sua efficacia:

D. 43,4,1,2 (Ulp. l. 72 *ad ed.*) Est autem generale hoc edictum: pertinet enim ad omnes, qui in possessionem a praetore missi sunt: convenit enim praetori omnes, quos ipse in possessionem misit, tueri. Sed sive rei servandae causa sive legatorum aut ventris nomine in possessionem missi fuerint, habent ex hoc edicto in factum actionem, sive doli sive aliter prohibuerint.

La *formula arbitraria* doveva essere dunque un'azione *in factum* con clausola restitutoria e con *condemnatio* nel *quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit* (8).

(5) Cfr. A. D'ORS, *El interdictio fraudatorio en el derecho romano clasico*, Roma-Madrid, 1974, p. 97 ss.

(6) D. 43,4,1,1 (Ulp. l. 72 *ad ed.*) Hoc edictum summa providentia praetor proposuit: frustra enim in possessionem mitteret rei servandae causa, nisi missos tueretur et prohibentes venire in possessionem coerceret.

(7) D. 43,4,1, pr. (Ulp. l. 72 *ad ed.*) Ait praetor: 'Si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo eiusve, cuius ea iurisdictio fuit, in possessionem bonorum sit, in eum in factum iudicium, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit dabo'.

(8) Riterrei che possano essere equiparate alla dizione della *condemnatio* nel *quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit*, le varie espressioni usate

Inoltre nello stesso titolo 43,4, leggiamo ancora qualche utile considerazione laddove, a proposito della *missio in possessionem ventris nomine*, Ulpiano dice:

D. 43,4,3,2 (Ulp. l. 68 *ad ed.*) Praetor ventrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est. Sed si mulier velit in factum actione uti ad exemplum creditorum magis quam interdicto, posse eam experiri sciendum est.

e, in altro luogo, che la dottrina ritiene più propriamente dedicato all'azione « creditorum »:

D. 43,4,1,8 (Ulp. l. 72 *ad ed.*) Hanc actionem excepta legatorum missione intra annum competere et non postea sciendum est, cum sit poenalis, nec in heredem similesque personas dabitur, nisi in id quod ad eas pervenit: sed heredi similibusque personis dabitur.

per indicare la *condemnatio* conseguente alla tutela interdittale; se ne può fare una breve rassegna, senza peraltro aver pretese di completezza, a cominciare dal passo di Ulpiano, relativo all'*i. uti possidetis*, D. 43,17,3,11: *in hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem, 'quanti res est' sic accipimus 'quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere'*, per proseguire poi, sulla base di questa (seppur contrastata) equiparazione fra l'est della cosa e l'*interest* del possessore, con *ex hoc interdicto qui non restituit, in id quod interest debet condemnari* di D. 43,3,2,2 per l'*i. quod legatorum*; con *condemnatio autem huius iudicii quanti interfuit aestimari debet* di D. 43,5,3,11 per l'*i. de tabulis exhibendis*; con *hoc interdictum perpetuum et popolare est condemnatioque in eo facienda est, quanti actoris intersit* di D. 43,8,2,37 per l'*i. ne quid in loco publico vel itinere fiat*; con *et habet condemnationem in id quod actoris intererit* di D. 43,11,1,3 per l'*i. de via publica et itinere publico reficiendo*; con *in interdicto unde vi tanto condemnatio facienda est quanti intersit possidere* di D. 43,16,6 (Ulpiano a proposito dell'*interdictum unde vi* parla per ben due volte di *actio in factum*, in D. 43,16,1,48 e D. 43,16,3,18, e non penso che in entrambi i casi si possa giustificare col fatto della riferibilità agli eredi degli obblighi *ex interdicto*); con *si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur* di D. 43,18,1,1 per l'*i. de superficiebus*; con *in hoc interdicto examinatur, quanti eius interesset via non prohiberi sive itinere* di D. 43,19,3,3 per l'*i. de itinere actus privato*; con *hoc interdicto tanti lis aestimatur quanti actoris interest id opus factum esse ... ut in omni causa eadem condicio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum esset* di D. 43,24,15,7 per l'*i. quod vi aut clam*; con *condemnatio in tantum fiet, quanti interfuit actoris ei rem restitui ex eo tempore, ex quo interdictum editum est* di D. 43,26,8,4 per l'*i. de precario*.

Non è qui il luogo di esaminare più concretamente in che differisse l'azione *in factum ad exemplum creditorum* dall'azione *ex interdicto*: basti rilevare innanzi tutto l'evidente parallelo che deve sussistere fra i due tipi di azione, e in secondo luogo come la principale differenza debba consistere nel carattere penale della prima (che del resto conosciamo anche da Gaio) (9), che non si riscontra invece nella seconda.

Sappiamo dallo stesso Gaio che il giudizio avveniva davanti ad un giudice o ai *recuperatores* (Gai. 4,141): poiché le poche fonti di cui disponiamo relativamente a giudizi a seguito di interdetto parlano dell'*agere per sponsionem* e fanno chiaro riferimento ai *recuperatores*, mi sembra comprovato il fatto suggerito dalla denominazione e dalla lettura ulteriore di Gaio (Gai. 4,163 ss.) che la formula arbitraria dovesse celebrarsi davanti al *iudex*, o meglio ad un *arbiter* (10).

3. Il parallelismo fra le due situazioni, petitoria e possessoria, prosegue (ed anzi si evidenzia) con la prospettazione analitica del procedimento *per sponsionem*.

Ancora una volta più esplicita mi sembra la ricostruzione proposta da Gaio per il primo fenomeno, laddove il giurista dice che il procedimento *in rem per sponsionem* avrebbe origine da una *provocatio sponsione* su una *formula sponsionis* che il giurista ci riporta espressamente nelle parole SI HOMO DE QUO AGITUR EX IURE QUIRITUM MEUS EST, SESTERTIUM XXV NUMMORUM DARE SPONDES? È appunto la *formula sponsionis* che consente a questo punto il ricorso alla tutela giudiziale; infatti la dottrina, pres-

(9) È quanto per lo meno viene sottolineato in particolare dal giurista nel delineare la contrapposizione fra l'*agere per formulam arbitriariam*, che è un *agere sine poena, sine periculo*, e l'*agere cum poena* del procedimento *per sponsionem* (Gai. 4,141 e Gai. 4,162 ss.).

(10) Se ne potrebbe fors'anche trarre come conseguenza l'ipotesi che dovesse essere sempre demandato alla cognizione dei *recuperatores* l'altro tipo di giudizio, quello *per sponsionem*. Allo stato delle fonti non si può avere una sicurezza in tal senso: lo riterei tuttavia molto probabile, almeno per quanto riguarda gli interdetti restitutori (in senso lato), ed i possessori in particolare, considerando anche le origini e le caratteristiche del tribunale recuperatorio, senza, peraltro - mi sembra - che se ne possa limitare la competenza al solo caso dell'*interdictum de vi armata* (in tal senso B. SCHMIDLIN, *Das Rekuperatorenverfahren, Eine Studie zum römischen Prozess*, Freiburg 1963, p. 47 ss.).

socché unanime (11), ritiene che l'azione che ne consegue si sia così trasformata in azione *in personam*, la cui *intentio* dovrà esaminare *si paret Num Num nobis summam sponsionis* (cioè *sestertium XXV nummorum ex sponsione*) *dare oportere*.

Gaio però si premura subito di precisare che poi l'oggetto dell'indagine giudiziale, e quindi della valutazione, sarà l'appartenenza del bene, che costituisce appunto il presupposto dell'obbligazione di pagare espressa nella *sponsio*, la « condizione » della promessa, ricordandone come conseguenza (ma ne è in realtà la giustificazione) che la *summa sponsionis* non viene mai richiesta, avendo essa carattere pregiudiziale e non penale, *et propter hoc solum fit ut per eam de re iudicetur*. Sorge allora immediato un interrogativo. Se dunque in pratica l'indagine giudiziale ha lo stesso oggetto dell'indagine che il giudice sarebbe chiamato a svolgere in un rito *in rem* sacramentale, che interesse può esserci nella trasformazione esteriore della procedura dalla ritualità *in rem* a quella *in personam*?

Analoga dovrebbe essere la procedura per quel che riguarda la situazione interdittale, « restitutoria » o anche « esibitoria »: Gaio in particolare si riferisce all'interdetto restitutorio *de vi* (*veluti ut restituitur ei possessio qui vi deiectus*) e all'interdetto esibitorio

(11) Anche se il problema fu variamente discusso così lo risolve R. STINTZING, *Ueber das Verhältniss der Legis actio sacramento zu dem Verfahren durch Sponsio praeiudicialis*, Heidelberg 1853, *passim*; ma anche, precedentemente F. L. KELLER, *Der römische Civilprozess*, Berlin 1852, §. 25, p. 119 ss. (e nella traduzione italiana di Filomusi Guelfi, *Il processo civile romano e le azioni*, Napoli 1872, p. 80 ss.); M. A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, II, Bonn 1865, § 89, p. 229 ss.; F. EISELE, *Abhandlungen zum römischen Civilprozess*, Freiburg 1889, p. 82 ss. Ma la BOZZA, *op. cit.*, p. 615 ss., che pur protesta la realtà dell'*agere per sponsionem* (innanzi tutto argomentando dal fatto che tale procedura sarebbe stata creata a suo avviso per il tribunale dei *centumviri*, che giudicava appunto solo in tema di diritti reali: p. 616), di seguito è costretta a riconoscere però all'azione una struttura mista, risultando essa « composta di due elementi: uno di diritto personale, l'altro reale. Il primo è costituito dalla *l. a. s. in personam*, e, per il tempo di Gaio, da questa o dalla *formula certae creditae pecuniae*, con cui si persegue la *summa sponsionis*; il secondo dalla *cautio p. p. l. v.* che assicura la restituzione della cosa, o dell'*aestimatio*, e dei frutti»: benché l'elemento « personale » venga indicato come « espediente », mi sembra tuttavia che anche nel pensiero della Bozza debba essere considerato quello di maggior rilievo, trattandosi del rito procedurale stesso. Cfr. ancora G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 359 s. Anche B. ALBANESE (*loc. cit.*) distingue nella lite interdittale così programinata due aspetti, l'uno formale di natura obbligatoria (*in personam*), l'altro sostanziale, *in rem*.

de liberto exhibendo (ut exhibeatur libertus cui patronus operas indicere vellet) (12). In tal caso - dice il giurista - *si arbitrum non petierit, sed tacitus de iure exierat* (13) il procedimento da seguire è un rito *per sponsionem*, e cioè *cum periculo*, che inizia anche in questo caso con una *provocatio*: *nam actor provocat adversario sponsione* (Gai. 4,165). Di seguito Gaio riporta il tenore della *sponsio* che, pur non essendo riferito in termini puntuali, si lascia comunque intendere nelle parole

((quod)) contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit

Il procedimento conseguente all'inottemperanza all'interdetto si complica ulteriormente per la presenza di una seconda *provocatio sponsione* avversaria (tale almeno dobbiamo intendere per il momento l'*adversus sponsionem adversarii restipulatur* di Gai. 4,165).

Quella *sponsio* (e quella *restipulatio*) costituiscono per esplicita dichiarazione di Gaio la base del successivo *iudicium*: dice il giurista che l'attore *sponsionis formulam edit adversario, ille huic invicem restipulationis*: fra le due parti, attore e convenuto, si instaura una reciproca *causa contestationis* relativa alla *formula sponsionis*, cioè alla corrispondenza al vero della « condizione » della promessa prestata dall'uno nei confronti dell'altro, che il proprio comportamento non era in contrasto con la disposizione interdittale, nonché alla *formula restipulationis*, cioè alla corrispondenza al vero della « condizione » della promessa prestata dal secondo nei confronti del primo, *adversus sponsionem*.

4. Potrebbe essere in qualche modo illuminante tentare di ricostruire il tenore delle due promesse reciproche.

Nel caso esemplificato da Gaio l'una, la *sponsio* richiesta dall'attore all'avversario (14), dovrebbe essere stata espressa nella forma seguente:

(12) Gai. 4,162.

(13) *Observare ((autem)) debet is, qui vult arbitrum petere, ut statim petat, antequam ex iure exeat, id est antequam a praetore discedat: sero enim petentibus non indulgetur* (Gai. 4,164).

(14) *Namque actor est qui desiderat aut exhiberi aut restitui, reus is est, a quo desideratur, ut exhibeat aut restituat* (Gai. 4,157).

- A. Si adversus praetoris edictum factum sit (che è Gai. 4,141), quod non exhibueris aut non restitueris (che è, con la sola differenza della persona, Gai. 4,165), sestertium X dare spondes?
- C. Spondeo.

La dottrina parla di promessa condizionata (15): peraltro io avrei qualche dubbio in proposito.

Si consideri che, se è vero che la frase *si adversus praetoris edictum factum sit quod non exhibueris aut non restitueris* è una condizione dal punto di vista grammaticale e sintattico, non pacificamente la stessa cosa si può ammettere dal punto di vista tecnico giuridico. Infatti l'evento dedotto a condizione della promessa non è un evento futuro, trattandosi del trascorso comportamento di una delle parti, e la sua incertezza, pertanto, non deriva dall'evolversi vario della vita, bensì soltanto dall'interpretazione del comportamento stesso in rapporto all'editto (all'*interdictum*) del pretore e alla valutazione che ne farà il giudice.

Nel tenore complessivo della *sponsio* quella « condizione » viene a rappresentare in pratica lo stesso ruolo che nell'azione assolve l'*intentio* formulare. Se, per esempio, nella formulazione di un'*intentio* del tipo SI PARET REM A' A' ESSE, ovvero SI PARET N^{UM} N^{UM} A° A° SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE, ovvero, ancor più incisivamente, SI PARET A^{US} A^{US} APUD N^{UM} N^{UM} MENSAM ARGENTEM DEPOSUISSE (16), si escludesse ogni riferimento espresso al conferimento della valutazione ad una

(15) Così lo STINTZING (*op. cit.*, p. 17 ss.): le parti che volevano agire *in rem per sponsonem* convenivano stragiudizialmente fra loro una *sponsio* condizionata in base alla quale l'una delle due si obbligava a pagare all'altra una certa somma se la pretesa avversaria fosse risultata giusta, e sulla base di questo contratto poi si poteva agire con la *legis actio sacramenti in personam*; in seguito, a questo rituale si sarebbe aggiunta una seconda *stipulatio* condizionata, la *cautio pro praede litis et vindictiarum*, che impegnava alla restituzione della cosa e dei frutti il soccombente possessore. Così, in fondo, pur se polemica, anche F. BOZZA (*op. cit.*, p. 626). Così, per fare un altro esempio, G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 357 s.; così B. ALBANESE (*loc. cit.*).

(16) Più incisivamente perché anche in quest'ultimo caso, al contrario dei precedenti, si fa riferimento ad un comportamento trascorso, quello del *deponere mensam*, posto in essere da una delle parti.

altrui attività (quella del giudice, che lì risulta accennata nel *paret*), la protasi di periodo ipotetico collegata con la *condemnatio* verrebbe a risultare assai simile a quella della *sponsio* nell'*agere per sponsionem*. Quanto all'apodosi, se nell'un caso è rappresentata dalla *condemnatio* formulare stessa rivolta al giudice, nel secondo caso si risolve invece in un rapporto fra privati senza alcun intervento giudiziale: ma l'oggetto, nell'uno come nell'altro caso, è una somma di denaro.

Al posto del conferimento al giudice del potere di valutare e risolvere *ab externo* la questione leggiamo nella *sponsio* il rischio della scommessa interpersonale: e questo elemento richiama una volta di più il *sacramentum* antico.

Ma ancora: nell'antico *lege agere* una promessa di questo genere, una scommessa espressa nei termini di una *sponsio*, avrebbe comportato il ricorso alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, quando non alla *generalis legis actio sacramenti*. La *sponsio*, cioè, con il suo carattere di astrattezza, serve a rendere azionabile sul terreno del diritto privato un rapporto che, per essere relativo al diritto pubblico, non avrebbe possibilità di estrinsecazione giudiziale: e in questo corrisponde all'uso « generale » del *sacramentum* (17).

Quanto al tenore della *restipulatio* direi che relativamente a questa più rilevanti permangono i dubbi di ricostruzione.

Il termine, nella sua forma nominale come in quella verbale, compare solo in Gaio (18) e una volta in Alfeno (19). L'esiguità e, direi, l'unilateralità delle fonti potrebbe far ritenere che non si tratti di un fenomeno tecnicamente ben individuato, e che i termini *restipulatio*, *restipulor* siano usati nel loro significato comune.

Ebbene nel linguaggio comune il verbo *restipulor* è spiegato dai lessici come lo svolgersi di attività (in un certo senso « di con-

(17) Cfr. A. M. GIOMARO, *La tipicità delle legis actiones e la nominatio causae*, Milano 1988, p. 45 s. Anche M. MARRONE [v. *Rivendicazione (Diritto Romano)*], in *Enc. d. Dir.* 41, Milano 1989, p. 10 dell'estratto]. addirittura considerando in particolare una sola applicazione dell'*agere per sponsionem*, relativa ai processi *in rem*, riconosce che « la rivendica *per sponsionem* era un'azione astratta », come astratta era la rivendica *sacramento* (*ibidem*, §. 6), rispetto alla quale, appunto, l'*agere per sponsionem* si presentava come mero « espediente processuale » (*ibidem*, p. 9).

(18) Cfr. Gai. 4,13; 4,94; 4,165; 4,166; 4,166a; 4,167; 4,168; 4,174; 4,180; 4,181.

(19) Cfr. D. 39,2,43,1-2, citato *supra*.

tesa » reciproca: « *cum eo certo, a quo sponsione sum provocatus; idest vicissim stipulor, et mutuam sponsionem exigo* » (20).

Nelle fonti più propriamente letterarie appare un'attività uguale e contraria.

Così in Valerio Massimo il rapporto *sponsio-restipulatio* relativamente alla contesa d'onore fra il pretore Quinto Valerio ed il console Caio Lutatio Catulo è il rapporto fra l'affermazione di aver sconfitto personalmente la flotta avversaria da parte dell'uno ed analoga affermazione da parte dell'altro: una sfida.

Val. Max. 2,8,2 Valerius sponsione Lutatium provocavit, non se petiturum triumphum, nisi suo ductu Punica classis esset oppressa, nec dubitavit restipulari Lutatius.

Così in Apuleio il rapporto *sponsio-restipulatio* riguardo agli impegni dotali è il rapporto fra la promessa fatta di dare la dote e la promessa esatta che la stessa dote sarà consegnata ad altri al verificarsi di una certa condizione:

Apul. Apol. 102 An ut eam dotem filiis suis magis restipularetur, quam penes me sineret? (21)

Nello stesso generico significato il termine si trova usato da Alfeno a proposito della *cautio damni infecti*:

D. 39,2,4v,1-2 (Alf. l. 2 dig.) Cum parietem communem aedificare quis cum vicino vellet, priusquam veterem demoliret, damni infecti vicino repromisit adeoque restipulatus est. ... Idem consulebat, possetne, quod ob eam rem dedis-

(20) Così lo definisce il FORCELLINI, *Totius latinitatis lexicon*, III, Padova 1830, p. 943.

(21) Precedentemente Apuleio aveva spiegato che *iam primum mulieris lucupletissimae modicam dotem iam neque eam datam sed tantum modo (promissam) praeter haec ea condicione factam coniunctionem, nullis ex me susceptis liberis (si) vita demigrasset, uti dos omnis apud filios eius Pontianum et Pudentem maneret* (Apol. 91), e che *sola trecenta milia nummum scripta eorumque repetitionem filiis Pudentillae pacto datam* (Apol. 92). Ebbene quella condizione di cui si parla nel passo 91, quel patto di ripetizione del passo 92 si esprimono in realtà in una *restipulatio*, che, come la spiega il Forcellini (*loc. cit.*), avesse il seguente scopo: « *mibi quidem promitteret, se viva, sed se mortua me obligaret, ut filiis suis, quos ex priore marito susceperat, restituerem* ».

set, rursus repetere, quoniam restipulatus esset a vicino si quid ob eam rem, quod ibi aedificatum esset sibi damnum datum esset, id reddi ... (22)

Caratteri in parte differenti assume la *restipulatio* così come appare menzionata, a più riprese e in rapporto a episodi diversi, nella *pro Roscio comoedo*: in un primo caso vi appare contrapposta, ma solo per la *pars dimidia*, agli impegni assunti per la transazione, quale corrispondente, in termini di promessa imposta dall'*arbitrator* Pisone, del *compromissum* (o *pactio*) dallo stesso Pisone arbitrato tra Fannio e Roscio:

Cic. *pro Rosc. com.* 13,37 Defensio mea quae est? Roscium pro sua cum Flavio transegisse. Repromittis tu abhinc triennium Roscio. Quid? recita istam restipulationem clarius ... Quid enim restipulatio clamat: « quod a Flavio abstulero, partem dimidiam inde Roscio me soluturum spondeo ».

E poco oltre:

... Roscius, qui ex iuris peritorum consilio et auctoritate restipularetur a Fannio diligenter ut eius quod exegisset a Flavio dimidiam partem sibi dissolveret (Cic. *pro Rosc. com.* 18,56).

E di questa deve essere riaffermata la stretta correlazione con il negotio pattizio precedente che la sorregge se, di fronte alla negazione avversaria, l'oratore pone la domanda retorica:

cur in re tam vetere, in negotio iam confecto, in societate dissoluta nova haec restipulatio interponitur? (Cic. *pro Rosc. com.* 13,38).

In altro luogo risulta sempre indicata col nome di *restipulatio* la *cautio amplius non peti* che pure, per l'ipotesi di una transazione

(22) Il termine *restipulatio* in rapporto alla *cautio damni infecti* è documentato anche dalla *lex Rubria* (cfr. CIL 1.592.1.8) dove si accenna ad un *restipulari* « *damnei infectei ex formula* ». Per completezza si può ancora citare Varrone, *de ling. lat.* 5,182 (*qui pecuniam alligat, stipulari et restipulari*) che se ne vale come esempio dell'uso delle forme derivate da *stips*.

come appunto nel caso quella fra lo stesso Roscio e Flavio, doveva essere considerata *ex condicione iuris et ex consuetudine cautionis firmissimum et gravissimum argumentum*:

Cic. *pro Rosc. com.* 12,36 Cur igitur decedit et non restipulatur neminem amplius petiturum? (23).

Peraltro a me sembra che pur dalle poche fonti possano trarsi elementi per connotare in maniera particolarissima la « promessa reciproca » quando sia impiegata giudizialmente. Innanzi tutto sembra potersi dedurre che non doveva trattarsi, come verrebbe fatto di pensare di primo impulso (24), di una dichiarazione del tutto identica a quella dell'avversario: si trattava comunque di una dichiarazione con essa connessa e che, io credo, non poteva sussistere autonomamente (se non dal punto di vista strettamente formale) se non fosse stata in qualche modo « provocata » (25). Infatti il tenore letterale della promessa, che nella sua prima parte, la « condizione », potrebbe essere, per esempio, SI NIHIL ADVERSUS PRAETORIS EDICTUM FACTUM SIT (per lo meno nel caso, come quello qui esemplificato, in cui implicitamente si neghi di aver agito contro l'editto: Cic., *pro Caec.* 16,45), non avrebbe in sé ragione di essere e autonomamente considerata rappresenterebbe un'assurdità inconcepibile: la si comprende invece se le si riconosce lo scopo di « sbugiardare » un'affermazione avversaria.

(23) Un'altra *restipulatio* sembrerebbe adombrata nel passo Cic., *pro Rosc. com.* 5,14: si dovrebbe trattare della *restipulatio tertiae partis* con valore penale: ma non è usato il tema verbale *restip-*, parlandosi bensì di *sponsio* (si veda anche 4,10, dove si parla di *sponsio legitimae partis*). In *pro Rosc. com.* 17,51 ritorna il richiamo testuale alla *restipulatio* della metà di quanto Fannio potesse ottenere da Flavio: rispetto a questa in altri momenti si parla semplicemente di *stipulatio* (per es. 14,41), o ancora, ad indicare l'attività della controparte, di *repromissio* (per es. 13,37). Proprio perché il *repromittere* indica in particolare l'attività volontaria di impegno personale del dichiarante un'analisi dell'uso giuridico di questo tema non dà ai nostri fini apprezzabili risultati immediati.

(24) Per quanto detto sopra; per l'analogia col *sacramentum* antico, di cui poi anche si dirà; per il fatto che le fonti comunque non ne specificano mai il tenore di fronte, invece, ad una più esplicita indicazione delle affermazioni avverse.

(25) Non intendo riferirmi al *provocare sponsione* (o *provocare sacramento*) delle fonti latine, anche se mi piace la suggestione prodotta dall'identità dei termini, ma al comune significato della « provocazione » nel linguaggio oggi corrente.

La *restipulatio* assolve invero la funzione di salvaguardare la fama del soggetto che viene implicitamente danneggiato dalla precedente *sponsio*.

È quanto si legge in Cicerone. Per lo meno è quanto, per esempio, sostengono, con l'oratore, gli amici di Publio Quintio (*pro Quinct.* 8,30; 9,32; 9,33) di fronte alla decisione di Dolabella di richiedere al solo Sesto Nevio, a favore dello stesso Quintio, la promessa SI BONA SUA EX EDICTO P. BURRIENI PRAETORIS DIES XXX POSSESSA NON ESSENT: un impegno unilaterale di questo tipo avrebbe comportato di necessità che *famam alterius in iudicium venire*, e, in conclusione, per ripetere l'arpinate, *iudicium esse non de re pecuniaria, sed de fama fortunisque P. Quinctii*. È la *sponsio* che lo stesso Cicerone qualifica *de probro* (*pro Quinct.* 14,46) (26).

Parlando della *legis actio sacramenti* Gaio dice che

Gai. 4,13 ... eaque actio proinde periculosa erat falsi atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus, si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor, si non debitum petat. Nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine; eaque in publicum cedebat praedesque eo nomine praetori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit adversarii, qui vicerit.

Il giurista propone un altro caso di *agere per sponsionem* con una *sponsio* ed una *restipulatio* relativamente all'*actio certae creditae pecuniae*: l'attore provoca il convenuto a promettere tramite *sponsio* di non essere obbligato (a promettere, cioè, una somma di danaro *si temere neget*), con ciò suggerendo implicitamente la riprovazione nei suoi confronti per il fatto di essersi lasciato scoprire insolvente; il convenuto, promettendo, reagisce all'implicita diffamazione richiedendo a sua volta, tramite *restipulatio*, la pro-

(26) In questo senso, e cioè come attenzione alle conseguenze negative determinate da una *provocatio sponsione* sull'onorabilità e la fama, intenderei l'espressione di Cicerone (si veda anche *de senect.* 42), nonché forse le affini che si leggono per esempio nella *lex Irnitana*, o in Livio: sul punto R. DOMINGO, *Sponsio in probrum*, in SDHI 55 (1989), p. 419 ss.

messa di una somma di danaro (27) per il caso in cui il sospetto suggerito contro la propria onorabilità non avesse fondamento (*si non debitum petat*). Il senso del rischio è perfettamente espresso nell'uso del verbo *periclitator*, che, spesso, anche nelle fonti letterarie, è posto in rapporto con il pericolo incombente relativo non soltanto alla vita, bensì anche alla fama: l'impiego per l'*actor* repromittente della stessa forma verbale *periclitatur*, già usata per il *reus* sponsor con il particolare significato che essa assume, serve ad eguagliare anche in termini di rischio e di fama la posizione dei due contendenti.

Anche più oltre, trattando della *calumnia actoris*, Gaio riprende il motivo e la trattazione della *restipulatio*:

Gai. 4,174 Actoris quoque calumnia coeretur modo calumniae iudicio, modo contrario, modo iureiurando, modo restipulatione.

Peraltro, di seguito, i passi 4,180-181 sul tema, e per quello che interessa in questa sede, aggiungono soltanto che la *restipulatio* con lo scopo « antidiffamatorio », la *restipulatio* come *coercitio calumniae*, aveva luogo solo per determinati rapporti (*ex certis causis*) (28).

A me sembra che il dubbio avanzato dal Bonini (29) sulle tracce del Lauria (30), circa la legittimità del riunire insieme questi quattro rimedi contro la calunnia, così come fa Gaio, non debba qui aver luogo. È stato rilevato, infatti, come *restipulatio* e *iudicium contrarium* importino la condanna dell'attore indipendentemente dal-

(27) Non necessariamente uguale (vedi anche *infra*, §. 5).

(28) Gai. 4,180. *Restipulationis quoque poena ex certis causis fieri solet: et quemadmodum contrario iudicio omni modo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur, an scierit non recte se agere, ita etiam restipulationis poena omni modo damnatur actor, si vincere non potuerit*, 181. *Qui autem restipulationis poenam patitur, ei neque calumniae iudicium opponitur neque iurisiurandi religio iniungitur: nam contrarium iudicium ex his causis locum non habere palam est*.

(29) Cfr. R. BONINI, Il titolo « *de poena temere litigantium* » (4,16) delle Istituzioni giustiniane, in AG 176 (1969), p. 27 ss. (e in part. p. 35, nt. 30 e p. 41, nt. 49).

(30) Cfr. M. LAURIA, *Calumnia*, in Studi U. Ratti, Milano 1934, p. 127 s. Peraltro del *remedium repromissionis* si parla anche in Cons. 4,13 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Quintiano*), su cui S. SERANGELI, C. 7,16,31 e le azioni contro il litigante temerario, in BIDR 71 (1968), p. 220 s.

la sua *calumnia* (31) e per il solo fatto di aver perso la lite, si fondino sulla mera soccombenza dell'attore (« e non sulla sua *temeritas* ») prescindendo dall'*animus calumniandi*. Il giusto rilievo, che trova la sua base come si è visto (32) nelle parole stesse di Gaio, non tiene però nel dovuto conto il fatto che *restipulatio* e *iudicium contrarium* si inseriscono in definitiva nel sistema di « meccanismi » che nel processo privato romano ottengono lo scopo di rapportare equamente alla realtà il dato formale e astratto della richiesta *actoris*: come da un lato la *temeritas* della richiesta comportava civilmente la perdita della lite per *pluris petitio*, così la stessa poteva talora essere punita, a volere della controparte, allorché « si concretava nella malvagia volontà di *vexare* l'avversario, conoscendo l'infondatezza della pretesa, e facendola nondimeno valere nel proprio interesse » (33).

L'aver perso la lite comporta una presunzione di *calumnia* che *ex certis causis* non ammette prova contraria perché si basa sulla astrattezza della *restipulatio*.

Direi inoltre che quel *ex certis causis* del testo gaiano non deb-

(31) La dottrina, forse troppo in aderenza con le posizioni del diritto moderno, si trova costretta a distinguere due ipotesi di *calumnia*. La prima è quella criminalmente rilevante e come *crimen* appunto qualificata (si veda J. G. CAMINAS, *La lex Remmia de calumniatoribus*, Santiago de Compostela 1984, *passim*), che si determina nell'*ordo iudiciorum* « allorché dolosamente si solleva un'accusa infondata (ove s'intende un'accusa criminale), quando cioè l'accusatore è convinto dell'innocenza del reo » (M. LAURIA, *op. cit.*, p. 110), il cui concetto, dapprima preciso e ristretto nei termini or ora detti, viene poi esteso a ricomprendere tutti i casi di accuse inconsiderate (la *temeritas*), fino alla *tergiversatio*. La seconda ipotesi di *calumnia* è quella che riguarda il processo privato: in quest'ambito il concetto di *calumnia* si evolve da quello contenuto nell'editto pretorio (cfr. O. LENEL, *op. cit.*, p. 106 ss.), a quello che da quanto si legge nelle fonti, e prima fra tutte in Gaio, si ricollega in parte all'ipotesi criminosa.

(32) Cfr. *supra*, nt. 28.

(33) M. LAURIA, *op. cit.*, p. 127. È ben vero però che anche il LAURIA (*op. cit.*, p. 129) si avvede delle chiare affinità d'intenti fra il regime dettato in ipotesi di *pluris petitio* e le regole che disciplinano la *calumnia* nel processo privato; ma innanzi tutto egli ritiene che tale affinità derivi da una fusione fra i due istituti che si sarebbe operata soltanto posteriormente all'età dei Severi (e di cui ci sarebbe prova nella rubrica e nel contenuto del titolo « *De caluminatoribus et plus petendo* » attestato dal Codice Hermogenianus, R. 5), e secondariamente esclude comunque l'elemento soggettivo, la malvagia volontà dell'attore, per dare rilevanza al solo elemento oggettivo rappresentato dall'ingiusto danno.

ba intendersi come indicativo di una serie di casi ben definiti ed individuati: la *restipulatio*, derivando dall'attività delle parti, e soprattutto dalla decisione magistratuale in merito (34), poteva applicarsi ad ogni ipotesi di contesa, laddove, naturalmente, vi fosse stata « provocata ».

Altre due conseguenze dell'unilateralità della promessa, corollari dell'attentato alla fama, traspaiono ancora dalla *pro Quintio* ciceroniana: mi sembrano particolarmente interessanti per comprendere il valore della *restipulatio* in tutta la sua reale portata.

L'una vorrebbe ripetere una effettiva lamentela di Quintio a suo tempo espressa (o comunque pensata e temuta), e come tale è ripresa da Cicerone:

Clamabat porro ipse Quinctius sese idcirco nolle satis dare, ne videretur iudicasse bona sua ex edicto possessa esse (*pro Quinct.* 8,31).

Credo che la lamentela di Cicerone possa interpretarsi così: l'unilateralità della *sponsio* - si lamenta Quintio - cagionerebbe inevitabilmente una suggestione di pertinenza del possesso: inevitabilmente un qualsiasi giudice sarebbe indotto a pensare che giammai Sesto Nevio si sarebbe convinto a scommettere su un possesso *ex edicto Burrieni* se non fosse stato totalmente sicuro della sua posizione di possessore per 30 giorni, *ex edicto Burrieni* appunto.

Ma una seconda conseguenza dell'unilateralità della *sponsio*, e forse quella che più tecnicamente riguarda il nostro problema, è lamentata dall'avvocato di Quintio (pur se anche questa volta appare posta nella bocca del cliente):

sponsionem porro si istius modi faceret, se, id quod nunc evenit, de capite suo priore loco causam esse dicturum (*ibidem*).

La promessa unilaterale ha comportato secondo Cicerone una sorta di inversione dell'onere della prova, nel senso che Quintio (e per lui il suo oratore), avendo dovuto imperativamente richiedere la promessa *SI BONA MEA ... POSSESSA NON ESSENT, X MILIA HS DARE SPONDES?*, ed avendone ricevuto risposta affermativa

(34) Cfr. *infra*, §. 9.

(SPONDEO), dovrà per primo avere la parola e dimostrare l'inesistenza del possesso di Nevio:

Cic., *pro Quinct.* 9,32 Conturbatus sane discedit Quinctius; neque mirum, cui haec optio tam misera tamque iniqua daretur, ut aut ipse se capitis damnaret, si satis dedisset, aut causam capitis, si sponsionem fecisset priore loco diceret (35).

Sottolineando la particolare incidenza negativa provocata dalla promessa unilaterale nella fama di Quintio, Cicerone parla del processo come di *iudicium de capite* e da ciò deduce

cum maiores nostri ita constituerint, ut, qui pro capite diceret, is posteriore loco diceret, nos inaudita criminatione accusatorum priore loco causam dicere intellegis (*pro Quinct.* 9,33).

(35) L'episodio che viene esaminato giudizialmente nella Quintiana di Cicerone, alquanto complesso, si accentra, com'è noto, sulle conseguenze di un *vadimonium*, poi rimasto *desertum*, per la definizione dei crediti e debiti di società fra Publio Quintio, il convenuto, e Sesto Nevio, l'attore. A seguito della mancata comparizione dell'avversario secondo il *vadimonium* (di cui, peraltro, Cicerone contesta addirittura la legittimità, se non la stessa esistenza giuridica: Cic., *pro Quinct.* 6,24-25), Nevio aveva provocato da parte del pretore P. Burrieno l'emanazione di un *decretum* per l'immissione nel possesso dei beni di Quintio, avversato in questo da Sesto Alfeno, che in assenza di Quintio si era presentato volontariamente come *procurator* e, avendo dichiarato di assumere la *defensio* (*denuntiat sese procuratorem esse ... et si quid agere velit, iudicio defendere: pro Quinct.* 6,27), si era poi rifiutato di porre in essere la *satisfatio iudicatum solvi* (*negat Alfenus aequum esse procuratorem satis dare, quod reus satis dare non deberet, si ipse adesset: pro Quinct.* 7,29). Posto di fronte all'alternativa fra il prestare personalmente la *satisfatio iudicatum solvi ex formula QUOD AB EO PETAT QUOIUS EX EDICTO PRAETORIS BONA DIES XXX POSSESSA SINT* (*pro Quinct.* 8,30) ovvero agire *ex sponsione* esigendo da Nevio la promessa di una somma determinata *SI BONA ... EX EDICTO P. BURRIENI PRAETORIS DIES XXX POSSESSA NON ESSENT*, come gli era imposto dal pretore Dolabella, Quintio, precipitosamente tornato dalla Gallia, sceglie quest'ultima strada.

A dir il vero, la lamentata unilateralità della promessa riguarda in particolare la *satisfatio*, volendosi dai sostenitori di Quintio che «*de re iudicium fieri oportere ut aut uterque inter se aut neuter satis daret: non necesse esse famam alterius in iudicium venire*» (*pro Quinct.* 8,30). La seconda circostanza lamentata da Cicerone, il fatto cioè che la *sponsio* richiesta da Quintio su imposizione del pretore comportasse l'obbligo per quest'ultimo di parlare *priore loco*, attiene più che altro al problema della discrezionalità del pretore (*quam aequum nihil dico, unum hoc dico, novum: pro Quinct.* 8,30) nel determinare il tenore (e perciò le conseguenze) della *sponsio* nell'*agere per sponsionem*: su cui *infra*, §. 9.

5. È tempo di ritornare alla procedura *ex interdictis*.

Proprio questa intenzione della *restipulatio*, al contempo difensiva e sanzionatoria, può far pensare che la seconda parte della *formula restipulationis* del procedimento *ex interdictis*, quella che, dopo la « condizione », esprime l'effettiva promessa, non dovesse necessariamente corrispondere in misura perfetta nel *quantum* alla promessa avversaria espressa nella *sponsio* condizionata: per cui ad una *sponsio* che importasse l'impegno del promittente a dare 10, SI CONTRA EDICTUM PRAETORIS NON RESTITUERO AUT NON EXHIBUERO, lo stesso, nella veste di restipulante, poteva impegnare l'avversario a dare 20 o 30 o 50 per il caso che la sua pretesa in rapporto al comportamento avversario, deducibile per suggestione dalla *sponsio*, si rivelasse menzognera e, in pratica, difamatoria.

Il parallelo fra il carattere « difensivo e sanzionatorio » (come l'ho indicato) della reciprocità della *restipulatio* contrapposta ad una *sponsio* (ambedue giudizialmente proposte) e lo stesso nel caso della reciprocità del *sacramentum* dell'antico *lege agere*, del quale è pacificamente affermato il valore di *poena* (36), come si è visto appare in nuce anche in Gaio (Gai. 4,13), sia pure a proposito di una procedura *per sponsionem* che non è quella interdittale: e a me sembra che questo possa costituire un primo indizio, tutt'altro che irrilevante, per opinare che l'*agere per sponsionem* sia sotto questo aspetto una trasformazione in senso laico dell'*agere* sacramentale antico.

Non può obiettarsi che i due *sacramenta*, al contrario di *sponsio* e *restipulatio*, dovrebbero essere identici, cioè perfettamente uguali nel loro tenore letterale stante la perfetta uguaglianza delle posizioni processuali dei due contendenti nella *legis actio sacramenti in rem*: infatti, se è vero che identica doveva essere sostanzialmente la formula della *provocatio* [SACRAMENTO TE PROVOCO - ET EGO (SACRAMENTO) TE (PROVOCO)], nulla possiamo dire invece circa il tenore del giuramento richiesto da *qui prior vindicaverat* all'avversario (se fosse semplice affermazione circa l'appartenenza del bene: AIO HUNC HOMINEM MEUM ESSE; o se riguardasse la legittimità o l'*iniuria* del proprio comportamento in ordine all'effettuata *contravindicatio* in risposta al *quando tu iniuria vindicavisti*:

(36) Gai. 4,13-14 e 4,17a.

IUS FECI SICUT VINDICTAM IMPOSUI; o se, infine, riguardasse la *causa*, come replica alla richiesta *postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*), né del giuramento riferito dal secondo nei confronti del primo (che, comunque, avrebbe dovuto forse essere semplice ripetizione giurata dell'affermazione iniziale: AIO HUNC HOMINEM MEUM ESSE EX IURE QUIRITIUM). Comunque senz'altro differente era il giuramento dell'*agere in personam*, l'uno dovendo affermare l'altro dovendo negare una pretesa relativa.

Invero, a ben considerare le cose, anche prima che la *summa sacramenti* fosse definitivamente fissata in capi di bestiame (37), ovvero in 50 o 500 assi a titolo sanzionatorio per la *temeritas* della pretesa, quando la stessa sanzione era lasciata all'ira degli dei, certamente non si poteva pensare ad una diversità del *quantum*. Il rischio era in ogni caso e per ciascuna delle due parti identico, ed era collegato all'ambiente religioso in cui il *sacramentum* trovava il suo fondamento e con esso tutto il *ius* antico: era in definitiva il rischio dell'ordalia e della *sacratio* cui si esponeva anche il contendente *iustus* e che, per ciò stesso, per il pericolo corso (*actio periculosa erat*), una volta che questo si fosse rivelato destituito di ogni giustificazione, esigeva vendetta. Trasformatosi l'ambito giudiziario nel senso di una più spiccata laicità, questa vendetta assunse un valore fisso, pecuniariamente valutato, nel quale tuttavia, per la sua fissità concordemente sancita, non era possibile calcolare la diversità del rischio, del *periculum*, e quindi dell'offesa sopportata ai propri diritti.

Da questo punto di vista l'*agere per sponsionem* rappresenta un perfezionamento del meccanismo difensivo-sanzionatorio del *sacramentum*, in quanto permette alle parti (sia pure su suggerimento del magistrato) di stabilire esse stesse la misura della propria sanzione, l'entità fino alla quale ciascuna di loro è disposta a rischiare, tenendo conto anche del comportamento avversario.

6. Dopo quanto si è detto è d'uopo ritornare al testo di Gaio, 4,165.

Va qui rilevato allora come il termine « *edit* », riferito all'attività reciproca dei due contendenti e avente ad oggetto le due *for-*

(37) Cfr. G. NICOSTA, *Il processo privato romano, Le origini*, Torino 1986, p. 126.

mulae, sponsionis e restipulationis, sembri riproporre il parallelismo con la testimonianza gaiana in tema di azione petitoria:

Gai. 4,93 ... deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dare oportere; qua formula ita demum vicimus, si probaverimus rem nostram esse

Quasi a definire in termini ancor più completi il confronto con il processo interdittale *per sponsionem*, il giurista precisa anche in questo caso che la vittoria risulterà subordinata ad un'attività di verifica sostanzialmente *in rem*, analoga a quella che è espressa per il processo interdittale, indicata poco più oltre nel passo 4,166a riferendosi al giudice e, in forma ancora più determinata perché espressa con le parole *si probat* (e *si probaverit*) *ad se pertinere possessionem* riferite al soggetto convenuto, nei passi 4,167 (e rispettivamente 4,168).

A questo punto non mi sembra che possa essere accettata l'integrazione proposta dal Krueger relativamente alle parole non intelleggibili del manoscritto veronese, al paragrafo 4,165, laddove Gaio, dopo aver citato la doppia promessa, e la doppia *editio*, prosegue secondo il Krueger nella forma seguente

Sed actor sponsionis formulae subicit et aliud iudicium de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur ...

Secondo l'integrazione proposta il giurista testualmente verrebbe a dire che l'attore aggiunge (*subiaccio*, usato transitivamente, nel significato di connessione), ovvero sottopone (*subiaccio*, usato sempre transitivamente, ma col significato di « subordinare, far dipendere ») alla *formula sponsionis* anche l'altro giudizio *de re restituenda vel exhibenda*: ora, una tale interpretazione, se ben l'intendo, proporrebbe di demandare al giudice la valutazione della *sponsio* e di ricollegare subordinatamente ad essa la decisione *de re restituenda vel exhibenda*. A me sembra, invece, anche in rapporto a quanto Gaio dice più oltre a proposito del procedimento da seguirsi nel caso degli interdetti *duplicia*, che il discorso che vuol fare il giurista non riguardi banalmente il rapporto fra la *sponsio* e la richiesta restituzione o esibizione (che era circostanza troppo nota per dover essere specificata: come del resto appare anche laddove si accenna

22 SACTORSPONSIONI(ΣΦΥΞΘΧΧCXSIIXXXX)
23 ETALIUTIUd.umdeperestituenda u exhibenda

... ACTORSPONSIONISF . . d . . S C S I . I I .
... ACTORSPONSIONISFORMULAESUBICIT

2) la lettura FORMULAE SUBICIT nel punto corrotto si conviene alla sola prima lettera, F, della meccanica e lacunosa ricostruzione,

(39) È la recensione KRUEGER - STUDEMOND, che leggo nella quinta edizione, di Berlino 1905.

anch'essa del resto alquanto ipotetica, presentando con il seguito una sola assonanza fra la S del SUBICIT e le lettere SC o SI dell'ipotesi di lettura;

3) l'espressione SUBICERE FORMULAE non è espressione gaiana, e, direi, nemmeno dei giuristi romani: ancor meno quando oggetto di tale *subicere* sia un IUDICIUM (= giudizio? formula? decisione?)

4) infine la consonanza logica con la trattazione seguente relativa alla procedura che si apre per inottemperanza ad un interdetto *duplex* farebbe pensare, come logico corollario dell'*edere formulam*, non ad un *subicere* del *iudicium de re restituenda vel exhibenda* alla formula stessa, *sponsionis et restipulationis*, ma ad un accenno al *requirere* del giudice, quale si legge per esempio in

Gai 4,166a ... iudex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, ((quod)) praetor interdicto complexus est, id est ut eorum eum fundum easve aedes per id tempus quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit. Cum iudex id exploraverit et forte secundum me iudicatum sit, adversarius mihi et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat, et convenienter me sponsionis et restipulationis, quae mecum factae sunt, absolvit. Et hoc amplius si apud adversarium meum possessio est, quia is fructus licitatione vicit, nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano sive secutorio iudicio condemnatur (40).

Si può notare ancora, a questo punto, come le ultime parole sicure del passo corrotto di Gai 4,165, *ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur*, si rapportino perfettamente anche nella forma alla chiusa del paragrafo 4,166a.

(40) Si noti, poi, che secondo la lettura del passo precedente (Gai 4,166: ... *postea alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit, et invicem ambo restipulantur adversus sponsionem; vel stipulationibus iunctis duabus una inter eos sponsio itemque restipulatio una tantum ad eam fit*), la procedura dell'interdetto *duplex*, a seguito della contrazione logica delle due *stipulationes* e delle due *restipulationes*, diventa analoga a quella dell'interdetto *simplex*.

A questo punto le ipotesi di ricostruzione possono essere le più varie (41): allo stato non può essere proposta come probante nessuna lettura che soddisfi le poche tracce di scrittura difficilmente intelleggibili del manoscritto veronese: si può soltanto tentare una ricostruzione che soddisfi la logica del discorso.

7. A mio sommosso avviso qualche chiarimento circa la valutazione delle affinità fra l'*agere per sponsionem* interdittale e l'*agere per sponsionem* a scopo petitorio si potrebbe forse trarre da una adeguata considerazione del suggerimento gaiano relativo alla distinzione fra *interdicta simplicia* e *interdicta duplicia*. Il nesso è stato per certi aspetti proposto a suo tempo dal Karlowa, dal Cuq dal Naber (42): la loro opinione è rimasta, però, isolata, limitandocisi ora a ripetere sul tema, senza l'opportuno approfondimento, la spie-

(41) Così, per esempio:

... ACTORSPONSIONISF .. d .. SC . SI . II
 ... ACTOR SPONSIONIS summam vicit si probaverit
 ... ACTOR SPONSIONE vicit scilicet si probaverit
 ... ACTOR SPONSIONE vicit ita demum scilicet si probaverit
 ... ACTOR SPONSIONem facit cum condicione
 ... ACTOR SPONSIONem subicit condicioni

poi variamente contratte, come, per esempio, nelle ipotesi seguenti:

... ACTORSPONSIONISF .. d .. SC . SI . II
 ... ACTORSPONSIONISsumasvicit si probaverit
 ... ACTORSPONSIONEvicit scilicet si probaverit
 ... ACTORSPONSIONEvicit ita demum scilicet si probaverit
 ... ACTORSPONSIONem facit cum condicione
 ... ACTORSPONSIONem subicit condicioni

Ma, come ripeto, si tratta di pure congetture di ricostruzione.

(42) Così E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris 1917, p. 295 ss.; così O. KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legis actiones*, Berlin 1872, p. 97 s.; così J.C. NABER, *De in rem actione legitima et per sponsionem*, in *Mélanges Girard*, II, Paris 1912, p. 309 ss. In linea generale questi autori hanno sostenuto che il ruolo dell'*agere per sponsionem* sarebbe derivato dalla situazione che si creava a seguito della tutela interdittale (che dunque verrebbe anche ad individuare cronologicamente le origini della procedura stessa) cui conseguisse la *reivindicatio* duplice sacramentale nella quale la rigorosa parità della posizione delle parti avrebbe potuto determinare il completo sovvertimento delle decisioni magistratuali immediatamente precedenti prese *ex interdicto*. Risultava opportuno a questo punto che l'azione petitoria da *duplex* divenisse *simplex*, conservando il possesso a colui cui fosse già stato riconosciuto prima *ex interdicto* (che avrebbe appunto assunto la posizione di convenuto), e consentendo perciò la *vindicatio* ad una sola

gazione di Gaio appunto, che *simplicia sunt veluti in quibus alter actor, alter reus est*, e che *duplicia vocantur, quod par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet; quippe praetor pari sermone cum utroque loquitur*.

Se la distinzione che fa Gaio dovesse giustificarsi soltanto in questi termini, così superficialmente intesi, come mera indicazione del ruolo che ciascuna delle parti assumerà nell'eventuale giudizio per inottemperanza, e, quindi, in pratica, del destinatario dell'interdetto, se da tutto ciò non potesse ricavarci il più profondo reale significato della classificazione, si dovrebbe concludere trattarsi di un'inutile banalità.

E' ben vero che il giurista su quella distinzione fra *interdicta simplicia* e *interdicta duplicia* basa una diversità di procedura: si tratta tuttavia di una giustificazione che non convince poiché la diversità di procedura sembrerebbe concretarsi poi semplicemente in realtà in una duplicazione della *sponsio* e della *restipulatio* reciproca (il che determinerebbe poi solamente la duplicazione della penale per il caso di soccombenza!) (43).

Dopo quanto detto appare chiaro, per quel che riguarda gli interdetti *duplicia*, il particolare significato della reciproca *sponsio* e della reciproca *restipulatio* fra le parti: stante l'uguaglianza della pretesa dei due soggetti in rapporto alla situazione giuridica non risulterebbe sufficiente un'unica *sponsio*, con cui l'uno dei due, dal-

delle parti, quella risultata soccombente in sede interdittale. A questo scopo servi la procedura dell'*agere per sponsionem*, mentre l'interdetto veniva così ad acquistare la funzione di mezzo regolatore della posizione delle parti nella revindica, quale sembrerebbe potersi leggere in Gai. 4,148 nonché in D. 43,17,1,3 di Ulpiano (cfr. M. MARRONE, *op. cit.*, p. 10 nt. 46). F. Bozza obietta di non poter comprendere perché l'esigenza di conservare il possesso a colui che già l'avesse ottenuto in via interdittale avrebbe dovuto anche comportare un impedimento assoluto ad effettuare la *contravindicatio* e non ritiene sostenibile che « presupposto dell'*a. in rem per sponsionem* fosse stato un precedente processo interdittale ed un possesso non mutabile » (*op. cit.*, p. 603).

Circa l'importanza del problema della « duplicità » o « semplicità » di un rimedio giudiziale si veda C. LEONE, *Appunti sull'actio duplex*, in *Annali Bari* 6 (1943), p. 183 ss.

(43) Considerando, peraltro, il fatto che non di un vero e proprio raddoppio si tratta, dal momento che il *quantum* della *restipulatio* non necessariamente corrisponde al *quantum* della *sponsio*.

l'altro provocato, promettesse una somma di denaro, per esempio SI ADVERSUS EDICTUM PRAETORIS POSSIDENTI TIBI VIS FACTA SIT (44), e la conseguente *restipulatio*, la cui funzione, intesa a negare la suggerita pretesa avversaria, avrebbe soltanto il valore difensivo-sanzionatorio che si è detto, ma è necessaria una parallela e reciproca *sponsio* del secondo dei due soggetti esprimente la stessa pretesa e un'ulteriore conseguente *restipulatio* avversaria.

Invero con maggiore rilevanza la « duplicità » dell'interdetto è richiamata anche da Ulpiano a proposito dell'interdetto *duplex uti possidetis*; il giurista severiano se ne vale infatti per giustificare certi particolari effetti dell'interdetto stesso:

D. 43,17,1,9 (Ulp. l. 69 *ad ed.*) Quod ait praetor in interdicto: 'nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis', hoc eo pertinet, ut si quis possidet vi aut clam aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc quod ab eo possidet vincere: has vero possessiones non debere proficere palam est.

D. 43,17,3 pr. - 1 (Ulp. l. 169 *ad ed.*) Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum. Quod qualiter procedat, tractemus, si quis proponeret possessionem iustam et iniustam. Ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam: si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur: nam et tu possides et ego. Hoc interdictum duplex est et hi, quibus competit, et actores et rei sunt.

La conseguenza della « duplicità » dell'interdetto comporta in ultima analisi che il rito deve essere celebrato non relativamente, bensì in forma assoluta; non si richiede cioè se Tizio abbia diritto alla cosa (al possesso) nei confronti di Caio, ma se ne abbia diritto in assoluto, in conformità con le prescrizioni interdittali; ma, per ciò stesso, la medesima indagine diviene necessaria anche in rapporto a Caio; ne consegue che non risulta in pregiudicato la posizione di una sola delle parti nei confronti dell'altra, ma entrambe

(44) Che è, in pratica, l'esempio che fa Gai. 4,166.

dovranno confrontarsi con la disposizione dell'interdetto. Per cui potrebbe verificarsi il caso, così come ipotizzato da Ulpiano, che possedendo l'uno dei due litiganti *ex iusta causa*, e possedendo l'altro *sine iusta causa* ma non in rapporto all'avversario, ciascuna delle due posizioni debba essere riconosciuta valida conformemente alla prescrizione dell'interdetto e *neuter nostrum vincetur: nam et tu possides et ego*. Peraltro in linea teorica potrebbe allora anche verificarsi il caso opposto, che, cioè, nessuna delle due parti possa vantare una posizione giuridica difendibile con l'interdetto, e, invece che risultare ambedue vincitrici, risultino ambedue perdenti.

Ora, come gli interdetti *duplicia*, così anche la *generalis legis actio sacramenti in rem* comportava la pari posizione delle parti, talché non poteva parlarsi di *actor* e di *reus*, ma semplicemente (*cum uterque vindicasset*) di *qui prior vindicaverat* e di *adversarius*. Anche la *legis actio sacramenti in rem* può dunque dirsi *duplex*, e a me sembra che il risultato, la conseguenza di questa « duplicità » non possa non riscontrarsi in conclusione nel tenore stesso della sentenza che ricercava *utrius sacramentum iustum utrius iniustum*.

Pertanto, in linea teorica la stessa situazione di parità che viene sottolineata da Gaio a livello procedurale viene a farsi valere anche a livello decisionale.

Del resto i meccanismi della procedura romana della fase più antica, sia *in rem* che *in personam*, non sono ancora giunti ad elaborare un sistema rituale che sia indirizzato a valutare la posizione giuridica di uno solo dei contendenti, il *reus*, il convenuto, in rapporto al quale soltanto, contro o a favore, pronunciare la sentenza (come farà invece il processo *in personam* più evoluto, e poi, in seguito, il processo formulare sia *in rem* che *in personam*), ma, impegnando i due contendenti con la reciproca sfida al *sacramentum*, a causa del carattere religioso di questo, si obbligano a verificare ambedue le affermazioni giurate, e quindi la eventuale responsabilità di entrambi i litiganti (e la responsabilità del gruppo sociale) di fronte agli dei. Pertanto, in linea teorica, valutandosi la conformità a *iustitia* del *sacramentum* di Tizio così come di quello di Caio, potrebbe accadere che né l'uno né l'altro possa considerarsi *iustum*.

Analoghe considerazioni devono farsi per l'*agere per sponsionem*: anche il tenore di una sentenza a seguito di un *agere per sponsionem* conseguente ad un interdetto dovrebbe essere ugualmente intesa a ricercare *utrius sponsio iusta utrius (restipulatio) iniusta*.

Il Luzzatto, che ha proposto la stessa ipotesi, la giustifica sottolineando come in tal modo l'*agere per sponsionem* rispetto all'*agere sacramentale* venga ad offrire « al giudice un analogo mezzo di intervento ed un'analogia possibilità di giudizio (*utrius sponsio iusta sit*) dandogli modo di prescindere dalla solennità e dal carattere religioso del duplice sacramento e dal deposito della *summa sacramenti* » (45). Io aggiungerei, di più, che la *sponsio* permette di commisurare economicamente la *poena* al rischio e di valutarvi così anche la lesione della fama.

8. Giuoca il suo ruolo a questo punto la sostanziale differenza che viene documentata da Gaio fra l'*agere per sponsionem* (o meglio per *formulam sponsionis*) del procedimento petitorio antico e classico e l'*agere per sponsionem* (46) del rito susseguente a inottemperanza di un ordine interdittale. Per il primo tipo di processo dice Gaio

Gai. 4,94 Non tamen haec summa sponsionis exigitur: non enim poenalis est, sed praeiudicialis, et propter hoc solum fit,

(45) Cfr. G. I. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 184.

(46) O per *formulam sponsionis*? Tale sarebbe per lo meno la procedura dell'*agere in rem*. Non sono convinta, però, che si risolvesse in uno schema formulare anche l'antico *agere per sponsionem* a seguito di un interdetto. Direi che in questo campo le analogie col procedimento antico sacramentale, più ancora le analogie con il procedimento della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* nella sua applicazione ai debiti derivanti da *sponsio*, e ancora la stessa ammissione che leggiamo in Gaio (e proprio a proposito dell'*agere in rem*, a documentare la resistenza del sistema procedurale antico nell'adattarsi alle nuove esigenze del processo) che *ceterum si apud centumviros agitur, summa sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem: sacramento enim reum provocamus; eaque sponsio sestertium CXXV nummum fieri solet propter legem Crepereiam*, stanno a dimostrare, a mio sommo avviso, che le prime proposte di *agere per sponsionem* devono essere avvenute sul terreno del *lege agere* (secondo il rito della *legis actio per sacramentum* prima e della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* poi) anche se facilmente poterono poi essere adattate all'*agere* formulare.

A quel punto diventava opportuno creare accanto all'*agere cum poena* derivante dalla *sponsio*, comportante una condanna che potremmo dire reipersecutoria e, oltre a questa, la condanna a pagare la penale promessa, un *agere sine poena*, cioè quella *formula arbitraria*, quell'*actio in factum* con clausola restitutiva, da cui poteva derivare la sola condanna nel *quantum ea res fuit*.

ut per eam de re iudicetur. Unde etiam is cum quo agitur non restipulatur (47).

Diversamente per il procedimento postinterdittale *per sponsionem* Gaio ripete più volte trattarsi di un procedimento *cum poena* o *cum periculo* contrapponendolo a quello *sine periculo* o *sine poena* dell'agere *per formulam arbitriam* (48): la *poena*, o *periculum*, consiste appunto nell'obbligo di rispondere anche della *summa stipulationis*, oltre che della restituzione o esibizione del bene e dei frutti eventualmente percetti nel frattempo:

Gai. 4,167 - 168 Ergo is qui fructus licitatione vicit, si non probat ad se pertinere possessionem, sponsionis et restipulationis et fructus licitationis summas poenae nomine solvere et praeterea possessionem restituere iubetur; et hoc amplius fructus, quos integra percepit, reddit. Summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed poenae nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est. 168 Ille autem, qui fructus licitatione victus est, si non probaverit ad se pertinere possessionem, tantum sponsionis et restipulationis summas poenae nomine debet.

9. Da quanto detto si può trarre, a conclusione, l'ipotesi di una linea di sviluppo del rito *per sponsionem* in tutte le sue manifestazioni maggiori.

Taluni aspetti dello stesso, e principalmente l'uso di un istituto obbligatorio qual'è la *sponsio*, ne fanno fenomeno antichissimo, mentre certune affinità col rito *per sacramentum* inducono a ritenere che possa essersi originato nel periodo delle *legis actiones*, forse in relazione col sorgere della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, che l'avrebbe ispirato.

D'altra parte mi sembra che non possa non sostenersi che anche il fenomeno interdittale deve avere avuto antichissima espres-

(47) Si noti, se ancora occorresse a dimostrazione di quanto detto in precedenza, che il *restipulari* è qui posto in strettissima correlazione con il carattere penale (sanzionatorio) della *sponsio*.

(48) Cfr. Gai. 4,141 e ancora 4,162, 4,163, 4,165.

sione (49), se non nella sua definizione concettuale e nella sua collocazione sistematica, per lo meno senz'altro come manifestazione di autorità del magistrato supremo (non necessariamente in origine il pretore), come unico mezzo di intervento per definire i termini di certe liti particolarmente coinvolgenti e tutelare così la sicurezza sociale.

La procedura dell'*agere per sponsionem* dovrebbe essere stata creata proprio in relazione a questi interventi, che ancora non avevano assunto la consapevolezza e la configurazione tecnica esteriore di interdetti, per la insostituibile funzione a livello pubblicistico e di stabilizzazione sociale da essi svolta in un mondo che si reggeva *sine lege certa, sine iure certo* (50): proprio, in ultima analisi, per dare concretezza di tutela all'autorità in essi espressa.

A me sembra che si possa anche ritenere che la prima applicazione di un *agere per sponsionem* si sia verificata sul terreno della procedura interdittale a seguito di inottemperanza ad un interdetto proibitorio (chè gli *interdicta prohibitoria* sono comunemente considerati i più antichi, e per essi la procedura *per sponsionem* rimase anche in seguito l'unica possibile), mutuando dalle forme del *lege agere* sacramentale e *per postulationem iudicis arbitrive* quanto potesse meglio servire a dare tutela alle parti e a reprimere e prevenire eventuali ulteriori tentativi di disobbedienza all'ordine magistratuale per il futuro. A scopo sanzionatorio e preventivo si derivava dal *sacramentum* della *legis actio* relativa il carattere penale della *sponsio*, nonché certe caratteristiche del rito esteriore, senza lasciarsi irretire dagli svantaggi che il rito stesso comportava. Al contempo, al fine di facilitare ai privati la tutela di certe situazioni, si mutuavano dalla più recente *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* i termini stessi della procedura così come veniva espletata in una delle sue principali (nel senso di più frequenti) applicazioni (che era appunto quella dei debiti derivanti da *sponsio*): ciò in considerazione del fatto che la *sponsio* era istituito antichissimo, che per la sua accessorietà poteva essere usato a rafforzare una preesistente situazione, *in rem* o *in personam*, e che per la sua astrattezza poteva essere impiegata ad adattarsi a qualsiasi rapporto

(49) Cfr. anche G. FALCONE, *Testimonianze plautine in tema di interdicta*, in *Annali Palermo* 40 (1988), p. 178 ss.

(50) D. 1,2,2,1 (Pomp. l.s. *enchiridii*).

precedente (*in personam*, ma, perché no, anche *in rem*; di diritto o anche, perché no, di fatto), e finanche a novare un rapporto *inutilis* (Gai. 3,176).

Nel caso di specie la situazione da tutelare era una situazione di fatto, in quanto la tutela era indirizzata al mantenimento dello *status quo* (51), e, pur se, comportando in pratica un generale obbligo di astensione, la possiamo dire paragonabile ad una situazione di diritto *in rem*, tuttavia difficilmente avrebbe potuto tradursi in una precisa pretesa di diritto (come dimostrano le difficoltà di individuazione dell'*intentio* della *formula arbitraria*), se non fosse trasformata, e, direi, trasformata *in factum*. Analogo discorso può essere fatto per gli interdetti restitutori ed esibitori. In ogni caso la *sponsio* garantisce e rafforza l'intoccabilità della situazione da tutelare; ma la *sponsio* la trasforma anche da rapporto di fatto, e pertanto non azionabile, in relazione giuridica suscettibile di tutela giudiziale; la *sponsio*, infine, subordina quella promessa tutela al verificarsi, come condizione, di un evento di turbativa alla situazione stessa che si vuole tutelata.

Si deve anche rilevare che la procedura *per sponsionem* consente alla discrezionalità del magistrato un'ampia possibilità di estrinsecazione.

Si noti infatti che l'evento dedotto a « condizione » della promessa somma di danaro viene nelle fonti considerato al positivo o al negativo a seconda della persona cui la richiesta di impegnarsi è rivolta: talché se in Gai. 4,165 il tenore della *sponsio* sembra essere SI CONTRA EDICTUM PRAETORIS NON EXHIBUERIS AUT NON RESTITUERIS X SESTERTIUM DARE SPONDES?, così espressa da parte di quello stesso che presumibilmente ha presentato la stessa *postulatio interdicti* per il caso di un *interdictum exhibitorium* o *restitutorium*; se in Gai. 4,166 il tenore della *sponsio* sembrerebbe SI ADVERSUS EDICTUM PRAETORIS POSSIDENTI MIHI VIS FACTA SIT, anche in questo caso su richiesta di chi avesse fatto la *postulatio interdicti* in rapporto ad un interdetto proibitorio; in Cicerone, *pro Caec.* 16,45, e relativamente, come sembra, allo stesso interdetto, il tenore della *sponsio*, NI ADVERSUS EDICTUM PRAETORIS POSSIDENTI SIBI VIS FACTA ESSET, dimostra chiaramente come, per adattarsi al caso (in cui Ebulzio ave-

(51) Cfr. *supra*, nt. 1.

va affermato di aver restituito), la richiesta di promessa proviene proprio da colui che sembrerebbe essere stato il meno interessato all'emanazione dell'interdetto (Cic., *pro Caec.* 8,23) (52).

E in fin dei conti è lecito chiedersi: di che *sponsio* si tratta? quale n'è l'esatto tenore letterale? Si noti, infatti, che nella descrizione dell'episodio il richiamo alla *sponsio* non segue immediatamente la menzione della decisione pretoria di concedere l'interdetto *de vi armata*, ma viene immediatamente preceduto dalla frase « *restituisset se dixit* »: a cosa dunque va riferito il seguito « *sponsio facta est, hac de sponsione vobis iudicandum est* »? E poiché la formula riportata da Cicerone (il NI ADVERSUS EDICTUM PRAETORIS POSSIDENTI ... VIS FACTA ESSET), e comunque a noi anche altrimenti nota, non fa assolutamente parola della possibilità di un'avvenuta restituzione, mentre d'altra parte Cicerone vi spende di eloquenti parole, è logico pensare che la formula stessa dovesse essere di volta in volta integrata con la riproduzione delle circostanze del caso. Si legga

Cic. *pro Caec.* 28,80 Aebutius autem qui fatetur aliquo ex loco deiectum esse Caecinam, is quoniam se restituisset dixit, necesse est male fecerit sponsionem.

Il *male facere* relativo alla recitata *sponsio*, il perdere in rapporto alla *sponsio* stessa, come si dice in altri luoghi, sembra venir direttamente collegato alla prova della non corrispondenza al vero dell'affermazione circa la *restitutio*: come potrebbe essere ciò, se della *restitutio* avvenuta non si fosse fatta parola nel tenore dell'accordo?

Si deve rilevare ancora quanto testimoniato sempre da Cicerone, *pro Quinct.* 8,30: la *sponsio*, la promessa SI BONA MEA EX EDICTO P. BURRIENI PRAETORIS DIES XXX POSSESSA NON ESSENT, è imposta autoritativamente su decisione di Dolabella a colui che più dovrebbe dolersi dell'intervento magistratuale: lo sdegno di Cicerone (*quam aequum nihil dico, unum hoc dico, novum*), ha appena il suono di un commento di parte, e non basta a convincere del fatto rivoluzionario di un simile intervento magistra-

(52) Cic., *pro Caec.* 8,23 *His rebus gestis P. Dolabella praetor interdixit, ut est consuetudo, de vi hominibus armatis sine ulla exceptione, tantum ut unde deiecisset restitueret. Restituisset se dixit. Sponsio facta est. Hac de sponsione vobis iudicandum est.* Si veda anche *supra*, §. 4.

tuale, che altrove è soltanto qualificato come contrario alla consuetudine ed alla prassi giurisprudenziale per quel caso concreto. Ciò non toglie, dunque, che una prassi diversa potesse esistere per gli altri casi (53).

L'astrattezza della procedura, la duttilità della stessa, nonché, non ultimo, io credo, anche il fatto di veder consentito in tal modo un ampio intervento della discrezionalità magistratuale, sono tutti fattori che devono aver giuocato un ruolo non lieve nel fenomeno di creazione dell'*agere per sponsionem* a seguito di disobbedienza agli ordini del magistrato, nonché in seguito nello adattamento dell'*agere per sponsionem* interdittale all'*agere in rem*, dapprima presumibilmente in alternativa col rito sacramentale *in rem*, e poi decisamente in sostituzione di quello.

Ma un'argomentazione decisiva all'ampliarsi in questo senso della funzione di tutela dell'*agere per sponsionem* dovrebbe essere stata rappresentata dalla considerazione che l'impegno probatorio cui erano chiamate le parti, attore e convenuto, in un procedimento *per sponsionem* a seguito di un interdetto era sì l'essersi o meno verificato di un comportamento valutato in rapporto all'interdetto, ma anche, fondamentalmente, la legittimità della relazione esistente fra l'individuo e la *res*: e se nel caso tale relazione si configura come relazione di possesso, nulla esclude che talora possa riconoscersi in tal modo una relazione diversa, tanto più che, come ammaestra Quintiliano,

Quotiens tamen poterimus, efficiendum est ut de re quoque iudex bene sentiat: sic enim iuri nostro libentius indulgebit, ut in sponsionibus, quae ex interdictis fiunt, etiam si non proprietatis est quaestio, sed tantum possessionis, tamen non solum possedissemus nos, sed etiam nostrum possedissemus docere oportebit (Quint. 7,5,3).

(53) Anche il KARLOWA (*op. cit.*, p. 44 s.), ritenendo che l'*actio in rem per sponsionem* debba classificarsi come *iurgium*, anziché come *lis*, dipendente esclusivamente dalla *iurisdictio* del magistrato, riferisce a quest'ultimo la definizione di volta in volta del tenore della *sponsio*, nonché dell'ammontare della *summa sponsionis*; in questo senso anche G. SCHERILLO (*op. cit.*, p. 45) ritiene che la *formula sponsionis* dovesse adattarsi caso per caso, se, sulla base della *lex Rubria* (19,1,3), riconosce che, per esempio, «così nell'interdetto come nel conseguente giudizio *ex interdicto* poteva inserirsi l'eccezione *QUA DE RE OPERIS NUNTATIONEM IIVIR IIIIVIR PRAEFECTUSVE EIUS MUNICIPII NON REMEISSERIT* ».

GIOVANNA ACCRESCIMBENI

LA FORMAZIONE DEL CETO DI GOVERNO
IN UNA « TERRA MEDIOCRE » DELLA MARCA
PONTIFICIA: CINGOLI 1533-1650

Anche per Cingoli, « terra mediocre » della Marca pontificia secondo la classificazione albornoziana del 1357 (1), è possibile individuare ed analizzare i vari momenti del processo di formazione di un ceto politico di stampo nobiliare. La creazione o meglio il rafforzamento di oligarchie ben circoscritte, è infatti una realtà che interessa la quasi totalità dei domini pontifici nel corso del XVI secolo. Tale fenomeno si rivela come la conseguenza più diretta di quella secolare politica di compromesso con la quale la Santa Sede riesce a mantenere formalmente inalterato il suo dominio sui vari territori formanti lo Stato della Chiesa (2). In particolare poi, il rapporto fra il potere centrale e le comunità *immediate subiectae*, tra cui Cingoli, da sempre è incentrato sul vicendevole riconoscimento di specifiche competenze, in modo tale da garantire il rispetto delle reciproche autonomie. E rientra quindi in questa ottica anche la creazione di quella forma diarchica di governo, rappresentata a Cingoli dal luogotenente (nominato dal Governatore generale della Marca) e dagli organi collegiali del comune, in cui il rapporto tra forze locali e potere centrale viene ad essere quasi sempre in equilibrio.

Tale forma di governo, attuata in seguito al definitivo passaggio della « terra » alle dirette dipendenze della S. Sede nel

(1) *Liber Constitutionum Sanctae Matris Ecclesiae*, Lib. II, cap. 37, in A. THEINER, *Codex Diplomaticus Domini temporalis S. Sedis*, Romae, 1862, t. II cap. 5.

(2) Cfr. M. CARAVALE-A. CARACCILO, *Lo Stato pontificio da Martino V a Pio IX*, Torino, 1978, p. 395 sgg.; B.G. ZENOBI, *Ceti e potere nella Marca pontificia. Formazione e organizzazione della piccola nobiltà fra '500 e '700*, Bologna, 1976, pp. 53-75 e R. MOLINELLI, *Un'oligarchia locale nell'età moderna*, Urbino, 1976, p. 3.

1443 (3), permette di ridurre notevolmente, soprattutto nel Cinquecento, i contrasti fra il papato ed i ceti municipali, che abbandonano definitivamente ogni tentativo di ribellione contro il potere centrale. Ma ciò viene pagato da quest'ultimo con il tacito assenso dato alla stabilizzazione al potere di quei ceti e alla formazione di moduli di governo locale a prevalente carattere nobiliare.

A Cingoli, come in numerosi altri centri della Provincia, esistono infatti da tempo tutte le premesse necessarie all'attuazione di questo processo.

A partire dal XIII e XIV secolo si ha una costante evoluzione del sistema comunale della « terra » che apporta profondi cambiamenti negli istituti fondamentali del comune, quali i Consigli Generale e di Credenza, il Magistrato e il Parlamento. Il restringimento della base di reclutamento dei consiglieri (che passano dai 500 previsti dagli statuti del 1307 e 1325 ai 300 della definitiva redazione statutaria del 1364), così come il progressivo passaggio delle facoltà del Parlamento al Consiglio Generale e la notevole limitazione dei poteri delle Arti, favoriscono l'affermazione di una classe di governo dai contorni abbastanza ben delineati e precisi.

Inoltre, la crisi irreversibile di cui è oggetto il comune popolare fin dalla metà del XIV secolo, comporta per le numerose famiglie feudali del luogo, come avviene nel contesto più generale della Marca, la possibilità di tornare attivamente all'esercizio del potere.

Ciò non significa per Cingoli il ritorno ad una forma di governo esclusivamente aristocratica, quale può essere stato il comune consolare, ma l'attuazione pratica di un regime misto. Infatti oltre alla componente nobiliare, definita dal fatto di aver detenuto o detenere in via ereditaria la giurisdizione feudale su alcuni castelli del contado e sui loro abitanti, sono presenti sulla scena pubblica quattrocentesca altre forze politiche. È il caso degli artigiani iscritti alle diverse corporazioni di mestiere o di altri professionisti come notai, medici o speziali, appartenenti ad antiche famiglie cittadine che saranno nobilitate nel corso del XVI secolo. Inoltre, la tradizione democratica che l'istituzione comunale porta con sé, si riscontra anche nella partecipazione alla gestione del potere di esponenti del con-

(3) Cfr. J.A. VOGEL, *Registro de' documenti che si conservano nell'archivio segreto della città di Cingoli*, ms. n. 716 dell'Archivio di Stato di Macerata, doc. n. 96.

tado, che possono vantare sempre una rappresentanza politica assidua e riconosciuta.

Agli inizi del XV secolo, la composizione del Magistrato cingolano o Priorato è quindi formalmente e sostanzialmente mista e prevede la partecipazione congiunta di diverse forze di governo. Segno evidente del declino del comune popolare, indebolito dalle lotte intestine, dal collasso del « sistema guelfo » e messo da parte dalla nuova affermazione, nei suoi territori, del potere pontificio, che intende stabilizzare l'assetto istituzionale in essi esistente, garantendo la possibilità di creare una classe di governo stabile anche se eterogenea. Infatti in base alla normativa statutaria del 1364 (4), più volte confermata negli anni successivi (5), tutti gli abitanti della « terra » (della città quindi e del contado), nobili e non, possono aspirare a ricoprire cariche pubbliche purché idonei, in possesso cioè dei precisi requisiti richiesti per esse: cittadinanza, età minima di 24 anni, censo di almeno 25 fiorini, doti morali irreprensibili e il non avere parentela entro il 3. grado con altri esponenti dello stesso reggimento. Lo stesso criterio poi che regola la precedenza dei vari membri del Priorato o Magistrato in base alla loro provenienza dai 5 quartieri cittadini (6), senza tener conto della loro condizione sociale, favorisce implicitamente il nuovo assetto politico, escludendo rivalità o distinzioni di classe. Va quindi interpretato in questo senso anche il progressivo scadimento delle disposizioni antimagnatizie, già emanate nel 1330-1332 e riprese in parte dallo statuto del 1364, che prevedono l'esclusione dei nobili dal Priorato e dal Consiglio di Credenza, ma non dal Consiglio Generale (7). Ciò implica che, a partire dagli inizi del XV secolo, quella

(4) ARCHIVIO COMUNALE DI CINGOLI (d'ora in poi A.C.C.), n. 2, *Statuto Nuovo*, rub. 4.

(5) Nel 1478, nel 1528 (censo pari a 50 fiorini) e nel 1547 (censo elevato a 100 fiorini). Nel 1616 il censo sarà portato a 60 scudi, mentre nel 1666 si decreterà la diminuzione dell'età minima da 25 a 20 anni per il Consiglio Generale e da 30 a 25 per quello di Credenza.

(6) Sono quelli di Avenale, Troviggiano, Torre, Strada e S. Maria o Castelli, tra i quali vige un criterio di precedenza che regola fino al 1533 la scelta e nomina dei componenti i vari organi di governo. Tale divisione territoriale compare in tutte e tre le principali redazioni statutarie del 1307, 1325 e 1364.

(7) A.C.C., n. 1, *Statuto Vecchio*, cc. 71-73 (per la normativa del 1330-1332) e n. 2, *Statuto Nuovo*, rub. 4.

che diventerà la nobiltà civica della « terra » getta le basi della sua futura supremazia politica, con una presenza assidua e costante nei principali organi di governo e con un atteggiamento di deferente rispetto nei confronti della S. Sede. La nuova, composita classe di governo scaturita dal fallimento dei moduli popolare e signorile e dalla condizione di diretta soggezione di Cingoli al potere pontificio, viene quindi riconosciuta da quest'ultimo e appoggiata in quanto ritenuta garanzia politica di affidabilità non tanto per la sua consistenza numerica, quanto per l'ampia rappresentanza sociale dei membri che debbono farne parte.

Tuttavia, anche nel reggimento cingolano emergono lentamente delle forme di ereditarietà delle cariche che favoriscono la individuazione di una vera élite politica. Alcuni capitoli di reggimento del 1438, riconfermati nel 1503, stabiliscono infatti che nei consigli, in caso di morte di un consigliere durante il mandato, possano succedergli « nel luogo » i figli o il parente più prossimo, purché « capaci », cioè idonei secondo i requisiti richiesti per l'ammissione agli uffici (8).

Questa latente tendenza alla restrizione oligarchica che caratterizza il ceto dirigente cingolano fin dalla sua origine, non diventa mai comunque un serio ostacolo alla sua compattezza, che si mantiene inalterata per tutto il corso del Quattrocento e per i primi decenni del Cinquecento.

Ma la validità politica del regime misto non impedisce tuttavia che questa particolare forma di governo cominci, proprio in questi anni, ad apparire anacronistica nel contesto generale delle « terre » pontificie, sia alle autorità ecclesiastiche che al gruppo politico locale più influente, costituito dalle antiche casate feudali e dalle più facoltose famiglie cittadine.

La soluzione definitiva del problema viene trovata con la riforma statutaria del 1533, attuata in occasione del periodico rinnovo degli organi di governo. Tale riforma decreta infatti la stabilizzazione della struttura formale del reggimento cingolano e sanziona un assetto istituzionale che non subisce più modifiche di rilievo fino alla caduta dell'Antico Regime.

La riforma del 1533 non è tuttavia un avvenimento im-

(8) A.C.C., n. 106 *Cartoni Vecchi*, cc. 35-40 (*Capitoli del 1438*) e c. 118 (*Capitoli del 1503*).

sto dall'alto, come sostiene Cartechini (9), un atto d'imperio del cardinale legato che avrebbe incaricato il suo uditore Carlo Rosati del rinnovo del bussolo senza la partecipazione del consiglio. Questa tesi non è infatti sostenibile qualora non ci si soffermi soltanto sul testo originale, mancante del foglio che riportava il dibattito svoltosi durante la seduta del Consiglio Generale fatto convocare dal Rosati e presente invece in una copia settecentesca di cui si parlerà fra breve.

Viene ad essere invece un evento favorito da una parte cospicua della classe dirigente locale senza che la rimanente osi fare resistenza o sollevare obiezioni di sorta, a quanto risulta dalle deliberazioni e dalle carte comunali pervenute. L'evento serve, al tempo stesso, al rappresentante del potere centrale, per correggere certe irregolarità di governo. Ciò è ben evidente quando si consideri il testo completo della riforma. Di essa sono pervenuti a noi sia il testo originale, sia due copie settecentesche (10). L'originale è oggi però evidentemente mutilo, mancando l'intero foglio iniziale comprendente le battute iniziali del confronto tra la comunità e il rappresentante cardinalizio, indispensabili per un'esatta comprensione degli avvenimenti. Una delle copie settecentesche, manoscritta, riporta invece integralmente i precedenti e le disposizioni di riforma, compresa la parte della stesura cinquecentesca andata perduta dopo il 1733. La seconda copia, pubblicata a Macerata nel 1799, è invece una trascrizione a stampa che omette anche alcuni passi seguenti il foglio mancante e non è da considerarsi copia conforme neanche all'originale mutilo. Le diverse fasi di proposta e di attuazione della riforma sono quindi ricostruibili interamente soltanto dalla trascrizione del 1733, dalla quale risulta che il procedimento si svolse in quattro tempi diversi.

Il 4 gennaio 1533 il cardinale Accolti, legato a latere della Marca, nomina il suo uditore Carlo Rosati da Terni come commissario, incaricandolo della riforma e composizione del nuovo reggimento cin-

(9) P. CARTECHINI, *Aspetti della legislazione statutaria cingolana nei secc. XIV-XVI*, in « *Studi Maceratesi* », 19 (1983), p. 414.

(10) L'originale dei capitoli di riforma del 1533 è compreso in A.C.C., n. 106, cc. 132-136, ma la numerazione progressiva non tiene conto della mancanza del secondo foglio, come invece risulta dalla lettura del documento. La copia settecentesca di cui mi sono servita per la mia analisi e che riporta il testo completo della riforma, è contenuta in un volume miscellaneo segnato A.C.C., 109, pp. 424-436. La seconda copia settecentesca che trascrive invece l'originale mutilo è compresa in A.C.C., n. 118, raccolta di documenti vari senza numerazione.

golano. L'Accolti — si ricorda nella riforma — è stato informato da parecchie persone e ha poi potuto constatare di persona, durante una visita, che la forma di governo della « terra » comporta delle anomalie divenute inaccettabili e desuete. Il cardinale consegna al Rosati lettere credenziali « ... cum plenissima facultate, auctoritate et potestate... ut dictum regimen recte et absque alicuius iniuria facias, probos, meritosque et reipublice amantissimos admittendo » (11). La lettera di nomina contiene poi l'invito ai priori e alla comunità ad obbedire e sostenere il Rosati nel suo compito, mentre lo stesso commissario viene esortato a non deludere le aspettative del suo superiore.

Il 14 gennaio il Rosati giunge a Cingoli e dopo aver presentato ai priori la sua lettera di commissione, dà ordine di convocare il Consiglio Generale « ... ut facilius et melius posset regimen predictum... reficere, iuxta continentiam et tenorem dicte sue commissionis » (12).

Il 19 gennaio viene convocato il Consiglio Generale « in valido et sufficienti numero » e il commissario illustra il suo compito, invitando i presenti ad esporre liberamente il proprio parere in merito.

Diversi consiglieri, quasi tutti appartenenti a note famiglie che costituiranno la nobiltà cingolana, prendono la parola ed esprimono il loro assenso. Sono presenti, fra gli altri, il « magister » Ottaviano Calvelli, ser Giovanni Maria e tre esponenti delle famiglie Simonetti, Cima e Perfetti, i cui nomi sono preceduti dal titolo di « dominus ». Il primo consigliere che prende la parola è Ottaviano Calvelli. A lui sembra che « ... pro bono, pace et quiete ac decoro Reipublice Cingulane ... Regimen predictum fore et esse moderandum et reformandum arbitrio prelibati D. Commissari ... e che nel nuovo reggimento « ... probos, honestos, urbanos et capaces viros et ad Regimen aptos immicti, eligi et describi deberet addi vel minui si quod laude dignum extiterit ». Il Calvelli afferma quindi la necessità di restringere la base elettiva del reggimento, in modo tale da favorire la creazione di un ceto chiuso di governo.

Anche Masio Cima dà la sua approvazione, ponendo come con-

(11) A.C.C., n. 130, c. 88r.

(12) A.C.C., n. 109, c. 429. Tutte le parti della riforma riportate testualmente sono tratte dalla trascrizione settecentesca a cui si è fatto cenno e della quale mi sono servita.

dizione che il commissario prenda « ... matura informatione Bussulum predictum ... » prima di riformarlo e che « ... nemini fiat iniuria neque civibus neque comitatus ... ». Pierleone Simonetti, Giovanni Goro Perfetti, Giovanni Maria, Conte Conti e Felice Silvestri, fra i tanti, esprimono invece il loro incondizionato appoggio al commissario. Un'altra riserva viene poi avanzata da Martino del Console, l'unico rappresentante del contado che prende la parola, affinché « ... servetur ordo et stylus antiquus iuxta formam capitulorum de materia refectionis Regiminis loquentium ... », nel rispetto di una normativa di cui si avverte la tradizionale autorità nel contesto locale.

Dopo aver avuto l'approvazione e la piena disponibilità della parte più influente del Consiglio (che lo sostiene in quanto la riforma del reggimento non lederebbe, ma anzi rafforzerebbe le sue prerogative di classe di governo), il Rosati invita di nuovo tutti coloro che « ... cum silentio existentibus et non perstreptentibus ... » ad « ... arengare super huiusmodi quindquid eis videretur ». Constatato l'atteggiamento passivo dei restanti membri del Consiglio (certamente interessati a mantenere uno status quo che garantisca una larga partecipazione della popolazione al governo della « terra »), il commissario riformatore si fa dare dai priori una lista con 60 nomi, equivalenti a 12 rappresentanti « ... de melioribus et prestantioribus ... » per ognuno dei 5 quartieri cittadini. Dopo aver licenziato il Consiglio, il Rosati si informa su tutti i 60 soggetti e ne sceglie 30, cioè 6 per quartiere, 3 abitanti della città, tutti futuri nobili e 3 del contado. A questa commissione spetta il compito di coadiuvare il commissario nella sua azione riformatrice, operando « ... prout et sicut ipsis videbitur ... ». E non è certamente un caso che fra i cittadini prescelti compaiano anche quei consiglieri che hanno dimostrato al Rosati una totale disponibilità nei confronti del suo programma.

Il 25 gennaio i prescelti alla rinnovazione del bussolo giurano solennemente al commissario di impegnarsi con lui per il bene della comunità, in nome suo e della Chiesa. Dopo una « matura disceptatione » con i suoi collaboratori, il Rosati forma il nuovo reggimento che viene approvato e confermato dal cardinale Accolti il 19 febbraio 1533 ed entra subito in vigore.

La ragione fondamentale che ha indotto la necessità della riforma, come fa presente il commissario all'inizio dei lavori, è stata la

constatazione, da parte del legato, della mancanza a Cingoli di un criterio valido che fissi e regoli l'accesso alle cariche pubbliche.

Si continua infatti, nella prima metà del Cinquecento, ad assegnare ai quartieri e non agli uomini la dignità e la precedenza nel governo. Ciò comporta che contadini giovani ed analfabeti precedano nobili colti e più anziani, cosa secondo il Rosati « ... ab omni urbanitate, bono et iuxta regimine remota ... ». La scelta degli uomini di governo in base a criteri territoriali è ormai inaccettabile per i nuovi tempi, perché non assegna il giusto peso alla età, al merito e alla condizione sociale dei soggetti. Inoltre la stessa ampiezza, oltre che l'eterogeneità, dei vari organi collegiali, viene ritenuta eccessiva e pericolosa per il mantenimento del buon ordine cittadino. Il Consiglio Generale comprende infatti ancora 300 membri, 100 dei quali formano poi il Consiglio di Credenza, unificato con breve di Leone X nel 1521.

Il Magistrato, le cui « mudue » hanno durata mensile, è invece rappresentato da 5 priori, uno per quartiere, estratti da un bussolo contenente 60 « palluctae » con 5 nomi ciascuna. Pertanto, il commissario decide che « ... tam effrenatum numerum fore et esse moderandum et reducendum ».

A partire da queste preoccupazioni, egli stabilisce in 21 capitoli la nuova articolazione del reggimento e le modalità dei suoi periodici rinnovi. I primi tre capitoli riguardano la riforma degli organi collegiali, mentre i successivi dieci contengono norme per il corretto svolgimento dei Consigli. Due capitoli sono poi dedicati ai priori e al loro vestiario, il sedicesimo sanziona invece l'abolizione del bussolo degli arrendatori e l'istituzione di quello dei riservati per le cariche vacanti. Non mancano infine disposizioni precise per l'osservanza dei capitoli e pene pecuniarie, spesso abbinate alla scomunica o alla perdita dell'ufficio, per i trasgressori, « ... quoniam Reformatio predicta a senioribus et prudentibus unanimiter approbata fuit ».

Nella formazione del governo non si deve quindi più procedere con l'ordine e la regola dei quartieri, ma tenendo conto del merito personale dei soggetti, determinato dalla loro condizione sociale ed economica. Ciò comporta, di fatto, la distinzione della popolazione della « terra » in 4 ordini, ad ognuno dei quali corrisponde un determinato grado all'interno del Magistrato. E in questa ottica viene anche istituita, nel 1533, la carica di gonfaloniere o

capo priore, spettante ai soli soggetti che costituiscono il primo ordine cittadino (i futuri nobili) e che danno il primo grado del Magistrato, « ... qui praesse et praecedere debeat ... » gli altri 4 inferiori. Il secondo grado di primo priore viene invece destinato ai cittadini più facoltosi e « civili », mentre il terzo di secondo priore è assegnato agli artigiani (sempre della città), più colti e capaci. Il quarto e quinto grado, rispettivamente di terzo e quarto priore, vengono dati infine agli uomini facoltosi del contado e distretto. In base a questa regola si assegnano poi, ad ognuno dei cinque gradi, 42 soggetti scelti dai 5 quartieri cittadini, secondo l'estrazione sociale e la posizione economica. I 210 prescelti formano così il Maggior Consiglio o Consiglio Generale, prima composto da 300 membri. L'intero corpo dei consiglieri entra poi nel bussolo del Priorato, comprendente 42 « palluctae », ognuna delle quali contiene 5 nomi, elencati secondo la precedenza dei vari ordini di appartenenza dei soggetti. Le estrazioni devono essere fatte ogni 2 mesi, per cui la durata teorica del reggimento passa da 5 a 7 anni, con 6 « palluctae » estratte annualmente. Si decreta inoltre che i primi tre priori di ogni bimestre siano regolatori per quello successivo, con piena facoltà di portare a termine progetti iniziati durante il Priorato. Il Consiglio di Credenza passa invece da 100 ad 82 membri, che debbono essere esclusivamente scelti « ex prestantioribus » dei vari gradi. Questa clausola, che sarà poi ulteriormente rafforzata in senso restrittivo, permette la presenza in Consiglio di una percentuale di « comitatini » pari quasi sempre ad un terzo del totale. Ma ciò non è da intendersi come una concessione alla rappresentanza popolare, perché gli esponenti del contado che compaiono in alcuni elenchi dei chiamati a tale Consiglio sono comunque ricchi possidenti, in grado quindi di garantirsi l'accesso al reggimento per il possesso dei precisi requisiti di censo e di condizione di vita richiesti. Gli stessi requisiti che probabilmente mancano a quelle antiche ed illustri famiglie cingolane escluse dal reggimento del 1533 e quindi dall'automatica nobilitazione con l'iscrizione al gonfalonierato.

Ed è quasi certamente dovuta all'esiguo numero di casate ascritte al primo grado del Magistrato in quest'anno (13), la conferma per

(13) Infatti nel 1533 le famiglie nobili ascritte al I grado sono 25 e non 42 come dovrebbero essere in base al numero dei componenti di ogni grado. Diverse famiglie compaiono nel reggimento di quest'anno con 2-3 o addirittura 4 membri, in deroga alla norma prevista dalla rubrica 20 dei capitoli di riforma.

l'avvenire della disposizione statutaria precedente che fissava a due il numero dei membri di una stessa famiglia che potevano essere eletti nel medesimo reggimento. Con questa misura cautelativa si intende inoltre impedire ogni futuro, pericoloso accentramento di potere nelle mani di una sola o di pochissime famiglie, che potrebbero in tal modo minacciare la stabilità del nuovo assetto istituzionale.

Le nuove disposizioni però, riducendo il numero degli eleggibili alle varie cariche pubbliche, comportano inevitabilmente l'esclusione di numerosi benemeriti. Il Rosati prende atto della cosa ed istituisce il bussolo delle riserve, contenente diverse « *palluctae* » con il nome dei soggetti meritevoli di ricoprire le cariche lasciate vacanti dai consiglieri del proprio grado. La creazione del bussolo dei riservati è inoltre una diretta conferma dell'impossibilità, almeno teorica, di trasmettere ereditariamente la carica. In base a quanto decretato dal Rosati infatti, questa risulta puramente personale, poiché la nomina a membro del reggimento viene concessa solo a soggetti che rispondono individualmente a determinati requisiti.

Non è quindi nelle intenzioni del commissario riformatore modificare radicalmente l'assetto istituzionale della « terra » creandovi di fatto un patriziato, impossibile da attuare data l'ancora eccessiva eterogeneità delle varie componenti sociali del governo cittadino, né tantomeno di stabilire il reggimento su basi rigidamente ereditarie.

Tuttavia il Rosati, con il pieno appoggio di coloro che dal 1533 diventano i rappresentanti di spicco dell'oligarchia locale, opera in modo tale da gettare le basi per la successiva affermazione a Cingoli di un ceto dirigente a prevalente carattere cittadino e nobile. I vari reggimenti che si succederanno ogni 7 anni fino al 1615 (quando i membri scenderanno a 190) e ogni 5 anni dal 1650 (quando si avrà la definitiva riduzione degli effettivi a 155), diventano infatti espressione di un nuovo e ormai affermato ceto di governo: quello dei *cives*. Esso include tutti i cittadini (nobili e non) che possono ricoprire la carica di consigliere e, di conseguenza, entrare a far parte di diritto di tutti e tre gli organi collegiali, in base ad un sistema censitario che fissa il valore minimo della proprietà, specie immobiliare, come condizione indispensabile anche per il mantenimento del seggio. Ciò non comporta comunque la totale esclusione dal governo dei « comitatini », che sono sempre degnamente rappre-

sentati. Di fatto però con la regolamentazione dei gradi che verrà stabilita nel 1561, sarà preclusa ad essi ogni possibilità di ascendere ai vertici dell'élite di governo che si farà progressivamente più chiusa.

Un'eloquente testimonianza della lenta ma irreversibile separazione di ceto che si opera nel reggimento cingolano a partire dal 1533, è rappresentata dalla composizione dei due principali organi collegiali della « terra ».

Da un « *Elenco dei chiamati al Consiglio di Credenza e Generale* » degli anni 1557-1621 (14), è infatti possibile stabilire sia il totale dei consiglieri formanti i due organi (e quindi le variazioni numeriche che questi subiscono nel corso di circa un secolo), sia la loro condizione sociale.

Dai dati esaminati, risulta che dalla seconda metà del Cinquecento il Consiglio di Credenza si delinea come organo alquanto ristretto, in cui entrano di diritto tutti gli ascritti al gonfalonierato o primo grado del reggimento, altri nobili presenti nei due gradi successivi e una percentuale di non nobili, cittadini e « comitatini », pari quasi sempre al 30% del totale. A partire dal 1561 e fino al reggimento del 1607-1615 compreso, la presenza nobiliare nel Consiglio si attesta su un buon 70%, che diviene 80% nei due ultimi reggimenti considerati (1615-1621 e 1622-1628). I dati forniti dall'*Elenco* e riportati nella Tav. I, permettono anche di delineare chiaramente il movimento di assestamento numerico che il Consiglio di Credenza subisce nel periodo considerato. Si ha infatti un aumento progressivo degli effettivi che sono 105 (di cui 66 nobili di città e contado e 39 non nobili) nel 1561, diventano 117 nel 1568 (nella proporzione di 70 a 47) e salgono a 129 (80 a 49) nel 1576. Dopo aver raggiunto questa punta massima, il numero scende di nuovo a 125 nel 1583 (76 a 49), poi a 98 nel 1591 (61 a 37) e nel 1599; sale di nuovo a 105 nel 1607 (73 a 32), mentre dal 1615 inizia a diminuire con le 98 presenze di quell'anno (74 a 24) che si assestano a 95 (71 a 24) nel 1621. A partire dalla prima metà del Seicento ci sarà quindi un progressivo restringimento quantitativo del Consiglio di Credenza, che identificherà sempre più i suoi componenti con i rappresentanti delle maggiori famiglie di reggimento.

(14) A.C.C., n. 182. Questo elenco contiene sia le presenze globali nei 2 Consigli (a partire dal 1561 fino al 1621), sia le « puntature » o assenze, anche per gli anni 1554, 1555 e 1557.

Per quanto concerne invece la composizione del Consiglio Generale, l'*Elenco* di cui sopra fornisce dati soltanto per un periodo limitato e non permette di delineare compiutamente i mutamenti che si verificano al suo interno dal 1533 (anno in cui il numero dei cittadini di reggimento passa da 300 a 210), al 1650 (allorché si avrà il definitivo assestamento del numero dei consiglieri a 155). In questo arco di 117 anni si hanno infatti variazioni continue del numero degli effettivi. Ma poiché i consiglieri formanti tale organo di governo sono anche gli stessi che, a rotazione bimestrale e a gruppi di 5, costituiscono il Magistrato, ciò comporta variazioni di rilievo anche nel numero delle « palluctae » di reggimento. Su questa base, riferendosi ai dati precisi disponibili in proposito (15), è invece agevole delineare l'andamento numerico del Consiglio Generale nel periodo considerato. Come può vedersi dal grafico compreso nella Tav. 2, il movimento reale delle « palluctae » segue un andamento ascendente dal 1533-1540 (42) al 1599-1607 (48); dal 1615-1621 inizia invece la fase discendente, con la riduzione delle « palluctae » a 38, che rimangono tali fino a che nel 1623 non si deciderà una loro ulteriore diminuzione a 31, da effettuarsi in 4 reggimenti successivi. Infatti nel 1628-1634 le « palluctae » saranno 36, 34 nel 1634-1639, 32 nel 1639-1645 e infine 31 nel 1645-1650. Dal 1650 alla fine del Settecento, ogni reggimento comprenderà 31 « palluctae », per una durata complessiva di 5 anni e due mesi. Moltiplicando poi per 5 (pari al numero dei priori contenuti in ciascuna di esse), il totale delle « palluctae » di ogni reggimento, si ottiene il numero effettivo dei componenti il corrispondente Consiglio Generale. Dai dati complessivi riassunti nella Tav. 3, emerge dunque chiaramente come, nell'arco dei circa 120 anni presi in esame, ci sia stata una progressiva contrazione numerica del Consiglio Generale e di quello di Credenza, determinata dalla diminuzione del numero delle « palluctae » di reggimento. Ciò ha favorito, nel complesso, un lento ma costante accentramento del potere decisionale e amministrativo nelle mani di una classe di governo che, pur continuando ad essere mista, non manca però di evidenziare il suo carattere marcatamente patriziale.

(15) Questi dati sono forniti dalla raccolta delle « *Palle de' Regimenti della Comunità di Cingoli* » (A.C.C., n. 180, fasc. 2-3 per il periodo 1533-1650), ms. settecentesco che riporta l'intera sequenza dei bussoli dal 1352 al 1730.

Alla graduale individuazione di un ceto patriziale cittadino concorre anche il Magistrato o Priorato, l'organo collegiale cui fa capo l'intera attività amministrativa della comunità. La sua funzione di coordinamento e di iniziativa nei confronti dei vari uffici e pratiche di governo, rende infatti le sue cariche molto ambite e influenti nel contesto politico locale e la riforma del 1533 contribuisce ad aumentare il prestigio e il potere dei 5 priori che lo compongono, con una minuta regolamentazione dei loro compiti e funzioni.

Inoltre, l'istituzione della carica di gonfaloniere e quindi di un vero e proprio grado nobiliare, favorisce all'interno dell'oligarchia locale la graduale affermazione di una vera nobiltà patriziale, alla quale si riservano non solo gli onori più elevati, ma anche le cariche e funzioni più lucrose. Non tutti coloro che sono stati considerati nobili prima del 1533 possono quindi aspirare a comparire nei reggimenti dopo tale data, perché patrizie saranno ritenute soltanto quelle famiglie cui apparterranno o saranno appartenuti membri che hanno ricoperto la massima carica comunitativa o saranno in condizione di farlo.

Cingoli rientra pertanto in quella casistica generale, tipica soprattutto dell'Italia centro-settentrionale, che fra Cinquecento e Seicento assiste ad un'ampia diffusione del fenomeno della separazione di ceto in numerosi centri urbani (16). Un fenomeno che comporta, come è stato osservato, un notevole ampliamento del numero « ... di quanti legalmente potevano dirsi nobili ... » (17) ed a ciò contribuiscono i processi di chiusura dei consigli cittadini, la compilazione dei « libri d'oro » e la vendita di titoli nobiliari da parte delle autorità statali. Anche a Cingoli, benché non sia stata constatata la presenza dei due ultimi elementi, è comunque possibile delineare la rilevanza che il ceto patriziale acquisisce nel contesto politico locale. L'élite nobiliare che si afferma al governo della « terra » dopo la riforma cinquecentesca, esprime infatti le sue capacità politiche e la sua preminenza sociale soprattutto attraverso il monopolio esclusivo del primo grado del Magistrato o gonfalonierato. Tutti i consiglieri che a turno rico-

(16) Cfr. C. DONATI, *L'idea di nobiltà in Italia. Secoli XIV-XVIII*, Bari, 1988, pp. 151-152.

(17) *Id.*, p. 152.

prono la carica di gonfaloniere o capo priore fino alla sua soppressione, sono sempre appartenenti in maggioranza a famiglie cingolane ormai nobili di origine più o meno recente e, in misura minore, a famiglie forestiere nobili trasferitesi a Cingoli e ascritte al patriziato. Il processo di consolidamento di quello che può essere a giusta ragione chiamato il ceto dei gonfalonieri, può essere evidenziato nei suoi caratteri principali analizzando la composizione del primo grado del Magistrato. Tra il 1533 (quando la carica viene istituita) e il 1650 (quando il numero dei componenti ogni grado sarà definitivamente fissato a 31), si hanno in totale 17 reggimenti la cui durata varia da 7 a 6 e infine a 5 anni all'incirca. Come si è già accennato, la durata di ogni singolo reggimento è in relazione al numero delle « palluctae » confezionate per esso e che varia di diverse unità nel periodo considerato. Poiché il Magistrato comprende poi tanti soggetti quanti sono i nomi scritti « in cera » per ogni grado, tale variazione si riflette anche nel numero dei gonfalonieri costituenti di volta in volta il primo ordine. Ciò risulta chiaramente dai dati forniti dalla raccolta delle « *Palle de' Regimenti della Comunità di Cingoli* » (18), molto utile per esaminare la composizione del gonfalonierato. Poiché risultano mancanti 6 palle per il periodo in oggetto, l'elenco consta di 698 gonfalonieri (19) che appartengono a 50 famiglie. Alcuni nomi compaiono, com'è naturale, più volte nell'elenco, cosicché il numero degli individui che esso abbraccia è pari a 424, come risulta dalla Tav. 4. Essi appartengono tutti a famiglie nobili, cingolane nella maggior parte (40 su 50), alle quali si uniscono, nell'arco di tempo considerato, solo 9 famiglie forestiere (20). Come può dedursi dai dati forniti nella tabella circa la presenza delle varie casate nei diversi governi, non tutte possono vantare una rappresentanza continua o numericamente rilevante. Delle 50 famiglie individuate, 23 compaiono

(18) Vedi nota 15.

(19) Il totale delle palle considerate è infatti di 704, come risulta dalla somma dei singoli bussoli confezionati per ognuno dei 17 reggimenti e riportati nella Tav. 2.

(20) L'accertamento è stato condotto sui testi mss. di F.M. RAFFAELLI, *Alberi Genealogici delle XXXI Famiglie Nobili formanti nel MDCCXLVII l'Illustre Ordine dei Gonfalonieri di Cingoli* e *Alberi Genealogici delle Famiglie Nobili estintasi in Cingoli dopo il ristabilimento in essa città dell'Ordine dei Gonfalonieri, cioè a dire dopo il MDXXXIII*. Entrambi i testi sono del XVIII secolo e sono di proprietà della sig.ra Simonetta Bernardi di Roma.

infatti ininterrottamente nei reggimenti dal 1533 fin oltre il 1650 e sono presenti anche nei governi precedenti, mentre le altre 27 famiglie vengono aggregate al patriziato locale dopo il 1533-1540 e solo 17 di esse si ritrovano anche nei reggimenti successivi al 1650. Le casate del primo gruppo, di origine più o meno recente, sono quelle dei Bartoli, Bellaspiga, Benvenuti, Bernardi, Blancatelli Boccacci, Calvelli, Cavallini, Ciamberlini, Cima, Cima delle Stelle, Conti, Giulioni, Graziosi, Leoncini, Lipponi, Maria, Mazzalvelli, Perfetti, Rocchetta, Silvestri, Simonetti e Vici. I Cima, Silvestri e Simonetti sono infatti antiche famiglie feudali risalenti ai secoli XII-XIII, mentre i Bartoli, Benvenuti, Blancatelli, Cavallini, Giulioni, Maria e Mazzalvelli sono casate trecentesche. Al XV secolo risalgono invece le origini dei Bellaspiga, Bernardi, Boccacci, Calvelli, Ciamberlini, Cima delle Stelle, Graziosi, Leoncini, Lipponi, Rocchetta e Vici. Soltanto la famiglia Perfetti è di origine cinquecentesca.

È questo, in sintesi, il nucleo originario del patriziato cingolano, come attestano la frequenza della sua presenza nei vari reggimenti dal 1533 al 1650 (480 su 698, pari al 69% del totale) e la partecipazione ai governi precedenti.

Come si ricorderà, prima del 1533 la composizione del Magistrato era regolata secondo l'ordine di precedenza dei 5 quartieri cittadini, che dovevano essere equamente rappresentati da consiglieri scelti in base alla loro provenienza da essi. Non c'era quindi un vero e proprio grado nobile, ma ciò non toglie che anche allora numerosi soggetti, appartenenti alle famiglie tradizionalmente riconosciute come tali o più in vista, comparissero a più riprese nei vari reggimenti.

Nel periodo 1430-1530 (21), come risulta dalla Tav. 5, le 23 famiglie considerate compaiono in totale 362 volte. L'incidenza delle presenze è inferiore alle 10 per 6 famiglie (Ciamberlini, Giulioni, Graziosi, Mazzalvelli, Perfetti e Simonetti), compresa fra le 10 e le 20 per 12 casate (Bartoli, Bellaspiga, Bernardi, Blancatelli, Boccacci, Calvelli, Cima, Conti, Lipponi, Maria, Rocchetta e Vici) e superiore alle 20 presenze per 5 famiglie (Benvenuti, Cavallini,

(21) La scelta del primo termine cronologico è stata imposta dalla stessa fonte esaminata, che presenta vistose lacune per il periodo precedente tale data (1352-1430).

Cima delle Stelle, Leoncini e Silvestri). C'è quindi, da parte di queste casate, una sostanziale continuità di governo fino al 1533 e questo fattore concorre probabilmente alla loro comune ascrizione al gonfalonierato in quest'anno, mentre ne vengono escluse altre non meno nobili ed idonee. Nel reggimento del 1533-1540 compaiono infatti 42 gonfalonieri appartenenti esclusivamente a queste 23 famiglie. I Bartoli, Bellaspiga, Blancatelli, Ciamberlini, Graziosi, Lipponi, Maria, Mazzalvelli, Perfetti, Rocchetta, Silvestri e Vici ne danno 1; i Benvenuti, Calvelli, Cima, Conti, Leoncini e Giulioni 2; i Bernardi, Cima delle Stelle e Simonetti sono presenti con 3 esponenti; i Boccacci e i Cavallini con 4.

Da questa premessa alla formazione di un compatto ceto nobiliare di governo, scaturisce quindi quella presenza costante nella gestione del potere di un gruppo di casate che diventano protagonisti della scena pubblica per oltre due secoli.

Le famiglie invece che vengono aggregate al gonfalonierato dopo il 1533-1540 risultano essere, come si è detto, 27, con complessive 218 presenze, pari al 31% del totale. Si tratta delle casate Bertucci (ascritta nel 1613), Bruni (1600), Catani (1607), Clavoni (1542), Cristiani (1583), Eustachi (1594), Falcetta (1554), Fauni (1546), Franceschini (1543), Gallo (1592), Gentiloni (1638), Giustiniani (1598), Longhi (1546), Mattarelli (1645), Mazzini (1636), Muccetta (1558), Onori (1604), Pergoli (1576), Pinelli (1584), Raffaelli (1634), Roccabella (1594), Romani (1562), Sacchetti (1593), Sanzi (1561), Severini (1553), Vannucci (1632) e Venanzi (1566). Fra queste 27 famiglie, 19 compaiono anche nei reggimenti successivi al 1650 (22), mentre delle restanti 8 famiglie non si ha più traccia dopo tale data (23). Questo gruppo di famiglie di reggimento accomuna inoltre 10 casate forestiere (Catani, Bruni, Fauni, Gallo, Gentiloni, Giustiniani, Onori, Pinelli, Raffaelli, Venanzi) con 17 del luogo che si riscontrano anche nei governi del periodo 1430-1530, dove le loro presenze assommano a 171 (v. Tav. 5). Otto casate sono presenti più di 10 volte (Bertucci, Eusta-

(22) Sono le famiglie Bertucci, Catani, Clavoni, Falcetta, Franceschini, Gallo, Gentiloni, Longhi, Mattarelli, Mazzini, Muccetta, Onori, Pergoli, Raffaelli, Roccabella, Romani, Sacchetti, Severini e Vannucci.

(23) Sono le casate Bruni, Cristiani, Eustachi, Fauni, Giustiniani, Pinelli, Sanzi e Venanzi.

chi, Falcetta, Franceschini, Longhi, Mazzini, Sacchetti, Vannucci), mentre altre 9 non raggiungono tale numero (Clavoni, Cristiani, Mattarelli, Muccetta, Pergoli, Roccabella, Romani, Sanzi, Venanzi). Nel complesso, sono anch'esse famiglie di antica e sicura origine che acquisteranno nel corso degli anni solidità e prestigio, riscattando così l'iniziale esclusione dal ceto patriziale. Quasi la metà di queste casate ha infatti origine quattrocentesca (Clavoni, Eustachi, Falcetta, Franceschini, Longhi, Muccetta, Onori, Pergoli, Bertucci, Roccabella, Sanzi, Severini, Vannucci), 8 famiglie risalgono invece al XVI secolo (Catani, Cristiani, Fauni, Mazzini, Raffaelli, Romani, Sacchetti e Venanzi) e 2 soltanto (Gentiloni e Mattarelli) al XVII secolo.

C'è quindi, all'interno del gonfalonierato, una certa mobilità determinata dalla necessità di mantenere costante la solidità del ceto patriziale. Se ciò comporta l'avvicendamento di diverse famiglie nel primo grado del Magistrato, non viene però pregiudicato il carattere oligarchico e nobiliare di esso. Tale avvicendamento è infatti in stretta relazione con l'antichità della casata, che diviene il parametro principale per decidere anche le successive aggregazioni. Anche le scarse sostituzioni di famiglie estinte o trasferite con nuove casate locali o forestiere che si hanno dal 1533 al 1650, sono funzionali e indispensabili al mantenimento e al rafforzamento di una struttura chiusa, quale il gonfalonierato, in cui si concentra gran parte del potere e del prestigio politico.

Ma a partire dal 1533 la preminenza sociale della classe nobiliare e la superiorità politica del ceto patriziale di governo si evidenziano anche con la frequente presenza di famiglie nobili nel secondo e terzo grado del Magistrato. La percentuale di nobili riscontrata nel secondo grado per il periodo preso in esame è infatti molto alta, essendo pari al 56% del totale, mentre è minore (22%), ma non trascurabile, nel successivo (24). La forte incidenza nobiliare soprattutto nel secondo ordine, garantendo una stabile maggioranza numerica in esso, contribuisce a potenziare la posizione di forza complessiva che il ceto patriziale ha assunto all'in-

(24) Nel secondo grado compaiono infatti 37 famiglie nobili con 390 presenze su 695 totali, mentre nel terzo le famiglie sono 30 con 152 presenze su 692 complessive.

terno del Magistrato. Ciò evidenzia inoltre come famiglie di nobiltà più o meno recente, cingolane e non, partecipino attivamente al governo, indipendentemente dal grado occupato nel Magistrato. Se infatti 16 delle 37 famiglie che compaiono nel secondo grado negli anni 1533-1650 risultano aggregate al gonfalonierato dal 1533, la maggioranza è però costituita da casate che vengono ascritte nel corso del XVI (13 famiglie), del XVII (5) e del XVIII secolo (3). Lo stesso dicasi per il terzo grado, in cui soltanto 10 delle 30 casate nobili che vi compaiono sono state aggregate al patriziato fin dalla sua istituzione, mentre le altre 20, comprese 6 famiglie forestiere, vengono ascritte ad esso successivamente. Se il secondo ed il terzo grado del Magistrato concorrono a mantenere quella supremazia politica del ceto patriziale che fin dalla sua istituzione non viene mai messa in discussione, il fatto che soltanto 2 delle numerose famiglie di reggimento costituenti il secondo ordine civico nel periodo 1533-1650 siano nobilitate nel corso del Settecento (i Muciolanti nel 1763 e i Puccetti nel 1719), ne è una ulteriore conferma.

Il governo chiuso che si instaura anche a Cingoli dopo la riforma del 1533 non esclude quindi totalmente la componente non nobile dal reggimento, poiché non si intende delegare tutto il potere ad una aristocrazia. Si vuole invece lasciare aperta la strada alla formazione di una composita classe politica, in grado di rappresentare la nuova posizione assunta nel contesto locale da gruppi sociali ben definiti (nobili e patrizi, cittadini, comitatini). Ciò non impedisce tuttavia che la componente patriziale della classe di governo assurga ad un ruolo politico egemone, acquisito gradualmente nell'arco di circa un secolo. A partire infatti dal 1533, diviene sempre più chiara l'intenzione delle famiglie costituenti l'ordine dei gonfalonieri di operare una vera e propria separazione di ceto. Questo scopo viene perseguito accentuando la tendenza a rendere ereditaria la carica in consiglio (e quindi nel Magistrato) e con disposizioni miranti a cumulare entro un ristretto numero di famiglie nobili gran parte dei seggi dei primi due gradi del reggimento.

Come si è già accennato, nel 1533 sono infatti soltanto 23 le casate che forniscono i 42 gonfalonieri previsti dal bussolo, in deroga al cap. 20 della riforma che dispone la presenza di non più di 2 membri di uno stesso casato nel medesimo reggimento. E quei « soggetti », in virtù della ripetuta presenza nel primo grado e del

limitato numero delle famiglie che lo compongono, « ... accrebbero per questo alcuna distinzione di nobiltà alla famiglia loro ... » (25). D'altra parte, questa « distinzione di nobiltà » viene ulteriormente confermata dalla continuità con cui i vari membri di una stessa famiglia (nell'ordine: padri, figli, nipoti « ex filio », fratelli e parenti entro il terzo grado), si succedono « nel luogo » e spesso anche nella carica, nel corso dei vari reggimenti. Se questa continuità non può identificarsi con l'ereditarietà di diritto dei 5 gradi del Magistrato all'atto della loro istituzione, è però anche vero che il ricambio dei consiglieri fa capo quasi sempre alle stesse famiglie.

Nel 1554 vengono poi sancite delle disposizioni che rafforzano la tendenza alla ereditarietà della carica, ma soprattutto la prassi di distribuire gli uffici a più esponenti idonei di una stessa famiglia (26). Si ribadiscono innanzitutto le disposizioni precedenti, che riservavano l'accesso al gonfalonierato e al Consiglio di Credenza soltanto a persone che si fossero distinte per qualità, età, dignità e merito e che avessero ottenuto la maggioranza dei voti richiesti dalla Congregazione Bussolare. Viene portato a 3 il numero dei membri di uno stesso casato che possono far parte del medesimo governo e si decreta infine che qualora un figlio debba prendere il posto del padre in consiglio, ma non abbia l'età necessaria pur avendo più di 19 anni, costui ha diritto comunque al primo luogo vacante del suo grado nel reggimento successivo.

Nella seconda metà del Cinquecento vengono quindi riaffermati il principio che favorisce la legittima successione alle cariche pubbliche ed, insieme, l'istituto delle riserve, funzionale ad essa, ma soprattutto inteso a garantire il corretto avvicendamento degli individui nei vari gradi del Magistrato, secondo l'ordine civico di appartenenza. E la volontà di trasmissione ereditaria del potere giustifica anche le diverse presenze di figli o fratelli di gonfalonieri defunti e non, nel secondo e terzo grado, dove essi stazionano in attesa di occupare il posto loro spettante nel primo ordine.

Un passo ulteriore nel processo di affermazione del patriziato cittadino viene poi compiuto nel 1561, quando il commissario pre-

(25) F.M. RAFFAELLI, *Del reggimento pubblico della Città di Cingoli*, ms. della seconda metà del XVIII secolo, di proprietà della sig.ra Simonetta Bernardi di Roma, p. 6.

(26) A.C.C., n. 106, *Capitoli* del 1554, cc. 155-163.

sidente al rinnovo del bussolo impone regole precise alla successione nel Magistrato (27). I cittadini devono quindi succedere ai cittadini nei primi tre gradi loro riservati e i contadini ai contadini negli ultimi due. La sanzione ufficiale di un criterio già di fatto operante, è decretata in questo caso dalla autorità ecclesiastica, che, così facendo, avalla implicitamente il processo in corso nella « terra ». Neanche la presenza di una costante e discreta rappresentanza contadina può dunque inficiare il primato sociale e politico di una élite patriziale di governo che prosegue a grandi passi nella sua affermazione.

Il processo di accentramento del potere nelle mani del patriziato locale è poi nuovamente favorito dall'autorità centrale nel 1584, con le disposizioni del Governatore generale della Marca riguardanti il Consiglio di Credenza (28). Il peso di questo organo nel contesto locale viene rafforzato con la sanzione dell'ereditarietà della carica di consigliere e con la facoltà concessa al Consiglio di approvare preventivamente i nomi dei prescelti a ricoprire le varie cariche. Questo organo si tramuta di conseguenza in un vero e proprio Consiglio di cernita, espressione quasi esclusiva del ceto nobiliare cittadino, composto da tutti i gonfalonieri, da una percentuale quasi pari di primi priori (in maggioranza nobili) e da un limitato numero di contadini. Il fatto poi che debbano passare al vaglio della Credenza le scelte fatte dalla Congregazione Bussolare, oltre a determinare la irrimediabile perdita di potere e di prestigio di questo istituto, è teso soprattutto ad impedire ogni dispersione di potere e la possibilità di ammettere al reggimento persone non degne di esso.

L'accresciuta considerazione di cui è fatto oggetto il Consiglio di Credenza è quindi un'ulteriore conferma della preminenza acquisita dal ceto patriziale all'interno del governo. E questa superiorità rimane un dato costante nei successivi reggimenti di fine Cinquecento-inizi Seicento, nei quali si hanno frequenti casi di famiglie presenti anche con quattro membri nel primo grado e si estende la prassi della successione legittima alla carica.

Nuovi passi verso la sanzione definitiva della chiusura di ceto già in atto, vengono compiuti durante la seduta del Consiglio

(27) A.C.C., n. 106, *Capitoli* del 1561, cc. 164-168.

(28) A.C.C., n. 45, *Riformanze* 1582-1585, c. 203.

Generale preliminare alla rinnovazione del bussolo nel 1615 (29). Si decide innanzitutto che come consiglieri di città si debbano scegliere e nominare solo « ... i più meritevoli ... » (leggi idonei e quanto più possibili nobili) fra l'intero corpo dei cittadini e che in avvenire, per i luoghi vacanti nei due Consigli, non si propongano se non le riserve (specifiche per ogni grado), in modo tale da ridurre gradualmente le « palluctae » di reggimento. Questa riduzione non dovrà comunque ledere i diritti dei legittimi successori, che avranno il posto in un altro reggimento. Queste disposizioni quindi, pur essendo emanate dal Consiglio Generale che rappresenta l'intera classe di governo locale, non mancano di sottolineare, con il loro tenore, l'indubbio primato politico raggiunto dal ceto cittadino nobile e non. Lo stesso fenomeno della separazione di ceto portato avanti dal compatto patriziato cingolano si inserisce infatti nell'ambito di una più generale affermazione del gruppo sociale dei *cives* che rafforza progressivamente le sue basi (rappresentate dal monopolio esercitato sui primi tre gradi del magistrato fin dal 1533), con una costante selezione delle proprie forze di governo. E l'organizzazione del ceto patriziale in solida e riconosciuta classe politica, attuatosi in momenti successivi ma conseguenti, è l'aspetto più macroscopico e riuscito di questo processo.

Tale organizzazione viene portata a definitivo compimento nella seconda metà del Seicento.

Nel 1666 si stabilisce che ogni famiglia di reggimento può partecipare ad esso con un numero illimitato di membri, nei gradi « ... proporzionati alle qualità loro » (30). Essendo un dato di fatto ormai acquisito la netta superiorità numerica del ceto patriziale rispetto ad ogni altra componente di governo, tale disposizione non fa altro che legalizzare un primato politico già stabilito. L'età richiesta viene allora abbassata a 25 anni per la Credenza e per il gonfalonierato e a 20 per gli altri gradi del Magistrato. Si permette inoltre ai figli e fratelli di gonfalonieri e primi priori, maggiori di 25 anni, di intervenire ai consigli e di ricoprire la carica di consigliere in sostituzione del parente estratto che la rifiuti. Infine, si ribadisce quella prassi della successione diretta nel posto e nel

(29) A.C.C., n. 54, *Riformanze* 1613-1617, c. 137.

(30) A.C.C., n. 68, *Riformanze* 1663-1666, c. 240.

grado, che aveva precedentemente permesso e avallato la concentrazione del potere entro un numero ristretto di famiglie di reggimento, in prevalenza nobili. Viene poi confermato che il gonfalonierato è stato istituito « ... per conservare con la dovuta distinzione la Nobiltà in questa Patria ... », accettazione formale di una separazione di ceto ormai avvenuta e operante. Ma il suo riconoscimento ufficiale si ha soltanto nel 1709, con la sanzione definitiva della ereditarietà della carica di gonfaloniere e con l'istituzione della Congregazione dei Nobili. Quest'ultima, composta di soli gonfalonieri, deve valutare l'idoneità dei candidati al primo grado del Magistrato in base ai requisiti presentati per l'ammissione (31). Tali disposizioni, approvate dalla Sacra Consulta nello stesso anno e ratificate con breve pontificio nel 1710, concludono quindi un processo iniziato con la riforma del 1533.

La progressiva individuazione di un compatto ceto patriziale all'interno della composita classe dei *cives* appare infatti il risultato di una tendenza più che secolare, che ravvisa la sua espressione ideologica nel considerare l'appartenenza ad un determinato grado del Magistrato come l'aspetto più evidente dello *status* del soggetto che ricopre la carica, secondo una divisione dei ruoli che consiste prima di tutto in una separazione sociale.

(31) Nel corso della riunione della Congregazione Bussolare per il rinnovo del bussoli, si decide infatti che:

1. in caso di morte di un gonfaloniere nell'esercizio delle sue funzioni, la carica deve passare subito al legittimo successore, anche se costui non ha l'età richiesta. Egli deve infatti essere subito descritto in luogo del padre, senza facoltà di esercitare la carica, diritto che acquisisce automaticamente al compimento del 25. anno;
2. la Congregazione dei Nobili, appena istituita, deve valutare le 'prove di nobiltà' di ... quelli che vorranno concorrere al detto grado e che non hanno il jus acquistato al medesimo ... ». Di conseguenza, è impossibile conseguire l'iscrizione al gonfalonierato « ... quando da esso [candidato] o dal di lui padre si sia esercitato ufficio meccanico o altro impiego che possa denigrare la nobiltà ... » (cfr. C.A. BERTINI-FRASSONI, *La nobiltà nello Stato Pontificio*, Roma, s.d. [ma 1934]).

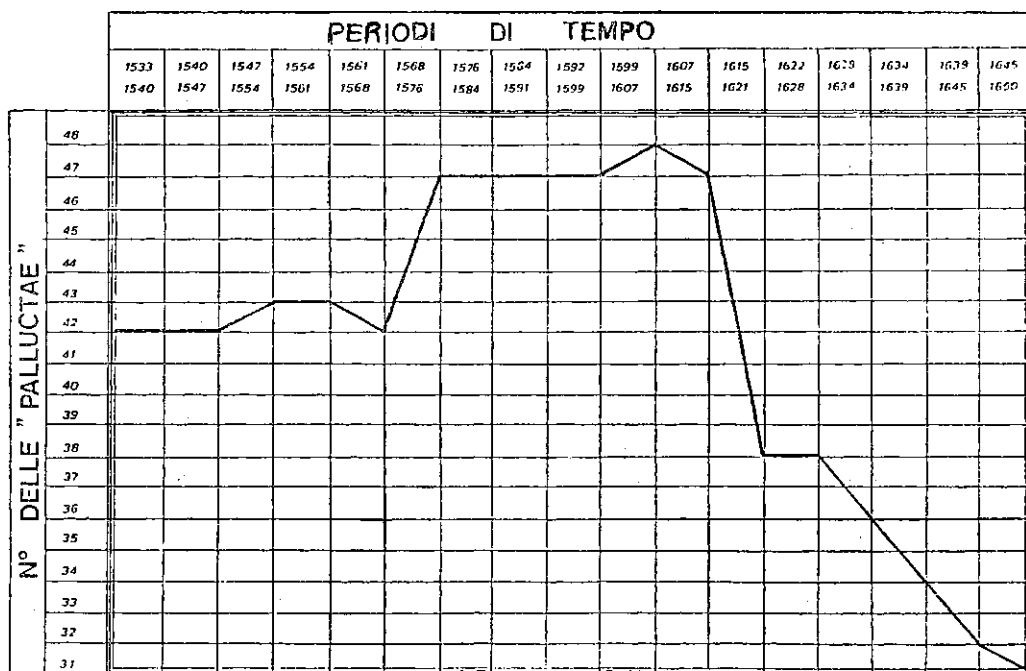
TAVOLA 1

Presenza nobiliare nel Consiglio di Credenza (1561-1621)

	<i>Totale soggetti</i>	<i>Nobili</i>	<i>%/totale</i>
1561	105	66	63%
1568	117	70	60%
1576	129	80	62%
1583	125	76	61%
1591	98	61	62%
1599	98	67	68%
1607	105	73	70%
1615	98	74	76%
1621	95	71	75%

Fonte: A.C.C., n. 182, *Elenco dei chiamati al Consiglio di Credenza e Generale 1557-1621*.

TAVOLA 2



Variatione delle « palluctae » di reggimento nel periodo 1533-1650
 Fonte: A.C.C., n. 180, *Palle de' Regimenti della Comunità di Cingoli*, fasc. 2-3, (1553-1650).

TAVOLA 3

Composizione numerica dei due principali organi collegiali in relazione all'andamento delle « palluctae » di reggimento, nel periodo 1533-1650.

	<i>Numero " Palluctae "</i>	<i>Consiglio Generale</i>	<i>Consiglio di Credenza</i>
1533-1540	42	210	—
1540-1547	42	210	—
1547-1554	43	215	—
1554-1561	43	215	105
1561-1568	42	210	117
1568-1576	47	235	129
1576-1584	47	235	125
1584-1591	47	235	98
1592-1599	47	235	98
1599-1607	47	249	105
1607-1615	47	235	98
1615-1621	38	190	95
1622-1628	38	190	—
1628-1634	36	180	—
1634-1639	34	170	—
1639-1645	32	160	—
1645-1650	31	155	—

Fonte: A.C.C., n. 180, *Palle de' Regimenti della Comunità di Cingoli*, fasc. 2-3 (1533-1650); A.C.C., n. 182, *Elenco dei chiamati al Consiglio di Credenza e Generale 1557-1621*.

TAVOLA 4

Casati ascritti al gonfalonierato tra il 1533 e il 1650 e presenti nei 17 reggimenti del periodo.

<i>Casati</i>	<i>N. Reggimenti</i>	<i>Numero totale Sogg. presenti</i>
1) CAVALLINI (*)	17	60
2) SIMONETTI (*)	17	47
3) SILVESTRI (*)	17	45
4) MARIA (*)	17	36
5) CONTI (*)	17	34
6) LEONCINI (*)	17	34
7) FRANCESCHINI	16	41
8) CLAVONI	16	25
9) MAZZALVELLI (*)	16	20
10) GIULIONI (*)	16	18
11) CIMA (*)	15	35
12) CIMA DELLE STELLE (*)	15	29
13) SEVERINI	15	25
14) BERNARDI (*)	13	16
15) ROCCHETTA (*)	13	13
16) CIAMBERLINI (*)	12	20
17) BARTOLI (*)	11	11
18) FAUNI	11	11
19) SACCHETTI	9	17
20) BOCCACCI (*)	8	23
21) CALVELLI (*)	8	16
22) MUCCETTA	8	9
23) CATANI	8	8
24) BLANCATELLI (*)	7	8
25) BERTUCCI	7	7

(Segue Tavola 4)

<i>Casati</i>	<i>N. Reggimenti</i>	<i>Numero totale Sogg. presenti</i>
26) CRISTIANI	7	7
27) EUSTACHI	7	7
28) LONGHI	7	7
29) VENANZI	7	7
30) SANZI	6	10
31) GALLO	5	5
32) PERGOLI	5	5
33) ROCCABELLA	5	5
34) GRAZIOSI (*)	4	4
35) PERFETTI (*)	4	4
36) VANNUCCI	4	4
37) BENVENUTI (*)	3	4
38) ONORI	3	3
39) RAFFAELLI	3	3
40) GENTILONI	2	2
41) MATTARELLI	2	2
42) MAZZINI	2	2
43) PINELLI	2	2
44) BELLASPIGA (*)	1	1
45) BRUNI	1	1
46) FALCETTA	1	1
47) GIUSTINIANI	1	1
48) LIPPONI (*)	1	1
49) ROMANI	1	1
50) VICI (*)	1	1

(*) L'asterisco denota le famiglie ascritte al gonfalonierato nel 1533.

Fonte: A.C.C., n. 180, *Palle de' Reggimenti della Comunità di Cingoli*, fasc. 2-3 (1533-1650).

TAVOLA 5

Casati ascritti al gonfalonierato a partire dal 1533 e presenti anche nei reggimenti del periodo 1430-1530.

<i>Casati</i>	<i>Presenze complessive 1430-1530</i>
Famiglie ascritte al gonfalonierato nel 1533	
BARTOLI	17
BELLASPIGA	10
BENVENUTI	31
BERNARDI	16
BLANCATELLI	15
BOCCACCI	16
CALVELLI	14
CAVALLINI	29
CIAMBERLINI	1
CIMA	16
CIMA DELLE STELLE	28
CONTI	14
GIULIONI	17
GRAZIOSI	7
LEONCINI	31
LIPPONI	18
MARIA	13
MAZZALVELLI	8
PERFETTI	9
ROCCHETTA	12
SILVESTRI	23
SIMONETTI	18
VICI	12

(Segue Tavola 5)

<i>Casati</i>	<i>Presenze complessive 1430-1530</i>
Famiglie ascritte dopo il 1533 (*)	
BERTUCCI	10
CLAVONI	8
CRISTIANI	5
EUSTACHI	17
FALCETTA	20
FRANCESCHINI	17
LONGHI	12
MATTARELLI	7
MAZZINI	10
MUCCETTA	9
PERGOLI	5
ROCCABELLA	8
ROMANI	2
SACCHETTI	18
SANZI	6
SEVERINI	—
VANNUCCI	10
VENANZI	7

(*) Non sono state considerate le nove casate forestiere dei BRUNI, GALLO, GIUSTINIANI, PINELLI, CATANI, GENTILONI, ONORI, FAUNI e RAFFAELLI che si trasferirono a Cingoli nella seconda metà del XVI secolo.

Fonte: A.C.C., n. 180, *Palle de' Regimenti della Comunità di Cingoli*, fasc. 1 (1430-1530).