

ANNO LXVIII - 2000/01

NUOVA SERIE A - N. 52,4

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 4

GIACINTO DELLA CANANEA, *Mortati e la scienza del diritto pubblico nel periodo fascista*, 397

PAOLA OMBRETTA CUNEO, *Il matrimonio nel pensiero e nella prassi del Cristianesimo Occidentale*, 419

MICHELE RAFFI, *La pubblicità come presupposto di tutela del marchio di fatto*, 497

MICHAEL B. SALERNO, *La prevenzione dei conflitti d'interessi (La regolamentazione degli interessi finanziari di pubblici ufficiali negli USA)*, 511

Direttore responsabile: GIOVANNI BATTISTA BOGLIOLO

Comitato scientifico: GIACINTO DELLA CANANEA, ANGELO DONDI, CARLO FANTAPIE', GIUSEPPE GILBERTI, REGINALD GREGOIRE, MASSIMILIANO GUDERZO, ANNAMARIA LUSARDI, LUIGI MARI, RICCARDO MAZZONI, LUCIO MONACO, PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, VITTORIO PARLATO, EDUARDO ROZO ACUNA, CHIARA TENELLA SILLANI

Redazione: MARCO CANGIOTTI, ANNA MARIA GIOMARO

Direzione e redazione: Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 3031

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927

Stampa: Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXVIII - 2000/01

NUOVA SERIE A - N. 52,4

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

GIACINTO DELLA CANANEA

*Mortati e la scienza del diritto pubblico
nel periodo fascista: un'opinione dissen-
ziente*

ABSTRACT

L'opera scientifica di Costantino Mortati viene esaminata da un duplice angolo visuale, relativo ai rapporti con la cultura giuridica italiana e tedesca del periodo fascista.

Nell'articolo, viene messa in luce, da una parte, l'originalità del pensiero di Mortati rispetto sia alla cultura giuridica del periodo liberale, sia alle correnti culturali vicine al regime fascista.

Dall'altra parte, viene sottolineata l'autonomia delle teorie, elaborate da Mortati, della costituzione materiale e del potere discrezionale rispetto agli orientamenti prevalenti tra gli studiosi tedeschi contemporanei.

GIACINTO DELLA CANANEA

MORTATI E LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
NEL PERIODO FASCISTA: UN'OPINIONE DISSENZIENTE*

SOMMARIO

1) *La ricostruzione dell'opera giuridica di Mortati: questioni di metodo e di merito*; 2) *Dalla concezione formale dello Stato all'analisi degli interessi e dei gruppi*; 3) *La forma di governo*; 4) *La teoria del potere discrezionale*; 5) *Mortati e la cultura giuridica nel periodo fascista*.

1. *La ricostruzione dell'opera giuridica di Mortati: questioni di metodo e di merito*

Per chi voglia comprendere i percorsi e gli orientamenti della scienza del diritto pubblico nel periodo fascista e la sua interazione con la cultura giuridica tedesca, l'opera scientifica di Costantino Mortati è particolarmente importante, prima di tutto perché, tra il 1931 e il 1940, diede alle stampe tre monografie che affrontavano i maggiori problemi del suo tempo, dialogando con i principali studiosi italiani e stranieri (francesi, oltre che tedeschi). Oltre a dedicarsi alla scienza del diritto costituzionale, Mortati ha anche coltivato interessi per temi poco studiati dai costituzionalisti, come la discrezionalità e i controlli sull'amministrazione¹. Infine, non si può non tenere conto della fortu-

* Commento alla relazione del Professor Massimo La Torre, "The German Impact on Fascist Public Law Doctrine-Costantino Mortati's "Material Constitution", presentata all'incontro di studio organizzato dall'Istituto universitario europeo sul tema "The Dark Heritage: legal science in Europe during the Fascist period". Per questo breve scritto, ho molti debiti: con Cristian Joerges, anzitutto, che mi ha offerto di partecipare alla ricerca; con Sabino Cassese, Fulco Lanchester e Giovanna Montella, per i commenti ad una prima versione; con Manuela Veronelli, per l'aiuto nel reperire alcuni scritti presso le biblioteche dell'Università di Roma "La Sapienza". A tutti va il mio ringraziamento. Resto, ovviamente, l'unico responsabile di errori od omissioni.

¹ Non a caso a Mortati sono stati dedicati studi recenti e accurati: *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, 1990, p. 187; *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lanchester, Napoli,

na delle sue *Istituzioni di diritto pubblico*, punto di riferimento per generazioni di studenti in molte università italiane.

È condivisibile, quindi, l'ipotesi prospettata da Massimo La Torre, ossia che il pensiero giuridico di Mortati, e segnatamente la concezione della "costituzione materiale", costituisca un punto di osservazione privilegiato per esplorare il "corso" della scienza giuridica e quello, più generale, della cultura italiana nel periodo fascista².

Proprio per questo motivo, però, i modi in cui l'ipotesi è verificata sono solo parzialmente soddisfacenti, innanzitutto perché non si possono studiare i personaggi del passato esaminandone solo le opere più impegnative. Spesso, infatti, è in quelle minori oppure nelle attività svolte al di fuori delle sedi universitarie, che si trovano le chiavi per comprenderne le idee più originali e, al tempo stesso, i "debiti" con il clima culturale in cui hanno vissuto. L'analisi del testo, quindi, deve essere ampliata. Inoltre, per cogliere appieno quanto vi è di nuovo e di originale nel pensiero di uno studioso come Mortati, che ebbe vicini sia Santi Romano, sia Sergio Panunzio, bisogna anche interrogare il contesto, tentando di effettuare un confronto con altri studiosi. Anzi, un'indagine di questo tipo richiederebbe un confronto, oltre che con i maggiori studiosi, con i minori, perché – come Sabino Cassese ha ricordato di recente – «non c'è cosa migliore, per capire la statura di alcuni, del paragone con la mediocrità degli altri uomini con cui vissero»³. Infine, proprio per l'orientamento "realista" che ha contraddistinto l'opera di Mortati (come egli stesso osservò nell'ultima edizione delle *Istituzioni*), non si può prescindere dal metterla in prospettiva rispetto all'ordine degli eventi reali, cioè ai cambiamenti intervenuti nell'assetto istituzionale, che erano numerosi, profondi e non sempre agevolmente decifrabili⁴.

1989. Anche P. GROSSI, *La scienza giuridica italiana - Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, si sofferma in più punti sulla figura di Mortati.

² Alla tesi negativa, più volte espressa da Norberto Bobbio (per esempio in *La cultura e il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, a cura di G. Guazza, Torino, 1973, p. 229), si contrappongono le posizioni di coloro che mettono in luce l'esistenza di una dottrina fascista dello Stato, come P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1973; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Bari, 1999, p. 39.

³ S. CASSESE, *Oreste Ranelletti e il suo tempo*, in *Scritti in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1995, p. 2678.

⁴ Mortati, nato nel 1891, svolse i suoi studi universitari alla fine del periodo liberaldemocratico, ha prodotto le sue opere maggiori tra il 1931 e il 1940, durante il pe-

Beninteso, non è da escludere che, nonostante le differenze riguardanti il percorso dell'analisi, le conclusioni possano essere in buona parte convergenti con quelle tratte da La Torre, secondo cui l'opera di Mortati nel periodo considerato è contraddistinta, in breve: i) dall'antiliberalismo, che si manifesta nella critica impietosa non solo del parlamentarismo, ma anche dell'individualismo egualitario; ii) dall'antiformalismo, espresso dall'insistente richiamo all'effettività e dall'attenzione prestata al diritto come insieme di valori; iii) sia da aspetti originali, sia da alcune analogie con le teorie esposte dai critici della democrazia di Weimar (come Rudolf Smend e, in particolare, Carl Schmitt).

Nelle pagine che seguono, per valutare quale sia stato il posto di Mortati nella cultura giuridica del suo tempo e quali rapporti abbia avuto con la dottrina tedesca, verranno considerati i temi al centro della sua riflessione nel quarto decennio del Novecento: la concezione dello Stato, la forma di governo, la teoria della discrezionalità.

2. Dalla concezione formale dello Stato all'analisi degli interessi e dei gruppi

Nel periodo considerato, gli studiosi che avevano "rifondato" la scienza del diritto pubblico, depurandola dalle ingerenze filosofiche e sociologiche, sul finire dell'Ottocento erano, come Vittorio Emanuele Orlando, nell'ultima fase della propria attività scientifica oppure, come Santi Romano, avevano comunque esaurito la stagione più innovativa, cosicché l'immagine che essi davano dello Stato trascurava i cambiamenti intervenuti nel sostrato sociale del Paese e finanche nella struttura della rappresentanza politica.

Infatti, per via dell'ampliamento del suffragio, se nel 1882 gli elettori erano due milioni, divennero otto nel 1912 e sette anni dopo il suffragio era esteso a tutti, con rappresentanza proporzionale, erodendo le condizioni che avevano consentito la formazione di assemblee

riodo fascista, ed ha poi proseguito l'attività di studioso dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1948, che contribuì a elaborare, a seguito dell'elezione nell'Assemblea costituente.

elettive composte di «eminenti notabili»⁵. Inoltre, l'espansione dell'intervento pubblico in campo economico, che già si era manifestata nell'età giolittiana attraverso aziende ed enti pubblici, aveva assunto proporzioni sempre più ampie nel periodo fascista: lo Stato agiva come pianificatore e come imprenditore. Al tempo stesso, con la "Carta del lavoro" e la legislazione sui contratti collettivi, iniziava la costruzione dello Stato corporativo.

Tuttavia, Orlando restava sostanzialmente fedele alla concezione – di derivazione germanica – dello Stato-persona, di tipo olistico, che era servita a rinsaldare il nuovo reggimento politico, in conflitto con i sostenitori dell'*ancien régime*; vedeva, quindi, nei sindacati dei pubblici impiegati un segno di "crisi dello Stato". Dal canto suo, Romano, che pure nel 1917 – con *L'ordinamento giuridico* – aveva compiuto lo sforzo più avanzato per introdurre il pluralismo entro l'analisi delle istituzioni giuridiche, aveva poi fatto un passo indietro proprio, sostenendo che gli interessi dei soggetti pubblici operanti all'interno dei confini statuali, alla fine, devono necessariamente trovare un momento di sintesi⁶. Dunque, nonostante le profonde differenze rispetto alle teorie positivistiche, gli studiosi italiani finivano per esporre – per mutuare i termini utilizzati da Mario Nigro – una concezione "disseccata e devitalizzata" dello Stato⁷. Apparentemente avulsa dallo spazio e dal tempo, la scienza del diritto pubblico anteponeva alla rappresentazione degli eventi reali il perfezionamento del rigore metodologico. In realtà, alla (falsa) rappresentazione di sé stessa come scienza avalutativa corrispondeva un'operazione di spolicizzazione dello Stato e delle sue istituzioni, visti nell'ottica esclusivamente giuridica.

L'impostazione di Mortati è radicalmente diversa. Già nel suo primo lavoro impegnativo, dedicato al nuovo assetto del potere governa-

⁵ M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato – persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., p. 59.

⁶ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1946; *Gli interessi dei soggetti autarchici e l'interesse dello Stato* (1930), ripubblicato negli *Scritti minori*, II, Milano, 1950, p. 299. Su questa vicenda, v. *I giuristi e la crisi dello stato liberale*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, 1986. Sulla "svolta" promossa da Orlando, G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana. I. Dall'Unità alla fine dell'Ottocento*, Milano, 1998.

⁷ M. NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica* (1986), ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, p. 1791.

tivo⁸, mira ad inquadrare le potestà governative nell'ordinamento giuridico, al fine di delineare le fondamenta dello "Stato moderno". Mortati si dedica in seguito all'analisi degli atti di esercizio delle funzioni legislative e amministrativa, ossia la legge e l'atto amministrativo, e soprattutto al modo in cui essi si manifestano le potestà discrezionali, che incidono sull'ordine degli interessi. Infine, completando il percorso intrapreso, mette a punto la teoria della costituzione in senso materiale⁹.

Rispetto all'impostazione tradizionale, la messa a punto di Mortati abbandona, anzitutto, la configurazione meramente formale della costituzione e delle norme, affermando decisamente che l'ordinamento è «giuridico, in quanto collegato non con un semplice ordine formale di poteri, bensì con un'organizzazione di forza sociale, capace di conferire ad esso l'effettività».

La connessione tra la società e lo Stato, inoltre, agisce sotto il profilo teleologico, nel senso che questo – oltre ad avere i fini generici, propri di ogni entità statale, come il mantenimento della pace e la preservazione dell'ordine pubblico – assume come propri innumerevoli «particolari interessi, reputati degni di protezione», incidendo, così, sui correlativi «rapporti sociali», che divengono «oggetto della disciplina statale». La natura politica dello Stato, dunque, si manifesta, da un lato, nella «indeterminatezza e mutabilità dei fini particolari da esso» assunti; dall'altro, nella sua capacità di «considerare nel suo complesso l'insieme dei rapporti sociali e [...] di ridurre ad unità il vario comportamento degli organi statali». Ne consegue, in particolare, che l'azione statale nel campo dei rapporti economici può – a seconda dei casi – limitarsi ad assicurare il rispetto della sicurezza pubblica, consentendo «il libero dispiegamento dei contrastanti interessi» oppure «dirigersi allo scopo dell'attuazione della collaborazione tra le classi [...] in condizioni di parità o di disuguaglianza, diretta dal di fuori od ottenuta spontaneamente dal di dentro»¹⁰.

Dopo aver introdotto i fini, o interessi, particolari nella cittadella fortificata delle istituzioni statali, Mortati si occupa dei gruppi che ne

⁸ C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931.

⁹ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940 (ristampa inalterata del 1998).

¹⁰ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., p. 77, 92-93, 96.

sono portatori, cioè dei soggetti che, sia pure entro i limiti derivanti dall'*idem sentire de re publica*, concorrono ad orientarne l'azione, determinando l'indirizzo politico. Nella misura in cui il concetto di costituzione (più che di ordinamento) viene utilizzato come momento unificante dell'assetto sociale, i fini e le forze dirette a realizzarli – fino ad allora espunti dall'orizzonte della scienza giuridica – vengono integrati nel sistema giuridico. Anzi, è decisivo il rilievo assunto dai partiti politici, cui spetta imprimere un assetto agli interessi, effettuando scelte relative all'ordine dei fini e dei mezzi diretti a soddisfarli.

Lo Stato che Mortati descrive, dunque, non è più lo Stato – persona, creazione giuridica apolitica e astratta dalla società. All'opposto, esprime il governo della società, determinandone gli indirizzi in campo sociale ed economico, assumendo la funzione di mediazione tra gli interessi attinenti alla sfera produttiva e incidendo sulla stessa conformazione delle strutture sociali.

Questo punto di vista viene ribadito alcuni anni, più tardi, nello scritto – destinato alla raccolta di studi promossa dal Ministero per la Costituente – dedicato alla Costituzione di Weimar¹¹. Mortati osserva che la: «dissoluzione del centro di unità del vecchio Stato, poggiante sulla borghesia del censo e della cultura, che aveva posto sé stessa e la sua ideologia liberista come principio di aggregazione del nuovo Stato ed assegnava al Parlamento, costituito senza vincoli organici con la società sottostante, la funzione di organo sovrano della volontà generale». In seguito, però, «per l'acquisto della consapevolezza dell'autonomia dei propri interessi da parte dei ceti diversi da quelli dominanti, la formazione dei gruppi rappresentativi degli interessi medesimi ebbe luogo superando i divieti legali, questi vennero a trovarsi, se non sempre in antitesi con lo Stato, per lo meno privi di contatto e di coordinazione con l'attività statale. L'attuazione del suffragio universale non potè non riflettere siffatta mutata situazione», dando luogo all'indebolimento dei parlamenti, a fronte del «pluralismo di enti vari: territoriali, economici, professionali, politici». È a questo punto che «il totalitarismo, di destra o di sinistra, appare... come lo sbocco necessa-

¹¹ *La Costituzione di Weimar*, a cura di C. Mortati, Firenze, 1946, pp. 82-84. Considerazioni analoghe sono espresse nello scritto *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, p. 215: «lo Stato liberale ... aveva visto compromessa la propria saldezza dalla frattura determinatasi tra parte e parte della popolazione. Lo "Stato di diritto", ... si era rivelato impotente a mantenere un minimo di coesione sociale».

rio di una situazione che si proclama da tutti insostenibile», onde consentire allo Stato di «assolvere la funzione a esso propria del mantenimento dell'ordine sociale», salvaguardando le libertà e al tempo stesso intervenendo a sostegno degli interessi, assumendo compiti di pianificazione e conferendo «ai singoli diritti a prestazioni pubbliche di carattere positivo rivolte a realizzare un'uguaglianza sostanziale o ad assicurare determinate forme di assistenza».

In breve, al mutamento dei presupposti costituzionali dello Stato è corrisposto il cambiamento, da una parte, del sistema dei rapporti che si instaurano tra i singoli e i gruppi dei quali essi fanno parte e, dall'altra, dell'assetto delle istituzioni, che hanno il compito di realizzare il nuovo programma sancito dalla decisione politica originaria. Alla parte descrittiva si affianca una parte più propriamente prescrittiva, riguardo alla formazione della «nuova costituzione [...] che] deve considerarsi non come l'inizio, ma come la fase terminale, di assestamento di un processo di trasformazione del precedente sistema di relazioni sociali, ... in altre parole lo *stabilimentum* di una precedente decisione politica». Si intravedono già, quindi, i contorni dello Stato sociale.

La circostanza che Mortati abbia posto le premesse metodologiche per l'ampliamento della nozione di costituzione, segnalando l'ampliamento del suffragio come base dell'allargamento della base sociale dello Stato e riaprendo – così – l'osmosi tra società e istituzioni, ha anche consentito, più tardi, a Massimo Severo Giannini di coniugare questa acquisizione con quella – dovuta a Santi Romano – della priorità dell'elemento soggettivo ai fini della individuazione di un ordinamento giuridico, così da delineare, proprio in base all'estensione del numero di coloro che partecipano alla scelta dei reggitori della *res publica*, una successione di assetti costituzionali: quello oligarchico (1861-1900), quello liberaldemocratico (1900-1922), quello fascista (1922-1943) e quello repubblicano, e da trarne spunto per elaborare la nozione di Stato pluriclasse¹².

¹² M.S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione* (1961), ora in *L'amministrazione pubblica in Italia*, a cura di S. Cassese, Bologna, 1974, p. 81; S. CASSESE, *Lo "Stato pluriclasse" in Massimo Severo Giannini*, in *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994, p. 33.

3. La forma di governo

L'altro tema da esaminare è quello delle forme di governo, che il giurista calabrese coltivò a lungo: oltre a dedicarvi la monografia del 1931, seguì ad occuparsene sia nel corso del decennio successivo, sia nel periodo repubblicano.

Anche in questo caso, è bene ricordare brevemente quali fossero gli orientamenti prevalenti nella scienza del diritto pubblico. Gli avvenimenti "costituzionali" del 1922-1923¹³ e l'entrata in vigore delle leggi n. 100 del 1926, sull'ordinamento del Governo, e n. 2693 del 1928, sulle attribuzioni del Gran consiglio del fascismo avevano dissolto non solo il dualismo tra Corona e Parlamento, su cui Vittorio Emanuele Orlando (pur rifiutandosi di riconoscere il valore politico della rappresentanza) aveva imperniato la forma di governo, ma anche il governo di gabinetto, che lo studioso siciliano aveva delineato in contrapposizione a quella parte della cultura tedesca che relegava il governo parlamentare tra i meri «stati di fatto». Non aderiva più all'ordine degli eventi reali neppure la rappresentazione teorica che ne dava Santi Romano: solo nel 1930, con il *Corso di diritto amministrativo*, Romano evidenziava l'importanza assunta dall'attività di governo, trascurando – però – il ruolo dei partiti¹⁴. All'opposto, era proprio l'importanza del partito (ben presto unico) a essere accentuata dai giuristi impegnati nella costruzione del nuovo ordine politico e del correlativo assetto istituzionale.

Anche in questo caso, il percorso seguito da Mortati è originale e improntato al realismo. Seguendo Smend e Schmitt, distingue la funzione di direzione politica dalle altre funzioni statali. Anzi, la antepone ad esse, per la sua capacità di imprimere un ordine unitario ai molteplici interessi («l'assoluta discrezionalità... lo scopo di attuare in modo immediato l'unità dell'azione statale»). Ne trae, inoltre, la conseguenza della preminenza del potere governativo, cui essa è attribuita, rispetto agli altri organi costituzionali, nei confronti dei quali viene esercitata «un'azione di impulso e di controllo»¹⁵.

¹³ R. DE FELICE, *Mussolini il fascista. L'organizzazione dello Stato fascista (1925-1929)*, Torino, 1968, p. 3.

¹⁴ S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930. Per l'ordine di idee seguito nel testo, A. MASSERA, *Orlando, Romano, Mortati e la forma di governo. Profili storico – dogmatici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1996, p. 220.

¹⁵ C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., p. 68.

Quest'ordine di idee viene sviluppato, alcuni anni dopo, nel saggio sulla costituzione in senso materiale, in cui Mortati, dopo aver individuato nel partito politico il «mezzo organizzativo caratteristico dello Stato moderno» («nel caso in cui sia uno solo il partito ammesso ad agire – notava Mortati – la diversità nell'apprezzamento degli interessi si traduce in mutamenti successivi nel tempo, circa il modo di intendere i fini secondari da perseguire»), sottolinea come esso offra – a livello teorico e pratico – gli elementi per la determinazione del contenuto della costituzione fondamentale («comprendente l'insieme delle forze politiche e dei fini di cui esse sono portatrici e che ispirano il complesso normativo»), che ha carattere non meramente sociologico o politico, ma propriamente giuridico. Non a caso, la mancata rispondenza degli uffici pubblici alle scelte politiche circa i «bisogni sociali» dà luogo al sorgere di una vera e propria responsabilità, che si concretizza, oltre che nell'«allontanamento del titolare dall'ufficio ricoperto», nella «repressione indiretta dell'invalidità»¹⁶.

In questo modo, Mortati porta le forze politiche e sociali dentro la costituzione, in contrapposizione con la valenza apolitica che i giuristi della generazione precedente attribuivano allo Stato. Inoltre, esprime una concezione dell'indirizzo politico che fa leva sul concetto di decisione, intesa come volontà di imprimere un cambiamento all'assetto degli interessi (tanto nell'equilibrio tra i fini, quanto nella scelta dei mezzi) emersi nella sfera sociale, cioè espressi dall'elettorato, in cui, proprio per via dell'ampliamento, si manifestano contrasti prima assenti. Proprio per mettere lo Stato in grado di svolgere i nuovi compiti assunti in campo sociale ed economico, sorge la necessità di istituzioni forti, dotate di un indirizzo unitario e questo non può che essere determinato dal potere governativo e, segnatamente, dal suo organo di vertice, cioè il Capo del governo. Ne deriva il superamento del dualismo tra il Parlamento e la Corona, e del tipico prodotto del loro concorso, cioè la legge (espressa dal corpo rappresentativo – in cui Schmitt ravvisava un «teatro della società» – e «sanzionata» dal monarca). La registrazione del cambiamento del tipo di Stato da luogo, quindi all'elaborazione di una teoria innovativa riguardo all'azione dei suoi organi, che coincide con l'indagine svolta da Vezio Crisafulli, il quale porta a livello di rilevanza giuridica l'attività del Governo, men-

¹⁶ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., pp. 70, 102 e 104.

tre si discosta dalle posizioni espresse da Panunzio e dagli altri studiosi attivi nell'ateneo romano.

Di questa divergenza offrono altrettante, significative riprove la configurazione del ruolo assunto dal partito fascista e, soprattutto, la posizione costituzionale della Corona. In aperto contrasto con coloro che cercavano di incorporare il partito fascista nello Stato, Mortati lo relega dapprima tra le condizioni pregiuridiche per il funzionamento del regime, quale istituzione pubblica, per poi riconoscerne (al pari di Oreste Ranelletti) la rilevanza giuridica all'interno della costituzione, senza – però – indulgere all'opinione che lo Stato non sia altro che uno strumento del partito unico. Anche il riconoscimento della posizione di preminenza del Governo è temperato dall'osservazione che il Re mantiene il controllo di sceglierne, come «Capo ..., la persona che egli reputi più idonea a interpretare le esigenze collettive»¹⁷. Dunque, proprio grazie all'adesione ad una concezione della decisione ancorata agli eventi eccezionali, Mortati adotta una ricostruzione dell'assetto costituzionale ben distinta da quella fatta propria dai giuristi "di regime", assegnando alla Corona un rilievo che pochi avrebbero colto a tre anni dal 25 luglio 1943, in quanto presuppone che il sovrano sia dotato della capacità e della forza necessarie per assumere le decisioni politiche richieste dalle circostanze. In definitiva, quello che Mortati prospetta è un assetto istituzionale fondato «pur sempre su un equilibrio tra i poteri dello Stato», in cui il primato del Governo (e del suo organo di vertice) è limitato dalla monarchia, pur se come titolare della sola potestà di scelta e delle decisioni eccezionali¹⁸.

L'ipotesi ricostruttiva che queste osservazioni suggeriscono è la seguente: il "programma" scientifico di Mortati, ritenuto "conservatore" dai giuristi (come Carlo Costamagna) più impegnati nel tentativo di costruire la fisionomia del regime in antitesi con quello liberale, realizza una originale sintesi tra il rigore dell'approccio giuridico, ereditato dalla scuola siciliana, e l'attenzione per il dato reale, in particolare per le innovazioni apportate dal «regime» fascista all'assetto istituzionale, che vengono trascritte entro le categorie del diritto pubblico. In altre

¹⁷ C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo*, cit., p. 77.

¹⁸ Non a caso, negli stessi anni, Mortati enfatizzava – rispetto ai giuristi "di regime" – la natura giuridica delle direttive emanate dal Gran Consiglio del fascismo e la sua autonomia rispetto al Capo del Governo (*Sulle attribuzioni del Gran Consiglio del fascismo* (1941), ora in *Raccolta di scritti*, IV, Milano, 1974. La citazione è tratta da M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione*, cit., p. 118.

parole, Mortati non segue la dottrina tradizionale nella sua resistenza passiva nei confronti delle nuove istituzioni, bensì dedica proprio ad esse i suoi studi, senza – però – abbandonare la sistematica elaborata in rapporto allo “Stato moderno” e alle sue varianti.

4. *La teoria del potere discrezionale*

Per saggiare la consistenza di questa ipotesi, è utile esaminare brevemente gli studi nei quali Mortati si accinse alla revisione degli ordini concettuali relativi al potere discrezionale, che più o meno nello stesso periodo fu al centro della riflessione di Massimo Severo Giannini. Questi studi, infatti, assumono notevole importanza in rapporto alla teoria della decisione e al correlativo nesso tra diritto e politica.

Il primo studio importante, da questo punto di vista, è la monografia del 1935 su *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*. La scelta del tema era conforme ad un vero e proprio indirizzo della scienza del diritto pubblico, che dedicò, tra il 1930 e il 1945, «non meno di trentacinque monografie ... a singole specie di atti o a elementi o a vicende dei provvedimenti, ciò che non si può spiegare se non col rifiuto – motivato politicamente – di tener conto dell'indirizzo politico del fascismo»¹⁹. Mortati si dedica all'esame della discrezionalità, per poi analizzare i connotati della volontà e della causa nel diritto privato e in quello pubblico. Da ciò trae spunto per criticare con vigore l'ideale, tipico dello Stato di diritto ottocentesco e ribadito da Guido Zanobini all'epoca della crisi della costituzione (in senso materiale) liberaldemocratica, di una legalità rigorosa di tutta l'attività dei pubblici poteri.

«L'attività degli organi stessi – nota Mortati – svolgendosi per notevole parte in un campo non disciplinato dalla legge, ma rimesso alla discrezionalità dei soggetti, deve essere ordinata in modo da corrispondere ai fini ai quali è indirizzata: ciò che esige nelle persone che devono esplicare l'attività stessa non la qualità di interpreti impersonali, ma la conformità ad un tipo concordante con una data ideologia»²⁰. Mortati evidenzia come sia difficilmente dimostrabile in astrat-

¹⁹ S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1972, p. 51.

²⁰ C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, cit., p. 126.

to, e soprattutto privo di riscontri concreti, l'assunto secondo cui l'attività amministrativa ha carattere vincolato: «la complessità, la molteplicità, l'imprevedibilità dell'azione statale rendono imprevedibile la predeterminazione – attraverso precise norme giuridiche – delle modalità dei singoli atti: ... onde la necessità di affidarsi all'iniziativa dei singoli funzionari la scelta o del tempo o delle modalità o delle qualità dell'azione»²¹. In sostanza, la pubblica amministrazione ha e non può non avere un'ampia discrezionalità.

Nel successivo saggio sul potere discrezionale, Mortati torna su questo punto, chiarendone i risvolti di ordine istituzionale. Una volta accolto l'ordine di idee secondo cui anche l'amministrazione emana precetti, che integrano l'ordinamento giuridico, ne deriva la necessità di un tessuto connettivo ed esso non può essere rinvenuto nella legge, che funge da fonte attributiva della competenza. Va rinvenuto, quindi, nella costituzione, che «determina i fini e gli interessi di un dato ordinamento e fornisce il criterio che deve servire di misura per la valutazione dell'esercizio del potere discrezionale»²².

Pluralità degli interessi pubblici presenti nello Stato e loro concorrenza; abbandono della concezione dell'amministrazione come apparato esecutivo del potere politico e connesso riconoscimento che essa opera scelte tra più soluzioni; richiamo dei giuristi a interrogare la realtà del proprio tempo, esaminando le leggi e la giurisprudenza: tutto ciò rivela come, anche in rapporto alla teoria della discrezionalità, Mortati si sia sforzato di rinnovare, oltre all'oggetto della scienza, le sue categorie teoriche (anche se in seguito gli studi sulla discrezionalità non sono approdati a conclusioni paragonabili a quelle raggiunte in Germania e soprattutto negli Stati Uniti, per la mancata ricerca di criteri e parametri volti a contenere la discrezionalità ed a renderne controllabile l'esercizio).

L'originalità di questa ricostruzione del potere discrezionale può essere colta sotto tre profili. In primo luogo, essa abbandona la concezione – enunciata da Guido Zanobini – secondo cui i fini e in buona parte anche i mezzi dell'azione amministrativa sono determinati dal Parlamento, sicché all'amministrazione spetta solo l'esecuzione²³. In se-

²¹ C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, cit., p. 529.

²² C. MORTATI, *Potere discrezionale*, in *Nuovo digesto italiano*, vol. X, Torino, 1936, p. 976. Nel senso del testo, M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato*, cit., p. 1001.

²³ G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge* (1923), ora in *Scritti di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 242.

condo luogo, si discosta anche dall'idea, diffusa nella cultura giuridica tedesca, secondo cui il margine di apprezzamento concretamente esercitato dai titolari dei pubblici uffici va ricondotto all'attività di interpretazione, avente natura intellettuale, più che volitiva. Sotto entrambi i profili, la posizione di Mortati converge per molti versi (pur divergendo per altri versi) con la teoria di Giannini, che diverrà la *communis opinio* dopo il 1940, ossia che il potere discrezionale consista nell'«apprezzare in un determinato margine l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare», dando luogo, quindi, ad un «apprezzamento politico della discrezionalità, ... [che] consiste in una comparazione ... degli interessi pubblici e privati»²⁴. Infine, come Giannini, Mortati respinge il paradigma liberale secondo cui le amministrazioni non sono altro che un insieme di apparati spolitizzati, mostrando più di un'affinità con la critica mossa da Schmitt alla neutralità delle burocrazie (e dei corpi tecnici).

Tuttavia, mentre secondo Schmitt la decisione amministrativa appartiene ad una categoria distinta dalla decisione politica, perché non è espressione di autonomia politica²⁵, per Mortati e Giannini la discrezionalità comporta una scelta tra interessi, non relegata alla sfera intellettuale, ma contraddistinta da una componente volitiva. Mortati esporrà, in seguito, questa convinzione, proprio recensendo un'altra opera di Giannini, le *Lezioni di diritto amministrativo* del 1950, notando che «la ponderazione comparativa di più interessi a fine di trarne la composizione più opportuna sfugge ad ogni predeterminazione, in quanto la politicità che ad essi presiede impedisce che abbiano mai nel tempo e nel luogo qualsiasi equivalenza»²⁶.

Quindi, se, da un punto di vista realista, è importante stabilire *chi* decide, ne consegue che è anche l'amministrazione a concorrere a de-

²⁴ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 81. È proprio a quest'opera di Giannini che Mortati fa riferimento per valutare la responsabilità degli agenti dell'amministrazione nel caso di inosservanza delle direttive politiche: *La Costituzione in senso materiale*, cit., p. 103, n. 80. Sulle divergenze tra i due studiosi, G. AZZARITI, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati e la polemica con Massimo Severo Giannini*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., p. 408.

²⁵ L'osservazione è di M. NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, cit., p. 1806, il quale ne trae spunto per notare come lo studioso tedesco riducesse a ben poca cosa la specificità giuridica della decisione.

²⁶ C. MORTATI, *Recensione a M.S. Giannini, Lezioni di diritto amministrativo*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1951, p. 150.

terminare l'assetto degli interessi e ad imprimere ad essi uno sviluppo in un senso piuttosto che in un altro. Ne derivano, da un lato, il ruolo fondamentale della costituzione, fonte di limiti all'azione di tutti i pubblici poteri, incluse le amministrazioni; dall'altro, e di conseguenza, l'interesse per i controlli sulle pubbliche amministrazioni²⁷.

5. Mortati e la cultura giuridica nel periodo fascista

Le indicazioni emerse nel corso dell'analisi finora svolta consentono, adesso, di rispondere alle domande poste all'inizio, ossia qual è il posto di Mortati nella scienza del diritto pubblico del periodo fascista e quali indizi possono trarsi dalla sua opera per intendere i nessi intercorrenti tra la cultura giuridica italiana e quella tedesca.

Per rispondere alla prima domanda, occorre ricordare brevemente due vicende, l'una riguardante lo stato della scienza pubblicistica, l'altra concernente il percorso accademico di Mortati. La scienza del diritto pubblico, sul finire degli anni Trenta, si trovava in una fase di transizione, divisa – per usare le parole di Paolo Grossi – tra «gli epigoni del liberalismo giuridico» e i seguaci dei weimariani²⁸. Ma c'erano anche studiosi, come Giannini, che, pur se eredi dei primi, non esitavano a studiare le opere dei giuristi weimariani. Quanto a Mortati, diversamente da Giannini, non era allievo diretto di Santi Romano, ma non era certo estraneo alla sua influenza, com'è dimostrato dalla circostanza che il libro sulla costituzione materiale è dedicato proprio a Romano, circostanza, questa, dovuta (a parte le comuni radici meridionali) al fatto che fu proprio lo studioso siciliano, con la sua teoria dell'ordinamento giuridico, a spezzare «la spirale del positivismo normativistico, allargando lo studio del diritto dalla norma alla realtà dell'ordinamento»²⁹. Al tempo stesso, Mortati lavorò sotto la direzione di

²⁷ S. CASSESE, *I controlli sulla pubblica amministrazione in Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., p. 403.

²⁸ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 257. Per una ricostruzione dei percorsi della scienza del diritto costituzionale, resta fondamentale M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale in Italia*, in *Archivio giuridico*, 1963, p. 103.

²⁹ S. CASSESE, *Martines e le due tradizioni del diritto costituzionale italiano*, in *Rassegna parlamentare*, 2001, p. 257.

Sergio Panunzio e da questi fu chiamato, nel 1936, a tenere l'insegnamento di Diritto costituzionale nella Facoltà di scienze politiche romana, dove operava «l'ala ufficiale dei giuspubblicisti impegnati del regime, ... impegnati a costruirne la fisionomia»³⁰. Proprio Panunzio, inoltre, aveva duramente polemizzato, nel corso degli anni Venti, con Vittorio Emanuele Orlando, per via della riluttanza di quest'ultimo a riconoscere le nuove forze (come i sindacati) che agivano nella società³¹.

In questo contesto, Mortati non si limita ad occuparsi di problematiche prima lasciate in ombra dai giuristi che seguivano i percorsi già tracciati: esprime la propria insoddisfazione per il metodo giuridico in senso stretto, al quale contrappone un orientamento apertamente "realista", portando «concretezza nello studio del diritto e vigore intellettuale nella ricostruzione degli istituti»³². Il suo sforzo, quindi, è volto a liberare la scienza italiana dalla problematica pandettistica, quella – per intenderci – sulla quale alla fine dell'Ottocento Orlando e Romano (con Oreste Ranelletti e Federico Cammeo) avevano eretto la "nuova" scienza del diritto pubblico³³. Diversamente dagli studiosi che, mantenendo una posizione di neutralità rispetto all'indirizzo politico del regime, si disinteressano anche della crescita, dopo il 1930, dello Stato amministrativo, Mortati respinge l'idea di poter mantenere "pura" la scienza, al prezzo del distacco dai dati della realtà istituzionale, in cui si manifestava – in fondo – la «tradizione più antica di chiusura nei confronti dei dati reali emergenti nell'ordinamento ... e quindi di adesione ad una immagine reazionaria della società»³⁴, perché i suoi esponenti, ben consapevoli della debolezza delle nuove istituzioni, temevano che queste non avrebbero retto ad aperture troppo rapide nei confronti della società, in cui erano forti le spinte centrifughe.

³⁰ F. LANCHESTER, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., p. 200.

³¹ Su Panunzio, v. S. CASSESE, *Socialismo giuridico e "diritto operaio": la critica di Sergio Panunzio al positivismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976, p. 495.

³² S. CASSESE, *Martines e le due tradizioni del diritto costituzionale italiano*, cit., p. 257.

³³ M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), ripubblicato (con l'aggiunta di una *Postilla* 1973), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, p. 133.

³⁴ S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, cit., p. 49.

ghe, con l'effetto di accentuare ulteriormente «l'astrattezza e la staticità della tecnica di ricerca» della scienza giuridica³⁵.

Tuttavia, non può dirsi che l'opera giuridica di Mortati rispecchi le posizioni di Panunzio (come è suggerito – invece – dallo scritto di La Torre). Pur convivendone l'impostazione realista, non ne condivide la teorizzazione del partito fascista. Inoltre, e soprattutto, proprio avendo criticato l'inadeguatezza della metodologia a intendere la realtà storica e politica degli istituti giuridici, Mortati segue il ben più difficile cammino di formare nuove categorie teoriche per lo Stato moderno. Si può anche dire, perciò, che Mortati è stato un critico del liberalismo, ma lo è stato rispetto alla variante nazionale del liberalismo – di cui i giuristi della generazione precedente erano gli alfieri – che era chiusa agli interessi affioranti nella società e alla sua evoluzione. Il dissenso dai giuristi di regime, inoltre, emerge in modo evidente per quanto riguarda le situazioni giuridiche soggettive: nel saggio sui poteri esecutivo e legislativo³⁶, Mortati sottolinea il persistere, nell'ordine costituzionale italiano, di una «sfera di autonomia dei soggetti», anche davanti allo Stato, con ciò aderendo alla posizione che riteneva non abrogati gli istituti nei quali si esprimeva l'idea dello Stato di diritto. Dunque, se è vero che, al pari di Panunzio, Mortati criticò il formalismo e il liberalismo, il primo – però – era animato dall'intento di realizzare lo Stato "corporativo", mentre il secondo mirava a rifondare scientificamente il concetto dello Stato moderno, in continuità con quello liberale. Sono, cioè, due facce completamente diverse della dottrina giuridica e politica dello Stato.

La distanza dell'opera di Mortati dalla cultura fascista emerge anche in rapporto alla teoria della costituzione materiale. È fuorviante, infatti, sia dire che la costruzione mortatiana "razionalizzava" l'ordine politico fascista, sia criticarne l'applicazione all'assetto pluripartitico introdotto in seguito dalla Costituzione repubblicana "dimenticando" – come sostiene La Torre – che originariamente la costituzione materiale era adeguata ad un partito unico, per reinterpretarla in una maniera pluralista. Sebbene Mortati abbia messo a punto questa teoria in un sistema politico contraddistinto dall'esistenza (legale) di un solo parti-

³⁵ M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale in Italia*, cit., p. 103.

³⁶ *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano* (1940), ora in *Scritti*, cit., IV, p. 429.

to, questa non era che una eventualità: altrettanto valeva, infatti, «nell'ipotesi di esistenza di più partiti», cioè delle «forze politiche, ciascuna delle quali tende a rappresentare e far valere come fini rilevanti determinati fini secondari, a preferenza di altri» (dovendo la necessità dei «governi di coalizione»³⁷. Che questo spunto non fosse affatto isolato, è dimostrato dall'attenzione conseguentemente riservata alle «cosiddette convenzioni della costituzione, che si affermano e si fanno valere per opera delle forze stesse» (politiche), le quali hanno «carattere istituzionale»³⁸. A questa messa a punto, quindi, può obiettarsi che l'aver ascritto le forze sociali tra le istituzioni pubbliche comporta, in una certa misura, un affievolimento delle libertà spettanti ai singoli e ai gruppi, meglio garantite da una configurazione esclusivamente privatistica. Ma – com'è stato puntualmente osservato da Gustavo Zagrebelsky – «la costituzione in senso materiale non è una concezione fascista dello Stato, ma una concezione dello Stato applicabile e applicata a quello fascista»³⁹.

Certo, non mancano contraddizioni: «non tutto è ... lineare, né tutto può essere racchiuso a sistema nella posizione di Mortati di questo periodo»⁴⁰. Però, gli studiosi del passato non possono essere giudicati in modo avulso dal contesto in cui operarono (anche perché non furono solo studiosi): «se li si mette fuori della loro epoca, lontano dagli interessi concreti, dalle idealità, dalle passioni, si corre il rischio di tradirli»⁴¹. Sembra preferibile, quindi, dire – com'è stato suggerito da Mario Nigro⁴² – che «i fascismi hanno messo gli studiosi di diritto pubblico, che hanno voluto intendere la lezione, di fronte alla realtà di un assetto che comunque si presenti e qualunque insegna inalberi, è sempre espressione certe idee e di certi interessi». Proprio da questo dato Mortati ha preso le mosse, contribuendo in misura determinante a dissolvere il mito dello Stato neutrale, tramite un percorso differente sia da quanti (come Panunzio e Costamagna) aderirono all'indirizzo autoritario (o – secondo un altro punto di vista – totalitario) del regi-

³⁷ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., p. 101-102.

³⁸ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., p. 152.

³⁹ G. ZAGREBELSKY, *Premessa a C. MORTATI, La Costituzione in senso materiale*, cit., p. XIII; in senso conforme, P. GROSSI, *La scienza giuridica italiana*, cit., p. 220.

⁴⁰ F. LANCHESTER, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, cit., p. 223.

⁴¹ S. CASSESE, *Oreste Ranalletti e il suo tempo*, cit., p. 2680.

⁴² M. NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, cit., p. 1803.

me fascista, sia da coloro, come Orlando e Piero Calamandrei, i quali intesero il metodo giuridico come un «muro protettivo» di fronte al fascismo⁴³.

Queste conclusioni tornano utili anche per rispondere all'altra domanda, relativa al rapporto di Mortati con la cultura giuridica tedesca. Come Smend e Schmitt, Mortati ha messo in luce l'inadeguatezza del paradigma pandettistico, propugnando un orientamento realista e "sostanzialista", giovandosi della loro azione di rottura⁴⁴. Al primo, però, Mortati mosse la critica di non assicurare un assetto normativo sufficientemente stabile per l'ordine sociale. Quanto a Schmitt, se Mortati ne condivise la critica al positivismo (anche nelle sue varianti scientificamente più solide, come quella di Kelsen) e la critica alla *Staatslehre*, a favore della *Verfassungslehre*, non va trascurato – però – che per Mortati la costituzione è l'ordine fondamentale intrinseco ad una società, che riveste un preciso rilievo giuridico, mentre per il giurista tedesco la costituzione è semplicemente la decisione politica fondamentale. Conseguentemente, nonostante l'adesione ad una concezione decisionista del potere, Mortati non fu un "occasionalista", anzi ribadì costantemente l'esistenza di limiti di ordine giuridico all'esercizio del potere, anche di tipo discrezionale, proprio perché prestava maggiore attenzione alle istituzioni e alla loro dimensione giuridica⁴⁵. Infine, sulla circostanza che Mortati rifiutò «qualsiasi rapporto con le stesse elaborazioni schmittiane del periodo nazista»⁴⁶ ha influito il rifiuto, da parte dello studioso calabrese, delle teorie organicistiche di matrice germanica, che ancoravano il diritto pubblico al popolo o alla nazione,

⁴³ M. GALIZIA, *Profili*, cit., p. 103. Per la tesi secondo cui il fascismo fu un movimento volto alla costruzione di un'organizzazione di tipo totalitario, E. Gentile, *Le origini dell'ideologia fascista*, Bologna, 2001.

⁴⁴ M. NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, cit., p. 1803. Sul punto, v. F. LANCHESTER, *Carl Schmitt: un giurista scomodo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1985, p. 183.

⁴⁵ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 55; *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1973, p. 511.

⁴⁶ F. LANCHESTER, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, cit., p. 217. Dello stesso A. si veda, sulla questione del contributo della scienza del diritto pubblico alla redazione della Costituzione, *La dottrina giuspubblicistica e la costruzione dello Stato democratico: una comparazione con il caso tedesco*, in *Lo Stato di diritto democratico dopo il fascismo e il nazionalismo*, a cura di F. Lanchester e I. Staff, Milano, 1999, p. 291.

mentre Mortati prestava attenzione ai processi di differenziazione e di specializzazione della società⁴⁷, riconoscendone il rilievo giuridico.

Se, allora, l'autonomia del pensiero giuridico di Mortati rispetto a Schmitt risiede nella diversa concezione della costituzione e nel connesso tentativo di portare fino in fondo la ricostruzione giuridica dell'ordine politico e sociale, l'ulteriore domanda cui bisognerebbe rispondere non è tanto come Mortati abbia potuto mantenere la propria teoria costituzionale nella transizione dal fascismo alla Repubblica, quanto perché la scienza giuridica (con alcune eccezioni, come Temistocle Martines) abbia in seguito prestato poca attenzione al sistema politico, ai partiti, ai sindacati. L'ipotesi che può essere avanzata è che ciò sia accaduto proprio a causa del "lascito" del periodo fascista, che non risiede nella "contaminazione" della scienza giuridica, bensì nell'accentuazione della sua riluttanza a studiare le forze che agiscono nella società, accontentandosi dello studio – più ortodosso – della giurisprudenza.

⁴⁷ M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione*, cit., p. 158.

PAOLA OMBRETTA CUNEO

*Il matrimonio nel pensiero e nella prassi
del Cristianesimo Occidentale*

ABSTRACT

Le fonti cristiane non ci consentono solamente di conoscere il pensiero della Chiesa in materia matrimoniale, ma anche di ricostruire il matrimonio nella società romana tardo-imperiale, che dall'istituto ben delineato con determinate forme. Questo ci viene confermato da una terminologia sempre più contrattuale: si parla, infatti, di contrarre matrimonio, di vincolo coniugale, che crea obblighi per entrambe le parti, di matrimonio come *negotium*, come *pactio*, come *foedus*, come *conventio*, come *contractus*, con un linguaggio sempre più tecnico. Né va dimenticato l'uso del verbo *sociare* e del sostantivo *societas* per indicare l'unione matrimoniale intesa come una società in cui i coniugi devono realizzare uno scopo comune, che è quello, essenzialmente, della procreazione dei figli. E questo fine viene espresso nelle *tabulae matrimoniales*, che non vanno considerate semplicemente degli *instrumenta dotis* con valore solo probatorio. Dai testi sappiamo – è vero – che un ruolo rilevante era lasciato alla dote ed, in genere, ai rapporti patrimoniali fra i coniugi, ma le tavolette non si limitavano a questo. In esse veniva espresso il fine del matrimonio e, soprattutto, avveniva lo scambio dei consensi fra i coniugi attraverso la lettura di una formula matrimoniale e la successiva sottoscrizione. L'esigenza di pubblicità del contratto matrimoniale era poi garantita dalla firma dei testimoni.

Questo formalismo che si trova nell'epoca postclassica non va, però, visto come elemento di rottura rispetto al periodo precedente, in cui, secondo una consolidata dottrina il matrimonio era privo di forma. Nemmeno si può concordare con chi ritiene che l'evoluzione della disciplina matrimoniale sia dovuta all'influenza del pensiero cristiano, quando il cristianesimo, in realtà, non imponeva un modello radicalmente diverso da quello che gli veniva offerto dal diritto e dalla società romana.

PAOLA OMBRETTA CUNEO

IL MATRIMONIO NEL PENSIERO E NELLA PRASSI
DEL CRISTIANESIMO OCCIDENTALE

“... If that thy bent of love be honourable,
Thy purpose marriage, send me word to-morrow,
By one that I'll procure to come to thee,
Where and what time thou wilt perform the rite;
And all my fortunes at thy foot I'll lay,
And fallow thee, my lord, throughout the world...”
[Shakespeare, “Romeo and Juliet”]

SOMMARIO

1) *Introduzione*; 2) *Il pensiero del cristianesimo occidentale sul matrimonio*; 3) *I cristiani ed il mondo pagano*; 4) *La terminologia contrattuale*; 5) *Il matrimonio come societas*; 6) *Le tabulae matrimoniales*; 7) *La mulier, et ingenua facta, et dotata legitime, et publicis nuptiis honestata videatur*; 8) *Conclusioni*.

1. Una dottrina assolutamente dominante, dal Bonfante all'Albertario, all'Orestano, al Volterra, al Robleda insegna che il matrimonio¹

¹ Sul matrimonio in generale cfr. ALBERTARIO, *La definizione del matrimonio secondo Modestino*, in *Studi dedicati alla memoria di Aldo Albertoni*, 1, Padova 1935, p. 241 ss., ora in *Studi di diritto romano. I. Persone e famiglia*, Milano 1933, p. 179 ss.; ID., *Honor matrimonii e affectio maritalis*, in *RIL* 62 (1929), p. 808 ss., ora in *Studi di diritto romano*, cit., p. 195 ss.; ID., *Corso di diritto romano. Matrimonio e dote*, Milano 1942; BALESTRI FUMAGALLI, v. *Matrimonio nel diritto romano*, in *Digesto/civ.* XI, Torino 1995, p. 317 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia*, Milano 1963; BONILINI, *Il matrimonio: la nozione*, in *Il diritto di famiglia. I. Famiglia e matrimonio* [Trattato diretto da Bonilini - Cattaneo], Torino 1997, p. 58 s.; BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, Bologna 1887; CORBETT, *The Roman Law of Marriage*, rist. Aalen 1979; DI SALVO, *Matrimonio e diritto romano*, *Rec. a Robleda, El matrimonio en derecho romano*, in *INDEX* 2 (1971), p. 376 ss.; DURRY, *Sur le mariage romain*, in *RIDA* 3 (1956), p. 227; GAUDEMET, *Il matrimonio in Occidente*, Torino 1989; GIOFFREDI, *Per la storia del matrimonio romano*, in *Nuovi studi del diritto greco e romano*, Roma 1980; ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, Milano 1951; ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano*, Roma 1970; ID., *Sobre el matrimonio en derecho romano*, in *SDHI* 37 (1971), p. 337 ss.; A. ROMANO, *Matrimonium iustum. Valori economici e valori culturali nella storia giuridica del matrimonio*, Napoli 1996; VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano*, Roma 1961; ID., v. *Matrimonio*, in *Enc. dir.* 25, Milano 1975, p. 726 ss., ora in *Scritti giuridici*, 3, Napoli 1991, p. 223 ss. Sul valore del consenso nel matrimonio v. CARON, *Consensu licite matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio solvi (CTh. V.17.8)*, in *AAC* 7 (1988), p. 287 ss.; ORESTANO,

Consenso e solennità nella legislazione matrimoniale teodosiana, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, Milano 1947, p. 160 ss.; ZOZ, *Il consenso della donna nel matrimonio romano*, in *Studi in memoria di Maria Luisa Corbino*, Milano 1999, p. 905 ss. Sul matrimonio in epoca arcaica v. BARTOCCI, *Le species nuptiarum nell'esperienza romana arcaica: relazioni matrimoniali e sistemi di potere nella testimonianza delle fonti*, Roma 1999; ID., *Spondebatur pecunia aut filia. Funzione ed efficacia arcaica del dicere spondeo*, Roma 2002, in particolare p. 142 ss., 164 ss.; PEPPE, *L'urnetta n. 2260 di Chiusi ed il matrimonio arcaico: alcuni spunti per una riflessione sulla formazione del diritto*, in *Nozione formazione ed interpretazione del diritto*, 2 (1997), p. 97 ss. Limitatamente all'epoca preclassica e classica v. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, 2a ed. Padova 2002; FURLAN, *Ex tui animi sententia, tu uxorem habes?*, in *BIDR 31-32 (1989-90)*, p. 461 ss.; TREGGIARI, *Roman marriage. Iusti coniuges from the time of Ciceron to the time of Ulpian*, Oxford 1991. Quanto alla legislazione tardo-imperiale e giustiniana in materia matrimoniale cfr. ASTOLFI, *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo Impero*, in *SDHI 56 (1990)*, p. 323 ss.; BIANCHINI, *Ancora in tema di unioni fra barbari e romani*, in *AAC 7*, p. 225 ss.; FALCHI, *La legislazione imperiale circa i matrimoni misti fra cristiani ed Ebrei nel IV secolo*, in *AAC 7*, p. 203 ss.; LUCHETTI, *Il matrimonio cum scriptis e sine scriptis nelle fonti giuridiche giustiniane*, in *BIDR 31-32 (1989-90)*, p. 325 ss.; ID., *Brevi note sulla legislazione matrimoniale costantiniana*, in *AG 212 (1992)*, 317 ss.; SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Persone e famiglia*, Milano 1938; ID., *Il matrimonio nella legislazione di Valentiniano e Teodosio*, in *AAC 4 (1981)*, p. 201 ss.; ID., *La forma del matrimonio nella legislazione tardo-imperiale romana*, in *Studi in onore di G. Balladore Pallieri*, 1, Milano 1978, p. 551 ss. Sul matrimonio in riferimento al ruolo della donna ed alla filiazione v. ARJAVA, *Women and Law in Late Antiquity*, Oxford 1996; CANTARELLA, *La vita delle donne*, in *Storia di Roma 4. Caratteri e morfologie*, Torino 1989, p. 575 ss.; CORBIER, *La costruzione della parentela a Roma: matrimonio e divorzio, filiazione e adozione*, in KERTZER-SALLER, *La famiglia in Italia dall'antichità al XX secolo*, trad. it., Firenze 1995, p. 143 ss.; CROOK, "His and Hers": *What degree of financial responsibility did husband and wife have for the matrimonial home and their life in common, in a Roman marriage?*, in *Parenté et Stratégies familiales dans l'Antiquité romaine: actes de la table ronde des 2-4 octobre 1986 Paris*, Textes réunis et présentés par Andreau et Bruhns (Coll. École française de Rome 129) 1990, p. 153 ss.; EVANS GRUBBS, *Law and Family in Late Antiquity*, Oxford 1995; LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo-imperiali e giustiniane*, Milano 1990; MUSCA, *La donna nel mondo pagano e cristiano: le punte minime dell'età matrimoniale attraverso il materiale epigrafico (Urbs Roma)*, in *AAC 7*, p. 147 ss.; RAWSON, *Marriage, Divorce and Children in Ancient Rome*, Oxford 1991; SALLER, *I rapporti di parentela e l'organizzazione familiare. Il matrimonio*, in *Storia di Roma*, cit., p. 523 ss.; VOGLI, *Polemiche legislative in tema di matrimonio e di figli naturali*, in *Estudios de derecho romano en honor de Alvaro d'Ors*, 2, Pamplona 1987, rist. in *Nuovi studi sulla legislazione romana del tardo Impero*, Padova 1989, p. 217 ss. In materia di adulterio v. COHEN, *Le leggi augustee sull'adulterio: il contesto sociale e culturale*, in KERTZER-SALLER, *La famiglia in Italia*, cit., p. 123 ss.; GIUNTI, *Adulterio e leggi regie: un reato fra storia e propaganda*, Milano 1990; RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Firenze 1997; ID., *Le donne nell'esperienza giuridica di Roma antica. Il controllo dei comportamenti sessuali. Una raccolta di testi*, Lecce 2000; VENTURINI, *Accusatio adulterii e politica costantiniana (per un riesame di CTb. 9,7,2)*, in *SDHI 54 (1988)*, p. 66 ss.

non ha mai conosciuto, nel diritto romano, forme di celebrazione e si è sempre fondato esclusivamente su quella particolare espressione della volontà dei nubendi, che viene indicata con l'espressione *affectio maritalis*. Questa dottrina è andata, anzi, radicalizzandosi, perché, mentre studiosi come il Bonfante e l'Albertario cercavano almeno un correttivo all'assenza di forme ipotizzando che l'intenzione dei coniugi dovesse quanto meno manifestarsi in un comportamento esteriore, quale l'*honor matrimonii*, con il Volterra si è giunti a negare anche la necessità di questa minima manifestazione.

In realtà, non sono pochi i dubbi che possono sorgere sulla validità di una tesi che conduce a conseguenze aberranti. Pare, infatti, impossibile che un ordinamento giuridico rigoroso come quello romano, e tanto più rigorosamente attaccato alle forme quanto più si risale verso le sue origini, abbia potuto ammettere che fosse esente da forme uno degli atti più importanti non solo per i rapporti individuali, ma per la vita della società, come il matrimonio (che Cicerone definiva a ragione il *seminarium rei publicae*²), ed abbia potuto abbandonare all'arbitrio individuale l'esistenza e la validità delle situazioni giuridiche che ad esso conseguivano.

Si pensi, per fare qualche esempio, all'istituto dotale, che riveste nella società romana un'importanza fondamentale e la cui esistenza è legata a quella di un valido matrimonio. Tizio costituisce la dote a favore della futura sposa; se, poi, l'unione con quella donna non lo soddisfa, gli sarà facile sottrarsi all'obbligazione contratta, poniamo, con una *dictio* o una *stipulatio dotis*, oppure rivendicare i beni oggetto di una *datio dotis*, sostenendo che l'unione non è mai stata un matrimonio, perché sin dall'inizio è mancata in lui l'*affectio maritalis*; o, se la dote è stata costituita dal *pater familias* della donna ed a costui non va più a genio l'acquisito genero, sostenere che la figlia non ha mai avuto l'*affectio maritalis* nei riguardi di quell'uomo e svincolarsi, così, dall'obbligazione contratta o chiedere la restituzione dei beni costituiti in dote.

E ancora, per la donazione, che è, come si sa, invalida tra coniugi³, come evitare che il donante, volendo, comunque, beneficiare la

² Cic. *de off.*, I.54: ... *id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae*.

³ Si ricordi il caso di Terenzia e Mecenate riferito da Labeone e riportato in D. 24.1.64 (*Iavolenus libro sexto ex posterioribus Labeonis*). Per una discussione su questo

moglie, si avvalga della nullità, sostenendo che al momento in cui la donazione è stata effettuata non esisteva o era venuta meno l'*affectio maritalis* e che, quindi, il matrimonio non esisteva o non esisteva più?

Gli effetti più gravi sarebbero, poi, quelli che si produrrebbero a carico dei figli. Come si può pensare che un qualsiasi ordinamento giuridico lasciasse all'arbitrio individuale la problematica dei figli legittimi o *spurii*, con tutte le conseguenze di ordine patrimoniale e sociale da ciò derivanti, semplicemente dichiarando, secondo il variare dei sentimenti e delle opportunità, se esistesse o no, al momento del concepimento del nuovo nato, l'*affectio maritalis* ed il conseguente matrimonio?

Di una simile problematica non si trova alcuna traccia nelle fonti, né in quelle giuridiche né in quelle letterarie, e ciò è indicativo del fatto che tali problemi non si presentavano nemmeno nella vita della società romana, e non si presentavano perché si aveva una chiara percezione del momento iniziale, costitutivo del vincolo matrimoniale. Di certo alla base di questo c'era l'*affectio maritalis*, poiché i Romani hanno sempre rifiutato la concezione materialistica del matrimonio come puro rapporto sessuale, come è indubbio che l'*affectio maritalis* sia stata concepita come un elemento perdurante, il quale deve, cioè, continuare a sussistere perché il matrimonio resti in vita. Ciò non toglie, peraltro, che la sua cessazione debba, a sua volta, estrinsecarsi nella dichiarazione della volontà di divorzio e che questo sia, mi sembra, un altro dato significativo per desumere che anche la volontà nuziale dovesse in qualche modo manifestarsi tangibilmente.

Non va dimenticato che i più illustri romanisti del secolo XX hanno sostenuto con vigore e autorevolezza la dottrina dominante, ma, a mio sommo avviso, il problema merita di essere riconsiderato. Bisognerà tornare a riflettere sul significato di certi riti religiosi, i quali ca-

caso cfr. ARU, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova 1938, p. 21, 62, 65; G. LONGO, *Diritto romano I. Diritto di famiglia*, Roma 1953, p. 116 s.; ID., *Il requisito della convivenza nel diritto romano*, in *Annali Università di Macerata* 1955, p. 266 ss.; ID., *Ancora sul matrimonio romano (a proposito del volume di Josef Huber)*, in *SDHI* 43 (1977), p. 464 s.; ANDRÉEV, *Divorce et adultère dans le droit romain classique*, in *RHD* 35 (1957), p. 4 ss.; VOLTERRA, *Il matrimonio romano*, cit., p. 772 nt. 105; YARON, *De divortio varia*, in *TR* 32 (1964), p. 536 s.; HONSELL, *In fraudem legis agere*, in *Festschrift Kaser*, München 1976, p. 126. Più in generale v. DE ROBERTIS, *La cura morum augustea a l'accezione del moribus in D. 24.1.1 (sul divieto di donazioni fra coniugi)*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto*, 1, p. 197 ss.

ratterizzavano l'inizio del matrimonio, così come anche di manifestazioni a carattere sociale che lo accompagnavano, aspetti di cui il positivismo giuridico dei secoli XIX e XX ha voluto disconoscere il valore, dimenticando che il diritto, e tanto più un sistema giuridico come quello romano, può nascere anche da forme non apertamente normative, fondate sui *mores maiorum* e sulle consuetudini sociali.

In questa prospettiva potranno acquistare significato e valore quelle fonti letterarie solitamente trascurate e considerate irrilevanti nell'indagine giuridica, ma che rappresentano al vivo la realtà del fenomeno matrimoniale nella società romana.

E bisognerà tener conto della varietà di atteggiamenti e comportamenti di quella società nei diversi momenti storici e nelle sue diverse componenti, evitando di costruire del matrimonio romano una artificiosa immagine unitaria al di fuori della storia.

Ma non è questo, per ora il mio assunto. Dando per ammesso, come comunemente si afferma, che l'inizio del matrimonio fosse, a Roma, assolutamente privo di forme⁴, riterrei utile preliminarmente considerare che cosa sia avvenuto nel mondo romano, soprattutto, dal II secolo d.C. in avanti, sotto l'influsso del pensiero e della prassi del Cristianesimo, tenendo conto anche dell'intrecciarsi di questo pensiero e di questa prassi con il regime matrimoniale delle popolazioni in mezzo alle quali il Cristianesimo si diffondeva e dell'influenza che su di essi poteva essere esercitata, in particolare, dalle concezioni matrimoniali codificate nell'Antico Testamento, al quale il pensiero cristiano costantemente faceva richiamo.

2. Il delinarsi del pensiero cristiano in materia di matrimonio è lento e alquanto incerto. Ad una prima e rapida lettura delle fonti cri-

⁴ Si parla solamente delle forme della *conventio in manum*. Sull'argomento relativamente alla *manus* ed alla *conventio in manum* cfr. CANTARELLA, *Sui rapporti fra matrimonio e conventio in manum*, in *RISG* 93 (1959-62), p. 181 ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura delle proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, 1, Milano 1969, p. 277 ss.; GARCIA GARRIDO, *Conventio in manum y matrimonio*, in *AHDE* 26 (1956), p. 781 ss.; GAUDEMET, *Observations sur la manus*, in *RIDA* 2 (1953), p. 323 ss.; KASER, *Ehe und conventio in manum*, in *IVRA* 1 (1950), p. 64 ss.; PIRO, *Usu in manum convenire*, Napoli 1994; ID., *Unioni confarreate e diffarreato. Presupposti e limiti di dissolubilità delle unioni coniugali in età regia*, in *INDEX* 25 (1997), p. 253 ss.; TOMULESCU, *Les rapports entre le mariage et la manus*, in *RIDA* 18 (1971), p. 723 ss.

stiane non è possibile ritrovare elementi riguardanti la forma del matrimonio. Le tematiche, che si ritrovano negli scritti dei Padri della Chiesa, nei provvedimenti papali, nei canoni conciliari, sono molteplici e ben diverse. Ma una volta sgombrato il terreno dalle divergenze dottrinali, l'attenzione va ad appuntarsi, in particolar modo, su determinate linee di pensiero.

La Chiesa delle origini si interrogava dapprima con acceso dibattito se fosse opportuno attribuire all'unione naturale fra uomo e donna un rilievo giuridico istituzionale e così un riconoscimento che potesse implicitamente privilegiare lo *status* coniugale di fronte ad altre situazioni. Una volta accettata l'idea del matrimonio, si dava, comunque, preferenza alla diversa scelta del celibato, o, anche, alla castità all'interno dello stesso matrimonio⁵. Particolare importanza era data alla monogamia, che rappresenterà un punto di contatto con il mondo romano⁶ e, prima ancora, con quello indoeuropeo⁷, ma certamente un elemento di rottura con il mondo ebraico, che, come vedremo, era aperto ad esperienze di poligamia.

Nel considerare le fonti cristiane ho preferito seguire un ordine cronologico per comprendere meglio l'evolversi del pensiero cristiano in tema di matrimonio⁸.

⁵ Βίος τῆς ὁσίας Μελάνης (Vita Melaniae), 1. Cfr. GORCE, *Vie de Sainte Melanie. Introduction*, in *Sources chrétiennes*, Paris 1962, p. 37 s.

⁶ Aug. *bon. coniug.*, 7.7: *et tamen non licet, et nostris quidem iam temporibus ac more Romano nec superducere, ut amplius habeat quam unam vivam*. L'idea monogamica mutuata, dunque, dal mondo romano viene dai Padri della Chiesa esasperata a tal punto da vietare le seconde nozze.

⁷ Cfr. DUMEZIL, *Mariages indo-europeens*, trad. it., Milano 1984.

⁸ Sul matrimonio nel pensiero cristiano cfr. DACQUINO, *Storia del matrimonio cristiano alla luce della Bibbia*, Torino 1984; GAUDEMET, *Conciles galois du IVe siècle*, in *Sources chrétiennes* 241, Paris 1977; RORDORF, *Marriage in the New Testament and in the Early Church*, in *Journal of Ecclesiastical History* 20 (1969), p. 193 ss.; VIOLARDO, *Il pensiero giuridico di S. Girolamo*, Milano 1937. A proposito di matrimonio e divorzio nelle fonti cristiane v. CERETI, *Divorzio, nuove nozze e penitenza nella Chiesa primitiva*, Bologna 1977; ID., *Matrimonio ed indissolubilità: nuove prospettive*, Bologna 1971; CROUZEL, *Mariage et divorce: célibat et caractères sacerdotaux dans l'Eglise ancienne: études diverses*, Torino 1982; DUPONT, *Mariage et divorce dans l'Evangile*, Paris, 1959; GAUDEMET, *L'interpretation du principe d'indissolubilité du mariage Chrétien au cours du premier millenaire*, in *BIDR* 81 (1978), p. 11 ss.; GODEFROY, v. *Mariage*, 2. *Le mariage au temps des Pères*, in *Dictionnaire de théologie catholique*, IX, 1, Paris 1926, p. 2077 ss.; ROSSETTI FAVENTO, *Matrimonio e divorzio nel Vangelo di Marco*, in *LABEO* 31 (1985), p. 263 ss.; *Storia del cristianesimo: religione, politica, cultura*, 2. La

Non possiamo, quindi, non partire da Tertulliano⁹ che, pur vivendo in un'Africa imperiale, quella fra il II e III secolo, ancora lontano

nascita di una cristianità (250-430), trad. it. Petruzzi, Roma 2000, p. 662 ss. In tema di etica sessuale secondo il cristianesimo cfr. BRUNDAGE, *Marriage and sexuality in the Decretals of Pope Alexander III*, in *Miscellanea Rolando Bandinelli Papa Alessandro III*, Siena 1986, p. 59 ss.; CACITTI, *L'etica sessuale nella canonistica del Cristianesimo primitivo, Etica sessuale e matrimonio nel cristianesimo delle origini*, a cura di Cantalamessa, Milano, 1976, p. 81 ss.; CANTALAMESSA, *Etica sessuale e matrimonio nel cristianesimo delle origini*, in *Studia Patristica Mediolanensia* 5 (1976), p. 423 ss. Sulla donna e la famiglia nel cristianesimo v. ARJAVA, *Women in the Christian Empire: Ideological Change and Social Reality*, in *Studia Patristica* 24 (1993), p. 6 ss.; JOXE, *Le Christianisme et l'évolution des sentiments familiaux dans les lettres privées sur Papyrus*, in *Acta antiqua* 7 (1959), p. 411 ss.; VISMARA, *Scritti di storia giuridica*, 5, *La famiglia*, Milano 1988, p. 14 ss. Sul rapporto fra cristianesimo e diritto romano cfr. BIONDI, *Il diritto romano-cristiano*, Milano 1954; BISCARDI, *Spose, madri, nubili, vedove: echi patristici nella legislazione tardo imperiale*, in *AAC* 8 (1990), p. 325 ss.; BUCCI, *Il matrimonio cristiano tra tradizione giuridico-orientale e tradizione greco romana: in tema di indissolubilità e di forma pattizia*, in *AAC* 7, p. 515 ss.; DE MARTINO, *Chiesa e Stato di fronte al divorzio nell'età romana*, in *Festschrift Flume*, Köln 1978, p. 137 ss.; D'ERCOLE, *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa*, in *SDHI* 5 (1939), p. 18 ss.; DE ROBERTIS, *Oscillazioni nella ermeneutica neotestamentaria sul divorzio e ripensamenti normativi di Giustiniano*, in *AAC* 7, p. 299 ss.; GAUDEMET, *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au Bas-Empire*, in *Studi Albertario*, 2, Milano, 1957, p. 173 ss.; ID., *Les transformations de la vie familiale au Bas-Empire et l'influence du Christianisme*, in *Romanitas* 5 (1962), p. 58 ss.; ID., *Tendances nouvelles de la législation familiale au IV siècle*, in *Transformations et conflits au IVe siècle ap. J.C.* [Antiquitas 29], p. 187 ss.; GRAY, *Il diritto del Vangelo e l'influenza del cristianesimo sul diritto romano*, rist. Roma 1972; NOCERA, *I rapporti tra cristianesimo e istituti familiari alla luce del diritto e della letteratura del tardo Impero*, in *AAC* 7, p. 111 ss.; ORESTANO, *Alcune considerazioni sui rapporti fra matrimonio romano e matrimonio cristiano nell'età postclassica*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, a cura di Archi, Milano 1946, p. 345 ss., ora in *Scritti*, 2 [Antiqua 78], Napoli 1998, p. 779 ss.; SARGENTI, *Matrimonio cristiano e società pagana (Spunti per una ricerca)*, in *SDHI* 51 (1985), p. 367 ss.; VANNUCCHI FORZIERI, *La risoluzione del matrimonio nel IV-V secolo. Legislazione imperiale e pensiero della chiesa*, in *Atti e Mem. Accad. Toscana [sc. e lett.]* 50 (1985), p. 67 ss.

⁹ Il pensiero e le opere di Tertulliano, per la loro importanza ai fini dello studio sul matrimonio, sono stati presi in considerazione da molti autori. Si veda, ad esempio, GODEFROY, v. *Mariage*, cit., p. 2081 ss.; GRAMAGLIA, *Il matrimonio nel cristianesimo preniceno: Ad uxorem, De exhortatione castitatis, De monogamia*, Roma 1988; LE SAINT, *Tertullien: Treatises on Marriage and Remarriage Ancient Christian Writers*, New York 1951; MICHAELIDES, *Sacramentum chez Tertullien [Études augustiniennes]*, Paris 1970; RAEPSAET-CHARLIER, *Tertullien et la législation des Mariages inégaux*, in *RIDA* 29 (1982), p. 253 ss. VITTON, *I concetti giuridici di Tertulliano*, Roma 1924, p. 22.

dal c.d. periodo cristiano dell'epoca postclassica, ne anticipa certamente i tratti¹⁰.

Indispensabile, ai fini della nostra indagine, è la lettura delle sue diverse opere dedicate al matrimonio. Fondamentale il trattato *De monogamia*, scritto nel 215 circa, in cui Tertulliano, volendo giustificare il rigido divieto alle seconde nozze, dà un'interpretazione arbitraria¹¹ delle parole di San Paolo "Γυνή δέδεται ἐφ' ὅσον χρόνον ζῆ ὁ ἄνθρωπος αὐτῆς· ἐὰν δὲ κοιμηθῆ ὁ ἄνθρωπος, ἐλευθέρα ἐστὶν ὡς θέλει γαμηθῆναι, μόνον ἐν Κυρίῳ", tradizionalmente richiamate sul tema¹². È sua opinione che l'Apostolo permetta le seconde nozze solamente quando parla in propria persona, diversamente da quando si richiama alla volontà divina: la conclusione è nel senso del divieto alle seconde nozze¹³, inteso come precetto e non come semplice consiglio¹⁴.

¹⁰ In passato alcuni studiosi hanno identificato Tertulliano con l'omonimo giurista suo contemporaneo. Ma una presa di posizione contraria a questa teoria si ebbe con MARTINI, *Tertulliano giurista e Tertulliano padre della Chiesa*, in *SDHI* 41 (1975), p. 79 ss., il quale sostenne in modo decisivo che non si potesse identificare il Tertulliano padre della Chiesa con il giurista, come starebbero ad indicare gli errori giuridici presenti nei suoi scritti. Tutta la dottrina più recente è schierata in tal senso. Così MORESCHINI-NORELLI, *Storia della letteratura cristiana antica greca e latina*, 1, Brescia 1995, p. 474, hanno respinto l'ipotesi che il Tertulliano degli scritti patristici fosse anche il noto giurista, ritenendola "fondata solamente sull'atteggiamento cavilloso e avvocatesco dello scrittore di Cartagine, atteggiamento che di per sé potrebbe essere stato prodotto anche dalla sua educazione retorica". Per questi autori ciò non esclude che Tertulliano abbia avuto comunque una conoscenza del diritto romano "non fosse altro per le implicazioni che esso sullo stato giuridico dei cristiani e sulle persecuzioni attuate contro di loro".

¹¹ MORESCHINI-NORELLI, *Storia della letteratura cristiana antica greca e latina*, cit., p. 781.

¹² I Cor. 7.39 (Vulg.: *Mulier alligata est legi quanto tempore vir eius vivit; quod si dormierit vir eius, liberata est, cui vult nubat; tantum in Domino*). A proposito del pensiero di San Paolo sul matrimonio HAWTHORNE-MARTIN-REID, *Dizionario di Paolo e delle sue lettere*, trad. it. Penna, Milano 1999, p. 991 ss., v. *Matrimonio e divorzio adulterio e incesto*.

¹³ Il suo atteggiamento rigoristico in generale diventa in quest'opera, come in altre dello stesso periodo, più intransigente, manifestando un progressivo irrigidimento: è il periodo della sua adesione al montanismo. Cfr. SIMONETTI-PRINZIVALLI, *Letteratura cristiana antica. Antologia di testi*, 1, *Dalle origini al terzo secolo*, Casale Monferrato 1996, p. 781.

¹⁴ DATTRINO, *Introduzione a Tertulliano, Alla consorte. L'unicità delle nozze*, Roma 1996, p. 43 e 45.

Alla base del *De monogamia* c'è l'affermazione secondo cui si riconosce un solo matrimonio, come si riconosce un solo Dio. Ed ecco la rottura rispetto al mondo ebraico: era, infatti, usanza fra gli Ebrei, come ricorda Tertulliano¹⁵, non solo risposarsi, ma praticare addirittura la poligamia, cosa intollerabile per il pensiero cristiano, come mostra il Vangelo, intervenuto a porre ordine su certi usi locali.

Diffuso fra gli Ebrei era anche l'uso del levirato, per cui esisteva l'obbligo per l'uomo di prendere in moglie la vedova del fratello morto senza lasciare figli, al fine di generare in nome del defunto e continuare la discendenza. Il cristianesimo rifiuta tutto questo, motivando con Tertulliano¹⁶, col fatto che ormai quella legge va ritenuta superata (*sepulta lege succedendi in matrimonium fratris*). Una vedova, pertanto, non deve risposarsi, ma, nel caso lo facesse, dovrebbe unirsi con un fratello, cioè con un cristiano, e non con un pagano, in quanto anche l'antica legge (*vetus lex*) proibiva il matrimonio con stranieri.

Alla base di questa divergenza fra i due mondi – ed è lo stesso Tertulliano a dirlo – c'è, essenzialmente una visione diversa fra Ebrei, per i quali indispensabile era garantire la discendenza mentre disprezzavano gli eunuchi e gli sterili, e Cristiani, che, invece, vedevano nella castità e nella continenza la grazia e nella pratica del levirato solamente impurità e turpitudine.

Per Tertulliano la monogamia deve essere un dovere per tutti i cristiani, in quanto Cristo ci ha fatto sacerdoti di Dio¹⁷. Successivamente afferma che i vescovi per primi devono dare il buon esempio¹⁸.

Così egli combatte le seconde nozze anche dopo la morte del coniuge, rifacendosi in modo più restrittivo alle parole di San Paolo, per il quale il legame coniugale non deve essere sciolto, ma se il marito si libera dal matrimonio con la morte della moglie, non deve cercarsi un altro legame¹⁹. La vedovanza per Tertulliano è l'occasione per praticare quello che non si era potuto durante il matrimonio, la continenza, e liberarsi dalla schiavitù della carne²⁰. È un invito, dunque, per la ve-

¹⁵ Tert. *uxor.*, 2.2.

¹⁶ Tert. *monog.*, 7.2-6.

¹⁷ Tert. *monog.*, 12.1-2.

¹⁸ Tert. *monog.*, 13.3.

¹⁹ I Cor. 7.27: δέδεσαι γυναῖκα; μὴ ζήτηι λύσιν· λέλυσαι ἀπὸ γυναικός; μὴ ζήτηι γυναῖκα (Vulg.: *Alligatus es uxori? Noli quaerere solutionem. Solutus es ab uxore? Noli quaerere uxorem*).

²⁰ Tert. *uxor.*, 1.7.3: *Nam etsi non delinquas renubendo, carnis tamen pressuram*

dova alla castità come unico strumento per assicurarsi l'eternità. Le seconde nozze sarebbero, dunque, un ostacolo alla santità. La virtù di una vedova casta è superiore, addirittura, a quella di una vergine, per la quale certe scelte sono frutto di una liberalità divina, mentre per la vedova le stesse sono frutto della propria operosità, in quanto, per amore della santità, essa rinuncia volontariamente a ciò che ha già sperimentato²¹.

È opinione di Tertulliano²² che la vedova debba sentire ancora vivo il legame col marito defunto e non desiderare un altro uomo. Il matrimonio, del resto, sopravvive alla morte del marito, in quanto fra i due non è mai intervenuto il divorzio, unico fatto che è riconosciuto capace di sciogliere il vincolo: la donna, infatti, non è mai stata raggiunta da un libello di ripudio, come prevede in questi casi il diritto romano. Questo discorso si incardina sulla tematica della vita eterna promessa ai cristiani, la quale non conosce separazioni: se la moglie si risposasse con un altro, commetterebbe una sorta di adulterio.

Una corrente cristiana ammette che la vedova possa risposarsi, interpretando le già ricordate parole di San Paolo²³ come se ponessero il solo limite che la donna si risposasse con un cristiano (*tantum in Domino*). In polemica con questa posizione, Tertulliano²⁴ legge quelle parole in considerazione con l'ambiente sociale in cui viveva San Paolo, quando la Chiesa era ancora agli inizi, e nel contesto del suo discorso, per cui non si tratterebbe di un precetto, ma di una semplice concessione, fatta nel caso particolare di una donna sposata con un pagano, divenuta vedova ed in seguito convertitasi al cristianesimo.

Con l'intrecciarsi delle numerose tematiche legate all'idea del matrimonio ci si perde inutilmente alla ricerca di una sua precisa definizione. Solo a fatica se ne trova una traccia in un passo del *De monogamia*, nel quale si confronta il matrimonio, definendo quest'ultimo

subsequi dicit. Quare facultatem continentiae, quantum possumus, diligamus, quam primum obvenerit, inbibamus, ut quod in matrimonio non valuimus, in viduitate sectemur. Amplectanda occasio est quae adimit quod necessitas imperabat.

²¹ Tert. *uxor.*, 1.8.2: *Non tantum virginibus datum, opinor. Licet in illis integritas solida et tota sanctitas de proximo misura sit facies Dei, tamen vidua habet aliquid operosius, quia facile est non appetere quod nescias et aversari quod desideraveris numquam. Gloriosior continentia quae ius suum sentit, quae quid viderit novit.*

²² Tert. *monog.*, 10.1-8.

²³ I Cor. 7.39. V. *supra*, nt. 11 e 12, p. 428

²⁴ Tert. *monog.*, 11.

l'unione ad opera di Dio di due individui in una sola carne, con l'adulterio, visto attraverso l'immagine di una carne diversa che si inserisce fra le due a disunirle.

Tert. *monog.*, 9.4:

Matrimonium est, cum deus iungit duos in unam carnem, aut iunctos deprehendens in eadem carne coniunctionem signavit. Adulterium est, cum quoquo modo disiunctis duobus alia caro, immo aliena, miscetur, de qua dici non possit: "Haec est caro ex carne mea et hoc os ex ossibus meis" (*Gen.* 2.23).

Sull'adulterio e la fornicazione Tertulliano ritorna in un'altra opera, il *De pudicitia*²⁵, nella quale si afferma che non ha importanza distinguere fra i due termini, in quanto poco importa che la relazione si abbia con una donna sposata o con una vedova, dal momento che non si tratta della propria moglie. Un uomo è ugualmente colpevole, se ha avuto relazioni al di fuori del matrimonio.

Il *De pudicitia* sarebbe databile in base al pontificato di Callisto (217-222), contro cui sembrerebbe rivolgersi polemicamente, definendolo *episcopus episcoporum*²⁶.

Grazie alla testimonianza di Ippolito²⁷, abbiamo conoscenza di un decreto di Callisto, in base al quale andavano ritenuti validi alcuni matrimoni contratti fra liberi e schiavi. La cosa potrebbe spiegarsi, ricordando le origini del pontefice romano; comunque, la sua decisione rimase isolata e non fu più ripresa da nessun altro papa.

Nella prima metà del III secolo visse Cipriano, vescovo di Cartagine, e martire. Emerge dalle sue opere una figura di pragmatico, tutta tesa a dare una disciplina alla comunità cristiana, di cui condannava la decadenza e denunciava anche gli errori. In particolare per quanto riguarda il matrimonio, condannava aspramente le unioni con i pagani, viste come conseguenza di un certo permissivismo che aveva intaccato

²⁵ IV.1-5.

²⁶ Cfr. MICAELLI, *Introduction à Tertullien, La pudicité*, 1, texte critique et traduction par Munier, Paris 1993.

²⁷ Hippolitus, *Filosophumena*, 9.12, in PG 16, 3386, il quale, polemizzando, affermava che Callisto aveva permesso alle donne non maritate di sposare uomini di condizione inferiore, verso cui propendevano per l'ardore dell'età e con i quali non avrebbero mai potuto unirsi in matrimonio senza derogare alla legge.

la società cristiana. Nello stesso tempo, in contrapposizione al matrimonio, si ritrova in Cipriano l'esaltazione delle vergini consacrate a Dio, che devono rappresentare un esempio anche nell'ambito della vita familiare.

Contemporaneo di Cipriano, anch'egli africano, ma di minor rilievo, è Novaziano: nelle sue poche considerazioni sul matrimonio prevale l'esaltazione della pudicizia e della castità²⁸.

Di Eutichiano²⁹, papa dal 275 al 284, va ricordato uno scritto riguardante la pubblicità delle nozze, di cui parleremo in seguito.

Anche Lattanzio, africano, scolaro di Arnobio³⁰, va ricordato, a proposito del matrimonio. In un passo dell'*Epitome Divinarum Institutionum* comincia a prendere forma il concetto di matrimonio come sacramento³¹, in quanto Dio – egli dice – ha unito in un solo corpo un uomo ed una donna.

Il pensiero di Lattanzio si incentra, in particolar modo, sulla tematica della fedeltà. Così, nelle *Divinae institutiones*, si sofferma molto sulla condanna dell'adulterio, a cui viene contrapposta un'unione lecita, tesa alla procreazione dei figli³² al fine della successione.

Lact. *inst.*, 6.23.

... Oportet ergo sibi quemque proponere, duorum sexuum coniunctionem generandi causa datam esse viventibus, eamque legem his affectibus positam, ut successionem parent. [...]

Al 305 è datato il Concilio di Elvira. Da alcuni dei suoi canoni, dedicati al matrimonio, emerge, in particolar modo la volontà di con-

²⁸ *De bono pudicitiae* (= Ps. Cypr., *Pudic.*). V. *infra*, p. 454.

²⁹ V. *infra*, p. 491 s.

³⁰ Arnobio, un apologeta africano vissuto fra la fine del III secolo e l'inizio del IV, ha ancora un'idea vaga del Cristianesimo (RONCONI, POSANI, TANDOI, *Manuale storico della letteratura romana*, Firenze 1978, p. 422). La sua opera *Adversus nationes*, è, però, molto utile per la conoscenza delle usanze di una società pagana, che lui disprezza.

³¹ Lact. *epit.* 66. Sul sacramento v. già Tert. *adv. Marc.*, 5.18; *Monog.*, 5, ma si tratta solo di frammentarie affermazioni; come si dirà, solamente con Agostino si avrà la teoria del matrimonio come sacramento. Cfr. BALLINI, *Il valore giuridico della celebrazione nuziale cristiana dal primo secolo all'età giustiniana*, Milano 1939, p. 7.

³² Cfr. *Epit.*, 61: *Libidinis autem affectus ad procreandos liberos insitus et innatus est.*

dannare l'adulterio³³, l'abbandono del coniuge e le seconde nozze anche se avvenute in seguito al tradimento del marito o della moglie.

Can. VIII

Item foeminae, quae, nulla praecedente causa, reliquerint viros suos, et se copulaverint alteris, nec in fine accipiant communionem.

Can. IX

Item foemina fidelis, quae adulterum maritum reliquerit fidelem et alterum ducit, prohibeatur ne ducat; si duxerit, non prius accipiat communionem, nisi quem reliquerit, prius de saeculo exierit; nisi forte necessitas infirmitatis dare compulerit.

Can. X

Si ea, quam catechumenus reliquit, duxerit maritum, potest ad fontem lavacri admitti. Hoc et circa foeminas catechumenas erit observandum. Quod si fuerit fidelis, quae ducitur, ab eo qui uxorem inculpatam reliquit, et cum scierit illum habere uxorem, quam sine causa reliquit; placuit, huic nec in finem dandam esse communionem.

Alcuni canoni sono, invece, dedicati alle nozze incestuose, in particolare il Can. 61 condanna all'astensione dalla comunione per cinque anni chi in seguito alla morte della moglie sposa la sorella di lei:

Can. LXI

Si quis post obitum uxoris suae, sororem eius duxerit, et ipsa fuerit fidelis, quinquennium a communionem placuit abstinere; nisi forte dari pacem velocius necessitas coegerit infirmitatis.

Certamente siamo lontani dall'idea moderna di incesto, ma la disposizione sembra influenzare il sentire della società ed il diritto tardo imperiale³⁴. Più severo è il canone 66, che condanna ancora all'astensione della comunione, ma per sempre, chi sposa le figliastre:

³³ Can. 47, 63, 64, 65, 68, 70, 72, 78.

³⁴ Basti ricordare una costituzione di Costanzo del 355, CTh. III, 12, 2, che introduce il divieto del matrimonio con la moglie del fratello. Cfr. il mio lavoro, *La legislazione di Costantino II, Costanzo II e Costante (337-361)*, Milano 1997, p. CXII s. e 261 ss.

Can. LXVI

Si quis praevignam suam duxerit uxorem, eo quod fit incestus, placuit, nec in fine dandam esse ei communionem.

Del Sinodo tenuto ad Arles nel 314 vanno ricordati due canoni, il c.10, secondo cui i mariti che sorprendono il coniuge in adulterio non possono, comunque, risposarsi con altre donne finché è viva la moglie, sebbene adultera, ed il c. 11, per il quale le giovani cristiane, che si sposano con dei pagani devono astenersi dalla comunione per diverso tempo.

Can. X

De his qui coniuges suas in adulterio deprehendunt et iidem sunt adulescentes fideles, et prohibentur nubere, placuit ut in quantum possit consilium eis detur, ne viventibus uxoribus suis, licet adulteris, alias accipiant.

Can. XI

De puellis fidelibus quae gentilibus iunguntur, placuit ut aliquando tempore a comunione separentur.

Delle *Sanctiones et Decreta* del Concilio di Nicea del 325³⁵ vanno segnalate alcune prese di posizione, come ad esempio, quella del capo III ove si fa un elenco di parenti che non possono sposarsi fra di loro per evitare nozze incestuose

III

Matrimonium in hisce gradibus nequaquam Christianis contrahere licet; nimirum cum matre, avia, sorore patris, sorore matris, filiabus, sororibus, nepotibus ex fratre, vel sorore, vel ex filiis, aut filiabus, vel cum uxoribus patrum, avorum, patruelium, fratrum et avunculorum, vel cum uxoribus nepotum ex fratribus, vel sororibus, neque cum sororibus uxoris, neque cum aviis uxoris, neque cum filiabus fratrum uxoris. Avis non licet ducere uxores filiorum, nepotum, aut pronepotum.

o quella del capo V che vieta di contrarre matrimonio più volte, secondo i costumi pagani, ammettendo una seconda moglie solo nel caso che fosse morta la prima:

³⁵ Del Concilio di Roma dell'anno precedente parleremo più avanti. V. *infra*, p. 470.

V

Nulli Christianorum duas habere uxores licet, vel plures simul, gentilium more, qui tres et quatuor simul ducunt, sed una post aliam ducenda est, nimirum cum secunda contrahendum, mortua prima. [...]

Dal 337 fu papa Giulio I, di cui, come vedremo più avanti, va ricordato solamente un decreto, in base al quale è lecito il matrimonio fra la schiava ed il suo padrone, se quest'ultimo le ha donato la libertà.

Un breve cenno va fatto anche a papa Damaso, il cui pontificato iniziò nell'anno 366. Di lui sappiamo, grazie ad una lettera di Girolamo³⁶ indirizzata ad Eustochio³⁷, che scrisse alcune opere in versi ed in prosa sull'elogio alla verginità e, di contro, sugli inconvenienti della vita matrimoniale.

Nel 373 diventa vescovo di Milano una figura eminentissima della cristianità, Ambrogio³⁸, il quale, a proposito del tema di cui stiamo trattando, soffermò la sua attenzione, in particolar modo, sulla figura della vedova: nel trattato *De viduis* ne esalta il valore e la forza d'animo, poiché le vedove non si pentono del matrimonio, per il quale conservano fede e, nello stesso tempo, non sono schiave dei piaceri³⁹. Alla vedova si consiglia di smettere il lutto e di allontanarsi dal sepolcro, ma di non risposarsi⁴⁰.

Per Ambrogio le parole di Paolo, per cui è meglio sposarsi che bruciare (εἰ δὲ οὐκ ἐγκρατεύονται, γαμησάτωσαν· κρείττον γὰρ ἐστὶν γαμεῖν ἢ πυροῦσθαι)⁴¹, vanno interpretate nel senso che l'A-

³⁶ Girolamo è certamente ben documentato su papa Damaso, in quanto era stato suo segretario per gli archivi ecclesiastici. Cfr. *Hier. epist.* CXXXIII.

³⁷ *Epist.* XXII.22.

³⁸ Sul matrimonio nel pensiero di San Ambrogio v. SOTO, *El matrimonio in fieri en la doctrina da S. Ambrosio y de S. Juan Crisostomo* [Coll. *Analecta Gregoriana*, 202], Roma 1976; VIOLARDO, *Appunti sul diritto matrimoniale in S. Ambrogio*, in *S. Ambrogio nel XVI centenario della nascita*, Milano 1940, p. 485 ss.

³⁹ *Vid.*, 1: ... *Et propemodum non inferioris virtutis est eo abstinere coniugio, quod aliquando delectaverit, quam coniugii oblectamenta nescire. In utroque fortes, ut eas et coniugii non poeniteat, cui fidem servant, et coniugalia oblectamenta non alligent, ne videantur infirmae, quae sibi adesse non possint.*

⁴⁰ *Ambr. vid.*, 59: ... *Suasimus, fateor, ut vestem mutares, non ut flammeeum sumeres, ut a sepulcro recederes, non ut thalamum praeparares...*

⁴¹ I Cor. 7.9 (Vulg.: *Quod si non se continent, nubant. Melius est enim nubere quam uri*).

postolo ha consigliato le nozze come rimedio e non come una scelta⁴²: è lecito sposarsi, ma meglio ancora sarebbe astenersi, perché positiva è la grazia del reciproco amore, ma maggiore è la servitù che esso comporta⁴³. Fondamentale rimane la castità, il cui valore è triplice, in quanto si manifesta in modo differente nel matrimonio, nella vedovanza e nella verginità. Se anche la Chiesa dà una classificazione dei tre valori, in base a certe preferenze (mettendo al primo posto la verginità e all'ultimo il matrimonio), non ne rimane escluso nessuno: così al matrimonio, nonostante l'ultimo posto, è concesso il suo onore⁴⁴.

Ambr. *vid.*, 23:

Docemur itaque triplicem castitatis esse virtutem: unam coniugalem, aliam viduitatis, tertiam virginitatis; non enim sic aliam praedicamus, ut excludamus alias. Suis quibusque professionibus ista conducunt. In hoc ecclesiae est opulens disciplina, quod quos praeferat habet, quos reiiciat non habet, atque utinam numquam habere possit! Ita igitur virginitatem praedicavimus ut viduas non reiceremus, ita viduas honoramus ut suos honos coniugio reservetur. Non nostra hoc praecepta, sed divina testimonia docent.

In conclusione, Ambrogio, pur esaltando la verginità rispetto al matrimonio⁴⁵, non è sfavorevole a quest'ultimo. Anzi, la sua posizione è in contrasto con quella dei Manichei, che ne sono oppositori, in quanto, per il vescovo, chi condanna il vincolo matrimoniale, condanna anche i figli e la società umana⁴⁶.

Un'altra figura importante della patristica occidentale è S. Girolamo. Nel suo epistolario troviamo spesso riflessioni sul matrimonio. Qui vorrei soffermarmi in particolar modo sulla lettera indirizzata a Geruchia⁴⁷ e dedicata alla monogamia, intesa in senso assoluto, come unione di un sol uomo con una sola donna per tutta la vita, in un legame che dura oltre la morte, tanto da sconsigliare le seconde nozze

⁴² Ambr. *vid.*, 12.

⁴³ Ambr. *vid.*, 69.

⁴⁴ Sulla preferenza alla verginità cfr. anche Girolamo nel *Contra Elvidium* (= *Virg. Mar.*), il quale precisa, però, che, facendo l'elogio della verginità, non vuole disprezzare le nozze; v. anche dello stesso *Epist. XXII Ad Eustochium*.

⁴⁵ Ambr. *virg.*, I.24-31. A proposito della contrapposizione fra matrimonio e verginità cfr. GODEFROY, v. *Mariage*, cit., p. 2077 ss.

⁴⁶ Ambr. *virg.*, I.34.

⁴⁷ Hier. *epist.* CXXIII.8 *Ad Ageruchiam. De monogamia*.

ze⁴⁸. Col pretesto di rivolgersi alla vedova Geruchia, in realtà, Girolamo si rivolge a tutte le vedove⁴⁹. Se i sacerdoti non potevano essere ammessi all'altare, qualora avessero avuto più di una moglie, anche un laico era tenuto ad osservare questa legge e ad astenersi dalle seconde nozze. Anche fra i pagani, del resto, si verificavano scelte di castità: un *flamen*, ad esempio, – ricorda S. Girolamo – può ricoprire il suo ufficio solo se ebbe una sola moglie e, allo stesso modo, una *flaminea* se ebbe un solo marito; e ancora, le donne dei Teutoni, fatte prigioniere dall'esercito romano, scelsero la morte purché non fosse violata la loro castità. Di fronte a questi esempi⁵⁰, una vedova romana non può che fare anch'essa una scelta di castità, ancorché giovane⁵¹.

In una lettera di papa Siricio del 385, dopo un cenno alla cerimonia col velo nuziale, si afferma l'importanza della benedizione sacerdotale, a causa della quale diventa sacrilegio l'eventuale rottura del vincolo matrimoniale⁵²: viene a rappresentarsi, così, il principio di indissolubilità.

Tre anni dopo l'inizio del pontificato di Siricio, nel 387 diventa vescovo di Ippona Sant'Agostino, senza dubbio la figura più rappresentativa ed eclettica della patristica occidentale di questi secoli.

Possiamo dire che solo con lui verrà a formarsi una vera e propria teoria cristiana del matrimonio⁵³. Agostino nel *De sancta virginitate* mette in guardia i suoi lettori da coloro che disprezzano il matrimonio ed insegna a valorizzare i doni maggiori senza condannare i minori. Così chi sceglie la verginità⁵⁴ e la continenza è cosciente che si tratta

⁴⁸ Girolamo rimane saldo su questa posizione, nonostante il pensiero di San Paolo, il quale avrebbe ammesso le seconde nozze solamente come scelta inevitabile di fronte all'incontinenza umana. Sulla vedovanza contrapposta alle seconde nozze v. cfr. GODEFROY, v. *Mariage*, cit., p. 2096 ss.

⁴⁹ Su San Girolamo e le donne v. ARJAVA, *Jerome and Women*, in *Arctos* 23 (1989), p. 5 ss. Sul pensiero di Girolamo relativamente al matrimonio cfr. VIOLARDO, *Il pensiero giuridico*, cit., p. 116 ss., 122 ss.

⁵⁰ Alcuni di questi si ritrovano anche nel *Contra Iovinianum* (PL 23). A proposito dell'avversario di San Girolamo v. GODEFROY, v. *Mariage*, cit., p. 2086.

⁵¹ Lo stesso si ritrova in un'altra lettera, dedicata alla morte di Fabiola, in cui si vede come una colpa anche la tentazione da parte delle giovani vedove di risposarsi (*Epist.* LXXVII.3).

⁵² V. *infra*, p. 451.

⁵³ Sul matrimonio nel pensiero di Agostino v. ALBERTARIO, *Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino*, Milano 1931; SCHMITT, *Le mariage chrétien dans l'oeuvre de Saint Augustin*, Paris 1983.

⁵⁴ In generale sul valore della verginità nel pensiero degli autori cristiani v. TIBILETTI, *Verginità e matrimonio in antichi scrittori cristiani*, PUMA, 2 ed., Roma 1983.

di uno stato superiore a quello delle nozze, ma non deve pensare che queste ultime siano un male⁵⁵. Infatti il matrimonio ha il suo valore positivo, che non è semplicemente quello di procreare figli, ma quello di una procreazione onesta, legittima, casta e socialmente ordinata:

Aug. *virg.*, 12.12

Habeant coniugia bonum suum, non quia filios procreant, sed quia honeste, quia licite, quia pudice, quia socialiter procreant, et procreatos pariter, salubriter, istanter educant, quia tori fidem invicem servant, quia sacramentum connubii non violant.

In tal modo Agostino vuole discolarsi⁵⁶ dall'accusa mossagli, come lui stesso ci racconta, di aver condannato il matrimonio e aver attribuito al diavolo i suoi frutti, a causa della dottrina del peccato originale⁵⁷.

Se alla base della teoria del matrimonio sta la monogamia, Agostino si sente in dovere di spiegare la diversa scelta operata nel mondo ebraico⁵⁸, in cui la poligamia fu concessa dall'esigenza della fecondità: era consentito, infatti, prendere altre mogli perfino in aggiunta a quelle feconde, per avere una più numerosa discendenza. In questa ottica la poligamia dei Patriarchi andrebbe giustificata, mentre non sarebbe, invece, mai lecita l'unione di più donne con un solo uomo, se da essa non dovessero nascere più figli. Ma all'epoca in cui vive Agostino il desiderio di avere figli non legittima più il concubinato⁵⁹.

⁵⁵ Aug. *virg.*, 17-18.

⁵⁶ Aug. *nupt. et concup.*, II.23.37; II.26.42; II.32.54.

⁵⁷ Aug. *nupt. et concup.*, I.1 (*Heretici novi... qui medicinam Christi, qua peccata sanantur, carnaliter natis parvulis necessariam non esse contendunt, damnatores nos esse nuptiarum operisque divini, quo ex maribus et feminis Deus homines creat invidiosissime clamitant, quoniam dicimus eos qui de tali commixtione nascuntur trahere originale peccatum...*); II.4.11.

⁵⁸ Per qualche tratto essenziale sulla concezione ebraica del matrimonio v. TOSATO, *Il linguaggio matrimoniale vetero-testamentario*, in *Annali dell'Istituto Orientale di Napoli* 43 (1983), p. 135 ss.; ID., *Il matrimonio israelitico*, in *SDHI* 51 (1985), p. 393 ss.; ID., *Il matrimonio nel giudaismo antico e nel Nuovo Testamento*, Roma 1976; ID., *Il trasferimento dei beni nel matrimonio israelitico*, in *Bibbia e Oriente* 27 (1985), p. 129 ss.; ID., *Sul consenso dei figli e delle figlie di famiglia nel matrimonio israelitico*, in *SDHI* 51 (1985), p. 283 ss.; ID., *Sul significato dei termini biblici*, in *Bibbia e Oriente* 25 (1983), p. 193 ss.; ID., *The Law of Leviticus 18.18: A Reexamination*, in *CBQ* 46 (1984), p. 199.

⁵⁹ Aug. *nupt. et concup.*, I.9.10; *de bono con.*, 14.16, 15.17.

Quanto, poi, all'exasperazione dell'idea di monogamia che comportava il divieto alle seconde nozze, Agostino prende le distanze dalla posizione rigida che Tertulliano più di un secolo prima aveva assunto: per il vescovo di Ippona non ci deve essere condanna nei confronti delle seconde nozze, si tratta solamente di un bene inferiore, se confrontato con la scelta di una vita casta. Grande valore, dunque, era riservato alla continenza vedovile⁶⁰. Se nell'Antico Testamento ci sono esempi di vedove che si sono risposate, queste l'hanno fatto per obbedienza, non per concupiscenza, ed il fine era quello di avere figli. Ma per il vescovo, in riferimento ai propri tempi, sarebbe meglio per le vedove non risposarsi⁶¹.

Sentito era anche il problema delle nozze incestuose, su cui Agostino nel *De civitate Dei*⁶² spende molte parole. Agli inizi del genere umano – vi si legge – gli uomini arrivarono a legarsi attraverso i vincoli di parentela più differenti, al fine di creare più legami di vita sociale, ma nel rispetto di un limite, che non poteva essere varcato: così, nonostante certe leggi permettessero ancora matrimoni fra fratelli e sorelle, una consuetudine più alta li vietò, e, se anche un tempo lontano le nozze fra stretti parenti furono permesse, in seguito tutto ciò venne negato, come se fosse stato sempre così. Per Agostino, dunque, gli usi hanno grande importanza e, quando pongono freno agli eccessi della concupiscenza, si ritiene giustamente illecito violarli.

Collegato al tema del matrimonio è, inevitabilmente, quello dell'adulterio. Agostino a questo argomento ha dedicato un intero trattato, il *De adulterinis coniugiis*, ma il tema viene ripreso anche in altre opere⁶³. In un passo molto interessante⁶⁴ ci si chiede se a un marito cristiano è consentito, vuoi secondo l'antica legge divina vuoi secondo il diritto romano, uccidere la moglie adultera: la risposta è nel senso di accettare l'adulterio, pur di salvare una vita umana.

Aug. *adult. coniug.* II.15:

Postremo quaero abs te, utrum marito Christiano liceat vel secundum ve-

⁶⁰ Aug. *bon. viduit.*, 3.4, 5.6.

⁶¹ Aug. *bon. viduit.*, I.7.10.

⁶² Aug. *civ.*, 15.16.2.

⁶³ Aug. *bon. coniug.*, 4.4; *nupt. et concup.*, 10.11; 24.27.

⁶⁴ È singolare che nel passo si chieda una valutazione dal punto di vista sia della legge divina sia del diritto romano, ma la risposta è solo nel senso dell'etica cristiana: infatti, si considera la condanna a morte non come una pena, ma come un omicidio.

terem Dei legem vel Romanis legibus adulteram occidere? Iam faciat adulterium et non faciat homicidium.

Le diverse tematiche del matrimonio e dell'adulterio si trovano anche nel *Contra Iulianum*, opera in cui Agostino risponde, polemizzando, ai quattro libri *A Turbanzio* di Giuliano d'Eclano⁶⁵, secondo il quale, a proposito del tema di cui trattiamo, il matrimonio non è altro che l'unione dei corpi e solamente attraverso l'atto naturale in seguito ad un reciproco desiderio si ha la discendenza. Per Agostino, invece, non può ridursi a questo il concetto di matrimonio, in quanto anche gli adulteri si uniscono con mutuo desiderio. Inoltre l'atto naturale è indispensabile per procreare i figli, ma è cosa diversa dal matrimonio: gli uomini possono nascere anche al di fuori di un matrimonio e, al contrario, vi possono essere coniugi che non uniscono i loro corpi, come avviene allorché invecchiano o non hanno più speranza di aver figli. Il matrimonio può solo iniziare con l'unione dei corpi, in quanto si prende moglie per la procreazione dei figli, ma non si esaurisce qui⁶⁶.

Nel *De bono coniugali*, in particolar modo, viene di nuovo affrontato l'argomento.

Il punto di partenza del pensiero agostiniano si volge al primo naturale legame della società umana, quello fra uomo e donna, i quali furono creati da Dio l'una dall'altro. E, fianco a fianco (il fianco dell'uomo, da cui la donna fu estratta, starebbe ad indicare la forza della loro congiunzione) si uniscono coloro che camminano insieme e che insieme guardano alla stessa meta:

Aug. *bon. coniug.*, 1.1:

Prima itaque naturalis humanae societatis copula vir et uxor est. Quos nec ipsos singulos condidit Deus et tamquam alienigenas iunxit, sed alteram creavit ex altero, signans etiam vim coniunctionis in latere, unde illa detracta formata est. Lateribus enim sibi iunguntur, qui pariter ambulant et pariter quo ambulant intuentur.

⁶⁵ Vescovo nella sua città natale, vissuto fra il IV e il V secolo. Fu amico di Sant'Agostino, con cui, però, sostenne una lunga polemica: Giuliano era, infatti, un seguace delle dottrine pelagiane.

⁶⁶ Aug. *c. Iulian.*, 5.16.62

L'immagine è suggestiva, ma non ci dice ancora, cos'è realmente il matrimonio⁶⁷, al di là dell'unione fra un uomo ed una donna. Una definizione la si legge, però, poco oltre dove finalmente Sant'Agostino arriva a dire che il matrimonio è un bene, non solo a causa della procreazione dei figli, ma anche perché stringe una società naturale fra i due sessi:

Aug. *bon. coniug.*, 3.3:

Bonum ergo coniugii quod etiam dominus in Evangelio confirmavit, non solum quia prohibuit dimittere uxorem nisi ex causa fornicationis, sed etiam quia venit invitatus ad nuptias, cur sit bonum merito quaeritur. Quod mihi non videtur propter solam filiorum procreationem, sed propter ipsam etiam naturalem in diverso sexu societatem.

Tutta la dottrina agostiniana del matrimonio si sintetizza nell'affermazione che vede nel matrimonio tre valori essenziali⁶⁸, la prole, la fedeltà ed il sacramento⁶⁹. Il primo (*bonum prolis*) deriva dal fatto che l'unione fra uomo e donna è ordinata alla procreazione dei figli⁷⁰, come avviene presso tutti i popoli⁷¹. Questo rappresenta anche un limite di comportamento, che i rapporti coniugali non possono varcare, come è stabilito dall'ordine della natura, dalle usanze della morale e dalle norme di legge⁷².

La fedeltà è il secondo bene essenziale del matrimonio che lo distingue dall'adulterio, con cui, avendo rapporti con un'altra persona, si contravviene al patto coniugale⁷³.

⁶⁷ È, d'altra parte, lo stesso Agostino ad ammettere quanto sia oscurissima e intricatissima la questione del matrimonio (*Adult. coniug.*, I. 32: ... *Quaestionem tamen de coniugiis obscurissimam et implicatissimam esse non nescio*).

⁶⁸ Cfr. TRAPE', *Introduzione a Sant'Agostino, Matrimonio e verginità*, Roma 1968, p. XXX ss.

⁶⁹ Cfr. SAMEK LODOVICI, *Sessualità, matrimonio e concupiscenza in Sant'Agostino*, in *Etica sessuale e matrimonio nel cristianesimo delle origini*, a cura di Cantalamessa, Milano 1976, p. 212 ss.

⁷⁰ Aug. *bon. coniug.*, 19.22: *Si ergo et illi, qui propter solam generationem, propter quam sunt institutae nuptiae, coniunguntur...*

⁷¹ Aug. *bon. coniug.*, 17.19; 24.32.

⁷² Aug. *bon. coniug.*, 26.34: ... *et ideo non intelligentes, quantas vires habeat animus iustitiae contra libidines serviens, ne carnalibus huiusce modi motibus adquiescat eosque in concubitum ultra generandi necessitatem prolabi aut progredi sinat, quantum ordo naturae, quantum morum consuetudo, quantum legum scita praescribunt.*

⁷³ Aug. *bon. coniug.*, 4.4; 5.5. V. anche *c. Iulian.*, I.65.

Questi primi due beni riguardano tutte le genti. Ma il terzo è proprio solamente del popolo di Dio. Si tratta del valore sacramentale, per il quale il vincolo delle nozze ha una forza tale da non poter essere sciolto, nemmeno al fine di procreare figli⁷⁴: questo terzo bene porta in sé, dunque, l'indissolubilità. Il sacramento, definito anche mistero, non va, però, identificato con il vincolo coniugale⁷⁵, ma dà a questo un valore più alto, grazie all'assoluta fermezza dell'indissolubilità⁷⁶. Grazie al sacramento, quell'unione inseparabile, che è espressione grande del matrimonio di Cristo con la Chiesa⁷⁷, si riproduce in scala ridotta nelle singole coppie di sposi⁷⁸: e il discorso porta alla individuazione di un unico carisma ministeriale, che è grande nel ministro principale, Cristo, e minimo nel ministro secondario, che è il cristiano. Quindi il sacramento si realizza senza la mediazione del sacerdote.

In una lettera⁷⁹ del papa Innocenzo I del 15 febbraio 404 si afferma che un sacerdote deve essere marito di una sola donna. Deve quindi sposarsi una sola volta nella vita, ma nel momento in cui lo fa, deve prendere per moglie una vergine e non una vedova o una ripudiata.

S. Innocentii I Papae Epistula II Victricio episcopo Rotomagensi, salutem.

... Cap. IV. - 7. Ut mulierem clericus non ducat uxorem; quia scriptum est (Levit. XXI.13,14; Ezech. XLIV.22), *Sacerdos uxorem virginem accipiat, non viduam, non eiectam*. Utique qui ad sacerdotium labore suo et vitae probitate contendit, cavere debet; ne hoc praeiudicio impeditus, pervenire non possit.

Cap. V. - 8. Ut is qui mulierem licet laicus duxerit uxorem sive ante baptismum, sive post baptismum, non admittatur ad clerum (Dist.34, c.13); quia eodem videtur vitio exclusus. In baptismo enim crimina dimittuntur, non acceptae uxoris consortium relaxatur.

Cap. VI. - 9. Ne is, qui secundam duxit uxorem, clericus fiat: quia scriptum est (I Tim. III.2), *Unius uxoris virum*. Et iterum: *Sacerdotes mei semel nubant*. Et alibi (Tit. I.6): *Sacerdotes mei non nubent amplius*. Ac ne

⁷⁴ Aug. *bon. coniug.*, 7.7; 18.21; 24.32.

⁷⁵ V. Aug. *fid. et op.*, 7.10: ... *ubi nuptiarum non solum vinculum, verum etiam sacramentum commentatur...*

⁷⁶ Cfr. TRAPE', *Introduzione*, cit., p. XLIII s.

⁷⁷ Sull'unione fra Cristo e la Chiesa v. San Paolo (*Ef.*, 5.22 - 33).

⁷⁸ Aug. *nupt. et concup.*, I.21.23.

⁷⁹ PL 20, 468 ss.

ab aliquibus existimetur, ante baptismum si forte quis accepit uxorem, et ea de saeculo recedente, alteram duxerit, in baptismo esse dimissum, satis errat a regula, qui in baptismo hoc putat dimitti: remittuntur peccata, non acceptarum uxorum numerus aboletur: cum utique uxor ex legis praecepto ducatur in tantum, ut et in paradiso cum parentes humani generis coniungerentur, ab ipso Domino sint benedicti (Gen. I.28); et Salomon dicat (Prov. XIX.14): *A Deo praepraeparabitur viro uxor*. Quam formam etiam sacerdotes omnes servare usus ipse demonstrat Ecclesiae. Satis enim absurdum est aliquem credere, uxorem ante baptismum acceptam, post baptismum non computari; cum benedictio, quae per sacerdotem super nubentes imponitur, non materiam delinquendi dedisse, sed fortunam tenuisse legis a Deo antiquitus institutae doceatur. Quod si (Dist.34, c.13) non putatur uxor esse computanda, quae ante baptismum geniti sunt, pro filiis habebuntur.

La tematica affrontata nella lettera sembra riferirsi ai soli sacerdoti. Ma, probabilmente, la regola posta da Innocenzo aveva valore generale, tanto è vero che, trascorsi dieci anni, lo stesso papa indirizzava una lettera ad alcuni vescovi macedoni⁸⁰, lamentando il fatto che non fossero considerati bigami coloro che, essendo morta la prima moglie sposata prima del battesimo, avevano in seguito contratto nuovi matrimoni.

Epist. XVII

Innocentius Rufo, Eusebio, Eustathio, Claudio, Maximiano, Eugenio, Gerontio, Joanni, polychronio, Sophronio, Flaviano, Hilario, Macedonio, Calliratio, Zosimo, Profuturo, Nicetae, Hermogeni, Vincentio, Asiologo, Terentiano, Herodiano et Marciano, episcopis Macedonibus et diaconis in Domino salutem.

... Cap. II. - Deinde ponitur, non dici oportere digamum eum, qui catechumenus habuerit atque amiserit uxorem, si post baptismum fuerit aliam sortitus; eamque primam videri, quae novo homini copulata sit; quia illud coniugium per baptismi sacramentum cum caeteris criminibus sit ablutum. Quod cum de una utique dicitur, certe si tres habuerit in vetere positus homine uxores, erit ei, quae post baptismum quarta est, sic interpretantibus prima: virginisque nomen accipiet, quae quarto ducta est loco. Quis oro, istud non videat contra Apostoli esse praeceptum, qui ait: *unius uxoris virum* oportere fieri sacerdotem? [...]

⁸⁰ *Epist. XVII, PL 20, 526 ss.*

Nei casi prospettati si tratterebbe di bigamia, in quanto avrebbero valore i precedenti matrimoni, anche se avvenuti prima della conversione al cristianesimo: è il riconoscimento del matrimonio contratto secondo il diritto in una società pagana.

Qualche decennio dopo la stessa problematica sarà affrontata in una lettera del 26 luglio 428, indirizzata ai vescovi delle province Viennese e Narbonese dal papa Celestino I⁸¹, per il quale nessuno poteva essere ordinato sacerdote, qualora fosse risposato o marito di una vedova; inoltre poteva essere consacrato vescovo solo chi fosse stato il marito di una sola donna. Se queste disposizioni fossero state disattese, le ordinazioni illecite sarebbero state annullate.

Caelestini Papae, epist. IV, ad episcopos provinciae Viennensis et Narbonensis.

... *Cap. VI. - 8. Abstineatur ab illicitis ordinationibus. Nullus ex laicis, nullus bigamus, nullus qui sit viduae maritus aut fuerit, ordinetur; sed irreprehensibilis, et qualem elegit Apostolus, fiat. Per Moysen Dominus precepit: Virginem accipiat sacerdos uxorem (Levit. XXI,13). Subsequitur et supplet Apostolus, eodem locutus spiritu, unius uxoris virum (I Tim. III,2) debere episcopum consecrari. Ad hanc ergo eligantur formulam sacerdotes: et si quae factae sunt ordinationes illicitae, removeantur: quoniam stare non possunt, nec discussionem nostram subterfugere poterunt, quamvis latere se aestiment qui aliter pervenerunt, ut nulla religionis reverentia obscuritate fuscetur. Non sit vana gloriatio palliatis. Episcopalem morem, qui episcopi sunt, sequantur. [...]*

Qualche anno dopo, anche in un lettera di papa Leone I indirizzata *ad episcopos metropolitanos per Illyricum*, si ripropone il problema delle seconde nozze di vescovi, presbiteri e diaconi, i quali, si ribadisce, devono essere *unius uxoris viri*, per cui non possono sposare una vedova o una ripudiata, né risposarsi due volte. Si arriva a condannare la bigamia in modo estremo, ritenendo cada in tale situazione il vedovo che ripigli moglie, pur se ciò avvenga prima del battesimo.

Leo M. epist. V ad episcopos metropolitanos per Illyricum constitutos.

... *Cap. III. - Volumus enim tales fieri Domino sacerdotes, quibus cuncta convenient, quae sunt ecclesiasticis canonibus definita: ut episcopi, pres-*

⁸¹ PL 50, 429 ss.; Papa Celestino, *Epistolario*, a cura di Gori [Collana dei Testi patristici, 127], Roma 1996.

byteri atque diaconi unius uxoris viri sint secundum beati Apostoli sententiam (I Tim. III,2) et hanc secundum legis praecepta virginem acceperint, non viduam, non repudiatam, sicut legis scriptura testatur (Levit. XXI,13,14; Ezech. XLIV, 22). Nec se quisquam aestimet posse ad sacerdotium pervenire, qui ante baptismum, deficiente quam habebat, uxore, alteram rursus, postquam per gratiam baptismatis est renovatus, acceperit, cum in baptisate peccata deleantur, non uxorum numerus abrogeatur. Adeo autem in excusationem sui hoc obtendere non poterit, ut eorum se patrem filiorum, quos ante baptismum susceperit, negare non possit. Neque enim uxor quae ex legis praecepto ducitur, inter peccata quae abluuntur baptismate poterit numerari.

Una diversa situazione di bigamia si riscontra in un'altra lettera di Leone del 21 marzo 458, indirizzata a Niceta, vescovo di Aquileia. Del problema quivi prospettato è ricca anche la casistica del diritto romano, poiché vi si tratta di quelle donne i cui mariti non fanno ritorno da lungo tempo dal territorio barbaro, le quali, ritenendosi ormai vedove, si risposano⁸². Ma cosa succede se il primo marito fa ritorno a casa dopo una lunga prigionia⁸³? In contrasto col principio consolidato in epoca classica per cui il prigioniero al suo ritorno veniva reintegrato in tutti i suoi diritti e obblighi, ma non in quelli matrimoniali, con questo testo si dispone che il reduce, sebbene caduto in schiavitù e sotto l'altrui potestà, abbia diritto ad essere reintegrato nel vincolo delle nozze legittime: la donna ritorni, dunque, col primo marito⁸⁴, e, nel caso di un suo rifiuto, Leone statuisce che sia privata della comunione eucaristica.

⁸² Questa disposizione non rappresenta una novità rispetto alla politica legislativa imperiale. Tanto per fare un esempio in base alla C.Iust. V.17.7 del 337 la donna si poteva risposare dopo quattro anni di assenza del marito. Cfr. il mio lavoro, *La legislazione*, cit., p. XXXIII e 7.

⁸³ Sui diritti del reduce dalla prigionia di guerra v. ALBERTARIO, *L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina 1931, p. 153 ss., o in *Studi di Diritto romano*, cit., p. 211 ss.; AMIRANTE, *Captivitas e postliminium*, Napoli 1950; ID., *Prigionia di guerra, riscatto e postliminium*, Napoli 1970; VOLTERRA, v. *Matrimonio*, cit., 796; MAFFI, *Ricerche sul postliminium*, Milano 1992; CURSI, *La struttura del "postliminium": nella repubblica e nel principato*, Napoli 1996.

⁸⁴ A proposito dell'obbligo di ritorno col primo coniuge, pur trattandosi di una diversa situazione, cfr. c. 1, X, IV,4 *De sponsa duorum: ... Si autem fecerit fidem consensus, non licet ei aliam ducere. Si autem duxerit, dimittet ipsam, et adhaerebit uxori priori...*

Leo M. *epist. CLIX ad Nicetam episcopum Aquileiensem.*

... *Cap. I.* Cum ergo per bellicam cladem et per gravissimos hostilitatis incursus, ita quaedam dicatis divisa esse coniugia, ut abductis in captivitatem viris feminae eorum remanserint destitutae, quae cum viros proprios aut interemptos putarent, aut numquam a dominatione crederent liberandos, ad aliorum coniugium, solitudine cogente, transierint. Cumque nunc statu rerum, auxiliante Domino, in meliora converso, nonnulli eorum qui putabantur periisse, remeaverint, merito charitas tua videtur ambigere quid de mulieribus quae aliis iunctae sunt viris, a nobis debeat ordinari. Sed quia novimus scriptum, quod *a Deo iungitur, mulier viro* (Prov. XIX.14), et iterum praeceptum agnovimus ut *quod Deus iunxit homo non separet* (Matth. XIX.6), necesse est ut legitimarum foedera nuptiarum redintegranda credamus, et remotis malis quae hostilitas intulit, unicuique hoc quod legitime habuit reformetur, omnique studio procurandum est ut recipiat unusquisque quod proprium est.

Cap. II. Nec tamen culpabilis iudicetur, et tamquam alieni iuris pervasor habetur, qui personam eius mariti, qui iam non esse existimabatur, assumpsit. Sic enim multa quae ad eos qui in captivitatem ducti sunt pertinebant in ius alienum transire potuerunt, et tamen plenum iustitiae est ut eisdem reversis propria reformentur. Quod si in mancipiis vel in agris, aut etiam in domibus ac possessionibus rite servatur, quanto magis in coniugiorum redintegratione faciendum est, ut quod bellica necessitate turbatum est pacis remedio reformetur?

Cap. III. Et ideo, si viri post longam captivitatem reversi ita in dilectione suarum coniugum perseverent, ut eas cupiant in suum redire consortium, omittendum est et inculpabile iudicandum quod necessitas intulit, et restituendum quod fides poscit.

Cap. IV. Si autem aliquae mulieres ita posteriorum virorum amore sunt captae, ut malint his cohaerere quam ad legitimum redire consortium, merito sunt notandae; ita ut etiam ecclesiastica comunione priventur: quae de re excusabili contaminationem criminis elegerunt, ostendentes sibi pro sua incontinentia placuisse, quod iusta remissio poterat expiare. Redeant ergo in suum statum voluntaria redintegratione coniugia, neque ullo modo ad opprobrium malae voluntatis trahatur, quod conditio necessitatis extorsit: quia sicut hae mulieres, quae reverti ad viros suos nolunt, impiae habendae sunt, ita illae quae in affectum ex Deo initum redeunt merito sunt laudandae. [...]

Ma al di là di questa presa di posizione sulle seconde nozze, Leone I è espressione di una positiva concezione del matrimonio. In una lunga lettera del 447, indirizzata a Turribio, vescovo dell'Asturia⁸⁵, lo

⁸⁵ PL 54.

stesso papa interviene per contestare l'opinione di coloro, come i Manichei, che ritengono un male il matrimonio ed il generare figli.

Leo M. *epist. XV ad Turribium Asturicensem episcopum.*

... *Cap. VII.* Septimo loco sequitur, quod nuptias damnant, et procreationem nascentium perhorrescunt, in quo, sicut pene in omnibus cura Manichaeorum profanitate concordant: ideo, sicut ipsorum mores probant, coniugalem capulam detestantur; quia non est illic libertas turpitudinis, ubi pudor et matrimonii servatur et sobolis. [...]

Elementi interessanti sul matrimonio si ritrovano ancora in altre fonti cristiane contemporanee ed anche più tarde⁸⁶.

3. Certamente non possiamo ignorare le profonde spaccature che si sono create fra cristianesimo e mondo pagano, per lo meno a livello di pensiero.

⁸⁶ Un breve cenno va fatto a Cromazio, vescovo di Aquileia, vissuto fra il IV ed il V secolo. Più o meno contemporaneo fu Massimo, vescovo di Torino. Pur non essendosi occupati direttamente di matrimonio, le poche informazioni che si ritrovano nelle loro opere sono ugualmente utili per ricostruire la terminologia matrimoniale.

Fra gli autori più tardi va ricordato, per esempio, Vittore di Vita, il quale pare appartenesse come ecclesiastico alla Chiesa di Cartagine (dubbia, invece, la sua carica di vescovo): V. COSTANZA, *Introduzione a Storia della persecuzione vandolica in Africa*, Roma 1981, p. 8 ss. Scrisse l'*Historia persecutionis africanae provinciae temporum Geiserici et Hunerici regis Vandalorum* negli anni 488-489. Per noi è rilevante in questa opera, come si vedrà, solo l'accento all'uso delle tavolette matrimoniali.

Continui e importanti sono i riferimenti al matrimonio ed alla relativa terminologia, che si ritrovano nella *Storia dei Franchi (Decem libros historiarum)*, che è in realtà una storia universale, che parte da Adamo ed Eva) scritta da Gregorio, vescovo di Tours, vissuto fra il 538 ed il 594 ed appartenente ad una famiglia senatoriale dell'aristocrazia gallo-romana, motivo per il quale si ritiene che il suo linguaggio giuridico possa essere attendibile.

Non vanno trascurate nemmeno le informazioni offerte da Isidoro vescovo di Siviglia all'inizio del VII secolo, nonostante l'epoca tarda, sull'origine della terminologia.

Preziosi elementi per la ricostruzione del matrimonio romano si ritrovano anche nei canoni conciliari del VI secolo, come quelli relativi al *Concilium Aurelianense* del 533 e del 538 ed al *Turonense* del 567. Del VII secolo va ricordato il *Concilium Trullanum* avvenuto a Costantinopoli nel 692.

Infine, va considerato Beda, della scuola di York, pur non essendo un Padre della Chiesa: infatti non ebbe dignità o uffici fuori dall'insegnamento. Vissuto fra il 692 ed il 735 fu ritenuto il più grande erudito dell'Alto Medioevo. Le sue opere sono per noi rilevanti, in quanto commenti biblici desunti dai padri occidentali. Solo incidentalmente va, però, citato in tema di matrimonio.

Alcune correnti cristiane, come abbiamo appena visto, arrivarono a contestare la dignità stessa del matrimonio, in parte influenzate da quel radicalismo monastico che andava diffondendosi nel IV secolo, e segnava sempre più profondamente le scelte cristiane. D'altra parte il discredito verso l'unione matrimoniale non era una prerogativa cristiana: infatti, anche nell'ambito delle sette gnostiche, in certi casi, si arrivava a considerare il matrimonio a livello della prostituzione, ovvero, disapprovando il matrimonio, si ammettevano, all'opposto, costumi alquanto licenziosi.

Si riscontrava, inoltre, la diffidenza della Chiesa nei confronti dei matrimoni misti fra un pagano ed una cristiana. A tal proposito, ci si doveva rifare, inevitabilmente, come si è visto, alle parole di San Paolo, le quali, però, erano ambigue al punto da permettere diverse interpretazioni: così, se da un lato, secondo alcuni, si potevano approvare i matrimoni misti fra cristiani e pagani⁸⁷, dall'altro dovevano essere ammessi solo quelli che avvenivano nel Signore⁸⁸.

Tertulliano interpretava il pensiero paolino nel senso che si doversero distinguere i matrimoni contratti prima della conversione da quelli contratti successivamente: il matrimonio sarebbe valido solo nel caso che il coniuge pagano si convertisse alla fede⁸⁹. Per Tertulliano, dunque, il matrimonio doveva essere fatto sempre e solo nel Signore, cioè nel nome del Signore. Questa condizione si verificava esclusivamente nel caso che l'unione matrimoniale avvenisse fra cristiani, e unicamente in questo caso – egli riteneva – San Paolo permetteva di venir meno alla continenza⁹⁰.

⁸⁷ I Cor., 7.12-14: Τοῖς δὲ λοιποῖς λέγω ἐγώ, οὐχ ὁ Κύριος· εἴ τις ἀδελφὸς γυναῖκα ἔχει ἀπιστοῦ, καὶ αὐτῆσινευδοκεῖ οἰκεῖν μετ' αὐτοῦ, μὴ ἀφιέτω αὐτήν, καὶ γυνὴ ἥτις ἔχει ἄνδρα ἀπιστον, καὶ οὗτος συνευδοκεῖ οἰκεῖν μετ' αὐτῆς, μὴ ἀφιέτω τὸν ἄνδρα. ἡγίασται γὰρ ὁ ἄνῆρ ὁ ἀπιστος ἐν τῇ γυναικί, καὶ ἡγίασται ἡ γυνὴ ἡ ἀπιστος ἐντῷ ἀδελγῷ· ἐπεὶ ἄρα τὰ τέκνα ὑμῶν ἀκάθαστά ἐστιν, νῦν δὲ ἅγια ἐστιν (Vulg.: *Nam ceteris ego dico, non Dominus: si quis frater uxorem habet infidelem et haec consentit habbitare cum illo, non dimittat illam. Et si qua mulier fidelis habet virum infidelem, et hic consentit habitare cum illa, non dimittat virum sanctificatus est enim vir infidelis per mulierem fidelem, et sanctificata est mulier infidelis per virum fidelem alioquin filii vestri immundi essent, nunc autem sancti sunt*).

⁸⁸ I Cor., 7.39. V. *supra*, nt. 23.

⁸⁹ Cfr. DATTRINO, *Introduzione di Ad uxorem*, II.2 [Coll. di Testi Patristici], Roma 1996, p. 96.

⁹⁰ Tert. *uxor.*, II.2.4.

I rischi di un matrimonio⁹¹ contratto con pagani consistono principalmente nel fatto della contaminazione del nostro corpo, che appartiene al Signore: sposando un pagano, infatti, ci si rende colpevoli di fornicazione e perciò si è esclusi dalla comunione con i fratelli, poiché, anche se il matrimonio viene contratto nel pieno rispetto delle leggi umane, per la legge di Dio si tratta solo di adulterio. Ma accanto al pericolo materiale nei confronti del corpo, non va dimenticato il pericolo morale, quello dello spirito, in quanto nella convivenza con un pagano la fede rischia di indebolirsi. Una moglie cristiana nel servire un marito pagano inevitabilmente dimenticherà di servire Dio, e nella realtà della vita quotidiana i doveri nei confronti del marito saranno sempre d'ostacolo agli impegni cristiani⁹²; inoltre, accompagnando il marito, la moglie, dovrebbe partecipare a tutte quelle cerimonie che fanno parte della vita civile, ma che sono espressione di un mondo pagano e, inevitabilmente, ne rimarrebbe contagiata⁹³.

Infine il divieto delle nozze "miste" si tinge di tratti giuridicamente più rilevanti nel constatare come alcune mogli cristiane finiscano col privarsi della dote a favore del marito che le minaccia di delazione:

Tert. *uxor.* 2.5.4

Sustinent quidam sed ut inculcent, ut inludant huiusmodi feminis, quarum arcana in periculum, quod credunt, reservent, si forte laedantur ipsi sustinentes, quarum dotes obiectione nominis mercedem silentii faciant, scilicet apud arbitrum speculatorem litigaturi.

Per Tertulliano questi matrimoni misti sono suggeriti, dunque, da motivi di interesse da parte del marito pagano, il cui unico intento è quello di depredate la moglie dei suoi beni ed allontanarla dalla sua fede⁹⁴.

⁹¹ Tert. *uxor.*, II.3,1-4.

⁹² Tert. *uxor.*, II.4.1-3. Ammettendo, pure, che il marito sia tollerante verso le usanze cristiane, ci sono degli aspetti che gli vanno tenuti nascosti, creando in lui curiosità morbosa e sospetti (Tert. *uxor.*, II.5-6).

⁹³ Tertulliano non si spiega perché, se il diritto civile vieta alle schiave di sposarsi con schiavi estranei alla famiglia, le donne cristiane dovrebbero sposarsi con gli schiavi del demonio (Tert. *uxor.*, II.8.1-5).

⁹⁴ Le nozze condannate dal Signore non potranno mai avere un esito positivo. In conclusione, per Tertulliano l'unica felicità è data solamente da un matrimonio cristiano (Tert. *uxor.*, II.8.6). Uno spiraglio si può intravedere quando la conversione avviene dopo il matrimonio, perché il coniuge che ha abbracciato la nuova fede riceve da Dio la fiducia che convertirà anche l'altro (Tert. *uxor.*, II.7.1-3).

Se questo era, in linea di massima, il pensiero cristiano, che rappresentava una certa spaccatura rispetto al mondo pagano, diversamente nella prassi sovente potevano coesistere entrambe le usanze e le tendenze.

Nonostante la diffusione del Cristianesimo, infatti, continuavano a sopravvivere i riti nuziali espressione del paganesimo, non solo, ma a volte questi venivano fatti propri dagli stessi cristiani.

Il Ritzer descrive accuratamente il momento del matrimonio pagano⁹⁵, ricco di immagini molto suggestive e colorate, che figurano ben lontane dall'austerità del cristianesimo antico, ma che furono ugualmente dalla stessa Chiesa assorbite. La sposa romana doveva consacrare ai Lari i giochi ed i vestiti dell'infanzia ed indossare una tunica bianca ed il velo nuziale, il *flammeum*, color rosso fuoco, sopra il quale era posta una corona di fiori di mirto o di arancio⁹⁶.

Va segnalato, innanzitutto, l'atteggiamento di Tertulliano, che nel *De Corona*, condanna in generale l'uso pagano delle corone. In particolare, il Padre esorta i cristiani a non sposare i pagani a causa di questi loro riti condannabili, che porterebbero all'idolatria, arrecando, così, offesa alla religione cristiana.

Tert. *coron.*, 13.4:

... Coronant et nuptiae sponso. Et Ideo non nubemus ethnicis, ne nos ad idolatriam usque deducant, a qua apud illos nuptiae incipiunt.

Per Tertulliano qualsiasi uso che si possa fare della corona è profano ed illecito e rifiutato già con la pronuncia del giuramento del battesimo: queste cerimonie non sarebbero altro che espressione del diavolo e dei suoi angeli.

Tert. *coron.*, 13.7:

Universas, ut arbitror, causas enumeravimus, nec ulla nobiscum est: omnes alienae, profanae, inlicitae, semel iam in sacramenti testatione eiera-

⁹⁵ RITZER, *Le mariage dans les Églises chrétiennes. Du I^{er} au XI^e siècle*, Paris 1970, p. 73 ss.

⁹⁶ Sull'uso pagano delle corone v. Sidon. *epist.*, 1.5.11: *Iam quidem virgo tradita est, iam coronam sponsus, iam palmatam consularis, iam cycladem pronuba, iam togam senator honoratus, iam paenulam deponit inglorius, et nondum tamen cuncta thalamorum pompa defremuit, quia necdum ad mariti domum nova nupta migravit*. V. anche Claudius Claudianus, *Epithalamium dictum Honorio Augusto et Mariae*, vv. 202-3: *Tu festas, Hymenaeae, faces, tu, Gratia, flores elige, tu geminas, Concordia, necte coronas*.

tae. Haec enim erunt pompae diaboli et angelorum eius: officia saeculi, honores, sollemnitates, popularitates, falsa vota, humana servitia, laudes vanae, gloriae turpes; et in omnibus istis idolatriae, in solo quoque censu coronarum, quibus omnia ista redimita sunt.

D'altra parte nello stesso ambiente cristiano, bisogna dirlo, la corona non è vista con disprezzo, anzi finisce col diventare un simbolo stesso del Cristianesimo⁹⁷.

Il capo VI delle *Sanctiones et Decreta* del Concilio di Nicea, infatti, prescrive l'incoronazione della sposa, le preghiere e la benedizione sacerdotale durante il rito nuziale.

VI

Exigit Deus ab omnibus Christianis tam viris, quam mulieribus, ut matrimonia sacris celebrent benedictionibus et precibus, quoniam hisce mediantibus licita fit virorum, et mulierum copula. Quamobrem a sponsalium celebratione usque ad nuptiarum benedictionem potest sponsus, ac debet sponsa servitutis exhibere obsequia, eam invisere, et confabulari, at conversatione eius frui nequaquam, quia id minime licitum est ante nuptiarum celebrationem, quae fit benedictionibus, precibus et virginali incoronatione. [...]

Nel capo successivo si afferma che la benedizione delle corone nei matrimoni fra vedovi non è necessaria, in quanto va fatta una sola volta alle prime nozze e non va ripetuta.

VII

[...] Tamen coronarum benedictio eis adhibenda non est, haec enim semel datur tantum in primis nuptiis; nec iteranda. [...]

Nella lettera di papa Siricio, come abbiamo visto in precedenza⁹⁸, appare evidente l'importanza della benedizione sacerdotale, ma dal punto di vista meramente religioso: la rottura del vincolo di un matrimonio benedetto è vista solo come un sacrilegio⁹⁹:

⁹⁷ L'incoronazione della sposa è un'usanza rimasta ancora oggi nel rito ortodosso.

⁹⁸ V. *supra*, p. 437.

⁹⁹ La benedizione non era necessaria per la perfezione del vincolo. Cfr. GAUDEMET, *Il matrimonio in Occidente*, cit., p. 46.

Epistola I Siricii papae ad Himerium episcopum Tarraconensem.

... Cap. IV. - 5. Neminem licet alterius sponsam uxorem ducere. De coniugali autem velatione requisisti, si desponsatam alii puellam, alter in matrimonium possit accipere. Hoc ne fiat, modis omnibus inhibemus: quia illa benedictio, quam nupturae sacerdos imponit, apud fideles cuiusdam sacrilegii instar est, si ulla transgressione violetur.

Il riferimento in questi testi alla benedizione per volere divino ha fatto supporre ad alcuni che si trattasse di un elemento costitutivo del matrimonio¹⁰⁰. In realtà, l'unico fine è quello di dare una connotazione cristiana al matrimonio, che altrimenti non si distinguerebbe da quello pagano, con il quale aveva in comune persino l'uso delle corone ad ornamento del capo della sposa.

Delle usanze pagane, del resto, la Chiesa conservò molto, pur rifiutando tutto ciò che potesse offendere i principi cristiani, come il trarre gli auspici il mattino prima delle nozze ed annunciarne l'esito favorevole ai convitati.

La cerimonia¹⁰¹, sia per i pagani sia per i cristiani, aveva inizio nella casa della sposa, con la lettura delle tavole, lo scambio dei consensi, la congiunzione delle mani degli sposi, cui seguiva, per i pagani un sacrificio, per i cristiani probabilmente l'eucarestia. A questo punto iniziava il banchetto fatto con grande sfarzo dai pagani, più discretamente dai cristiani. Il rito nuziale della Roma antica prevedeva verso sera la *domumductio* con il corteo solenne che accompagnava la sposa nella casa del marito, e al quale partecipavano suonatori di flauto e venivano intonati i *fescennia*, canti nuziali. La sposa, dopo aver unto d'olio gli stipiti ed ornato con ghirlande la porta, veniva sollevata, perché varcasse la soglia senza appoggiare a terra il piede. Veniva così accolta dal marito nella comunità dell'acqua e del fuoco ed indirizzava preghiere agli dei della casa, dopodiché i partecipanti al corteo si ritiravano.

Ovviamente, tutte le manifestazioni attinenti all'idolatria, quali sacrifici e preghiere agli dei, gli auspici, ed anche i canti osceni¹⁰² non

¹⁰⁰ Cfr. BALLINI, *Il valore giuridico*, cit., p. 43 s.

¹⁰¹ Sulla cerimonia nuziale cfr. CARCOPINO, *La vie quotidienne à Rome à l'apogée de l'Empire*, Paris 1939, trad. it., Bari 1999, p. 98 ss. V. anche WILLIAMS, *Some Aspects of Roman Marriage Cerimonies and Ideals*, in *JRS* 48 (1958), p. 16 ss.

¹⁰² Cfr. DUCHESNE, *Origines du culte chrétien*, Paris, 1909, p. 455, secondo il quale salvo l'aruspicina, tutto il rituale pagano era stato conservato nella prassi cristiana. V. anche GAUDEMET, *Il matrimonio in Occidente*, p. 46.

potevano essere accolte dalla Chiesa. Di fatto, però, il rituale matrimoniale romano, salvo poche eccezioni, era stato recepito, possiamo dire, interamente dai Cristiani, i quali si adattavano sempre alla legislazione ed alle usanze del luogo in cui abitavano¹⁰³.

D'altra parte certe usanze pagane erano cadute in disuso da sole senza l'intervento della prassi cristiana.

Quando in particolare sotto l'imperatore Diocleziano, proprio ai cristiani venne, appunto, imputata la causa dell'abbandono di talune antiche tradizioni, l'apologeta Arnobio respingeva l'accusa, sostenendo che furono i pagani stessi ad abbandonare certi riti antichi. Fra gli esempi offertici in questo senso ce ne sono alcuni relativi alle solennità nuziali, non altrimenti conosciuti, come quello di ricoprire con una toga il letto nuziale, quello dell'invocazione del genio del marito da parte della sposa o quello dell'acconciatura della sposa divisa in trecce per mezzo della così detta *hasta caelibaris*¹⁰⁴.

Arnob. *nat.*, 2.67

Itaque cum nobis intenditis aversionem a religione priorum, causam convenit ut inspiciatis, non factum, nec quid reliquerimus opponere, sed secuti quid simus potissimum contuerinam si mutare sententiam culpa est ulla vel crimen et a veteribus institutis in alias res novas voluntatesque migrare, criminatio ista et vos spectat, qui totiens vitam consuetudinemque mutastis, qui in mores alios atque alios ritus priorum condemnatione transistis. [...]

Cum in matrimonia convenitis, toga sternitis lectulos et maritorum genios advocatis? Nubentium crinem caelibari hasta mulcetis? Puellarum togulas fortunam defertis ad virginalem?

Se certe tradizioni si perdevano da sole per il progredire dei tempi, le altre continuavano a sopravvivere e difficilmente le invettive dei Padri della Chiesa potevano scalfirle, soprattutto nelle province dell'Impero dove i legami con usi e costumanze erano più duri a morire.

¹⁰³ Cfr. DUCHESNE, *Origines du culte chrétien*, cit., p. 441. V. anche la *Lettera a Diogneto* (forse il maestro di Marco Aurelio), uno degli scritti più antichi della letteratura greca cristiana, secondo cui i cristiani risiedevano ognuno nella propria patria, ma come stranieri ospitati che adempiono i loro doveri di cittadini e subiscono tutte le imposizioni. Sulla lettera a Diogneto v. URBAN, *Concordantia in epistulam ad Diognetum*, Hildesheim 1993.

¹⁰⁴ Arnob. *nat.*, II.67.

4. Dobbiamo ora fissare la nostra attenzione sulla terminologia utilizzata nelle fonti cristiane al fine di indagare sull'esistenza o meno di espressioni che evocano in qualche modo un'idea contrattuale del matrimonio.

A volte nei testi si ritrova semplicemente il termine *iungere*, cioè stringere un legame, ma non necessariamente giuridico.

Così appare, ad esempio, nel divieto espresso da Cipriano nel *Ad Quirinum* relativamente al matrimonio con i pagani.

Cypr. *testim.*, 3.62:

Matrimonium cum gentilibus non iungendum.

Ma altrove, esaminando le cause, che avevano portato un tempo alla defezione dei fedeli, fra le quali, appunto, l'unione matrimoniale con i pagani (che era come prostituire le membra di Cristo) tutte imputabili al permissivismo della Chiesa, Cipriano parla di un *vinculum*:

Cypr. *laps.*, 6:

Iungere cum infidelibus vinculum matrimonii, prostituere gentilibus membra Christi.

E di vincolo parla Novaziano nel *De bono pudicitiae*:

Ps. Cypr. *pudic.*, 3:

... Pudicitia est honor corporum, ornamentum morum, sanctitas sexuum, vinculum matrimoniorum, fides generis, propugnaculum pudoris, fons castitatis, pax domus, concordiae caput.

In un passo del *De fide et operibus* di Agostino¹⁰⁵, si trova l'espressione *iungere... vinculum matrimonii*¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Il vescovo, nel passo in esame, nell'ammettere la negligenza della Chiesa in passato nell'indagare e nel riprovare certi vizi, fa riferimento a Cipriano, il quale nella lettera *De lapsis*, pur ricordando e deplorando molte colpe, non le nomina tutte, ma certamente non tace su un punto, e cioè che contrarre il matrimonio con infedeli è come prostituire le membra di Cristo ai pagani.

¹⁰⁶ Si ritrova la stessa espressione in un altro passo di Agostino, tratto dal *De adulterinis coniugiis*, in cui Agostino rileva che il *beatissimus Cyprianus* poneva fra i peccati, seppur veniali, stringere il vincolo del matrimonio con gli infedeli, pur se né il Vangelo né alcuna lettera apostolica stabilisca apertamente la proibizione (Aug. *adult. coniug.*, 1.25.31: ... *Non enim tempore revelati testamenti novi in evangelio vel*

Aug. *fid. et op.*, 19.35:

... Hinc autem existimandum est non ea primum adparuisse in moribus quamvis malorum christianorum, quoniam beatus Cyprianus in epistula de lapsis, cum deplorando et arguendo multa commemoraret, quibus merito dicit indignationem Dei fuisse commotam, ut intolerabili persecutione ecclesiam suam sineret flagellari, haec ibi omnino non nominat, cum etiam illud non taceat et ad eosdem mores malos pertinere confirmet, iungere cum infidelibus vinculum matrimonii nihil aliud esse asserens quam prostituere gentilibus membra Christi: quae nostris temporibus iam non putantur esse peccata, quoniam revera in novo testamento nihil inde praeceptum est et ideo aut licere creditum est aut velut dubium derelictum.

Nel *Contra Secundinum* ritroviamo l'analogia espressione del *vinculis conligare*, che, però, indica l'esser legato *carnis vinculis*.

Aug. *c. Secundin.*, 21:

... Novi, unde veniat indignatio tua; non enim tibi tam fornicaria displicet in fornicatione, quam quod in matrimonium commutata est et conversa ad pudicitiam coniugalem, ubi Deum creditis vestrum in procreando filios artioribus carnis vinculis conligari: cui putatis parcere meretrices, quia dant operam, ne concipiant, ut ab officio pariendi liberae libidini serviant.

In un passo del *De adulterinis coniugiis* si ritrova il riferimento al matrimonio come vincolo: un tempo – dice Agostino – era la continenza a piegarsi alle nozze allo scopo della procreazione, ora, invece, è il vincolo nuziale che presta soccorso al vizio dell'incontinenza:

Aug. *adult. coniug.*, 2.12:

Tunc ergo etiam continentia propter propagationem filiorum in nuptias descendebat officio; nunc autem **vinculum nuptiale** incontinentiae subvenit vitio...

E ancora, riprendendo il pensiero di San Paolo, secondo cui chi è senza moglie medita sulle cose del mondo nel modo in cui piace a

ullis apostolicis litteris sine ambiguitate declaratum esse recolo, utrum dominus prohibuerit fideles infidelibus iungi, quamvis beatissimus Cyprianus inde non dubitet nec in levibus peccatis constituat, iungere cum infidelibus vinculum matrimonii atque id esse dicat prostituere gentilibus membra Christi).

Dio, chi, invece, è vincolato al matrimonio medita sulle cose del mondo nel modo in cui piace alla moglie (ὁ ἄγαμος μεριμνᾷ τὰ τοῦ κυρίου, πῶς ἀρέσῃ τῷ κυρίῳ· ὁ δὲ γαμήσας μεριμνᾷ τὰ τοῦ κόσμου, πῶς ἀρέσῃ τῇ γυναικί, καὶ μεμέρισται)¹⁰⁷, a proposito del matrimonio si parla di vincolo:

Aug. *Sermones novissimi*, 12d.3:

... Deinde adiungit: Qui sine uxore est, cogitat quae sunt mundi, quomodo placeat Deo; qui autem **matrimonio** **vinctus** est, cogitat quae sunt mundi, quomodo placeat uxori.

Di vincolo coniugale si parla anche in un passo del *De civitate Dei*.

A proposito di certi usi ebraici, testimoniati dalla Bibbia, che consentivano di sposarsi fra consanguinei, si dice che sarebbero stati determinati dallo scopo di evitare che la parentela si disperdesse e divenisse troppo lontana, cosa alla quale poteva ovviare un vincolo matrimoniale:

Aug. *civ.*, 15.16:

... Fuit autem antiquis patribus religiosae curae, ne ipsa propinquitas se paulatim propaginum ordinibus dirimens longius abiret et propinquitas esse desisteret, eam nondum longe positam rursus **matrimonii vinculo conligare** et quodam modo revocare fugientem.

In verità, nelle fonti cristiane considerate si fa gran parola di “vincolo” ed è cosa nota che lo stringere un vincolo sta alla base del *contrahere*, ma non è ancora chiaro se si stia parlando di un vincolo giuridico o religioso.

Qualche elemento prezioso ai fini di questa indagine lo troviamo esaminando altri testi. Nel passo già citato dell'*Epitome divinarum institutionum* di Lattanzio emerge che marito e moglie sono tenuti al vincolo della fedeltà e dell'indissolubilità, dal momento che mai sarà sciolto l'obbligo nato dal patto coniugale.

¹⁰⁷ I Cor., 7.32-33 (Vulg.: *Qui sine uxore est, sollicitus est quae Domini sunt, quomodo placeat Deo. Qui autem cum uxore est, sollicitus est quae sunt mundi, quomodo placeat uxori, et divisus est*).

C. LXVI

... Teneatur ergo in omnibus vitae officiis, teneatur in matrimonio. Non enim satis est, si aut alieno toro, aut lupanari abstinca. Qui habet coniugem nihil quaerat extrinsecus: sed contentus ea sola, casti et inviolati cubiculis sacramenta custodiat. Adulter enim Deo est perinde atque incestus, qui abiecto iugo, vel in liberam, vel in servam peregrina voluptate luxuriat. Sed sicut foemina castitatis vinculis obligata est, ne alium concupiscat: ita vir eadem lege teneatur quoniam Deus virum et uxorem unius corporis compage solidavit. Ideo praecepit non dimitti uxorem, nisi crimine adulterii revictam, ut nunquam **coniugalis foederis vinculum**, nisi quod perfidia ruperit, **resolvatur**. [...]

In una lettera dedicata alla monogamia, in cui condanna le nuove nozze delle vedove, San Girolamo afferma il carattere di *vinculum* del matrimonio che lega indissolubilmente la moglie al marito, liberandola solo nel caso di sua morte con la vedovanza:

Hier. *epist.*, CXXIII:

... Ergo matrimonium **vinculum** est et viduitatis **solutio**.

Sia nel passo di Lattanzio sia in questo di San Girolamo l'idea di obbligazione emerge in tutto nitore, rafforzata non solo dal termine *vinculum*¹⁰⁸, ma anche dal *resolvatur* del primo passo e dalla *solutio* del secondo, in quanto non va dimenticato il nesso fra *solvere* e *contrahere*¹⁰⁹.

Anche in un passo del *De bono coniugali*, Agostino, parlando del *bonum sacramentale*, per il quale non è lecito a una donna risposarsi dopo il ripudio, afferma che il vincolo nuziale non si scioglie, nemmeno se in un matrimonio non si realizza il fine della procreazione.

Aug. *bon. coniug.*, 24.32:

... Bonum igitur nuptiarum per omnes gentes atque omnes homines in causa generandi est et in fide castitatis; quod autem ad populum Dei pertinet, etiam in sanctitate sacramenti, per quam nefas est etiam repudio discendentem alteri nubere, dum vir eius vivit, nec saltem ipsa causa pa-

¹⁰⁸ Cfr. GUARINO, *Obligatio est iuris vinculum*, in *SDHI* 66 (2000), p. 263 ss., ora in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, 4, Napoli 2001, p. 343 ss.

¹⁰⁹ Così GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano I*, Torino 1992, p. 55.

riendi: quae cum sola sit qua nuptiae fiunt, nec ea re non subsequente propter quam fiunt **solvitur vinculum nuptiale** nisi coniugis morte.

Il verbo *solvere* si trova, infine, anche nel testo di atti conciliari:

Concilium Aurelianense (a. 533):

... Contracta matrimonia accedente infirmitate nulla voluntates contrarietate **solvantur**.

A me pare, dunque, che l'uso del verbo *solvere* sia espressione di un linguaggio giuridico.

Un dato estremamente interessante è offerto da un passo del *De civitate Dei*, secondo cui il vincolo coniugale crea un obbligo di reciprocità fra gli esponenti dei due sessi:

Aug. *civ.*, 14.22:

... sed aperte de vinculo coniugale, quo **invicem sibi uterque** sexus obstringitur, Dominus interrogatus utrum liceret quacumque causa dimittere uxorem [...] respondit...

L'*invicem sibi uterque* nell'individuare un obbligo di reciprocità sembra ricordare l'*ultra citroque obligatio* di cui parlava Labeone¹¹⁰.

¹¹⁰ D. 50.16.19 (Ulpianus libro undecimo ad edictum): *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrabantur' [...] contractum autem ultra citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem societatem...* Sulla tematica dell'*ultra citroque obligatio* sono stati sparsi fiumi di inchiostro. Di proposito non mi soffermo ad indicare il pensiero di ciascun autore su questo tormentato passo Ulpiano che indica il pensiero di Labeone, perché questo, inevitabilmente, mi porterebbe lontano dall'oggetto della mia ricerca. Basti ora ricordare alcuni scritti sull'argomento. V. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni* 3, Milano 1954, p. 70; BURDESE, *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone (a proposito del volume di Raimondo Santoro)*, in *SDHI* 51 (1985), p. 458 ss.; ID., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano 7-9 aprile 1987)*, 1, Milano 1988, p. 15 ss., in particolare p. 21 ss.; ID., *Ultime prospettive romanistiche in tema di contratto*, in *Atti del Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 11-12 maggio 1995)*, 2, Milano 1998, p. 17 ss.; FALCONE, *Genesi e valore della definizione di συνάλλαγμα nella Parafraresi di Teofilo*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, 3, p. 65 ss., in particolare p. 89; GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., p. 168 s.; ID., *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 7 (1999); SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA* 37 (1983), p. 5 ss.; SARGENTI,

Ancora una conferma del linguaggio giuridico utilizzato in alcuni testi si ha con Lattanzio il quale, pur facendo riferimento ad una *lex divina*, aveva parlato della congiunzione di due persone in matrimonio secondo pari diritto. Non solo, ma invocando il *ius publicum*, l'autore indicava entrambi i coniugi adulteri, non come peccatori, ma come individui che non potessero essere assolti dal *crimen adulterii*.

Lact. *inst.*, 6.23:

... Non enim, sicut iuris publici ratio est, sola mulier adultera est quae habet alium, maritus autem etiamsi plures habeat, a crimine adulterii solutus est, sed divina lex ita duos in matrimonium, quod est in corpus unum, pari iure coniungit, ut adulter habeatur quisquis compagem corporis in diversa distraxerit.

Anche con Isidoro, il vincolo assume una connotazione più stringentemente giuridica, in quanto viene a fondarsi su una *lex matrimonii*.

Isid. *orig.*, 9.6:

Haec consanguinitas dum se paulatim propaginum ordinibus dirimens usque ad ultimum gradum subtraxerit, et propinquitas esse desierit, eam rursus **lex matrimonii vinculo** repetit, et quodam modo revocat fugientem.

Ma non è raro incontrare lo stesso verbo *contrahere*: anzi nei passi patristici è frequente l'uso di *contrahere matrimonium*, e in un'accezione chiaramente giuridica, e con un certo tecnicismo.

In un passo di Tertulliano, ad esempio, si parla, come vedremo anche più avanti¹¹¹, di allegare la prova del matrimonio contratto secondo tutte le disposizioni di legge.

Tert. *uxor.* 2.3:

Aut numquid tabulas nuptiales die illo apud tribunal domini proferemus et matrimonium rite contractum allegabimus, quod vetuit ipse?

Nel libro V dell'*Adversus Marcionem*, dal paragrafo 6 al paragrafo

Labeone: *la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in IVRA 38 (1987), p. 25 ss., in particolare p. 41 ss.; ID., *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis. Ancora una riflessione*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, 7, p. 249.

¹¹¹ V. *infra*, p. 478

8, si affronta ancora il problema delle nozze, che Marcione considera in termini negativi assai più di quanto non avesse fatto San Paolo¹¹². Nell'ultimo paragrafo si sottolinea che l'ammettere il matrimonio "purché nel Signore", affinché nessun fedele contragga nozze pagane, significa proteggere la legge del Creatore. E ancora si parla di *contrahere matrimonium*:

Tert. *adv. Marc.*, 5.7.6:

Sequitur de nuptiis congređi, quas Marcion constantior apostolo prohibet. Etenim apostolus, etsi bonum continentiae praefert, tamen **coniugium et contrahi** permittit, usui esse, et magis retineri quam disiungi suadet.

Tert. *adv. Marc.*, 5.7.8:

Certe praescribens tantum in Domino esse nubendum, ne qui fidelis ethnicum **matrimonium contrahat**, legem tuetur creatoris, allophylorum nuptias ubique prohibentis.

Di *contrahere matrimonium* parla ancora Cipriano nel *De habitu virginum*, anche lui nel commento alla celebre frase di San Paolo¹¹³.

Cypr. *hab. virg.*, 5:

... instruit Paulus et dicit: caeleps cogitat ea quae sunt Domini, quomodo placeat Deo: qui autem **matrimonium contraxit** cogitat ea quae sunt mundi huius, quomodo placeat uxori.

Cypr. *testim.*, 3.32:

Qui autem matrimonium contraxit, cogitat ea quae sunt mundi huius, quomodo placeat uxori.

Anche nel passo, già esaminato, della *Collectio sermonum antiqua* di Massimo troviamo l'espressione "contrarre matrimonio":

Max. Taur. *Collectio sermonum antiqua*, 88:

... Sunt enim nonnulli qui, cum legibus uxores duxerunt, contra divinitatis legem sibi sociant concubinas, non intelligentes quod **contrahendo matrimonia** propriis se vinculis constrixerunt.

¹¹² San Paolo, pur preferendo la continenza, permette di contrarre il matrimonio, di servirsene e di rimanere uniti senza separarsi (*Cor. I.7.9*).

¹¹³ *I Cor.*, 7.32-33. V. *supra*, p. 456

E allo stesso modo si esprimono, con il verbo *contrahere*, gli atti conciliari del VI secolo, ad esempio il già citato testo¹¹⁴:

Concilium Aurelianense (a. 533):

... **Contracta matrimonia** accedente infirmitate nulla voluntates contrarietate solvantur.

Se con l'espressione *contrahere matrimonium* si è ancora ben lontani da una collocazione del fenomeno matrimoniale sotto la categoria del contratto¹¹⁵, certamente preziosi, ai fini della nostra indagine, sono quei testi in cui si parla di *pacta* e *foedera*, nel senso di patti, accordi, in riferimento alle nozze.

Così troviamo il termine *foedus* in Girolamo:

Hier. *epist.*, CXXIII.9:

[...] foedera nuptiarum¹¹⁶.

Si evince da un passo del *De institutione virginis* di Sant'Ambrogio in cui si parla chiaramente di *pactio coniugalis*, che il matrimonio non era considerato una semplice situazione di fatto limitata alla convivenza ed ai rapporti coniugali, ma un istituto con determinate forme. Pur essendo, secondo una parte della dottrina, in epoca classica i *pacta* decisamente contrapposti al *contractus*¹¹⁷, non dobbiamo dimenticare che nel periodo post-classico, nell'epoca di questi Padri della Chiesa, si ha una "progressiva attenuazione dei confini tra *pacta* e *contractus*"¹¹⁸.

¹¹⁴ V. *supra*, p. 458.

¹¹⁵ In realtà, solo raramente si trova nei testi patristici l'uso esplicito del termine *contractus* per definire il matrimonio. Del resto, si ritiene comunemente che *contractus* come sostantivo sia sempre stato quasi ignorato nelle fonti non giuridiche. Cfr. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino 1963, p. 31.

¹¹⁶ V. anche Hier. *adv. Iovin.*, I.3.

¹¹⁷ GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., p. 56 ss. Sulla relazione fra il verbo *contrahere* ed i *pacta* v. da ultimo BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutele del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano 2002, p. 425 ss., in particolare p. 433 ss.

¹¹⁸ In questo senso MELILLO, *Patti (storia)*, in *Enc. dir.* 32, Milano 198, p. 492, il quale parla anche di "processo che naturalmente tende all'omogeneizzazione di *pacta* e *contractus*. Sul rapporto fra le nozioni di patto, convenzione e contratto v. BURDESE, *Sulla nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, 5 (1993), p. 41 ss., in particolare p. 63 ss.; ID., *Ultime pro-*

Ambr. *inst. virg.*, 7.41:

Cum enim initiatur coniugium tunc coniugii nomen adsciscitur; non enim defloratio virginitatis facit coniugium, sed pactio coniugalis. Denique cum iungitur puella coniugium est, non cum virili admixtione cognoscitur.

Più tardi Agostino, parlando del limite di un'unione carnale, rappresentato dal fine della procreazione dei figli, parlerà di *metae* del contratto matrimoniale, quest'ultimo indicato con le parole *matrimoniale pactum*.

Aug. *serm.*, 51:

... Et si egrediuntur metas **matrimonialis pacti**, non egrediantur metas coniugalis tori.

In un altro passo Agostino descrive l'adulterio come violazione del bene della fedeltà, per il fatto che si hanno rapporti con un'altra persona contrariamente al patto coniugale.

Aug. *bon. coniug.*, 4.4:

... Huius autem fidei violatio dicitur adulterium, cum vel propriae libidinis instinctu vel alienae consensu cum altero vel altera contra **pactum coniugale** concumbitur.

L'idea dell'accordo e del conseguente vincolo in tema di matrimonio (e si usa il significativo verbo *foederare*) rimane anche in epoca molto più tarda, ad esempio con Isidoro nel *De ecclesiasticis officiis*.

Isid. *eccl. off.*, 2.2:

Dolos et coniurationes caveant; odium, aemulationem, obtrectationem atque invidentiam fugiant; non vagis oculis, non infreni lingua aut petulanti tumido que gestu incedant, sed pudorem ac verecundiam mentis simplici habitu incensu que ostendant; obscenitatem etiam verborum sicut et operum penitus execrentur; viduarum ac virginum visitationes frequentissimas fugiant, contubernia extranearum feminarum nullatenus appetant; castimoniam quoque inviolati corporis perpetuo conservare studeant aut certe **unius matrimonii vinculo**

spettive romanistiche, cit., p. 26 ss.; TALAMANCA, *Contratto e patto in diritto romano*, in *Digesto/civ.* 4, Torino 1989, p. 58 ss.; FALCONE, *Genesi e valore della definizione di συνάλλαγμα*, cit., p. 88.

foederentur; senioribus quoque debitam praebeant oboedientiam, neque ullo iactantiae studio semetipsos adtollant.

Lo stesso negli atti conciliari del VI secolo:

Concilia Galliae. Concilium Turonense (a. 567).

... Itaque, filii, karissimi, qui estis partus divinae gratiae, beatæ fructus ecclesiae, regeneratio baptismi, possessio caeli, membra Christi, redhibitio regni, vestra palma, nobis corona, salubri admonitione opportunum duximus admonere, quoniam peccatorum nostrorum in praecipiti mole crescente videtur cladis gravissimæ necessitas imminere nec alibi refugium invenire, nisi ad illius praecepta recurrere, qui vitam nostram sua morte voluit reparare, ut, si qui ex vobis sunt in sponsali pactione divincti nec adhuc in matrimonii foedere cupulati, nuptiarum suarum etsi definitum iam tempus sit, licit apostolo vota nuptialia permittente, nos tamen consilium dantes hortamur, ut iusto moderamine debeant ad praesens differre, duplici conditione compulsi, ut aut ira Domini per castimoniam corporis et sinceritatem cordis oratione assidua valeat mitigari et, cum tranquillitas obtinere meruerit, tunc sine suspitione interitus possint vota celebrari festiva, aut certe, si hoc ille de nobis placuerit qui condidit, ut quoscumque iusserit de corpore cogantur migrare, vel sit iustae consolationis cautela, ut anima de saeculo non abripiatur immunda nec gravior esse incipiat mors futura, quam erat praesenti de funere, si postmodum pro crimine non poena saeviret; nam istud admitteretur facillime, si nos post casum requies invitaret.

Del resto, pur tornando indietro nei secoli, ancora a Tertulliano, troviamo una assai suggestiva definizione del matrimonio: in un passo dell'*Adversus Marcionem*, infatti, si parla, seppur in senso metaforico, del matrimonio come di un *negotium*¹¹⁹ ed è una testimonianza molto importante.

¹¹⁹ A questo proposito vanno ricordate le parole del Pugliese (PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991, p. 746) il quale, parlando dell'evoluzione del negozio giuridico in epoca postclassica, così scriveva: "Le costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano, le rielaborazioni volgaristiche occidentali di testi di giuristi classici e, per quanto è dato riconoscerle, le interpolazioni giustinianee di passi del Digesto e del Codice sottendono l'idea che non solo i vari contratti, la traditio e le disposizioni testamentarie, ma anche atti non patrimoniali come il matrimonio, potessero obbedire a regole abbastanza simili, in modo da rientrare in una categoria di atti che, per quanto piuttosto indefinita e sfumata, presentava nondimeno tratti comuni".

Tert. *adv. Marc.*, 1.29.6:

... Unde iam dicam deum Marcionis, cum matrimonium ut malum et impudicitiae **negotium** reprobatur...

In un passo di Isidoro, e quindi in epoca molto tarda, il matrimonio è definito come *conventio*: e questo termine fa pensare a forme contrattuali basate sul consenso¹²⁰.

Isid. *orig.*, 9.7.19:

... Matrimonium est nubilium iusta **conventio** et condicio.

Infine, sia pure solo in un capitolo delle *Sanctiones et Decreta*¹²¹ del Concilio di Nicea del 325, troviamo il matrimonio identificato chiaramente come contratto, in cui non vanno omesse né la dote né le rimanenti condizioni attinenti al matrimonio:

VII

Viduorum, et viduarum matrimonia sincere [...] nec dotis, et reliquarum conditionum ad matrimonium spectantium praetermittendus est **contractus**. [...]

5. In diversi scritti patristici si ritrova un'interessante terminologia, che farebbe pensare al matrimonio come una sorta di associazione della moglie col marito, o, meglio ancora, di una *societas*. Lo si deduce, innanzitutto, dall'uso uniforme del verbo *sociare* in riferimento alle nozze.

Con questo non voglio dire che i testi patristici abbiano dedicato ampiamente e sistematicamente spazio all'idea del matrimonio come *societas*. Si tratta, in realtà, di qualcosa che viene ad emergere quasi per caso fra le molteplici e controverse problematiche relative al matrimonio che di volta in volta vengono affrontate dai Padri, i quali non prendono posizione sul concetto di *societas*, ma di fatto ne utilizzano la terminologia, creando con ciò particolari e significative suggestioni.

Ad esempio, un aspetto del matrimonio più volte affrontato e risolto, si può dire, in modo concorde dai Padri della Chiesa, è quello delle conseguenze derivanti dall'unione fra persone di pari o di diver-

¹²⁰ Cfr. GROSSO, *Il sistema*, cit., p. 156.

¹²¹ V. *infra*, p. 492.

sa condizione: si invitano, dunque, le persone a non unirsi con persone di condizione inferiore al di fuori del matrimonio, per evitare – così sostiene Ambrogio nel *De Abraham* – di avere dei figli che non possano essere loro eredi e per avere delle degne nozze.

Ambr. *Abr.*, 1.3.19:

... Discant ergo homines coniugia non spernere nec sibi **sociare** in pares, ne huiusmodi suscipiant liberos, quos heredes habere non possint, ut vel transfundendae hereditatis contemplatione, si nullo contuitu pudoris moventur, digno studeant matrimonio.

Ambrogio, dunque, nell'invitare gli uomini a non disprezzare i matrimoni unendosi con persone di livello sociale inferiore utilizza il termine *sociare*, ma la stessa terminologia si ripropone, e con significato più diretto (*in matrimonio sibi sociare*), in un decreto del papa Giulio I¹²², il quale pone il caso della validità del matrimonio fra il *dominus* e la schiava, a cui ha donato la libertà:

Decretum Iulii papae I decimum:

Si quis ancillam suam libertate donaverit, et in matrimonio sibi **sociaverit**, dubitabatur apud quosdam, utrum huiusmodi nuptiae legitimae esse videantur, an non. Nos itaque vetustam ambiguitatem decidentem, talia connubia legitima esse censuimus. Si enim ex affectu fiunt omnes nuptiae, et nihil impium et legibus contrarium in tali copulatione fieri potest, quare praedictas nuptias inhibendas existimaremus?

Il vescovo di Torino Massimo utilizza il verbo *sociare*, va rilevato, non solamente in riferimento al matrimonio, ma anche ad una convivenza non matrimoniale: in un suo discorso, che si legge nella *Collectio sermonum antiqua*: invitando gli sposi a contenersi nei limiti dell'onestà coniugale senza sporcare con relazioni adulterine un legittimo matrimonio, rileva come vi siano uomini che dopo aver preso moglie nel rispetto della legge, associano a sé delle concubine contro la legge divina, quasi non avessero consapevolezza dei vincoli volontariamente assunti, contraendo matrimonio.

Max. Taur. *Collectio sermonum antiqua*, 88.5:

Sunt enim nonnulli qui, cum legibus uxores duxerunt, contra divinitatis

¹²² PL 8, 971.

legem sibi sociant concubinas, non intellegente quod contrahendo matrimonia propriis se vinculis constrinxerunt.

A testimonianza di un uso pacifico di tale terminologia possono giovare, talvolta, anche argomentazioni esclusivamente religiose. Così, Cromazio, a proposito della parabola del re che preparò le nozze per il figlio¹²³, si chiede se in tali nozze non si debbano vedere quelle in virtù delle quali Cristo per mezzo dello Spirito Santo associò a sé la Chiesa come sua sposa.

Chromat. *sermones*, 10.2:

... Et quae haec nuptiae intellegendae sunt, nisi cum sponsus Christus sponsam sibi ecclesiam per sanctum spiritum **sociavit**?

Anche in Beda nella rappresentazione del matrimonio fra Cristo e la Chiesa si parla di nozze come di associazione della sposa allo sposo.

Beda Venerabilis, *Explanatio Apocalypsis*, 3.19:

... Nuptiae sunt Agni, cum Ecclesia Domino in thalamo regni caelestis **sociabitur**.

Gregorio vescovo di Tours utilizza sovente il verbo *sociare* in rapporto al vincolo matrimoniale. Nel II libro delle sue *Storie*, ad esempio, narra che una volta morto il vescovo Eparchio gli succedette l'ex prefetto Sidonio, un nobile personaggio ed uno dei primi senatori delle Gallie, cosa che gli permise di associarsi in matrimonio la figlia dell'Imperatore Avito.

Greg. Tur. *franc.*, 2.21:

Quo migrante, Sidonius ex praefecto substituetur, vir secundum saeculi dignitatem nobilissimus et de primis Galliarum senatoribus, ita ut filiam sibi Aviti imperatoris **in matrimonio sociaret**.

Più avanti, nello stesso libro, si parla negli stessi termini di un matrimonio regale. Inviata una legazione a chiedere in moglie per sé la figlia del sovrano di un regno vicino, e ottenutone il consenso, il re

¹²³ Mt., 22.1.14.

ne fu subito così preso che volle immediatamente associarla a sé in matrimonio, sebbene avesse già avuto da una concubina un figlio di nome Teodorico.

Greg. Tur. *franc.*, 2.28:

Nec moratus ille, ad Gundobadum legationem dirigit, eam sibi in matrimonio petens [...] illique accipientes puellam, regi velocius repraesentant. Qua visa rex valde gavisus, suo eam **coniugio sociavit**, habens iam de concubina filium, nomine Theodoricum.

Ma le *Storie* di Gregorio sono ricche di testimonianze in tal senso. In un capitolo del libro III Gregorio ricorda che, morto in battaglia il re Clodomiro, il fratello Clotario associò in matrimonio, senza indugio, la cognata Guntheuca.

Greg. Tur. *franc.*, 3.6:

Nec moratus Chlothacharius uxorem germani sui Guntheucam nomine sibi in matrimonio sociavit.

Nel capitolo successivo Gregorio riferisce della guerra dei Franchi contro i Turingi: di ritorno dalla campagna vittoriosa Clotario condusse con sé come prigioniera la figlia del re Bertecario, Radegunda, e l'associò in matrimonio.

Greg. Tur. *franc.*, 3.7:

Chlothacharius vero rediens, Radegundem, filiam Bertecharii regis, se cum captivam abduxit sibi que eam **in matrimonio sociavit**.

Più avanti, sempre nello stesso libro, Gregorio narra del re Teoberto, il quale, essendosi innamorato di una matrona di nome Deoteria durante la resa della città assediata, tornato dopo aver risolto una grave situazione in patria, la fece chiamare e l'associò a sé in matrimonio.

Greg. Tur. *franc.*, 3.23:

Chlothacharius vero rediens, Radegundem, filiam Bertecharii regis, se cum captivam abduxit sibi que eam **in matrimonio sociavit**.

Mittens postea Arvernum, Deoteriam exinde arcessivit eam que sibi **in matrimonio sociavit**.

In un capitolo del libro IV si parla dell'innamoramento del re Clotario nei confronti di Aregonda, sorella della moglie, che, in seguito, associò a sé in matrimonio.

Greg. Tur. *franc.*, 4.3:

Quod ille audiens, cum esset nimium luxoriosus, in amore Aregundis incedit et ad villam, in qua ipsa resedebat, dirigit eam que sibi **in matrimonio sociavit**.

E ancora in un capitolo successivo dello stesso libro Gregorio narra di come il re Sigiberto, vedendo che i suoi fratelli avevano preso delle mogli indegne di loro e si degradavano "associando in matrimonio schiave"¹²⁴, mandò una legazione in Spagna carica di numerosi regali e domandò in moglie Brunilde, figlia del re visigoto Atanagildo.

Greg. Tur. *franc.*, 4.27:

Porro Sigybertus rex cum videret, quod fratres eius indignas sibimet uxores acciperent et per vilitatem suam etiam ancillas **in matrimonio sociarent**, legationem in Hispaniam mittit et cum multis muneribus Brunichildem, Athanagilde regis filiam, petiit.

Particolarmente interessante si presenta anche un ultimo passo di Gregorio, tratto ancora dal quarto libro, in cui, parlando della vita d'Andarchio, si narra come questi, volendo prendere in moglie una giovane, avesse presentato al giudice del luogo un "precetto" in virtù del quale poteva *puellam hanc suo matrimonio sociare(t)*, con la dichiarazione secondo cui aveva consegnato le *arrahae*¹²⁵ in garanzia.

Greg. Tur. *franc.*, 4.46:

Ad ille regressus ad regem, **præceptionem** ad iudicem loci exhibuit, ut puellam hanc suo **matrimonio sociaret**, dicens, quia: "Dedi arram in dispensationes eius".

La singolarità del passo è data dall'indicazione di questo non meglio precisato precetto presentato al giudice del luogo. Se le indicazio-

¹²⁴ Sullo stesso argomento v. il citato passo di Massimo, *supra*, p. 460 s.

¹²⁵ Sulle *arrahae* cfr. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova 1992, p. 181 ss. con la bibliografia ivi indicata.

ni fornitaci da Gregorio sono esatte, verrebbe da pensare ad una sorta di richiesta di esecuzione del negozio matrimoniale. Se è vero, com'è convincimento di Astolfi, che il fidanzamento arrale si basa sull'idea del fidanzamento come inizio del matrimonio¹²⁶, allora quel precetto potrebbe logicamente interpretarsi come atto per obbligare l'altra parte ad eseguire il contratto.

Se così fosse, va sottolineato, ci sarebbe una deroga al regime del fidanzamento arrale. Secondo la legislazione imperiale, in caso di rottura della promessa di matrimonio da parte di chi ha dato la garanzia, l'altra parte trattiene quanto ricevuto; se, invece, la responsabilità della mancata esecuzione è di colui che ha ricevuto la garanzia, egli deve restituire un multiplo del suo valore, in modo che entrambi i nubendi acquistino il diritto di recesso, anche se a titolo oneroso¹²⁷. Qualora, invece, come sembra prospettare Gregorio, esistesse la possibilità di una parte di chiedere per via processuale l'esecuzione di quanto patuitito, allora verrebbe meno per entrambi il diritto di recedere.

Nel secondo capitolo del libro V troviamo un ulteriore cenno al *sociare*. Gregorio parla del figlio di Chilperico, che, inviato dal padre con un'armata, contrariamente agli ordini raggiunge la città di Rouen, in cui regnava la regina Brunilde e l'associa a sé in matrimonio.

Greg. Tur. *franc.*, 5.2:

Ipsi vero simolans ad matrem suam ire velle, Rodomago petiit; et ibi Brunichilde reginae coniungitur, ea quoque sibi **in matrimonio sociavit**.

Si ritrova la stessa terminologia anche in canoni conciliari.

Concilium Aurelianense III (538), Can. IX

De his qui ex concubinis filios habent et uxores legitimas habuerunt, aut defunctis uxoribus sibi concubinas publice crediderint **sociandas**, id observandum esse, ut sicut eos, qui iam sunt clerici per ignorantiam ordinati, non removemus, ita statuimus ne ulterius ordinentur.

Concilia Africana sec. trad. coll. Hispanae:

... Ut filii clericorum matrimoniis infidelium **socientur**.

¹²⁶ Cfr. ASTOLFI, *Il fidanzamento*, cit., p. 210.

¹²⁷ Cfr. ASTOLFI, *Il fidanzamento*, cit., p. 181 s.

Concilium Romanum (324), Can. X

... Nullus etiam episcoporum virginem sacram **maritali consortio** expecterit benedicere.

La terminologia che usa il verbo *sociare* o i sostantivi *societas* o *socia* in rapporto al matrimonio non è esclusivamente cristiana: la si ritrova, infatti, anche in autori pagani¹²⁸, e, cosa che giuridicamente può risultare assai più significativa (dal momento che il *sociare* proviene da un linguaggio giuridico e non religioso) in alcune costituzioni imperiali in materia di matrimonio¹²⁹.

¹²⁸ Così in un passo di Cicerone (Cic. *de off.* I, 17,54: *Nam quum sit hoc natura comune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia*). Lo stesso in Quintiliano (Quint. *decl.*, 376: *Cum ergo quaeratur mihi uxor, socia tori, vitae consors, in omne saeculum mihi erigenda est*).

Il verbo *sociare* lo troviamo in una lettera di Ennodio (Ennod. *epist.*, 5.24: *... Divinis tamen legibus cognationem indiculo comprehensam in matrimonio licere sociari sine dubitatione noveritis*).

Lo stesso termine *sociare* si trova anche in due passi di Cassiodoro (Cassiod. *var.* 5.33: *Qui se in expeditione Gallica constituto in eum brandilam prosiluisse testatur excessum, ut uxorem eius reginam proprio sociandam duceret esse coniugio et in iniuriam nostrorum temporum adulterium simulata matrimonii fuerit lege commissum*. Cassiod. *var.*, 7.46: *Et ideo, supplicationum tuarum tenore permoti, si tibi tantum illa consobrini sanguinis vicinitate coniungitur nec alio gradu proximior approbaris, matrimonio tuo decernimus esse sociandam nullam que vobis exinde iubemus fieri quaestionem, quando hoc et leges nostra permitti voluntate consentiunt et vota vestra praesentis auctoritatis beneficia firmaverunt*).

¹²⁹ Così in un rescritto di Gordiano del 242 (C.Iust. IX.32.4 pr.: *Imp. Gordianus A. Basso. Adversus uxorem quae socia rei humanae atque divinae domus suscipitur, mariti diem suum functi successores expilatae hereditatis crimen intendere non possunt*. [...] PP. VI kal. Mart. Attico et Praetextato cons.). Una terminologia analoga la troviamo in una costituzione di Diocleziano e Massimiano del 285 (C.Iust. V.4.12: *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Sabino. Ne filium quidem familias invitum ad ducendam uxorem cogi legum disciplina permittit. Igitur, sicut desideras, observatis iuris praeceptis sociare coniugio tuo, quam volueris non impediris, ita tamen, ut in contrahendis nuptiis patris tui consensus accedat*. D. non. Nov. Diocletiano A. II et Aristobulo cons.) ed in una di Onorio e Teodosio, datata negli anni 408-409 (C.Iust. V.4.20: *Imp. Honorius et Theodosius AA. ad Theodorum PP. In coniunctione filiarum in sacris positarum patris expectetur arbitrium: si sui iuris puella sit intra quintum et vicesimum annum constituta, ipsius quoque exploretur adsensus. Si patris auxilio destituta, matris et propinquorum et ipsius quoque requiratur adultae iudicium. Si vero utroque orbata parente sub curatoris defensione consistat et inter honestos competitores matrimonii oriatur forte certamen, ut quaeratur, cui potissimum puella iungenda sit, si puella cultu verecundiae pro-*

A questo punto vorrei soffermarmi particolarmente sul pensiero di Sant'Agostino: nei suoi scritti non troviamo il generico verbo *sociare*, ma si arriva a delineare in modo più esplicito il concetto di matrimonio come società. A questo il vescovo arriva partendo dalle tematiche più diverse.

Agostino, infatti, più volte condanna i rapporti coniugali che vanno oltre il fine della procreazione¹³⁰: gli sposi, sottolinea il vescovo, sono tenuti alla fedeltà nei rapporti coniugali tesi alla procreazione, in quanto, solo così, si realizza la prima forma di società conosciuta dal genere umano.

Aug. *bon. coniug.*, 6.6:

... Debent ergo sibi coniugati non solum ipsius sexus sui commiscendi fidem liberorum procreandorum causa, quae prima est humani generis in ista mortalitate **societas**, verum etiam infirmitatis invicem excipiendae ad illicitos concubitus evitandos mutuam quodam modo servitutem, ut, etsi alteri eorum perpetua continentia placeat, nisi ex alterius consensu non possit; et ad hoc enim uxor non habet potestatem corporis sui, sed mulier ut et quod non filiorum procreandorum, sed infirmitatis et incontinentiae causa expetit vel ille de matrimonio vel illa de marito, non sibi alterutrum negent, ne per hoc incidant in damnabiles corruptelas temptante satana propter incontinentiam vel amborum vel cuiusquam eorum.

In un altro passo già citato del *De bono coniugali* Agostino parla di una società naturale fra coniugi:

Aug. *bon. coniug.*, 3.3:

Bonum ergo coniugii quod etiam dominus in Evangelio confirmavit, non solum quia prohibuit dimittere uxorem nisi ex causa fornicationis, sed etiam quia venit invitatus ad nuptias, cur sit bonum merito quaeritur. Quod mihi non videtur propter solam filiorum procreationem, sed propter ipsam etiam naturalem in diverso sexu **societatem**.

A completare l'idea del matrimonio visto come *societas* in Sant'Agostino va ricordato un passo del *De nuptiis et concupiscentia*. Allo

priam noluerit depromere voluntatem, coram positis propinquis iudici deliberare permissum sit, cui melius adulta societur).

¹³⁰ Nel passo del *De bono coniugali* che stiamo per considerare, in realtà, Agostino arriva persino ad accettarli quando, pur se eccessivi, evitano comportamenti ben più gravi, come l'adulterio e la fornicazione.

stesso modo di qualsiasi società, ugualmente nel matrimonio con cui un uomo e una donna si uniscono al fine di procreare, i due coniugi sono impegnati ad essere vicendevolmente fedeli: il comportamento contrario viene assimilato da Agostino a quello di un socio fraudolento.

Verum quod dixi ad naturam pertinere nuptiarum, ut mas et femina generandi **societate iungantur** et ita invicem non fraudent, sicut **omnis societas fraudulentum socium**, non vult, hoc tamen evidens bonum cum infideles habent, quia infideliter utuntur, in malum peccatumque convertunt¹³¹

Il termine *societas* si trova ancora in un passo dell'*Historia persecutionis Africanae provinciae temporum Geiserici et Hunerici regis Vandalarum* di Vittore di Vita¹³², nel quale, dopo aver parlato dei *foedera* dell'amore coniugale, si fa riferimento ai *vincula societatis*, che sembra suggerire l'idea di vincoli contrattuali:

Vict. Vit. V.3:

... Ubi sunt **foedera** coniugalis amoris? Ubi **societatis vincula** [...]?

Questa terminologia ricorda vagamente il noto passo di epoca classica del giurista Modestino, il quale definiva il matrimonio come *consortium omnis vitae*¹³³. Ma quella definizione, per quanto suggestiva, non aveva ancora acquisito il valore che si ritrova ora alla lettura di questi testi patristici, nei quali appare ormai entrata nel linguaggio comune.

D'altra parte è evidente la stretta correlazione fra pensiero cristiano e diritto romano. Nella nota al canone 72 del Concilio Trullano, nel quale si riteneva non lecita l'unione fra fedeli e infedeli¹³⁴, Teodo-

¹³¹ Aug. *nupt. et concup.*, I.4.5.

¹³² V. *supra*, nt. 86.

¹³³ D. 23.2.1 (*Modestinus, I Regularum*): *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*. E di *consortium maritale* parla, come si è visto, il *Concilium Romanum* del 324.

¹³⁴ *Non licere virum orthodoxum cum muliere haeretica coniungi, neque vero orthodoxam cum viro haeretico copulari. Sed et si quid eiusmodi ab ullo ex omnibus factum apparuerit, irritas nuptias existimare, et nefarium coniugium dissolvi. Neque enim ea quae non sunt miscenda misceri, nec ovem cum lupo, nec peccatorum fortem cum Christi parte coniungi oportet. Si quis autem ea, quae a nobis decreta sunt, transgressus*

ro Balsamone confermava la stessa linea di tendenza seguita dai canoni conciliari e dal diritto romano:

Lex civilis definit matrimonium societatem et communicationem divini et humani iuris. Huic ergo consequenter, sancti Patres decernunt, iure matrimonii non esse coniungendum virum fidelem mulieri infideli, vel infidelem mulierem viro fideli.

Emerge, così, definitivamente l'idea di matrimonio come una società da cui derivano obblighi per i coniugi, i quali debbono concorrere con la loro attività alla realizzazione dello scopo della loro unione. È vero che questa visione contribuirà, successivamente, alla formazione dell'idea del matrimonio del diritto canonico, ma per il momento esprime solamente il sentire di una comunità tardo-imperiale, sì cristiana, ma regolata dal diritto civile romano.

6. Numerose fonti patristiche testimoniano l'importanza delle tavole matrimoniali nell'ambito della celebrazione del matrimonio. Con questo non si vuol dire che queste *tabulae* fossero la novità di una società tardoimperiale e di una prassi cristiana. In realtà, già da alcuni secoli, per lo meno fin dall'inizio del principato¹³⁵ e forse anche prima, venivano abitualmente utilizzate, ma forse, in origine, non aveva-

fuert, segregetur. Si autem aliqui qui adhuc sunt infideles, et in orthodoxorum gregem nondum relati sunt, sunt inter se legitimo matrimonio coniuncti: deinde hic quidem quod est honestum electo, ad lucem veritatis accurrerit, ille vero erroris vinculo detentus fuerit, nolens divinos radios fixis oculis intueri, fideli vero homini placeat cum infideli cohabitare, vel e contra, ne a se invicem separentur. Ex divini enim Pauli sententia, sanctificatus est vir infidelis in muliere, sanctificata est mulier infidelis in viro.

¹³⁵ Il primo riferimento alle *tabulae* sembra trovarsi in due passi del libro V del *De vita duodecim Caesarum libri VIII* che Svetonio dedica alla vita dell'imperatore Claudio, a proposito del matrimonio di Messalina con Silio (sull'episodio v. anche Cassius Dio, *Ρωμαϊκή Ἱστορία*, 60.31.7.) avvenuto nel 48 a.C.

Nel primo passo si dice che Claudio fece condannare a morte Messalina, quando venne a sapere che costei oltre ad altri crimini e altre sconcezze, si era persino sposata con Caio Silio, consegnando la dote in presenza di testimoni (Svet. *Claud.*, 26: ... *Quam cum comperisset super cetera flagitia atque decora C. Silio etiam nupsisse dote inter auspices consignata, supplicio adfecit...*). Nel secondo si parla specificamente delle tavole: alle nozze, Messalina e l'adultero Silio arrivarono al punto di far sottoscrivere a Claudio personalmente le tavole matrimoniali (Svet. *Claud.*, 29: ... *quod nuptiis, quas Messalina cum adultero Silio fecerat, tabellas dotis...*).

In realtà non possiamo dire con sicurezza se le tavole fossero già in uso all'epoca

no ancora assunto quel valore che le avrebbe caratterizzate in epoca più tarda.

di Claudio o fossero espressione del periodo in cui Svetonio scriveva, all'inizio del II secolo sotto l'imperatore Adriano.

D'altra parte, Giovenale nelle sue Satire, pubblicate alcuni anni dopo la morte di Domiziano avvenuta nel 96 d.C. e cioè all'inizio del II secolo, parla della cerimonia, durante la quale veniva consegnata la dote, come di un rito antico. Anche qui si ritorna sull'episodio di Silio e Messalina. L'antico rito è descritto attraverso l'immagine di Messalina seduta col suo velo nuziale, e del letto nuziale con la porpora di Tiro posto nei giardini davanti a tutti, nonché, cosa per noi più importante, attraverso l'attesa dell'auspice con i testimoni per la firma dell'impegno relativo alla dote, secondo le norme di legge (Iuv., 10, 333-338: *Dudum sedet illa parato flammeolo Tyriusque palam genialis in hortis sternitur et ritu decies centena dabuntur antiquo, veniet cum signatoribus auspex (haec tu secreta et paucis commissa putabas? Non nisi legitime volt nubere).*

Anche Tacito, sempre a proposito dell'episodio relativo al matrimonio di Messalina, narra che vennero celebrate le nozze con Silio con tutti i riti tradizionali e solenni (Tac. ann., XI.26: ... *cuncta nuptiarum sollemnia celebrat...*).

Più oltre l'Autore racconta come fosse inaudito che la moglie di un imperatore ed un console designato in un giorno prefissato, si unissero in matrimonio, davanti a testimoni convocati a sottoscrivere le tavole, legittimando così la discendenza, che la sposa ascoltasse le parole degli auspici, desse il suo consenso e sacrificasse agli dei (Tac. ann., XI.27: ... *necdum consulem designatum cum uxore principis, praedicta die, adhibitis qui obsignarent, velut suscipiendorum liberorum causa, convenisse, atque illam audisse auspicum verba, vota subisse, sacrificasse apud deos).*

E ancora Tacito riporta ciò che il liberto, che complottò contro Messalina, avrebbe detto all'imperatore, e cioè che Silio avrebbe dovuto rilasciare la moglie altrui e rompere il contratto di nozze (Tac. ann., XI.30: ... *redderet uxorem rumperetque tabulas nuptiales).*

Ancora Giovenale nella Satira II parla chiaramente, in riferimento ad un diverso episodio, di tavole matrimoniali sottoscritte mentre veniva pronunciata la formula del buon augurio (Iuv. 2, 119-120: ... *Signatae tabulae, dicum 'feliciter', ingens cena sedet, gremio iacuit nova nupta mariti...*).

E ancora nella Satira IX si parla della rottura delle tavole matrimoniali da parte di una donna, già pronta a sottoscriverne altre (Iuv. 9, 75-76: ... *tabulas quoque ruperat et iam signabat...*).

Interessante anche un passo di Quintiliano che parla di tavole matrimoniali (Quint. inst., V.11.32: *Nihil obstat quo minus iustum matrimonium sit mente coeuntium, etiam si tabulae signatae non fuerint: nihil enim proderit signasse tabulas si mentem matrimonii non fuisse constabit).* Si tratta evidentemente di una citazione. Poco prima, allo stesso modo, l'autore aveva citato una frase tratta dai *Topica* di Cicerone; appena dopo segue un passo tratto dalla *Pro Caecina* ciceroniana. Nell'edizione *I Dodici Libri delle Istituzioni oratorie di M.F. Quintiliano*, trad. da Gariglio, Venezia 1848, p. 563 ss. i tre passi sono di seguito riportati, come se si trattasse di un unico testo citato. Non possiamo, quindi, escludere che anche questo brano sia di Cicerone. Se così fosse, ma, sottolineo, non abbiamo prove, l'uso delle tavolette sarebbe stato diffuso già nella tarda repubblica.

Qualunque sia il periodo considerato, certamente non è mai stato chiaro per gli studiosi il vero significato di queste tavolette. Il fatto che nelle fonti letterarie siano per lo più indicate in riferimento alla dote ha creato probabilmente alcuni equivoci.

Non escludo che le *tabellae dotis* possano far pensare in primo luogo a veri e propri patti dotali stipulati *ante nuptias*¹³⁶ o, come vorrebbe il Cannata¹³⁷, a *instrumenta dotalia* ed avere, quindi, valore meramente probatorio.

Dello stesso avviso era il Gaudemet¹³⁸, il quale da una lettera di Girolamo ricavava l'idea che le tavole matrimoniali fossero solamente "un elemento di prova, ma non l'atto creatore di un vincolo".

Hier. *epist.* LXIX.5 Ad Oceanum:

... Si quis et ante baptismum habuerit concubinam, et illa mortua, baptizatus uxorem duxerit, utrum clericus fieri debeat an non? Respondebis posse fieri: quia concubinam habuerit, non uxorem. Coniugales ergo tabulae et iura dotalia, non coitus ab Apostolo condemnatur. [...] sin autem principale rescriptum eadem tenuitas impetrare non quiverit, cum Romanis legibus scita ecclesiae mutabuntur. Vide, ne hoc, quod dicitur: *unius uxoris virum*, unius mulieris possit intellegi, ut ad coitum magis referatur quam ad dotales tabulas.

Nella Lettera girolomina si espone il caso di un uomo che, prima di essere battezzato, ebbe una concubina, la quale, poi, morì; in seguito, fattosi battezzare, prese moglie. Al quesito se costui avesse diritto ad essere ordinato chierico, la risposta è positiva, in quanto la donna che aveva avuto in precedenza era una concubina, non una moglie: Girolamo si riporta alle parole di San Paolo, *δεῖ οὖν τὸν ἐπίσκοπον ἀνεπίλημπτον εἶναι, μᾶς γυναικὸς ἄνδρα...*¹³⁹, interpretandole

¹³⁶ Sui patti dotali v. in particolare ALBERTARIO, *I patti dotali a favore di terzi*, in *RIL* 58 (1925), p. 353 ss., ora in *Studi di diritto romano*, cit., p. 349 ss.; BURDESE, *In tema di convenzioni dotali*, in *BIDR* 62 (1959), p. 170 ss. e da ultimo MAGAGNA, *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici. Per l'autonomia privata nei rapporti patrimoniali tra i coniugi*, Padova 2002.

¹³⁷ In questo senso v. CANNATA, v. *Dote (dir. Rom.)*, in *Enc. dir.* XIV, Milano 1965, p. 6.

¹³⁸ GAUDEMET, *Il matrimonio in Occidente*, cit., p. 46, nt. 67. V. anche KÜBLER, v. *tabulae nuptiales*, in *PWRE* 4A, Stuttgart 1932, p. 1949 ss.

¹³⁹ I *Tim.* III 2, (Vulg.: *Oportet ergo episcopum irreprehensibilem esse, unius uxoris Virum*).

come una condanna non dell'unione carnale, ma delle tavole nuziali con i diritti dotali, e di conseguenza dello stesso matrimonio.

Il significato del caso esposto a me sembra, in realtà, ben diverso e molto più semplice. L'affermazione secondo cui le tavole matrimoniali ed i diritti dotali, e non il rapporto sessuale, sarebbero condannati dall'Apostolo andrebbe rivista, tenendo conto di tutto il contesto della Lettera, in cui più volte si ripete che può essere ordinato sacerdote solo chi è stato sposato una sola volta. Or bene, la donna sposata dopo il battesimo è la prima e unica moglie¹⁴⁰, non essendo rilevante che in precedenza si sia avuta una concubina. A questo punto non sussiste alcun ostacolo all'ordinazione. Le tavole nuziali, allora, non sono condannate in generale dal pensiero cristiano, lo sarebbero, invece, se fossero state sottoscritte più volte e con persone diverse.

Dal pensiero di Girolamo, dunque, non si evincerebbe un mero carattere probatorio, come vorrebbe il Gaudemet, ma piuttosto, sottolineando la grande rilevanza delle *tabulae* rispetto all'unione carnale, si vorrebbe, a me pare, sottintendere qualcosa di più: il prevalere della volontà degli sposi, espressa attraverso le tavole, rispetto all'elemento materiale del matrimonio.

Altri autori¹⁴¹ sembrano ridimensionare, se non addirittura negare lo stesso valore probatorio delle tavolette e questo sulla base di alcune costituzioni imperiali. In realtà, ad una lettura attenta dei testi, ci si rende conto che la volontà imperiale è solamente nel senso di fissare una gerarchia fra le prove indicate per casi specifici.

Si riporta, per esempio, un rescritto di Probo, in cui l'imperatore si rivolge al destinatario Fortunato rassicurandolo che il non aver redatto le tavole nuziali o quelle per la nascita della figlia, non mina la credibilità dell'esistenza del matrimonio o della stessa figlia, *vicinis vel aliis scientibus*:

CIust. V.4.9

Imp. Probus A. Fortunato. Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulae neque ad natam filiam pertinen-

¹⁴⁰ L'Orestano (*Alcune considerazioni sui rapporti fra matrimonio cristiano e matrimonio romano*, cit., p. 362) sottolinea come nel caso prospettato fosse considerata moglie solo quella che lo era per il diritto civile.

¹⁴¹ Cfr. BALLINI, *Il valore giuridico*, cit., p. 63 s.

tes factae sunt, non ideo minus veritas matrimonii aut susceptae filiae suam habet potestatem.

Anche un rescritto di Diocleziano afferma la validità e l'esistenza del matrimonio anche in assenza di *instrumenta* nuziali:

CIust. V.4.13

Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Onesimo. Neque sine nuptiis instrumenta facta matrimonii ad probationem sunt idonea diversum veritate continente, neque non interpositis instrumentis iure contractum matrimonium irritum est.

Allo stesso modo in epoca tardo-imperiale una costituzione di Teodosio e Valentiniano viene invocata per negare valore alle *tabulae*, in quanto vi si afferma che per la validità del matrimonio sarebbero sufficienti il consenso degli sposi¹⁴², *pares honestate*, e la testimonianza di amici, pur mancando la documentazione delle donazioni *ante nuptias* e della dote e altre solennità nuziali.

CTh. III.7.3

Imp. Theodosius et Valentinianus AA. Hierio Praefecto Praetorio. Si donationum ante nuptias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nubtiarum celebritas omittatur, nullus aestimet ob id deesse recte alias into matrimonio firmitatem vel ex eo natis liberis iura posse legitimorum auferri, inter pares honestate personas nulla lege impediende consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur.

In realtà, si tratta di un frammento di una più vasta costituzione inserita in titoli diversi del Codice Teodosiano, in cui, non si vuole negare, a livello generale, la necessità di determinate formalità, ma in mancanza di alcune, si preferisce, comunque salvare il negozio¹⁴³, per quello che chiameremmo oggi principio della funzionalità dell'atto.

Questi testi giuridici non provano, dunque, che le tavole non avessero valore probatorio circa la sussistenza del matrimonio: dicono so-

¹⁴² Cfr. ORESTANO, *Consenso e solennità*, cit., p. 162 ss.; SARGENTI, *Il matrimonio*, cit.; VOCI, *Polemiche legislative*, cit., p. 229 ss.

¹⁴³ Cfr. CTh. III.5.13 = CIust. 5.3.17: *In ante nuptias donatione ad eas facta consulitur ut firma donatio sit. V. anche CIust. VIII.53.29: Et si sine scripto donatum quod fuerit, adhibitis aliis idoneis documentis hoc quod geritur conprobetur.*

lamente, che in mancanza di esse, vengono presi in considerazione altri elementi per provarne l'esistenza¹⁴⁴.

Del valore probatorio delle *tabulae*, del resto, non aveva dubbi nemmeno Tertulliano, il quale polemicamente si chiedeva se nel giorno del giudizio fosse preferibile presentare davanti al tribunale del Signore le *tabulae nuptiales*, allegando così la prova del matrimonio contratto secondo tutte le disposizioni di legge, nonostante il Signore ne facesse divieto.

Tert. *uxor.* 2.3:

Aut numquid tabulas nuptiales die illo apud tribunal domini proferemus et matrimonium rite contractum allegabimus, quod vetuit ipse?

La risposta era ovviamente negativa, ma, implicitamente, si ammetteva il valore probatorio davanti al tribunale degli uomini.

Questo non significa, però, che le tavole avessero solo valore probatorio.

Si sarebbe portati a crederlo, pensando alle *tabulae* solamente in riferimento alla costituzione di dote, in quanto gli strumenti dotali proverebbero l'esistenza del matrimonio¹⁴⁵. Ma, in realtà, le tavole non riguardavano solo la dote ed avevano un ruolo fondamentale nella formazione del matrimonio.

A questa conclusione arriviamo grazie all'esame di numerose fonti patristiche, che documentano, fra l'altro, una grande diffusione dell'uso delle tavolette matrimoniali. Frequenti riferimenti si trovano in particolar modo nelle opere di Sant'Agostino, sia che parli realmente di matrimonio sia che voglia indicare metaforicamente quello fra Cristo e la Chiesa.

¹⁴⁴ Non possiamo escludere che la scarsa fiducia nel valore probatorio delle tavole, quale si evidenzia in alcuni provvedimenti imperiali, potrebbe spiegarsi con la facilità con cui potevano essere falsificate, come avveniva per le *tabulae testamenti* (su questo tema v. F. MARINO, *Cic.'Verr.'* II,1,42,108 e la repressione del falso, in *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, a cura di Burdese, Padova 1988, p. 140 s.). V. anche, a proposito delle *tabulae* quali documenti pubblici, MOREAU, *La mémoire fragile: falsification et destruction des documents publics au I^{er} s. av. J.-C.*, in *La mémoire perdue. À la recherche des archives oubliées, publiques et privées, de la Rome antique*, Paris 1994, p. 121 ss.; AMARELLI-LUCREZI, *I processi contro Archia e contro Apuleio*, Napoli 1997, p. 44 ss.

¹⁴⁵ Sulla funzione probatoria degli strumenti dotali v. ORESTANO, *Alcune considerazioni sui rapporti fra matrimonio cristiano e matrimonio romano*, cit., p. 375.

In un capitolo delle *Confessiones* Agostino ricrea un momento intimo di confidenze fra mogli: in particolare vi si legge l'episodio di una donna, una moglie, che ricordava alle altre come dal momento in cui avevano sentito leggere la formula cosiddetta matrimoniale, dovevano ritenerla come quel documento per mezzo del quale erano diventate serve e quindi, memori della loro condizione, non dovevano fare le superbe con i mariti.

Aug. *conf.*, 9.9:

... Denique cum matronae multae, quarum viri mansuetiores erant, plagarum vestigia etiam dehonesta facie gererent, inter amica conloquia illae arguebant maritorum vitam, haec earum linguam, veluti per iocum graviter admonens, ex quo illas tabulas, quae matrimoniales vocantur, recitari audissent, tamquam instrumenta, quibus ancillae factae essent, deputare debuisse; proinde memores conditionis superbire adversus dominos non oportere.

In uno dei suoi discorsi Agostino indica le tavole matrimoniali come *instrumentum emptionis* della moglie da parte del marito:

Aug. *serm.*, 37:

tabulas matrimoniales instrumenta emptionis suae deputat.

La stessa terminologia verrà usata secoli dopo da Isidoro di Siviglia, il quale ci presenta le *tabulae* semplicemente come gli strumenti, attraverso i quali la donna passava nella famiglia del marito.

Isid. *orig.*, 9.5.8:

... Tabulae enim matrimoniales instrumenta emptionis suae sunt.

L'autore non ci dice molto riguardo le *tabulae*, ma in un altro passo ci informa che, prima che si affermasse l'uso delle tavolette matrimoniali, i futuri sposi emettevano scambievolmente delle *cautiones*, in base alle quali si impegnavano reciprocamente a raggiungere un accordo sui diritti del matrimonio, con la garanzia di fideiussori:

Isid. *orig.*, 9.7.3:

... Nam ante usum tabellarum matrimonii cautiones sibi invicem emittebant, in quibus spondebant se invicem consentire in iura matrimonii, et fideiussores dabant.

Isidoro, pur essendo spagnolo, ci offre un quadro, anteriore all'uso delle tavole, che ricorda molto la prassi matrimoniale dei paesi greci e orientali, nei quali il matrimonio veniva concluso in due tempi diversi, la promessa e la celebrazione, entrambe parti integranti dell'istituto. L'impiego delle tavole avrebbe superato questa prassi.

Già nel Libro V dell'*Adversus Marcionem* Tertulliano, rifacendosi alle parole di San Paolo (*Gal.*, 4.21-31), ricordava che Abramo ebbe due figli, uno dalla schiava e l'altro da una donna libera, ma colui che era nato dalla schiava era nato per legge della carne, quello, invece, che era nato dalla libera, era nato in seguito ad una *repromissio*: è l'affermazione, quindi, della discendenza legittima in quanto nata da un matrimonio legittimo:

Tert. *adv. Marc.*, 5.4.8:

Si enim Abraham duos liberos habuit, unum ex ancilla et alium ex libera, sed qui ex ancilla carnaliter natus est, qui vero ex libera, per *repro-missionem*.

La legittimità del matrimonio sembrerebbe essere data dalla forma negoziale: una promessa, senza che occorra la presenza di garanti. Anche questo passo sembra ricordare una prassi improntata sul diritto greco, piuttosto che romano.

Nel *sermo* 238, parlando del matrimonio fra Cristo e la Chiesa preso a modello per sottolineare l'indissolubilità e la legittimità del matrimonio, ad evitare ogni errore Agostino suggerisce di ascoltare le pagine del vangelo come se fossero le tavole matrimoniali.

Aug. *serm.*, 238:

... ergo ne in aliquo eorum erremus, tanquam matrimoniales eorum evangelii tabulas.

Lo stesso concetto verrà ripreso un secolo dopo da Cesario, vescovo di Arles, il quale parla, appunto, del matrimonio celeste descritto dalle pagine del Vangelo, come se queste fossero tavole matrimoniali:

Caes. Arl. *serm.*, 175.4:

Mater enim nostra evangelicis paginis tanquam matrimonialibus tabulis sponso caeli coniuncta est.

Non dobbiamo sottovalutare questi pochi cenni. Il paragone col

Vangelo mi sembrerebbe dare alle tavole matrimoniali una grande rilevanza ai fini del riconoscimento del matrimonio romano nel pensiero e nella prassi del cristianesimo.

Occorre, a questo punto, considerare il contenuto delle tavole matrimoniali.

Numerosi passi tratti, in particolar modo dalle opere di Agostino, indicano, infatti, qualcosa di più delle mere indicazioni dotali: le tavolette dovevano evidenziare necessariamente lo scopo del matrimonio, concluso *liberorum quaerendorum causa*¹⁴⁶, cioè la procreazione dei figli.

Secondo Agostino, per non sconfinare nel peccato, non si deve abusare dei rapporti coniugali, i quali devono essere esclusivamente finalizzati alla procreazione dei figli, come è scritto – sottolinea – nelle tavole matrimoniali.

Aug. *serm.*, 9.18:

... Ad hoc enim ducitur uxor: nam id etiam tabulae indicant ubi scribitur: liberorum procreandorum causa. Quando tu uti uxore amplius quam necessitas procreandorum liberorum cogit volueris, iam peccatum est.

Pertanto, si invitano i coniugi alla moderazione, a non eccedere i limiti a cui sono tenuti nel rapporto coniugale, rispettando la legge emessa a questo scopo, come dimostrano le *tabulae* sottoscritte alle nozze: con ciò che è scritto nella *pactio* ci si impegna, infatti, ad un determinato comportamento diretto alla procreazione di figli; con un eccesso in contrario si andrà contro quelle tavole e contro il patto in esse espresso:

Aug. *serm.*, 278.9:

... Quis est autem habens uxorem, qui eo modo utatur uxore, ut non excedat legem liberos procreandi? Ad hoc enim data est: convincunt te tabulae quae scribuntur in matrimonio. Pactus es quemadmodum duceres sonat tibi scriptura pactionis: Liberorum procreandorum causa. Non ergo accedas, si potes, nisi liberorum procreandorum causa. Si modum excesseris, contra illas tabulas facies et contra pactum.

Che nelle tavole matrimoniali fosse espressa l'indicazione del fine

¹⁴⁶ RITZER, *Le mariage*, cit., p. 77.

di procreare è attestato in un altro passo di Agostino tratto dal *De nuptiis et concupiscentia*.

Aug. *nupt. et concup.*, I. 4.5:

... Quapropter qui non hac intentione, hac voluntate, hoc fine generant filios, ut eos ex membris hominis voluntate, hoc fine generant filios, ut eos ex membris hominis primi in membra transferant Christi, sed infideles parentes de infideli prole gloriantur; etiamsi tanta sint observantia, ut secundum matrimoniales tabulas non nisi liberorum procreandorum causa concumbant, non est in eis vera pudicitia coniugalis.

E ancora, Agostino, parlando di castità coniugale nel *De bono viduitatis*, dà per scontato che gli sposi abbiano osservato la legge con tanto scrupolo da unirsi in matrimonio, in base alle tavole matrimoniali, unicamente per generare figli:

Aug. *bon. viduit.*, 4.5:

... Vides etiam coniugalem pudicitiam et tori Christiani matrimonialem fidem donum esse et hoc a deo, ut illud, quod ultra liberorum procreandorum necessitatem modum concumbendi aliquatenus concupiscentia carnalis excedit, non nuptiarum sit hoc malum, sed veniale sit propter nuptiarum bonum.

In un passo del *De civitate Dei* Agostino sostiene che l'atto coniugale ha come fine la procreazione dei figli, secondo le prescrizioni delle tavole matrimoniali.

Aug. *civ.*, 14.18:

... Quid? Concubitus coniugalis, qui secundum matrimonialium praescripta tabularum procreandorum fit causa liberorum, nonne et ipse quamquam sit licitus et honestus, remotum ab arbitris cubile conquirat?

Che il fine della procreazione appaia indicato nelle *tabulae* risulta anche in un passo di un'orazione scritta contro il manicheo Fausto. Ancora una volta Agostino, in polemica con i Manichei, sostiene che il matrimonio è l'unica unione onesta, poiché ha il fine di generare figli, come si evince dalle tavole matrimoniali:

Aug. *c. Faust.*, 30.6:

Denique vos eum praecipue concubitus detestamini, qui solus honestus et coniugalis est et quem matrimoniales quoque tabulae prae se gerunt,

liberorum procreandorum causa: unde vere non tam concumbere quam nubere prohibetis.

Ancora una volta in polemica contro i Manichei, in *De moribus Ecclesiae catholicae et Manichaeorum*, 2.18.65, Sant'Agostino esalta il valore delle tavole matrimoniali, le quali sigillano l'unione dell'uomo e della donna al fine unico della procreazione dei figli:

Aug. *eccl.*, 2.18.65¹⁴⁷:

... Nuptiae autem, ut ipsae nuptiales tabulae clamant, liberorum procreandorum causa, marem feminamque coniungunt: quisquis ergo procreare liberos quam concumbere gravius dicit esse peccatum, prohibet utique nuptias; et non iam uxorem, sed meretricem feminam facit, quae donatis sibi certis rebus, viro ad explendam eius libidinem iungitur.

La stessa rilevanza delle tavole matrimoniali, dove appare che l'atto coniugale è destinato esclusivamente alla procreazione dei figli, risulta da un passo del *De gratia Christi et de peccato originali*:

Aug. *grat. Christ.*, 2.38:

... Nuptialis autem concubitus, quem matrimoniales quoque indicant tabulae causa procreandorum fieri filiorum, per se ipsum prorsus, non in comparatione fornicationis est bonus.

E ancora nel *Contra Iulianum*, parlando di pudicizia coniugale, sempre Agostino afferma che i rapporti coniugali devono essere limitati alla generazione dei figli, in modo che vengano osservate le prescrizioni delle tavole matrimoniali:

Aug., *c. Iulian.*, 3,43:

... Et si tanta vires habet ista pudicitia coniugalis, tantumque Dei donum est, ut faciat quod praescribunt tabulae matrimoniales, in ipso quoque thoro coniugali conflictu fortiore belligerat, ne ultra quam generandis filiis sat est, etiam ipsum coniugis corpus attrectet.

.....
Si quid vero fit in coniuge, non quidem contra naturam, sed tamen quod tabularum matrimonialium limitem transeat, veniale apud apostolum reperitur; quia nequaquam limes coniugalis carnis exceditur: sed tamen ut etiam ipse non excedatur, contra malum concupiscentiae dimicatur.

¹⁴⁷ PL 54, 1373.

Le stesse considerazioni si ritrovano ancora un secolo dopo, in un passo di Cesario, il quale, esortando alla castità, invita ogni buon cristiano ad avere rapporti con la moglie al solo fine di procreare figli e, ancora una volta, si legge che il contenuto delle tavole matrimoniali consiste nell'indicazione del fine di procreare:

Caes. Arel. *Serm.*, 44.3:

... Denique et ipsae tabulae matrimoniales hoc continent: liberorum, inquit, procreandorum causa.

Le tavole matrimoniali, dunque, dovevano esprimere il fine del matrimonio, ma non solo questo. In esse erano fissate delle condizioni, disposizioni a carattere personale, ma, soprattutto a carattere patrimoniale: non dimentichiamo, come abbiamo visto in alcuni testi¹⁴⁸, l'importanza della dote, che veniva disposta e regolata in queste tavole.

Certamente le *tabulae* dovevano rivestire un ruolo centrale nell'ambito della celebrazione del matrimonio.

A conferma di questo, si rende necessario prendere in esame altri passi di Sant'Agostino.

Aug. *serm.*, 51:

... Tam caste enim habebant illi, qui pro tempore et pro more gentis suae etiam plures habebant, ut non accederent ad carnalem commixtionem, nisi procreationis causa, vere habentes eas in honore. Caeterum qui uxoris carnem amplius appetit, quam praescribit limes ille, liberorum procreandorum causa, contra ipsas tabulas facit, quibus eam duxit uxore.

¹⁴⁸ V. *supra*, p. 473 ss. In materia di dote cfr. BECHMANN, *Das römische Dotalrecht* I, II (Erlangen 1863-1867); CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, Giessen 1870; CORBETT, *The Roman Law of Marriage*, Oxford 1930; ALBERTARIO, *Dos profecticia e dos adventicia*, in *Studi di diritto romano*, cit., p. 281 ss.; ID., *La connessione della dote con gli oneri del matrimonio*, in *RIL* 58 (1925), p. 85 ss., ora in *Studi di diritto romano*, cit., p. 293 ss.; ID., *Corso di diritto romano. Matrimonio e dote*, cit., p. 87 ss.; LAURIA, *Matrimonio - dote in diritto romano*, Napoli 1952; ARCHI, *Dote e donazione nel diritto romano*, in *Studi in memoria di Albertario* 2, Milano, 1953, p. 233 ss.; SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. La dote*, Catania 1959; NICOLETTI, v. *Dote (dir. Rom.)*, in *NNDI* VI, Torino, 1960, p. 257 ss.; CANNATA, v. *Dote (dir. Rom.)*, cit., p. 2 ss.; GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 1997, p. 611 ss. ed ivi la bibliografia; infine GAUDEMET, *Droit privé romain*, 2^e ed., Paris 2000, p. 59 ss. relativamente all'età classica, p. 207 s. per l'età tardo-imperiale, con la bibliografia ivi citata.

rem. Recitantur tabulae, et recitantur in conspectu omnium attestantium, et recitatur, liberorum procreandorum causa; et vocantur tabulae matrimoniales. [...] Sed ut non erubescant parentes, cum dant, recitantur tabulae, ut sint soceri, non lenones. Quid ergo de tabulis recitatur? Liberorum procreandorum causa. Tergitur frons patris atque serenatur, audita voce tabularum.

Dopo un breve cenno alle antiche usanze ebraiche per cui era permesso avere più mogli, Agostino ammonisce i cristiani a non agire in contrasto con le tavole matrimoniali con cui ci si unisce in matrimonio. Queste vengono lette solennemente in presenza di tutti i testimoni partecipanti al rito, e affermando specificamente che l'unione viene fatta *liberorum procreandorum causa*. Agostino, a questo punto si rappresenta finanche il motivo della solennità della *recitatio*: vengano lette le tavole matrimoniali, affinché i genitori non debbano arrossire quando danno una figlia in matrimonio, in quanto da quella lettura risultano suoceri e non mezzani. Che cosa si legge, infatti, nelle tavole? Al fine di procreare figli. A questo punto, ascoltate le parole delle tavole, la faccia del padre si rischiarà e si rasserena.

Nel *sermo* 268 si legge:

Aug. *serm.*, 268:

... ecce sponsus, ubi est sponsa? Matrimoniales tabulas lege: sponsum audi.

Come in una rappresentazione teatrale, il discorso agostiniano descrive minutamente quella fase della celebrazione matrimoniale nella quale avviene la lettura delle tavole. La stessa rappresentazione scenica compare nel *sermo* 183, in relazione al matrimonio fra Cristo e la Chiesa, in cui Agostino evoca la vera e propria cerimonia del matrimonio romano con la lettura delle tavolette matrimoniali: "Ecco lo sposo: parla della sposa! Sottoscrivi le tavole matrimoniali! Ascoltate la sposa: 'E che si predicasse' dice. Lo abbiamo letto, promesso, lo vediamo compiuto..." . E più avanti: "Siamo venuti alle nozze, leggiamo le tavole matrimoniali e non discutiamo. Ne segue che, se tu dici di Cristo che è lo sposo della fazione di Donato, io leggo il contratto e trovo che Cristo è lo sposo della Chiesa":

Aug. *serm.*, 183:

... Ecce sponsus: dic de sponsa, imple tabulas matrimoniales. Audite sponsam: Et praedicari, inquit. Hoc enim sequitur... Sic est factum. Legi-

mus promissum, videmus impletum... Ad nuptias venimus, tabulas legamus, et non litigemus. Ergo si tu dicis, Christus est sponsus partis Donati; ego tabulas lego, et invenio esse Christum sponsum Ecclesiae diffusae toto orbe terrarum.

Anche il discepolo e amico di Sant'Agostino, il vescovo di Cartagine Quodvultdeus, parla di *recitatio* delle tavole matrimoniali nell'atto del simbolico matrimonio fra Cristo e la Chiesa:

Quodv. *serm.*, 3.13 *De Symbolo* III:

... Lego tabulas matrimoniales eius, recitabo.

Tutto questo ci dà un'idea della solennità che circondava la lettura delle tavolette matrimoniali. E proprio in questa occasione – a me pare – si perfezionava il matrimonio. Da quanto è emerso fino ad ora e da quello che si dirà in seguito sembrerà evidente che il concatenarsi di diversi elementi, negozi, atti, riti contribuiva a dare una forma al matrimonio.

Comunque, al centro di tutto sembrerebbe esserci la recita della formula matrimoniale indicata nelle tavolette in presenza di testimoni. In questa occasione, verosimilmente, avveniva lo scambio dell'intento matrimoniale, l'assunzione degli obblighi, la regolamentazione dei rapporti patrimoniali, che, poi, rimanevano cristallizzati nelle tavolette matrimoniali¹⁴⁹. Queste tavolette vengono spesso definite contratti scritti¹⁵⁰ a torto o a ragione, ma di certo rivestivano un ruolo determinante per l'esistenza del matrimonio.

Nel *sermo* 332 si trova una testimonianza isolata della sottoscrizione delle tavole da parte del vescovo.

Aug. *serm.*, 332.4:

... Istis tabulis subscripsit episcopus: ancillae vestrae sunt uxores vestrae, domini estis uxorum vestrarum.

¹⁴⁹ Un parallelo si può fare con le *tabulae testamenti*, per le quali si può parlare di "compromesso fra oralità ed uso del documento": così in F. MARINO, *Cic. Verr.* II, 1, 42, 108 e la repressione del falso, cit., p. 156.

¹⁵⁰ A proposito della forma scritta delle *tabulae* v. KARABELIAS, *La forme de la testatio (ekmartyrion) matrimoniale en droit romain classique et post-classique*, in *RHD* 62 (1984), p. 601, il quale parla di atto scritto che attesta la conclusione del matrimonio, contrapponendolo alla *testatio*, che si sarebbe presentata anche in forma orale.

Era possibile, dunque, che il vescovo¹⁵¹ fosse uno dei cittadini che testimoniavano al momento della confezione delle tavole matrimoniali: questa presenza non influiva, però, sulla sostanza del matrimonio¹⁵², ma certo contribuiva ad accrescerne la solennità.

Del valore delle tavole matrimoniali si ha testimonianza ancora nel V secolo. In un passo dell'*Historia* di Vittore di Vita, come abbiamo già visto¹⁵³, ci si interroga sulla fine dei vincoli della società che a suo tempo stabilirono fra gli sposi gli impegni scritti sulle tavole matrimoniali secondo il diritto in uso fra le persone onorate:

Vict. Vit. V.3:

... Ubi sunt foedera coniugalis amoris? Ubi societatis vincula, quae inter nos dudum honestatis iure tabulae conscriptae fecerunt?

Sommessamente si potrebbe avanzare l'idea che le tavole venissero in seguito conservate, non solo per essere utilizzate, nel caso ce ne fosse bisogno, come prove, ma anche per garantire l'esigenza di pubblicità dell'evento, come accadeva nel caso di nascita di figli¹⁵⁴. In questo caso, le tavole matrimoniali avrebbero avuto una duplice valenza, quella di contratto e quella di registro¹⁵⁵.

7. Che una cosa sia la moglie, altra cosa la concubina è certamente chiaro. Pertanto, l'importanza della lettera CLXVII del papa Leone

¹⁵¹ Per quanto riguarda la Gallia, la sottoscrizione delle tavole da parte del vescovo è attestata da una lettera di Sidonio Apollinare (*Sidon. epist.* VII, II n. 176). Cfr. ORESTANO, *Alcune considerazioni sui rapporti fra matrimonio cristiano e matrimonio romano*, cit., p. 377.

¹⁵² L'ORESTANO (*Alcune considerazioni sui rapporti fra matrimonio cristiano e matrimonio romano*, cit., p.349) parlava di "intervento della Chiesa come un elemento normale, anche se non necessario, della celebrazione nuziale".

¹⁵³ V. *supra*, p. 472.

¹⁵⁴ Cfr. *CIust.* V.4.9, *supra*, p. 476.

¹⁵⁵ Alle tavole come registro si riferiva probabilmente Papiniano (D. 39.5.31 pr.) quando affermava che le *tabulae* non fanno il matrimonio (*Donationes in concubinam collatas non posse reuocari conuenit, nec si matrimonium inter eosdem postea fuerit contractum, ad irritum recidere quod ante iure valuit. An autem maritalis honor et affectio pridem praecesserit, personis comparatis, vitae coniunctione considerata perpendendum esse respondi: "Neque enim tabulas facere matrimonium"*), volendo sottolineare la prevalenza della volontà dei coniugi.

il Grande¹⁵⁶, non è dovuta tanto a questa distinzione, quanto piuttosto al fatto che ci permette di stabilire quando un matrimonio è legittimo. Questa lettera rappresenta un punto d'arrivo e di sintesi del pensiero cristiano. Il papa indica tre requisiti per la legittimità delle nozze¹⁵⁷: la condizione di liberi dei coniugi, il conferimento della dote da parte della sposa in conformità della legge e la pubblicità delle nozze.

S. Leo M. *epist.* CLXVII, *ad Rusticum Narbonensem episcopum*:

Non omnis mulier iuncta viro uxor est viri, quia nec omnis filius haeres est patris. Nuptiarum autem foedera inter ingenuos sunt legitima et inter aequales; multo prius hoc ipsum Domino constituyente quam initium Romani iuris existeret. Itaque aliud est uxor, aliud concubina; sicut aliud ancilla, aliud libera. Propter quod etiam Apostolus ad manifestandam harum personarum discretionem, testimonium ponit ex Genesi, ubi dicitur Abrahæ: "Eiice ancillam et filium eius: non enim haeres erit filius ancillae cum filio meo Isaac". Unde cum societas nuptiarum ita ab initio constituta sit, ut praeter sexuum coniunctionem haberet in se Christi et Ecclesiae sacramentum dubium non est eam mulierem non pertinere ad matrimonium, in qua docetur nuptiale non fuisse mysterium. Igitur cuiuslibet loci clericus, si filiam suam viro habenti concubinam in matrimonium dederit, non ita accipiendum est quasi eam coniugato dederit; nisi forte illa mulier, et ingenua facta, et dotata legitime, et publicis nuptiis honestata videatur.

Nella lettera si rivela un'accettazione esplicita del diritto imperiale¹⁵⁸.

Leone riconosce valore anche in seno alla Chiesa al divieto di matrimoni fra gli schiavi, in conformità alle leggi imperiali: del resto, come abbiamo visto¹⁵⁹, ci fu solo una presa di posizione isolata da parte del vescovo di Roma Callisto che ammetteva queste unioni fra i cristiani, ma l'averne fatto oggetto di dichiarazione esplicita e di moni-

¹⁵⁶ V. Cfr. anche GODEFROY, v. *Mariage*, cit., p. 2115 s.

¹⁵⁷ Requisiti per le legittimità del matrimonio si trovano anche nella legislazione di Valentiniano e Teodosio. V. *supra*, p. 477.

¹⁵⁸ Del resto è risaputa la concezione che Leone I aveva dell'autorità imperiale e del potere ecclesiastico, vicendevolmente compenetrati. Spesso, infatti, nei suoi scritti si trova un indiscusso riconoscimento dell'autorità imperiale. Sulla legittimazione del potere imperiale, ma solo in quanto derivante da Dio, da parte della Chiesa v. da ultimo AMARELLI, *Potere e valori etici nel pensiero della prima patristica*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamasca*, 1, p. 78 s.

¹⁵⁹ V. *supra*, p. 431.

to al vescovo Rustico da parte di papa Leone fa supporre che la pratica condannata fosse in qualche modo diffusa.

In parte si tratta delle stesse indicazioni date più di un secolo prima dal Concilio di Nicea, nelle cui *Sanctiones et Decreta*¹⁶⁰ si affermava:

IV

Serverum et servarum coniugia non licent Christianis, nisi post manumissionem, qua facta, contrahant iure matrimoniali, et libere dote assignata, secundum consuetudinem illius regionis, quam incolunt. Concubinam etiam ducere in uxorem nemini licet, nisi prius dimissa publice fuerit, et publico edito scripto quo assignetur dos, et palam appareat, id matrimonium iure contractum fuisse, iuxta morem ingenuarum nuptiarum. Et haec est lex ingenuitatis, et probae religionis.

Questa, dunque, la posizione della Chiesa: che non si potessero ammettere matrimoni fra schiavi, se non dopo la manumissione; che solo allora si potesse contrarre il matrimonio, essendo assegnata la dote, liberamente secondo la consuetudine di quella regione¹⁶¹. La condizione libera e l'assegnazione della dote sono gli stessi due requisiti che si ritrovano anche nella menzionata lettera di Leone.

Una costituzione dell'imperatore Maggiorano¹⁶², più o meno contemporanea alla lettera di Leone, conferma la necessità della dote *ita ut et* (volgo al positivo la frase imperiale) *matrimonium indicetur et legitimi ex his filii procreentur*. L'aver collocato nello stesso piano delle conseguenze della costituzione della dote un fatto eminentemente giu-

¹⁶⁰ Cfr. MANSI, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, Firenze 1759, p. 1037.

¹⁶¹ Nel testo niceno è molto interessante che si parli del matrimonio come di un negozio contratto secondo il diritto matrimoniale e che si dia valore alle consuetudini locali.

L'accento alle consuetudini locali non va trascurato. A proposito di queste, potremmo chiederci cosa avvenisse nel mondo provinciale, in Occidente e, soprattutto in Oriente, in quelle etnie, sia pure romanizzate ed anche dotate della cittadinanza romana, i cui costumi ed il cui diritto matrimoniali erano ben diversi da quelli di Roma, ed in quale misura costumi e normative giuridiche diversi potessero avere influito sugli stessi romani ed italici trasferiti nelle province. La risposta a questo interrogativo meriterà un approfondimento a parte in un futuro lavoro.

¹⁶² Non fu una costituzione priva di importanza che ebbe vita breve, come vorrebbe il Gaudemet (*Il matrimonio in Occidente*) il quale la ritiene abrogata solo cinque anni dopo dalla Novella di Severo (Nov. I), che, in realtà, fa riferimento sì ad una disposizione di questo imperatore, ma in materia successoria.

ridico come lo stato di legittimità dei figli ed il fatto del matrimonio mi sembra di notevole rilevanza, quasi a sottolineare che non si debba parlare di quest'ultimo come di una mera situazione di fatto.

Nov. Maior. VI.9 (26 oct. 458):

... Et quia studiosae tractatur a nobis utilitas filiorum, quos et numerosius procreari pro Romani nominis optamus augmento et procreatis competentia commoda perire non patimus, hoc necessario putavimus praecavendum, ut marem feminamque iungendos copula nuptiali par condicio utrimque constringat, id est ut numquam minorem quam exigit futura uxor sponsaliciam largitatem dotis titulo se noverit conlaturam, scituris puellis ac parentibus puellarum vel quibuscumque nupturis ambos infamiae maculis inurendos, qui fuerint sine dote coniuncti, ita ut nec matrimonium iudicetur nec legitimi ex his filii procreentur.

Inoltre, ancora una volta si ha la conferma, con la sintonia dei due testi, che i cristiani, pur disapprovando certe manifestazioni pagane, essendo parte integrante dell'Impero, ne accettavano le leggi facendole proprie¹⁶³.

Già l'esame delle *tabulae matrimoniales* ha evidenziato l'importanza della dote ai fini del matrimonio e la grande diffusione¹⁶⁴ di questa pratica in tutto l'Impero, sebbene fossero ammesse delle varianti a livello locale¹⁶⁵, come sembra ricordare il capitolo IV delle *Sanctiones et Decreta* del Concilio di Nicea del 325, dove si parla di dote liberamente costituita secondo la consuetudine della regione abitata dagli sposi¹⁶⁶:

... et libere dote assignata, secundum consuetudinem illius regionis, quam incolunt...

¹⁶³ V. BUCCI, *Il matrimonio cristiano*, cit., p. 523.

¹⁶⁴ Cfr. CASTELLO, *Lo strumento dotale come prova del matrimonio*, in *SDHI* 4 (1938), p. 212.

¹⁶⁵ Una tesi suggestiva, ma che non ebbe molto seguito, è quella del Vismara, secondo cui la diffusione delle tavole matrimoniali in epoca cristiana sarebbe derivata, non dalla tradizione romana, ma da quella ebraica, che vedeva nel documento scritto della *kethubab* l'inizio del matrimonio (*La donazione nuziale nel diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al diritto romano postclassico*, in *Cristianesimo e diritto romano*, Milano 1935, p. 339 ss.) A questa teoria si è opposto l'ORESTANO, *Alcune considerazioni sui rapporti fra matrimonio cristiano e matrimonio romano*, cit., p. 378 s.

¹⁶⁶ V. BUCCI, *Il matrimonio cristiano*, cit., p. 516.

Nello stesso passo si fa parola anche di uno scritto emesso in forma pubblica col quale è assegnata la dote e appare evidente che il matrimonio è stato contratto secondo il diritto.

et publico edito scripto quo assignetur dos, et palam appareat, id matrimonium iure contractum fuisse

Forse con questo scritto si fa riferimento alle tavole matrimoniali. Ancora una volta si parla del loro valore probatorio.

Non può che destare la nostra attenzione il capitolo VII delle *Sanctiones et Decreta*¹⁶⁷, in cui si parla di matrimonio fra vedovi: qui la dote è indicata come uno degli elementi prevalenti dell'oggetto del contratto matrimoniale.

Il terzo requisito per la validità del matrimonio secondo Leone è la pubblicità.

Mentre all'epoca di Traiano la Chiesa d'Oriente sembra indirizzarsi verso la necessità di un'unione in presenza e con l'approvazione del vescovo¹⁶⁸, circa un secolo dopo, Tertulliano, in Occidente, affermava, in modo ancora più netto, che chi vuole sposarsi deve far conoscere le sue intenzioni a tutta la comunità e non solo al vescovo, prevedendo serie sanzioni, sul piano religioso, per chi non vi ottemperi.

Verso la fine del III secolo il papa Eutichiano¹⁶⁹ esortava i vescovi alle pubbliche nozze, a non prendere la moglie di un altro ed a rispettare certe festività non contraendo matrimonio in quei giorni:

Eutychiani Papae Exhortatio ad presbyteros ex antiquo codice Vaticano

... Nullus vestrum ad nuptias eat: omnibus denuntiate ut nullus nisi publice celebratis nuptiis uxorem ducat: nullus sponsam alterius accipiat, et nuptias fieri prohibete ab adventu Domini usque ad transactas octavas Epiphaniae, et a Septuagesima usque ad transactum paschae clusum, et a Rogationibus usque ad transactas octavas Pentecostes. [...]

Questo passo va considerato, in particolare, per il riferimento alla

¹⁶⁷ V. *supra*, p. 464.

¹⁶⁸ Così Ignazio d'Antiochia con la Lettera di Policarpo, 5.2. Questo atteggiamento si spiega, in realtà, col fatto che in tutte le sue opere il Santo insiste sull'obbedienza dovuta al Vescovo. Non sappiamo, però, se all'epoca questa idea ebbe un seguito, dal momento che non si trova alcun documento risalente ai primi tre secoli che confermi l'assorbimento di tale pensiero nella prassi.

¹⁶⁹ V. *supra*, p. 432.

pubblicità delle nozze, anche se, in realtà, questo sembra più un invito limitato ai vescovi, a cui si rivolge, piuttosto che a tutta la comunità cristiana.

In un canone del Concilio di Laodicea del 320 leggiamo:

Can. I

... Oportere ex ecclesiasticos canones eos qui libere et legitime secundo matrimonio coniuncti sunt, et non clam uxores duxerunt, cum exiguum tempus praeterierit et orationibus et vacaverit, eis ex venia dare communionem.

Nella disposizione che legittima il secondo matrimonio¹⁷⁰, si evidenzia in modo particolare la preoccupazione che esso avvenga non clandestinamente. Vi si esprime, dunque, esclusivamente l'esigenza di pubblicità, mentre non si richiede, invece, l'intervento della Chiesa, da cui far dipendere la sussistenza del matrimonio.

A questo punto va richiamato quel capitolo delle *Sanzioni e Decreti* del Concilio di Nicea del 325, riguardante le nozze fra vedovi, già menzionato a proposito della dote:

VII

Viduorum, et viduarum matrimonia sincere, et sancte divulganda sunt, et in vulgus hominum indicenda...

I matrimoni contratti fra vedovi *sancte divulganda sunt e in vulgus hominum indicenda*. Si tratta di una duplice forma di pubblicità¹⁷¹, una per il diritto sacro, l'altra per quello civile, ma entrambe prescritte dalla Chiesa.

Anche in Agostino si rileva l'esigenza della pubblicità: gli uomini – egli afferma – vogliono che tutte le azioni giuste siano messe in luce, così, in particolare, si desidera che sia conosciuto questo atto legittimo dello sposo. Per questo motivo si celebrano matrimoni solenni¹⁷².

La lettera di Leone rappresenta un punto di arrivo: infatti, vi si fa tesoro del pensiero cristiano cresciuto ed evoluto negli ultimi secoli, arrivando, così, ad un, se pur provvisorio, assestamento, per il quale si

¹⁷⁰ Sono ammessi alla comunione coloro che liberamente ed in modo legittimo si sono uniti in un secondo matrimonio.

¹⁷¹ Si noti il ripetersi dell'iterativo *et*.

¹⁷² Aug. *civ.*, 14.18.

riconosce che la Chiesa fa proprie le forme del matrimonio già previste dalla società civile. La lettera, aggiunge, però, qualcos'altro. Laddove si statuisce che l'unione con la concubina non può definirsi matrimonio in quanto non ha ricevuto il sacramento della Chiesa e di Cristo, si viene a delineare quello che può essere definito il mistero nuziale¹⁷³.

Questa è la teoria del matrimonio contratto-sacramento¹⁷⁴.

8. Sono evidenti le difficoltà di una ricerca basata sulle fonti patristiche al fine di ricostruire l'idea del matrimonio romano, in una società aperta agli usi provinciali e pervasa dall'idea del Cristianesimo.

Una prima difficoltà da affrontare, è rappresentata dall'incertezza e dalla divisione del pensiero cristiano. Alla fine le linee comuni si possono individuare nell'esaltazione della castità come situazione ideale di vita anche rispetto al matrimonio, nel divieto delle seconde nozze e, quindi, in una visione monogamica estremizzata del matrimonio¹⁷⁵.

Non possiamo, comunque, concepire un'unitaria posizione della Chiesa, dilaniata com'era, allora, da lotte intestine. Non dobbiamo, inoltre, dimenticare che essa cominciava solo all'epoca ad organizzare le proprie idee. Non è possibile affermare, dunque, che il pensiero cristiano, così diviso e incerto, potesse influenzare in modo così incisivo la legislazione imperiale.

Non dobbiamo nemmeno pensare ad una decisa contrapposizione fra il matrimonio di questi ultimi secoli e quello di un'epoca più antica, considerato, come abbiamo detto all'inizio di questo lavoro, privo di forme dalla dottrina dominante.

Tutto questo nasceva da un equivoco di partenza, quello per cui si deve cercare ad ogni costo la norma di legge per arrivare alla conclusione che non si tratta solo di una situazione di fatto. In realtà, il

¹⁷³ V. BUCCI, *Il matrimonio cristiano*, p. 520 ss. con la preziosa bibliografia ivi citata. Cfr. anche GODEFROY, v. *Mariage*, cit., p. 2101 ss.

¹⁷⁴ Già alcuni Padri rappresentanti del primo Cristianesimo vi avevano fatto frequenti accenni, ma solo con Agostino, a me parrebbe, si è potuto parlare di una vera e propria disciplina del fenomeno, in cui il *sacramentum* diventa uno dei tre *bona coniugalia*. Cfr. anche GAUDEMET, *Il matrimonio in Occidente*, cit., p. 40

¹⁷⁵ L'idea della monogamia, mentre è il punto di rottura col mondo ebraico, rappresenta quello di contatto col mondo pagano.

diritto si crea non solo attraverso le leggi, ma anche attraverso le consuetudini, tanto più se parliamo di un istituto come il matrimonio.

È quanto risulta anche da un passo di Ulpiano, che parlando del divieto di donazioni fra coniugi, afferma che la donazione non vale se il matrimonio è fondato su leggi e costumi.

D. 24.1.3.1 (Ulp., *Libro trigesimo secundo ad Sabinum*): Et quidem si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit.

La legittimità del matrimonio, dunque, è data anche dall'osservanza delle consuetudini.

E, pure la Chiesa, in materia matrimoniale, rinvia spesso alle consuetudini locali. Per questo motivo quelli che, a prima vista, possono sembrare solo riti diffusi da secoli nelle diverse località dell'Impero, in realtà, anch'essi contribuiscono a dare una forma giuridica al matrimonio.

Non possiamo, dunque, ipotizzare un passaggio netto e radicale da un matrimonio inteso come situazione di fatto ad uno caratterizzato da determinate formalità. Già da tempo questo istituto presentava particolari forme, anche se mutate prevalentemente da consuetudini. Certamente, in epoca più tarda, ad esse se ne aggiungono altre di carattere più strettamente giuridico.

Ma c'è di più. Le fonti cristiane esaminate attestano l'indubbia osservanza delle disposizioni di diritto romano, permettendoci di ricostruire in modo attendibile, dal punto di vista giuridico, l'istituto del matrimonio.

Nelle fonti patristiche si ritrova con sempre maggiore frequenza l'uso di una terminologia contrattuale per definire il matrimonio. Si parla di contrarre matrimonio, di vincolo coniugale, che crea obblighi per entrambe le parti, di matrimonio come *negotium*, come *pactio*, come *foedus*, come *conventio*, come *contractus*, con un linguaggio sempre più tecnico.

E ancora, sia con grande ampiezza in testi patristici sia, con maggior parsimonia, in quelli giuridici troviamo il verbo *sociare* e il sostantivo *societas*, che, da un lato, ricorda tanto il *consortium omnis vitae* di Modestino, dall'altro, l'idea di una società fra coniugi che dovranno contribuire alla realizzazione di uno scopo comune, che sarà fatta propria dal *Codex Iuris Canonici* (CIC)¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Can. 1055 § 1, CIC 1983. *Matrimoniale foedus, quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad pro-*

Il cristianesimo, dunque, non imponeva un modello radicalmente diverso da quello che gli veniva offerto dal diritto e dalla società romana. Lo stesso papa Leone, come abbiamo visto, per verificare la legittimità del matrimonio cristiano fissò tre requisiti che erano noti anche al diritto romano. Se si vuole trovare eventualmente un'influenza del cristianesimo, la si deve cercare in certi divieti matrimoniali, come, ad esempio, quelli riguardanti l'unione con la cognata o con la figliastra indicati nei canoni del Concilio di Elvira¹⁷⁷.

Nel pensiero cristiano va formandosi l'idea del matrimonio come sacramento, ma la sacralità del vincolo non è dovuta alla presenza di un ministro della Chiesa durante il rito nuziale. È vero che è prevista la possibilità che il vescovo sottoscriva le tavole, ma lo fa come uno dei tanti testimoni. È vero che alcuni testi parlano di benedizioni, ma queste non incidono sulla validità del matrimonio.

Il sacramento, come ci viene presentato a partire da Sant'Agostino, è qualcosa che deriva direttamente da Dio, senza la mediazione di un sacerdote. Quando è richiesta la presenza del vescovo è, essenzialmente, per soddisfare un'esigenza di pubblicità: far conoscere l'unione ma-

lis generationem et educationem ordinatum, a Christo Domino ad sacramenti dignitatem inter baptizatos evectum est Tit. IV.7 *De matrimonio*). Sull'ispirazione nel CIC del 1983 all'idea societaria del matrimonio secondo la tradizione romanistica v. SCICLUNA, *The Essential Definition of Marriage According to the 1917 and 1983 Codes of Canon Law. An Exegetical and Comparative Study*, Lanham-New York-London 1995, p. 296 ss. Cfr. *Comentario exegetico al código de derecho canónico*, III.2, Obra coordinada y dirigida por Marzoa, Miras y Rodríguez-Ocaña, 2a ed., Pamplona 1997, sul termine *consortium* p. 1041 s., sull'unità dei fini p. 1043 s. A proposito dell'introduzione del termine *consortium* nel CIC del 1983 v. DIENI, *Apories persistentes dans le droit matrimonial canonique*, in *RDC* 50/1 (2000) p. 171 ss.

Diversamente nel previgente CIC del 1917 non esisteva il riferimento al *consortium*, ma si parlava di *contractus matrimonialis*:

Can. 1012 § 1, CIC 1917. *Christus Dominus ad sacramenti dignitatem evexit ipsum contractum matrimonialem inter baptizatos*. Nel canone successivo venivano indicati i fini:

Can. 1013 § 1, CIC 1917. *Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis; secundarius mutuuum adiutorium et remedium concupiscentiae*.

Più recentemente il termine *consortium* si ritrova nel *Codex canonum ecclesiarum orientalium*:

Can. 776 § 1, CCEO. *Matrimoniale foedus a creatore conditum eiusque legibus instructum, quo vir et mulier irrevocabili consensu personali totius vitae consortium inter se constitutum, indole sua naturali ad bonum coniugum ac ad filiorum generationem et educationem ordinatur*.

¹⁷⁷ V. *supra*, p. 433 s. In tema di divieti matrimoniali si vedano anche le considerazioni di ASTOLFI, *Aspetti del diritto matrimoniale*, cit., p. 332 s.

trimoniale a tutta la comunità cristiana, che il vescovo rappresenta. Sono gli stessi sposi che diventano ministri del sacramento, e, in quanto tali, hanno in sé il potere di concludere il contratto matrimoniale, che è anche sacro, e ciò rafforza ancora di più l'idea di matrimonio come sacramento-contratto¹⁷⁸.

Ma nulla è cambiato della struttura del matrimonio romano: il sacramento ha solamente elevato ad una maggiore dignità le nozze¹⁷⁹, quasi a conferma di quella *divini et humani iuris communicatio* che Modestino riferiva al matrimonio pagano¹⁸⁰.

Del resto, alla costruzione, voluta dal pensiero cristiano, che definisce il matrimonio come contratto e sacramento, non avrebbe senso contrapporre una visione pagana del matrimonio come mera situazione di fatto. Se non altro la teatralità che si creava intorno alla lettura e la sottoscrizione delle tavole matrimoniali, le quali davano una certezza circa i rapporti patrimoniali fra i coniugi e davano garanzia sulla legittimità della prole, creerebbe non pochi dubbi al riguardo.

In fondo, i due mondi non erano così distanti.

Non dobbiamo, infatti, dimenticare che i Padri della Chiesa erano certamente uomini del loro tempo, che vivevano in quella stessa società che esprimeva quel diritto e quelle usanze, che in linea di massima andavano, comunque, rispettate. Non dobbiamo dimenticare, quindi, come ha scritto Manlio Sargenti "che, per quanto lontane e antitetiche siano l'esperienza giuridica romana e la spiritualità cristiana, entrambe operano, però, su un terreno sociale comune"¹⁸¹.

Ipsi homines, denique, [...] non matrimonia copulant nuptiarum sollemnibus iustis?

Così s'interroga Arnobio¹⁸². Lo scrittore africano si chiedeva in modo retorico se, dal momento della comparsa della religione cristiana, nel mondo tutto fosse cambiato e, in particolare, se gli uomini avessero smesso di contrarre i matrimoni secondo i riti delle giuste nozze. La risposta era ovviamente negativa.

¹⁷⁸ Così ancora in Can. 1055 § 2 CIC 1983: *Quare inter baptizatos nequit matrimonialis contractus validus consistere, quin sit eo ipso sacramentum.*

¹⁷⁹ V. BUCCI, *Il matrimonio cristiano*, cit., p. 523.

¹⁸⁰ Cfr. BALLINI, *Il valore giuridico*, cit., p. 6.

¹⁸¹ SARGENTI, *Matrimonio cristiano e società pagana*, cit., p. 372.

¹⁸² Arnob. *nat.*, I.2.10.

MICHELE RAFFI *La pubblicità come presupposto di tutela del marchio di fatto*

ABSTRACT

Nel presente studio, l'autore propone un'attenta disamina della problematica relativa all'utilizzo nella pubblicità di un marchio di fatto, al fine di verificare se tale impiego concreti presupposto di tutela giuridica dello stesso.

Dopo un'ampia rassegna di dottrina e giurisprudenza sul punto, si sottolinea la rilevanza dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'art.16 2° comma dell'Accordo TRIPs, siglato a Marrakech il 15 aprile 1994 e ratificato dall'Italia con la legge n.747 del 29 dicembre 1994, seguita dal decreto legislativo n.198 del 19 marzo 1996.

Tale disposto normativo sancisce il principio secondo cui la notorietà di un marchio può essere valutata anche sulla base dell'attività di mera promozione pubblicitaria del medesimo in alternativa all'uso del segno sui prodotti effettivamente distribuiti sul mercato.

Ne consegue, come corollario, il riconoscimento legislativo della rilevanza della pubblicità come strumento di tutela del marchio di fatto.

MICHELE RAFFI

LA PUBBLICITÀ COME PRESUPPOSTO DI TUTELA
DEL MARCHIO DI FATTO

Problema controverso e vivamente dibattuto sotto il profilo esecutivo è costituito dal riconoscimento o meno della rilevanza dell'utilizzo nella pubblicità di un marchio di fatto quale presupposto della tutela giuridica dello stesso.

La dottrina è sempre stata divisa sul punto.

Una corrente di pensiero, minoritaria, ritiene che la protezione scaturisca dall'immissione effettiva del prodotto, contrassegnato dal marchio di fatto, sul mercato; in altri termini, seguendo tale impostazione, solo con la vendita effettiva del prodotto contraddistinto o la sua diffusione nei punti vendita si concreterebbe quella necessaria associazione tra segno distintivo e prodotto, indice della acquisita notorietà del marchio non registrato¹.

La dottrina prevalente, invece, non reputa necessario lo smercio dei prodotti contrassegnati, essendo sufficiente, al fine del sorgere della tutela, l'uso pubblicitario del segno distintivo².

Un'autorevole giurista osserva, infatti, che urterebbe contro le finalità della disciplina della concorrenza consentire la libera appropriabilità di un marchio già connotato dalla notorietà come conseguenza del suo utilizzo pubblicitario³.

Del resto, le moderne tecniche pubblicitarie garantiscono il necessario collegamento tra il segno distintivo e il prodotto come proveniente da una medesima fonte produttiva, anche in difetto di un'effettiva commercializzazione⁴.

¹ FERRARA Jr., *La Teoria giuridica dell'azienda*, Firenze 1948, pag. 230; VANZETTI, *Equilibrio di interessi e diritto al marchio*, in *Riv. di Diritto Commerciale* 1960, I, pag. 254 e ss..

² MANGINI, *Il marchio di fatto*, Padova, 1964, pag. 16-17; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano 1960, pag. 477; CASANOVA, *Impresa ed azienda*, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da Vassalli, Torino, 1974, pag. 294.

³ MANGINI, *Il marchio di fatto*, cit., pag. 17.

⁴ MANGINI, *Il marchio di fatto*, cit., pag. 16; DI CATALDO, *I segni distintivi*, Milano, 1985, pag. 46.

Nondimeno divergenze dottrinarie si delineano in punto alla necessità o meno di correlare l'utilizzo del marchio nella pubblicità con la necessaria apposizione del segno distintivo sul prodotto, dando luogo a contrastanti teorie.

Alcuni autori ritengono integrato il presupposto della tutela nell'impiego nella sola pubblicità di un marchio di fatto, indipendentemente dall'eventuale e successiva immissione sul mercato del prodotto contraddistinto da esso.

Ciò sul presupposto che l'uso pubblicitario del segno distintivo costituirebbe un fatto di per sé giuridicamente rilevante, idoneo a catalizzare l'attenzione dei consumatori su qualcosa di ben preciso⁵.

Altri autori, invece, affermano la necessità di un collegamento tra la pubblicità del segno distintivo e una reale produzione, in relazione alla quale l'uso reclamistico del marchio non registrato appare come prodromico.

Tale corrente di pensiero postula questa necessaria correlazione, onde evitare un utilizzo pubblicitario del marchio fine a se stesso e funzionale unicamente ad evitare la decadenza ex art. 42 della legge marchi⁶.

La giurisprudenza prevalente di legittimità è attestata, invece, su posizioni diverse, tese all'affermazione del principio secondo cui la notorietà che giustifica la protezione del marchio di fatto è quella derivante dalla conoscenza effettiva del prodotto contraddistinto e corrispondente alla diffusione dello stesso⁷.

In senso conforme si registra una risalente pronuncia del Tribunale di Milano⁸ che non ha ravvisato gli estremi di un utilizzo del marchio, per difetto di smercio effettivo del prodotto, nel messaggio pubblicitario, commissionato da una determinata impresa, che preannunciava l'uso del nome "Canasta" quale segno distintivo di calze di nuo-

⁵ ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., pag. 509; Guglielmetti, *Il Marchio, oggetto e contenuto*, Milano, 1955, pag. 59.

⁶ FRANCESCHELLI, *Profilo differenziale dell'istituto della decadenza del brevetto nelle sue applicazioni alle invenzioni e ai marchi*, pag. 161; AMMENDOLA, *Invenzione, marchio, opera dell'ingegno*, Milano 1977, pag. 71 e ss..

⁷ Cass. 28/4/1958 in *Rep. Foro Italiano*, 1958, Voce marchio n. 35; Cass. 8/2/1974 n. 348 in *Giur. Annotata di Diritto Industriale* 1974, pag. 474; Cass. 25/11/1982 n. 2060 in *Le Società* 1984, pag. 172.

⁸ Trib. Milano 16/12/1954 in *Temi*, 1956, pag. 386.

va produzione e nell'apposizione del medesimo marchio sui cofanetti contenenti il campionario.

Su posizioni difformi è ancorata, invece, la giurisprudenza onoraria, il cui indirizzo maggioritario tende a riconoscere che l'utilizzo esclusivamente pubblicitario del marchio sia sufficiente ad integrare il presupposto della tutela del segno distintivo.

Il Tribunale di Catania⁹ ha ammesso, infatti, che il preuso di un marchio possa attuarsi anche per il solo tramite della pubblicità, purché tuttavia sussista un collegamento tra quest'ultima e l'esistenza di prodotti da contrassegnare, seppure non ancora posti in commercio, o quantomeno un inizio di produzione o di predisposizione dei mezzi per la realizzazione dei prodotti e dei servizi.

Più segnatamente, nel caso di impresa non avente sedi di produzione in Italia, occorre, ad avviso della Corte catanese, per i fini in esame, che quanto meno sia predisposto un'organizzazione per l'introduzione dei prodotti in Italia a scopo commerciale.

Su posizioni simili il Tribunale di Milano¹⁰, secondo cui al fine dell'acquisizione del diritto all'uso esclusivo del marchio di fatto è rilevante la notorietà generale acquisita dal segno in ragione di un'intesa attività pubblicitaria, anche in difetto di una corrispondente reperibilità del prodotto.

Nella fattispecie, la notorietà generale del marchio di un prodotto farmaceutico era stato desunto dal solo fatto dell'inserimento di esso nell'"Informatore farmaceutico", pubblicazione annuale dell'Industria farmaceutica nazionale.

S'innestano in questo ampio filone giurisprudenziale anche la sentenza 2/10/1986 del Tribunale di Milano¹¹ e la pronuncia del Tribunale di Torino 16/9/1987¹².

Quest'ultima decisione è rilevante, in quanto vi si afferma che anche la sola pubblicità attuata mediante la stampa e la diffusione di cataloghi costituisce un atto idoneo ad integrare l'uso e, in particolare, il preuso di un marchio; la pubblicità, infatti, concreta un'offerta di ven-

⁹ Trib. Catania 25/1/1977 in *Giur. Annotata di Diritto Industriale* 1977, pag.224.

¹⁰ Trib. Milano 5/5/1975 in *Giur. Annotata di Diritto Industriale* 1975, pag. 382.

¹¹ Trib. Milano 2/10/1986 in *Giur. Annotata di Diritto Industriale* 1987, pag. 280.

¹² Trib. Torino 16/9/1987 in *Giur. Annotata di Diritto Industriale* 1987, pag. 727.

dieta generalizzata e quindi un atto rientrante nella categoria degli atti di industria e di commercio.

* * *

La recente novella della legge marchi (D. Lgs. n. 480 del 4/12/1992) non pare aver contribuito alla soluzione del problema nei termini sopra enunciati: se cioè occorra ai fini del sorgere della tutela del marchio di fatto che il prodotto contraddistinto dal segno sia stato immesso sul mercato, costituendo oggetto di smercio, oppure sia sufficiente l'utilizzo del marchio nella sola pubblicità, quale strumento atto a far conseguire notorietà e quindi capacità distintiva al segno.

Preferibile appare comunque l'opinione, da tempo radicata presso la dottrina dominante¹³ e la giurisprudenza di merito, che, aderendo alla seconda prospettazione, individua nell'utilizzo pubblicitario del marchio un uso in senso tecnico dello stesso ai sensi e per gli effetti degli articoli 9 e 17 della legge marchi.

A tale conclusione si perviene anche sulla base dell'esegesi dell'art. 6/bis della Convenzione dell'Unione di Parigi e dell'art. 16, co. 2 dell'Accordo TRIPs.

Prima di esaminare tali norme, è opportuno però chiarire il significato del termine pubblicità e le sue finalità precipue.

Pertinente risulta allora il richiamo all'art. 2 lett. a del D. Lgs. n. 74 del 1992, che contiene la prima definizione di pubblicità commerciale dettata da un testo legislativo del nostro ordinamento. Per pubblicità deve intendersi "qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili o immobili, la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi oppure la prestazione di opere e di servizi".

Da tale definizione si può arguire de plano che per aversi pubblicità occorra una qualsiasi forma di comunicazione, purché diffusa nell'esercizio delle attività sopraelencate e teleologicamente diretta alla promozione di beni e di servizi.

Al di là del nucleo oggettivo della fattispecie, è comunque d'uopo esaminare le finalità della pubblicità, onde trarre elementi utili alla nostra analisi.

¹³ MANGINI, op. cit..

Seguendo tale prospettiva di indagine, si perverrà alla conclusione che l'essenza della pubblicità consti di un'idea suggestiva e tendenzialmente persuasiva, concepita in funzione della diffusione o del rafforzamento sul mercato di un marchio o di un prodotto di cui si fanno conoscere o si esaltano i pregi.

Dall'altra parte, lo scopo che l'imprenditore si prefigge con la pubblicità è lo sfruttamento, a proprio vantaggio, della capacità persuasiva che la réclame esercita nei confronti dei consumatori, al fine di orientarli verso il proprio prodotto, a discapito degli imprenditori concorrenti.

Di certo le moderne tecniche pubblicitarie sono atte a garantire il collegamento tra marchio e prodotto, di guisa che non sussistano dubbi sulla provenienza degli stessi da una medesima fonte produttiva.

Ne consegue che, in conformità all'orientamento dottrinale prevalente, non è necessaria la messa in commercio del prodotto contrassegnato ai fini dell'acquisto della tutela del marchio di fatto.

Tale prospettazione è in linea, del resto, con l'interpretazione che la giurisprudenza ha dato dell'art. 6/bis della Convenzione dell'Unione di Parigi¹⁴.

Tale norma, secondo la Corte di Cassazione, non estende infatti la tutela del preuso di un marchio di fatto, avvenuto in uno degli Stati aderenti a siffatta Convenzione, a tutti i Paesi aderenti, ma limita la tutela all'ambito territoriale delle Nazioni nelle quali vi fu effettivo preuso, nei confini dell'acquisita notorietà¹⁵.

Il Tribunale di Spoleto con una recente sentenza ha ribadito tale principio, escludendo che un marchio (di cui era titolare una società americana e destinato a contrassegnare nella fattispecie capi di abbigliamento) potesse giovare della tutela dell'offerta del sopracitato art. 6/bis della Convenzione di Parigi, atteso che in Italia non vi era stato smercio del prodotto o notorietà del marchio derivante da una pubblicizzazione prima della registrazione dello stesso da parte di una società italiana antagonista¹⁶.

Pertanto, anche tale disposto pare attribuire rilievo al preuso del

¹⁴ La Convenzione dell'Unione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, stipulata il 20-3-1883 è stata oggetto di numerose revisioni ed è vigente in Italia nel testo di Stoccolma del 14-7-1967, ratificato dal nostro Paese con legge 28-4-1976 n. 424.

¹⁵ Cass. 12/8/1946 n. 1911.

¹⁶ Trib. di Spoleto 20/6/1992 in *Archivio Civile* 1993, pag. 136.

marchio di fatto in termini di mera promozione pubblicitaria del medesimo in alternativa all'uso del segno sui prodotti effettivamente distribuiti sul mercato.

Altra rilevante fonte normativa, cui fare riferimento per i fini della nostra indagine, è costituita dall'art. 16, 2° co. dell'Accordo TRIPs¹⁷, ratificato con legge n. 747 del 29/12/1994.

A tal proposito non è superfluo ricordare che, in sede di ratifica, il legislatore italiano ha delegato il Governo a provvedere all'adeguamento della normativa interna in materia di proprietà intellettuale alle prescrizioni di tale accordo: specie, tra l'altro, in relazione all'introduzione di parametri per la definizione del concetto di notorietà.

Tale adeguamento è stato attuato con l'emanazione del D. Lgs. n. 198 del 1996, che ha apportato modifiche alla legge marchi.

Più segnatamente, l'art. 16, 2° co. dell'Accordo TRIPs recita testualmente che "nel determinare la rinomanza di un marchio, i membri tengono conto della notorietà del marchio presso il pubblico interessato, ivi compresa la notorietà del membro in questione conseguente alla promozione commerciale del marchio".

Da un'attenta analisi di tale norma si può desumere che la notorietà di un marchio può essere valutata assumendo come parametro anche l'attività promozionale del medesimo.

In altri termini, la specifica e inequivoca terminologia rappresentata dall'espressione "promozione commerciale" del marchio induce a ritenere che l'attività pubblicitaria sia idonea di per sé a determinare l'acquisto della notorietà di un marchio di fatto, indipendentemente dall'uso del segno distintivo sul prodotto nel singolo Stato membro.

Tale interpretazione, sostenuta da autorevole dottrina¹⁸, si pone del resto in linea con l'orientamento che, già prima dell'attuazione dell'accordo TRIPs in Italia, aveva riscosso ampi consensi sia in dottrina, che in giurisprudenza.

Tale specificazione è quindi estremamente significativa, in quanto sancisce la presa d'atto della rilevanza del fenomeno pubblicitario anche nella sfera della tutela della proprietà intellettuale; fenomeno in

¹⁷ Agreement on Trade - related Aspects of Intellectual Property Rights, siglato nell'ambito dell'Uruguay round dei negoziati GATT, terminati il 15/4/1994 a Marrakesh in Marocco.

¹⁸ KUR, TRIPs and Trademark Law in Autori Vari, From Gatt to TRIPs, The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property rights, a cura di Beier e Schericker, Wenheim - New York - Basel - Cambridge - Tokyo, 1996, pag. 106.

continua ascesa per la sua diffusione; per gli ingenti investimenti ad esso sottesi e per la sua potenzialità ed idoneità ad orientare le scelte economiche dei consumatori, con conseguenziale riverbero sull'assetto concorrenziale del mercato.

Rebus sic stantibus, le perplessità manifestate da altra parte della giurisprudenza e della dottrina circa la rilevanza dell'attività pubblicitaria avente ad oggetto un marchio di fatto disgiunto dallo smercio effettivo del prodotto contraddistinto dal medesimo paiono quindi essere superate dall'introduzione del nostro ordinamento dell'art. 16, 2° co. dell'Accordo TRIPs.

D'altra parte, si registra negli ultimi anni la tendenza a non far comparire nei messaggi pubblicitari il prodotto. Ciò che conta è che venga reclamizzato il marchio. Quest'ultimo, infatti, quale segno distintivo, non è funzionale ad evidenziare le caratteristiche e qualità di un prodotto, quanto piuttosto a consentire l'individuazione dello stesso da parte dei consumatori e dei terzi in generale¹⁹, fungendo in via mediata da collettore di clientela per l'impresa che ne è titolare. Seguendo tale orientamento, non è rilevante, ad esempio, la durata dell'apparizione di un prodotto in uno spot televisivo, bensì occorre rendere manifesto al consumatore il collegamento tra marchio e prodotto, quali fattori aventi come comune denominatore una medesima fonte produttiva.

Emblematico è il caso di una nota società americana produttrice di articoli sportivi, che ha rinunciato all'indicazione del marchio denominativo nei messaggi pubblicitari, proponendo unicamente il suo marchio emblematico: il baffetto o swoosh.

Pertinente appare allora il richiamo ad una frase di Mark Twain tratta dal romanzo "Un americano alla corte di Re Artù": "Molte cose piccole sono diventate grandi con la pubblicità giusta".

* * *

La problematica in oggetto pone quesiti e contenuti nuovi, allorché ci si accosti all'universo di Internet.

Il marchio, infatti, può essere riprodotto on line mediante un segno grafico, verbale o sonoro, che compare nella pagina web.

Allo stato, tuttavia, dottrina e giurisprudenza non hanno mostrato

¹⁹ Cass. n. 2567 del 1973.

eccessiva attenzione all'approfondimento della problematica della tutela del marchio di fatto su Internet. Ciò è da imputarsi sia all'evoluzione della tecnologia, a tal punto rapida da rendere obsolete le soluzioni nel frattempo individuate, sia alla diffusione globale dei messaggi in Rete, con conseguente difficoltosa individuazione del giudice competente per territorio in ipotesi di controversie giudiziarie al riguardo.

Per un corretto inquadramento della fattispecie, occorre aver riguardo innanzitutto al concetto di domain name.

Ogni operatore commerciale in Internet esplica, infatti, la propria attività attraverso un sito contrassegnato da un indirizzo numerico, che può assimilarsi, quanto a funzione, ad un comune indirizzo postale.

Tale referente numerico non risulta però di facile acquisizione mnemonica per gli utenti della Rete, talché è stato creato un sistema di assegnazione di indirizzi simbolici o domain names, denominato Domain Name Service.

In altri termini, il domain name non è altro che la traduzione in caratteri alfanumerici di un indirizzo Internet, atto ad identificare in maniera precisa ed univoca un sito web nella Rete Internet.

Il nome di dominio, spesso coincidente con la versione abbreviata della denominazione di una società o di un marchio di impresa, consta di due parti, separate dal segno grafico di un punto, che identificano l'una l'impresa (o il soggetto titolare del sito) e l'altra l'ambito geografico in cui essa opera.

I domain names non assolvono alla funzione di semplici indirizzi, ma connotano in senso distintivo l'utilizzatore del sito, concorrendo all'identificazione del medesimo e dei servizi commerciali offerti al pubblico.

Il sito, accessibile attraverso il domain name, configura, infatti, sovente il luogo virtuale deputato ad orientare il cyberconsumatore all'acquisto di prodotti o servizi offerti da una determinata impresa²⁰.

Più segnatamente, il domain name viene considerato dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria alla stregua di una forma atipica di segno distintivo²¹.

Qualora il domain name presenti i caratteri del marchio di fatto,

²⁰ Trib. di Reggio Emilia, 30 maggio 2000 in *Giur. Italiana* 2001, pag. 96.

²¹ Cfr. *ex pluribus* Trib. di Verona 25/5/99 in *Giur. Italiana* 2000, I, 341; Trib. di Cagliari 30/3/2000, *ibidem*, 1671; Trib. di Genova, 13/10/99 in *Foro Italiano* 2000.

incontrerà la tutela prevista dall'art. 9 della legge marchi, che consente al titolare di un segno distintivo non noto o dotato di notorietà puramente locale di continuare a farne uso, nonostante la sua successiva registrazione come marchio da parte di un terzo.

Occorre però stabilire se e in quale misura il domain name possa acquisire notorietà, rientrando nell'alveo di tutela di quest'ultima norma.

Ciò a fortiori, se si considera che, in conformità ai principi generali che regolano la materia, se il marchio di fatto è usato dall'imprenditore in modo generalizzato e notorio, non sarà possibile registrare un segno identico per difetto del requisito della novità e, in ipotesi di avvenuta registrazione, il titolare del marchio di fatto può far dichiarare l'invalidità del marchio registrato che risulta carente di novità.

Applicando tali principi alla fattispecie del domain name, occorrerà individuare i parametri idonei a definire l'ambito di uso effettivo e il grado di notorietà acquisito.

Indici rivelatori in tal senso possono essere considerati: il numero di accessi registrati da un determinato sito in un arco temporale predefinito e la quantità di ordinativi on line effettuati dai cyberconsumatori sulla scorta della pubblicità diffusa dal sito e nel sito.

D'altro canto, ormai da tempo l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha chiarito che "la natura di messaggio pubblicitario, ai sensi dell'art. 2 lett. a del D.Lgs. n. 74 del 1992, di un'informazione commerciale, non appare in contrasto, né può essere esclusa dalla sua diffusione attraverso la rete informatica Internet, la quale contiene appositi siti finalizzati alla veicolizzazione di messaggi diffusi nell'esercizio di attività imprenditoriali, industriali, artigianali o professionali al fine di promuovere la vendita di beni e di servizi"²².

Pertanto, anche in ambito Internet, la pubblicità può costituire presupposto di tutela del domain name, qualora esso integri gli estremi di un marchio di fatto.

V'è comunque da rilevare che si sono imposte on line forme di pubblicità diverse da quelle riconducibili alle categorie tradizionali.

Se, infatti, quest'ultime comprendono la pubblicità attuata a mezzo stampa, radio, televisione, cartellonistica, sponsorizzazione, per citarne

²² Provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. 5019 del 22/05/97; in senso conforme si registrano i provvedimenti della stessa: n. 4820 del 27/3/97, n. 5779 del 12/3/98, n. 7186 del 6/5/99, n. 7303 del 17/6/99.

alcune, la reclame in rete si avvale di altri canali di diffusione: la pagina web, la posta elettronica, i banners.

Attraverso la pagina web, per esempio, l'imprenditore commerciale pubblicizza i propri prodotti o servizi e diffonde le offerte promozionali, rivolgendosi ad un pubblico vastissimo di cyberconsumatori.

Un altro dei più diffusi canali pubblicitari telematici è costituito dall'invio di informazioni commerciali attraverso la posta elettronica (o e-mail), in funzione reclamistica di determinati domain names identificanti particolari attività commerciali, professionali, imprenditoriali.

Si tratta di un veicolo di diffusione di messaggi pubblicitari particolarmente efficace, che consente all'imprenditore che opera in Internet di far conoscere il proprio prodotto ad un numero vastissimo e potenzialmente illimitato di consumatori, a costi estremamente ridotti o irrisori se paragonati a quelli di una campagna promozionale tradizionale.

Il banner, infine, integra una forma di pubblicità on line articolata in testi, immagini o collegamenti ipertestuali e finalizzata a promuovere la vendita di beni o di servizi.

I banner possono essere inclusi nell'impostazione grafica di una determinata pagina web, oppure possono apparire su nuove finestre automaticamente aperte per favorire l'attività reclamistica.

Di certo, essendo il domain name lo strumento atto ad identificare in maniera univoca nella Rete un sito o una pagina web, la pubblicità veicolata attraverso quest'ultima è funzionale all'uso del domain name quale marchio di fatto e al contempo strumento di acquisizione di notorietà per lo stesso.

Occorre, però, individuare dei parametri valutativi. Il numero di accessi registrato da un sito, contraddistinto da un ben definito domain name, in conseguenza dei contatti stabiliti con un vasto numero di consumatori, può concretare un parametro valutativo dell'uso di uno specifico domain name e un indice della notorietà dallo stesso acquisita.

Così pure il numero degli ordinativi di prodotti o servizi on line, favorita dalla pubblicità effettuata nel sito, costituisce un indice oggettivo dell'uso di ogni domain name²³.

²³ Cfr. A. PALAZZOLO, "I Domain Name", in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 2000, pag.176.

La provenienza delle ordinazioni consentirà, inoltre, un censimento dell'indice di affollamento del sito, di guisa che sarà possibile stabilire il coefficiente di notorietà locale o non puramente locale del segno distintivo ai sensi e per gli effetti dell'art. 9 della legge marchi.

MICHAEL B. SALERNO

La prevenzione dei conflitti d'interessi (La regolamentazione degli interessi finanziari di Pubblici Ufficiali negli USA)

ABSTRACT

Questo articolo (il testo è stato tradotto dalla lingua inglese da Yvette Marie Marchand, dell'Università di Perugia, le note e le appendici da Paola Maffei, dell'Università di Urbino) fu pubblicato originariamente come parte del testo: "Il procedimento legislativo e la disciplina del conflitto di interessi negli Stati Uniti", Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, Roma, Istituto Ceradi, Serie Materiali e Documentazione n. 19 (autunno 1995). L'articolo è comunque stato aggiornato. L'autore, il prof. Salerno, del Hastings College Law dell'University of California, ne ha fatto oggetto a Urbino di una Conferenza e conseguente Tavola Rotonda accentrata sulle questioni giuridico-politiche e le soluzioni legislative relative ai problemi di conflitto di interessi dei pubblici funzionari. Michael B. Salerno è Professore Aggiunto, University of California, Hastings College of Law, nonché Principal Deputy Legislative Counsel, California Legislature.

MICHAEL B. SALERNO

LA PREVENZIONE DEI CONFLITTI D'INTERESSI
(LA REGOLAMENTAZIONE DEGLI INTERESSI FINANZIARI
DI PUBBLICI UFFICIALI NEGLI USA)

SOMMARIO

1) *Premesse sul problema*; 2) *I cinque dati che evidenziano l'esistenza di un conflitto*; 3) *Conclusioni*; 4) *Appendice A: Sommario dei requisiti per un "Qualified Blind Trust" [5 USC APP. 4 § 102 (f)]*; 5) *Appendice B: Regolamenti amministrativi della Commissione di Garanzia di Equità nel Comportamento Politico (2 Codice dei regolamenti della California, adottato in seguito al Political Reform Act del 1974, Titolo 9, Codice del Governo della California: 18702.1 Criteri per determinare quando un pubblico ufficiale sta prendendo una decisione di governo; 18705. Criteri per determinare se un effetto finanziario od un interesse economico siano materiali; 18705.1 Criterio della materialità: Interessi economici in attività economiche; 18705.2 Criterio della materialità: Interessi economici nella proprietà immobiliare; 18705.3 Criterio della materialità: Interessi economici in soggetti che sono fonte di reddito; 18705.4 Criterio della materialità: Interessi economici in soggetti che sono fonti di donazioni; 18705.5 Criterio della materialità: Interesse economico nelle Finanze personali; 18707.6 La cosa pubblica; 18707.7 La cosa pubblica in generale, Commerci, o Professioni*; 6) *Appendice C: Conflitto speciale di provvigioni di interesse applicabile ai membri della legislatura della California.*

1. *Premesse generali sul problema*

Il mio attuale discorso riguarda il sistema di regolamentazione degli interessi finanziari privati di pubblici ufficiali negli USA, ovvero di ciò che è più comunemente conosciuto come "la prevenzione dei conflitti d'interessi".

Dopo la Rivoluzione Americana, ci fu un grande dibattito negli USA sulla forma che doveva essere adottata per governare ciò che allora era costituito da tredici stati molto autonomi, ognuno con la sua costituzione e il suo sistema di leggi.

Questo dibattito è stato ricordato in *The Federalist Papers*, una serie di saggi, scritti dai padri fondatori degli Stati Uniti, che riguardano il modo in cui il governo avrebbe dovuto essere costituito.

Nel formulare la domanda: "in che modo dovrebbe essere formato il governo?", James Madison, con un linguaggio molto semplice, pose uno dei principali problemi che i padri fondatori dovevano affrontare:

Nel formare un governo che deve essere amministrato da uomini che governano altri uomini, la grande difficoltà risiede nel seguente problema: prima il governo deve essere messo in grado di controllare i "governati" e successivamente deve essere obbligato a controllare sé stesso¹.

Poiché i governati sono semplici esseri umani, il problema principale, una volta collocati in una posizione di potere e di autorità, è come impedire loro di utilizzare questo potere e questa autorità a proprio vantaggio piuttosto che per il bene pubblico.

Il principio fondamentale alla base di un sistema di regolamentazione degli interessi finanziari di pubblici ufficiali negli USA è la convinzione che **il servizio pubblico è la responsabilità nei confronti della cosa pubblica.**

Una persona che occupa una carica pubblica, per nomina o per elezione, dovrà esercitare i suoi doveri in modo da portare il maggior beneficio al pubblico, evitando di promuovere i propri interessi personali ed evitando persino il sospetto che i suoi interessi personali possano ricevere in qualche modo beneficio dalla sua attività pubblica.

Il fondamento del sistema di regolamentazione degli interessi di pubblici ufficiali e di coloro che vogliono influenzare le azioni del governo è l'obbligo di rendere trasparenti gli interessi finanziari dei pubblici ufficiali. Nei sistemi federali e "statali" degli USA, i pubblici ufficiali sono in genere costretti a rendere pubblici tutti i propri investimenti e interessi, i posti occupati, le proprietà e il reddito, compresi i regali.

Anche il "blind trust", di cui parlerò più avanti, può essere utilizzato come metodo per assicurare che non si verifichino occasioni di conflitti d'interessi.

Nel tentativo di regolamentare gli interessi finanziari di pubblici ufficiali, delle proibizioni *standard* contro gli abusi personali del potere pubblico, quali la corruzione² e l'estorsione³, sono state inserite

¹ The Federalist N. 51, at 322 (James Madison) (edizioni Clinton Rossiter, 1961).

² La ricezione di qualcosa di valore, presente o in prospettiva, dalla quale l'opinione, il giudizio, o l'azione di un pubblico ufficiale sarà influenzata. Vedi *Blacks Law Dictionary* 191 (sesta edizione 1990) (nel definire "corruzione").

³ La richiesta di pagamento per la quale l'ufficiale sa di non aver diritto allo scambio o per un'altra azione o omissione ufficiale. Vedi *Blacks Law Dictionary* 585 (sesta edizione 1990) (nel definire "estorsione"); vedi anche *McCormick contro Stati Uniti*, 500 U.S. 257 (1991) (discussione alla Corte Suprema degli Stati Uniti su corruzione ed estorsione); *Evans contro Stati Uniti*, 504 U.S. 255 (1992) (medesimo argomento).

nella maggior parte dei sistemi di governo⁴. Esiste anche una grande varietà di altri reati che un pubblico ufficiale può compiere nell'esercizio della sua attività pubblica⁵.

Inoltre, nell'ambito delle leggi federali e "statali" degli USA, esiste un intero *corpus* legislativo che riguarda i conflitti d'interessi. Si ha un conflitto d'interessi quando un pubblico ufficiale, attraverso un atto formale, arreca beneficio, in modo univoco, ai propri interessi finanziari.

La giurisprudenza degli Stati Uniti vieta qualsiasi conflitto d'interessi da parte di coloro che operano nell'ambito del potere esecutivo (il presidente, il vice-presidente, gli alti ufficiali di governo, gli impiegati federali) e questo divieto viene imposto attraverso "ordini esecutivi" e "statuti federali". A questo riguardo, il divieto prevede provvedimenti di carattere penale contro il conflitto d'interessi da parte di ufficiali e di impiegati all'interno del potere esecutivo⁶.

⁴ Anche se forse no, in Gran Bretagna due membri del Parlamento hanno accettato un'offerta di 1,000 PS in cambio di una loro domanda in Parlamento. Fu in seguito scoperto che l'offerta era stata fatta da un giornale in connessione con una indagine investigativa. Un membro restituì il denaro, mentre l'altro rifiutò. In ogni caso non fu perseguito.

⁵ Per esempio, vedi in generale, Codice del Governo della California §§ 1090, 1091 (un pubblico ufficiale non può essere interessato finanziariamente in un contratto che egli conclude in virtù della sua capacità ufficiale), Codice di Governo della California § 1098 (cosciente divulgazione per profitto pecuniario di informazioni confidenziali acquisite nel corso di doveri ufficiali o uso di informazioni per scopo di profitto pecuniario), Codice di Governo della California § 9050 e seguenti (su crimini contro il potere legislativo), Codice Penale della California § 424 (appropriazione indebita di fondi pubblici da parte di un pubblico ufficiale), ecc.

⁶ 18 U.S.C. § 208 (1969 e supp. 1995) stabilisce in una parte appositamente:

Atti riguardanti un interesse personale finanziario:

(a) Tranne come permesso dalla sottosezione (b) qui avanti, chiunque, essendo un ufficiale o un impiegato di una branca esecutiva del Governo degli Stati Uniti, o di una qualsiasi agenzia indipendente degli Stati Uniti, un direttore della Federal Reserve Bank, un ufficiale, o un impiegato, o un ufficiale o un impiegato del Distretto di Columbia, incluso un impiegato speciale del Governo, partecipa personalmente e sostanzialmente come ufficiale o impiegato del Governo ad una decisione, approvazione, disapprovazione, raccomandazione, resa di un consiglio, investigazione, o altrimenti, in un procedimento giudiziale o altro, applicazione, richiesta di regola, menzione o altra determinazione, contratto, protesta, controversia, processo, accusa, arresto, o altra particolare questione nella quale, a sua conoscenza, lui, sua moglie, un figlio minore, un socio in generale, un'organizzazione nella quale egli lavora come ufficiale, direttore, fiduciario, socio o impiegato, o qualsiasi persona o organizzazione con la quale egli sta negoziando o ha un accordo ri-

Sebbene nessun tribunale abbia preso in considerazione se, in relazione a questo divieto, il presidente o il vice presidente debbano essere considerati come “pubblici ufficiali” o “impiegati”, in tempi più recenti i presidenti ed i vice presidenti degli USA si sono adeguati di loro iniziativa in modi di comportamento specificati nel regolamento amministrativo, simili a quelli contenuti nello statuto federale⁷.

Esistono anche divieti contro i conflitti di interessi da parte di membri e dipendenti del Congresso, che vengono imposti attraverso regole legislative e statuti federali⁸.

Le Regole del Senato degli Stati Uniti d'America proibiscono i conflitti d'interessi⁹, limitano l'ammontare delle entrate aggiuntive¹⁰ ed esigono dichiarazione della situazione finanziaria dei membri del Senato¹¹.

Le Regole della Camera dei Rappresentanti degli Stati Uniti d'America contengono divieti simili. I membri della Camera dei Rappresentanti sono soggetti al “Code of Official Conduct”¹² (il “Codice di

guardante prospettive di impiego, ha un interesse finanziario ... deve essere soggetto alle sanzioni stabilite nella sezione 216 di questo titolo (la sezione 216 prevede sanzioni penali).

⁷ Vedi 5 C.F.R. § 2635 (1995) (relativo ai criteri di condotta etica per gli impiegati del ramo esecutivo).

⁸ Vedi 18 U.S.C. §§ 201-209 (1969 e supp. 1995) (relativo a previsioni di conflitto di interesse applicabili agli ufficiali del ramo esecutivo); vedi anche § 216 (relativo alle sanzioni penali per violazione). Non vi è immunità penale negli Stati Uniti per gli ufficiali dell'esecutivo o del legislativo.

⁹ La regola XXXVII del Senato degli Stati Uniti stabilisce in sua parte apposita: *Nessun membro, ufficiale, o impiegato deve usare scientemente la sua posizione di ufficiale per introdurre o aiutare nel progresso o passaggio della normativa, uno scopo principale che favorisca solo il suo interesse pecuniario, solo l'interesse pecuniario di un suo prossimo familiare, o solo l'interesse pecuniario di una categoria limitata di persone o ditte, quando egli, o la sua immediata famiglia, o società da loro controllate, fanno parte della categoria interessata.*

¹⁰ Regola del Senato degli U.S. XXXVI.

¹¹ Regola del Senato degli U.S. XXXIV. La regola XXXIV prevede in una parte apposita: *Per le finalità di questa norma, la disposizione del Titolo I Ethics in Government Act del 1978 devono essere considerate essere una regola del Senato in quanto pertinenti a membri, ufficiali e impiegati del Senato ...*

¹² Regola della Camera XXIV, la quale prevede in una parte apposita che “*un Membro, ufficiale, o impiegato della Camera dei Deputati deve comportarsi sempre in maniera da riflettere la credibilità della Camera*”. Questa norma è stata costruita per circoscrivere abusi della posizione di ufficiale.

comportamento ufficiale”). I loro redditi aggiuntivi sono limitati¹³ e devono dichiarare i dati della loro situazione finanziaria¹⁴.

Sia il sistema “esecutivo” che quello “legislativo” utilizzano una metodologia comune per le prescrizioni relative agli interessi finanziari, che si trova in un documento federale, l’“Ethics in Government Act”¹⁵.

Molti pubblici ufficiali, compresi gli ultimi presidenti, hanno eliminato la possibilità di incorrere in conflitti d’interessi tramite l’uso di un “qualified blind trust”. Un “qualified blind trust”¹⁶ è un “trust” (“amministrazione fiduciaria”) in cui il pubblico ufficiale colloca tutti i suoi averi. Un “qualified blind trust” deve rispondere a delle caratteristiche rigorosissime per quanto riguarda il “trustee” (colui al quale vengono affidati questi averi) e anche relative ai termini del “trust”. Il pubblico ufficiale non deve aver avuto rapporti precedenti con il “trustee” e non potrà comunicare con lui durante il corso del “trust”. Il “trustee” può fornire solo informazioni specifiche relative alla vendita dei beni e le informazioni necessarie per motivi fiscali. Questi “trusts” sono supervisionati e disponibili al pubblico per controlli¹⁷.

Così, relativamente al presidente e ai membri del Congresso, ci sono tre *corpora* di leggi: uno che riguarda il potere esecutivo, uno relativo al Senato e uno riguardante la Camera dei Rappresentanti.

A causa del sistema di governo federale vigente negli USA, ogni Stato ha il proprio *corpus* legislativo che governa i pubblici ufficiali di quello Stato.

Io provengo dallo Stato della California che, secondo me, ha la legislazione più completa sulla regolamentazione degli interessi finanziari dei pubblici ufficiali. Vorrei far notare che esistono molte analogie tra lo Stato della California e la nazione italiana. Per esempio, l’economia della California e quella dell’Italia sono di dimensioni pressoché identiche. Inoltre a livello geografico la California è leggermente più grande: i suoi abitanti sono 1/3 in meno rispetto agli abitanti d’Italia.

¹³ Regola della Camera XXIV.

¹⁴ Regola della Camera XLIV.

¹⁵ Le previsioni di divulgazione dell’Ethics in Government Act sono stabilite in 5 U.S.C. App. § 501 e seguenti.

¹⁶ 5 U.S.C. App. 4 § 102 (e) (2).

¹⁷ Vedi Appendice A per un sommario delle previsioni relative ad un blind trust qualificato.

La California ha una legge consolidata in materia: il "Political Reform Act of 1974"¹⁸, che si applica a tutti i pubblici ufficiali, sia nominati che eletti, dei rami esecutivo, legislativo e giudiziario del governo stato e del governo locale.

Il "Political Reform Act of 1974" viene amministrato da un'unico organismo: la "Fair Political Practices Commission". (la Commissione di garanzia di equità nel comportamento politico)¹⁹.

Nel rispetto del "Political Reform Act of 1974", un pubblico ufficiale deve regolarmente e continuamente fornire i dati circostanziati e dettagliati²⁰ riguardo a:

- tutti i suoi investimenti²¹,
- tutti i suoi interessi nel campo degli affari, comprese tutte le posizioni occupate²²,

¹⁸ Il Political Reform Act del 1974 fu adottato con un procedimento introduttivo (una forma positiva di referendum), una maniera con la quale i votanti possono adottare uno statuto tramite la circolazione di petizioni e circuire i rami del Legislativo e dell'Esecutivo del governo di Stato. Nella Costituzione della California, una volta che una misura è abbozzata nella forma della petizione e firmata dal numero richiesto di votanti, la misura appare sulla scheda di votazione nell'elezione statale successiva e può essere direttamente adottata dai votanti. Vedi Costituzione della California articolo 2, § 8 (relativo al processo d'inizio californiano); vedi anche Codice di governo della California §§ 81000-91013 (aggiunti dal Progetto 9, approvato dai votanti il 4 giugno 1974) (previsioni stabilizzate dal Political Reform Act).

¹⁹ Codice di Governo della California §§ 83100-84100 (aggiunti dal Progetto 9, approvato dai votanti il 4 giugno 1974).

²⁰ Una "dichiarazione di interessi economici" è richiesta al candidato, dopo aver registrato la sua candidatura, e ad un ufficiale designato nell'assumere l'ufficio, e annualmente di lì in avanti, e al momento di lasciare l'ufficio. Codice di Governo della California §§ 87200-87210 (aggiunto dal Progetto 9, approvato dai votanti il 4 giugno 1974).

²¹ Relativamente agli investimenti, al pubblico ufficiale è generalmente richiesto di divulgare il nome dell'attività economica, la natura dell'investimento, una descrizione generale dell'attività d'affari, il valore, la percentuale di partecipazione, la data di acquisizione e se venduta, la data di vendita. Codice di Governo della California § 87206 (aggiunto dal Progetto 9, approvato dai votanti il 4 giugno 1974; emendato da Stats. 1984, cap. 931).

²² Relativamente alle posizioni economiche al pubblico ufficiale è generalmente richiesto di divulgare il nome e l'indirizzo dell'affare, fornire una descrizione dell'attività economica, il titolo di lavoro o la posizione, la data in cui la posizione è cominciata, se era detenuta durante l'intero periodo riportato, e la data in cui la posizione è terminata. Codice di Governo della California § 87206 (aggiunto dal Progetto 9, approvato dai votanti il 4 giugno 1974; emendato da Stats. 1984, cap. 931).

- tutti i suoi interessi di proprietà immobiliari²³ e
- tutti i suoi redditi, compresi i doni ricevuti²⁴.

In attuazione del "Political Reform Act of 1974", è altresì reato per un pubblico ufficiale (eletto o nominato, del ramo legislativo, esecutivo, giudiziario, statale o locale) prendere, o partecipare nel prendere una decisione governativa, se quella decisione riguarda gli interessi finanziari dello stesso ufficiale²⁵. Le leggi e le regole che concernono l'etica e i conflitti d'interessi sono fatte rispettare internamente sia dal *corpus* delle leggi, sia attraverso il sistema dei provvedimenti amministrativi che quello dei tribunali.

Perché un conflitto d'interessi si inquadri nel "Political Reform Act of 1974", devono essere presenti cinque elementi:

- 1) la materia deve riguardare una decisione governativa;
- 2) la decisione o l'azione *deve incidere su interessi finanziari specifici* del pubblico ufficiale nel campo del reddito, della proprietà o degli affari²⁶;

²³ Id. Relativamente agli interessi nella proprietà immobiliare relazionati, il pubblico ufficiale deve divulgare l'indirizzo o la precisa dislocazione della proprietà, la natura dell'interesse, la data precisa in cui la proprietà fu acquistata, valore di mercato, e se è stata venduta, la data precisa della vendita. Id.

²⁴ In relazione al reddito al pubblico ufficiale è richiesto generalmente di rivelare la fonte del reddito, l'indirizzo della fonte, la natura dell'attività d'affari e la descrizione del motivo per cui il reddito è stata percepito, e se l'entrata lorda dalla fonte è stata tra \$ 250-\$ 1,000, \$ 1,001-\$ 10,000, o sopra \$ 10,000. Richieste speciali di relazioni si applicano se il reddito era una donazione, prestito, pagamento di viaggio, aumento o rimborso, o commissione. Codice di Governo della California § 877207 (aggiunto da Progetto 9, approvato dai votanti in data 4 giugno 1974; emendato da Stats. 1990, cap. 1075).

²⁵ Vedi in generale Codice di Governo della California §§ 87100-87103.6 (aggiunti da Progetto 9, approvata dai votanti il 4 giugno 1974; emendato da Stats. 1994, cap. 386). La Sezione 87100 stabilisce che:

87100. *Nessun pubblico ufficiale di qualsiasi livello di stato o governo locale deve prendere, partecipare o in qualsiasi modo tentare di usare la sua posizione di ufficiale per influenzare una decisione governativa nella quale egli sa o ha motivo di sapere di avere un interesse finanziario.*

²⁶ Codice di Governo della California §87103 (aggiunto da Progetto 9, approvato dai votanti il 4 giugno 1974; emendato Stats. 1994, cap. 386). Secondo la sezione 87103, un effetto finanziario materiale è definito come:

87103. *Un pubblico ufficiale ha un interesse finanziario in una decisione secondo i significati della sezione 87100 se è ragionevolmente prevedibile che la decisione avrà un effetto finanziario materiale, distinguibile dal suo effetto sulla cosa pubblica, sull'ufficiale, uno dei membri più prossimi della sua famiglia, o su uno qualsiasi dei seguenti:*

3) l'incidenza sugli interessi del pubblico ufficiale deve essere *materiale*;

4) l'effetto della decisione o dell'azione deve essere *ragionevolmente prevedibile* (cioè, il legislatore sa o ha motivo di credere che si avrà quell'effetto);

5) l'incidenza sugli interessi finanziari del pubblico ufficiale deve essere *distinguibile dall'effetto che produce sul pubblico in generale*.

2. I cinque dati che evidenziano l'esistenza di un conflitto

Sono necessari cinque passi per determinare se esiste un conflitto:

Il **primo passo** consiste nell'identificazione della decisione governativa²⁷.

Il **secondo passo** consiste nel determinare se il pubblico ufficiale ha un interesse che potrà portare ad un conflitto.

Un ufficiale ha degli interessi finanziari rispetto ad una decisione se la decisione produrrà un effetto sui suoi interessi personali, su quelli di uno dei suoi familiari più prossimi, oppure su:

(a) *Qualsiasi attività economica in cui il pubblico ufficiale ha un investimento diretto o indiretto valutato \$ 2,000 o più.*

(b) *Qualsiasi proprietà immobiliare in cui il pubblico ufficiale ha un investimento diretto o indiretto valutato \$ 2,000 o più.*

(c) *Qualsiasi fonte di reddito, tranne donazioni o prestiti da un'istituzione commerciale per prestiti fatta nel corso regolare dell'affare nei termini utilizzabili dal pubblico senza riguardo allo stato dell'ufficiale, aumentante \$ 500 o più nel valore previsto o promesso, ricevuto da, il pubblico ufficiale nei 12 mesi precedenti al momento in cui la decisione fu presa.*

(d) *Qualsiasi attività economica in cui il pubblico ufficiale sia direttore, ufficiale, socio, fiduciario, impiegato, o detiene una posizione di manager.*

(e) *Qualsiasi donante, o qualsiasi intermediario o agente di un donante, di un dono o doni aumentanti di \$ 250 o più nel valore dato, ricevuto, promesso al pubblico ufficiale nei 12 mesi precedenti al momento in cui la decisione fu presa. L'ammontare del valore dei doni specificato da questa suddivisione deve essere aggiustato ogni biennio dalla commissione per eguagliare lo stesso ammontare determinato dalla commissione secondo la suddivisione (f) della Sezione 89503.*

Per le finalità di questa sezione, investimenti indiretti o interessi significano qualsiasi investimento o interesse detenuto dalla moglie o figlio dipendente di un pubblico ufficiale, da un agente per conto del pubblico ufficiale, o da un ente d'affari o trust nel quale l'ufficiale, un suo agente, sua moglie o figli a carico possiedono direttamente, indirettamente, o in via di beneficio un 10% di interesse o superiore.

²⁷ Vedi appendice B. Codice dei Regolamenti della California, tit. 2, § 18702.1

(1) una attività economica in cui il pubblico ufficiale ha un investimento diretto o indiretto²⁸ del valore di almeno duemila dollari (\$ 2.000);

(2) proprietà immobiliari in cui il pubblico ufficiale ha degli interessi diretti o indiretti del valore di almeno duemila dollari (\$ 2.000);

(3) una fonte di reddito, diversa da regali e diversa da prestiti, proveniente da istituzioni commerciali o finanziarie nel regolare corso degli affari, i cui termini sono disponibili al pubblico senza legami nella sfera ufficiale, complessivamente di almeno un valore di cinquecento dollari (\$ 500), fornito a, ricevuto da, o promesso al pubblico ufficiale entro 12 mesi prima del momento in cui viene presa la decisione;

(4) una attività economica in cui il pubblico ufficiale è direttore, ufficiale, socio, "trustee", impiegato, o in cui svolge compiti di gestione;

(5) un donatore, oppure qualsiasi intermediario o agente di un donatore di un regalo o di regali complessivamente del valore di almeno duecentocinquanta dollari (\$ 250), forniti a, ricevuti da o promessi al pubblico ufficiale entro 12 mesi prima del momento in cui viene presa la decisione.

Il **terzo passo** consiste nel determinare se il risultato di una decisione avrà un effetto "materiale"²⁹ sugli interessi finanziari del pubblico ufficiale. Si applicano differenti *standards* secondo gli interessi finanziari in questione:

– se gli interessi finanziari riguardano l'ufficiale o i suoi familiari più prossimi, in qualità di investitori, o se la fonte di reddito proviene da un soggetto in cui hanno degli interessi: in tali casi per essere "materiale" la decisione deve aver causato un effetto, specificato dalla legge, sul soggetto, secondo la caratterizzazione dello stesso³⁰;

– se gli interessi finanziari riguardano l'ufficiale o i suoi familiari più prossimi, come proprietari di immobili per il valore di almeno \$

²⁸ Un investimento indiretto o interesse significa qualsiasi investimento o interesse detenuto dalla moglie o figlio dipendente di un pubblico ufficiale, da un agente per conto del pubblico ufficiale, o da un ente d'affari o trust nel quale l'ufficiale, un suo agente, sua moglie o figli a carico possiedono direttamente, indirettamente, o beneficalmente un 10% di interesse o superiore. Codice di Governo della California § 87103 (West 1993 e Supp. 1995) (aggiunto da Progetto 9, approvato dai votanti il 4 giugno 1974, emendato Stats. 1994, cap. 386).

²⁹ Vedi Appendice B, Codice dei Regolamenti della California, tit. 2, § 18705.

³⁰ Vedi Appendice B, Codice dei Regolamenti della California, tit. 2, § 18705.1.

2.000: in tali casi per essere considerata “materiale”, la decisione deve risultare aver causato un effetto specificato dalla legge sulla proprietà³¹;

– se gli interessi finanziari sono fonte di reddito per il pubblico ufficiale o per i suoi familiari più prossimi³²;

– se gli interessi finanziari riguardano il reddito (compresi i regali) dell’ufficiale e dei suoi familiari più vicini (coniugi, figli a carico): in tali casi per essere “materiali” gli effetti della decisione devono aver comportato un incremento o una diminuzione di almeno \$ 250 nelle spese personali, nel reddito, negli averi o nei debiti dell’ufficiale³³.

Il **quarto passo** consiste nel determinare se è ragionevolmente prevedibile che l’azione governativa intrapresa possa avere un effetto sull’interesse (o determinare se il legislatore sappia o possa aver modo di saperlo). Questa determinazione viene fatta sulla base di tutti i fatti e le circostanze relative alla decisione.

Il **quinto passo**, infine, consiste nel determinare se l’effetto sugli interessi finanziari del pubblico ufficiale sia distinguibile dall’effetto sull’interesse pubblico in generale. Rispetto ai pubblici ufficiali eletti dello Stato, i membri di un’industria, o di una categoria professionale costituiscono in genere un segmento significativo del pubblico. Per la legislazione, qualsiasi gruppo o sottogruppo riconosciuto di specializzati in un settore dell’industria, o di una professione, i residenti di un distretto legislativo, di una contea, di una città o di un distretto specializzato, o addirittura un non ristretto numero di persone o di intere proprietà o parti di esse costituiscono un segmento significativo del pubblico.

Esistono ulteriori provvedimenti statutari che si applicano ai membri dell’apparato legislativo³⁴ relativi ad interessi finanziari personali, che riguardano decisioni di governo dello Stato diverse da quelle normalmente prese nell’esercizio della loro funzione: l’approvazione, la modifica, o la cancellazione di qualsiasi contratto in cui il sistema legislativo è parte in causa e la presentazione come primo firmatario di una proposta, o il voto su qualsiasi decreto che il membro sa, o ha

³¹ Vedi Appendice B, Codice dei Regolamenti della California, tit. 2, § 18705.2.

³² Vedi Appendice B, Codice dei Regolamenti della California, tit. 2, § 18705.3.

³³ Vedi Appendice B, Codice dei Regolamenti della California, tit. 2, § 18705.4 e 18705.5.

³⁴ Vedi Appendice C.

modo di sapere, essere provvedimento non proprio definibile “*di interesse generale*”; azioni o decisioni in via di approvazione in certe specifiche circostanze e azioni o decisioni in via di approvazione riguardanti leggi che il membro sa o ha modo di sapere possano avere effetti finanziari diretti e significativi, distinguibili da quelli sul pubblico in generale o su un segmento significativo del pubblico o su una qualsiasi persona dalla quale il membro ha ricevuto un qualsiasi compenso entro i 12 mesi precedenti, al fine di comparire o di promettere di comparire o di compiere altra azione a favore di quella persona davanti a qualsiasi comitato locale o agenzia.

Una diversa struttura di sanzioni viene applicata ai membri dell'apparato legislativo rispetto al resto della popolazione. Queste sanzioni variano dalla pubblica riprovazione all'applicazione di sanzioni amministrative e civili³⁵. Alcuni provvedimenti del “Political Reform Act” possono condurre ad un procedimento penale³⁶. Inoltre, previsti dalla legge dello Stato della California, esistono provvedimenti contro i conflitti d'interessi che sono contenuti nelle “Joint Rules of the Legislature” e che sono stati successivamente adottati dagli statuti dello Stato³⁷.

3. Conclusioni

Il fondamento del sistema statunitense per la regolamentazione degli interessi finanziari di pubblici ufficiali risiede nel fatto che questi interessi devono essere resi pubblici. Una volta che gli interessi finanziari di un pubblico ufficiale sono di dominio pubblico, diventa immediatamente chiaro se l'ufficiale usa o meno il suo potere per motivi e guadagni personali. Il pubblico statunitense non tollera questo tipo di comportamento. È importante notare che negli USA vige generalmente un sistema bipartitico. Questi partiti politici non esercitano un

³⁵ Codice di Governo della California § 83113 (aggiunto dal Progetto 9, approvato dai votanti il 4 giugno 1974, emendato Stats. 2000, cap. 102).

³⁶ Codice di Governo della California § 91000 (aggiunto dal Progetto 9, approvato dai votanti il 4 giugno 1974, emendato Stats. 1978, cap. 1411).

³⁷ Vedi Regola Unita 45, Regole della Legislatura della California; Codice di Governo della California § 87300-87313 (West 1993) (aggiunto dal Progetto 9, approvato dai votanti il 4 giugno 1974) (relativo alle disposizioni del Political Reform Act sul conflitto di interesse).

controllo puntuale sulle persone elette ad incarichi pubblici. A livello statale e federale, ogni pubblico ufficiale viene eletto negli organi legislativi da un "distretto" i cui elettori votano l'individuo e non il partito. È al suo corpo elettorale che l'eletto deve rendere conto. Ogni elezione generale viene preceduta da una "primaria" in cui altri membri del partito possano sfidare il pubblico ufficiale in carica. Una volta rivelate, la pena più severa per le infrazioni alle regole di etica è rappresentata dall'ira dei votanti che rifiuteranno di rieleggerlo.

4. *Appendice A: Sommario dei requisiti per un "Qualified Blind Trust" [5 USC APP. 4 § 102 (f)]*

Requisiti del fiduciario (*trustee*):

1. Il *trustee* del *trust* è una istituzione finanziaria, un avvocato, un ragioniere diplomato dello Stato, un agente, o un promotore finanziario, come definito, il quale è:

- indipendente da e non associato con una delle parti interessate in modo tale che il *trustee* o un'altra persona non possano essere controllati o influenzati nell'amministrazione del *trust* da una persona interessata.

- non è e non è stato un impiegato o affiliato di una parte interessata e non è un socio di, o non è coinvolto in una *joint venture* o altro investimento con un parte interessata.

- non è un parente della parte interessata.

2. Il *trustee* deve avere funzionari ed impiegati che siano coinvolti nella gestione o nel controllo del *trust* i quali siano:

- indipendenti da e non associati con una delle parti interessate in modo tale che il *trustee* o un'altra persona non possano essere controllati o influenzati nell'amministrazione del *trust* da una persona interessata.

- non siano e non siano stati impiegati o affiliati di una parte interessata e non siano socio di o non siano coinvolti in una *joint venture* o altro investimento con un parte interessata.

- non siano parenti della parte interessata.

3. Il *trustee* ha piena libertà, senza restrizioni, in ordine ad un bene trasferito al *trust* da una parte interessata e può vendere o trasferire qualsiasi bene a meno che non vi sia una restrizione espressamente approvata dall'ufficio supervisore dell'etica del singolo che fa rapporto.

Lo strumento che crea il *trust* deve conformarsi con quanto sotto riportato:

Lo strumento che istituisce il *trust* deve fare in modo che:

- in generale, il *trustee* possa consultare o rendere noto ad una parte interessata nell'esercizio di autorità e discrezionalità di gestione e controllo dei beni del *trust*.
- il *trust* possa non includere un bene la cui detenzione da parte di un soggetto interessato sia proibita da legge o da regolamento.
- il *trustee* faccia sapere prontamente al singolo che fa rapporto e al suo ufficio supervisore dell'etica quando sia liberato del possesso di un particolare bene trasferito al *trust* da un soggetto interessato o quando il valore dello stesso sia inferiore a \$ 1,000.
- la dichiarazione relativa alle tasse sul *trust* sia preparata dal *trustee* o da un suo delegato e la dichiarazione e le informazioni ad essa collegate (diverse dal reddito del *trust* riassunto in apposite categorie necessario per completare la dichiarazione delle tasse di un soggetto interessato), possa non essere divulgata a una parte interessata.
- un soggetto interessato possa non ricevere un rapporto sulle proprietà e le fonti di reddito del *trust*, tranne una relazione alla fine di ogni quadrimestre in merito al valore totale di cassa degli interessi in un soggetto interessato nel *trust* o il guadagno netto o le perdite del *trust* o ogni altra relazione necessaria a consentire alla parte interessata di completare una dichiarazione di tasse individuale richiesto dalla legge o a fornire specifiche informazioni richieste da queste previsioni, ma la relazione può non identificare un bene o una proprietà.
- tranne che per le comunicazioni che consistono solamente in richieste di distribuzioni di denaro contante o altro bene non specificato del *trust*, ci possa non essere diretta o indiretta comunicazione tra il *trustee* ed un soggetto interessato in merito al *trust*, a meno che la comunicazione sia scritta e a meno che essa riguardi solo (I) interessi finanziari generali e necessità del soggetto interessato (incluso, ma non limitato a, un interesse nell'elevare il reddito o un aumento di capitale a lungo termine), (II) la notificazione del *trustee* di una legge o regolamento in seguito applicabile al soggetto che fa rapporto che proibisca alla parte interessata di detenere un bene, notificazione che ordini che il bene non sia detenuto dal *trust*, o (III) disposizioni al *trustee* di vendere tutto un bene intero inizialmente collocato nel *trust* da un soggetto interessato il quale nella determinazione del soggetto che fa rapporto crea un conflitto di interessi o da ciò una apparenza dovuta

alla conseguente assunzione di doveri da parte del soggetto che fa rapporto (ma nulla in questo deve richiedere alcuna di tali direttive);

- le parti interessate possano non impegnarsi ad ottenere informazioni in merito alle detenzioni del *trust*, incluso ottenere una copia di qualsiasi dichiarazione di tasse del *trust* registrata o qualsiasi altra informazione ad esso relativa a meno che altrimenti disposto da queste norme.

Approvazione del *trustee* e accordo sul *trust*:

Lo strumento di *trust* proposto ed il proposto *trustee* devono essere approvati dall'ufficio supervisore dell'etica del soggetto che relaziona.

Stato dei beni:

Un bene collocato nel *trust* da un soggetto interessato è considerato un interesse finanziario del soggetto che relazione, ai fini della applicazione di ogni statuto, regolamento o norma sul conflitto di interessi fino a quando al soggetto che relazione viene comunicato da parte del trustee che detto bene si è disposto o che lo stesso ha un valore inferiore a \$ 1,000 o a meno che eccepito come specificato.

Requisiti dell'attività di relazione

Il soggetto che stende rapporto deve registrare entro 30 giorni dall'approvazione del *trust* da parte dell'ufficio supervisore dell'etica, i seguenti documenti i quali saranno altresì resi accessibili al pubblico:

- lo strumento di *trust* eseguito;
- una lista dei beni che sono stati trasferiti a detto *trust*, inclusa la categoria di valore di ciascun bene come specificato.

Entro 30 giorni dal trasferimento di un bene (diverso dal denaro contante) ad un *blind trust* qualificato precedentemente creato, il soggetto che relazione deve comunicare al suo ufficio supervisore dell'etica l'identità di ciascun bene e la categoria di valore di ciascun bene come specificato.

Entro 30 giorni dallo scioglimento di un *blind trust* qualificato, il soggetto che relaziona deve

- comunicare al suo ufficio supervisore dell'etica lo scioglimento e registrare con l'ufficio una copia di una lista contenente ogni bene e rispettiva categoria di valore al momento dello scioglimento.

Appendice B: Regolamenti amministrativi della Commissione di Garanzia di Equità nel Comportamento Politico (2 Codice dei regolamenti della California, adottato in seguito al Political Reform Act del 1974, Titolo 9, Codice del Governo della California)

18702.1 Criteri per determinare quando un pubblico ufficiale sta prendendo una decisione di governo

(a) Un pubblico ufficiale “prende una decisione di governo”, eccetto come disposto nel Titolo 2, Codice dei Regolamenti della California, sezione 18702.4, quando l'ufficiale, agendo nell'ambito dell'autorità del suo ufficio o ruolo:

1. vota su una materia;
2. nomina una persona;
3. obbliga o impegna la sua agenzia a qualsivoglia linea di azione;
4. stipula qualsivoglia contratto per conto della propria agenzia;
5. decide di non agire, nell'ambito del significato delle suddivisioni 1, 2, 3 o 4 di cui sopra, a meno che detta decisione sia presa per il suo interesse finanziario. Quando la decisione di non agire avviene per un interesse finanziario dell'ufficiale, la decisione dell'ufficiale può essere accompagnata da una divulgazione orale o scritta dell'interesse finanziario.

b) Quando un ufficiale con uno squalificante conflitto di interessi si astiene dal prendere una decisione di governo in una sessione aperta dell'agenzia e l'ufficiale rimane al banco o al suo posto assegnato durante deliberazioni di decisioni di governo nelle quali egli è interdetto la sua presenza non dovrà essere contata al fine di raggiungere il quorum.

(c) Durante un incontro a porte chiuse dell'agenzia, un ufficiale interdetto non dovrà essere presente quando la decisione è considerata o ottiene o riesamina un registrazione o qualsiasi informazione non pubblica riguardante la decisione di governo³⁸.

³⁸ Nessuna disposizione in questa sezione autorizza o proibisce ad un'agenzia in virtù di regole locali o costumi di richiedere ad un membro interdetto di scendere dal banco e/o lasciare le camere. Autorità citata: Sezione 83112, Codice del Governo. Riferimenti: Sezione 81002, 81003, 87100 e 87101, Codice del Governo, 12/08/00.

18705. Criteri per determinare se un effetto finanziario od un interesse economico siano materiali.

(a) Al fine di determinare se l'effetto finanziario ragionevolmente prevedibile di una decisione di governo su di un dato interesse economico è materiale:

1. per decisioni di governo che riguardano interessi economici in un'attività economica – applicare il Titolo 2, Codice dei regolamenti della California, sezione 18705.1;

2. per decisioni di governo che riguardano interessi economici nell'ambito della proprietà immobiliare – applicare il Titolo 2, Codice dei regolamenti della California, sezione 18705.2;

3. per decisioni di governo che riguardano interessi economici nell'ambito delle fonti di reddito – applicare il Titolo 2, Codice dei regolamenti della California, sezione 18705.3;

4. per decisioni di governo che riguardano interessi economici nell'ambito delle fonti di donazione – applicare il Titolo 2, Codice dei regolamenti della California, sezione 18705.4;

5. per decisioni di governo che riguardano spese personali, entrate, attivi o passivi del pubblico ufficiale o dei suoi familiari più prossimi (effetto finanziario personale) – applicare il Titolo 2, Codice dei regolamenti della California, sezione 18705.5;

(b) Regola generale. Ogni volta che le specifiche previsioni del Titolo 2 del Codice dei regolamenti della California, sezioni da 18705.1 a 18705.5 incluse, non possono essere applicate, deve essere applicata la seguente regola generale: l'effetto finanziario di una decisione di governo è materiale se la decisione avrà un effetto significativo sull'ufficiale o su uno dei membri più prossimi della famiglia dell'ufficiale, o sulla fonte di reddito, sulla fonte di donazioni, sull'attività economica, o la proprietà immobiliare, che sia un interesse economico dell'ufficiale.

(c) Regole speciali. Nonostante il Titolo 2 del Codice dei regolamenti della California, sezioni da 18705.1 a 18705.5 incluse, un ufficiale non deve interdire se stesso da una decisione di governo se

1. ancorché un conflitto di interessi potrebbe altrimenti esistere sotto il Titolo 2, codice dei Regolamenti della California, sezioni da 18705.1 a 18705.4 incluse, e 18706, la decisione non avrà alcun effetto finanziario sulla persona o sull'attività economica dell'affare che interessa quell'ufficiale, o sulla sua proprietà immobiliare³⁹.

³⁹ Autorità citata: Sezione 83112, Codice di Governo. Riferimento: Sezioni 87100, 87102.5, 87102.6, 87102.8 e 87103, Codice del Governo, 12/08/00.

18705.1 Criterio della materialità: Interessi economici in attività economiche.**(a) Introduzione.**

1. Se un'attività economica in cui un pubblico ufficiale ha un interesse economico è direttamente coinvolta in una decisione di governo [vedi Cod. Reg. Cal., tit.2, sezione 18704.1 (a)], si usino i criteri di cui al punto (b) di questo regolamento.

2. Se un'attività economica in cui un pubblico ufficiale ha un interesse economico è indirettamente coinvolto in una decisione di governo [vedi Cod. Reg. Cal., tit.2, sezione 18704.1 (b)], si usino i criteri di cui al punto (c) di questo regolamento.

(b) Attività economiche direttamente coinvolte.

1. Regola generale. A meno che non si applichi l'eccezione di cui al punto (b) (2) di questo regolamento, gli effetti finanziari di una decisione di governo su di una attività economica che sia direttamente coinvolta nella decisione di governo si presumono essere materiali. Questa presunzione può essere superata dalla prova del fatto che non è ragionevolmente prevedibile che la decisione di governo avrà un qualsiasi effetto sull'attività economica.

2. Eccezione. Se l'unico interesse economico del pubblico ufficiale nell'attività economica è un interesse ad investire [vedi Codice di Governo sezione 87103 (a)], e l'investimento del pubblico ufficiale nell'attività economica vale \$ 25.000 o meno, allora si applichino i criteri di materialità di cui al punto (c) (1) di questo regolamento se l'attività economica è inserita tra i Fortune 500, o i criteri di materialità di cui al punto (c) (2) di questo regolamento se l'attività economica è inserita o soddisfa i criteri finanziari dell'inserimento nella Borsa di New York.

(c) Attività economiche indirettamente coinvolte. I seguenti criteri di materialità si applicano quando un'attività economica in cui un pubblico ufficiale ha un interesse economico sia indirettamente coinvolta in una decisione di governo. Se più di una delle seguenti suddivisioni è applicabile all'attività economica in questione, si applichi la suddivisione con la più alta soglia in dollari.

1. Se l'attività economica è inserita nei Fortune 500, l'effetto finanziario di una decisione di governo sull'attività economica è materiale se è ragionevolmente prevedibile che:

A. dalla decisione di governo deriverà una diminuzione o un aumento delle entrate lorde dell'attività economica per l'anno fiscale di \$ 10,000,000 o più; oppure

B. dalla decisione di governo deriverà per l'attività economica la produzione o esclusione di spese aggiuntive o una riduzione o eliminazione di spese esistenti per un anno fiscale per un ammontare di \$ 2,500,000 o più; oppure

C. dalla decisione di governo deriverà un incremento o decremento del valore dell'attivo o passivo dell'attività economica di \$ 10,000,000 o più.

2. Se l'attività economica è elencata, o soddisfa i criteri finanziari per essere elencata alla Borsa di New York, l'effetto finanziario sulla decisione di governo riguardante l'attività economica è materiale se è ragionevolmente prevedibile che:

A. dalla decisione di governo deriverà una diminuzione o un aumento delle entrate lorde dell'attività economica per l'anno fiscale di \$ 500,000 o più; oppure

B. dalla decisione di governo deriverà per l'attività economica la produzione o esclusione di spese aggiuntive o una riduzione o eliminazione di spese esistenti per un anno fiscale per un ammontare di \$ 200,000 o più; oppure

C. dalla decisione di governo deriverà un incremento o decremento del valore dell'attivo o passivo dell'attività economica di \$ 500,000 o più

3. Se l'attività economica è elencata o soddisfa i criteri finanziari per essere elencata nel NASDAQ/AMEX, l'effetto finanziario di una decisione di governo sull'attività economica è materiale se è ragionevolmente prevedibile che:

A. dalla decisione di governo deriverà una diminuzione o un aumento delle entrate lorde dell'attività economica per l'anno fiscale di \$ 300,000 o più; oppure

B. dalla decisione di governo deriverà per l'attività economica la produzione o esclusione di spese aggiuntive o una riduzione o eliminazione di spese esistenti per un anno fiscale per un ammontare di \$ 100,000 o più; oppure

C. dalla decisione di governo deriverà un incremento o decremento del valore dell'attivo o passivo dell'attività economica di \$ 300,000 o più.

4. Se l'attività economica non è coperta dai punti (c) (1)-(3), l'effetto finanziario di una decisione di governo sull'attività economica è materiale se è ragionevolmente prevedibile che:

A. dalla decisione di governo deriverà una diminuzione o un

aumento delle entrate lorde dell'attività economica per l'anno fiscale di \$ 20,000 o più; oppure

B. dalla decisione di governo deriverà per l'attività economica la produzione o esclusione di spese aggiuntive o una riduzione o eliminazione di spese esistenti per un anno fiscale per un ammontare di \$ 5,000 o più; oppure

C. dalla decisione di governo deriverà un incremento o decremento del valore dell'attivo o passivo dell'attività economica di \$ 20,000 o più.

(d) Terminologia. I termini di contabilità descritti sotto sono gli stessi termini usati nei Principi generalmente accettati di contabilità e negli Standards generalmente accettati di revisione dei conti. Nulla di queste suddivisioni deve essere interpretato per incorporare nuove voci non contemplate nei Principi generalmente accettati di contabilità e negli Standards generalmente accettati di revisione dei conti.

1. Beni. Come usato in questa sezione, con "attivo" si intende ogni proprietà, reale o personale, tangibile e non, che appartiene ad una attività economica. Ciò include, ma non è limitato a, denaro, titoli, merci, materie prime, prodotti finiti, semilavorati, materiali e elementi per ordinaria manutenzione, acconti esigibili, tratte e prestiti esigibili, e spese prepagate (come ad esempio assicurazione prepagata, interessi, rendite, tasse, pubblicità, e semilavorati).

A. quando un'attività economica detiene una pretesa su una garanzia accessoria (inclusa la proprietà immobiliare) come sicurezza per un prestito fatto dall'attività economica, detta pretesa non rende la garanzia accessoria (inclusa la proprietà immobiliare) un "attivo" dell'attività economica, a meno che l'attività economica abbia avviato procedure per precludere, o acquisire il bene basate sulla incapacità del debitore di rifondere il prestito. Il prestito o la tratta assicurata dalla garanzia accessoria è un attivo.

B. la definizione di "attivo" include anche beni intangibili. I beni intangibili includono, ma non sono limitati a, diritti legali a vita e vantaggi di concorrenza sviluppati o acquisiti da una società, brevetti, *copyrights*, *franchises*, marchi, costi di organizzazione, avviamento e processi segreti.

2. Spese. In generale, il termine si riferisce al costo corrente per portare avanti un'attività.

3. Entrata lorda. Afflusso attuale o previsto di denaro o altro bene. "Entrata lorda" è il reddito di un'attività economica prima che

aggiustamenti o trattenute siano fatte per proventi e sconti e i costi venduti dei beni, e prima di qualsiasi deduzione per queste o qualsiasi altra spesa.

4. Passivo. Obbligazioni dell'attività economica, la cui liquidazione si presume ragionevolmente richiedere il trasferimento di attivo o la creazione di altri nuovi passivi; ogni obbligazione finanziaria o spesa in denaro che deve essere fatta dall'attività economica in un determinato momento per soddisfare i termini contrattuali di detta obbligazione.

(e) Dichiarazioni finanziarie. Nel conformarsi a questo regolamento, i pubblici ufficiali possono fare assegnamento sulle dichiarazioni finanziarie e revisionate più recenti indipendentemente dell'attività economica fin tanto che quelle dichiarazioni riflettono la condizione attuale dell'attività economica. Le dichiarazioni finanziarie non sono considerate riflettere la condizione attuale dell'attività economica quando:

1. le dichiarazioni finanziarie revisionate più recenti indipendentemente dell'attività economica sono per l'anno fiscale in corso precedenti più di 24 mesi alla data della decisione di governo.

2. la revisione dei conti più recente della dichiarazione finanziaria, risultata di diversa opinione, è stata emanata con un rifiuto, o è stato altrimenti qualificata in maniera tale che la dichiarazione dell'attivo, passivo, spese, o entrate lorde è criticato nella revisione, oppure

3. vi è stato un evento successivo, intervenuto tra la data in cui la dichiarazione finanziaria è stata posta in essere e la data della decisione del pubblico ufficiale, che rende la dichiarazione non più rappresentativa, incluso, ma non limitato a, riassetto economici⁴⁰.

18705.2 Criterio della materialità: Interessi economici nella proprietà immobiliare.

(a) Proprietà immobiliare direttamente coinvolta.

1. Proprietà immobiliare, non in affitto. L'effetto finanziario di una decisione di governo sulla proprietà immobiliare si presume essere materiale. Tale presunzione può essere superata dalla prova che non è ragionevolmente prevedibile che la decisione di governo avrà un effetto finanziario sulla proprietà immobiliare.

⁴⁰ Autorità citata: Sezione 83112, Codice del Governo. Riferimenti: Sezioni 87100, 87102.5, 87102.6, 87102.8 e 87103, Codice del Governo.

2. Proprietà immobiliare, in affitto. L'effetto finanziario di una decisione di governo sulla proprietà immobiliare nella quale un ufficiale detiene un interesse di locazione si presume essere materiale. Tale presunzione può essere superata dalla prova che non è ragionevolmente prevedibile che la decisione di governo avrà un effetto finanziario su uno dei seguenti punti:

- (A) la data di termine della locazione;
- (B) l'importo di affitto pagato dall'affittuario per la proprietà immobiliare locata, sia positivamente che negativamente;
- (C) il valore del diritto dell'affittuario di sublocare la proprietà immobiliare, sia positivamente che negativamente;
- (D) l'uso legalmente consentito o l'uso corrente della proprietà immobiliare da parte dell'affittuario; oppure
- (E) l'uso o il godimento della proprietà immobiliare locata da parte dell'affittuario;

(b) Interessi della proprietà immobiliare indirettamente coinvolta.

1. Proprietà immobiliare, non in affitto. L'effetto finanziario di una decisione di governo sulla proprietà immobiliare indirettamente coinvolta nella decisione di governo si presume non essere materiale. Tale presunzione può essere superata dalla prova che vi sono specifiche circostanze riguardanti la decisione di governo, il suo effetto finanziario, e la natura della proprietà immobiliare nella quale il pubblico ufficiale ha un interesse economico, le quali rendono ragionevolmente prevedibile che la decisione di governo avrà un effetto finanziario materiale sulla proprietà immobiliare in cui il pubblico ufficiale ha un interesse. Esempi di circostanze specifiche che saranno considerate includono, ma non sono limitate a, circostanze dove la decisione concerne:

- (A) il potenziale di sviluppo o il potenziale di produzione di reddito della proprietà immobiliare nella quale il pubblico ufficiale ha un interesse economico;
- (B) l'uso della proprietà immobiliare nella quale il pubblico ufficiale ha un interesse economico;
- (C) il carattere del vicinato incluso, ma non limitato a, effetti sostanziali su: traffico, vista, privacy, intensità di uso, livelli di rumore, emissioni d'aria, o caratteristiche simili del vicinato.

2. Proprietà immobiliare, in affitto. L'effetto finanziario di una decisione di governo sulla proprietà immobiliare nella quale un ufficiale detiene un interesse di locazione e che è indirettamente coinvolta nella decisione di governo si presume non essere materiale. Tale pre-

sunzione può essere superata dalla prova che vi sono specifiche circostanze riguardanti la decisione di governo, il suo effetto finanziario, e la natura della proprietà immobiliare nella quale il pubblico ufficiale ha un interesse economico, che rendono ragionevolmente prevedibile che la decisione di governo:

- (A) cambierà l'uso legalmente consentito della proprietà immobiliare locata, e l'affittuario ha il diritto di sublocare la proprietà immobiliare;
- (B) cambierà l'uso attuale che l'affittuario fa della proprietà immobiliare;
- (C) accrescerà sostanzialmente o diminuirà significativamente l'uso dell'affittuario o il godimento della proprietà immobiliare locata;
- (D) aumenterà o diminuirà l'importo dell'affitto della proprietà immobiliare locata del 5% durante un periodo di 12 mesi seguente la decisione; oppure
- (E) comporterà un cambiamento nella data di termine della locazione⁴¹.

18705.3 Criterio della materialità: Interessi economici in soggetti che sono fonte di reddito.

(a) Fonti di reddito direttamente coinvolte. Qualsiasi effetto finanziario ragionevolmente prevedibile in un soggetto che è fonte di reddito per il pubblico ufficiale e che è direttamente coinvolto in una decisione dell'agenzia dell'ufficiale, è giudicato materiale.

(b) Fonti di reddito indirettamente coinvolte.

1. Fonti di reddito che sono attività economica. Se la fonte di entrata è un'attività economica, si applichino i criteri di materialità stabiliti nel Titolo 2, Codice dei Regolamenti della California, sezione 18705.1 (c).

2. Fonti di reddito che sono enti no-profit, inclusi enti di governo. L'effetto di una decisione è materiale relativamente ad un ente no-profit che è fonte di reddito per l'ufficiale qualora si applichi uno qualsiasi dei seguenti punti:

A. Per un ente i cui introiti lordi annuali sono \$ 400,000,000 o più, l'effetto della decisione sarà uno dei seguenti:

⁴¹ Autorità citata: Sezione 83112, Codice di governo. Riferimento: Sezioni 87100, 87102.5, 87102.6, 87102.8 e 87103, Codice del Governo.

a. la decisione sfocerà in un aumento o decremento degli introiti lordi annuali per un anno fiscale per un ammontare di \$ 1,000,000 più; oppure

b. la decisione comporterà all'ente o gli farà evitare spese addizionali o ridurre o eliminare spese esistenti per un anno fiscale per un ammontare di \$ 250,000 o più; oppure

c. la decisione sfocerà in un aumento o decremento nel valore dell'attivo o passivo dell'ente per un ammontare di \$ 1,000,000 o più.

B. Per un ente i cui introiti lordi annuali sono superiori a \$ 100,000,000 ma inferiori a \$ 400,000,000, l'effetto della decisione sarà uno dei seguenti:

a. la decisione sfocerà in un aumento o decremento degli introiti lordi annuali per un anno fiscale per un ammontare di \$ 400,000 o più; oppure

b. la decisione comporterà all'ente o gli farà evitare spese addizionali o ridurre o eliminare spese esistenti per un anno fiscale per un ammontare di \$ 150,000 o più; oppure

c. la decisione sfocerà in un aumento o decremento nel valore dell'attivo o passivo dell'ente per un ammontare di \$ 400,000 o più.

C. Per un ente i cui introiti lordi annuali sono superiori a \$ 10,000,000 ma inferiori o uguali a \$ 100,000,000, l'effetto della decisione sarà uno dei seguenti:

a. la decisione sfocerà in un aumento o decremento degli introiti lordi annuali per un anno fiscale per un ammontare di \$ 200,000 o più; oppure

b. la decisione comporterà all'ente o gli farà evitare spese addizionali o ridurre o eliminare spese esistenti per un anno fiscale per un ammontare di \$ 50,000 o più; oppure

c. la decisione sfocerà in un aumento o decremento nel valore dell'attivo o passivo dell'ente per un ammontare di \$ 200,000 o più.

D. Per un ente i cui introiti lordi annuali sono superiori a \$ 1,000,000 ma inferiori o uguali a \$ 10,000,000, l'effetto della decisione sarà uno dei seguenti:

a. la decisione sfocerà in un aumento o decremento degli introiti lordi annuali per un anno fiscale per un ammontare di \$ 100,000 o più; oppure

b. La decisione comporterà all'ente o gli farà evitare spese addi-

zionali o ridurre o eliminare spese esistenti per un anno fiscale per un ammontare di \$ 25,000 o più; oppure

c. la decisione sfocerà in un aumento o decremento nel valore dell'attivo o passivo dell'ente per un ammontare di \$ 100,000 o più.

E. Per un ente i cui introiti lordi annuali sono superiori a \$ 100,000 ma inferiori o uguali a \$ 1,000,000, l'effetto della decisione sarà uno dei seguenti:

a. la decisione sfocerà in un aumento o decremento degli introiti lordi annuali per un anno fiscale per un ammontare di \$ 50,000 o più; oppure

b. la decisione comporterà all'ente o gli farà evitare spese addizionali o ridurre o eliminare spese esistenti per un anno fiscale per un ammontare di \$ 12,500 o più; oppure

c. La decisione sfocerà in un aumento o decremento nel valore dell'attivo o passivo dell'ente per un ammontare di \$ 50,000 o più.

F. Per un ente i cui introiti lordi annuali sono pari a \$ 100,000 o inferiori, l'effetto della decisione sarà uno dei seguenti:

a. la decisione sfocerà in un aumento o decremento degli introiti lordi annuali per un anno fiscale per un ammontare di \$ 10,000 o più; oppure

b. la decisione comporterà all'ente o gli farà evitare spese addizionali o ridurre o eliminare spese esistenti per un anno fiscale per un ammontare di \$ 2,500 o più; oppure

c. la decisione sfocerà in un aumento o decremento nel valore dell'attivo o passivo dell'ente per un ammontare di \$ 10,000 o più.

3. Fonti di reddito che sono individui. L'effetto di una decisione è materiale relativamente ad un individuo il quale è una fonte di reddito per un ufficiale se si applica uno qualsiasi dei seguenti punti:

A. la decisione interesserà il reddito dell'individuo, gli investimenti, o altri beni tangibili o meno o passivi (diversi dalla proprietà immobiliare) per \$ 1,000 o più; oppure

B. la decisione concernerà l'interesse della proprietà immobiliare dell'individuo nel modo in cui è previsto dal Titolo 2, Codice dei Regolamenti della California, sezioni 18705.2 (b).

(c) Nesso. Qualsiasi effetto finanziario ragionevolmente prevedibile su un soggetto che è una fonte di reddito per un pubblico ufficiale è ritenuta materiale se il pubblico ufficiale riceve o gli è stato promesso

che il reddito avrebbe raggiunto un fine o uno scopo che sarebbe stato raggiunto, frustrato, aiutato, o impedito dalla decisione⁴².

18705.4 Criterio della materialità: Interessi economici in soggetti che sono fonti di donazioni.

(a) Fonti di donazione direttamente coinvolte. Qualsiasi effetto finanziario ragionevolmente prevedibile in un soggetto che è fonte di donazione per un pubblico ufficiale e che è direttamente coinvolto in una decisione prima dell'agenzia dell'ufficiale, è considerato materiale.

(b) Fonti di donazione indirettamente coinvolte.

1. Fonti di donazione che sono indirettamente coinvolte in attività economiche. Se la fonte della donazione è un'attività economica, si applichino i criteri di materialità stabiliti nel regolamento 18705.1(b).

2. Fonti di donazione che sono indirettamente coinvolte in enti no-profit di agenzie governative. Se la fonte della donazione è un ente no-profit o un'agenzia governativa, si applichino i criteri di materialità stabiliti nel Titolo 2, Codice dei Regolamenti della California, sezione 18705.3 (b)(2).

3. Fonti di donazione in cui sono indirettamente coinvolti individui. Se fonte della donazione è un soggetto, si applichino i criteri di materialità stabiliti nel Titolo 2, codice dei Regolamenti della California, sezione 18705.3 (b)(3)⁴³.

18705.5 Criterio della materialità: Interesse economico nelle Finanze personali.

(a) Un effetto finanziario ragionevolmente prevedibile sulle finanze personali di un pubblico ufficiale è materiale se ammonta ad almeno \$ 250 in qualsiasi periodo di 12 mesi. Per determinare se una decisione di governo ha un effetto finanziario materiale sull'interesse economico di un pubblico ufficiale o sulle sue finanze personali, non devono essere presi in considerazione né un effetto finanziario sul valore della proprietà immobiliare posseduta direttamente o indirettamente dall'ufficiale, né un effetto finanziario sulle entrate lorde, spese, o va-

⁴² Autorità citata: Sezione 83112, Codice del Governo. Riferimento: Sezioni 87100, 87102.5, 87102.6, 87102.8 e 87103, Codice del Governo.

⁴³ Autorità: Sezione 83112, Codice del Governo. Riferimento: Sezioni 87100, 87102.5, 87102.6, 87102.8, 87103, Codice del Governo.

lore di attivo e passivo di un'attività economica in cui l'ufficiale ha un interesse ad investire.

(b) L'effetto finanziario di una decisione che riguarda solo il salario, giornaliero, o il rimborso spese che il pubblico ufficiale o uno dei membri più prossimi della sua famiglia riceve da una agenzia di governo federale, statale o locale non sarà ritenuto materiale, a meno che la decisione non preveda di assumere, licenziare, promuovere, rimuovere, sospendere senza pagare o altrimenti prendere provvedimenti disciplinari con una sanzione finanziaria contro l'ufficiale o uno dei membri più prossimi della sua famiglia, oppure predisporre un salario per l'ufficiale o un membro della sua famiglia che sia differente dai salari pagati ad altri impiegati della agenzia governativa per una stessa graduatoria di lavoro o posizione⁴⁴.

18707. La cosa pubblica.

(a) Introduzione.

Nonostante la determinazione che un effetto finanziario ragionevolmente prevedibile di una decisione governativa su un interesse economico di un pubblico ufficiale è materiale, un pubblico ufficiale non si trova in conflitto di interessi squalificante relativamente alla decisione di governo se quest'ultima concerne l'interesse economico del pubblico ufficiale in modo che sia indistinguibile dal modo in cui la decisione interesserà la cosa pubblica come stabilito nel Titolo 2, Codice dei regolamenti della California, sezioni 18707.1-18707.9⁴⁵

18707.7 La cosa pubblica in generale, Commerci, Professioni.

Quando una decisione riguarderà un'industria, commercio, o professione sostanzialmente nella stessa maniera come in rapporto ad un interesse economico dell'ufficiale, l'industria, il commercio o la professione costituiscono "sezioni significative" della giurisdizione solamente nei casi stabiliti qui sotto:

(a) Nel caso di un ufficiale statale eletto, un'industria, commercio o professione costituisce una sezione significativa della cosa pubblica, così come stabilito nella sezione 87102.6 del Codice di Governo.

⁴⁴ Riferimenti incrociati: Per la definizione di "familiare più prossimo", vedi il Codice di Governo sez. 82029. Autorità citata: Sezione 83112, Codice del Governo. Riferimento: Sezioni 87100, 87102.5, 87102.6, 87102.8, 87103, Codice del Governo.

⁴⁵ Autorità citata: Sezione 83112, Codice di Governo. Riferimento: sezione 87103, Codice del Governo.

(b) Nel caso di qualsiasi altro ufficiale, un'industria, commercio o professione costituisce una sezione significativa della cosa pubblica, se quell'industria, commercio o professione è un'industria, commercio o professione predominante nella giurisdizione dell'ufficiale o nel distretto rappresentato dall'ufficiale. Un'industria, commercio o professione che costituisce il 50% o più delle attività economiche nella giurisdizione dell'agenzia dell'ufficiale o nel distretto che l'ufficiale rappresenta è industria, commercio o professione "predominante" per le finalità di questo regolamento. Per le finalità di questa suddivisione, un ente no-profit diverso da un ente governativo è trattato come un'attività economica⁴⁶.

APPENDICE C: Conflitto speciale di provvigioni di interesse applicabile ai membri della legislatura della California

Costituzione della California, articolo IV

Sez. 4. (a) Per eliminare qualsiasi apparenza di conflitto con il corretto esercizio dei suoi doveri e responsabilità, nessuno Membro della Legislatura può scientemente ricevere un salario, paghe, commissioni, o altro reddito simile da un *lobbyist* o da una società di *lobby*, così come definita dal Political Reform Act del 1974, o da una persona che, durante i 12 mesi precedenti, sia stata sotto contratto con la Legislatura. La Legislatura potrà emanare leggi che definiscano il reddito. Tuttavia, il reddito non include ogni interesse di proprietà comune nel reddito di una moglie. Qualsiasi Membro che scientemente riceve un salario, paghe, commissioni o altre entrate similari da un datore di lavoro *lobbyist*, come stabilito dal Political Reform Act del 1974, non può, per il periodo di un anno conseguente al suo ricevimento, votare o decidere, o partecipare alla decisione, o tentare in qualsiasi modo di usare la propria posizione di ufficiale per influenzare una decisione o un'azione della Legislatura, diversa da un'azione o decisione concernente un progetto di legge descritto nella suddivisione (c) della Sezione 12 di quest'articolo, che egli sa, o ha motivo di sapere, avrebbe un impatto finanziario diretto e significativo sul datore di lavoro *lobbyist* e non avrebbe impatto sulla cosa pubblica o una sezio-

⁴⁶ Autorità citata: Sezione 83112, Codice del Governo. Riferimento: Sezione 87103, Codice del Governo.

ne significativa del pubblico in maniera simile. Così come usato in questa sezione “cosa pubblica” include un’industria, un commercio o una professione.

Codice di Governo della California

Sez. 82030.5.

(a) Per le finalità di questo Titolo [TITOLO 9], “reddito guadagnato” significa, tranne come previsto nella suddivisione (b), reddito da paghe, salari, tariffe professionali e altre somme ricevute o promesse in compensazione di servizi personali resi.

(b) ...

(c) Reddito che non è “reddito guadagnato” include, ma non è limitato a, i seguenti:

1. qualsiasi reddito derivato da titoli, obbligazioni, proprietà o altri investimenti oppure da vendite al dettaglio o all’ingrosso;
2. qualsiasi somma pagata da, o per conto di, un ufficiale statale eletto per una pensione, compartecipazione agli utili, oppure piano per riparto straordinario di titoli e ricevuta dall’ufficiale statale eletto dal piano.
3. l’interesse della proprietà comune nel reddito di una moglie.

Sez. 87102.5

(a) I rimedi predisposti nel Capitolo 3 (che comincia con la Sezione 83100) vanno applicati a qualsiasi Membro della Legislatura che decide, partecipa alla decisione, o tenta di usare in qualsiasi modo la propria posizione di ufficiale per influenzare una delle seguenti decisioni di governo nelle quali egli sa o ha ragione di sapere di avere un interesse finanziario:

1. Ogni decisione di governo statale diversa da ogni azione o decisione della Legislatura, presa nel corso dei suoi doveri in quanto membro;
2. approvazione, modifica, o cancellazione di qualsiasi contratto nel quale o un ramo o una commissione della Legislatura è parte;
3. introduzione in qualità di autore principale di qualsiasi normativa che il membro sa o ha motivo di sapere essere una normativa non generale;
4. qualsiasi voto in una commissione legislativa o sottocommissione che il membro sa o ha motivo di sapere essere normativa non generale;

5. qualsiasi voto d'appello nel Senato o Assemblea su un materia che il membro sa essere normativa non generale;
 6. ogni azione o decisione della Legislatura nella quale intervenga uno dei seguenti punti:
 - a. Il membro ha ricevuto un salario, paghe, commissioni o redditi simili nei 12 mesi precedenti dal datore di lavoro *lobbyst*;
 - b. Il membro sa o ha motivo di sapere che l'azione avrà un impatto diretto e significativo su di un datore di lavoro *lobbyst*;
 - c. L'azione o la decisione non avrà un impatto sulla cosa pubblica o una sezione significativa del pubblico in un modo simile;
 7. Qualsiasi azione o decisione della Legislatura su una normativa che il membro sa o ha motivo di sapere che avrà un impatto diretto e significativo su qualsiasi persona, distinguibile dal suo impatto sulla cosa pubblica o una sezione significativa del pubblico, dalla quale il membro ha ricevuto una compensazione nei 12 mesi precedenti per la finalità di apparire, concordare di apparire, o prendere ogni altra azione per conto di quella persona, prima di qualsiasi ufficio locale o agenzia.
- (b) ...
- (c) Per le finalità di questa sezione, si applicano tutti i seguenti punti:
1. "Qualsiasi azione o decisione della Legislatura" significa qualsiasi voto in una commissione o sottocommissione, o qualsiasi voto d'appello al senato o all'assemblea.
 2. "Interesse finanziario" significa interesse come definito nella Sezione 87103.
 3. "Normativa" significa un progetto di legge, risoluzione, o emendamento costituzionale.
 4. "Normativa non generale" significa normativa come descritta nella Sezione 87102.6 e non è di natura generale secondo la Sezione 16 dell'articolo IV della Costituzione.
 5. Un membro della Legislatura ha ragione di sapere che un'azione o decisione avrà un effetto finanziario diretto e significativo su un soggetto rispetto al quale l'interdizione può essere richiesta secondo la suddivisione (a) se risulta che:
 - a. con la conoscenza del membro, la persona ha tentato di influenzare il voto del membro rispetto alla azione o alla decisione;
 - b. sono stati portati all'attenzione personale del membro fatti

indicanti che la azione o decisione avranno un impatto diretto e significativo sulla persona.

6. I divieti specificati al punto (a) non si applicano alla decisione di bilancio nel suo intero, o ad un voto su un calendario consentito, una mozione di riconsiderazione, una deroga di qualsiasi normativa, o una materia puramente procedurale.

7. Un Membro della Legislatura ha ragione di sapere che la normativa è non generale se fatti portati alla sua personale attenzione indicano che detta normativa è non generale.

8. Un consiglio scritto dato ad un Membro della Legislatura riguardante i suoi doveri secondo questa sezione da parte del Consiglio Legislativo avrà lo stesso effetto di un consiglio dato da una commissione secondo il punto (b) della Sezione 83114 se risultano le seguenti circostanze:

A. Il membro ha fatto richiesta scritta basata sugli stessi fatti materiali alla commissione per consiglio secondo la Sezione 83114 come nei suoi doveri secondo questa sezione, richiesta uguale alla richiesta scritta e ai fatti presentati al Consiglio Legislativo;

B. La commissione non ha predisposto avviso scritto in seguito alla richiesta del membro precedente al momento in cui il membro agisce in buona fede su avviso del Consiglio legislativo [emendato (così come aggiuntola Stats. 1990, Cap. 84) da Stats. 1990, Cap. 1075, Sez. 2].⁴⁷

⁴⁷ Per le finalità di questa normativa, il termine "interesse finanziario" è definito dalla sezione 87103.

