

*ISTITUTO
GIURIDICO
SAMMARINESE*



M
I
S
C
E
L
L
A
N
E
A

Atti della Scuola Sammarinese di Diritto Comune vigente

Umberto SANTARELLI, *Cinque lezioni sul diritto comune delle società* p.5

Lezioni dell'Istituto

Helmut PETSCH, *Il controllo statale delle società di capitali nella legislazione austriaca*

con una *Premessa* di Lamberto EMILIANI p.47

Saggi

Victor CRESCENZI, *Problemi dell'interpretatio nel sistema del diritto comune classico* p.65

Giuristi per San Marino

Lodovico MORTARA, Leone BOLAFFIO e Dionisio ANZILOTTI, Luigi EINAUDI, Pietro COGLIOLO e Telemaco MARTELLI, *Pareri di parte per la causa Giacomini 1911* p.101

ATTI DELLA SCUOLA SAMMARINESE DI DIRITTO
COMUNE VIGENTE

UMBERTO SANTARELLI

CINQUE LEZIONI SUL DIRITTO COMUNE DELLE
SOCIETÀ*

Mi è difficile dare un titolo che rappresenti meno peggio che sia possibile il "filo rosso" di questi miei interventi. Se un suggerimento si potesse prendere dal primo atto della *Tosca*, direi che le prime lezioni si potrebbero più o meno intitolare alla meraviglia di Cavaradossi innamorato - "*recondita armonia di bellezze diverse*" -, mentre forse il finale potrebbe aver a titolo il contrappunto del frate sacrestano "*scherza coi fanti e lascia stare i santi*".

Devo anche dire - per giustificare il contenuto - che queste sono, per me naturalmente, delle lezioni *in itinere*. Non sono qui a comunicare i risultati (sia pure non definitivi, come lo sono sempre i risultati di certe ricerche, e comunque non provvisori) di indagini ragionevolmente concluse. Io sono qui, a metà strada, a dirvi quel che dalla metà della strada a cui sono arrivato mi pare per un verso di aver visto, e per un altro verso di intuire dietro l'angolo.

Se quello che ho visto è davvero esistente, se l'intuizione in ordine al quel che c'è dietro l'angolo sia o no esatta, questo non sono in grado di sapere; anche perché, diciamolo francamente, la situazione di chi studia il diritto comune è ben triste a confronto, per esempio, di quella dei romanisti, che hanno a che fare con un patrimonio di fonti limitato e già arato per tutti i versi, mentre lo storico del diritto comune invece ha a che fare con una enorme congerie di fonti ancora addirittura non tutte tranquillamente riferibili ai loro apparenti autori.

Qui bisognerebbe riprendere le osservazioni che Severino Caprioli ha fatto nell'introduzione al volume sulla legislazione societaria sammarinese, dove è analizzata con dovizia di prove l'attuale non sufficiente adeguatezza di una dottrina del diritto comune *della e nella* Repubblica di San Marino, da potersi collocare

* Trascrizione riveduta dall'autore delle lezioni tenute nei giorni 27-31 agosto 1990.

come elemento di continuità rispetto alla grande dottrina del Diritto comune.

Queste mancanze, che attengono alla conoscenza storica dell'esperienza del diritto comune d'*ancien régime*, la non totale adeguatezza rispetto al livello di quella dottrina di una attuale dottrina del diritto comune vigente nella Repubblica, e quindi la mancanza di continuità tra questi due momenti, non sono evidentemente intanto prive di cause (in ordine alle quali mi farete venia se non mi addentro) e neanche prive di effetti in ordine alla gestione stessa di questa esperienza giuridica da parte di chi, da giudice o da avvocato, è chiamato a "gestire" questa esperienza.

Si parla di "Diritto comune vigente".

In quella scuola di Erice a cui si riferiva Caprioli questa mattina uno dei due che fu chiamato ad introdurre il primo corso, Peter Weimar, nella sua introduzione, alludendo alla cessazione del vigore del diritto comune con il sopravvenire delle codificazioni, fece un'affermazione all'apparenza strabiliante. Disse che il diritto comune non ha mai cessato di aver vigore, perché, così come noi lo intendiamo oggi, non aveva mai avuto vigore.

Un'affermazione strana, che, ripetuta soprattutto in questa sede, può apparire soltanto irritante. C'è però da domandarsi quali sono stati i tramiti - e qui non voglio aprire una questione abbastanza spinosa -, le ragioni, i fondamenti che hanno determinato il vigore del diritto comune nell'età che è stata sua; così come abbiamo il dovere di interrogarci *qui* per sapere quali sono i tramiti, le ragioni, i fondamenti per i quali il diritto comune può ancora oggi aver vigore nella Repubblica di San Marino, dove nessuno - spero - oserà ancora parlare di *Ratio Imperii Romani*. Io credo che la *Ratio Imperii* sia stata sempre un arnese retorico inventato dai giuristi: anche se, però, così non fosse stato nell'età del diritto comune classico, certamente nessuno oggi oserebbe invocare la *Ratio Imperii* come titolo di vigore del diritto comune nell'ordinamento giuridico di San Marino; ma se quel titolo non c'è, ci si dovrà pur chiedere quali sono le ragioni che fanno sì che questo diritto sia vigente.

Io credo - da "turista", si direbbe, che visita di quando in quando l'ordinamento giuridico sammarinese - che alcune cose siano da tener presenti: e scusatemi allora se farò alcune osservazioni, che forse hanno il pregio dell'ovvietà (ma esistono, qualche volta, realtà ovvie che corrono il rischio di essere dimenticate).

La prima cosa da non dimenticare è il cordone ombelicale che lega l'ordinamento giuridico sammarinese di oggi con l'esperienza

giuridica medievale infinitamente di più che gli ordinamenti giuridici di diritto codificato. Che cosa vuol dire questo discorso? E' una cosa della quale i Sammarinesi sono giustamente orgogliosi: non c'è stato nella storia dell'ordinamento giuridico sammarinese lo iato del codice. Badate bene - e qui bisognerebbe rifare in pubblico un discorso privatissimo fatto con Severino Caprioli passeggiando ieri sera per San Marino - non è tanto vero in ordine ai contenuti dei codici - prima di tutto del *Code Civil des français* - che siano stati diversi rispetto ai contenuti normativi del diritto comune, perché su questa strada le possibili sorprese negative non sono davvero poche: spigolando nei codici in materia di comodato, m'è capitato di trovare, scritta dal laicissimo codificatore napoleonico, una norma - che ora si legge anche nell'art. 1809 cpv. del codice civile italiano del 1942 - fu "inventata" per la prima volta *in foro conscientiae*, dal beato Angelo Carletti da Chivasso nella sua celebre *Summa Confessorum*.

Quindi, quando così spesso si parla di tante "discontinuità" napoleoniche, sarà bene forse non dimenticare che dietro a tante "rivoluzionarie" novità si può nascondere anche il saio di un pio frate minore. Ma certamente vi fu, e fu grande, la novità dell'*idea*: l'*idea di codice* ha certamente segnato una linea di profonda discontinuità lungo la storia degli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale.

Questa discontinuità non c'è stata nella storia dell'ordinamento giuridico sammarinese. Forse voi direte che sto scoprendo il fatto che "l'acqua a cento gradi bolle"; credo però che questo sia un dato importantissimo, da tener sempre presente. Dirò, per esempio, che questa "ovvietà" non è male ricordarla quando si legge la recentissima legge della Repubblica in materia di società; così come è bene rammentare le ragioni costituzionali che per la Repubblica hanno determinato, e continuano a determinare, questa continuità con l'esperienza giuridica medievale; e, ancora, il valore specifico dello *ius proprium* e del rapporto *ius commune-ius proprium*, di tutti i possibili e tra loro diversi *iura propria* - degli statuti e delle loro *reformationes* -, e quindi anche il valore del rapporto fra *statutum*, *reformatio* e *ius commune*. Questa memoria fa sì che non avvenga una distorsione prospettica che porti poi all'indebita applicazione, all'interno dell'ordinamento giuridico sammarinese, del principio - che è valido, invece, negli ordinamenti di diritto codificato - per cui ogni legge posteriore abroga tutte le leggi anteriori di identica materia. Questo non si realizza in ordinamenti giuridici come quello sammarinese soprattutto per

quanto riguarda la possibilità (che è da escludere) di un'abrogazione implicita, da parte d'una *reformatio Statutorum* di un principio appartenente al diritto comune.

Discorso non semplice, questo; e - lo vedremo un po' meglio nelle ultime lezioni - di non piccole implicazioni pratiche, quando si vanno a fare interpretazioni che collegano fra loro norme appartenenti a questi diversi tre sottoinsiemi dell'ordinamento giuridico sammarinese: *leges statutae*, *reformationes Statutorum* e diritto comune.

E ancora è da tener presente l'essenziale *unità* dell'*ordinamento*: un'unità che è tale indipendentemente dalla non-unitarietà - consentitemi l'uso di questa brutta dizione che sarebbe dispiaciuta al nostro comune maestro Riccardo Orestano, che giustamente lasciava il termine 'fonte' per significare quelle che buttano acqua e non quelle che buttano diritto - dalla diversità, dicevo, delle '*fonti di produzione*' delle singole "masse" di norme che compongono quell'ordinamento.

E ancora c'è da chiedersi e da rammentare sempre quale valore abbia il principio - ce lo ricordava proprio stamani Severino Caprioli - della *interpretatio passiva*, secondo il quale *statutum interpretatur secundum ius commune*. E' un altro di quei latinetti sui quali assai facilmente si rischia di scivolare. *Statutum interpretatur secundum ius commune* forse ci dice proprio qual è il tramite fondamentale attraverso cui il diritto comune entra come componente essenziale degli ordinamenti giuridici retti statutariamente: perchè, quando lo statuto viene interpretato, viene sottoposto ad un'*interpretatio* che necessariamente si giova degli strumenti interpretativi del diritto comune: questo fondamentalmente quel "latinetto" vuol dire.

Basterebbe - per convincersene - andare a rileggersi tutta la letteratura consiliaristica in materia di statuti, o le *quaestiones statutorum*; e vedremmo come, partendo da una *positio quaestionis* interamente "statutaria" per arrivare ad una *solutio* altrettanto interamente "statutaria", si passa attraverso un'*argumentatio* interamente, o quasi, costruita con gli strumenti logici e i principi normativi del diritto comune. Questo vuol dire, io credo, il broccardo *statutum interpretatur secundum ius commune*; e non quello che tutti o quasi gli hanno (o gli abbiamo, Dio ci perdoni...) fatto dire nell'infelicitissima era della "gerarchia delle fonti".

Dico questo perchè non c'è di certo *pluralità di ordinamenti*, nè tanto meno di *istituzioni*; eppure resta (e va capito) un rapporto

dinamico tra lo *ius proprium* e lo *ius commune*, quando però non è possibile imputare ognuno di questi due *iura* a due diversi ordinamenti e men che meno a due diverse istituzioni.

Più invecchio e più mi convinco che non ci fosse nemmeno nell'età tardo-medievale una reale diversità di ordinamenti e di istituzioni connessa al rapporto tra *ius commune* e *iura propria*, ma certamente questa diversità non c'è nel vigente ordinamento sammarinese. Perchè non c'è diversità? Perchè quando si parla di diritto comune oggi vigente a San Marino, è giusto riconoscere che questo è un fatto singolarissimo al confronto di tutta Europa, certo, ma interamente posto nella attualità.

Mi libererò di questo non piccolo problema con una battuta che usai in un'altra occasione: bisogna stare attenti a non confondere il diritto comune vigente a San Marino con il Palio di Siena o con la Giostra del Saracino d'Arezzo. Non è "diritto in costume": quando io devo leggere un parere di Baldo per tradurlo poi con rigorosa coerenza di giurista nell'attualità del 1990, non faccio di certo un'operazione di inutile antiquariato giuridico.

In questo delicatissimo lavoro è impegnata e messa duramente a prova la creatività interpretativa e la responsabilità del giurista, il quale - proprio perchè è un giurista di diritto positivo - non è di certo una specie di trovarobe arruffone che prende su alla rinfusa dal gran mucchio delle *opiniones*, che nei secoli si sono adagate nell'esperienza giuridica del diritto comune. Sarebbe, io credo, un pessimo giurista di diritto comune *vigente* quel giudice o quell'avvocato che, dovendo risolvere un serio problema "pratico", si mettesse a saccheggiare il Bertachini, il Toschi o il Savelli alla ricerca della massima "giusta". Questo sarebbe fare male quello che nel Vangelo a tutt'altro proposito è scritto; se il giurista si contentasse d'essere qui *profert de thesauro suo nova et vetera* piluccando a caso in biblioteca, il suo diventerebbe davvero uno strano diritto comune *vigente*.

*

**

Veniamo finalmente a vedere, in questa prospettiva, qual è il tema specifico di queste lezioni.

Spero proprio che nessuno si aspetti da me che esaurisca tutta la materia delle società commerciali nell'intero arco del diritto comune, ivi compreso il diritto comune oggi vigente a San Marino,

in cinque lezioni di cinquanta minuti ciascuna; perchè questo sarebbe manifestamente impossibile.

A me interesserebbe soltanto affrontare per il momento, in modo del tutto preliminare, il tema, anche quello affatto preliminare, dei diversi significati del termine *societas*, che è certamente un termine "plurimo" sotto più riguardi.

Un primo riguardo. Si sèguita a dire che *la società è un contratto*, ma è un'affermazione che placa, sì, le ansie sistematiche di privatisti e romanisti, ma dà nel contempo l'impressione di far vedere solamente una delle tante prospettive nelle quali il termine società può dare un significato. Perchè la società è certamente un contratto, ma è anche un rapporto (e fin qui nulla di male, perchè dove c'è un contratto c'è anche un rapporto obbligatorio che dal contratto prende vita); un rapporto che ha effetti non solo fra le parti contraenti, ma anche nei confronti dei terzi, ben al di là della sua mera natura di rapporto obbligatorio. Non è però soltanto un rapporto: società è anche, nel senso nel quale ne parliamo in questi giorni, una *struttura d'impresa*. Società è anche un'*istituzione* con un suo *ordinamento* interno, alla "fonte" del quale c'è anche un contratto; e chi si limita a dire che *la società è un contratto*, insomma, della società offre certamente una definizione molto riduttiva.

Ma anche all'interno di quella che romanisticamente potremmo chiamare *causa societatis* dobbiamo constatare una ambiguità. Proprio di questo in questi giorni parleremo, per analizzare la *causa societatis* e determinarne l'unicità o la pluralità (anticipando subito che la conclusione sarà per una pluralità fortemente differenziata al proprio interno). Se dovessimo chiudere tutto il nostro discorso in uno *slogan*, diremmo che esistono la società-società e la società-non società; e che le società più imponenti sono delle società-non società.

Questo discorso può sembrare addirittura *contra legem*; e, senza nessuna colpa dell'interprete, è davvero *contra legem*. Non tuttavia è vero quel che dal Medioevo in qua si dice, che il legislatore può trasformare il bianco in nero ed il quadrato in cerchio, perchè se qualcosa è davvero *album* non c'è barba di legislatore che lo possa rendere *nigrum*, nè se è *quadratum* che lo possa fare *rotundum*. Se io ci credessi, direi che esiste un diritto "naturale" assolutamente resistente a qualunque "acido" legislativo. Il giurista italiano è abituato da tempo a una definizione che parrebbe sbarrargli la strada in questa direzione, che sembrerebbe rendere, come dicevo poco fa, *contra legem* la domanda che io ho posto all'inizio, perchè l'art.

2247 del Codice Civile italiano proclama che la società è tutta e solamente quella che il legislatore vuole che sia: o è questo o non è nulla. Per questo il giurista italiano può aver la sensazione di mettere furtivamente il dito nel barattolo della marmellata quando osa domandarsi se le società siano una o più.

Da qualche settimana la sorte ci accomuna tutti, italiani e sammarinesi, perchè nella vostra novissima legge 13 luglio 1990 n. 68 all'articolo 3, nel quale invero il giurista italiano sente di muoversi quasi come in casa sua, si legge che *la società è il contratto con il quale due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili*. Torneremo su questa definizione per analizzarla; certamente 'siamo con il dito nel barattolo', ma credo che il dito non vada tolto, perchè da questa analisi può derivare la capacità di mettere ordine reale in un panorama, la cui apparente unicità è tale soltanto perchè un legislatore ha creduto di poter fare *de albo nigrum et de quadrato rotundum*.

Io credo che valga la pena avventurarsi un po' per questa strada, andare cioè all'interno di questa *causa societatis* provvisti solo dell'unico, o del primo, dei criteri interpretativi che ogni buon giurista dovrebbe avere, e cioè il criterio dell'interpretazione storica: per smontare quella struttura apparentemente così 'bidimensionale' che è il codice (e anche la vostra novissima legge, in questo può essere chiamata un "codice") e vedere che all'interno d'un panorama apparentemente del tutto aproslettico, in realtà si trovano depositati i fossili di tutte le età a distanza di un articolo l'uno dall'altro.

D'altronde io che, come giurista italiano, sono stato educato con l'*idea di codice*, credo che, mentre il codificatore si può anche permettere il lusso di sostenere in modo formalmente argomentabile il suo arbitrario potere di fare *de albo nigrum et de quadrato rotundum*, in un ordinamento giuridico di diritto comune vigente, qual è quello sammarinese, questo diventa infinitamente più difficile per una ragione che non mi sembra affatto secondaria; ed è che qui nell'ordinamento giuridico sammarinese, sia pure attraverso la mediazione delle *lecturae* medievali, resta diritto vigente quell'ammonimento di Modestino contenuto in D. 50.17.202 dove è scritto che *omnis definitio in iure civili periculosa est*, con l'aggiunta dello stesso Modestino che se per caso quella *definitio* apparisse tenue, *subverti potest*. E' un'ipotesi di autentica autofagia dell'ordinamento, se all'interno del sistema quella *definitio subverti potest*. Quindi, se l'interprete italiano, nel momento in cui si

interroga sulla validità dell'art. 2247, deve sempre far salva la riverenza per sua maestà Vittorio Emanuele III re d'Italia e d'Albania, e Imperatore di Etiopia, e per il suo guardasigilli, diverso è il discorso e infinitamente maggiore è la libertà per il giurista sammarinese nei confronti del suo legislatore che azzarda definizioni.

Credo che il problema possa essere tranquillamente affrontato in questi termini: vedere se quella che noi tutti europei continuiamo a chiamare *società*, convinti che a una parola corrisponda una cosa, non sia invece una parola alla quale corrispondano almeno due cose fra loro imparentate per ragioni soltanto estrinseche ed oggi non più valide.

Sempre commentando D. 50.17.202 la Glossa di Accursio dice che *definitio est oratio substantiam cuiusque rei significans*. Ecco, il problema che io vi propongo è proprio questo: se quell'*oratio* a proposito di *societas* sia relativa ad una *substantia* o a *plures substantiae*. Il problema così è posto in modo medievisticamente abbastanza corretto anche sul piano formale; e su questa strada conterei di seguitare ad avventurarmi nei prossimi giorni.

*
* *

La prima definizione che della società, e più specificatamente ed esemplarmente della società commerciale, o - diciam meglio - della *causa societatis*, vien fatto di dare (per ragioni che affondano le loro radici in un terreno storico particolarmente profondo) è quella che identifica la società con la gestione plurisoggettiva dell'impresa.

I legislatori contemporanei sembrano attestarsi senza l'ombra d'un pentimento o d'un' incertezza su questa linea definitoria, di qui partendo poi per costruire i loro sistemi. Chi legge l'art. 3 della recentissima legge sammarinese sulle società non può aver dubbi a questo riguardo: *la società è il contratto con il quale due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili*. Certo, non si potrà fare a meno di constatare la somiglianza - ma sarebbe meglio, invero, parlare proprio di *quasi* totale identità testuale - di questa norma con l'art. 2247 del codice civile italiano (una somiglianza infinitamente maggiore, perchè in realtà di identità testuale si tratta, rispetto a quella, assai più tenue e comunque solo di contenuto

normativo, che legava l'art. 1 della Legge 21 dicembre 1942 n. 45 all'art. 76 del Codice di commercio del Regno d'Italia del 1882).

Ma per un verso ci saranno da rammentare i legami di derivazione che manifestamente connettono anche l'art. 2247 del codice italiano ai suoi precedenti prossimi e meno prossimi, quali l'art. 1697 del codice civile del Regno d'Italia del 1865 e, assai più lontano nel tempo ma certamente modello dei modelli, l'art. 1832 del napoleonico *Code civil des Français*. E, d'altronde, non si potrà neppur dimenticare che la fantasia definitoria d'ogni legislatore ha pur sempre dei limiti "oggettivi" costituiti dalla *res definienda*. Come che sia delle definizioni e della loro storia prossima e meno prossima, e delle loro più o meno legittime e dichiarate consanguineità (o affinità elettive che siano), resta vero che - almeno sul piano formale e definitorio - la *causa societatis* sembra identificarsi senza residui, se non proprio con la commercialistica *gestione plurisoggettiva dell'impresa*, di certo con il non molto diverso *esercizio in comune di un'attività economica* (art. 3 Legge 68/1990).

Questa, che potremmo chiamare (per consentire distinzioni che faremo un po' più avanti) *societas propria* (o *propriissime*) *dicta*, ha il proprio calco genetico nella famiglia: non in una famiglia qualsiasi - una, voglio dire, delle tante e tra loro diverse istituzioni alle quali può a buon diritto darsi il generalissimo nome di *famiglia* - ma, assai più precisamente, nella famiglia del mercante *medievale*. Della quale basterà qui solamente rammentare - giacchè si tratta di cose a tutti notissime - l'ampiezza di struttura (voglio dire la "patriarcalità"), i canoni (etici a un tempo e giuridici) che governavano il comportamento dei suoi membri, il dislocamento al suo interno dei poteri e delle soggezioni, i "luoghi" nei quali si svolgeva tutta la sua vita (i palazzi che ancor oggi impreziosiscono le nostre città, con lo scrittoio, i magazzini e gli ambienti destinati all'abitazione, posti tutti sotto il medesimo tetto), la solidarietà fra i suoi membri, che si tradusse nella loro reciproca fungibilità e nel conseguente vincolo della solidarietà passiva in ordine alle obbligazioni contratte coi terzi.

Di questo rapporto tra impresa collettiva di mercatura e famiglia - delle palesi connessioni funzionali e strutturali fra le due istituzioni - rimangono non pochi segni nella terminologia ancor oggi in uso. Basti pensare - e l'esempio vale per tutte le principali lingue europee - al termine *casa* che significa sia il luogo in cui la famiglia vive, sia la famiglia stessa, sia infine (con una significativa

traslazione) l'impresa commerciale; o ancora al termine *filiale* nell'accezione di sede secondaria dell'impresa (così chiamata, ovviamente, perchè vi era preposto un *filius familias*). Il termine però che più di ogni altro testimonia questa simbiosi tra famiglia e impresa collettiva è il termine *compagno* (e l'astratto derivato *compagnia*), il cui etimo - *cum* e *panis* - rinvia alla situazione tipica che i legislatori medievali definirono come *stare ad unum panem et vinum* e che consiste nel guadagnare e nel mangiare il medesimo pane, che è comportamento che si iscrive con pari coerenza nell'etica della famiglia e in quella dell'impresa collettiva, l'una e l'altra essendo governate dalla clausola normativa generale dell'*affectio* (che si specifica alternativamente come *affectio societatis* e *affectio familiae*).

E' dunque evidente, a partire dall'età tardomedievale, un raccordo tra famiglia ed impresa plurisoggettiva (raccordo che negli ordinamenti giuridici moderni rileva semplicemente come nesso genetico e come - non secondario - canone ermeneutico), che naturalmente non può in alcun modo confondersi con una indiscriminata identità. Per un verso, infatti, la famiglia è di fatto legata, anche nella sua struttura e nei suoi congegni più propriamente normativi, alla sua vicenda "naturale" e ai suoi altrettanto "naturali" scopi (di *consortium omnis vitae* e di *procreatio atque educatio prolis*), e per un altro verso è pur sempre possibile - e, anche in questo caso, a suo modo "naturale" - che una Compagnia venga stipulata (sia pure nell'ambito, almeno prevalente, d'una famiglia) per un certo tempo e che alla scadenza essa venga "saldata" e magari di lì a poco sostituita con un'altra soggettivamente ed oggettivamente identica o quasi alla prima.

Malgrado, dunque, la sua connessione con la famiglia, la Compagnia ammise la presenza nel proprio seno di soggetti estranei alla famiglia eponima. Molto ci sarebbe da dire (e qualcosa, forse, ancora da ricercare) a questo proposito. Ci limiteremo solamente a due osservazioni: 1) per valutare correttamente il significato di questa presenza bisognerebbe caso per caso accertare se coloro che appaiono estranei alla famiglia eponima della Compagnia non siano stati per caso i mariti delle *filiae familias*; 2) solitamente questa presenza fu limitata nella "quantità", nel senso che gli estranei alla famiglia rimasero sempre minoranza sia "per teste" che per conferimenti. Comunque resta fermo che l'estraneo alla famiglia, una volta entrato in Compagnia, acquista *plenissimo iure* lo statuto di compagno.

Sta qui il problema - al quale possiamo solamente alludere - del rapporto fra negozio costitutivo e rapporto societario (se volessimo usare una terminologia di sapore canonistico, potremmo dire: tra *societas in fieri* e *societas in facto esse*).

*
* *

Questo nesso tra famiglia e Compagnia - la storia di questo nesso vitale - cercheremo ora di coglierlo in tre testi che mi sembrano particolarmente significativi: un *Consilium* di Baldo degli Ubaldi, un brano di Francesco Mantica e uno dello Zanchius.

Il *consilium* baldesco (lib. V, Cons. CLXXII) discute la questione *societas an et quando inter fratres, vel patruos et nepotes simul habitantes et operantes et ex operis vel fructibus communibus lucrantes, videatur contracta, et lucra et damna inter eos dividantur*. La rassegna riguarda - si badi bene: in un unico contesto - fattispecie diverse connettabili fra loro solo in grazia del costante rapporto familiare: che sono la semplice comunione, la società nella quale i compagni conferiscono quote diverse di capitale, il profilo infine dei conferimenti sia di beni che di *operae*. Ed il problema - la cui soluzione ora ci interessa solo marginalmente e possiamo perciò non attardarci a discutere - è quello della ripartizione dei *damna* derivanti ai Compagni dalla gestione degli affari di Compagnia. E' evidente che in questo testo tra vincolo familiare e rapporto sociale esiste un *continuum* perfettamente riconoscibile e tranquillamente riconosciuto.

Non molto diverso, sotto il profilo che ora c'interessa, rispetto a quello che Baldo aveva fatto nella seconda metà del Trecento è il discorso svolto, sul finire del Cinquecento (o nei primissimi anni del secolo successivo) da quel grande sistematico che fu Francesco Mantica nelle sue *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*. Come tutti sappiamo, si tratta di un'opera nella quale la *tacita vel ambigua conventio* viene sempre risolta alla ricerca, non già di quanto di tipico vi fu nel comportamento dei contraenti, ma di quella che è stata la reale volontà dei contraenti stessi, sia pure nascosta sotto una dichiarazione *tacita vel ambigua*. Ma proprio per questo l'opera del Mantica ci è preziosa: perchè l'indagine diventa qualche volta addirittura puntigliosa, noiosa, ripetitiva; ma finisce spesso, itinerando alla ricerca della *vera voluntas contrahentium*, finisce con

l'illuminare tutta una serie di anfratti che altrimenti resterebbero nel buio.

Nel titolo terzo del libro sesto di queste *Vaticanae lucubrationes* ci si chiede *quae societas in dubio contracta intelligatur*: il problema è di stabilire quando c'è e quando non c'è il negozio costitutivo della società. Badate che si tratta di un concretissimo problema di diritto vigente: basta pensare agli enormi problemi che l'ignoranza di tanti operatori pratici fa nascere in materia di cosiddetta 'società di fatto', dove si vede succedere tutto e il contrario di tutto, perchè il problema è per l'appunto quello di trovare se c'è una *societas rebus ipsis et factis contracta*, sicchè bisogna risalire a ritroso dal momento esecutivo a quello genetico negoziale, per vedere quali regole i soci si sono dati.

Sarebbe interessantissimo studiare questo titolo tutto per intero, ma a noi interessa leggerlo solamente là dove dice: *primus casus est quando duo vel plures unam tantum rem inter se communicant [...]* et tunc illius tantum rei societas contracta intelligitur: questa non è una società; o, meglio, questa è, per usare vecchie terminologie, una società civile, e perciò si tratta solo di *duo vel plures*. Ma ai casi successivi il discorso diventa interessante. Citerò solo gli attacchi, non farò l'analisi delle singole fattispecie: *secundus casus est quando duo vel plures fratres [...]*; *tertius casus est quando fratres vel alii communicant [...]*; *quartus casus est quando fratres vel alii diversas exercent negotiationes [...]*; *quintus casus est quando fratres vel alii generaliter [...]*; *"sextus casus est quando fratres communicant [...]"* (Mantica, *Vaticanae lucubrationes*, VI, 3, nn. 1-8).

Come voi vedete, tutte le ipotesi di rapporto sociale che il Mantica prospetta, tranne la prima che non è società commerciale ma è comunione, fanno riferimento a *fratres vel alii*. Il rapporto sociale può essere anche tra dei non fratelli, ma - riprendendo il linguaggio bettiano - possiamo dire che la tipicità sociale del rapporto societario vede in *primis* i *fratres* come soggetti coinvolti; *fratres vel alii*; ma i *fratres* sono i protagonisti "naturali".

Se noi prendiamo il *tractatus de societate* (II, III, 21ss.) dello Zanchi - siamo ormai sul finire del Settecento -, dove si tratta della situazione tipica del rapporto sociale, quando si parla di soci non si allude più ai fratelli. Quel rapporto di tipicità che era stato esclusivo in Baldo - ricordate il discorso dove il nesso della società con la comunione ereditaria era rigoroso e scoperto -, che in Mantica era diventato una semplice tipicità sociale che vedeva i *fratres* come

figura tipica di soci, con lo Zanchi il nesso genetico fra *affectio familiae* e *affectio societatis* si attenua, i *soci* restano tali fra loro indipendentemente dal fatto che *per accidens* siano magari anche parenti.

Per Mantica la "coppia" *frater socius* era ancora operante, alla fine del diciottesimo secolo questa presenza si è ormai attenuata nella coscienza del giurista, ma non nella realtà del rapporto sociale. Quel nesso simbiotico che per secoli aveva connesso tra loro rapporto di famiglia e rapporto di società non ha soltanto dei residui "secchi" che possono interessare il lessicografo; ne ha anche, e di non tanto secchi, nei sistemi normativi moderni. Certamente la *societas proprie dicta* (per usare un latinuccio di comodo) è presente nei sistemi normativi moderni in quella società che, guarda caso, si chiama ancora 'società in nome collettivo', la quale altro non è che la versione moderna, con scopertissime e massicce continuità non soltanto di nomi ma di assetti normativi, della 'compagnia' medievale. Quella società è l'unica forma sociale alla quale quella definizione, che i legislatori moderni continuano a imporre a tutte le società facendo veramente *de albo nigrum et de quadrato rotundum*, si attaglia senza forzature. Aveva ragione Francesco Ferrara ad affermare che la definizione dell'art. 2247 del Codice Civile italiano (ma noi potremmo dire dell'art. 3 della legge 13 giugno 1990 n. 68 della Repubblica di San Marino) non si attaglia certo a tutti i tipi di società; ma quando poi si va a fare un'analisi più precisa, ci si accorge che l'art. 2247 (o l'art. 3) si attaglia soltanto alla 'società in nome collettivo', nella quale solamente si realizza tutto intero lo scopo tipico del contratto di società.

Riprendiamo il filo del discorso dove lo avevamo lasciato: dal problema del rapporto tra atto costitutivo e rapporto sociale, della sua esistenza o inesistenza; dal problema cioè della società di fatto, della quale sia difficile individuare il negozio costitutivo. Questo pone interrogativi gravissimi al giurista che deve fare la diagnosi, per vedere se un certo comportamento dei soci è o no conforme al negozio costitutivo della società.

L'art. 8 n. 3 della nuova legge sulle società della Repubblica di S. Marino vede la cosa da un angolo visuale diverso e più ristretto, ma in fondo pone il problema in modo più generale di quanto non faccia intendere la formula legislativa. Qualora l'esercizio in comune di attività economiche - e ritorna la definizione generale dell'art. 3 - avvenga prima del riconoscimento giuridico di cui all'art. 15 - prima, cioè, che ci sia un soggetto a cui imputare questo

rapporto, quando questo rapporto è in quel momento di quiescenza che imporrebbe l'attesa del provvedimento di approvazione, dopo il quale la società ha ultimato il proprio procedimento costitutivo e quindi, munita di soggettività giuridica, può instaurare rapporti con i terzi, - chi agisce risponde personalmente e illimitatamente delle obbligazioni contratte a nome della società. I patti e le intese eventualmente convenute tra gli associati - badate bene che il legislatore parla assai significativamente per questo tempo intermedio, in cui non si ha ancora una società perfettamente esistente, non di soci ma di *associati* - non sono opponibili ai terzi.

Pensiamo, ancora, ai problemi connessi alla eventuale presenza di un socio occulto: al problema della tutela del terzo nell'ipotesi della presenza del socio occulto, che tra l'altro spesso non è solamente socio occulto ma anche socio tiranno.

Vediamo allora telegraficamente gli effetti remoti della simbiosi tra famiglia e società che si ritrovano nella società in nome collettivo, e prendiamoli proprio dalla legge 13 giugno 1990 n.68. L'art. 7 n.1 lett.A è semplicemente l'enunciazione della società in nome collettivo; l'art. 7 n.3 (un articolo che sarebbe vano spiegare all'interno del sistema legislativo vigente) dispone che *nella denominazione sociale deve sempre essere indicato il tipo di società. La denominazione sociale della società in nome collettivo deve contenere anche il nome di uno o più soci*. Veramente questa norma non si spiega senza il nesso genetico famiglia-società, dove il nome collettivo è evidentemente non tanto, come in questa sammarinese e nelle altre legislazioni moderne, il nome di un socio - perchè lui e non anche gli altri, quando il regime è di responsabilità e non può non essere tra tutti i soci rigorosamente paritario? - ma quello della famiglia costituita in Compagnia, sicchè uno solo basta, perchè una sola era la famiglia e quindi uno solo il nome che veniva speso. Anche qui ritorna fuori un'altra parola che mi era sfuggita nell'elenco di dianzi: *spendere il nome della società*, dove "spendere il nome della società" vuol ancor oggi dire in realtà spendere quello della famiglia eponima della compagnia. Quel nome è "collettivo", non perchè un atto costitutivo lo rende tale scegliendo tra i nomi dei diversi soci quello che deve essere eponimo della società, ma perchè esso è *ex natura sua* collettivo: è il nome di tutti i compagni, o per lo meno di quelli che sono membri della famiglia eponima; ed anche i compagni estranei alla famiglia nel gestire gli affari di Compagnia spendono non il loro nome anagrafico, ma il loro nome commerciale.

Ancora l'art. 8 n.1 dice che *nella società in nome collettivo i soci sono gli amministratori della società e sono solidalmente e illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali; il patto contrario non ha effetto nei confronti dei terzi*. Tutti sono amministratori, perchè la cosa è comune per un vincolo che alle origini non è soltanto un vincolo negoziale ma è un vincolo che attiene - e qui credo lo si possa dire - allo *ius naturale*: un vincolo che la natura dà e che i soggetti coinvolti si limitano gestire *secundum naturam suam*. Questo resta ancor oggi nella società in nome collettivo, dove il legislatore dispone che sono nulli tutti i patti contrari, perchè questo rapporto è sentito come "naturale", come un rapporto che tutti coinvolge a parità di titolo e quindi a parità di responsabilità.

Resta tuttavia aperto un problema tutto sammarinese: se anche la società in nome collettivo sia provvista di personalità giuridica. Un interprete straniero ha qualche difficoltà a capire le ragioni di questa soggettività quando essa appare poi frantumata dallo stesso legislatore, quando afferma che tutti i soci sono solidalmente e illimitatamente responsabili, con clausola legislativa di nullità del patto contrario. A me straniero questo sembra un rebus, ma forse non lo è; tanto più che Asquini, che pure aveva scritto il libro quinto del codice civile dell'allora Regno d'Italia, diceva che il problema della soggettività o non-soggettività delle società commerciali è 'da gran tempo evaporato'. Non preoccupiamoci dunque di ciò che è "evaporato", anche perchè in questo caso specifico di diritto vigente sammarinese non dà l'ombra di un problema, perchè ovviamente in un soggetto collettivo, all'interno del quale tutte le persone fisiche coinvolte sono illimitatamente e personalmente responsabili delle obbligazioni sociali, quella certa "evaporazione" è certamente e totalmente avvenuta (se ne sia o no accorto il legislatore).

Dunque il valore del nome collettivo, della responsabilità solidale e illimitata, con la conseguente non opponibilità ai terzi del patto contrario, altro non è che *l'affectio familiae* tradotta in termini di *affectio societatis*. E' dunque vero quello che dicevamo, e cioè che la *causa societatis propria dicta* ha nella 'compagnia società in nome collettivo' il suo prototipo.

Tuttavia il giurista non può non constatare una diffusione, una frantumazione di questa causa nei diversi tipi di società, perchè questa idea di gestione comune si ritrova anche in altri tipi di società: nella società a responsabilità limitata, ma anche nelle società

anonime. Non però nel tipo di società legislativamente prevista, ma in ogni singola società può sopravvivere la *causa societatis propriae dicta* nella misura in cui nella singola società residui poco o tanto di quella gestione plurisoggettiva dell'impresa.

Se ora noi tornassimo alla definizione legislativa di società, noi troveremmo che solo la società in nome collettivo realizza quella attività economica comune, dove il *comune* è portato fino alle conseguenze estreme della totale responsabilità. Altrove questo non avviene; altrove quella attività economica comune tende progressivamente ad essiccarsi e a diventare l'ombra di sé. Dicono gli interpreti dei moderni sistemi che l'attività economica comune diventa un "dato formale". Un interprete un po' più iconoclasta può dire che diventa una "parola" dietro la quale non c'è più quella "cosa" che la "parola" sembrerebbe voler significare. Perchè io credo che il portatore di un'azione della FIAT, che certamente e a tutti gli effetti ha la qualifica di socio di quella società, non faccia proprio nessuna "attività economica comune" con il vero *management* della FIAT. Non credo che il portatore di un'azione della FIAT possa dire, se non al di là del neuropsichiatricamente rilevante, che anche lui nel suo piccolo concorre a fabbricare automobili.

*

**

Oggi dovremo aprire una parentesi nel filo del nostro discorso, riprendendo un tema che per due volte è affiorato nel discorso del Professor Castro, quando ha osservato che uno dei problemi delle imprese bancarie dei Paesi arabi è quello di esercitare l'attività creditizia evitando l'usura.

Il tema su cui oggi ci dovremo soffermare prende le mosse da un'alternativa che si pone in qualunque gestione di impresa (e dunque si pone anche nella gestione sociale dell'impresa), l'alternativa cioè della proprietà (nel senso di appartenenza all'imprenditore stesso) o della non proprietà (cioè dell'appartenenza ad altri) dell'azienda di cui l'impresa si serve. E' inutile dirsi che non è necessario che l'azienda sia di proprietà dell'imprenditore, essendo sufficiente che l'imprenditore ne abbia una disponibilità correttamente titolata, che egli cioè se ne possa servire ai fini propri della sua attività, organizzata allo scopo di produrre o di scambiare beni o servizi.

Il capitale è certamente un elemento dell'azienda: riprendendo la definizione che l'art.2 della legge 13 giugno 1990 n.68 dà di azienda ("*l'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*"), se l'azienda è il complesso di tutti i beni che l'imprenditore organizza per esercitare l'impresa, si può correttamente ritenere che il capitale sia uno di questi elementi. E' chiaro anche che non importa che questo capitale sia originariamente di proprietà dell'imprenditore che ne dispone; l'importante è che egli ne abbia la libera e titolata disponibilità.

Se questo è vero, i negozi che rispondono allo scopo del finanziamento dell'impresa sono fatti tipici di gestione (per riprendere il linguaggio dell'art. 2), di organizzazione degli elementi dell'azienda che l'imprenditore fa per esercitare l'impresa. Se dunque l'imprenditore può acquisire la disponibilità di questo capitale non suo per inserirlo nella gestione dell'azienda e dell'impresa, è chiaro che, se questo capitale è altrui, l'imprenditore debba compensare adeguatamente, secondo le regole di mercato, colui o coloro che gli mettono a disposizione questo non secondario elemento dell'azienda, non diversamente da come, se l'impresa viene esercitata in locali non di proprietà dell'imprenditore, l'imprenditore dovrà pagare il canone di locazione per poter disporre di questi locali.

Tutto questo discorso ci porterebbe quasi alla fine di quello che noi dobbiamo dire, se a questo punto non si presentasse, nell'età classica del diritto comune (quando cioè si sono formati quei principi che ancora oggi vigono laddove, come qui, il diritto comune vige), l'obice del *divieto dell'usura*, che impone un'autentica 'quadratura del cerchio'.

Usura è un termine che, se richiama la figura bieca dello strozzino e quella dolente di colui, o coloro, che subiscono la strozzatura, è anche un termine estremamente equivoco. Bisogna anzitutto rammentare che, di per sé, *usura* vuol dire il compenso che si paga per l'uso che si fa di una cosa altrui, e che *usura* in latino non è affatto sinonimo di strozzinaggio. La storia giuridica dell'usura è segnata da questo equivoco, che ha portato conseguenze imponenti proprio nel campo delle obbligazioni e del diritto d'impresa.

Il divieto delle usure ha ragione di esserci o di non esserci in funzione del ricorrere, o del non ricorrere, di alcune contingenze storiche. La norma che vieta l'usura, come tutte le norme giuridiche, si atteggia diversamente a seconda del diverso atteggiarsi delle contingenze storiche. C'è una "coppia" che ritorna, e rappresenta la

giustificazione della formulazione del divieto di usura, ed è la coppia *usura-povertà*. Il divieto dell'usura ha un senso - lo dico non teoricamente, ma storicamente - si radica, nasce, si impone in contesti di economia di sopravvivenza: in questo senso nelle società "povere".

Per quanto riguarda la società occidentale è chiaro che le radici di questo divieto stanno nell'Antico Testamento. Qui ritorniamo laddove ci aveva accompagnato così lucidamente il Professor Castro: la formulazione, rimasta poi classica nell'etica e quindi anche nell'esperienza giuridica ebraico-cristiana, si trova nei libri che gli esegeti veterotestamentari, chiamano *Codice dell'Alleanza*. Il Codice dell'Alleanza è un insieme di norme - nelle quali distinguere l'etico dal giuridico è totalmente impossibile - comuni nella sostanza a tutti i popoli di una certa area geografica. In un momento certamente di radicale povertà - quello del trasferimento dall'Egitto alla Palestina - il popolo ebraico canonizzò il divieto dell'usura. Due notissimi luoghi veterotestamentari, che rappresentano l'atto di nascita della nostra tradizione del divieto dell'usura, sono uno nell'Esodo e uno nel Deuteronomio.

Ve li leggo, perchè ci sono alcune considerazioni, che mi sembrano essenziali per la storia del diritto delle società e non per fare esegesi veterotestamentaria. Il luogo dell'Esodo è 22.24-26: *se tu presti danaro a qualcuno del mio popolo, all'indigente che sta con te, non ti comporterai con lui da usuraio. Voi non dovete imporgli alcun interesse. Se prendi in pegno il mantello del tuo prossimo glielo renderai al tramonto del sole, perchè è la sua sola coperta, è il mantello della sua pelle. Come potrebbe coprirsi dormendo? Altrimenti quando invocherà da me l'aiuto io ascolterò il suo grido, perchè io sono pietoso.*

E' un linguaggio molto duro quello biblico, ed a noi interessano alcuni elementi qui chiaramente presenti. *Fratri tuo pauperi apud te*: è la *paupertas* del *frater* il titolo sul quale si fonda la norma che fa divieto assoluto dell'usura.

Dunque l'usura, l'interesse, tutto ciò che è in più rispetto alla somma mutuata, è vietato perchè il mutuatario è indigente. C'è poi l'ulteriore discorso intorno alla garanzia reale dell'obbligazione - per usare il linguaggio tecnico - "*se tu prendi in pegno il suo mantello glielo devi rendere al calare del sole*", "*è la sua sola coperta*", "*se tu non glielo rendi io ascolterò il suo grido perchè io sono pietoso*". Qui comunque è chiarissima la *paupertas*: siamo fra gente che

quando prende in prestito qualcosa deve dare il proprio mantello in pegno! In questo contesto il divieto sorge e si giustifica.

Il testo deuteronomico è altrettanto chiaro, ma ai nostri occhi si palesa interessante per alcune cose in più rispetto all'Esodo: "*non feneraberis fratri tuo usuram argenti et usuram ciborum vel usuram cuiuslibet rei quamcumque dederis mutuam; alieno feneraberis, fratri autem tuo non feneraberis*". Qui il discorso sulla povertà, come titolo giustificativo del divieto dell'usura diventa ancora più massiccio, perchè qui si dice anche "*usuram ciborum*"; si tratta quindi, in un popolo che vive in una condizione di quasi nomadismo, di prendere a mutuo uno staio di grano e di dover rendere l'usura sullo staio di grano, il che vuol dire nè più nè meno che un moltiplicatore della fame. Nel testo deuteronomico c'è anche l'affermazione - che non scandalizza nessuno - che il divieto è coesteso al popolo dell'Alleanza: "*alieno feneraberis*" - con lo straniero fa' te, da me non è protetto. Il Codice dell'Alleanza vale soltanto tra Jahvè e il suo popolo. Un dato comunque resta assolutamente chiarito: il legame 'divieto dell'usura - povertà del mutuatario'. Fino a quando la situazione generale della società resta una situazione di economia di sopravvivenza, il divieto dell'usura ha un senso. Però chi leggeva queste pagine nella città mercantile medievale le leggeva come pagine non soggette ad interpretazione storica; quel nesso, che pure c'è, il lettore medievale lo dimenticava: si trattava per lui di una norma di diritto divino positivo - per usare una terminologia "classica" -, destinata a valere comunque e dovunque, non edulcorabile, assoluta. Ma fino a che si era stati nella società agrario-feudale dell'Alto Medioevo, il divieto non aveva perso nemmeno le sue connotazioni di congruità storica: se in una società come quella altomedievale si prendeva a mutuo uno staio di grano, le ragioni del divieto, le ragioni poste dalla pagina del Deuteronomio, restavano ed erano evidenti: è sempre il *frater pauper apud te* che ti chiede in prestito, e quindi c'è la ragione sufficiente per determinare il divieto dell'usura.

Il discorso si complica quando la situazione storica muta con il sopravvenire di una società mercantile. Ripensiamo il divieto dell'usura nella "filigrana" di quel che si è detto all'inizio, dell'imprenditore che ha necessità di danaro per inserirlo nel circuito della propria attività imprenditoriale, come elemento della propria azienda, per farne uno strumento destinato a creare l'utile d'impresa. Egli non è un *frater pauper apud te*.

Qui ci sarebbe da rileggere, sulla base di queste considerazioni, tutta la storiografia che intorno al divieto delle usure

si è consolidata. Storiografia che ricostruisce questa storia - e gli sforzi che tutta l'esperienza giuridica, etica, filosofica, di dottrina economica della società medievale ha fatto per ricollocare questo divieto nel suo ambito naturale - come una specie di guerra tra furbi, che vede contrapposte da una parte una prassi e una dottrina che studiano l'impossibile per nascondere in un anfratto del negozio la clausola usuraria, e dall'altra parte un'*inquisitio* accigliatissima che riesce quasi sempre a scovare la piega nella quale si nasconde la clausola usuraria maledetta dal Dio dei nostri padri. A me sembra che questa sia una ricostruzione fatta come la balzana di Siena: mezza bianca e mezza nera.

Ho l'impressione che - come sempre - la storia abbia proceduto per itinerari un pochino più laboriosi. Io non credo onestamente - essendocene occupato proprio per la storia delle società commerciali - che lo sforzo fatto sia stato quello di *eludere* il biblico divieto dell'usura. Che si mettessero a giocare, in questo modo così disinvoltato con un divieto del quale non negavano affatto la natura di divieto divino, vorrei che fosse dimostrato in maniera un po' più rigorosa di come solitamente si usa fare. A me pare che lo sforzo, che tutta l'esperienza giuridica, e non solo giuridica, della società mercantile bassomedievale ha fatto, sia stato invece quello di *storicizzare* questo divieto, di capire come esso fosse ancorato ad una certa situazione, e come il *frater pauper apud te* non fosse identificabile sveltamente con il mercante alla ricerca di capitali da investire nella propria mercatura. Questo perché è intuitivamente del tutto diversa la situazione sociale che sta alla base del divieto veterotestamentario dell'usura, rispetto alla congiuntura storica che fa sì che il mercante cerchi capitali da investire nella propria mercatura per trarne un utile, anche se gli interessi che si chiedono sono interessi pesanti (e anche se è vero che insieme ai negozi di finanziamento dell'impresa si facevano invece altri negozi chiaramente di strozzinaggio, di prestito di danaro destinato ad essere non investito in un'impresa, ma usato come mezzo per acquisire beni di consumo). D'altra parte è anche evidente che, se la maggioranza dei cognomi sono stati all'origine soprannomi, chi si guadagnò il cognome Strozzi non andava di certo in giro facendo beneficenza.

A parte queste considerazioni, se si ritorna per un momento al negozio tipico di finanziamento dell'impresa altrui, certamente si avverte questa discrasia, questa discontinuità tra le ragioni del divieto

e il motivo tipico - chiamiamolo così del tutto provvisoriamente - che sottostà al finanziamento dell'impresa altrui.

Il mondo medievale si trova poi anche a fare i conti con un altro rebus: il rebus - che rimbalza poi pesantemente proprio nel bel mezzo del sistema delle obbligazioni - della cattiva lettura che nel Medioevo si fece di un celebre versetto evangelico (Luca 6,35): *Mutuum date nihil inde sperantes*. Questo testo di Luca, estrapolato dal contesto, è stato letto come la trasposizione in termini neotestamentari, e quindi - un penalista direbbe - ulteriormente sanzionatori, dell'antico divieto del Codice dell'Alleanza: *Mutuum date nihil inde sperantes* vorrebbe dire "date a mutuo, ma non dovete pretendere *nihil* di interesse". Questo ha il pregio di essere chiaramente non vero. Lasciamo stare l'originale del testo di Luca e fermiamoci alla traduzione di Girolamo, non perché il latino si legga meglio del greco, ma perché il testo che ha fatto storia è il testo tradotto da Girolamo, e non l'originario testo lucano.

Girolamo, per la sua personale cultura, era un ottimo conoscitore del vocabolario giuridico romano; e quindi, quando scrisse *mutuum date nihil inde sperantes*, voleva dire quello che può intendere immediatamente chiunque abbia elementari nozioni di istituzioni di diritto romano. Nel mutuo *re contrahitur obligatio*, quindi la *res*, che forma attraverso la *datio* il *fons obligationis*, è anche l'oggetto dell'adempimento dell'obbligazione.

Se, dunque, chi dà a mutuo non deve sperare nulla da questo credito, che pure egli con la *datio rei* acquisisce, questo nulla non può che riguardare la somma mutuata, non certo l'interesse, la cui obbligazione di pagamento non può mai derivare direttamente dalla stipulazione del mutuo (che, proprio in quanto contratto reale, non può avere altro oggetto che la *res data* alla cui restituzione il mutuatario è *re obligatus*), ma deve avere un titolo autonomo (quale, ad esempio, una *stipulatio usurarum*).

Lo stesso testo evangelico conferma questa (d'altronde ovvia) interpretazione: al versetto immediatamente precedente (6,34) si legge infatti: *se date a mutuo a coloro da cui sperate di ricevere, che merito ne avrete? Anche i peccatori danno a mutuo ai peccatori per ricevere altrettanto in restituzione*. Col consueto rigore che gli esegeti gli riconoscono in questa specifica materia, Luca (e con lui Girolamo, che rese in un latino anche giuridicamente ineccepibile la prosa greca lucana), non solo non parlò affatto di gratuità del mutuo (o, se si preferisce, di divieto delle usure) ma addirittura rilevò che prestare pur senza interesse ("*per ricevere altrettanto*") è cosa che

fanno e lascian fare i peccatori. Dunque non v'è dubbio che per Luca quel *nulla* scritto in 6,35 voleva dire proprio nulla, nemmeno la somma mutuata, e non solamente gl'interessi. Questo rigore così "estremistico", e questa lucida radicale distinzione tra profili giuridici (irrilevanti nella prospettiva evangelica) e sostanza morale - alla quale propriamente ed esclusivamente appartiene l'atto dello *sperare* - furono dimenticati dagli esegeti che costruirono la lettura "giuridica" di questo passo evangelico, il quale venne - abusivamente, certo, ma in modo nettissimo - appiattito sulla tradizione veterotestamentaria e ridotto ad una autorevolissima conferma di quel divieto delle usure, che Luca aveva invece senza troppi complimenti relegato fra le regole care ai "peccatori". Nel canonizzare questa (indebita nella sostanza, ma storicamente fortunatissima) lettura del precetto evangelico, la tradizione esegetica consacrò un binomio che finì con l'apparire affatto intangibile: il binomio *mutuo/gratuità*. In altri termini questa "cattiva" lettura di Luca 6,35 finì col fare del mutuo il luogo geometrico del divieto delle usure: ov'era mutuo ivi era (*doveva* esserci) gratuità. Per individuare rapporti in ordine ai quali si potesse escludere l'applicabilità del divieto delle usure, era preliminarmente necessario qualificare quei rapporti non come mutui, dovendo restare vero quel che comunemente si leggeva (anche se non c'era scritto) nel Vangelo di Luca, che il mutuo dovesse sempre e comunque essere e rimanere gratuito.

L'impresa poteva apparire (e nel fatto era) disperata per tutti quei negozi riconducibili, nella loro comune sostanza, ad un'operazione di finanziamento della mercatura altrui. L'alternativa era secca: o a questi finanziamenti s'imponeva la regola della gratuità (e la cosa sarebbe stata manifestamente priva di senso, perchè nessuno poteva essere disposto a questo grazioso soccorso nei confronti del mercante), o si riusciva a dire che non si trattava di mutui (e anche quest'operazione diagnostica aveva a dir poco del temerario). Fu imboccata quest'ultima strada; e, per quanto ardua ed impervia fosse, se ne giunse alla fine, delineando così - come vedremo - il sistema delle società commerciali.

*

* *

Fra operatori di un ordinamento di diritto comune non è necessario fermarsi più di tanto a dimostrare la verità, che invece risulta durissima ad esser capita per chi viene da un ordinamento

codificato di derivazione napoleonica, di quella formula - che se non ricordo male è di Bartolo da Sassoferrato - *plura sunt dominia*: una formula che è diametralmente opposta alle affermazioni "moderne" sul diritto di proprietà come signoria assoluta ed esclusiva del proprietario sulla cosa (che è poi la medesima formula che si trova nella compilazione giustiniana, per esempio in D.13.6.5.15). Rispetto a quest'asse, che connette, con itinerari che non è qui il caso di ricostruire, l'esperienza giuridica romana, soprattutto quella classica, all'esperienza giuridica moderna degli ordinamenti codificati, la formula bartoliana *plura sunt dominia* si colloca all'opposto. Nel sistema del diritto comune su una medesima *res* possono coesistere, con diverse intensità e diverse autonome fonti e diverse autonome tutele, più diritti reali: tutti qualificabili correttamente nel *genus dominium*: si va dal *dominium ex iure quiritium*, a quello che alcuni giuristi chiamarono l'*usus facti* e che è il meno "intenso" di quei diritti (tuttavia, malgrado quel genitivo *facti*, anch'esso qualificabile come posizione giuridica soggettiva, come tale autonomamente e direttamente tutelata dall'ordinamento).

In questo ambito sistematico, che è durissimo da capire per chi si è formato sui codici, ma facilissimo invece per chi ha dimestichezza col diritto comune, si collocano anche due moduli proprietari diversi, forse per contenuto, ma certamente per fondamento di protezione da parte dell'ordinamento: c'è, cioè, una proprietà come formale appartenenza e una proprietà che sottolinea invece di più il momento della disponibilità.

La prima proprietà, quella che ha nella intestazione del bene a un soggetto il proprio punto centrale, appartiene a quella logica che anche in Italia, prima del 1942, prima cioè della unificazione normativa del sistema del diritto privato, si amava chiamare "logica civile"; quella della disponibilità è invece una logica che potremmo chiamare "logica appartenente alla tradizione commerciale". La logica della disponibilità è la logica tipica del mercato. Al mercante non interessa sapere se i beni di cui dispone sono suoi *ex iure quiritium* - profilo formale, questo, al quale il mercante è del tutto sordo -; a lui interessa solamente sapere se di quei beni può di fatto disporre, utilizzandoli nella realizzazione del suo progetto di impresa.

In questa logica può essere letta quell'idea del capitale come bene organizzato nell'azienda, nel contesto della definizione di azienda contenuta nella legge 13 giugno 1990 n.68 (all'art.2 seconda parte): *l'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*. E' il momento dell'organizzazione per

l'esercizio dell'impresa che il legislatore stesso dichiara rilevante, non già la determinazione di chi sia formalmente il proprietario di quei beni strumentali: è il momento dell'inserimento dinamico quello che appare giuridicamente rilevante e titolo della rilevanza.

La capacità imprenditoriale opera la sintesi degli elementi all'interno di quel disegno che costituisce la base della attività economica organizzata: e qui riaffiora, nel solito art.2 della legge del 1990, la definizione di imprenditore. Se si fosse in Italia, si farebbe il discorso del collegamento tra l'art.2082 del Codice civile - che definisce l'imprenditore - e l'art.2555 dello stesso Codice, che definisce l'azienda. Qui a San Marino l'operazione di collegamento è già stata fatta dal legislatore, perchè lo stesso art.2 contiene nella prima metà la definizione dell'art.2082 e nella seconda metà la definizione dell'art.2555.

Dunque, nella logica imprenditoriale - diciamo pure nella logica di mercatura, per restare nell'universo lessicale in cui queste cose si sono dapprima affermate e consolidate - l'eventuale alienità del capitale non determina nessun mutamento in quel rapporto funzionale e dinamico che lega le cose che costituiscono l'azienda, tra cui il capitale, al soggetto imprenditore. E' irrilevante l'alienità, purchè l'imprenditore abbia un titolo valido ed efficace per realizzare, non l'appropriazione sul piano formale (che resta irrilevante), ma l'appropriazione sul piano della semplice disponibilità di fatto.

Questo discorso è molto più intelligibile a partire dall'impianto del diritto comune, in cui *plura sunt dominia*, che non invece e a partire dall'impianto (da questo punto di vista molto più paralizzante) napoleonico. Se si potesse riprendere il felicissimo e famosissimo titolo di Salvatore Pugliatti, questo discorso è più comprensibile sul piano *delle* proprietà che non su quello *della* proprietà. Come sia poi qualificabile il rapporto che rende disponibile all'imprenditore il capitale eventualmente non suo, del quale acquisisce la disponibilità e quindi la possibilità di inserirlo nell'azienda con la quale esercita l'impresa, la qualificazione cioè del rapporto fra terzo finanziatore (che resta estraneo alla gestione dell'impresa) e imprenditore, essa è assolutamente ovvia: si tratta d'un rapporto di mutuo, ovviamente con clausola di onerosità; se questo bene-capitale deve essere inserito in un'azienda e serve per creare l'utile d'impresa, è evidente che una parte di quest'utile debba poi andare, nel disegno stesso dell'imprenditore finanziato, a

compensare colui che ha reso disponibile questo bene, questa singolare res che è la *pecunia*.

In questo contesto di qualificazione del rapporto di finanziamento come mutuo oneroso è del tutto secondario il criterio secondo il quale gli interessi debbano essere calcolati: se in ragione dell'ammontare del danaro messo a disposizione dell'imprenditore dal finanziatore, o in ragione dell'utile di impresa: questo è un dato secondario e di fatto, un dato contabile, come tale del tutto irrilevante per determinare la qualificazione del rapporto di finanziamento; restano interessi inseriti in un rapporto di mutuo, sia che questi interessi si calcolino in percentuale sul capitale oggetto di finanziamento, sia che si calcolino in percentuale sull'utile che l'impresa finanziata realizza.

Questo rapporto è ovviamente finalizzato alla produzione d'una ricchezza, che alla fine appare derivante da due cause: dalla disponibilità dell'azienda (fatto oggettivo) e dalla capacità imprenditoriale (fatto soggettivo). Certamente l'imprenditore tanto più ha bisogno del capitale altrui, quanto più la sua mercatura è ampia e felice negli esiti; non mi sentirei perciò di definire questo suo bisogno di capitali come una povertà. Invero non c'è nessun povero da tutelare.

Sembrerebbe a questo punto che il discorso che abbiamo fatto sul divieto delle usure dovesse essere, se correttamente impostato, del tutto sghembo rispetto al negozio di finanziamento dell'impresa, a meno che non si verificino circostanze del tutto eccezionali. Di per sè, infatti, se quella certa storicizzazione del divieto di cui si parlava fosse avvenuta fino in fondo, la ragione che doveva far scattare la tutela del povero, e quindi il divieto dell'usura, non avrebbe avuto ragion d'essere nel caso del finanziamento d'impresa.

Sappiamo invece che questo non è stato: quella certa "cattiva" ma divulgata lettura - falsa in sè, ma storicamente imponente - del versetto di Luca ha condizionato anche la disciplina del rapporto tra finanziatore e mercante finanziato. Non è parso possibile qualificare come 'mutuo' il rapporto di finanziamento del mercante, perchè doveva restar valido il precetto "giuridico" *mutuum date nihil inde sperantes*, alla cui stregua partecipare all'utile d'impresa realizzato "anche" con i capitali oggetto di finanziamento, sarebbe stato nè più nè meno che come chiedere l'usura dello staio di grano prestato all'affamato, o come pretendere in pegno 'il mantello del povero per la notte nel deserto'.

Nacque di qui, da questo inestricabile nodo problematico, la grande intuizione che l'esperienza giuridica basso medievale seppe avere per riuscire, non già ad eludere quel divieto, ma a scoprire (con gli strumenti di analisi del giurista) quello che di per sé avrebbe dovuto essere già evidente, e cioè che quel divieto non poteva esser applicabile al finanziamento d'impresa per carenza della situazione di povertà, alla cui tutela quel divieto era ordinato. Per i moralisti - che erano pienamente coinvolti in questo discorso, non avendo la cultura medievale operato la radicale distinzione tra profilo etico e profilo giuridico, tra società civile e società religiosa - la soluzione appariva abbastanza facile, perchè il moralista poteva giocare, non dissimilmente da come oggi giocherebbe un penalista, sull'alternanza assai semplice lecito-illecito, ed era quindi alla ricerca d'un'eventuale causa oggettiva di non punibilità del peccato di usura.

L'operazione che invece era chiamato a fare il giurista era molto più complessa, perchè egli doveva ricondurre il negozio di finanziamento in un ambito tipico diverso rispetto a quello del mutuo; e lo doveva fare seguendo i canoni della sua logica, con i suoi strumenti concettuali, che erano la causa e il tipo del negozio giuridico, cercando di individuare una diversa causa che consentisse di inserire il negozio di finanziamento in un diverso tipo negoziale. Fu nella sostanza un'operazione nominalistica - era infatti una cultura nominalistica che veniva chiamata a dar prova delle proprie capacità -; ma non si trattò di certo d'un nominalismo nel senso deteriore del termine, perchè attraverso una diversa qualificazione del rapporto di finanziamento si realizzò nella sostanza quella storicizzazione del divieto delle usure di cui prima si parlava.

I giuristi medioevali affrontarono e discussero la questione seguendo il ragionamento fatto da un teologo, anzi dal più insigne forse dei teologi del Basso Medioevo, voglio dire da Tommaso d'Aquino. Il problema che Tommaso d'Aquino si pose era proprio il problema dell'usura. Tommaso discusse di usura partendo da una formula che sembra quasi essere una lastra tombale per qualunque possibile dibattito: *Accipere usuram pro pecunia mutuata est secundum se iniustum* (Summa Theologiae II, 2, Quaestio 78). Nel linguaggio di Tommaso questo discorso non ammette repliche: esso rappresenta la traduzione, nel vocabolario proprio del teologo medievale, di quella certa "cattiva" lettura del Vangelo di Luca *mutuum date nihil inde sperantes*.

Pro pecunia mutuata accipere usuram è strutturalmente un comportamento *iniustum*; e nel vocabolario di Tommaso *iniustum*

non vuol semplicemente dire *non secundum ius*. Tommaso si pone subito dopo un'altra questione: *Utrum aliquis possit pro pecunia mutuata aliquam aliam commoditatem expetere, quae non sit usura*. Tommaso comincia con assoluto rigore giuridico dicendo che *ille qui mutat pecuniam transfert dominium pecuniae in eum cui mutat. Unde ille cui pecunia mutuatur sub suo periculo tenet eam et tenetur integre restituere* e da ciò consegue che chi mutua non può ricevere altro oltre la sorte: *unde non debet amplius exigere ille qui mutuavit*; si torna insomma alla formula iniziale: *per se iniustum*.

Cosa succede, però, nel caso in cui qualcuno "committit pecuniam suam vel mercatori vel artificii", instaurando così un rapporto di finanziamento?

Rileggiamo per intero l'ipotesi di possibile eccezione al divieto delle usure: "Sed ille qui committit pecuniam suam vel mercatori vel artificii per modum societatis cuiusdam, non tranfert dominium pecuniae suae in illum, sed remanet eius". Quello che ci interessa è il ragionamento che Tommaso fa in palese disprezzo di tutte le categorie giuridiche: "ille qui committit pecuniam suam" - non dice "mutuat" - e subito qualifica il negozio - "per modum societatis cuiusdam" - non trasferisce la proprietà della cosa, ma la *pecunia* rimane sua. Questo ha il pregio di non essere vero, non solo romanisticamente, ma di non poter esser vero in nessun modo: perchè se la *pecunia* rimanesse di colui che l'ha conferita, allora non avrebbe meritato il castigo il celebre servo infingardo della parabola che aveva sotterrato il talento: se il denaro resta di chi lo conferisce, chi lo ha ricevuto è un semplice comodatario che ha quei precisi obblighi descritti abbastanza minutamente in D.13,6: egli deve anzitutto rendere ben conservate quelle stesse monete che ha prima ricevuto.

Qui - ma volutamente - Tommaso "sbaglia" quando usa il verbo *committere*; sbaglia quando dice che il danaro non diventa proprietà del mercante finanziato; sbaglia, in "caduta" però rigorosamente controllata, quando dice *per modum societatis cuiusdam*. Con quali conseguenze in ordine al rapporto? *Ita quod cum periculo ipsius (del finanziatore) mercator [...] negotiatur vel artifex operatur*: "et ideo - ecco la conclusione a cui Tommaso voleva, ad ogni costo, arrivare - licite potest partem lucri inde provenientis expetere tamquam de re sua". Il "*tamquam de re sua*" chiude il ragionamento, perchè tutti ricordiamo qual era il titolo razionalmente argomentabile che giustificava l'illiceità dell'usura nel mutuo: se il mutuante percepisse un utile per il tempo nel quale il

danaro mutuato è stato presso il mutuatario, riceverebbe un compenso per l'uso di una cosa che in quel momento non è più sua ma del mutuatario; nel che sta il *per se iniustum* dell'usura. Oppure sarebbe una *venditio temporis*, ma il *tempus* è una *res extra commercium* - per il teologo addirittura un dono di Dio - che quindi non si vende nè si compra.

Quell'inciso di Tommaso *per modum societatis cuiusdam* era destinato a fare storia, perchè lo troviamo citato nel *Dictionarium Iuris* di Alberico da Rosciate, detto per antonomasia il *Practicus*.

Il *Practicus* sotto la voce *societas* del suo *Dictionarium*, citando il passo della *Summa* di Tommaso, suggerisce al suo lettore addirittura, da buon "pratico", il modo con cui stendere il contratto: *'do tibi centum et tu pones industrias tuas; in fine anni recipiam pecuniam meam et partem lucris, et tu partem pro industria personae tuae. Posset etiam fieri aliud pactum quod ego recipiam maiorem vel minorem secundum quod convenerit'*.

Dunque è possibile stipulare questo patto: "io do a te il danaro, tu metti l'attività: al momento del saldamento - per usare la terminologia medievale - ci divideremo l'utile secondo i criteri che abbiamo pattuito". E per dimostrare che questa operazione è lecita e non è contraria al divieto delle usure, Alberico - 'il *Practicus*' - cita il luogo di Tommaso d'Aquino. Il teologo ha segnato con spregiudicata concretezza la strada al giurista.

Nè fu Alberico il solo: il canonista Goffredo da Trani, aveva insegnato: *si vis dare pecuniam tuam in societatem sine peccato, pone tu pecuniam et alius operam personalem*.

Questo discorso venne poi ulteriormente coltivato e approfondito.

Potremmo, ad esempio, spigolare tra i *Consilia* di Baldo: e leggere - tra i molti - il *Consilium* 65 del libro IV, dove è lucidamente prospettata la pluralità delle possibili *societates* e le loro rispettive differenze; oppure potremmo esaminare il *Consilium* V, 396 il quale pone proprio il problema, tutto medievale, se *committere seu dare pecuniam alicui mercatori ad partem onesti lucris percipiendam sit permissum*. Tralascio la lettura puntale del *Consilium*, perchè ora interessa solo vedere come Baldo si interroghi in ordine alla qualificazione, e quali siano secondo lui le possibili alternative e qualificazioni del rapporto controverso.

Le tre possibili diagnosi alternative sono: mutuo, *societas*, mandato; o il rapporto si ricostruisce come mutuo (ma immediatamente Baldo fa l'impossibile per uscire dal cono d'ombra

del mutuo per le note ragioni), oppure è una *societas* (che è poi la tesi alla quale il *Consilium* approda), o sarà un *mandatum* perchè il commendante nel momento in cui conferisce il danaro nella impresa del commendatario gli dà mandato di investire questo danaro, con l'obbligo poi del rendimento del conto. Il grande Baldo riesce insomma ad aprire tutto il ventaglio delle possibili diagnosi, anche se poi si ferma alla diagnosi di società.

Il cardinal Mantica si pose addirittura, in *apicibus* del V titolo del I libro delle *Vaticanae Lucubrationes*, il problema del rapporto tra società ed usura, e poté tranquillamente concludere che è possibile la coesistenza di *societas* e di usura, perchè il divieto dell'usura opera solo nell'ambito del mutuo. Se si può correttamente qualificare come *societas* un certo rapporto, allora l'onerosità non è più viziata dall'illiceità che gli *Iura divina* comminano solo al rapporto di mutuo quando non sia rigorosamente gratuito.

Ancora, quando si parla di accomandita, come società, bisognerebbe parlare anche di un'altra "cosa" - tutta medievale -, della quale sarebbe bellissimo potersi fermare ora a discuter un poco per connettere fra loro due contratti che nell'esperienza giuridica bassomedievale hanno servito tutt'è due a fare quella certa operazione di storicizzazione del divieto dell'usura. Da una parte la 'quaedam societas' di cui per primo parlò Tommaso d'Aquino - e il finanziamento dell'altrui mercatura qualificato non più come mutuo ma come *societas* - e dall'altra il deposito - quello che noi oggi chiamiamo, con termine rigorosamente medievale, deposito "irregolare" perchè, come disse Paolo di Castro, *habet irregularem naturam depositi* - che è il tipico negozio bancario: mutuo anche quello, seppure col "nome" mutato.

Oggi per esempio si vede la Cassazione italiana tesa a scoprire le impossibili differenze tra mutuo e deposito irregolare: è una fatica assolutamente improba, perchè tutti sanno (o dovrebbero sapere) che fra mutuo e deposito irregolare non c'è nessuna differenza. Con tutto ciò ancora oggi distinguiamo tra mutuo e deposito irregolare, perchè anche qui il travaglio della cultura medievale ha duplicato la fattispecie di deposito per metterci dentro anche il mutuo, in modo da uscire dal cono d'ombra della "cattiva" lettura di Luca 6.35.

Il Mantica da grande sistematico attraverso il dato testuale del *committere* riesce a "scoprire" un legame "oggettivo" che lega fra loro quella *quaedam societas* a quel certo deposito che *habet irregularem naturam depositi*. Prende una strada complicata per poter

dire senza scandalo che tutti i mutui sono mutui: era una strada bloccata da quella certa esigenza di storicizzare il divieto dell'usura.

Nasce così la *translatio in societatem* del rapporto di finanziamento dell'impresa altrui. Il tipo classico in cui si è realizzata nella storia del diritto comune questa operazione di transustanziazione - o per meglio dire di *transnaturatio*, poichè è la *natura* che è interessata, non la *substantia contractus* - è appunto la società in accomandita.

Una strana "parente" della società in accomandita, che i giuristi dei sistemi codificati fanno i soliti disperati tentativi per tenere distinta della società in accomandita, è l'associazione in partecipazione. C'è in Italia una sentenza della Cassazione abbastanza recente, che rivela uno sforzo tanto generoso quanto vano per riuscire a scoprire la differenza (inesistente) tra società in accomandita e associazione in partecipazione, la quale altro non è che la "resurrezione", nel sistema dei contratti, di un contratto che invece ha trovato la sua collocazione tra le società per una ragione che è tutta storica, e che non ha a che fare con le immortali ragioni "sistematiche" a cui solitamente si pensa quando si interpretano i sistemi codificati.

Anche la società per azioni, con la recentissima variante sammarinese della società anonima per azioni; anche la società a responsabilità limitata, sono delle strane fattispecie societarie, che di volta in volta si dimostrano aperte sia alla società come gestione plurisoggettiva dell'impresa che alla società come versione "irregolare" di un contratto di finanziamento.

Eccole allora tutt'e due chiaramente davanti ai nostri occhi, le due *causae societatis*: la società gestione plurisoggettiva dell'impresa - a cui si attaglia perfettamente la definizione dell'art.3 della recentissima legge sammarinese sulle società o dell'art.2247 del Codice Civile Italiano - e la società finanziamento alla quale invece, per quanti sforzi gli interpreti facciano, quella definizione legale non si può attagliare, perchè non c'è un'attività comune (anzi c'è in definizione il non esserci dell'attività comune, perchè l'accomodante non può partecipare all'amministrazione, e se partecipa ha la sanzione dell'estensione della responsabilità illimitata).

Quel che alla fine importa, io credo, è ciò che dice Paolo Spada in quel bellissimo libro scritto vent'anni fa che di brutto ha solamente il titolo (*La tipicità delle società*): che le due *causae societatis* sono reperibili proprio in quei tipi che nei sistemi codificati sono la Società in nome collettivo e la Società in accomandita

semplice. Gli altri - dice Spada - sono in fondo tutti dei sottotipi, perchè tutti variamente ibridano tra loro queste due *causae* che invece di per sè sono strutturalmente - oggi possiamo dire: anche geneticamente, storicamente - del tutto indipendenti tra loro.

A questo punto si potrebbe dire che, per una ragione che ai nostri occhi non ha più nessun senso, il sistema delle società è stato segnato dall'aver conglobato in sè anche una fattispecie contrattuale che societaria certamente non è. Le due *causae societatis* sono in realtà una società-società, che risponde anche alle definizioni dei legislatori moderni - tra cui il recentissimo legislatore sammarinese - e una società che non è società ma mutuo, e che è stata conglobata nel sistema delle società per una ragione tutta storica, con un procedimento assolutamente analogo a quello per cui si trova nei sistemi codificati moderni un deposito (quello cosiddetto "irregolare") che deposito non è ma mutuo.

Si diceva all'inizio - citando Bartolo di Sassoferrato - che *plura sunt dominia*; forse si può arrivare anche a dire che *plura sunt societates*.

Il problema ora è di vedere - e questo discorso ha un senso pregnantissimo in una terra come questa, che è terra di diritto comune - se sia possibile (diciamo meglio: se sia utile, giacchè razionalizzante sarebbe di certo) riconfinare oggi, quando non ci sono più le ragioni storiche che portarono alla commistione, la *causa societatis*, lasciando alla *societas* quello che è della *societas* e restituendo al mutuo quello che è del mutuo.

Questo, io credo, razionalizzerebbe anche l'analisi dei sistemi legislativi moderni, se finalmente si dicesse che il socio della Società per azioni in realtà socio non è, perchè il documento che dovrebbe incarnare la qualità di socio è addirittura una *res* trasferibile a terzi con un contratto di compravendita, e perchè su questo titolo che rappresenta la qualifica di socio possono nascere addirittura dei diritti reali frazionari sia di godimento che di garanzia (l'azione cioè può essere data in pegno e sull'azione può essere costituito un usufrutto). Tutte cose che appaiono veramente al di là del bene e del male, se le si guarda nell'ottica della *causa societatis*.

*

**

Cerchiamo di tirare finalmente le conclusioni di quanto siamo venuti dicendo. E le conclusioni non possono esser tratte che a

partire dalla legislazione vigente a San Marino. Questo per non trasformare, come di certo *non* si deve, questo corso, che è di Diritto comune *vigente*, in un corso di Storia del diritto.

Quanto abbiamo detto relativamente al diritto comune non poteva non collocarsi *anche* lungo l'itinerario della storia, ma con il solo scopo di chiarire ulteriormente l'ordinamento vigente a San Marino, il quale è costituito certamente, per quanto riguarda la specifica materia delle società commerciali, dalla legge 13 giugno 1990 n. 68; ma in un modo del tutto diverso da come le società commerciali sono regolate in Italia dal titolo VI del V libro (artt. 2247 e ss.) del Codice civile: perchè questi articoli del Codice civile sono per l'appunto un titolo di un codice. La legge n. 68 del 1990 della Repubblica di San Marino, invece, nel sistema delle fonti normative dell'ordinamento giuridico sammarinese ha grado e dignità di *reformatio statutorum*, e questo pone la prospettiva in termini profondamente diversi, indipendentemente dai contenuti specifici delle singole norme. E diversa è anche la ragione che spinge l'interprete della norma codificata italiana a guardare alla storia per capire il meccanismo secondo il quale è costruita la norma codificata, che resta tuttavia l'unica norma regolatrice della materia delle società. L'interprete dell'ordinamento giuridico vigente nella Repubblica di San Marino invece guarda con un'ottica diversa alla *reformatio statutorum* in materia di società, perchè quella *reformatio* - a parte i suoi limitati effetti derogativi nei confronti delle *reformationes* precedenti - senza nulla abrogare del sistema previgente, diventa parte di unico contesto normativo del quale fa ancora parte, come diritto vigente, quel diritto comune del quale abbiamo precedentemente parlato.

Attenzione quindi a distinguere come si deve l'ottica con la quale io in Italia guardo il sistema giuridico là vigente, mettendo in un certo rapporto storico-funzionale la norma codificata col suo entroterra storico, rispetto al rapporto che nell'ordinamento sammarinese la *reformatio* legislativa viene ad assumere col sistema del diritto comune vigente. Questo mi importava precisare preliminarmente, per non dare a quello che sto per dire un contenuto, una coloritura, uno spirito che certamente non voglio in alcun modo dare.

Limiteremo questo nostro esame soltanto ai primi articoli della legge: non per essere lettori frettolosi, ma per rimanere fedeli alla scelta tematica di queste lezioni, che non hanno voluto esaurire lo scibile in materia di normativa vigente sulle società commerciali

nella repubblica di San Marino, ma hanno soltanto teso ad una *actio finium regundorum* tra le due diverse specie di *causae societatis*.

Pur essendo una semplice *reformatio statutorum*, la legge n.68 ha premesso un primo capo di natura definitoria. E' un discorso che abbiamo già fatto, e basterà ricordare ora - perchè di questo specificatamente stiamo parlando - che queste norme definitorie, non solo hanno in comune con tutte le definizioni normative una loro minore efficacia rispetto alle norme che invece stabiliscono come obbligatori o vietati alcuni comportamenti e sanzionano alcuni fatti, ma soffrono di una loro intrinseca e più specifica debolezza nell'ordinamento giuridico sammarinese, per il quale il principio secondo cui *omnis definitio in iure civili periculosa est* (D.50.17.202) non è soltanto un canone di saggezza ma è una norma vigente. Allora il primo dato che merita di essere riletto, dopo quello che abbiamo detto soprattutto ieri, è l'art.3 della legge n.68 *La società è il contratto con il quale due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili*. Questa definizione fa qualcosa di più che ricordare la non felicissima definizione contenuta nell'art.2247 del Codice civile italiano, di cui gli interpreti dicono unanimemente che è una definizione nella quale non tutti i tipi di società possono essere rappresentati. La verità è che solo una delle due *causae societatis* è rappresentata da quella definizione. Quella definizione tende a coprire soltanto la società in quanto esercizio plurisoggettivo dell'impresa; ma tutto ciò che fuoriesce dalla rigorosa identificazione della società commerciale con l'esercizio plurisoggettivo dell'impresa, non trova certamente nell'art.3 della legge 68 e ne' quasi identico art.2247 del Codice italiano la propria corretta definizione.

E' vero che si potrebbe fare per l'art.3 quello che gli interpreti italiani hanno fatto per l'art.2247 quando, di fronte alla palese impossibilità di ricoverare tutti i tipi di società sotto quella definizione, essendo impossibile manipolarli e contorcerli oltre un certo limite, hanno invece contorto la definizione: quando si sono trovati di fronte all'attività *economica comune* - e all'ovvia considerazione che già abbiamo fatto anche noi circa gli azionisti in possesso di una sola azione - hanno detto che dell'attività economica comune l'interprete deve avere una nozione 'formale'. Era un modo apparentemente elegante per dire 'una nozione *evanescente*', una 'non-nozione'.

Quindi la condizione di funzionamento della definizione normativa è la preventiva uccisione della capacità definitoria della definizione stessa, che è un modo un pò tortuoso per dire molto più semplicemente che è una definizione che non definisce quel che vorrebbe definire.

Teniamo presente la Glossa, che è diritto vigente in questo ordinamento: quando in margine proprio a D.50.17.202 la Glossa dice: *definitio est oratio substantiam cuiusque rei significans* questo vuol dire: che una *definitio* in tanto può esservi in quanto ci sia un'unica *substantia* a cui la *definitio* si possa riferire. Nel momento in cui - e per le società commerciali oserei pensare di averlo dimostrato - le *substantiae* sono per lo meno due, e fra loro irriducibili, la *definitio* resta come la boccacciana gru di Chichibio, con una zampa sì e una no: copre cioè solo la metà dell'universo che dovrebbe definire.

La legge societaria del 1990 ammette l'esistenza di una società che esplicitamente si qualifica 'anonima'; nella legge del '90 si parla di *Società Anonima per Azioni*, che i colleghi sammarinesi diranno fino a che punto continua (e con che limiti di continuità e di discontinuità) la *Società Anonima* della precedente legge del '42. Certamente non sono poche le somiglianze.

Volendo far salva la definizione dell'art.3, cosa ci può essere in una società di anonimo, nel senso di 'soggettivamente fungibile'? Può essere fungibile colui che è chiamato ad esercitare con gli altri soci una attività economica comune? So bene che gli interpreti dei sistemi moderni ci raccontano come e qualmente da una parte c'è l'*intuitus personae* e dall'altra no. *Quaeritur* tuttavia, e non senza una qualche ragione, se le situazioni sociali, nelle quali, per espressa volontà del legislatore, non si può in alcun modo parlare di un '*intuitus personae*', sopportino poi di essere qualificate come imprese plurisoggettive che trovano nella attività economica comune dei soci la propria specificità costitutiva. Tant'è vero che non manca, almeno nella prassi italiana delle società di capitali, la possibilità che l'atto costitutivo stabilisca la clausola di prelazione o quella di gradimento, che è un modo per tentar di riportare la società nell'alveo di definibilità dell'art.3, quanto meno nel senso di un rapporto di reciproco gradimento, non solo tra i soci fondatori, ovviamente, ma anche tra coloro che possono in un secondo tempo entrare nel rapporto di società. E' possibile che si possa porre un argine a questo, ma è un argine che in certa misura - anche se rientra

negli ambiti di autonomia delle parti - varia e non di poco la *natura contractus* dell'atto costitutivo di una società di capitali.

Può invece essere anonimo, nel senso di soggettivamente fungibile, il finanziatore, se si dichiara irrilevante la soggettività di chi apporta denaro alla società: questo può stare nella logica. Ma è una logica radicalmente alternativa rispetto alla logica della società come gestione plurisoggettiva dell'impresa.

Connesso a quello dell'anonimato azionario è un altro problema, che non so se sia proponibile anche per il diritto sammarinese (sommessamente oserei dire di sì), ma che certamente è stato proposto (e variamente risolto) con riferimento alla normativa codificata italiana: se l'azione sia o no da ritenersi un titolo di credito. A me in questo momento non interessa sapere se la risposta debba essere sì o no. A me ora interessa il fatto che questo problema sia correttamente proponibile, perchè già dalla sua proponibilità si capisce il processo di duplicazione della *causa societatis*.

Se è possibile domandarsi se l'azione sia un titolo di credito, questo già la dice lunga sul fatto che questo è un rapporto non di società ma di finanziamento, che lascia il socio finanziatore fuori dalla reale attività economica. Se poi ci si chiede (e il quesito è certamente proponibile anche per l'ordinamento giuridico sammarinese) se l'azione sia o no una *res*, la risposta è certamente "sì". E' una *res* su cui si esercita un *dominium* ed è altresì possibile esercitare diritti reali frazionari, sia di godimento (usufrutto) che di garanzia (pegno). Ora, è abbastanza strano che il documento rappresentativo della qualità soggettiva di socio, che "facoltizza" - per usare un orribile verbo - al compimento delle azioni tipiche del socio in ordine alla gestione della società comune, diventi poi "miracolosamente" oggetto di un diritto reale di garanzia o di godimento. Qualcosa nel mezzo è successo, che ne ha travolto la natura. Nessuno di noi si sogna di pensare come una *res* la tessera che ci fa partecipare ad una certa istituzione: nessuno la vende e nessuno la dà in pegno. Le azioni, invece, si vendono e si danno in pegno.

L'attività economica comune è poi destinata ad essere compiuta da chi addirittura è privo della qualità di socio, se è possibile avere amministratori non soci. Pensate addirittura a quell'altra figura che ha dato da fare agli interpreti del sistema codificato italiano: il direttore generale delle Società per Azioni; il quale è addirittura soggetto estraneo all'organo amministrativo che ha i poteri dell'ordinaria gestione della società. Qui siamo

palesamente di fronte ad una società nella quale i soci sono soltanto dei finanziatori perfettamente fungibili, provvisti tutt'al più di un potere di controllo in quanto cointeressati alla gestione corretta che i terzi ad essa preposti fanno della società.

Un altro dato meritevole di qualche attenzione e che nella prospettiva di quel che abbiamo detto in questi giorni ha forse un minimo di importanza, è la scomparsa dall'ordinamento giuridico sammarinese, voluta dalla legge n.68 del 1990, della società in accomandita. Non è un fatto da poco perchè, se quello che abbiamo detto è vero *de iure communi*, allora hanno ragione gli interpreti del sistema societario quando dicono che la seconda delle *causae societatis*, quella cioè che realizza non un'attività economica comune dei soci ma un finanziamento del terzo all'impresa altrui, trova proprio in quella società in accomandita che il codice italiano definisce *semplice*, la traduzione più precisa e puntuale, mentre la società in nome collettivo rappresenta la cristallizzazione totale e senza residui della prima *causa societatis*.

Ora, se il discorso che ho fatto in questi giorni è vero, ed è un discorso di diritto vigente nella Repubblica di San Marino, pone qualche problema - non solo astratto, storico e definitorio - il fatto che proprio quel tipo di società che rappresenta il punto di coagulo di una delle due *causae societatis* su cui si fonda l'ordinamento vigente della Repubblica di San Marino sia stato dal legislatore sammarinese travolto e cancellato. Si tratta di problemi che interessano, non già al curioso ricostruttore di remoti itinerari storici, ma all'interprete del vigente sistema delle società.

Io devo pensare che il Consiglio Grande e Generale, se ha operato questa cancellazione, ha avuto le sue sovrane ragioni per farlo. Questo però non toglie che l'interprete il problema se lo debba ugualmente porre, per sapere che fine ha fatto il sistema vigente.

Non c'è dubbio che l'art.7 n.1 lett.A della legge n.68 quando enumera le forme di società dice soltanto "società di persone: società in nome collettivo", mentre la legge societaria del '42 fin dall'art.1 individuava specificatamente tre tipi di società, il secondo dei quali era per l'appunto la società in accomandita.

C'è da domandarsi tuttavia se l'operazione che il legislatore sammarinese ha fatto abbia avuto per effetto la reale cancellazione dall'ordinamento della società in accomandita. A questo proposito avrei dei forti dubbi per ragioni che stanno scritte nella legge stessa, e prima ancora nella struttura dell'ordinamento giuridico di San Marino.

Scritte nella legge, anzitutto; dove si trovano due norme tra loro (almeno all'apparenza) confliggenti. Nell'art.5, che si intitola *tipicità del contratto sociale*, si legge che "*le società che hanno sede nel territorio della Repubblica sono soggette alle leggi sammarinesi e debbono essere costituite secondo uno dei tipi regolati dalla presente legge*". Il che farebbe pensare che, se il legislatore ha cancellato la società in accomandita, questa cancellazione rende illecita, a motivo della affermata tipicità, la costituzione di una società in accomandita. Non è così, direi, perchè l'articolo 7 n.2 della stessa legge dice che "*nel rispetto della libertà contrattuale dei soci sono ammessi altri tipi di società che risultino più convenienti al perseguimento degli scopi societari, sempre che non contrastino con l'ordine pubblico e l'ordinamento sammarinese*". E' il solito temperamento della tipicità, fatto qui solo nel campo societario, che anche i sistemi codificati hanno fatto nel più vasto campo della disciplina generale del contratto: il riferimento per me ovvio è al capoverso dell'art.1322 del codice civile italiano. Si può ipotizzare che questa clausola di salvaguardia dell'autonomia contrattuale renda possibile la costituzione di società secondo tipi non legalmente previsti, e quindi anche di una società in accomandita, che pure è stata or ora cancellata dal legislatore, col temperamento tuttavia che non contrastino non solo con l'ordine pubblico, ma anche con l'ordinamento sammarinese. *Quaeritur* insomma se costituire una società in accomandita, dopo che il legislatore l'ha cancellata, contrasti o no con l'ordinamento giuridico sammarinese. La remissiva risposta che io darei è "no", che non contrasta e che quindi può essere stipulata una società in accomandita, perchè l'ordinamento giuridico sammarinese non è fatto soltanto di *reformationes statutorum* (tale essendo la natura e l'efficacia normativa della legge n.68).

Se è vero quello che abbiamo detto in questi giorni, la società in accomandita, la *commenda*, è certamente presente nell'ordinamento giuridico sammarinese perchè è un istituto di diritto comune; e non c'è dubbio che, se una *reformatio statutorum* può cancellare un'altra norma statutaria, essa non può cancellare il diritto comune, la cui vigenza resta in virtù della generale sussidiarietà del diritto comune rispetto allo *statutum*.

*

**

Credo a questo punto di poter concludere quanto son venuto dicendo in questi giorni. In materia di società commerciali c'è sicuramente una continuità - non nel remoto del tempo passato, ma nell'oggi dell'ordinamento giuridico sammarinese - fra le normative di diritto comune e lo *ius proprium* da qualche settimana vigente nella Repubblica di San Marino. C'è, questa continuità, a due precise condizioni che mi permetto di sottolineare. La prima è una condizione sostanziale: che si abbia coscienza, puntuale e argomentata, della radicale e irriducibile diversità fra le due *causae societatis*: la società come gestione plurisoggettiva dell'impresa e la società come finanziamento dell'impresa altrui, che sono due realtà che convivono solo formalmente (per ragioni ormai superate che non hanno più a che fare con l'oggi) sotto lo stesso *nomen iuris*, ma che restano fra loro oggettivamente e reciprocamente irriducibili. L'altra è una condizione formale: quella che Caprioli ha chiamato giustamente una "attuale dottrina del diritto comune" quale si ha qui a San Marino, in una interpretazione giurisprudenziale, nel senso moderno del termine, che non sia paralizzata da un (qui a San Marino) inesistente art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, che paralizza (o sembra paralizzare) il giudice italiano. L'autorevole giudice sammarinese non ha questa camicia di Nesso dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale; il giudice sammarinese *dicit ius* nel senso alto forte e pieno della parola, e quindi la sua *interpretatio iuris* è veramente creatrice di ordinamento, oltre che risoltrice di fattispecie controverse.

Allora, se dottrina e *interpretatio* giudiziaria riscoprono - conformemente ai principi generali dell'ordinamento di diritto comune - la loro funzione di "fatto di normazione" (come avrebbe detto Orestano), se questa condizione formale - nel senso pieno e pregnante del termine - viene rispettata, credo che questo possa portare ad una interpretazione secondo una linea di continuità dell'ordinamento giuridico. Spetterà a questa *interpretatio* determinare come la coscienza della duplicità della *causa societatis* possa essere applicata nel concorrere giorno dopo giorno a plasmare e riplasmare, secondo la regola propria del diritto comune, l'ordinamento vigente della Repubblica di San Marino. Questo potrà essere fatto se, riconducendo alla *causa mutui* ciò che appartiene alla *causa mutui*, si riuscirà a rimuovere la ragione che aveva portato alla confluenza delle due *causae societatis* o se, pur lasciando intatto il panorama normativo delle società, si sapranno interpretare le singole norme senza mai confondere, nel sistema normativo societario, ciò

che è riconducibile alla logica della gestione plurisoggettiva dell'impresa comune e quello che invece è riconducibile alla logica di una *causa mutui*.

Questo è il "sugo di tutta la storia", come direbbe il Manzoni a condizione però che tutte le *dramatis personae* che debbono quotidianamente riformare l'ordinamento giuridico sammarinese occupino tutto lo spazio che l'assetto costituzionale di quest'ordinamento consente loro di occupare; perchè non è un caso che si debba parlare di diritto comune "vigente", che non è soltanto un diritto che fa vigente ancora un parere di Bartolo da Sassoferrato, di Baldo degli Ubaldi o di Francesco Mantica, ma è un diritto che continua quasi da un millennio a crescere su se stesso secondo una logica che Capograssi ci ha insegnato a chiamare 'logica di esperienza'.

Pensando proprio a queste modestissime notazioni conclusive, mi tornava alla mente quello che Jacques Le Goff diceva recentemente a Firenze a un convegno su *Storia sociale e dimensione giuridica*. Qui gli storici della scuola delle *Annales* e gli storici del diritto si trovarono faccia a faccia, sapendo gli storici del diritto della poca affezione che i loro colleghi francesi hanno per il diritto come diritto. Eppure quando fu chiesto al Le Goff che cosa secondo lui gli storici del diritto debbano fare egli rispose: "e soprattutto siate voi stessi".

Credo che questa sia in fondo la conclusione a cui anche noi dobbiamo arrivare.

Dice un ammiratore dell'ordinamento giuridico sammarinese che "sarebbe ben triste il giorno in cui i giuristi sammarinesi si dovessero tristemente appiattare sui canoni del diritto codificato". Sarebbe davvero un brutto giorno, soprattutto per l'ordinamento giuridico sammarinese.

LEZIONI DELL'ISTITUTO

HELMUT PETSCH

IL CONTROLLO STATALE DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI
NELLA LEGISLAZIONE AUSTRIACA*

1. *Con questa lezione - affidata ad un operatore, quale l'avv. Helmut Petsch, particolarmente esperto nel diritto delle imprese e dei rapporti fra imprese di Stati diversi - l'Istituto Giuridico continua il discorso iniziato con la lezione del prof. Costantino Campanini e del prof. Gianfranco Capodaglio sul bilancio delle società operanti in questo Stato e proseguito dal saggio del prof. Severino Caprioli sulla legislazione societaria sammarinese, dalla pubblicazione dei testi legislativi in materia e dalle lezioni del prof. Umberto Santarelli sul diritto comune delle società durante il primo corso della Scuola di diritto comune vigente. Un discorso - per quello che si è fatto e per quanto resta ancora da fare - reso attuale e inevitabile dall'introduzione nell'ordinamento sammarinese di nuove recentissime norme sulle società, che meritano più di una riflessione. E quello del controllo statale - con i conseguenti interventi dell'autorità amministrativa o del giudice - è senza alcun dubbio uno degli aspetti più delicati e controversi della nuova legge 13 giugno 1990 n. 68, destinata ad entrare compiutamente in vigore dopo il 31 dicembre 1992.*

2. *Nella sua esemplare ed ancora interessantissima relazione alla legge sulle società 21 dicembre 1942 n. 45, Torquato C. Giannini osserva come la forma più penetrante di controllo pubblico sulle società stia nel riconoscimento elevato a funzione costitutiva. Ed aggiunge: "Concesso il riconoscimento non è perciò esaurito il compito dello Stato, il quale deve intervenire quando l'opera dell'ente sociale esca dai limiti del riconoscimento, per rinnovarlo o per revocarlo".*

Ma in questa introduzione non vorrei parlare del controllo che si esplica col riconoscimento e con la revoca del riconosci-

* Lezione tenuta il 2 ottobre 1990 nella sala della Biblioteca di Stato. La precedeva un'introduzione di Lamberto Emiliani sulla tutela delle minoranze azionarie nella legislazione sammarinese, introduzione che si stampa qui in caratteri corsivi.

mento, ed in via preliminare col nulla osta del Congresso di Stato alla costituzione stessa della società (introdotto con legge 29 agosto 1950 n. 23 ad integrazione della legge del 1942 e della riforma del 1946): controllo teso con tutta evidenza - sia sul versante amministrativo sia su quello giudiziario - a salvaguardare interessi pubblici e generali. Vorrei piuttosto riflettere, e provocare l'intervento dell'avv. Petschi, sul controllo e sull'intervento dello Stato, e per esso del giudice ordinario, a preminente tutela dei soci ed in particolare delle minoranze azionarie.

3. Giannini annovera fra le norme dettate a favore dei soci ("per quanto - egli osserva - stiano anche a tutela dei terzi") gli artt. 35 e 36 della legge del 1942, concernenti rispettivamente il diritto di opposizione alle deliberazioni illegali dell'assemblea e quello di provocare l'inchiesta giudiziale. Si tratta di rimedi che i soci di minoranza possono invocare tramite un intervento di controllo dell'autorità giudiziaria e perciò rientranti - l'uno e l'altro - tra le forme di controllo dello Stato sull'amministrazione delle società di capitali.

Qui preme ricordare - restringendo ancora il campo dell'osservazione - che l'art. 36 ammette qualunque socio a denunciare fatti costituenti "gravi irregolarità nella gestione dell'ente societario o alterazione di bilancio". Se il fatto denunciato costituisce reato di azione pubblica, oppure, mancando reato di azione pubblica, se "la denuncia sia presentata da almeno dieci soci", il Tribunale è tenuto ad avviare un procedimento per accertare l'effettiva esistenza e la gravità dei fatti denunciati. Dovrà sentire il Procuratore del Fisco con funzioni di pubblico ministero ed i rappresentanti della società, dovrà assumere le informazioni ed espletare le indagini sommarie "che crederà del caso", potrà ordinare un'inchiesta e cioè un'ispezione dell'amministrazione della società, potrà inoltre emanare tutti i provvedimenti occorrenti per la continuità della gestione sociale e fra questi, se necessaria, la nomina temporanea di un commissario giudiziale.

Con l'ordinanza che dispone l'inchiesta il Tribunale può imporre ai soci denunciatori il deposito di una cauzione per le spese e l'eventuale risarcimento del danno.

4. Analogo controllo dell'autorità giudiziaria sulle società per azioni è ammesso dall'art. 2409 del codice civile italiano, che consente la denuncia al Tribunale, da parte però dei soci che rappresen-

tano un decimo del capitale sociale, di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci (ed anche dei soli amministratori o dei soli sindaci, secondo l'opinione prevalente). E fra tali irregolarità è compresa certo "l'alterazione del bilancio" di cui è esplicita menzione nella norma sammarinese. Analogo è il procedimento che seguirà alla denuncia, con l'avvertenza che i provvedimenti previsti dall'art. 2409 "possono essere adottati anche su richiesta del pubblico ministero". Analoghe le misure che possono essere adottate, imposta se del caso una cauzione ai soci denunciatori: dall'ispezione alle misure cautelari più convenienti ed alla nomina di un amministratore giudiziario, cui viene in concreto affidata la gestione della società.

A quest'ultimo riguardo giova osservare che la nomina dell'amministratore giudiziario ex art. 2409 del codice civile italiano - e del commissario giudiziale ex art. 36 della legge sammarinese del 1942 - comporta necessariamente la revoca degli amministratori: il che è detto espressamente nella norma italiana (per amministratori e sindaci) ed è implicito (quanto meno per gli amministratori) in quella sammarinese. Col potere di gestione della società si trasferisce nell'organo nominato dal giudice la facoltà di compiere tutti gli atti di ordinaria amministrazione, mentre per quelli dell'amministrazione straordinaria sarà necessario l'intervento autorizzativo del magistrato.

In generale si può dire che l'amministratore giudiziario italiano e il commissario giudiziale sammarinese hanno entrambi o possono avere assai vaste attribuzioni ed ampia autonomia: per svolgere l'indagine o l'inchiesta (e così proporre l'azione di responsabilità verso amministratori e sindaci), per proseguire la gestione della società (e così convocare l'assemblea, stare in giudizio, assicurare il regolare svolgimento dei rapporti in corso, avviare nuove attività) o per proporre la messa in liquidazione della stessa.

5. Con queste disposizioni l'ordinamento italiano e quello sammarinese hanno introdotto¹ uno strumento di indagine e di in-

¹Il termine è senz'altro esatto per l'ordinamento sammarinese, ma può usarsi a buon diritto anche per il legislatore italiano, stante il notevole progresso compiuto con l'art. 2409 del codice civile rispetto alla ben scarsa efficacia del controllo giudiziario sull'amministrazione della società anonima regolato dall'art. 153 dell'abrogato codice di commercio.

tervento corrispondente, in varia misura, a quelli previsti dalla maggior parte degli ordinamenti stranieri.

In Francia - pur mancando una norma esattamente corrispondente - dottrina e giurisprudenza riconoscono al Tribunale il potere di revocare gli amministratori e nominare un amministratore provvisorio, nei confronti di qualunque tipo di società, per assicurare la corretta esecuzione del contratto sociale: quando ciò risulti necessario per ragioni "imperiose" ed in concreto quando la gestione della società appaia gravemente compromessa.

La legge inglese sulle società del 1948, alle sezioni 164 e 165, prevede che il Ministero del Commercio - per propria autonomia iniziativa, o su istanza e denuncia anche di uno soltanto dei soci di minoranza, o per ordine dell'autorità giudiziaria - nomini dei propri ispettori per lo svolgimento di un'inchiesta o investigazione, quando sussistano gravi ragioni di sospetto sulla gestione sociale. Alla minoranza proponente può essere imposto il versamento di una cauzione. L'organo esterno rappresentato dagli ispettori non solo dispone di penetranti poteri d'indagine ma può regolare la condotta futura degli affari sociali impartendo tutti quei provvedimenti che reputi opportuni; può intentare giudizi nei confronti dei responsabili delle violazioni accertate; può richiedere lo scioglimento della società, della quale in definitiva assume il controllo e la gestione.

Disposizioni particolari della "legge azionaria" della Repubblica Federale di Germania consentono l'intervento del magistrato nell'amministrazione della società per azioni. Il giudice può ordinare un'inchiesta ogni qual volta sussista il fondato sospetto di irregolarità, oppure di gestione condotta in danno della società o di una parte minoritaria dei soci. Nella pratica è sufficiente il sospetto di favoreggiamento dei soci di maggioranza oppure l'impiego di mezzi sociali per scopi estranei alla società: omissioni o difetto di diligenza da parte del consiglio di amministrazione e mancata sorveglianza da parte del consiglio di controllo sono i casi più frequenti.

Lo svolgimento dell'inchiesta è affidato ad un revisore col compito di esaminare gli affari, indagare sui fatti e così in concreto - per quanto non espressamente stabilito dalla legge - controllare e ispirare la gestione della società, sempreché non ritenga di proporre al giudice lo scioglimento dell'ente.

6. Si potrebbe continuare, ed in altra occasione sarà utile farlo. Ora però è necessario sottolineare questo aspetto: in tutti i casi esa-

minati, il controllo e l'intervento dell'autorità giudiziaria tutelano interessi coesistenti. Si tratta in primo luogo dell'interesse della società: e qui già coesistono interessi privati (dei soci in generale, dei soci di minoranza in particolare, dei terzi venuti o che potranno venire in rapporti d'affari con la società) ed interessi pubblici (l'interesse unitario dell'economia generale del paese). Ma l'interesse, la cui tutela rappresenta il tratto peculiare del controllo e dell'intervento statale attraverso gli strumenti dell'inchiesta e della nomina di organi giudiziari di gestione, è quello delle minoranze azionarie.

In vero la possibilità di revoca degli amministratori da parte dell'assemblea protegge i soci di maggioranza, ma lascia senza difesa le minoranze. La nomina, da parte del giudice, di un amministratore provvisorio colma questa lacuna e con ciò costituisce l'esempio più importante dell'intervento dello Stato per assicurare la corretta esecuzione del contratto sociale².

Mi si consenta di insistere sul punto "tutela delle minoranze azionarie". Anche la normativa penale rappresenta una forma di controllo dello Stato sull'amministrazione delle società. Gli interessi particolari che vengono pregiudicati - per esempio - mediante il reato di false comunicazioni sociali sono i medesimi che la legge protegge in generale con la normativa sulle società commerciali: cioè gli interessi dell'impresa, dei soci "uti singuli", dei creditori e delle persone che possono avere rapporti con l'impresa, e soprattutto l'interesse generale dell'economia pubblica. Assai vasto è il fascio degli interessi tutelati. Invece l'art. 36 (al pari delle corrispondenti disposizioni di altri ordinamenti) fornisce agli interessi dei soci minoritari - se coincidente con l'interesse della società - una tutela diretta e precipua, che si realizza in via specifica e prioritaria.

7. L'insistere da parte mia sui contenuti, i caratteri, le finalità dell'intervento del giudice nell'ambito dell'"inchiesta sull'andamento della società" (di cui all'art. 36 della legge del 1942) trova ragione nella circostanza che la nuova legge 13 giugno 1990

²La fase dell'inchiesta o ispezione giudiziale è generalmente facoltativa nel senso che, se le irregolarità denunciate appaiono subito gravi, il giudice può omettere l'ispezione e disporre subito i provvedimenti cautelari, ovvero disporre l'ispezione e contestualmente i provvedimenti cautelari, o affidare l'ispezione all'amministratore temporaneo nominato.

n. 68 ignora questo istituto: fra i materiali di riporto usati e che provengono dalla legge 1942 n. 45 non vi è infatti l'art. 36; fra quelli, e sono molti, che vengono dal codice civile italiano non vi è l'art. 2409.

Nella nuova legge sammarinese sulle società è previsto un commissario straordinario, ma solo nel contesto del controllo esercitato dal Consiglio dei Dodici sulle associazioni non commerciali e le fondazioni.

Alla fine del 1992 - quando questa sarà l'unica legge in materia - ai soci di minoranza delle società di capitali non resteranno che il diritto all'informazione (art. 40), quello di opposizione alle deliberazioni dell'assemblea (art. 54 scritto ad imitazione dell'art. 35 della legge del 1942) ed ovviamente la facoltà di proporre alla maggioranza di promuovere azione di responsabilità contro gli amministratori (art. 62): quegli amministratori che, sia detto per inciso, nominati dalla maggioranza saranno da questa tenacemente difesi.

Poche altre norme possono invocarsi (fra le pieghe degli artt. 41, 52, 53) per sfuggire al dubbio che i soci vengano in considerazione soltanto come risparmiatori.

Nè si può obiettare che l'art. 36 fornisce strumento ai colpi di mano, ai capricci o peggio ai ricatti delle minoranze (esasperando il principio per cui chi possiede un'azione Fiat non ha diritto di ingerirsi nell'amministrazione della Fiat): " quello che del resto è concludente - osserva Giannini - è che esista una irregolarità grave e su ciò non l'opinione dei denunciatori, ma l'impressione del giudice è decisiva".

8. Ora, è possibile che proprio l'insofferenza per le valutazioni e gli interventi del giudice abbia dato motivo al ripudio tanto dell'art. 36 quanto del 2409 italiano, e con ciò di uno strumento di tutela presente, come appena si è visto, nella maggioranza degli ordinamenti a noi più vicini.

Ma bisogna pur dire che questa scelta sacrifica, con i diritti delle minoranze azionarie, anche l'interesse, generale seppur "interno" alla società, alla regolare amministrazione delle società di capitali considerate quale mezzo di formazione di ricchezza e di sviluppo economico-sociale della collettività.

Questa scelta - ispirata forse alla teoria contrattualistica ma tecnicamente opinabile e politicamente moderata - è in armonia con una più ampia linea di tendenza volta a mitigare ogni forma di con-

trollo e di intervento dello Stato, e della autorità giudiziaria in particolare, in una legge che, non a caso, non contiene disposizioni penali.

Ne parleremo ancora. Ascoltiamo intanto il contributo sereno e distaccato del nostro cortese ospite, il chiarissimo avvocato Helmut Petsch.

Lamberto Emiliani

1.0 La legislazione austriaca conosce due tipi di società di capitali, la società a responsabilità limitata e la società per azioni. Le informazioni essenziali su questi due tipi di società sono le seguenti:

1.1 SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA

Base legale è la legge sulle società a responsabilità limitata del 1906 con emendamenti fino al 1982.

La società a responsabilità limitata viene costituita con atto notarile da almeno due soci e ha inizio con la registrazione nel registro delle società che viene tenuto dai tribunali. I soci possono essere stranieri, persone fisiche o giuridiche. Le quote sociali sono nominative e trasferibili con atto notarile. I nomi dei soci non vengono pubblicati, risultano però sullo statuto depositato presso l'ufficio del registro aperto al pubblico. Nello statuto possono figurare i fiduciari dei soci e non i soci in prima persona. In tal caso è consigliabile che i fiduciari siano vincolati ai soci con patto fiduciario reso noto alle sole autorità fiscali. Tale procedura impedisce che i nomi dei soci divengano di pubblico dominio.

Dopo la registrazione della società le quote sociali possono convergere in una sola mano, di modo che la società continua la sua esistenza con un unico socio. Anche in tal caso la responsabilità della società rimane limitata al patrimonio della stessa e il socio non risponde personalmente.

Il capitale minimo sociale è di 500.000 scellini, di cui almeno la metà è da versare all'atto della costituzione. In caso di capitale superiore a tale cifra occorre un versamento minimo di un quarto, in ogni caso non inferiore a 250.000 scellini. Il capitale è immediatamente a disposizione della società registrata.

Organi legali della società:

- assemblea generale dei soci (Generalversammlung)
- amministratori (uno o più) (Geschäftsführer)
- eventualmente consiglio di controllo (Aufsichtsrat).

L'assemblea generale nomina uno o più amministratori, decidendo in caso di nomina plurima, la firma individuale o congiunta. Ove l'assemblea non stabilisca diversamente, gli amministratori rappresentano la società con firma congiunta.

I poteri dell'amministratore sono definiti per legge, nel senso che egli rappresenta la società nei confronti dei terzi in sede giudiziaria e stragiudiziaria, senza alcuna limitazione. L'assemblea generale può limitare i poteri dell'amministratore solo con effetto interno e non nei confronti dei terzi, e non è registrabile alcuna limitazione. Non è tuttavia inusuale definire, all'atto della nomina dell'amministratore, un catalogo di atti giuridici per i quali l'amministratore necessita della preventiva approvazione da parte dell'assemblea generale. Il mancato rispetto di tale obbligo rende l'amministratore responsabile nei confronti della società. Nei confronti dei terzi, però, l'atto è valido e impegna la società.

Ove previsto dallo statuto sociale, l'amministratore (o gli amministratori) può nominare uno o più procuratori definendo i poteri di firma; che può essere individuale, congiunta con quella di un amministratore o con quella di altro procuratore. Anche i poteri derivanti dalla procura, che deve essere registrata nel registro delle società, sono definiti per legge e non limitabili nei confronti dei terzi. La procura autorizza a tutti gli atti giudiziari e stragiudiziari che l'attività dell'impresa comporta. Solo per la vendita di beni immobili e per l'iscrizione di ipoteche su beni immobili il procuratore necessita di procura speciale. Ciò significa che i poteri del procuratore sono sostanzialmente quasi pari a quelli dell'amministratore e le considerazioni sulla limitazione interna valgono anche nei confronti del procuratore.

Il terzo organo della società a responsabilità limitata è il consiglio di controllo. Esso viene nominato dall'assemblea generale dei soci e si compone di un minimo di tre membri.

Al consiglio spetta il controllo dell'amministrazione; esso può chiedere all'amministratore informazioni sulla gestione della società, prendere visione dei libri contabili e di tutta la documentazione della società, e deve convocare l'assemblea generale se l'interesse della società lo richiede.

Lo statuto o il consiglio di controllo possono stabilire che determinate operazioni siano sottoposte al benestare del consiglio stesso, mentre determinate operazioni definite per legge dovrebbero essere approvate dal consiglio prima della loro esecuzione. Tuttavia occorre tener presente che nelle società a responsabilità limitata il consiglio di controllo è facoltativo, a meno che non si tratti di una società con capitale superiore a scellini 1 milione e (caso raro) con più di 50 soci, oppure in caso di società con più di 300 dipendenti. Diversamente la società a responsabilità limitata non necessita del consiglio di controllo, a meno che lo statuto e quindi i soci non lo prescrivano.

Se la società a responsabilità limitata ha un consiglio di controllo per statuto o per legge, i suoi bilanci devono essere depositati presso l'ufficio del registro dopo essere stati certificati da un revisore giurato indipendente, nominato dall'assemblea generale.

Tutti gli organi della società, sia gli amministratori e i procuratori che i membri del consiglio di controllo, possono essere stranieri.

1.2 SOCIETÀ PER AZIONI

La società per azioni viene regolata dalla legge del 1965 con emendamenti fino al 1982.

La società viene costituita con atto notarile da almeno 2 fondatori, che sottoscrivono le azioni e stabiliscono lo statuto. Essa ha origine con la registrazione nel registro delle società. I fondatori, come tutti i futuri azionisti, possono essere stranieri, persone fisiche o giuridiche.

Il valore nominale delle azioni deve essere di 100, 500, 1.000 scellini, o di un multiplo di 1.000; le azioni non sono

divisibili e non devono essere emesse per un importo inferiore al nominale.

Le azioni possono essere al portatore o nominative. Se lo statuto non prevede diversamente, le azioni devono essere emesse al portatore.

Il capitale minimo della società per azioni ammonta a scellini 1 milione e deve essere versato all'atto della costituzione.

Dopo la registrazione il capitale è immediatamente a disposizione della società.

Gli organi della società sono:

- assemblea degli azionisti (Hauptversammlung)
- consiglio di controllo (Aufsichtsrat)
- amministratore o consiglio di amministrazione (Vorstand).

I fondatori, e in seguito l'assemblea degli azionisti, nominano il consiglio di controllo. Il consiglio di controllo si compone di un minimo di 3 membri. Lo statuto può prevedere un numero superiore di membri; tuttavia la legge limita il numero dei membri a 7 nel caso di una società con capitale fino a scellini 5 milioni, nel caso di una società con capitale superiore a scellini 5 milioni il numero massimo è di 12 membri, in caso di capitale superiore a scellini 50 milioni il numero massimo è di 20 membri. I dipendenti dell'impresa societaria hanno diritto ad un loro rappresentante nel consiglio di controllo per ogni due membri nominati dagli azionisti.

Al consiglio di controllo spetta, come nel caso della società a responsabilità limitata, il controllo dell'amministrazione. Il consiglio può chiedere all'amministratore o rispettivamente al consiglio di amministrazione tutte le informazioni sulla gestione sociale, prendere visione dei libri contabili e di tutta la documentazione della società e deve convocare l'assemblea degli azionisti ove l'interesse della società lo richieda.

Al consiglio di controllo non possono essere delegati compiti di amministrazione; lo statuto o il consiglio possono stabilire che determinate operazioni siano sottoposte al benessere del consiglio di controllo. Per legge alcune operazioni elencate dovrebbero essere approvate preventivamente dal consiglio di controllo.

Il consiglio di controllo nomina, senza il voto dei rappresentanti dei dipendenti, l'amministratore (Vorstand) unico o il consiglio di amministrazione composto da più persone. In caso di

più amministratori, lo statuto e l'atto di nomina devono decidere in materia di firma individuale o congiunta. Se non stabilite diversamente, i membri del consiglio di amministrazione hanno la sola firma congiunta.

I poteri dell'amministrazione sono definiti per legge nel senso che l'amministrazione rappresenta la società nei confronti dei terzi in sede giudiziaria e stragiudiziaria, senza alcuna limitazione. Il consiglio di controllo può limitare i poteri dell'amministrazione solo con effetto interno e non nei confronti di terzi, nè è registrabile alcuna limitazione.

La possibilità di limitazioni all'interno della società è stata precedentemente descritta; la violazione di tali limitazioni rende l'amministrazione responsabile nei confronti della società.

Come per la società a responsabilità limitata l'amministrazione può, se lo statuto sociale lo prevede, nominare uno o più procuratori, definendo i poteri di firma, che può essere individuale, congiunta con quella di un amministratore o di un altro procuratore. Per quanto riguarda i poteri legali della procura, l'impossibilità di limitarla nei confronti dei terzi e le possibili limitazioni per gli effetti interni, vale quanto sopra precisato in relazione alla società a responsabilità limitata.

Tutti i membri del consiglio di controllo, del consiglio di amministrazione e ovviamente anche i procuratori possono essere cittadini stranieri.

I bilanci della società per azioni devono essere esaminati e certificati da un revisore giurato indipendente, nominato dall'assemblea degli azionisti; e dopo la loro approvazione da parte del consiglio di controllo e dell'assemblea degli azionisti, essere presentati all'ufficio del registro e pubblicati.

1.3 FILIALI AUSTRIACHE DI SOCIETÀ STRANIERE

1.3.1 Le leggi sulla società a responsabilità limitata e sulla società per azioni permettono la registrazione di filiali austriache di società di capitali straniere. Per la registrazione di una filiale austriaca di società straniera occorre presentare all'ufficio del registro, tra l'altro, lo statuto della società straniera, la prova della sua registrazione all'estero, un certificato attestante che essa è in possesso dei suoi pieni poteri ed esercita effettivamente e regolarmente la sua attività, e la prova dei poteri di firma degli organi all'estero.

Il registro austriaco deve rispecchiare la registrazione straniera ed essere tenuto aggiornato, sicchè tutte le modifiche registrate all'estero devono essere riportate sul registro austriaco.

Nel caso di società a responsabilità limitata occorre nominare un rappresentante con residenza abituale in Austria; la cittadinanza del rappresentante è indifferente.

1.3.2 Nel caso di società per azioni straniera la registrazione di una filiale austriaca è sottoposta al permesso preventivo da parte del ministero federale competente secondo l'attività della società, a meno che non esistano accordi internazionali assicuranti la reciprocità. Si tratta qui dell'unico caso di una concessione statale preventiva alla registrazione, che rappresenta un relitto storico di una legge precedente del 1865, in contrasto con il concetto liberale della costituzione di società.

Siccome le filiali austriache di società di capitali straniere non comportano vantaggi rispetto alla costituzione di società austriache indipendenti, la materia è di importanza relativamente modesta.

2.0 CONTROLLI STATALI

Il termine "controllo statale" viene in seguito usato per il controllo giudiziario, amministrativo o da parte di enti di diritto pubblico, come per esempio le camere di commercio.

2.1 COSTITUZIONE E REGISTRAZIONE DI SOCIETÀ

La costituzione di società di capitali non è sottoposta a controlli statali, se non è considerata controllo statale la forma solenne di atto notarile richiesta per la costituzione della società.

Per quanto riguarda la denominazione della società, se non si limita al nome o ai nomi dei soci ma comporta anche una indicazione dell'oggetto della società o se contiene anche un nome di fantasia, occorre presentare con la domanda di registrazione un parere positivo della locale camera di commercio. La denominazione sociale deve corrispondere ad un principio di verità, non deve essere ingannevole nè confondibile con la denominazione di società registrate nel circondario dello stesso registro.

Il versamento del capitale sociale deve essere provato con domanda di registrazione per mezzo di una lettera della banca depositaria del capitale.

La domanda di registrazione viene presentata dall'amministratore o dagli amministratori della società. Il tribunale si limita a controllare se sono adempiute le formalità, se lo statuto contiene i minimi indispensabili previsti dalla legge e non contiene disposizioni contrarie a norme legali cogenti.

Quando tutti questi presupposti sono verificati, il tribunale dispone la registrazione della società, a cui i richiedenti hanno diritto. Non si tratta di un riconoscimento giuridico da parte del tribunale, ma dell'accoglimento della domanda di registrazione che, del resto, non viene preventivamente pubblicata per eventuali opposizioni.

Dopo la registrazione della società, sulla quale il tribunale emette un decreto a mani della società, la registrazione viene pubblicata su due bollettini ufficiali.

2.2 LICENZA DI ESERCIZIO

L'oggetto della società può comprendere attività che tra loro non sono coerenti.

Per effettivamente esercitare una o più attività la società necessita, dopo la registrazione, di una licenza di esercizio per l'attività o per le attività effettivamente svolte. La licenza di esercizio viene rilasciata dall'autorità comunale amministrativa competente per la sede della società.

Se la licenza di esercizio viene rilasciata a favore della società di capitali, occorre però nominare una persona fisica qualificata all'esercizio. La qualifica dipende, secondo le varie categorie, in sostanza da una sufficiente preparazione ed esperienza.

Tale persona nominata può essere l'amministratore della società, un procuratore della stessa o un dipendente senza poteri di firma, che però deve essere impiegato nell'impresa per almeno 2 ore settimanali.

Occorre sottolineare che la licenza non ha nulla a fare con la nascita e l'esistenza della società, ma è solo il titolo amministrativo per l'esercizio delle attività sociali.

Banche, assicurazioni, ferrovie e società di navigazione devono essere costituite in forma di società per azioni e necessitano

di una concessione da parte del competente ministero federale. Mentre la normale licenza di esercizio deve essere rilasciata quando i presupposti legali sono adempiuti, la concessione dipende anche da altri criteri più rigorosi di affidabilità, sicurezza, interesse pubblico ecc.

2.3 ACQUISTO DI BENI IMMOBILI

In Austria leggi delle regioni confederate sottopongono l'acquisto di beni immobili da parte di stranieri ad un preventivo permesso da parte dell'autorità competente regionale. Sono considerate stranieri le persone fisiche che non abbiano la cittadinanza austriaca, le società registrate all'estero e le società registrate in Austria con partecipazione maggioritaria di soci stranieri. Il permesso viene normalmente dato a società considerate straniere, se l'acquisto è necessario per l'attività della società, particolarmente in caso d'investimenti.

Si ripete che non si tratta di limitazioni nei confronti di società di capitali, ma generalmente nei confronti di persone straniere, fisiche o giuridiche.

2.4 CONTROLLO SULL'AMMINISTRAZIONE DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

2.4.1 Non esiste nella legislazione austriaca una norma simile a quelle degli articoli 12 comma 4 e 16 della legge sammarinese sulle società del 20 giugno 1990.

Non esiste un nulla osta preventivo alla costituzione della società, nè un obbligo della stessa ad iniziare e svolgere attività.

Siccome il tribunale non decreta il riconoscimento giuridico della società, questo non può essere revocato.

2.4.2 Nel caso delle società a responsabilità limitata con consiglio di controllo e delle società per azioni, la certificazione dei bilanci da parte di un revisore giurato, il loro deposito presso l'ufficio del registro e la loro pubblicazione non costituiscono un controllo statale, ma un controllo di carattere professionale e pubblico.

2.4.3 Un controllo statale sull'amministrazione delle società ha luogo nei rapporti con le autorità fiscali sia per il versamento delle imposte trattenute sugli stipendi di dipendenti, sia per l'imposta sul valore aggiunto, sia in occasione di controlli fiscali, della contabilità e delle dichiarazioni fiscali, che hanno luogo normalmente a distanza di alcuni anni.

Controlli analoghi hanno luogo da parte delle assicurazioni sociali; e riguardano il calcolo ed il versamento delle relative trattenute sugli stipendi.

2.4.4 Fermo restando il controllo interno societario dell'amministrazione da parte dei soci o azionisti e da parte del consiglio di controllo, un controllo statale successivo ha luogo tramite l'eventuale responsabilizzazione di organi con relative sanzioni penali:

le società di capitali devono presentare istanza di fallimento o di concordato preventivo non solo in caso di insolvenza, ma già in caso di eccedenza dei debiti rispetto agli attivi della società.

In caso di bancarotta semplice o fraudolenta, di favoreggiamento di un creditore in stato di insolvenza o di altre irregolarità in fase di fallimento, concordato preventivo o esecuzione, possono essere penalmente responsabili amministratori, membri del consiglio di controllo e procuratori, come anche impiegati dirigenti con influsso determinante sull'amministrazione. Negli ultimi 10 anni, non solo le relative norme penali, ma anche la giurisprudenza sono diventate più rigorose in materia.

2.4.5 Nonostante questo aspetto, si potrebbe constatare in conclusione che la legislazione austriaca lascia in campo societario grande spazio alla libertà contrattuale e all'iniziativa economica privata senza discriminazione nazionale, affidando i controlli in primo luogo agli organi delle società stesse.

SAGGI

PROBLEMI DELL'INTERPRETATIO NEL SISTEMA DEL
DIRITTO COMUNE CLASSICO*

1. Una revisione storiografica di *interpretatio* non può prescindere da una indagine semantica di questo termine che assuma a proprio fulcro i testi della giurisprudenza di diritto comune. Sviluppare una semantica di *interpretatio* significa necessariamente indagare se esista e quale sia la nozione di *interpretatio* contenuta nei testi della compilazione giustiniana.

Dico subito che il *Corpus legum* contiene una nozione di *interpretatio* precipuamente nel titolo del Digesto *de legibus et senatus consultis* e nel corrispondente titolo del Codice *de legibus et constitutionibus principum et edictis*. Già questa collocazione ci dà un indizio sulla tipologia delle norme che vi sono fatte confluire. Con terminologia moderna, le si possono designare come norme di primo grado o, secondo una tassonomia che risale al Betti e che troviamo di recente ripresa dal Santoro Passarelli, norme di secondo grado. Noi constateremo che si tratta senz'altro di norme che disciplinano i rapporti giuridici, non situazioni giuridicamente rilevanti, bensì disciplinano le modalità della lettura del testo stesso della compilazione. E ne riaffermeremo la qualità appunto di precetti, non di semplici proposizioni teoretiche intorno all'attività dei giuristi. Riaffermarne la loro qualità di precetti, d'altro canto, non è semplice ovvietà, ma serve a ripercorrere il contegno che dinanzi ad esse assumevano i giuristi dell'età di mezzo, primi fra tutti i glossatori.

Esaminiamole, queste norme, non prima di aver constatato che nello stesso titolo del Digesto era sancita come «inciuiile» -vale a dire illecita, contraria allo *ius ciuile*- una lettura parziale di qualsiasi testo normativo (D.1,3,24): «inciuiile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita, iudicare uel respondere». Richiamiamo questo frammento perché da qui scaturisce un vincolo per il giurista che si ponga dinanzi alla compilazione: il vincolo a considerare

* Questo è il testo, ancora privo delle note e delle indicazioni bibliografiche della relazione svolta al II° Simposi Internacional "El Dret comú i Catalunya", che, organizzato dal Departament d'Historia del Dret i Dret Romà della Facultat de Dret dell'Universitat de Barcelona, si è svolto appunto a Barcellona dal 31 maggio al 1 giugno del 1991. I relativi atti saranno pubblicati nel corso dell'anno venturo.

totam legem, vale a dire tutta la compilazione come un complesso unitario, tale che la comprensione di un singolo passo relativo ad un istituto non si dà se non si esaminano tutti i passi, tutti i frammenti contenuti nella compilazione rilevanti rispetto a quel passo. La scrittura dei luoghi paralleli direi che è la rappresentazione materiale, grafica della prassi che deriva da quella norma, la sua sintetica realizzazione.

Ma già D.1,3,24 ci introduce nell'argomento che devo sviluppare, poiché ci dice come la compilazione contenesse precise norme che ne disciplinano la lettura; e del resto questo titolo non era certo letto dai glossatori come una testimonianza storica sulla fenomenia delle fonti formali del diritto, ma come il luogo nel quale il *princeps* aveva collocato la disciplina della lettura della stessa compilazione. Questo ci dice anche come non solo nell'intenzione di Giustiniano, ma nella stessa opinione dei glossatori tale lettura non era libera attività dello spirito -come si potrebbe dire con una certa facile ironia- ma attività disciplinata e funzionale: dirò di più, disciplinata perché funzionale. In una parola la lettura del *Corpus legum* costituisce una funzione. Questa funzione possiamo azzardarci anche a formularla già fin d'ora: la lettura del *Corpus legum* è funzionale alla determinazione sia della rilevanza giuridica di una fattispecie sociale, sia, stabilita questa rilevanza, della disciplina di tale fattispecie.

E' certo che la consapevolezza della funzionalità della lettura del testo della legge -per esempio del testo delle Istituzioni in tutto l'alto medioevo- fosse ampiamente diffusa, e per questo ci consta che esemplari di questa parte della compilazione circolassero glossati; ma è altrettanto certo che questa consapevolezza riceve, dai titoli *de legibus* e simili contenuti nel Digesto, una volta che questo sia entrato in circolazione, e nel Codice, restituito alla originaria completezza, un rinnovato impulso.

Tra i frammenti che nel titolo 1,3 del Digesto dettano precetti per la lettura del testo della legge ve ne sono quattro, almeno, che disciplinano il rapporto che intercorre tra il tenore del precetto e la sua efficacia normativa; ovvero, guardando le cose da un altro punto di vista, questi frammenti disciplinano il rapporto intercorrente tra il tenore di un precetto -e s'intende qui e definitivamente, ma non esclusivamente, d'un precetto contenuto nella compilazione- e i soggetti cui l'ordinamento demanda, in maniera evidentemente differenziata, quella funzione di lettura alla quale accennavo sopra. I due punti di vista qui assunti non confliggono e sarebbe fecondo

assumerli dinamicamente e contemporaneamente. Infatti le norme non si applicano da sé, necessitano dell'opera degli uomini che ne dicano, in modo pragmaticamente adeguato, secondo quanto stabilisce l'ordinamento, l'effettiva efficacia; infine che le facciano osservare.

Tutto ciò potrà apparire ovvio; ma la tradizione storiografica persiste nell'attribuire a Giustiniano il divieto di interpretare le leggi, e nega, di conseguenza, che dalla compilazione giustiniana sia possibile trarre materiale per una teoria dell'interpretazione giuridica.

Un simile divieto assoluto non esiste nella compilazione e le parole della const. *Deo auctore*, 12ss. (C.1,17,1,12ss.), della const. *Omne*, 8ss., e infine della const. *Tanta*, 21s. (C.1,17,2,21ss.) vanno finalmente lette in modo da non arrecar oltraggio all'intelligenza di chi le scrisse, che fu anche chi progettò e realizzò, in tempi oscuramente drammatici, la mirabile impresa del *Corpus iuris civilis*: quelle parole vietano e perseguono, con pacata ragionevolezza, seppur dissimulata da una compiaciuta retorica, i pravi effetti di un'interpretatio dei *quaedam admonitoria* (che tuttavia sono esplicitamente ammessi), tale da provocare turbamento e confusione nell'applicazione della legge; evidentemente Giustiniano intende in tal modo vietare che gli *admonitoria* si sostituiscano al dettato normativo, che invece è e deve rimanere il testo del Digesto. D'altra parte il precedente divieto comminato ai giurisperiti di *adplicare commentaria* non ha valore assoluto, né va letto astraendolo da tutto il contesto. Si noterà, in primo luogo, l'intensità del verbo *adplico* (sostituito da *adnecto*, che mi sembra di pari se non superiore intensità, nella const. *Tanta*) e la costruzione della proposizione della const. *Deo auctore* cit., che non è illecito tradurre, sciogliendo l'endiadi, come segue: «nulli iuris periti audeant commentarios illi in posterum adplicare ita ut uerbositate sua supra dicti codicis compendium confundant»: ciò è stato perpetrato in passato tanto che «per contrarias interpretantium sententias ius totum paene conturbatum est». La norma è reiterata in const. *Tanta*, 21. Qui, ancor più chiaramente, si ammette sia la traduzione *de uerbo ad uerbum* dal latino in greco, sia la facoltà di *adnotare* il testo a causa della *titulorum supilitas*: ogni altro *interpretatio* è esclusa -«alias autem interpretationes»- soprattutto ogni altra *interpretatio* che si risolva in una *peruersio* delle *leges*: anche qui la finale, -«ne uerbositas [...] adferat [...] dedecus»- ha valore consecutivo: lo si constaterà comparando rapidamente il testo latino col testo greco. L'interdizione, dunque, colpisce non tutte le *interpretationes*, ma

solamente quelle che arrechino turbamento nella vita giuridica. In definitiva, anche qui, ciò che si persegue è la sostituzione del *commentarium* al testo autentico della *lex*: ciò è coerente con la struttura dell'illecito -il reato di falso- e della sanzione -la *corruptio librorum*. Il precetto che ne risulta non è una assoluta interdizione al commento e all'*interpretatio*, bensì l'inibizione della *uerbositas*, delle *contrariae interpretationes*, insomma di tutto ciò che si risolve in turbativa della vita giuridica, quella turbativa cui l'imperatore vuole ovviare con la composizione della compilazione che affida a Triboniano. Il § 8 della *Omnem*, in aggiunta, commina sanzioni a chi, falsificando il testo, lo sostituisca con sunti: «et per compendium ipsi legum interpretationi uel compositioni maximum adferre discrimen». Simili *compendia* dell'*interpretatio* e della *compositio legum* contenute nel Digesto s'hanno da ritenere come inesistenti a tal punto da viziare radicalmente la liceità dello stesso libro che li contenesse. E' dunque, ancora una volta, un problema di autenticità del testo, che si pone consapevolmente la cancelleria imperiale, problema che soprattutto in tempi oltremodo incerti, quali quelli dei quali si parla, non poteva essere prospettato con maggior vigore.

Nessun divieto, ma nemmeno alcuna prescrizione positiva (a parte quella, secondo la quale solo nelle *urbes regiae* può lecitamente albergare una scuola di diritto), governano l'attività di studio alla quale al successivo § 11 della *const. Omnem* Giustiniano esorta i *legum professores* e i *rudes qui perueniunt ad recitationem legum*. Come si poteva seriamente pretendere che lo studio di un materiale normativo tanto complesso e tanto voluminoso potesse svolgersi in forma rigorosamente orale? come possiamo supinamente lasciarci convincere che chi ha condotto a termine, con la consapevolezza che dimostra in ogni sua manifestazione, la riforma e la sistemazione d'un materiale giuridico così cospicuo non fosse altrettanto consapevole della inevitabile necessità d'uno studio in forma scritta, in un ambiente in cui l'attività culturale e istituzionale si regge sulla scrittura? Non una parola, dei testi che ho appena esaminato, è rivolta indiscriminatamente contro l'*interpretatio* in quanto tale, mentre è indispensabile richiamare l'attenzione all'uso dell'espressione «*explanare concedimus*» in *const. Deo auctore*, 13 *in fine*. Non starò a ricordare quanto sia controllato il lessico del materiale normativo che esce dalla cancelleria di Costantinopoli, specialmente sotto il regno di Giustiniano, né che quel verbo rende in modo eccellente il senso del lavoro esegetico. E' arduo credere

che davvero un ambiente così accurato nella composizione dei testi normativi possa aver affidato l'esito di un divieto assoluto di ogni lavoro di commento sui testi della compilazione, che già di per sé sarebbe di difficilissima attuazione, ad una terminologia che non può non funzionare da autentico grimaldello, anche in mano al più sprovveduto degli esegeti.

Difatti il *Corpus iuris* non solo, come vedremo subito, si diffonde sul tema dell'*interpretatio*, ma porge una fenomenia della legge che più che giustificarne l'*interpretatio*, ne fonda pragmaticamente l'onere. E' tale il contenuto di D.1,3,10 e soprattutto, di D.1,3,12 e 13; due frammenti che anche la scuola considererà come la continuazione l'uno dell'altro. In queste norme noi troviamo detto, con grandissima chiarezza come la formulazione d'un testo di legge non è né può essere (e, forse si sottintende, non è nemmeno bene che sia) tale da ricomprendere tutta la realtà empirica; è sufficiente che essa disciplini «*ea quae plerumque accidunt*». La determinazione dell'efficacia effettiva della *lex* è compito dell'*interpretatio* (e della *iurisdictio*, nell'accezione romana). La quale è fatta consistere letteralmente nel «*procedere ad similia*».

2. Si può dire che la compilazione giustiniana, che pure costituisce una delle testimonianze più cospicue dell'ideologia della completezza, è portatrice della metodica della indeterminatezza. La struttura stessa della norma, che nell'esperienza del diritto romano classico appare come connotata da un andamento di tipo squisitamente casistico (si pensi non solo alla struttura della giurisprudenza prodotta dai giureconsulti, ma anche alla caratteristica saliente dell'editto del pretore) può solo superficialmente e in parte spiegare questo atteggiamento così profondamente realistico della giurisprudenza romana. Questo atteggiamento, peraltro, corrisponde alla grande ragionevolezza, con la quale non solo è affrontata la pratica fenomenia della effettiva indeterminatezza del materiale normativo esistente, ma sono anche elaborati gli strumenti tecnici per superarla.

Il problema è risolto con l'indicazione del procedimento da seguire per la determinazione della norma da applicare ad un dato rapporto. L'*interpretari*, costituisce parte integrante di quel procedimento, e in tal modo trascende il suo connotato logico, pregiuridico, se mai l'ha avuto, e si connota definitivamente come funzione giuridicamente costituita e disciplinata.

Particolarmente incisivo, in tal senso, è il dittico di D.1,3,12 e 13; si tratta di due passi tratti da due diverse opere di Ulpiano. Nel primo di essi, riconosciuta l'inesaustività di ogni formulazione legislativa («non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consulti comprehendere»), si attribuisce al giurisdicente l'onere («debet») di «ad similia procedere» tutte le volte in cui questa *lex* risulti rilevante per un caso concreto. Il frammento successivo completa il ragionamento e, basandosi sull'autorità di Pedio, ne dà circolarmente il fondamento: in séguito dell'introduzione di una nuova disciplina, infatti («nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum uel alterum introductum est»), è opportuno che la disciplina delle fattispecie che non sono espressamente nominate dalla legge, ma che appartengono ad un medesimo ambito di interessi («cetera quae tendunt ad eandem utilitatem»), sia completata per mezzo appunto dell'*interpretatio* (ovvero della *iurisdictio*).

Circolarmente, sia perché quel «nam», che ha un valore quasi causale, in realtà non introduce alcun fondamento logico all'affermazione di D.1,3,12; sia perché, e questo conta molto di più per ciò che vengo dicendo, con quanto è contenuto in D.1,3,13 si stabilisce definitivamente un nesso indissolubile -e che infatti non sarà più dissolto per tutta l'esperienza di diritto comune e aldilà di essa- tra *interpretari* e *ad similia procedere*.

A ciò si deve aggiungere che nella formulazione del Digesto, che abbiamo appena visto, l'estensione di una disciplina determinata in una legge a tutte le fattispecie che appartengono ad un medesimo ambito di interessi non è configurata come procedimento per il riempimento di lacune legislative: quelle fattispecie alle quali è estesa una disciplina determinata sono *cetera* rispetto all'*aliquid unum uel alterum* cui si riferisce espressamente la legge. Non credo sia necessario sottolineare il valore residuale della parola *cetera* in questo contesto. Questi *cetera* non sono casi privi di disciplina, bensì sono tutti gli altri casi non espressamente dedotti nel tenore della norma, ma che, in quanto *similia*, ossia in quanto *tendunt ad eandem utilitatem* sono interni alla oggettiva previsione legislativa; la legge non li nomina per i motivi addotti sopra, ma li disciplina per mezzo dell'*interpretatio*, vale a dire per mezzo dell'estensione della legge: del che appunto si fa onere al giudicante. Al quale non è consentito rinunciare all'*interpretatio*, egli *debet procedere ad similia* al fine della determinazione della norma che regge quei *cetera*.

La consapevolezza di tutto ciò non è frutto originale della Scuola di Bologna (anche se a Bologna essa trova la sua più matura

espressione), ma è patrimonio culturale che si è tramandato anche prima che si conoscesse la sequenza di norme esibite dal Digesto. Ciò risulta da quanto è testimoniato da un codice portatore di una tradizione esegetica precedente e comunque estranea allo *Studium*. Mi riferisco, a titolo puramente esemplificativo, alla *Glossa di Poppi* alle Istituzioni di Giustiniano, nella quale troviamo glosse che recano la specializzazione tecnica che il termine *interpretari* assume con riferimento a testi giuridici: «nam omnia Romanorum sunt inuentione uel interpretatione». Isidoro aveva distinto le due categorie: «inuenire est in id uenire quod queritur»; mentre: «interpretes, quod inter partes medius sit duarum linguarum, dum transferet. Sed et qui Deum quem interpretatur et hominum quibus diuina indicat mysteria, interpretes uocatur quia inter eam quam transferet». Che cosa invece intendesse, per suo conto quel chiosatore delle Istituzioni per *interpretatio*, lo chiarisce, senza esitazioni con una glossa sulla parola *interpretationem* di Inst.1,17: «Idest similitudinem»; o, altrove, sulle parole *qua ratione* di Inst.2,1,43: «Idest ad similitudinem et interpretationem huius rationis». D'altra parte lo stesso manoscritto recava un contributo anche più vecchio che così spiega un po' affannosamente, per la verità, ma nondimeno con sufficiente chiarezza la parola *decisiones* di Inst.1,5,3: «Dominus Iustinianus bene dixit: decisiones proprie dicuntur quotiens interpretationes legis litteram, imperiali sententia, aliter terminant».

Siamo ben lontani dalla analisi articolata di un Rogerio, autore delle *Enodationes quaestionum super Codice*. Siamo ben lontani dalla raffinata e accurata teorizzazione di *interpretari* inteso come «porrigere legem ad ea in quibus eadem equitatis ratio uertitur». Siamo ben lontani dalla perspicua sintesi nella quale si compendia la denuncia dell'antinomia rilevata dall'*Auditor* nelle *Quaestiones de iuris subtilitatibus*: «Inter ius et equitatem item at alia legum interpretatio solius principis est. Dicitur e contra licere iudici leges interpretari producendo scilicet ad similia. Solent et alii precipiendo disputando ius interpretari. Set et consuetudo legum dicitur interpretes» (un modo di sollevare questioni che contiene in sé già precostituita la struttura della risposta che fornirà la *Iurisprudentia*). Ma la lineare esegesi prebolognese, e poi l'analisi, la conseguente teorizzazione e infine la sintesi delle opere dialogiche appartenenti al pieno ambiente dello *Studium* convergono tutte verso un medesimo contenuto, verso un esito unitario. Ne sono testimonianza i persuasivissimi e scientificamente solidissimi esempi

ai quali si appoggia l'argomentazione della *Iurisprudentia* nel dialogo rogeriano: quale quello relativo alla estensione della responsabilità del *dominus negotii*, sancita nei confronti dell'attività dell'*institor*, all'attività del *procurator*, poiché entrambe realizzano positivamente l'interesse del *dominus*: «cum lex dicat ex institoris contractu teneri dominum, quoniam ex eius persona lucrum capit, per simile et ex procuratoris facto saltem in subsidium obligetur dominus». E' solo uno degli esempi riferiti dalla *Iurisprudentia* a Rogerio ad illustrazione di ciò che il giurista ha da fare per la realizzazione dei precetti contenuti di quei frammenti del Digesto (D.1,3,12 e 13), che ne disciplinano l'attività. «Hec interpretatio que de similibus ad similia uocatur, etiam omnibus arbitris a iure permittitur, ut semper de similibus -non tamen iuri communi aduersantibus- ad similia procedere sicque ius dicere compellantur»: dunque la prassi dell'*interpretatio*, che, come abbiamo appena visto, nel Digesto non è configurata come l'esercizio di una mera facoltà, ma come un onere del giurisdicente (se non addirittura come una *potestas* secondo quanto sostiene Piacentino nella *Summa Codicis*) serve a individuare la norma che disciplina anche quel portato dell'esperienza che non sia stato dedotto nella sua formulazione, ma che ivi trova applicazione poiché è sorretta da una *eadem ratio*. Tutto ciò si realizza in un procedimento che porta alla *extensio de similibus ad similia* del materiale normativo noto.

Un contegno rigorosamente oggettivo sia del fenomeno legislativo, sia del correlato procedere interpretativo costituisce la spina dorsale di questa teorizzazione. Che questo contegno sia lontano dal tropo della volontà del legislatore, generatore, per insanabile equivoco, dell'ineffabile volontà della legge, un'autentica contraddizione in termini, che sembra imperante nelle teorizzazioni d'oggi, può e deve essere oggetto di specifico approfondimento. Lo ricordo qui solo per non lasciare del tutto indeterminato il contegno che sorregge *interpretari*, che si distingue da quello che sta dietro ciò che noi, nell'esperienza giuridica dei nostri tempi, designiamo con la parola interpretazione, poiché distinta in modo radicale è la stessa funzione legislativa o nomopoietica; ovvero essa è tanto funzione legislativa quanto poco è attività nomopoietica. (La *uoluntas legislatoris* è *uoluntas* quanto è *auctoritas*: essa fonda l'atto legislativo, non il suo contenuto; la cogenza di un precetto è conseguenza della *uoluntas legislatoris*, nella misura nella quale questa dà certezza della sua riferibilità al *princeps*. D'altro canto in generale sempre *necessarium* è contrapposto a *uoluntarium*: v.

AZONIS *Summa Codicis* (C.1,14): la *interpretatio doctoris*, che non è *necessaria* non è nemmeno *redigenda in scriptis ex necessitate*, bensì *ex uoluntate et utilitate ad conseruationem memorie*).

3. Sono consapevole di quanto sbrigativamente mi sia liberato della ricca elaborazione dottrinale dei giuristi bolognesi, che vi ho menzionato volando rapidamente dalla Glossa di Poppi a Rogerio. Mi premeva pervenire alle generazioni che conclusero quella fase della grande esperienza bolognese, che siamo soliti designare come scuola dei glossatori; e in particolare mi premeva di illustrare l'analisi cui Azzone, soprattutto nella *Summa Codicis*, sottopone la funzione dell'*interpretari*. Dalla quale analisi quella semantica di *interpretatio* che qui vado perseguendo risulta indubbiamente arricchita.

Dalla lettura del Digesto, alla quale ci siamo dedicati sopra, scaturisce sicuramente una considerazione, che in parte corregge alcune idee correnti nella storiografia giuridica di questo secolo, sul tema qui svolto. Scaturisce, cioè, la constatazione di una nozione unitaria e formale di *interpretatio* consegnata dalla giurisprudenza romana all'attenzione dei giuristi dell'età di mezzo. Unitaria in quanto funzionale all'effettività dell'ordinamento; formale in quanto propriamente legale; se una tale nozione, come ho sopra detto, è patrimonio antecedente a Bologna, essa, con l'entrata in circolazione del Digesto, assume i connotati della legalità e dunque della tecnicità: il giurista quando legge *interpretari* non può non intendere *procedere ad similia*. Si potrà dare la prova in contrario, ma in mancanza di essa questa presunzione deve operare. Ciò induce due conseguenze: la prima è di ordine storiografico e ci coinvolge direttamente. Infatti quella presunzione che opera nei confronti del giurista dell'età di mezzo agisce anche nei confronti di chi oggi fa professione di storico dell'esperienza giuridica che va sotto il nome di diritto comune; quanto questo sia influente per la comprensione di tutti i testi normativi di primo e di secondo grado, ossia legislativi o esegetici circolanti o prodotti in quell'esperienza si vedrà a suo tempo. La seconda conseguenza agisce in modo peculiare proprio con riguardo all'evoluzione della terminologia corrente nell'età del diritto comune. *Interpretatio*, infatti, è ben lungi dall'esaurirsi nell'*extensio de similibus ad similia*; su questo termine si innesta un processo, di probabile risalenza aristotelica, che lo porta a racchiudere un significato di *expositio* (Rogerio); di *aperta significationis uerbi expressio* (Azzone e poi, per esempio,

Alberico); lo porta ad essere reso con *apertius dicere* (Alberico). Tuttavia questa complicazione dello spettro semantico di *interpretatio* non solo non va a detrimento del suo significato legale, ma interagisce con quest'ultimo che ne resta almeno in parte assorbito. Vale a dire che quando anche i giuristi di diritto comune parlano di *expositio*, *expressio*, *declaratio* e così via hanno dinanzi agli occhi sempre un *exponere*, un *exprimere*, un *declarare*, un *aperte dicere* tecnicamente connotati e funzionali alla determinazione della norma da applicare a tutte le fattispecie sociali che partecipano della *eadem utilitas* che viene perseguita riguardo alla fattispecie espressamente nominata dal testo di una legge. Se questo è vero, tuttavia, è vero anche che l'accezione di *interpretatio* come *expositio* non avviene in modo da lasciarne indenne lo spettro semantico.

Azzone stesso sembra avere una certa consapevolezza di ciò quando afferma che «verbum interpretandi generale est, pertinens ad omnia predicta», ossia «interpretando, corrigendo, arctando et prorogando». «Generale» non vale 'generico', ma identifica un *genus*. La conseguenza di ciò (ed è quanto risulta da questo stesso passo azzoniano) è che nemmeno quando è intesa come «uocabuli significationem aperte exprimere», accezione che pure concorre a descrivere un aspetto della prassi del *princeps* configurato come *interpres*, seguito nella sua funzione di *interpres*, *interpretatio* si riduce ad una funzione esplicativa.

In realtà è la prospettiva stessa dalla quale devono essere osservate queste fonti che ne viene capovolta, purché si assuma un punto di vista sgombro da pregiudizi: dai pregiudizi, in particolare, derivanti dalla accezione moderna di 'interpretazione'. Non è il significato di *extensio de similibus ad similia*, ad essere derivazione, specificazione tecnica d'un termine che nel linguaggio comune risulti portatore d'un generico significato di 'esposizione'; *interpretatio*, nemmeno nel linguaggio comune attiene al conoscere, bensì piuttosto al fare: non si deve dimenticare come *interpretatio* significhi, per esempio nello stesso Isidoro, precipuamente 'tradurre' 'trasferre'. Al contrario, e, come testimonieranno Dino Compagni e assai più tardi perfino il Guicciardini, questa idea di traslazione, che nel linguaggio giuridico viene egregiamente espressa dal sintagma '*procedere de similibus ad similia*' costituisce il significato principale; sicché anche quando *interpretari* è reso con *exponere* - e soprattutto quando ciò accade in testi giuridici - non si vuol designare una mera attività conoscitiva, bensì una prassi,

ancora una volta una funzione in armonia con il *procedere ad similia*, che ne costituisce il significato primario.

Se si ha la pazienza di seguire Azzone, di ripercorrere, guidati dalla sua acuta analisi, gli esempi che egli adduce a sostegno della sua esegesi del significato di *interpretatio*, ciò risulterà non solo persuasivo, ma di chiarezza cristallina.

E' la *Materia* premessa alla *Summa Codicis* di Azzone, la *sedes materiae* di questi ragionamenti. Qui il giurista si dedica alla spiegazione di *interpretatio*, intesa come *uocabuli significationem aperte exprimere*: questa non consiste semplicemente nell'esposizione del significato di una parola, ma si risolve, nell'esempio azzoniano, in perfetta concordanza con quella nozione legale e unitaria di *interpretatio* introdotta dal Digesto, in un episodio di determinazione dello spettro normativo della parola «alienatio», con la sua estensione a ricomprendere «*omnis actus, per quem dominium transfertur*». Oltremodo interessante è constatare come anche le specificazioni di *interpretatio*, che Azzone prende analiticamente in esame non urtano con tale nozione legale, ma semmai la confermano come nozione unitaria di *extensio*. Così la *correctio* del senatoconsulto Orfiziano compiuta dal legislatore, che il testo di D.38,17,1,6 designa senza altra specificazione come *interpretatio*, consiste in realtà proprio nell'estensione di quel senatoconsulto ad una fattispecie che questo non comprendeva.

Quella stessa *correctio* che, nell'esemplificazione addotta da Azzone, si realizza nell'*abrogatio* della *lex Fufia Caninia*, è configurata dal giurista bolognese come *interpretatio*. L'eliminazione della *lex Fufia Caninia*, infatti, si ottiene con l'estensione alle *manumissioni mortis causa*, della disciplina delle *manumissioni inter uiuos*. Il testo di C.7,3 un., più ancora di quello di Inst.1,7, che Azzone qui allega, dà ragione di ciò e permette di escludere che qui ci si trovi dinanzi ad una sorta di artificio logico da parte del glossatore. Anzi, va sottolineata la finissima analisi sintattico-semantica della struttura della norma giustinianea che evidentemente sta alla base della conclusione azzoniana. E' la stessa costituzione di C.7,3 un. che costruisce quasi come una conseguenza dell'estensione alle *manumissioni mortis causa* della disciplina delle *manumissioni inter uiuos* l'abrogazione della legge Fufia Caninia: «[...] ad exemplum inter uiuos libertatum indistincte ualere censemur, lege Fufia Caninia de cetero cessante nec impediende [...]». Qui il *censere* cade positivamente sull'estensione - «ad exemplum [...] ualere censemur» - e relega in un ablativo assoluto,

con funzione residuale di conseguenza logica, l'effetto della non ulteriore operatività della *lex*.

Da questi esempi risulta come la stessa attività del *princeps* sul diritto vigente (lo *ius constitutum* nella terminologia dei glossatori) non è configurata in modo tale da essere ricompresa tutta nel *condere legem*, ma, proprio quando ha per oggetto il materiale precettivo esistente, è costruita come determinazione della norma che regge una situazione giuridica: non l'*abrogatio* della *lex Fufia Caninia* è la causa -in senso tecnico prima ancora che in senso logico- d'una disciplina più favorevole alla *libertas* dei servi; la mera abrogazione di quella legge, nella concezione dei rapporti tra norme temporalmente distinte che sottende tutto questo ragionamento, non produce l'effetto di conseguire una disciplina di miglior favore, ma semplicemente porterebbe la conseguenza dell'eliminazione d'un mezzo per la manumissione *mortis causa* dei servi, ancorché condizionato. Il *fauor libertatis* in tanto si impone in questa materia in quanto si realizzi in una disciplina incondizionata delle manumissioni, che non distingua tra quelle per causa di morte e quelle tra vivi. Per ottenere questo risultato non basta l'eliminazione di una norma che disciplini un mezzo condizionato di manumissione: è indispensabile che questa eliminazione sia contestuale alla posizione d'una norma che equipari le due specie di manumissione. Quello che emerge, dunque, non è l'abrogazione, bensì l'estensione, che costituisce la verace causa di C.7,3 un. che instaura un processo volto a realizzare il *fauor libertatis*; la quale causa produce, tra gli altri, l'effetto dell'abrogazione. Ecco dunque che la costituzione di Giustiniano non consiste nella posizione di una nuova norma -quella abrogativa-, ma nella determinazione della norma, tra quelle esistenti, che è estesa a disciplinare, *ad exemplum* di ciò che già accade *inter uiuos*, le *seruorum libertates in testamento relictæ*. La qualità di questa *interpretatio*, in quanto promanante dal *princeps*, produce effetti permanenti e definitivi. L'*interpretatio principis*, infatti, come ben sapete, è *necessaria et generalis*. Come tale essa dispiega gli effetti propri del precetto: essi non sono circoscritti ad un caso specifico, ma riguardano la generalità dei sudditi; inoltre questa *interpretatio* è cogente per i medesimi. Questi connotati, però, non mettono in ombra la natura onerosa dell'attività del *princeps* quando questa insiste sul diritto vigente: se egli intende che da un certo momento in poi si applichi una disciplina più favorevole alla *libertas* degli schiavi (e in ciò si esplica, ma anche si consuma la sua *uoluntas*) e non intende disciplinare *ex nouo* la

materia, non può far altro che -*necessarium est*- individuare, tra quelle esistenti che disciplinano fattispecie simili, la norma da applicare alla fattispecie considerata ed estenderne l'efficacia. La *necessitas* che guida tutta questa attività di *interpretatio* posta in essere dal *princeps*, si riflette giuridicamente sugli effetti: primo fra tutti quello della impossibilità legale, giuridica al sottrarsi. Tale impossibilità, con terminologia più agile e concludente, si designa come cogenza. L'ulteriore effetto, altrettanto cogente, dell'abrogazione di una eventuale norma confliggente seguirà. Esso è costruito, formalmente come un effetto dialettico -non logico, quindi non conoscitivo. Questa dialettica, però, rimane tutta interna all'esperienza, un'esperienza che, in quanto giuridica, in quanto si articola, tra l'altro in precetti, può tradursi, con riferimento all'*interpretatio principis*, con un termine specifico, appunto con cogenza.

Questa configurazione dell'attività del *princeps* (che probabilmente è tutta opera autenticamente originale della scuola bolognese), costituisce una preziosissima testimonianza delle concezioni che sorreggono i rapporti delle norme nell'esperienza di diritto comune. Certamente è il frutto della piena consapevolezza con la quale le generazioni di giuristi che studiarono e lavorarono a Bologna affrontarono l'estrema complessità strutturale e sostanziale del testo della compilazione giustiniana. Così, che episodi diversi tra di loro, qual è quello, or ora studiato di Inst.1,7 e C.7,3 un. non risultano configurati allo stesso modo di quello, per esempio, di C.7,5, che consiste in una abrogazione secca della norma che regge una figura giuridica, quale la *libertas dediticia*. D'altronde che, sul piano strutturale, se non su quello fenomenico, differenza vi sia tra i due provvedimenti abrogativi non è difficile vedere, né è invenzione dei glossatori: diverse sono sicuramente le rispettive *causae legis*. Interessante è l'aver constatato come la giurisprudenza bolognese ha configurato la fattispecie più complessa; interessante è constatare in che modo questa configurazione incida sulla nozione di *interpretatio*.

4. Da quanto si è fin qui detto, risulta che l'*interpretatio*, configurata come *genus*, nella teorizzazione della scuola di Bologna -in accordo con la nozione legale contenuta nel Digesto- non è eminentemente diretta a risolvere un eventuale problema delle lacune dell'ordinamento. L'*extensio de similibus ad similia* servirà anche all'integrazione e all'autoadeguamento dell'ordinamento al mutare delle situazioni storiche, ma non è questa la sua funzione principale.

(Inoltre forse si può affermare che il testo del *Corpus legum* non è nella storia, non è storico, ma semplicemente esiste, e in quanto tale è, per dirla volgarmente, sempre attuale. Ma questo è il necessario atteggiamento di qualsiasi giurista.). La funzione dell'*interpretatio*, infatti è configurata come strutturale alla esistenza dell'ordinamento in quanto tale. La testimonianza più cospicua è data dal modo con il quale è configurata l'attività del *princeps* che insista *super iure approbato* che ho appena descritto.

La determinazione della disciplina da applicare al fondo dotale (ossia quella dettata dalla *lex Iulia*, in base all'estensione del divieto di alienazione a tutti gli atti di trasferimento del *dominium*) [AZONIS *Summa Codicis*, col.3 n.3s.; l'*interpretatio* della parola *alienatio*, con riferimento alla *lex Iulia*, consistente nella sua *extensio* a qualsiasi atto di trasferimento del dominio è in C.5,23,1. V. anche AZONIS *Summa Codicis* a C.5,23, col.513 n.10], o a colui che «operas suas ut cum bestiis pugnaret locauit», ovvero che «rei capitalis damnatus neque restitutus est» (ossia il senatoconsulto Orfiziano, in forza del quale questi erano ammessi alla successione materna, in quanto loro era estesa la qualità di *fili in potestate matris*) [AZONIS *Summa Codicis*, col.3 n.3s.; D.38,17,1,6 contiene l'*interpretatio* del senatoconsulto Orfiziano in base all'considerazione, secondo la quale «idem erit dicendum et si hic filius in eius sit potestate, qui in causa supra scripta sit»] o, infine, per rimanere agli esempi sopra analizzati, alle manumissioni per causa di morte (alle quali viene estesa la disciplina delle manumissioni *inter uiuos*) non serve a colmare una lacuna. Nei due ultimi casi, al contrario, una disciplina delle fattispecie considerate esiste e l'*interpretatio* è dispiegata al fine di superarla.

Nemmeno nel primo dei due casi l'*interpretatio* di *alienatio* nel senso riportato nel testo di C.5,23,1 ha la funzione di colmare alcunché. Anche qui una disciplina del fondo dotale esiste: è quella dettata dalla *lex Iulia*; la funzione dell'*interpretatio*, qui, è indirizzata a determinarne l'effettiva ampiezza. Donde si vede bene quale sia il vero senso da attribuire alla nozione di *interpretari*, intesa come *uocabuli significationem aperte exprimere*, o anche più sinteticamente, di *declaratio*. Queste definizioni, se non si leggono in modo che risultino giuridicamente sensate, subiscono un irreparabile fraintendimento.

La *significatio* cui si riferisce esplicitamente il glossatore non deve essere artificiosamente astratta da un contesto funzionale: in tanto è *significatio* in quanto il *significatum* cui si perviene è una

norma. Solo questa *significatio* si trova in perfetta continuità con la norma di D.1,3,12 e 13; ma in tale continuità deve sorreggere ogni ulteriore passaggio argomentativo. Riferimenti all'altro rispetto alla funzione individuata da D.1,3,12 e 13, tale da collocare il procedimento disciplinato da quei frammenti del Digesto e descritto dall'esempio di C.5,23,1 su di un terreno metagiuridico non serve né a comprendere con sufficiente approssimazione cosa sia *interpretatio* nell'esperienza di diritto comune, né, di conseguenza, a studiare il sostrato materiale e ideologico che per ipotesi sostiene questa figura.

La continuità con D.1,3,12 e 13, alla quale non si può rinunciare, impone una lettura del processo che perviene alla *aperta significatio* del *uerbum legis* che sia rispettosa di senso giuridico. Il quale suggerisce di non dedicarsi a letture naturalistiche o pregiuridiche di tale processo, ma di considerare tale *significatio* come il risultato d'un procedimento che carichi di sistematicità la determinazione di tal *significatio*. Il *significatum*, cui si perverrà, quindi, non sarà casuale o arbitrario, quasi un frutto della fantasia dell'interprete o, almeno, una conseguenza d'un suo atto di volontà libera e imperativa. La circostanza che l'*interpretatio principis*, poi, sia non solo *generalis*, ma anche *necessaria*, rafforza questo discorso: *necessarium* proprio a *uoluntarium* si oppone, come del resto risulta, per esempio, da AZONIS *Summa Codicis ad C.5,23 col.513 n.7*, dove viene contrapposta una *alienatio ex necessitate* alla *alienatio ex uoluntate*.

Il *significatum* cui si perviene risulta rigorosamente aderente al sistema, dotato di oggettività sia quanto alla sua formulazione finale, sia quanto al percorso *-de similibus ad similia-* che si è compiuto. Questo percorso perviene a determinare un *significatum* di *alienatio* disteso a ricomprendere tutti gli atti che in qualche misura incidano nell'effettiva consistenza del *dominium*: a tutti questi atti si applica il divieto di alienazione sancito dalla *lex Iulia*. Ad un'*interpretatio* della nozione giuridica di *alienatio*, che varrebbe come *interpretatio* della *lex Iulia* soltanto agli atti di trasferimento del dominio, se la lettura del testo di C.5,23,1 fosse eseguita astraendo da ogni altro dato normativo che possa essere riferito a quella costituzione, la stessa scuola di Bologna aggiunge un'estensione, tale da ricomprendervi sia fatti di acquisizione del *dominium* (qual è l'usucapione) configurati come effetto di atti, sia propriamente atti di costituzione di un diritto reale su cosa altrui: «Et uerbum *alienationis* large est accipiendum pro quolibet actu, quo transfertur dominium

[...]. Item largius pro quolibet actu quo constituit alteri ius in re [...]. Vsucapio ergo uel prescriptio continentur nomine alienationis. Quod tamen sic exaudi, ut inchoari non possit usucapio fundi postquam cepit esse dotalis. Si autem fuerit inchoata prius, poterit perfici postea» [AZONIS *Summa Codicis* a C.5,23, col.513 n.10].

La logica di tutto ciò, però, non è astratta né formalistica; essa, infatti, ha tra i suoi postulati il tessuto normativo esistente. La stessa costituzione del Codice che porge l'ampia nozione di *alienatio* è coerente con una medesima impostazione sulla materia, così come tramandata dal *Corpus iuris*. E', ancora una volta Azzone stesso a darne testimonianza, quando in aggiunta a C.5,23,1, allega D.50,16,67 a sostegno dell'estensione *largia*. D'altra parte l'ulteriore ampliamento della nozione -«item largius»- gode del conforto d'una norma, quale quella di C.4,51,7 -una costituzione dello stesso Giustiniano-, la quale effettivamente autorizza l'imposizione d'un divieto di amplissimo spettro, comprensivo di ogni atto di costituzione di diritto reale su cosa altrui, quale l'usufrutto o la servitù. Del resto non si può dubitare del fatto che la *ratio* di tale disciplina non consista nel distinguere tra i vari atti di disposizione del *dominium*, quanto nell'assicurare una protezione legale con riguardo a determinati beni; questa protezione consiste nell'impedire l'uscita dal patrimonio dei soggetti a favore del quale la protezione è approntata.

Del resto nella *Lectura Codicis*, anch'essa circolante sotto il nome di Azzone, l'esposizione trova una maggiore articolazione problematica e rende ragione della soluzione accolta nella glossa accursiana su questo punto, soluzione che si pone in palese discontinuità esegetica con la *Summa*.

Proprio la nozione ampliata -«largius», nella *Summa*- di *alienatio* introdotta da C.4,51,7 sembra, infatti, confliggere con quella contenuta in C.5,23,1: «[...] Ei autem quod hic dicitur -«est autem alienatio» etc.- assignatur contra(rum), supra de rebus alienis non alienandis l. ult. [C.4,51,7]. Vnde quidam dixerunt quod hoc debet legi conuersiue, ut ponatur hoc quod est ex parte predicati, ex parte subiecti. [3.] Sic omnis actus per quem dominium transfertur est alienatio, non autem econuerso est intelligendum: quod scilicet alienatio sit omnis actus, et solus, per quem dominium transfertur. Vel dic, quod ibi [C.4,51,7] dicitur aliquid alienatum, quamuis dominium non transferatur, ex interpretatione precedentium. [4] Sicut et interpretantur quandoque quod sub masculino comprehendatur femininum, non autem masculinum est femininum,

et ita improprie sumitur alienatio; hic [C.5,23,1] autem proprie, ut D. de uerborum significatione (l.) alienationis [D.50,16,28]» [AZONIS *Lectura super Codicem*, Parisiis, 1577 (anast. Torino, 1966) a C.5,23,1, p.412. L'allegazione finale di D.50,16,28, invece di D.50,16,67, che troviamo nella *Summa*, come s'è visto sopra, sembra, a prima vista più congruente con il contenuto dell'esegesi qui svolta; sembra perfino più coerente con il ragionamento della *Summa*, che non con quello della *Lectura*, tanto che non mi sembrerebbe ardito avanzare la congettura d'un disturbo nella tradizione della *Summa*; del resto entrambi i frammenti iniziano con la stessa parola, anche se flessa in modo diverso].

La *conuersio* della *littera*, come la designerà Accursio, che, a detta di Azzone, alcuni preferiscono, diviene il pernio dell'esegesi accursiana: «Bene dicit non posse alienari: «est autem» etc., et conuerte literam, idest: omnis actio per quam dominium transfertur est alienatio, etc., sic D. de statu liberis (l.) a ceteris seruis § i. in fine [D.40,7,29,1]; quandoque etiam largius dicitur alienatio ut obligatio, ut supra de re alienis non alienandis l. fi. [C.4,51,7] et Extra de rebus ecclesie non alienandis c. nulli item [X.3,13,5]; uidetur contra supra de usufructu l. interest [C.3,33,6]; solutio: ibi uera fuit estimatio illo ultima causa et estimatione reddenda quantum obligatio; item contra, infra de seruo pignori dato manumisso l. i. [C.7,8,1]. Solutio: speciale est in libertate et facit supra de iure dotium (l.) quotiens [C.5,12,5] et D. de iure dotium (l.) cum in fundo [D.23,3,78] et Inst. quibus alienare non liceat in prin. [Inst.2,8 pr.]».

La *conuersio* della *littera* si risolve dunque nell'*interpretatio* della *lex Iulia* distesa al punto di ricomprendere anche *actus*, come la costituzione di usufrutto, che propriamente non alienano il *dominium*, ma che, in forza del disposto di C.4,51,7 sono vietati; ciò non sembra contrastare con la definizione di *alienatio* data dalla *lex Iulia*, una volta che si assuma che questa, nel definire *alienatio* ogni atto per mezzo del quale si trasferisce il *dominium*, non esaurisce la fenomenia; da questa definizione non discende che *alienatio* sia ogni atto per mezzo del quale si trasferisce il *dominium* e soltanto questo: anche atti diversi dal trasferimento del *dominium* possono essere *alienationes*, come è sancito da C.4,51,7. *Alienatio*, dunque, in una visione sistematica, può essere anche un atto di disposizione tale da incidere sulla consistenza degli *iura* che sono contenuti nel *dominium*, quindi anche quelli indicati da C.4,51,7,

ossia gli atti di costituzione di usufrutto: anche questi ricadono sotto il divieto della *lex Iulia*.

Il *significatum* del *uerbum 'alienatio'* che si raggiunge una volta che sia stata fatta la *conuersio* della *littera*, non ha alcuna rilevanza linguistica, il suo oggetto appartiene interamente all'esperienza giuridica e in tale ambito ha il senso della tensione al sistema: l'*aperte significationem exprimere* si risolve nell'estensione di *alienatio* a tutti gli atti di disposizione che incidano sul contenuto del *dominium*, ivi compresi quelli quali il non uso, che determina l'usucapione, e soprattutto gli atti di costituzione di *ius in re aliena*, ossia quelli indicati da C.4,51,7.

Si può tranquillamente affermare che l'argomentare che richiede la *conuersio*, se possibile, enfatizza l'uso dell'*interpretatio* di *alienatio* come estensione a tutti gli atti che incidono sul *dominium*, sebbene non lo trasferiscano, vale a dire tutti gli atti di diminuzione patrimoniale.

5. Abbiamo visto quale sia la nozione di *interpretari*, *interpretatio* consegnata ai glossatori da Giustiniano; abbiamo visto come questi giuristi l'abbiano anche rigorosamente recepita e adottata; certamente sarebbe interessante riesporre la teorizzazione bolognese riguardante la diversa efficacia di *interpretatio* a seconda del soggetto che la esegue. Sono costretto, per ovvie ragioni, qui soltanto ad evocarla, senza omettere di dire, tuttavia, che essa, una volta che si accolga la prospettiva qui proposta, assume un significato e una rilevanza più concreti. Questa teorizzazione, tutta la teorizzazione dell'*interpretatio* elaborata nello *Studium*, così come ci è testimoniata da Azzone, al quale mi sono riferito come ad un esempio cospicuo, ma pur sempre un esempio tra i tanti, costituisce patrimonio dell'esperienza giuridica dell'età di diritto comune sostanzialmente invariato. Certamente gli innesti di natura ideologica, connessi con il ruolo che svolse la giurisprudenza nella vita sociale e perfino politica dei secoli nei quali si svolse l'età di diritto comune, così ampiamente e accuratamente studiati dallo Sbriccoli, possono aver arricchito una problematica così delicata, ma non ne hanno mutato le caratteristiche strutturali. Lo Sbriccoli stesso, con la consueta acutezza, notava come nella terminologia dei giuristi di diritto comune *interpretatio* designasse essenzialmente *extensio*. Basta leggere nel senso da me proposto il materiale testuale che egli usa per rendersene conto. D'altro canto di ciò è testimone il *Dictionarium* di Alberico da Rosate. La posizione

cronologicamente centrale nella storia della giurisprudenza di diritto comune di questa singolare figura di giurista dagli interessi spiccatamente volti al pratico può forse costituire qui, per ora e in via di prmissima approssimazione un dato di certezza di quanto sono venuto dicendo.

6. Una semantica di *interpretatio*, quale quella che vado qui svolgendo non sarebbe completa se non acquisisse dati, oltre che dal testo della compilazione giustiniana, oltre che dall'opera dei giuristi, anche da quell'altra grande fonte di precetti che fu la legislazione statutaria. Alla formazione della quale, peraltro, come tutti sanno, proprio i giuristi di diritto comune non furono estranei. Direi, anzi, che l'analisi della legislazione statutaria in tanto si giustifica in quanto costituisce la riprova dell'uso d'una terminologia non in un ambiente estraneo a quello per così dire della scuola, ma nella continuazione della scuola nella vita. Intendo dire, e proprio la figura di un Alberico sta a dimostrarlo, che la formazione dello statuto è tanto fortemente tributaria del lavoro dei giuristi in quanto commentatori del testo del *Corpus legum* da rischiare l'inutilità un'indagine che se ne avvalga a mo' di complemento di quanto si è venuto indagando nei testi della giurisprudenza di diritto comune; se non fosse che essa, proprio per questa circolarità di esperienze, che il concetto di *ius commune* unifica a sistema, costituisce la cartina di tornasole di quanto si è venuto indagando fin qui.

Del resto in questi testi l'*interpretatio* non è teorizzata ovviamente non lo è soltanto nemmeno nell'opera esegetica dei giuristi- ma è, per così dire, applicata e di nuovo disciplinata.

Innanzi tutto bisogna premettere che se non si esce da un'ottica moderna di interpretazione, se non si rinuncia a tradurre *interpretatio* dei testi statuari, con 'interpretazione', così come sembra, per esempio, sarcasticamente disciplinata dal primo comma dell'art.12 delle *Disposizioni sulla legge in generale* del codice civile italiano vigente, difficilmente si riesce a capire la funzione e il significato stesso delle norme statutarie in proposito. Non è forse inutile ricordare che *interpretatio*, nella sua accezione originaria è oggetto di disciplina da parte del *Corpus iuris* in quanto essa è funzione riguardante la struttura della lettura del testo della legge; ma la lettura di un testo di legge non è, come risulta proprio dal fatto che esistono norme in proposito, una lettura libera: non lo è per motivi generali e non lo è per motivi formali. Non lo è generalmente poiché nessuno legge un testo normativo al solo scopo di arricchire la sua

cultura; la lettura di un testo normativo è sempre funzionale alla determinazione della disciplina di fattispecie sociali, di fatti dell'esperienza associata; perciò l'ordinamento, e questo è il vincolo formale, impone precise regole alle quali deve sottostare questa lettura, regole che hanno la funzione di disciplinare il procedimento attraverso il quale si perviene alla determinazione della norma da applicare alle diverse fattispecie sociali, ai fatti dell'esperienza associata. Alla necessità di porre queste regole non si sottrasse Giustiniano; a tale necessità non si sottrae il legislatore statutario. Tra il primo e i secondi, però, intercorre una differenza che riproduce la diversità di struttura tra la norma che sta nella compilazione e la norma che sta nello statuto. Come quella è norma di *ius commune* e questa di *ius proprium* -e, beninteso, non si dà *ius proprium* senza *ius commune*- così le norme che disciplinano la lettura dello statuto in tanto possono essere in grado di funzionare in quanto rispecchino il rapporto tra *ius commune* e *ius proprium*.

Non mi addentrerò qui, anche perché non è rilevante rispetto a questo discorso, che troverete ben ampiamente sviluppato da altri, nella tematica della legittimità e dei fondamenti della legittimità della legislazione statutaria. Date per scontate queste, una cosa certamente risulta da tutto il complesso di fonti relative all'esperienza di diritto comune, vista anche nella sua specificazione di esperienza di diritto particolare: la funzione derogatoria dello *ius statutarium* rispetto allo *ius commune*. Basta leggere anche testi statuari del XIII secolo per vedere come questi non solo non rinuncino a disciplinare istituti di *ius civile* -oltre che gli aspetti pubblici e organizzativi del comune-, ma, al contrario siano ricchi di norme in materia tutelare (certamente un istituto dai forti colori pubblicistici), in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi, in materia successoria, in materia possessoria. Addirittura, proprio in materia possessoria, il *Costituto dei consoli del placito* di Siena dichiara abrogata la costituzione di C.8,4,7 [cap.29 *De possessionibus inuasis*, p.29 dell'edizione dello Zdekauer; riprodotto nel *Costituto volgarizzato*, dist. II, cap.309; non mi è invece riuscito di trovarlo nel *Costituto* del 1262]. Se non ci si lascia suggestionare da una terminologia -«abrogata constitutione romana»; «tolta via la legge romana»- anch'essa bisognosa di adeguata analisi semantica (è vero che *abrogare* si traduce bene con *togliere via*, infatti vale *auferre*; ma è altrettanto vero che *derogare* vale per *unam partem legi detrahare* [ISIDORI *Etymologiae*, II, 10, 1ss.; V, 3, 2ss. *La Glossa di Poppi* nonché il trattatello *de uerbis quibusdam legalibus*, 2], e dunque non c'è

corrispondenza tra questi diversi termini e i concetti espressi dai medesimi termini nell'esperienza giuridica corrente oggi. L'*abrogatio* del testo senese, dunque, ha senso propriamente solo nel sistema nel quale è menzionata e dunque vale, spero che mi perdonerà questa ovvietà, solo con riferimento all'ordinamento particolare senese: noi diciamo meglio, tutto ciò, con la parola *deroga*, con la quale s'intende il fenomeno per cui rimane inalterata la legge derogata, solo che essa non dispiega la sua efficacia fin tanto che esiste il precetto derogante.

Questo così sbrigativamente mostrato è il rapporto tra le norme di *ius commune* e di *ius proprium* in generale; questo rapporto, evidentemente, è riprodotto anche con rispetto alle norme su norme: esse in tanto saranno dettate dallo statuto in quanto l'ordinamento cittadino non intende che una parte della propria legislazione -oppure tutta la sua legislazione- venga letta secondo la disciplina sancita dallo *ius commune* per la lettura dei testi normativi. In particolare, posto che sia stato da me dimostrato come sia strutturale, come sia regola generale secondo lo *ius commune*, *procedere ad similia* per mezzo dell'*interpretatio*, in modo da estendere a tutti i *cetera* non espressamente enumerati da un testo di legge la disciplina da questa introdotta, ne deriva che tutte le volte in cui una norma statutaria introduce un divieto di *interpretatio* intende derogare da quella regola generale; sicché la legge per la quale è sancito nello statuto tale divieto di *interpretatio* non può essere estesa a tutti i casi che abbiano una *eadem utilitas* con il caso espressamente disciplinato, che sono *cetera*, secondo la regola generale.

Solo se le leggiamo in questo modo, allora, queste norme statuarie sulla *interpretatio* ci appaiono estremamente più sensate e più feconde di conseguenze giuridiche, che non caricandole di intensissimi significati ideologici, per così dire antiscolastici. Non la diffidenza per i giuristi, visti quali ancipiti callidi manipolatori di norme, ma tuttavia necessari mediatori di sapere, bensì una precisa idea di politica legislativa deve essere posta alla base di tali norme. Le quali, talvolta, poi realizzano un generale divieto che fa da corollario alla regola dell'*interpretatio*, quale ho sopra individuato: quello, secondo il quale non si dà *interpretatio* di una norma *singulare*, dello *ius speciale*, del *privilegium*, ossia di quel precetto, la cui legittimità si fonda sull'*auctoritas constituentium*, da questa posto nel perseguimento di una *utilitas* determinata -una *aliqua utilitas*-, ma che cozza contro il *tenor rationis* -ricordate la definizione di D.1,3,16? Ebbene, un precetto di *ius singulare*, per

insegnamento costante, non lo si può mai *producere ad consequentias*, non è suscettibile di *interpretatio*. Non per caso, del resto, D.1,3,16 è collocato immediatamente dopo quei frammenti che introducono la *extensio ad similia*: sancita la regola dell'*interpretatio*, il legislatore imperiale ne definisce i limiti. In certo senso tutto il complesso dei cinque frammenti dal 12 al 16 del titolo *de legibus* del Digesto è la autentica miniera di materiale normativo che, dotato com'è anche d'ingente forza teoretica, concorre alla edificazione della figura dell'*interpretatio*. Unitariamente, del resto, viene letto per esempio nell'apparato accursiano; ne dà testimonianza una glossa collocata sulle parole *quod uero* di D.1,3,14: «hanc [legem] continua cum duabus superioribus legibus: bene dico statutum esse producendum de similibus ad similia, uerumtamen quod contra etc. [D.1,3,14]».

Dunque ogni norma è suscettibile di *interpretatio* («bene dico statutum esse producendum de similibus ad similia») ammenoché essa non costituisca una deroga alla *ratio iuris* («uerumtamen quod contra etc.»). Purtroppo non disponiamo di una semantica della parola *statutum* sulla quale poter fare affidamento e non è questa la sede per affrontarla. D'altro canto l'interrogativo se la parola *statutum* contenuta nella glossa accursiana sopra citata includa o no la fenomenia legislativa cittadina è irrilevante. *Statutum* qui, infatti, identifica un *genus*: quello del precetto. Si potrebbe tradurre con la parola 'disposto', ossia il contenuto precettivo, la norma statutiva. Poco più sotto Accursio, nella gl. *ut de feudis* a D.1,3,32, la riprenderà, per identificare il precetto di una consuetudine: «[...] statutum est in consuetudine feudi[...]». Sarebbe ardito, dunque, affermare che nella glossa accursiana sopra riportata *statutum* abbia come referente diretto il prodotto della legislazione comunale. Del resto non ne vedo la necessità.

Il concetto fondamentale che ne viene coinvolto è quello di *regula* e non potrebbe essere altrimenti. In fondo tutta l'*interpretatio* costituisce il procedimento finalizzato all'individuazione e alla *productio ad similia* della *regula*, vale a dire all'applicazione di tale *regula* a tutto il suo spettro potenziale, a tutte le fattispecie alle quali va estesa. In tal modo diviene teoricamente più rigoroso sia il problema della completezza dell'ordinamento, sia lo strumentario per raggiungere la determinazione della norma da applicare. Intorno alla *regula iuris* è infine imperniata la stessa disciplina dello *ius singulare* contenuta in D.1,3,14, 15 e 16. Ma non mi soffermerò ulteriormente su questo punto se non per segnalare l'organicità della

disciplina costruita dai glossatori: lo *ius singulare*, qual è appunto quello posto, «propter aliquam utilitatem contra tenorem rationis iuris», non è suscettibile di *interpretatio*: esso si legittima proprio in quanto costituisce la realizzazione di una *aliqua utilitas*, la cui competenza è riservata alla *auctoritas constituentium*, secondo quanto è detto appunto in D.1,3,16. La sua *uis* interrompe l'*aequitas* e trova fondamento nel perseguimento di un *fauor* o di un *odium*, che pur possono trovare realizzazione nella formalizzazione di una norma in quanto siano sorretti appunto da una competente *auctoritas* consapevole; è specificamente questa stessa *uis legis* che cessa al mutare della precisa fattispecie per la quale il precetto di *ius singulare* fu introdotto. La sua *uis* non genera una *regula*, il cui *exemplum* permette di estendere una disciplina da un *negotium* ad un altro, ma ha un'efficacia istantanea; la sua esistenza si consuma nella realizzazione della fattispecie disciplinata. Oggi useremmo il termine 'provvedimento'.

In realtà, proprio per la caratterizzazione fortemente autoritativa di certi precetti, per i quali c'è come un'intensificazione di potere concentrato ad ottenere un preciso risultato, ammetterne l'*extensio* varrebbe come ammettere che l'*auctoritas* che li sostiene possa essere distribuita a soggetti diversi da quelli che istituzionalmente ne sono titolari. Come l'*auctoritas* si consuma nell'individualità del precetto singolare, così essa non può essere riprodotta per via di similitudine da alcun altro soggetto che non sia il titolare del potere di adottare quel tipo di provvedimenti; ma questi, quando emana tali precetti, di nuovo deve far uso della sua *auctoritas* e non avvalersi di quella, ormai consumata, che sorregge un precetto simile. Due ragioni, dunque, sostengono un tal divieto di *interpretatio*: l'una di natura strutturale alla norma, che, in quanto dettata ad un tempo *propter aliquam utilitatem* e *contra tenorem rationis*, non permette di individuare una identità di *utilitas* e di basarsi su di una *ratio similis*, che per definizione non esiste, per poter essere estesa a fattispecie diverse da quella dedotta nel disposto precettivo; l'altra ragione è strutturale alla distribuzione delle *potestates* tra i diversi soggetti dell'ordinamento: ammettere l'*interpretatio* di una norma di *ius singulare*, significa ammettere che quella *auctoritas constituentis* che la sorregge sia trasferibile sull'interprete, poniamo sul giudice, che in tal modo diverrebbe a sua volta legislatore. Ma non c'è giuramento di ufficiale comunale che non contenga l'impegno ad astenersi dal compiere atti motivati dall'*amor*, dal *fauor* o dall'*odium*; dal *pretium* o dalle *preces* di

qualcuno (e questa concordanza lessicale col Digesto non sembra casuale, anzi i testi statuari hanno per lo più l'apparenza d'un mosaico composto con materiale tratto dal *Corpus legum*): non solo, dunque una generica interdizione morale, ma un sistematico formale divieto giuridico a farsi legislatore, ad usurpare poteri che non gli sono attribuiti, impedisce al giudice di porre in essere atti che trovino in una *utilitas* particolare la loro giustificazione (v. in tal senso, lo Statuto di Bologna del 1288 citato più oltre).

7. Un riscontro davvero significativo, è in un testo apparentemente estraneo al circuito *ius civile-ius proprium*. Le costituzioni 57 *De interpretandis priuilegiorum uerbis* e 58 *De eodem in fauorem episcoporum* del quarto Concilio Lateranense (1215). Quest'ultima costituzione esplicitamente consiste nell'*interpretatio*, intesa senz'altro come *extensio* ai vescovi della facoltà di celebrare talvolta gli uffici divini anche in un «commune terrae» che sia stato colpito da interdetto, purché ciò avvenga «ianuis clausis suppressa uoce, non pulsatis campanis» e con l'esclusione degli scomunicati e degli interdetti, a meno che (*nisi*) «hoc ipsum eis expresse fuerit interdictum». La glossa di Giovanni Teutonico, tra l'altro, aggiunge un'ulteriore testimonianza in tal senso: «interpretationem huius uerbi habes Extra iii. de uerbor. signif. Cum in partibus [X.5,40,17] [*Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum Commentariis glossatorum*, edidit A. GARCIA Y GARCIA, Città del Vaticano, 1981: *Ioannis Teutonici Apparatus*, p.264 n.58]. E infatti le Decretali di Gregorio IX citate da Giovanni estendono al *regnum* e alla *prouincia*, ma anche alla *uilla* e al *castrum* la portata della norma che impone la celebrazione degli uffici sacri a porte chiuse e in silenzio anche se «nil expresse dicatur».

La costituzione 57 *De interpretandis priuilegiorum uerbis*, per suo conto, si pone in perfetta sintonia con quanto ho rilevato sopra relativamente all'inesensibilità della norma speciale e commina gravissime pene a chi faccia opera di *interpretatio* dei *uerba priuilegii*. Giovanni Teutonico, nel suo *apparatus*, così chiosa, sul lemma *ut priuilegia - ne minus sane intellecta pertrahant abusum*: «Qui astute interpretatur priuilegium, infamis efficitur, ut C. de legibus et const. l.ii [C.1,14,2]»; qui la specificazione «astute interpretari» non deve trarre in inganno: basterà leggere attentamente C.1,14,2 per capire che l'*interpretari priuilegium* è di per sé un *astute interpretari* (*astute interpretari*, recita infatti il Codice, non

interpretari astute) e non si dà un *interpretari priuilegium* lecito perché non callido. L'illecito si consuma col solo tentativo di estendere ad altre fattispecie il *priuilegium* («[...] notam infamiae subito eo, qui uel astute interpretari uoluerit uel [...]»).

8. Le norme statuarie in tema di *interpretatio*, dunque, a leggerle con la mente sgombra da pregiudizi, ci rivelano un contegno consapevole della natura derogatoria dello statuto rispetto alla disciplina di *ius commune*. Che questa consapevolezza rispecchi un corrispondente contegno della classe dirigente del comune o sia la traduzione di una altrettanto perspicua consapevolezza in tal senso dei giuristi che collaboravano normalmente all'andamento della vita giuridica del comune non è questo il luogo per indagare -del resto il saggio dello Sbriccoli si muove proprio, con la competenza e la ricchezza di analisi che tutti gli riconosciamo, su di un siffatto terreno e non ho ragioni per duplicarne le indagini. Quel che interessa è piuttosto vedere come in generale gli statuti del XIII-XIV secolo contenessero una norma che sanciva un generico divieto di *interpretatio*.

Citerò Siena: *Costituto dei consoli del placito*, cap.55: «Et super aliquo istorum capitulorum nullam admictam interpretationem [...]», riprodotto nel *Costituto volgarizzato*, dist.II, cap.335, p.553: «Et sopra alcuno di questi capitoli neuna interpretatione admettarò se non secondo che sempricamente scritti sono et volgarmente s'intendono, et in quelle cose le quali di sopra et di sotto si legono, neuna cosa menovare o vero agiongere, lassarò»; la norma è ripetuta, ma con portata generale, in dist.II, cap.256, p.498: «Et che neuna interpretatione s'admetta sopra alcuno capitolo del costoduto di Siena, ma secondo che sempricamente le parole giacciono et poste sono, così sempricamente s'intenda, senza alcuna interpretatione»; non sono riuscito a trovare questi capitoli nel *Costituto del 1262*, che, peraltro, contiene il cap.I,187 che sancisce il divieto di *interpretatio* della norma che inibisce al podestà e al giudice del comune di allontanarsi dalla città durante il mandato: «[...] Et nullam interpretationem super predictis admittam vel petam vel peti faciam ab aliqua persona eccliesiastica vel seculari [...]», che evidentemente vale come divieto di estensione delle limitatissime deroghe contenute nel medesimo capitolo; il capitolo è tradotto nel *Costituto volgarizzato*, cap.I,201: [...] Et neuna interpretatione sopra le predette cose admetta, o vero adimandi, o vero adimandare faccia, da alcuna persona ecclesiastica,

o vero secolare. Et li Nove non possano per alcuno modo, o vero ingegno, fare contra le predette cose, o vero alcuna di esse»; sempre a Siena il *Costituto dei consoli del placito* contiene una norma che vieta l'estensione alle cause penali e di natura fiscale del diritto di una parte in giudizio di richiedere il *consilium sapientis* (cap.85, p.58):«[...] Salvo et reservato et intellecto quod predicta uel aliquid predictorum non extendantur nel intelligantur nec locum habeant in malefitiis, nec in questionibus datiorum [...]», tradotto nel cap.II,365:«[...] Salvo et reservato et inteso che le predette cose o vero alcuna d'esse non si distenda né s'intendano né luogo abiano ne' malefici né ne le questioni de' dazi [...]».

Che i lemmi '*interpretari*', '*extendere*', '*interpretare*' e '*distendere*' debbano, in questo torno di anni, tradursi vicendevolmente ce lo testimonia Dino Compagni:«I maledetti giudici cominciarono a *interpretare* quelle leggi le quali aveano dettate messer Donato di messer Alberto Ristori, messer Ubertino dello Stroza e messer Baldo Aguglioni. E diceano che dove il malificio si dovea punire con effetto, lo *distendevano* in danno dello adversario» [D. COMPAGNI, *Cronica*, lib. I, § XII]. Ciò concorda pienamente con quanto risulta dalla comparazione del testo latino del costituito senese con il testo volgarizzato in epoca coeva alla *Cronica* fiorentina. Così Dino Compagni è per noi un ingenuo '*interprete*' - ingenuo, perché non giurista-, un mediatore tra il sistema semantico del volgare dei primi anni del XIV secolo (il Compagni muore nel 1324, e si ritiene che abbia redatto la *Cronica* entro la prima decade del Trecento; alla stessa prima decade appartiene la volgarizzazione dello statuto senese) e il sistema semantico del linguaggio giuridico corrente, che, almeno negli atti ufficiali si esprimeva per lo più nel latino per così dire giuridico, intessuto del lessico tratto dalla compilazione giustiniana e dalla prosa dei testi esegetici.

Dal testo di Dino Compagni che sopra ho trascritto si inferisce chiaramente che '*interpretare*' vale '*distendere*'; visto in controluce con lo statuto nel testo latino e in quello in volgare questo dato trascolora nell'altro dato, secondo il quale '*interpretari*' vale '*distendere*': detto altrimenti, poiché '*interpretare*' è sinonimo di '*distendere*' e poiché '*extendere*' è tradotto, nel testo dello statuto volgarizzato con '*distendere*', si può esser certi che '*interpretari*' sia sinonimo di '*extendere*'. Del resto sempre il nostro statuto volgarizzato, a p. 556 del primo volume in una serie di disposizioni aggiunte collocate alla fine della seconda distinzione, senza ambiguità sancisce «che le presenti declarationi, agionte et

provisioni [...] inviolevolmente s'oservino, sempricamente secondo che giacciono, non admissa alcuna interpretatione o vero extensioni».

Lo scopo di tali norme non è infatti quello di evitare manipolazioni cavillose, bensì, più incisivamente, e. ancor più realisticamente, quello di evitare estensioni di tali norme aldilà delle fattispecie espressamente implicate dalla letterale formulazione del precetto. Ammetterle avrebbe prodotto la conseguenza di dilatare troppo il potere degli ufficiali comunali.

In tal senso, allora, si leggerà esemplificando, il seguente capitolo dello statuto di Cremona del 1339 (cap.7, p.16):«[...] omnia statuta et ordinamenta condita et inserta in hoc presenti uolumine statutorum Cremone uel que de cetero fient per comune Cremone debeant inuiolabiliter obseruari [sanzione positiva] [...] prout litera iacet et sonat sine aliqua interpretatione et remoto omni extraneo intellectu [sanzione negativa]».

L'inibizione dell'*interpretatio* dello statuto è dunque, in positivo, l'obbligo ad applicarlo alle sole fattispecie nominate espressamente: «prout litera iacet et sonat». Esso non poteva essere esteso a casi non nominati dalla norma, ciò essendo riservato agli organi deliberativi -se ne ricorderanno i primi legislatori costituzionali degli stati preunitari, primi, fra tutti, lo Statuto albertino e la costituzione siciliana del 1848.

Più chiaro, in tal modo risulta il nesso che lega questo capitolo con il successivo cap.10 (p.18ss.) del medesimo testo statutario cremonese, che sancisce che i sindacatori debbano indagare «de omnibus *omissis* [violazione degli obblighi positivi] uel *factis* [violazione degli obblighi negativi] per ipsos rectores [...] et officialles forenses contra uel preter statuta [...]». Ancor più chiara risulterà la reale portata normativa di precetti del tipo di quello del successivo cap.11 (p.21):«[...] et reddere ius cuilibet petenti secundum statutum comunis Cremone formam et iuris comunis et consuetudines ciuitatis Cremone», ovvero, con quello, di materia penale, che più esplicitamente recita:«[...] potestates [...] debeant condemnare uel absoluer predictos inculpato, pro ut de iure statutorum fuerint condemnandi et eis deficientebus secundum formam iuris comunis [...]».

Questo, che è stato inteso da una certa storiografia giuridica relativamente recente come il 'principio di gerarchia delle fonti', altro non è, ancora una volta, che una norma su norma, una norma di lettura del testo statutario; essa, inoltre, va vista in accordo con il

generale precetto -che è tanto fortemente radicato nel bagaglio tecnico e scientifico del giurista continentale da non essere riprodotto nelle norme su norme della codificazione- di D.1,3,24, relativo alla *perspectio totius legis*: gli statuti non vanno interpretati -vale a dire estesi- e dunque quando tacciono su di una fattispecie dedotta in giudizio si applica lo *ius commune*; è questo il precetto operativo, positivo, complementare a quello inibitorio, negativo, del divieto di interpretazione: gli è complementare, o, se preferite, ne esplicita le conseguenze.

9. Paradigmatico in tal senso è lo statuto di Montepulciano del 1337, lib.I, cap. 1, che stabilisce (p.9):«[...] Et facere plenam rationem et iustitiam omnibus petentibus coram eo [potestate] et iudice dicti comunis, secundum formam statutorum et ordinamentorum et reformationum factorum et faciendorum in posterum. Et ubi non loquerentur predicta statuta, reformationes et ordinamenta uel aliquod eorum, secundum antiquam et longeuam consuetudinem dicte terre. Et ubi consuetudo non esset, secundum iura communia. Et ubi iura communia non loquerentur, de similibus ad similia [...]». Lo statuto di Montepulciano racchiude in un'unica norma sia l'implicito divieto di *interpretatio* dello statuto -nell'ormai ovvio senso di *extensio*- sia il ricorso allo *ius commune* e alla relativa *interpretatio*, là dove lo *ius proprium* tace. Quest'ultima evenienza non va vista come una lacuna, dato il rapporto dialettico continuo che intercorre tra *ius proprium* e *ius commune*.

Lo *ius proprium*, dunque, interrompe il *continuum* costituito dallo *ius commune* e per la sua specialità avrà la prevalenza sulla disciplina di diritto comune che subisce una deroga; ma appunto per questo esso non è suscettibile di essere esteso a fattispecie non espressamente previste; se questa specialità non sussiste, se l'ordinamento particolare non ha dettato norme specifiche il caso ricade sotto la vigenza del diritto comune, o, che è lo stesso, lo *ius commune* torna ad esplicare la sua efficacia, con tutte le sue regole, ivi compresa quella dell'*interpretatio*, ossia dell'*extensio* alla fattispecie considerata della disciplina dettata espressamente per un'altra fattispecie simile, secondo il disposto di D.1,3,12 e 13.

10. Esempi di norme che vietano l'*interpretatio* dello statuto se ne possono raccogliere all'infinito e non starò a tediare con la sostanziale ripetizione d'un esempio che sembra proprio ricalcato su di un modello unitario.

E', però, degno di essere citato, magari in provvisoria chiusura di questa rapida rassegna, il capitolo quarto del primo libro dello Statuto bolognese del 1288, *De sacramento potestatis* (p.8ss.dell'edizione di Gina Fasoli e di Pietro Sella): «Iuro quoque leges et iura seruare et seruari facere mihi et comuni Bononie hoberedientibus et aliis etiam iuste a me postulantibus seruando semper et seruari faciendo, non expectata aliqua denuntiatione uel protestatione, statuta omnia in hoc uolumine contenta et ea que in ipsis statutis continentur ut statuta sunt, et sicut littera sonat, sine aliqua gloxatione, interpretatione, subauditione uel alio extrinseco intellectu et omni appellatione et nullitatis appositione reiecta. Saluo quod ubi statuta aliqua loquerentur in masculino genere trahantur ad femininum, si de iure trahi possunt et ubi de feminis spetialiter non est facta mentio. Et spetialiter ordinamenta facta per ancianos et consules populi [...]. [Iuro] nec alia ordinamenta uel prouisiones facere per me ipsum uel familiam meam, sed factis contentus esse [...]». Qui *gloxatio*, *interpretatio*, *subauditio* sono tutte forme che stanno per *extensio*, nel senso chiarito sopra, vale a dire nel senso della regola di D.1,3,12 e 13, secondo la quale una norma va applicata a tutte le fattispecie -a tutti i *cetera*-, non espressamente menzionati, quasi fossero *subauditi*, possiamo dire rifacendoci al modo di dire che si trova tanto spesso nei testi esegetici: «subaudi hic»; con riferimento appunto a un caso prospettato dalla scuola, ma non dal tenore della disposizione. Tanto è vero che a sua volta in deroga a questo generale divieto -a questa generale deroga di *ius proprium* a quella norma generale di *ius commune*- lo statuto bolognese ammette l'elementare estensione -dunque l'*interpretatio*, la *gloxatio*, la *subauditio*- al genere femminile delle espressioni date al maschile. Conseguente con il divieto di *interpretatio* è il divieto di *facere ordinamentum*, al quale sistematicamente segue, alcune pagine dopo, ma nello stesso capitolo (p.14), questa disposizione:«Et equ(u)s ero utrique parti in publicis disciplinis, nullique parti citra quam iustum est prestabo, et persequar delinquentes et puniam eos si nosios inuenero penis et suppliciis statutis et ordinatis per statuta uel reformationes uel ordinamenta comunis uel populi Bononie, ubi arbitrium non habeo. Sed ubi habeo, puniam arbitrio meo et ubi non habeam arbitrium et statute non essent pene, puniam eos secundum iura et leges, usum seu consuetudinem ciuitatis, et inosios inlesos seruabo. Et in ciuilibus causis seu litibus per me et iudices meos procedam, secundum statuta comunis et reformationes comunis et populi Bononie, ubi

statuta et reformationes de hiis loquuntur, alias secundum leges et iura et usum et consuetudinem ciuitatis et iusticiam [...]» (i corsivi ovviamente sono miei).

D'altra parte, come potrebbe riferirsi *interpretatio* ad una semplice intelligenza in un contesto quale quello offerto dallo statuto di Treviso del 1313 (recentemente edito dalla Betto), cap.98 *De absolucione a statutis precis*? Con questa norma si disciplina la procedura per l'*absolutio* del podestà o di un altro ufficiale da uno *statutum precisum* e si stabilisce che «in ipso consilio in quo potestas uel eius uicarius absolucionem proposuerit alicuius precisi statuti, sint et esse debeant ad minus ducenti de ipso consilio uel plures; et statutum, quod petitur absolui, in consilio legi debeat per ordinem usque ad finem clare et aperte ita quod illud intelligant et intelligere possint omnes de consilio qui erunt presentes. Et absoluendo, interpretando, suspendendo uel declarando statutum aliquod concordēs esse debeant ad minus due partes uel plures ipsius consilii; nec aliter possit peti, fieri uel haberi solucio, suspensio, interpretatio uel declaratio, nisi ut est dictum [...]».

Qui, senza dubbio, *interpretatio* e *declaratio* non si riferiscono certo ad una esplicazione del contenuto dello statuto, ma ad un'azione sul materiale normativo esistente che forse risulterà più chiara facendo attenzione alle coppie di opposti con le quali è costruito il periodo appena citato: «absoluendo-interpretando» e «suspendendo-declarando». Non mi sembra inverosimile pensare che lo statuto trevisano fosse ben consapevole che un'*absolutio* da una norma può configurarsi ora come restrizione della sua efficacia normativa (come la sua sospensione), ora come estensione di tale efficacia normativa al di là dei limiti espressi, ma sistematicamente inestensibili per regola generale.

11. Proprio la testimonianza offerta dallo statuto di Treviso appena citato, però, ci dice anche che una semantica di *interpretatio*, tuttavia, sarebbe sostanzialmente incompleta se non tenesse conto dello spessore dei fenomeni terminologici studiati, se non fosse in grado di registrarne le tensioni dinamiche. Le norme trevigiane - anch'esso un esempio che potrebbe moltiplicarsi - riflettono una struttura terminologica che non si può esaurire nella *extensio*, quale sono venute fin qui delineando.

Non dimentico -ve l'ho rapidamente accennato sopra- che 'interpretazione', in campo giuridico, oggidi non esaurisce la prassi estensiva sopra delineata; non dimentico che anzi, nel linguaggio

corrente circola un'espressione specifica, quale 'interpretazione estensiva' in costante dialettica con un'altra prassi qual è l'analogia, tanto che noi usiamo il termine 'interpretazione analogica' per designare proprio il processo per mezzo del quale una norma viene estesa a disciplinare fattispecie analoghe a quella per la regolazione della quale è stata introdotta e ciò allo scopo di colmare le cosiddette lacune dell'ordinamento.

'Interpretazione', nella terminologia oggi corrente, e basterà qui richiamare ancora una volta il primo comma dell'art.12 delle *Disposizioni sulla legge in generale* premesse al Codice civile italiano vigente, è lemma che descrive un'attività squisitamente conoscitiva, eminentemente espositiva del contenuto d'una norma; è lemma fortemente imbevuto di concezioni filosofiche specificatamente neoidealistiche, che hanno avuto nell'elaborazione bettiana una delle più diffuse espressioni: con l'interpretazione si ripercorre la volontà del legislatore o si attribuiscono significati a quel complesso sistema di segni che è una legge. Con l'interpretazione analogica, poi, si colmano le 'lacune' dell'ordinamento.

Bisognerà dire che questa tematica delle lacune non sembra centrale nella speculazione che sui testi della compilazione viene condotta dalla Scuola di Bologna. In particolare non è centrale nelle speculazioni che hanno per tema l'*interpretatio*. Essa ha, nell'esperienza di diritto comune, quel significato tecnico di *extensio ad similia* che ho fin qui illustrato perché è con tale significato che i glossatori la trovano usata, come abbiamo visto, nel Digesto: usata e teorizzata. Un problema di lacune non può essere centrale ad un giurista che ha come punto di riferimento assoluto il *Corpus iuris*, fonte di ogni sapienza giuridica.

D'altronde non è pensabile che lo spostamento semantico di 'interpretatio' in 'interpretazione', che in Europa sarà il segno di un'intera diversa visuale del diritto -si pensi solo che il tedesco traduce 'Auslegung', vale a dire esposizione, spiegazione-, sia fiorito spontaneamente e improvvisamente sulla metà del XIX secolo; anche se in quella temperie trovò, soprattutto per l'opera del Savigny, un formidabile impulso. Già un passo di Alberto di Gandino, e cito per così dire a caso, senza aver ancora completato un'analisi specifica sulla letteratura giuridica dell'età di diritto comune, nelle *Quaestiones statutorum* al capitolo *De interpretatione statutorum* utilizza questo termine in una accezione che sarebbe resa in modo del tutto insoddisfacente con *extensio de similibus ad*

similia. Non che il ragionamento sviluppato da Alberto non debba essere ricondotto all'*extensio* ad uno statuto che punisca con la pena capitale l'omicidio, del precetto di diritto comune che richiede il dolo dell'agente perché un atto possa essere qualificato come *iniuria*; in caso contrario infatti -ovvero se si accettasse in modo supino il principio secondo il quale «statutum non recipit interpretationem», è lo stesso Alberto di Gandino a sostenerlo con prosa vivace- si dovrebbe applicare quella pena anche all'*infans* o al *furiosus* che, gettata una pietra, uccidono qualcuno «nullo dolo adhibito». Certamente qui si versa in tema di *extensio* della disciplina del dolo contenuta nel *Corpus legum* allo statuto; è vero infatti, ammette il giurista, che «a uerbis statutis non est recedendum», ma questa norma non può essere tratta ad esiti irrazionalmente iniqui; chi sostiene questa tesi può essere persuaso del contrario, per usare le parole di Alberto di Gandino, «multis rationibus et argumentis iuribus et legibus expressis», che egli allega puntualmente. Tra questi c'è D.47,10,3, in cui si nega espressamente che il *furiosus* o l'*impubes* possano commettere *iniuria*; essi non sono *capaces doli*.

E' senz'altro questo un caso di *interpretatio statuti secundum ius commune*; ovvero, per usare parole di molti scrittori autorevoli, un caso in cui lo *statutum recipit interpretationem passivam a iure communi*: una formula che la storiografia giuridica ha una certa difficoltà a comprendere, ma solo perché ancora è costretta nelle aporie dell'equivoco tra *interpretatio* e interpretazione. L'*interpretatio secundum ius commune* è, per quasi costante insegnamento, sempre ammessa e si può tranquillamente dire che costituisce la sutura tra lo *ius commune* e lo *ius proprium*, il fulcro sul quale la leva dello *ius commune* sottrae all'indeterminatezza il materiale legislativo prodotto dallo statuto: è con tale *interpretatio* che lo *ius proprium* si fa elemento, struttura del sistema di *ius commune*.

Certamente una simile *interpretatio* non è più semplicemente *extensio* ai *cetera* che tendono ad *eandem utilitatem*, non espressamente nominati da una norma, della disciplina da questa introdotta. Essa è una funzione che si fa più ricca e complessa: infatti deve operare nei confronti di un sistema, nel quale lo statuto è la fonte della disciplina dei rapporti sociali che si svolgono in un ordinamento ormai non più angustamente cittadino -se ma lo è stato-, ma non ancora di respiro almeno regionale; in un'esperienza di tali dimensioni, di tale complessità, si deve prospettare l'ipotesi della lacuna, la quale non sempre può essere automaticamente colmata dal

riespandersi dello *ius commune*: per lo meno la determinazione della disciplina, in un contesto connotato da tale complessità, non è operazione dotata di immediatezza ed evidenza. E' su di un simile terreno che trova coltura la tematica dell'analogia, che però non vuole essere affrontata in questa sede. Basterà dire che essa si riferisce ad un'esperienza giuridica, nella quale lo statuto ha raggiunto livelli di grande complessità: formalmente esso è sempre norma derogatoria dello *ius commune*; sostanzialmente le norme dello statuto incidono in misura viepiù penetrante nella struttura complessiva dell'ordinamento. In tale ambiente, che si viene così complicando già dai primi decenni del secolo XIV, in un'esperienza così ricca trova ragione, per esempio, l'asserzione di Baldo, secondo la quale *interpretatio* è *nomen aequiuocum* (semprechè si abbia ben chiaro che *aequivocus* non vale 'equivoco', bensì 'di molteplice significato', 'non univoco'; l'accezione assiologica essendo tutta moderna). *Aequiuocum* è il *uerbum* '*interpretatio*' perché oramai non significa più soltanto e in modo intensivamente e rigorosamente tecnico '*extensio*' o '*productio ad similia*', ma è divenuto lemma che, in conseguenza di ciò, in conseguenza di questa *extensio* dello *ius commune* al completamento sistematico delle fattispecie di *ius proprium*, quale l'abbiamo sommarissimamente descritta traendola dai ragionamenti di Alberto di Gandino, è pervenuto anche ad identificare sinteticamente uno dei modi di operare della scienza del diritto nella sua funzione di costruzione del sistema. (Spero non appaia -e non costituisca- una facile suggestione ricordare qui che interpretare, nella terminologia giuridica di lingua inglese, è reso anche con il verbo *to construe*. Sorprendentemente questo verbo sembra avere lo stesso spettro semantico originario di *interpretari*, in quanto contiene sia il significato di 'tradurre' (v. Isidoro sopra citato), sia quello moderno di 'interpretare', ossia esporre il significato di una parola, di uno scritto ed è, perciò, anche sinonimo del verbo *to interpret*).

Il *procedere ad similia*, insomma, è praticabile solo considerando l'insieme normativo esistente in un ordinamento dato come un'unità (*tota lege perspecta*) e si manifesta estendendo la portata del precetto a tutte le fattispecie sociali giuridicamente rilevanti che empiricamente risultano, ovvero escludendo certe fattispecie dall'impero di una norma per riportarle sotto la previsione di un'altra, ovvero *declarando* a quali fattispecie si riferisca e debba essere esteso, e dunque applicato, (che è come dire: quale ne sia l'esatto significato giuridico e precettivo) un dato precetto (a quali

fattispecie si riferiscano e debbano essere estese le parole con cui questo è costruito), operazione tanto più delicata, quando nella legge siano usati *uerba ambigua* o *dubia*: sempreché, anche qui, si abbia l'accortezza di spogliare queste qualificazioni di ogni contenuto assiologico e le si intendano come parole di significato molteplice o magari non tecnicamente univoco o perspicuo, tanto da non potersi stabilire con immediatezza, avuto riguardo sempre alla *perspectio totius legis*, a quali fattispecie la norma vada estesa, applicata.

Quanto, in tutta questa materia, abbia pesato la disciplina dettata da D.1,3,32 e l'esegesi che su questo frammento è stata sviluppata non è possibile, per evidenti motivi, qui analizzare.

12. Una semantica del termine *interpretatio* nel diritto comune classico può forse provvisoriamente qui arrestarsi. Di qui si dovrebbe poter partire per ricostruire, in termini storiograficamente più ricchi e competenti una funzione così strettamente connessa con l'essenza stessa della scienza giuridica, anche se una accezione di *interpretatio* quale quella da me proposta non si esaurisce nella scuola, nell'ambito del pensiero giuridico, ma trova il suo terreno altrettanto pertinente in tutte le manifestazioni dell'esperienza giuridica di diritto comune. D'altronde ordinamenti a diritto comune vigente, qual è quello sammarinese, con tale nozione devono fare i conti, nel momento in cui si servono dei testi della compilazione giustiniana, ma anche di statuti risalenti al XVI secolo.

GIURISTI PER SAN MARINO

PARERI DI PARTE PER LA CAUSA GIACOMINI 1911*

I

Pareri per l'Eccellentissima Camera della Repubblica di San Marino

* Nella causa che Remo Giacomini intentò, chiamando la Camera della Repubblica di San Marino dinanzi al Tribunale commissariale, con la citazione del 6 maggio 1911, vennero prodotti pareri di parte, ora conservati nell'Archivio di Stato con la segnatura: Cause civili 1911, Busta 656, causa 18. Un parere per la Camera fu reso da Lodovico Mortara, un altro da Leone Bolaffio e Dionisio Anzilotti. Tutt'e due sono manoscritti, riuniti in un fascicolo con copertina stampata; ma il parere Bolaffio - Anzilotti era già passato in forma tipografica nella comparsa conclusionale, ora segnalata da M. A. Bonelli, *Bibliografia sammarinese I*, San Marino 1985, num.2541, p.486. Per l'attore furono depositati in atti un parere di Luigi Einaudi ed un parere - memoria di Pietro Cogliolo (sottoscritto anche da Telemaco Martelli): stampati nel 1912 rispettivamente a Rimini ed a Genova, si conservano anch'essi con i precedenti. Un parere - memoria di Cogliolo e Martelli dinanzi al Giudice delle Appellazioni è registrato da M. A. Bonelli, *Bibliografia I*, cit., num.4463, p.173. In primo grado la causa venne decisa con la sentenza commissariale del 15 aprile 1912 (Giur. samm. 1911-1920, pp.44-46). Tranne quello di Pietro Cogliolo, tutti questi pareri furono ricordati dal Giudice delle Appellazioni civili nella sentenza del 26 febbraio 1913 (Giur. samm. 1911-1920, p.17b). Per qualche riferimento alla causa, M. A. Bonelli, *I rapporti convenzionali italo-sammarinesi*, San Marino 1985, p.250 (che a nota 10 ricorda il parere di L. Einaudi); ed in specie sulla decisione di Vittorio Scialoja e su qualche suo riflesso nella giurisprudenza successiva, si veda la mia prefazione *Autonomia ed eteronomia nel diritto delle imprese* al volume *La legislazione societaria sammarinese*, Rimini 1990, p.43s. e nota 21.

Eugenio Camada Bartoli ha potuto esaminare l'intero fascicolo nel corso di quelle sue perlustrazioni, dalle quali ha preso le mosse per tracciare una mappa affidabile della giustizia amministrativa sammarinese. A lui debbo la puntuale segnalazione, con l'incoraggiamento a curare la stampa dei quattro pareri.

Nel pubblicare i due manoscritti seguo gli usi ormai invalsi, stampando fra parentesi quadre tutto ciò che non appartiene al dettato degli autori. Con i titoli *Raccolta I* e *Raccolta II* cito rispettivamente la *Raccolta delle leggi e decreti della Repubblica di San Marino*, a cura di T.C. Giannini e M. Bonelli, Città di Castello 1900; ed il *Supplemento alla raccolta delle leggi e decreti della Repubblica di San Marino*, a cura di G. Ramoino e M. Bonelli, Città di Castello 1915.

S.C.

I. Lodovico Mortara

Roma, 21 luglio 1911

Ill(ustrissi)mi Signori Sindaci di Governo della Repubblica di San Marino

Onorato da invito dell'Ecc(ellentissi)mo Governo della Repubblica ad esprimere la mia opinione *pro veritate* circa la istanza giudiziale proposta dal sig(nor) Remo Giacomini contro il sullodato Governo, la espongo come segue, dopo avere esaminato gli atti comunicatimi e fatto opportuno studio sulla questione.

Il Sig(nor) Giacomini, esercente di un caffè con vendita di liquori, aveva prima del 1901, al pari di altri cittadini sammarinesi, potuto ottenere consecutivi permessi da varie Reggenze per distillare alcool in sua casa, limitatamente al consumo dell'esercizio suddetto. Volendo in quell'epoca ampliare l'industria della distillazione, e farne oggetto di speciale attività e di corrispondente lucro, ravvisò indispensabile di uniformarsi al decreto dei 23 maggio 1871 <art.2 [Raccolta, p.440]>; e con istanza del 16 marzo 1901 domandò al Consiglio Principe e Sovrano l'autorizzazione necessaria per l'impianto di siffatta industria.

E' da ritenere, per le parole usate in codesta istanza, stabilito con certezza in linea di fatto che solo all'epoca suindicata il Giacomini concepì il disegno di imprimere carattere industriale vero e proprio alla distillazione dell'alcool, ampliando l'importanza e la finalità del suo esercizio. Imperocchè nel citato documento egli premette di avere "coi debiti permessi di varie Reggenze fin qui provveduto lo spirito necessario per liquori che spaccia nel proprio Caffè con la propria industria"; e indi prosegue ricordando il decreto del 1871, in conformità del quale conclude la sua domanda: "per essere autorizzato alla detta fabbricazione di spiriti e liquori per uso e consumo del proprio Caffè e per i bisogni del paese". Con le ultime parole (*per i bisogni del paese*) è indicato un elemento nuovo dell'attività industriale del Giacomini, mentre prima, come egli stesso espose, fabbricava liquori con la propria industria solo per lo spaccio nel proprio caffè. E tale elemento di fatto riceve conferma da quanto leggesi nella recente domanda giudiziale, in cui egli afferma di avere gradualmente (*poco a poco*), dal 1882 in poi, dato un notevole sviluppo a quella industria, e non essendo d'altronde presumibile che nel lungo periodo di tempo dal 1882 al 1901 fossero

ignorare da lui le disposizioni del decreto 23 maggio 1871, o che fosse tollerata dal Governo una patente e grave violazione di questo decreto, mediante un fatto pubblico, notorio e continuativo, che non poteva sfuggire alla conoscenza dei dirigenti il piccolo Stato e tanto meno della Forza pubblica incaricata della esecuzione del citato decreto.

Ciò si rileva per amore di esattezza, quantunque non abbia influenza giuridica, ai fini del presente esame, lo stabilire se il Giacomini siasi volontariamente sottoposto nel 1901 alle disposizioni del decreto del 1871 dopo averle per lungo tempo violate impunemente, o se piuttosto (come pare) la necessità di sottoporvisi sia sorta per lui nel 1901, appunto per il desiderio di estendere l'importanza della distilleria e il commercio pubblico del relativo prodotto.

Il Consiglio Principe nel 30 maggio 1901 accolse l'istanza del Giacomini "a termine di legge e dell'ultima convenzione col Governo d'Italia".

Sono due clausole, che *a priori* si manifestano di significato limitativo, vale a dire che tolgono la possibilità di ravvisare nella deliberazione del Consiglio Principe *il riconoscimento di un diritto* che già per la sua natura appartenesse come diritto patrimoniale al Giacomini, e che escludono pure il *conferimento di un diritto illimitato e irrevocabile*, di un diritto, cioè, che entrato una volta nel patrimonio del Giacomini fruisca di tutte le garanzie e difese giuridiche inerenti al diritto di proprietà.

La prima clausola: "accoglie l'istanza a termini di legge" basta da sola a fornire una solida base a questi due concetti negativi. Imperocchè esaminando *la legge*, vale a dire le disposizioni contenute nel decreto 23 maggio 1871, è agevole dedurne che l'esercizio di certe industrie, ivi specificate negli art(icoli) 1 e 2, trovasi per il diritto sammarinese sottratto al dominio della libera attività dei cittadini e costituito in un regime speciale proibitivo di diritto pubblico, determinato da ragioni economiche e politiche, le quali senza dubbio hanno origine dalle singolari esigenze di un piccolissimo Stato, posto in condizioni davvero eccezionali, quale è la gloriosa antica Repubblica. Siffatto regime speciale non è nuovo per essa, trovando addentellato in molteplici disposizioni degli Statuti concernenti l'esercizio di quelle industrie e di quei commerci che provvedono agli essenziali e urgenti bisogni della vita dei cittadini (forni, macellerie, molini, ecc.). Sembra che, colla previdenza e la prudenza del buon padre di famiglia, il Governo

abbia riconosciuto la necessità suprema di avocare a sè, fin dai secoli trascorsi, la direzione e vigilanza esclusiva di certe forme di attività, che in uno Stato grande e popoloso possono essere lasciate senza pericolo alla libera balia della privata iniziativa e della concorrenza che da essa si svolge, mentre in un territorio molto ristretto e fra una popolazione assai limitata e non opulenta, hanno mestieri di altra disciplina, in primo luogo perchè sia assicurato il funzionamento regolare delle provviste e dei mezzi di sussistenza di prima necessità, ed inoltre perchè la libera concorrenza, priva di freni, non spinga a rovina gli interessi dei privati, con una ripercussione immediata sul benessere pubblico, quale appunto può verificarsi in un circolo di convivenza sociale cotanto ristretto e relativamente alla produzione di generi di prima necessità.

Quale che sia, però, la ragione della legge, il punto certissimo in fatto è che essa chiaramente, e con precisione giuridica rigorosa, nega la libertà dell'esercizio d'industrie e commerci per gli oggetti di cui negli articoli 1 e 2; onde *il diritto a tale esercizio non appartiene naturalmente a ciascun cittadino sanmarinese*, ma anzi *nessun cittadino possiede tale diritto* se non gli sia conferito per licenza della pubblica autorità. La quale, per suo prudente e discrezionale arbitrio, può concederla e può negarla, senza neppure aver l'obbligo di motivare il rifiuto. Siffatto potere discrezionale, in verità, è riservato al Consiglio Principe, cioè all'organo supremo della funzione governativa; onde è manifesto che la decisione, quale si sia, non sarebbe suscettibile di reclamo ed ha carattere di *provvedimento politico insindacabile*.

La natura del potere riservato allo Stato, e per esso al Consiglio Principe, è ben definita negli articoli 1 e 2 con le parole "permesso" ed "autorizzazione"; esse sono sinonime fra loro, ma la seconda è più usata nel campo del diritto pubblico amministrativo, perchè esprime con precisione tecnica il concetto dell'*atto di autorità pubblica*, il quale perfeziona e legittima una facoltà di agire del privato. Sarebbe superfluo dissertare qui sulla differenza fra le due nozioni di *concessione amministrativa* e di *autorizzazione*. Nei confini della indagine attuale basta che sia ricordato come d'ordinario la *concessione* abbia per contenuto la *trasmissione di un diritto di fare*, che la pubblica amministrazione opera a favore del privato, a determinate condizioni, più spesso a titolo oneroso, qualche volta anche senza corrispettivo, ma in ogni caso trasferendo nel patrimonio del privato un potere giuridico, e una conseguente utilità, che prima erano (sia pure inoperosi) nel patrimonio

dell'amministrazione. Invece l'*autorizzazione* è atto di volontà sovrana che libera l'attività privata da un impedimento il quale in via ordinaria le vieta di esercitarsi e spiegarsi per un dato fine e in dati modi, impedimento che risale a ragioni d'ordine pubblico, ora strettamente politiche, ed ora semplicemente amministrative; ragioni sempre nascenti dall'interesse generale dello Stato e intese a garantire l'ampiezza necessaria all'esercizio della indefettibile funzione di sovranità, ampiezza che fu sintetizzata nel motto: "salus publica suprema lex".

Onde deriva, che mentre la concessione amministrativa, una volta acquisita al patrimonio del cittadino, massime se a titolo oneroso, e senza vincoli di revocabilità, può legittimamente assumere il carattere del diritto di proprietà, e reclamare le garanzie di tal diritto, fra cui essenziale quella della intangibilità che si traduce, per omaggio alle necessità pubbliche, nel diritto all'indennizzo qualora la pubblica utilità dia causa all'espropriazione, niente di simile si verifica per il caso di autorizzazione. Tanto meno, per il caso di autorizzazione data senza corrispettivo, per puro beneplacito dell'organo di sovranità all'uopo competente, il quale, come è competente per sua discrezione a darla è pur competente a revocarla nel caso che siano venute meno le ragioni di pubblico interesse per le quali fu data, ovvero vengano a contrapporsi a quelle altre ragioni più imponenti che determinano a ritoglierla. Come dianzi rammentai (uniformandomi a principii giuridici indiscussi), l'autorizzazione serve ad integrare una facoltà di agire che, senza di essa, giace, per così dire, in uno stato di incapacità legale; ma la volontà del potere sovrano che produce questo effetto non può mai, perchè la sua natura vi si oppone, essere acquisita al patrimonio del cittadino come un suo diritto di proprietà privata. Gli effetti dell'atto di autorizzazione sono utili al patrimonio del cittadino fino che quell'atto è in vigore; ma nessun rapporto giuridico di obbligazione, nascente da legge o da contratto, si forma fra il cittadino e lo Stato, poichè tale rapporto avrebbe per oggetto la volontà e il potere dello Stato, che è materia inalienabile e incommerciabile.

Basta, pertanto, prendere per base la legge del 1871 per escludere ogni ragionevole requisito di giustizia nella pretesa posta innanzi dal Giacomini. D'altronde, se occorresse confortare queste considerazioni, basterebbe aggiungere che avendo egli cessato dall'esercitare la distilleria in seguito al provvedimento proibitivo generale emanato dal Governo col decreto del 24 [!] febbraio 1909

<art.1 [Raccolta II, p.121]>, e non avendo impugnata la validità di quel provvedimento, nè per la competenza dell'organo da cui emanò, nè per l'intrinseca legittimità del potere ivi spiegato, ne deriva la riprova della tesi finora sviluppata. Infatti, il decreto 24 [!] febbraio 1909, emanato dai Capitani reggenti per delegazione del Grande e Generale Consiglio della Repubblica, ha modificato la legge del 1871, nel senso di avere estrinsecato un nuovo effetto concreto del sovrano diritto di autorizzazione ivi riservato allo Stato. E cioè, mentre la legge del 1871 rendeva possibile ai privati di ottenere quella autorizzazione la quale proscioglievali dalla incapacità normale e generale all'esercizio dell'industria di distillazione, la nuova disposizione del 1909 ha eliminato tale possibilità rendendo assoluta l'incapacità dei privati derivante dal regime industriale proibitivo vigente nella Repubblica.

Ora, se nel 1901 la domanda di autorizzazione presentata dal Giacomini fu accolta dal Consiglio Principe *a termine di legge*, la sopravvenienza della *nuova legge*, che rende impossibile la continuità dell'autorizzazione, opera *de iure* un effetto già preveduto nell'atto di autorizzazione, *non potendosi mantenere a termine di legge una facoltà che a termine di legge è attualmente vietata e abolita in modo assoluto*.

Delle convenzioni della Repubblica col Regno d'Italia sarebbe ormai superfluo parlare, perchè la dimostrazione del torto dell'attore è già stabilita pienamente.

Tuttavia, essendosi menzionato nell'atto di autorizzazione del 1901 il regime convenzionale esistente fra la Repubblica e il Regno finitimo, non si può negare che ciò aggiunge una ulteriore limitazione, sebbene non necessaria, negli effetti dell'autorizzazione impartita. Le convenzioni internazionali debitamente ratificate e promulgate (come nel caso) diventano leggi interne dello Stato contraente. Perciò il richiamo a quel regime convenzionale, temporaneo e mutabile, imprimeva maggiormente lo stigma della temporaneità e della variabilità sopra gli effetti della impartita autorizzazione, essendo prevedibile l'evento che una mutazione nei patti internazionali alterasse le condizioni del diritto pubblico interno sotto la propizia influenza delle quali, nell'anno 1901, poteva essere data l'autorizzazione. Era, in altri termini, una esplicita riserva di quei diritti sovrani inalienabili e imprescrittibili dello Stato, l'esercizio dei quali avrebbe potuto in avvenire creare una suprema ragione di pubblico interesse per la revoca dell'autorizzazione data al Giacomini e di ogni altra analoga data per avventura, prima o dopo,

a qualsivoglia cittadino della Repubblica. Motivo di più, non motivo unico od essenziale, per dire infondata la pretesa di una indennità in seguito alla proibizione dell'industria dell'alcool, proibizione determinata appunto da un evento che già dovevasi prevedere come possibile dal privato, in virtù della clausola ammonitrice che leggevasi nell'atto di autorizzazione.

Credo che a nessuno verrà in mente di affermare che l'autorizzazione non potesse essere vincolata da simile clausola. Se mai una sottigliezza di questo genere, per mera industria di difesa, fosse avanzata, sarebbe facile opporre che l'autorizzazione potendo essere negata liberamente, poteva pur essere data condizionalmente, o a tempo. Però, anche più decisivo sarebbe rammentare di nuovo che l'autorizzazione fu data (e non poteva essere data altrimenti) *a termine [!] di legge*, e anche la nuova convenzione internazionale, debitamente ratificata e promulgata, diventò legge della Repubblica, laonde la continuità dell'autorizzazione al Giacomini è divenuta incompatibile *a termine [!] di legge*.

Mi riporto agli atti defensionali già prodotti nell'interesse del Governo per quanto di più convenisse dire su questo tema, dichiarando che trovo esatte e concludentissime le deduzioni ivi esposte, alle quali aderisco.

Riassumendo: per i principii generali del diritto pubblico da cui deve essere guidata l'interpretazione e l'applicazione delle norme legislative vigenti nella Repubblica di San Marino circa la distillazione dell'alcool come industria soggetta ad autorizzazione del Governo, e per il valore giuridico specifico dell'atto di autorizzazione ottenuto dal Sig(nor) Remo Giacomini, è mio fermo avviso che a costui non spetti nessun diritto a indennità per la proibita continuazione dell'industria.

Prof. Lodovico Mortara
Senatore del Regno

2. Leone Bolaffio e Dionisio Anzilotti

La specie è la seguente:

Remo Giacomini, cittadino sammarinese, chiese il 16 marzo 1901 al Consiglio principe e sovrano della Repubblica l'autorizzazione a continuare a fabbricare spiriti e liquori per uso e

consumo del proprio caffè e per i bisogni del paese, autorizzazione che egli aveva in precedenza ottenuto dalle varie Reggenze, ma incompetentemente, perchè, per l'articolo 2 del decreto 23 maggio 1871, la facoltà di concederla è devoluta al Consiglio principe.

Il Consiglio accoglieva la istanza del Giacomini "a termini di legge e dell'ultima convenzione col Governo italiano".

La convenzione di buon vicinato e di amicizia col regno d'Italia a cui si richiama la concessione è del 28 giugno 1897.

All'articolo 37 [*Raccolta*, p.622] essa stabilisce che la Repubblica si impegna di impedire che nel suo territorio la produzione dei generi che sono o possono essere soggetti a tassa interna di fabbricazione nel Regno d'Italia "ecceda la quantità occorrente al consumo della Repubblica e alla esportazione oltre i confini del Regno d'Italia". La convenzione doveva durare dieci anni, e si prorogava tacitamente di anno in anno fino a denuncia da notificarsi sei mesi prima della scadenza.

Questa convenzione, prima che scadesse, fu modificata con altra addizionale del 14 giugno 1907. Fra le modificazioni introdotte vi è quella dell'art.VI per cui il Governo della Repubblica di San Marino "si impegna di denunciare al Governo italiano l'eventuale impianto nel territorio della Repubblica, nei limiti della convenzione 28 giugno 1897, di fabbriche per la produzione di generi soggetti in Italia a tassa di fabbricazione. Dal momento dell'impianto di una di queste fabbriche cesserà il diritto del Governo di San Marino al godimento della quota parte dei redditi della tassa di fabbricazione per il prodotto fabbricato nella Repubblica" [*Raccolta II*, p.396] che il Governo italiano corrisponde alla Repubblica stessa a termini dell'articolo V.

Finalmente all'art.VII è stabilito che la convenzione originaria del 28 giugno 1897, "quale è stata modificata dalla presente convenzione", continua a rimanere in pieno vigore per un decennio a decorrere dallo scambio delle ratifiche della presente convenzione addizionale ecc.

Ciò premesso, la questione che l'Eccellentissimo Governo della Repubblica di San Marino ci fa l'onore di sottoporre al nostro esame si può formulare nei termini seguenti:

Se due Stati con una convenzione addizionale modificano una convenzione fra essi esistente e non ancora scaduta, sostituendovi parzialmente patti diversi, lo Stato contraente che in conseguenza dei nuovi patti viene implicitamente ma necessariamente a dover revocare una concessione fatta a un proprio

cittadino, perchè non più consentita dalla nuova convenzione, è obbligato a risarcire al medesimo i danni?

Noi crediamo che la questione nei termini accennati non abbia ragione d'essere.

La concessione del 18 aprile 1901 fatta dal Consiglio Principe al Signor Remo Giacomini non poteva durare più del termine fissato come obbligatorio per i contraenti nella convenzione del 1897, termine che, essendo di dieci anni dal 28 giugno 1897, scadeva il 28 giugno 1907. La facoltà della proroga essendo puramente discrezionale, non poteva fondare neanche una semplice aspettativa a favore del Signor Giacomini.

Quindi anche se nessun'altra convenzione fosse intervenuta fra il Governo italiano e la Repubblica di S.Marino, come era discrezionale per la Repubblica la disdetta della convenzione del 1897 dopo il decennio, discrezionale del pari era la revoca della concessione. Al più il Giacomini avrebbe potuto beneficiare delle proroghe annuali.

Nè la convenzione addizionale del 14 giugno 1907 modifica la soluzione; se mai l'avvalora. La convenzione del 1897 lasciava libero, entro certi limiti, il Governo della Repubblica di accordare concessioni per la fabbricazione degli spiriti; invece la convenzione del 1907 toglie alla Repubblica questa facoltà e in corrispettivo il Governo italiano si obbliga a pagare una determinata somma annua. Ciò posto, è innegabile che la convenzione del 1897 ha, in questa parte, cessato di esistere ed è stata sostituita da una nuova. Di fronte alla realtà delle cose, non ha importanza che l'art.VII della nuova convenzione dica che quella del 1897 continua a rimanere in pieno vigore per un altro decennio: la disposizione che si riferisce al complesso della convenzione, comprendente stipulazioni molteplici e di vario genere, non si può manifestamente intendere in altro senso che questo: in quanto la convenzione addizionale lascia immutate le disposizioni della precedente, queste *restano in vigore* per un altro decennio; in quanto sostituisce disposizioni nuove, queste *entrano in vigore* con essa e parimenti per un decennio. Come la concessione del Consiglio Principe al Signor Giacomini richiamandosi alla convenzione col Regno d'Italia allora vigente, si riferisce necessariamente a quella sola parte della convenzione che riguarda la fabbricazione di spiriti e liquori, così non può ora il Signor Giacomini fondarsi sulla permanenza in vigore della convenzione nel suo complesso, mentre ha cessato di esistere quella parte a cui era subordinata la concessione fattagli.

La formula stessa della concessione: "a termini di legge e dell'*ultima* convenzione col Governo d'Italia" esclude qualunque riferimento possibile ad una nuova convenzione che per di più ha sostanzialmente modificato lo stato di fatto e di diritto precedente.

Nè la tolleranza della Repubblica per quasi un biennio dopo l'attuazione della nuova convenzione e la scadenza normale della precedente, crea diritti al Signor Giacomini, anche perchè inconciliabile coi doveri di contraente della Repubblica derivante [!] dalla nuova convenzione.

Sicchè, a nostro giudizio coscienzioso, il Signor Giacomini non ha pretesa qualsiasi da avanzare in confronto del Governo della Repubblica di San Marino, e perchè è scaduto il termine della concessione, e perchè non vige più quella convenzione col Governo italiano a cui riferivasi e da cui dipendeva la concessione medesima.

Bologna, 28 febbraio 1909.

Prof. Leone Bolaffio
Prof. Dionisio Anzilotti

II

Pareri per l'attore Giacomini

1. Luigi Einaudi

Remo Giacomini, cittadino della Repubblica di S. Marino, vi apriva nel 1882 una distilleria di alcool per uso del proprio caffè e pei bisogni del paese.

A quel tempo era tuttora in vigore nella Repubblica, in quanto nessuna abrogazione espressa era intervenuta, un decreto 23 Maggio 1871, secondo cui quelli che intendevano attivare la fabbricazione di pasta, di birra, di gazose, bevande alcooliche e spiriti dovevano riportare analogo permesso dal Consiglio Principe. Vigeva poi nei riguardi del Governo Italiano la convenzione 22 Marzo 1862, in forza di cui il Governo della Repubblica si impegnavano a non permettere nel suo territorio la coltivazione del

tabacco, ma nella quale non è affatto parola di divieti o vincoli riguardanti le fabbriche di liquori, distillerie ecc.

Sebbene il decreto del 1871 non fosse mai stato osservato e non si fosse dal Governo di S. Marino fatto osservare, il Giacomini credette bene di rivolgersi nel 1901 al Consiglio Principe per ottenere il permesso voluto dal summenzionato decreto, e tale permesso gli veniva accordato come segue: "Il Consiglio loda il contegno dell'istante Giacomini e ne accoglie l'istanza a termini di legge e dell'ultima convenzione col Regno d'Italia."

La convenzione col Regno d'Italia, di cui è cenno, avente la data del 28 Giugno 1897, stabiliva all'art. 37 che "riguardo alla produzione nel territorio della Repubblica dei generi che nello Stato Italiano sono o potessero essere soggetti a tasse interne di fabbricazione, il Governo di S. Marino si impegna di impedire che detta produzione ecceda la quantità occorrente al consumo della popolazione della Repubblica ed alla esportazione oltre i confini del Regno d'Italia."

Posteriormente a tale convenzione, che doveva avere la durata di dieci anni, la Repubblica concludeva il 14 Giugno 1907 col Governo d'Italia una convenzione addizionale alla precedente, in forza di cui all'art. 6 "si impegna di denunciare al Governo Italiano l'eventuale impianto nel territorio della Repubblica nei limiti della convenzione 28 Giugno 1897 di fabbriche per la produzione di generi soggetti in Italia a tasse di fabbricazione. Dal momento dell'impianto di una di queste fabbriche cesserà il diritto del Governo di S. Marino al godimento della quota parte dei redditi della tassa di fabbricazione per il prodotto fabbricato nella Repubblica, che il Governo Italiano corrisponde alla Repubblica stessa a termini dell'art. 5."

In base a tale convenzione il Governo di S. Marino con decreto 23 Febbraio 1909 proibiva in tutto il territorio della Repubblica la distillazione di qualunque qualità di spiriti, ed intimava poi personalmente al Giacomini la chiusura della sua fabbrica.

Il Giacomini, dopo aver invano replicatamente ricorso al Governo della Repubblica per essere indennizzato dei danni derivatigli dalla forzata chiusura della distilleria, intenderebbe muovere causa al Governo per conseguire il risarcimento di questi danni.

Nessuna limitazione in ordine alla durata dell'esercizio dell'industria era prefissa dal decreto del 1871. Il medesimo, ispirato

evidentemente a preoccupazioni di ordine igienico, stabiliva unicamente l'obbligo della previa autorizzazione. Questa ottenuta, nessun altro vincolo, nessuna altra condizione era imposta al libero esercizio dell'industria.

Una limitazione a questo libero esercizio, non però in ordine al tempo, ma allo sviluppo a darsi all'industria, venne in seguito imposta dalla convenzione 28 Giugno 1897, in cui al già menzionato articolo 37 era pattuito che la produzione di dati generi di consumo non potesse eccedere la quantità occorrente ai bisogni della popolazione della Repubblica ed alla esportazione oltre i confini del Regno d'Italia.

E si comprende come il Consiglio nel dare al Giacomini l'autorizzazione richiestagli, allo scopo di assicurarsi sempre più che i limiti di produzione stabiliti dall'art. 37 della convenzione non fossero sorpassati, abbia creduto di far cenno della convenzione, aggiungendo le parole "a termini dell'ultima convenzione col Regno d'Italia."

Ma con ciò il Consiglio non intese certo di specificare che il permesso veniva accordato per la sola durata di anni dieci; poichè se tale fosse stato il suo intendimento, se si fosse voluto sottoporre l'autorizzazione ad un vincolo di carattere così eccezionale, ben altre avrebbero dovuto essere le parole usate nel decreto.

Anche a supporre che nell'aggiunta "a termini dell'ultima convenzione col Regno d'Italia" fosse implicito il richiamo alla durata decennale della convenzione, non ne conseguirebbe che il permesso fosse limitato alla durata di dieci anni. Il richiamo, superfluo in sè, poichè ogni cittadino deve conoscere la legge ed ha obbligo di osservarla, non potrebbe importare altro se non avvertenza che dopo i dieci anni la convenzione del 1897 aveva fine e che nuove leggi avrebbero potuto essere emanate. Ma non potrebbe significare imposizione preventiva al Giacomini di rinunzia a quelle ragioni, che in base al nuovo stato di fatto e di diritto, che potesse crearsi in seguito, egli avrebbe potuto far valere.

Numerose sono le industrie che non possono essere esercitate senza preventivo permesso del Governo e tutte vanno soggette, come lo sono del resto tutte le industrie di qualsiasi genere, all'eventualità di disposizioni legislative che modifichino quelle attualmente in vigore. Ma non si può perciò sostenere, e pretendere di servire la giustizia, che una volta poste nel nulla le vigenti leggi, perchè se ne sono create altre, resti pure revocato ed annullato un permesso che era stato imposto per motivi che nulla avevano a che

fare colle menzionate disposizioni di legge. Di fronte alle nuove leggi l'esercente l'industria, in mancanza di speciali provvidenze legislative che gli ne facciano divieto, avrà ragione di far valere nei confronti del Governo quei diritti, che in base ai principii generali gli possono spettare; senza che gli si possa legittimamente opporre l'eccezione pregiudiziale che il permesso doveva intendersi limitato alla durata della legge in vigore al tempo del permesso stesso, e che, abrogata la legge, *ipso facto* l'industriale, continuando ad esercitare l'industria, venga a trovarsi *ex lege*.

Suppongasi che, scaduta la convenzione del Giugno 1897 col Governo d'Italia, non si fosse addivenuto per volontà di qualsiasi dei contraenti alla proroga della convenzione stessa o ad altra convenzione. Sarebbe egualmente il Giacomini venuto a trovarsi senza permesso e quindi *ex lege* allo scadere dei dieci anni? La risposta negativa non pare dubbia. E non v'è ragione di sorta perchè abbia ad essere diversa pel fatto che una nuova convenzione sia venuta a sostituirsi alla precedente.

Ritenuto, in base a quanto sopra, che il Giacomini, il quale non pretese mai di volere fabbricare alcool in quantità eccedente i limiti prescritti dalla convenzione del 1897, trovasi nella condizione di chi avesse ottenuto un permesso non sottoposto a vincoli di sorta, egli ha certo diritto di essere indennizzato per la forzata chiusura della sua fabbrica.

Era in facoltà il Governo di S. Marino per supreme ragioni di bene pubblico di stringere col Governo d'Italia quegli accordi che gli parvero migliori; ma non sarebbe giusto che un cittadino avesse colla perdita del suo patrimonio a sopportare da solo i danni dell'accordo, con grave offesa al principio di eguaglianza.

La questione è stata ampiamente discussa nelle raccolte giudiziarie del Regno allorquando si venne all'applicazione della legge 29 Marzo 1903 sulle municipalizzazioni, legge con cui si concedeva fra altro ai municipii di monopolizzare alcune industrie libere. Indubbiamente agli effetti legali la chiusura delle fabbriche dipendenti da monopolio concesso ai Comuni e quella imposta in osservanza ad una specie di monopolio concesso al Governo Italiano si equivalgono. In ambi i casi è la legge del paese che per ragioni di interesse pubblico vieta ai privati il libero esercizio di una loro facoltà, danneggiando in special modo quelli che di tale facoltà avevano fatto uso, iniziando determinate industrie. Per cui dovendo le autorità giudiziarie di San Marino, in mancanza di disposizioni al

riguardo nella legislazione della Repubblica, decidere in base a principii generali di diritto, come fecero la dottrina e la giurisprudenza del Regno, la soluzione a darsi alla questione non dovrebbe esser dubbia.

Ogni cittadino ha facoltà di esercitare quelle industrie che non sono vietate dalla legge. La facoltà attuata si trasforma in diritto patrimoniale quesito. E poichè non è giusto che i danni della soppressione o limitazione di un diritto patrimoniale privato vengano risentiti da un solo, mentre i vantaggi vanno a profitto di tutti, deve spettare al cittadino danneggiato, ove per eccezione la legge specificatamente non lo vieti, un congruo risarcimento. Ciò è concordemente ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente, in applicazione anche per ragioni di analogia dell'art. 46 della legge del 1865 sulle espropriazioni per utilità pubblica.

Quali i diritti quesiti, e conseguentemente i danni risarcibili?

Niun dubbio che sia un danno risarcibile il deprezzamento causato al materiale d'impianto adibito dal privato all'esercizio dell'industria.

Niun dubbio, per contro, che non siano dovuti i danni causati dalla privazione della facoltà di continuare l'esercizio dell'industria. Il divieto non colpisce soltanto colui che già esercita l'industria, ma tutti i cittadini, alcuni dei quali potevano avere in animo di esercire anch'essi quella stessa industria. Quindi il concedere all'industriale un indennizzo per tali danni equivarrebbe ad attribuirgli un trattamento di favore in confronto degli altri cittadini che nulla ottengono, ed a sancire così una sperequazione.

E fin qui si può dire che giurisprudenza e dottrina prevalente concordano.

Il dissenso appare molto vivo quando si viene a discutere della risarcibilità dei danni derivati dalla perdita di valore dell'avviamento.

Dicono coloro i quali negano la risarcibilità, che il valore dell'avviamento sussiste in quanto l'industria sia produttiva di utili - che tolta la facoltà di esercire l'industria viene tolta la possibilità di produrre gli utili - che per conseguenza l'accordare all'industriale un risarcimento per la perdita di valore dell'avviamento, sarebbe la stessa cosa che accordare quel compenso per la privazione della facoltà di esercire l'industria, che viceversa si è già detto non spettare ad alcun cittadino e così nemmeno all'industriale che già esercitava l'industria.

Ma tale ragionamento non può essere accolto per un duplice ordine di considerazioni.

a) In regime di libertà economica ogni cittadino ha il diritto di esercitare quell'industria che più gli talenta. Non importa che altri già la eserciti ed abbia potuto acquistare alla propria azienda un avviamento considerevole. Ognuno può sorgere a fargli concorrenza, poichè avviamento non significa monopolio. Di guisa che, se la facoltà di esercitare l'industria costituisce il presupposto logico dell'avviamento, poichè questa facoltà spetta a tutti i cittadini, non si può dire che essa sia fattore costitutivo del valore dell'avviamento. In altri termini, la facoltà di esercitare l'industria è *condizione* necessaria al sorgere dell'avviamento; ma poichè questa facoltà spetta a tutti ed è concessa a tutti quelli i quali ottemperino al disposto delle leggi, può ritenersi abbia un valore risarcibile nullo; non concorre cioè a determinare quel valore d'avviamento che è dovuto a ben altre cause, alla abilità, alla intraprendenza di chi ha saputo sfruttare quella *condizione* aperta a tutti, ma non da tutti ugualmente saputa utilizzare.

La facoltà di esercitare l'industria è dunque il presupposto, la condizione del valore di avviamento; ma essendo i due concetti nettamente divisi, ben può negarsi il diritto al risarcimento per il divieto della sopradetta facoltà senza che menomamente si neghi il diritto al risarcimento per il perduto valor d'avviamento.

Ne viene di conseguenza che il possessore di una azienda avviata, che si veggia da una legge precluso l'esercizio di un'industria, subisce, come cittadino, il danno comune a tutti gli altri cittadini di non poter più esplicare la propria attività in quel dato ramo d'industria; ma subisce per di più la perdita del valore di avviamento. Ciò appare ad evidenza non appena si ponga il caso di un industriale che non abbia già creato egli la propria industria, ma abbia acquistato l'azienda pochi giorni prima dell'emanazione della legge, che vieta l'esercizio dell'industria stessa ed abbia pagato per l'avviamento una somma. Questa somma rappresenta indubbiamente un danno *particolare* sopportato da quell'industriale e che è ingiusto sia fatto sopportare senza adeguato compenso.

b) In tema di espropriazione per pubblica utilità, l'art. 46 della legge, a cui si riferiscono trattatisti e magistrati per decidere della risarcibilità dei diritti quesiti, stabilisce che sia dovuta l'indennità ai proprietari dei fondi, i quali dall'esecuzione dell'opera di pubblica utilità vengano a soffrire un danno permanente derivante dalla perdita o dalla diminuzione di un diritto. Giurisprudenza e

dottrina sono concordi nell'ammettere che per stabilire l'ammontare del danno risarcibile bisogna riportarsi alla condizione di cose esistente al momento in cui la espropriazione è ordinata, quando cioè non ancora si sono sentiti gli effetti della espropriazione. E a quello stesso modo che, per l'art. 42 della stessa legge, l'aumento del valore che dall'esecuzione dell'opera di pubblica utilità sarebbe derivato alla parte del fondo compreso nella espropriazione non può essere tenuto a calcolo per aumentare l'indennità dovuta al proprietario, così deve ritenersi, in base ad un'evidente ragione di reciprocità, che non si può neppure tener conto della diminuzione di valore che in dipendenza dell'esecuzione dell'opera (cimitero, stabilimenti militari ecc.) ne verrebbe al fondo espropriato.

Applicando questi principii alla fattispecie, ne viene che per giudicare del valore risarcibile dell'azienda non bisogna riportarsi *a dopo* l'applicazione della legge emanata, ma al momento della emanazione della legge, e così *prima* che essa sia applicata. E ne viene che non si possa conseguentemente scontare in precedenza a danno dell'azienda la diminuzione di valore che è effetto della dichiarazione di espropriazione, ovverossia della emanazione della legge proibitiva.

Il diritto del Giacomini ad essere indennizzato dei danni subito appare tanto più evidente quando ancora si consideri per una parte che egli aveva intrapreso la sua industria fin dal 1882, senza che mai il Consiglio pensasse di richiamare in vigore in di lui confronto od in confronto di altri cittadini esercenti industrie contemplatevi, il decreto del 1871; e che il decreto stesso doveva essere talmente caduto in disuso, se pur era mai stato applicato, che il Consiglio si credette in dovere di tributare uno speciale elogio al Giacomini perchè si fosse dimostrato così rispettoso osservante delle leggi da richiedere un'autorizzazione che certamente non si riteneva più necessaria; e per altra parte che la chiusura della fabbrica fu imposta al Giacomini da un articolo di legge ispirato non a ragioni di sicurezza pubblica, di igiene o di altra pubblica necessità, ma esclusivamente a considerazioni d'ordine finanziario, all'unico scopo di locupletamento del pubblico erario. Se perciò non può disconoscersi che in base allo stretto diritto incombe al Governo di S. Marino l'obbligo d'indennizzare il Giacomini, tale obbligo gli spetterebbe a più forte ragione in base ai più ovvii principii dell'equità. *Nemo locupletari debet cum alterius jactura, summum jus summa iniuria* sono massime che non vanno applicate soltanto

nei rapporti fra privati cittadini, ma ancor più fra governanti e governati.

Torino, 19 Dicembre 1910

Prof. Luigi Einaudi

2. Pietro Cogliolo e Telemaco Martelli (parere-memoria)

FATTO

Remo Giacomini, cittadino della Repubblica, apriva nel 1882 nel Borgo Maggiore di San Marino una fabbrica di distilleria di alcool per uso del proprio caffè e per i bisogni del paese. Questa fabbrica man mano fu ampliata e perfezionata, e da essa il Giacomini ne ritrasse per oltre 25 anni - con l'aiuto anche di un figlio che ad essa si dedicò fin dalla sua fanciullezza trascurando ogni altra occupazione - guadagno sufficiente a mantenere la sua numerosa famiglia. Sebbene il Governo della Repubblica avesse fin dall'anno 1871 emanato un decreto col quale, certo per impedire la fabbricazione e lo smercio di sostanze nocive alla salute pubblica, prescriveva l'autorizzazione del Consiglio per coloro che avessero voluto attivare nuovi *mulini da grano, fabbricazione di pasta, birra, gazose, bevande alcooliche e spiriti*, quanti impiantarono fabbriche di paste alimentari, di gazose, di acque di vichy e di seltz non richiesero i permessi voluti dal suddetto decreto, ed il governo, pur conoscendone l'esistenza, non impose mai la chiusura di tali esercizi, che tacitamente approvò; e così anche il Giacomini, quando iniziò il lavoro di distillazione, non chiese alcun permesso al Consiglio, il quale solo nel 1901 (in seguito a spontanea domanda del Giacomini stesso, che a differenza degli altri esercenti desiderava di ottemperare alle formalità della legge) *lodando il contegno dell'istante, ne accoglieva l'istanza a termini di legge e dell'ultima convenzione col Governo d'Italia*.

Coll'art. 37 dell'ultima convenzione 28 Giugno 1897 il Governo di S. Marino s'impegnava d'impedire che la produzione nella Repubblica dei generi soggetti a tasse interne di fabbricazione nel Regno eccedesse la quantità occorrente al consumo della popolazione della Repubblica; per la convenzione addizionale a

quella 28 Giugno 1897 conclusa fra la Repubblica ed il Governo d'Italia il 14 Giugno 1907, il Governo di San Marino si obbligava di denunciare al Governo Italiano l'eventuale impianto nel territorio della Repubblica di fabbriche per la produzione di generi soggetti in Italia a tasse di fabbricazione: e per avere il diritto al godimento della quota parte anche sui redditi della tassa di fabbricazione sugli spiriti a termini dell'articolo 5 di detta convenzione addizionale, con decreto del 24 Febbraio 1907 proibiva in tutto il territorio della Repubblica la distillazione di qualunque qualità di spirito, intimando personalmente al Giacomini la chiusura della sua fabbrica. Il Giacomini obbediva all'ordine ricevuto e chiedeva al Governo un indennizzo pei danni che veniva a patire in causa della impostagli chiusura del suo esercizio, ma il Consiglio in una seduta del Marzo 1909 con voti 22 contrari su 40 votanti respingeva la sua domanda ed egual sorte toccava al suo secondo ricorso 12 Aprile 1909 letto nella seduta del 3 Giugno successivo.

DIRITTO

Autorizzazione e non concessione

Quando nel 1882 il Remo Giacomini apriva nel Borgo Maggiore di San Marino la sua fabbrica di distilleria, aveva vigore nella Repubblica la convenzione 22 Marzo 1862 conclusa fra la stessa Repubblica e S. M. Vittorio Emanuele II Re d'Italia: per l'articolo 27 di questa convenzione la Repubblica si assumeva l'obbligo di impedire nel suo territorio la coltivazione del tabacco. Nessun altro articolo vi è nella convenzione che limiti la produzione e l'esodo delle merci e manufatti dall'uno all'altro Stato, anzi l'art. 23 espressamente dice: "*I prodotti, generi, bestiami, manifatture e merci d'uno dei due Stati potranno liberamente circolare nell'altro, salvo soltanto i generi di privativa dei due Governi*". Per cui la produzione dell'alcool e spiriti di vario genere non era secondo la convenzione del 1862 impedita nè limitata in veruna guisa, non essendo essa privativa dei due Stati.

Il decreto poi del 23 Maggio 1871, dopo aver stabilito all'articolo 1 che "chiunque vorrà attivare nuovi mulini da grano ed altri cereali di qualunque sistema od aumentare il numero delle macchine dei mulini esistenti ed introdurrà altra modificazione o variazione qualsiasi, dovrà riportare l'analogo permesso del Consiglio Principe", all'art. 2 dice: "Eguale *autorizzazione* dovranno

riportare coloro che intendessero di attivare la fabbricazione di pasta, di birra, di gazose, *bevande alcooliche, spiriti*".

E' evidente che nella fattispecie si può parlare di autorizzazione, ma non di concessione. Innanzi tutto la parola chiara, fuori d'ogni equivoco, del decreto stesso ciò stabilisce e soltanto per dirimere ogni dubbio ci soffermiamo a richiamare i caratteri distintivi dell'una e dell'altra da applicarsi. Che cosa debba intendersi per autorizzazione e soprattutto quale ne sia la teoria giuridica, è pacifico nella dottrina del diritto pubblico, specialmente dopo i dotti lavori del Ranelletti, del Cammeo e del Forti (Ranelletti: "La teoria delle concessioni e delle autorizzazioni amministrative". Cammeo: "I monopoli comunali". Forti: "Natura giuridica delle concessioni amministrative").

Sono *autorizzazioni* quegli atti della pubblica amministrazione, i quali rimuovendo i limiti dalla legge posti alla libera attività dei privati e al libero acquisto dei diritti, danno vita attuale ad un diritto esistente solo virtualmente e potenzialmente. Le autorizzazioni fanno parte della attività giuridica dello Stato, per mezzo della quale esso provvede alla tutela del diritto: l'esercizio delle singole libertà è limitato dal principio del *neminem laedere*, dalla constatata esistenza di alcune condizioni di garanzia, le quali riguardano le persone (come nel caso di licenza di porto d'armi, di apertura di farmacia e simili) o riguardano l'oggetto dell'attività che si vuole esplicare (come nel caso di permessi per l'impianto di fabbriche, per la costruzione di opere pubbliche o di generale interesse).

L'autorità amministrativa, in base ad un apprezzamento di condizioni ad essa attribuito, rimuove i limiti imposti dalla legge alla libera esplicazione della attività industriale, e col rilasciare la cosiddetta licenza od autorizzazione o in altro modo autorizzando, permette al singolo autorizzato quello che potenzialmente era nel suo diritto di fare, ma che disposizioni speciali di legge vietavano di tradurre in atto senza il controllo della pubblica autorità (Forti, op. cit. n. 3; Ranelletti, op. cit., I n. 10, pag. 32).

Sono concessioni quegli atti amministrativi i quali creano nel privato un diritto che esso non possedeva neppur potenzialmente e che trova il titolo suo in un diritto della pubblica amministrazione. Esse fanno parte della attività sociale dello Stato, la quale tende al perfezionamento della società civile non solo colla protezione della azione individuale, ma anche coll'eccitarla nelle sue molteplici forme. (Forti, op. cit. n. 3; Ranelletti, op. cit. e loc. cit.). Le

concessioni in senso stretto sono "rapporti giuridici, propri del diritto pubblico, con cui si mira semplicemente a creare *ex novo* nel singolo una facoltà nel campo dell'attività propria a ciascuno degli enti pubblici, conferendogli un privilegio di utilità: oppure ad istituire tra l'amministrazione ed il privato un complesso di relazioni intese a provvedere ad un pubblico servizio costituente un'industria" (Forti, op. cit. 101; Ratto, *Concessioni sulle acque pubbliche nella Legge*, 1903, II, 136; Ranelletti, op. cit., I, n. 1; Cammeo, op. cit. pag. 67).

Al Giacomini che prendeva ad esercire l'industria della distillazione non veniva creato un diritto *ex novo*, competente ad esercitarlo solo l'ente pubblico Governo od altro, e a lui concesso quale privilegio, ma soltanto a lui veniva accordato quel permesso, che la legge concede a tutti coloro che nelle volute condizioni s'accingono ad esercitare un'industria non vincolata da alcun monopolio.

Nessun rapporto giuridico quindi di *concessione* è messo in essere dal decreto del 1871, ma bensì uno puro e semplice di *autorizzazione*.

Quale effetto giuridico può avere il fatto che, quantunque il decreto del 1871 richiedesse l'autorizzazione del Consiglio Principe per attivare le fabbriche di cui agli articoli accennati, pur nella continuata pratica esso non è stato mai osservato? Certo è il fatto che le fabbriche continuavano ad esistere, senza alcuna obbiezione da parte della competente autorità, che ne conosceva l'esistenza: anzi la distilleria Giacomini era proprio nei primi anni in un locale del Governo. La Cassazione di Roma ha sancita la massima che gli atti amministrativi possono avere anche la forma negativa—e cioè quando l'autorità amministrativa, che dovrebbe accordare un decreto d'autorizzazione, non obietta ad uno stato di fatto a lei noto e che da un decreto dovrebbe aver origine per esser conforme alla legge, si ritiene che questa autorizzazione sia stata *tacitamente* accordata. Che nella fattispecie ciò appunto sia avvenuto, si ha nel fatto: 1° che il Governo aveva la distilleria Giacomini in un suo locale, e non accennò mai ad alcuna pretesa o molestia; 2° che il Consiglio Principe a cui il Giacomini si è rivolto nel 1901 per ottenerne il permesso, non solo non fa alcun cenno della mancante autorizzazione precedente, ma anzi *loda il contegno* dell'istante Giacomini. Ora ciò non può spiegarsi se non ritenendo che il Consiglio ben sapeva come il Giacomini fosse in regola con la legge dello Stato, ed in ispecie col decreto del 1871. Parleremo in seguito

del valore giuridico della clausola inserita nel permesso rilasciato al Giacomini: "accoglie l'istanza a termini di legge e dell'ultima convenzione col Governo d'Italia", riservandoci di dimostrare come essa non influisca affatto sulla richiesta del Giacomini ad una indennità, per la obbligatoria chiusura del suo stabilimento.

Il Giacomini aveva un diritto quesito

Nel gran campo delle *libertà individuali* ossia, per dirla con la parola della scienza (Conf. Jellinek, *Staatslehre*, pagina 378 e segg. e *System der subjektiven oeffentlichen Rechten*, pag. 129 e segg.), in tutti i rapporti che rientrano nello *status libertatis*, l'individuo è dotato di un complesso di facoltà che può esercitare a suo piacimento, traducendole in atto mediante una determinazione della sua volontà, cioè esercitandole.

E' il diritto obbiettivo, che a tutela degli interessi generali dello Stato o dei singoli, crea e riconosce nei singoli queste libertà, come altrettante possibilità giuridiche o facoltà.

Il singolo può esercitare o non queste facoltà: se le esercita, dichiara coll'atto volitivo del loro esercizio di far *proprio* quello interesse generale per cui la legge accordò a tutti quelle facoltà; e mercè tale dichiarazione di volontà sorge un interesse individuale, tutelato dalla legge, cioè un diritto subiettivo.

Il momento giuridico dunque, per il quale in virtù di un atto volitivo individuale si traduce in fatto e si esercita una possibilità giuridica o facoltà, converte la facoltà in diritto quesito individuale.

Ciò, del resto, è principio istituzionale della scienza giuridica: "alla sussistenza di una data facoltà non è necessario che il diritto obiettivo ne abbia fatta concessione: esso presuppone la libertà di compiere atti positivi e negativi, e soltanto interviene a regolarla e a stabilirle dei confini; onde è conforme al diritto tutto ciò che non è in contraddizione con esso ed è permesso tutto ciò che non è implicitamente od esplicitamente vietato" (Bensa, *Ist. Dir. Civ.*, 1897, Torino, pag. 9): "in tema di libertà individuali il diritto che dalle leggi può derivare si individualizza mediante l'esercizio della libertà civile" (Fiore, *Dir. Civ. It.*, I, pag. 110).

Il Giacomini, che al pari di ogni altro singolo aveva la facoltà di esercitare l'industria della distillazione di spiriti, ha tradotto da anni in atto questa sua facoltà coll'esercitarla, col procurarsi i mezzi di esercizio e col fare di questa industria lo *scopo* della sua vita

industriale, finanziaria, giuridica. Egli perciò aveva il *diritto quesito* di esercitarla.

Esame della convenzione 28 giugno 1897 e della convenzione addizionale 14 giugno 1907 fra la Repubblica di San Marino ed il Regno d'Italia

Riportiamo per maggior chiarezza i vari articoli di queste convenzioni che modificano o innovano alla precedente esaminata (1862).

L'art. 36 (conv. 1897) pur stabilendo il principio della libera circolazione dei prodotti e generi da uno Stato nell'altro, aggiunge alla limitazione dei generi di privativa dei due Governi (come nella precedente convenzione) anche quelli la cui produzione o fabbricazione sia attualmente o sia per essere in uno dei due Stati sottoposta a tassa — e l'art. 37: "Riguardo alla produzione nel territorio della Repubblica dei generi che nello Stato italiano sono o potessero essere soggetti a tasse interne di fabbricazione, il Governo di San Marino, salvo quanto è stabilito all'art. 44 riguardo alle polveri piriche e agli altri prodotti esplodenti, s'impegna ad impedire che detta produzione ecceda le quantità occorrenti al consumo della popolazione della Repubblica ed alla esportazione oltre i confini del Regno d'Italia. In questo caso il Governo di San Marino si obbliga a fare volta per volta la consegna dei predetti generi agli agenti della finanza italiana, per essere scortati fino alla frontiera".

"Il Governo italiano e quello della Repubblica stabiliranno di comune accordo le norme per la sorveglianza sulla produzione di detti generi sul territorio della Repubblica".

Art. 39 "Invece del diritto del libero transito spettante alla Repubblica di San Marino sul territorio italiano per gli articoli coloniali, merci ed altri generi qualunque, e coll'intento di semplificare le operazioni nell'interesse dei due Governi, il Governo d'Italia assume l'obbligo di corrispondere alla Repubblica stessa una quota del prodotto netto delle sue dogane desunta dalla media che paga ciascun cittadino del Regno e proporzionata al numero degli abitanti di San Marino".

Art. 47 "Questa convenzione entrerà in vigore dal dì dello scambio delle ratifiche ed avrà a decorrere da quel giorno, una durata di dieci anni, salvo tacita proroga di anno in anno fino a denuncia da notificarsi sei mesi prima della scadenza".

L'art. 5 della convenzione addizionale 14 giugno 1907 dice "al prodotto netto delle dogane, in base al quale viene stabilita la quota che il Governo d'Italia si è assunto l'obbligo di corrispondere alla Repubblica con l'art. 39 della convenzione 28 giugno 1897" devesi aggiungere il prodotto netto delle tasse interne di fabbricazione sugli spiriti, sulla birra, sulla cicoria preparata, sullo zucchero, sulle polveri piriche, sui fiammiferi".

Art. 6 "Resta convenuto che il Governo di S. Marino si impegna di denunciare al Governo Italiano l'eventuale impianto nel territorio della Repubblica, nei limiti della convenzione 28 giugno 1897, di fabbriche per la produzione di generi soggetti in Italia a tassa di fabbricazione. Dal momento dell'impianto di una di queste fabbriche cesserà il diritto del Governo di S. Marino al godimento della quota parte dei redditi delle tasse di fabbricazione di cui è preceduto dall'articolo precedente, per il prodotto fabbricato nella Repubblica".

Riassumendo in poche parole il contenuto degli articoli di queste due convenzioni si ha: Il governo della Repubblica per semplificare i rapporti con lo Stato Italiano ottiene in compenso del diritto del libero transito di cui all'art. 39 conv. 1897, una quota parte del prodotto delle dogane del Regno, a cui si deve aggiungere (art. 5 conv. addiz.) il prodotto netto delle tasse interne di fabbricazione sugli spiriti, etc.; convenendosi pure (art. VI convenz. addiz.) che qualora la Repubblica permettesse l'impianto di fabbriche soggette in Italia a tassa di fabbricazione, cesserebbe il diritto del governo della Repubblica "al godimento della quota parte dei redditi delle tasse di fabbricazione di cui all'articolo precedente per il prodotto fabbricato nella Repubblica (art. VI conv. addiz.)".

La produzione in ogni caso, per l'art. 37 della convenzione 28 giugno 1897, non doveva eccedere le quantità occorrenti al consumo della popolazione della Repubblica.

Il Governo di questa per poter procurarsi un maggior reddito dallo Stato Italiano, proibiva con decreto del 24 febbraio 1909 in tutto il territorio della Repubblica la distillazione di qualunque qualità di spiriti. Il Governo così agendo aveva di mira di procurarsi un lucro, il quale andando a vantaggio della collettività costituisce un interesse pubblico.

Dati questi fatti risulta che la posizione giuridica è questa: da un lato esiste un diritto acquisito del conchiudente a esercitare l'industria della distillazione;

dall'altro lato esiste la facoltà dello Stato di interrompere l'esercizio.

Esistono due interessi opposti, dei quali l'uno, quello dello Stato è pubblico, l'altro, quello della Società, è privato: niun dubbio che tra i due interessi deve prevalere quello pubblico e deve soccombere quello privato.

Ma questi due interessi di fatto sono pure due diritti: e tra due diritti non è possibile un conflitto: essi devono coesistere – Come potranno coesistere?

Per il diritto quesito deve darsi l'indennità

Insegna la dottrina:

"Fra le modificazioni dei diritti è notevolissima, anche perchè molto frequente nel campo del diritto amministrativo, quella che si designa con l'espressione "Conversione di un diritto individuale". Con essa si manifesta la superiorità dell'interesse dello Stato, rispetto all'interesse del singolo, e nello stesso tempo trova applicazione il principio, secondo cui l'utile generale deve ricercarsi col minimo privato nocumento. Così lo Stato può espropriare un bene appartenente ad un cittadino, ma ai diritti che in tal modo vengono a cessare, se ne sostituiscono degli altri, che ai primi devono essere proporzionati (Romano, *Principii di Diritto Ammin.*, n. 47, pag. 51-52). E' principio normale e generale di diritto pubblico che tutte le volte che all'interesse generale deve esser sacrificato un diritto individuale, tale sacrificio deve essere soltanto di fatto, non potendo lo Stato ledere il diritto del singolo; e il rispetto di questo diritto individuale è garantito mediante la corresponsione di un equivalente economico, che nel patrimonio del singolo rappresenti l'interesse sacrificato (G. Ranelletti, *Responsabilità degli enti pubblici*, in Foro It., XXIII, 1888, c. 93).

L'illustre prof. Gabba in una sua recentissima pubblicazione sul *Monopolio di Stato delle assicurazioni sulla vita* così si esprime in questa questione:

"Le società hanno diritto di essere risarcite dallo Stato del danno che verrebbero a risentirne. E propriamente di tutto il danno, cioè tanto di quello che si dice danno emergente, il quale consiste in spese per avventura da esse fatte che diventerebbero inutili; quanto di quello che si dice lucro cessante, cioè dell'impossibilità in cui esse verrebbero poste di ulteriormente percepire gli ordinarii lucri della loro industria".

Riguardo all'obiezione che non si possa parlare di diritto quesito, in quanto la continuazione di un'industria è una mera facoltà

che vien data bensì dalla legge perchè si eserciti, ma che la legge può togliere, senza obbligo di risarcimento; e che il diritto acquisito può ammettersi rispetto ai contratti già stipulati e in corso di esecuzione nel giorno in cui entra in vigore la legge, ma non lo si può ammettere rispetto ai contratti non ancora conclusi in quel giorno e che sono una mera speranza, così il Gabba magistralmente risponde:

"Tutto questo ragionamento è in sostanza un voler dimostrare che fra operosità lucrosa spiegata dalle Società fino ad un dato momento e quella che esse continueranno a spiegare successivamente non vi sia un tale organico nesso, per cui i lucri futuri della industria provenienti da operazioni da farsi, si possano e si debbano considerare effetto della operosità, e quindi oggetto di un diritto patrimoniale, acquisito in virtù di quella operosità medesima".

"Ma ciò appunto non è possibile ammettere".

"Ogni industriale, individuo o società, la cui industria sia bene assisa, si è creato in questa una sicura fonte di lucri futuri, un attuale avviamento produttivo di quei lucri, garantito in pari tempo dalla operosità sua, e dal credito morale ed economico che l'industriale ha saputo acquistarsi nella cittadinanza e nel mondo commerciale; i quali lucri futuri sono talvolta il solo sperato, e fondatamente sperato compenso di fatiche e sacrifici anteriori; il quale avviamento, che dei futuri lucri si compone, è una realtà, è una utilità, un valore presente, che di commercio può essere oggetto egli stesso, e che può e deve reputarsi diritto acquisito dalla attività industriale già esercitata, non appena sia questa bene avviata. Soltanto nel caso di Società non ancora costituita si può parlare di mera facoltà di lucrare, che la legge può togliere senza obbligo di risarcimento".

Il Gabba quindi fa giustamente un richiamo all'art. 29 dello statuto fondamentale del Regno d'Italia, sostenendo che nel caso si ha un vero esproprio per pubblica utilità, e quindi si debba dallo Stato risarcire l'intero danno.

"Forse l'espropriazione per pubblica utilità non può cadere che su beni immobili? No, certamente: proprietà è ogni cosa utile spettante ad un individuo, la quale abbia valore e possa essere oggetto di commercio, e quindi faccia parte del patrimonio di colui a cui appartiene. Non sono infatti suscettibili di espropriazione per causa di pubblica utilità anche i diritti degli autori di opere d'ingegno?"

Ma un esempio eloquentissimo a favore della tesi della dovuta indennità è dato dallo Stato italiano nella legge 29 marzo 1903 sulla municipalizzazione dei pubblici servizi.

Nell'art. 25 di questa legge è statuito che agli industriali danneggiati dall'applicazione di questa legge sia corrisposta un'equa indennità, consistente nella somma dei profitti che essi avrebbero conseguito nelle annate per cui dovrebbe ancora durare la loro concessione, non oltre però il numero di venti, i quali profitti devono essere calcolati sulla media loro nell'ultimo quinquennio.

Se devono essere risarciti gli industriali spossessati a vantaggio di Comuni, tanto più lo dovranno essere gli industriali spossessati dallo Stato, in quanto che i primi hanno un tal diritto, poichè la legge del 1903 considera gli industriali quali concessionari, mentre nel nostro caso l'industria del Giacomini funzionava non già per concessione dello Stato, ma pel diritto di tutti i cittadini di esercire utile e lecite industrie.

Come la dottrina numerosissima, pure la giurisprudenza ha accolto la massima che lo Stato non può distruggere un diritto patrimoniale privato senza congrua indennità.

La Corte di Cassazione di Roma a sezioni riunite in una recentissima sentenza (15 marzo 1911) ha così sentenziato: "Secondo i principii fondamentali in questa materia, in perfetta armonia con quello dichiarato dallo Statuto all'art. 29, lo Stato può legittimamente, nell'interesse pubblico, distruggere o menomare un diritto patrimoniale privato, imporre ai privati un particolare sacrificio, ma deve compensarli con equità o come suol dirsi convertirli in una indennità adeguata. E la ragione vera di questo indennizzo, che la moderna dottrina del diritto pubblico considera anche come condizione di legittimità, deve riportarsi in un supremo principio di eguaglianza nella ripartizione degli oneri e dei sacrifici fra i privati cittadini, pel soddisfacimento dei pubblici bisogni e pel conseguimento dei fini pubblici e pel bene generale di una collettività o a sollievo di un determinato numero di cittadini; la violazione di questo principio, qualunque sia la base di diritto positivo su cui poggia, a danno di un solo cittadino, costituirebbe un'ingiustizia obbiettiva ch'egli sentirebbe, e che il nostro sistema legislativo ha voluto elidere".

Non ci pare che si possa metter in dubbio, dopo che la prevalente dottrina e giurisprudenza hanno ciò stabilito, che lo Stato pur avendo il potere di espropriare un'industria privata possa

esimersi dal dare una congrua indennità per il danno che l'industriale ne viene a risentire.

Ma vi ha di più: lo stesso Governo di S. Marino rappresentato dai plenipotenziarii Babboni e Amati, nelle trattative fatte col Regno d'Italia per la convenzione addizionale 1897, aveva espresso il parere che qualora avesse deliberata la chiusura della fabbrica del Giacomini per godere della quota parte degli utili derivanti dalla tassa di fabbricazione, avrebbe dovuto dare al Giacomini un indennizzo; e ciò risulta da una lettera dello stesso sig. Amati al Giacomini, e dalla dichiarazione dell'Amati al notaio Fattori Domenico, che tale dichiarazione giurata ha ricevuta.

Valore ed effetti dell'autorizzazione rilasciata al Giacomini nel 1901 dal Consiglio Principe

Il Giacomini nel 1901, per essere sicuro nella sua posizione giuridica di fronte alle leggi dello Stato, domandò al Consiglio Principe in base al decreto maggio 1871 il permesso per la sua distilleria.

Richiamiamo l'art. 2 del suddetto decreto, che dice: "Eguale autorizzazione dovranno riportare coloro che intendessero attivare la fabbricazione di pasta, di birra, di gasose, di bevande alcooliche e spiriti".

A ribadire l'opinione che si tratta di autorizzazione pura e semplice, e non di speciale concessione, come abbiamo già dimostrato in altra parte della nostra difesa, sta la parola precisa, chiara, non equivoca del decreto.

Per cui si deve escludere in modo assoluto che si possa parlare di concessione. Nel permesso rilasciato dal Consiglio Principe si ha poi la prova che sebbene l'autorizzazione nel 1882, epoca dell'impianto della distilleria, non sia stata esplicitamente espressa, essa è stata data tuttavia tacitamente. Sarebbe invero assurdo immaginare che l'Autorità Suprema dello Stato, a cui viene richiamato il fatto che sarebbe in contraddizione colla legge, esplicitamente lodi il contegno di chi questo fatto ha posto in essere.

Nella lode del contegno del Giacomini v'è il riconoscimento della sua osservanza alla legge.

Dice il decreto del 16 marzo 1901: "Il Consiglio loda il contegno dell'istante Giacomini e ne accoglie l'istanza a termini di legge e dell'ultima Convenzione del Governo d'Italia".

La autorizzazione accordata al Giacomini tacitamente nel 1882 viene espressamente rinnovata nel 1901, dalla autorità competente. Quindi il suo diritto acquisito prende vita nel 1882 e non nel 1901, sebbene acquisti colla successiva autorizzazione una più spiccata evidenza.

Una delle ragioni su cui si fonda la difesa della Repubblica per negare al Giacomini un'indennità è questa che nel decreto è detto che "l'istanza è accolta a termini di legge e dell'ultima Convenzione col Governo d'Italia." Ora si sosterebbe che il permesso dato nel 1901 dal Consiglio Principe è una concessione condizionata al termine della durata della convenzione del 1897, termine fissato nella stessa in 10 anni, e che quindi nel 1907 la concessione avrebbe dovuto finire; che nulla vale il fatto che nella successiva Convenzione addizionale del 1907 si dica che la precedente (quella del 1897) debba ancora durare un altro decennio, perchè la parte di quest'ultima Convenzione su cui si basa l'autorizzazione fatta al Giacomini è stata abrogata dall'addizionale Convenzione (1907), che proibisce alla Repubblica di San Marino la fabbricazione di spiriti nel suo territorio.

Ora ci sembra di poter rilevare in questa configurazione giuridica parecchie notevoli inesattezze. Dimostrato come nel caso non siamo nei limiti e nel rapporto giuridico di una concessione, ma in quello proprio di una autorizzazione, che ha creato nel Giacomini il diritto ad esercire la sua industria già fin dal 1882, cadono di per sè tutte le considerazioni che su di essa concessione si possano innestare, relativamente al tempo della sua durata.

Inesatto pure è che colla convenzione del 1907 fosse tolto alla Repubblica il diritto della fabbricazione di spiriti nel suo territorio: il nuovo rapporto era invece che il Governo d'Italia si riservava il diritto di togliere dal reddito che si obbligava a versare alla Repubblica (nel quale era compreso il prodotto netto delle tasse interne di fabbricazione sugli spiriti) quella parte dei redditi delle tasse di fabbricazione per il prodotto fabbricato nella Repubblica.

Per poter regolare questo scambio di redditi la Repubblica doveva denunciare al Governo Italiano l'eventuale impianto di una di queste fabbriche nel suo territorio (art. VI Conv. 1907).

Il Governo della Repubblica decretando la chiusura delle fabbriche di distillerie di spiriti, il 24 febbraio 1909, usava di un suo diritto indiscutibile, ma l'esercizio di questo suo diritto non ha se non un rapporto indiretto colle convenzioni del 1897 e del 1907. In queste vi è solamente contemplata la diversità del contributo

economico da versarsi dallo Stato Italiano, nel caso che fabbriche di prodotti sottoposti in Italia a tasse interne di fabbricazione, fossero impiantate nel territorio della Repubblica. Se il Governo di questa ne ha decretato la chiusura, lo ha fatto partendo dal punto di vista del suo proprio interesse, senza che a ciò fosse dalle suddette convenzioni in modo assoluto obbligato.

Per cui ci sembra che anche per chi sostiene trattarsi di una concessione, sia assai difficile dimostrare che la facoltà da parte del Governo della Repubblica d'accordare siffatte concessioni secondo la convenzione del 1897, sia stata abrogata dalla convenzione addizionale del 1907, che toglierebbe — sic et simpliciter — questa facoltà, come sostiene il Bolaffio nel suo parere. Sarebbe più giusto ritenere, pur dato e non concesso che il termine della ipotetica concessione corrisponda al termine della scadenza della convenzione del 1897, che esso debba considerarsi rinnovato per altri 10 anni a norma dell'art. VI della convenzione addizionale 1907.

Ma non è in questa configurazione giuridica, quantunque anche adatta per sostenere le ragioni del Giacomini, che noi dobbiamo insistere.

Il Governo della Repubblica invero, concedendo al Giacomini il permesso nel 1901, ha voluto dare ed ha dato una autorizzazione pura e semplice. Il richiamo fatto in esso all'ultima convenzione col Regno d'Italia non può essere che un riferimento all'art. 37 della convenzione del 1897, che imponeva i limiti alla produzione nel territorio della Repubblica.

Un possibile riferimento alla durata decennale della convenzione non è ammissibile; ed anche se lo fosse, non avrebbe che il significato di richiamare al Giacomini la possibilità che, trascorso il decennio, il Governo di San Marino poteva far nuove leggi.

Le argomentazioni svolte su questo punto dal prof. Einaudi ci paiono tanto convincenti e giuridicamente esatte, che non esitiamo a farle nostre ed a riportarle:

"Il richiamo, superfluo in sè, poichè ogni cittadino deve conoscere la legge ed ha obbligo di osservarla, non potrebbe importare altro se non avvertenza che dopo dieci anni la convenzione 1897 aveva fine, e che nuove leggi avrebbero potuto essere emanate, ma non potrebbe significare imposizione preventiva al Giacomini di rinunzia a quelle ragioni che in base al nuovo stato di fatto e di diritto che potesse crearsi in seguito, egli avrebbe potuto far valere... Di fronte alle nuove leggi l'esercente l'industria, in mancanza di

speciale decreto contenuto nelle leggi stesse, avrà ragione di far valere nei confronti col Governo quei diritti che in base ai principii generali gli possono spettare senza che gli si possa legittimamente opporre l'eccezione pregiudiziale, che il permesso doveva intendersi limitato alla durata della legge in vigore al tempo del permesso stesso e che abrogata la legge, *ipso facto* l'industriale, continuando ad esercitare l'industria, venga a trovarsi *ex lege*".

La misura del danno

Fin ora abbiamo dimostrato l'*an debeatur*, cioè il diritto alla indennità nel Giacomini: resta a provare i danni che egli ha avuto.

Tali danni sono riducibili alle seguenti categorie concettuali:

1. — materiale reso inutile per la soppressione dell'industria;
2. — altri danni emergenti per spese fatte in precedenza e che diventano inutili;
3. — avviamento perduto;
4. — lucro cessante.

E' impossibile dare di ogni categoria la prova in cifre, donde la giurisprudenza ha stabilito che in materia di danni supplisce il *bonum arbitrium iudicis*.

Tuttavia una larga documentazione testimoniale ha posto in essere elementi tali che il magistrato può decidere.

Rimandiamo il Giudice ai verbali testimoniali, e faremmo opera inutile a riportare qui le singole testimonianze.

Le deposizioni di tutti i numerosi testi assolvono interamente al compito di provare ciò che il Giacomini si proponeva col capitolo d'interrogatorio dedotto.

Da esse in modo certo risulta, che il Giacomini fin dal 1882 effettivamente impiantò la sua distilleria, avendo proprio nel suo principio al tempo in cui l'autorizzazione doveva ottenersi dal Consiglio, la sua sede in un locale del Governo di San Marino, sito in via Zupetta.

Questa circostanza è capitale al fine di provare come il Governo, che conosceva l'impianto della distilleria del Giacomini, tacitamente ne autorizzava l'esercizio anche senza che il Giacomini ne facesse specifica domanda.

Resta pure provato come il Giacomini continuasse ininterrottamente il suo esercizio, trasportato dalla prima sua sede in una casa del signor Franchini e successivamente presso la sua propria abitazione. Che dato lo sviluppo della sua azienda, avesse

associato in essa suo figlio. Che ininterrottamente aveva al suo soldo braccianti per il trasporto delle fecce e del vino guasto, ed altri per spaccar le legna usate per la sua distilleria.

Che il Giacomini faceva molte compere anche fuori della Repubblica, importando merce dal Pesarese, dal Ravennate e persino dal Meridione d'Italia.

Che moltissimi esercenti della Repubblica si servivano dal Giacomini per gli usi dei loro esercizi, ed in quantità rilevanti.

Che pure moltissimi privati della Repubblica usavano servirsi dal Giacomini per liquori, mistrà, rum etc.

Che il Giacomini dato lo sviluppo della sua azienda, oltre che i liquori comuni, fabbricava specialità sue proprie, che avevano smercio nella Repubblica fra esercenti e privati.

Che l'alcool prodotto dal Giacomini era per certe qualità superiore alla media di quello prodotto nel Regno, per cui era anche comperato per uso chimico-farmaceutico.

Che tutti i testi ammettono che il danno prodotto al Giacomini dalla chiusura della sua fabbrica deve essere stato grave.

Ma su un punto speciale delle deposizioni vogliamo portare la nostra attenzione, ed è sull'asserito contrabbando fatto dal Giacomini dei suoi prodotti oltre i confini della Repubblica. Le deposizioni che ciò dovrebbero provare sono quelle della Francesconi, maestra elementare, la quale ha inteso dire che alcuni acquistavano del mistrà dal Giacomini per poi rivenderlo con lucro fuori della Repubblica. Dice pure che il Giacomini mandava direttamente i suoi liquori fuori del territorio della Repubblica e ciò per averlo sentito dire e anche perchè dice: "vedevo dei carichi partire dall'esercizio del Giacomini. Vedendo tali carichi immaginavo che contenessero prodotti della distilleria Giacomini, ma è certo che io non constatai di mia propria scienza che cosa contenessero. Non posso dire se tali carichi si fermassero nel territorio della Repubblica, ovvero passassero il confine".

L'immaginazione di una maestra potrà pur avere un valore nelle qualità pedagogiche, ma crediamo che essa non abbia mai avuto, e difficilmente potrà avere in futuro, una decisione definitiva sul valore giuridico di una prova testimoniale. Neppure i *si dice* di persone ignote e forse interessate possono avere alcuna efficacia di prova; tanto più che a queste affermazioni vaghe, e poco convincenti, stanno di contro quelle sicure di persone conosciute che dichiarano il contrario.

Il farmacista Giovanni Vincenti, indifferente in causa, afferma: "il Giacomini non esportava i suoi prodotti all'estero, ed anzi dichiaro di escludere questo fatto, in primo luogo per la piena fiducia che ho dell'onestà e rettitudine del Giacomini, ed in secondo luogo perchè non ho mai sentito dire in paese che egli esercitasse il contrabbando" — e Urbinati Giovanni fu Pietro, che fu alle dipendenze del Giacomini e perciò in caso di essere edotto degli affari di lui, nella sua deposizione dice: "Durante il tempo in cui fui presso il Giacomini non vidi mai che il medesimo spacciasse i suoi prodotti fuori del territorio della Repubblica, così pure non mi consta dopo che io abbandonai il suo esercizio che egli abbia esercitato il contrabbando".

E Montinari: "Non mi consta nè ho mai sentito dire che il Giacomini smerciasse i suoi prodotti fuori del territorio della Repubblica".

Il fatto che il Grazia, ex socio del Giacomini, esportasse fuori del confine del vermouth — che come afferma il teste Mularoni Secondo — non era di fabbricazione interna, ma era importato dal Regno (per cui era riesportazione lecita), non può essere messo a carico del Giacomini nè sotto il punto di vista morale nè sotto quello giuridico — perchè non è provato anche se esportazione illecita era quella fatta dal Grazia, che essa era fatta per la ditta, e non fosse invece come par più probabile fatta dal Grazia stesso per suo conto e nel suo interesse.

In diritto poi il contrabbando non avrebbe l'effetto di far negare l'indennità dovuta per la imposta chiusura di un'industria liberamente permessa dalla legge, ma tutt'al più portare a quelle sanzioni legali (multe etc.) qualora fosse effettivamente provato.

Ma nella fattispecie il contrabbando che si vuol commesso dal Giacomini, secondo le prove esaminate, non è che un'ombra gettata sull'onestà del conchiudente da qualche invidioso, per non dir peggio.

L'importanza che aveva assunto l'azienda del Giacomini, oltre che dalle testimonianze dei numerosi esercenti che si servivano dal Giacomini, e di quelli che quali intermediarii acquistavano quantità di fecce e di vini in varie parti d'Italia, risulta anche da lettere delle ditte Arthur Pulwan di Napoli e Tommaso Benassi di Carpi, fornitrici anch'esse di tartaro e fecce al Giacomini; come pure da bollette della ditta L. Turchi di Rimini, fornitrice di carbone fossile per la fabbrica del Giacomini.

Queste lettere e queste bollette sono allegate agli atti.

Data tale importanza raggiunta dalla sua azienda, è naturale che il danno sofferto dal Giacomini debba esser stato ingente.

Concludiamo perciò per l'accoglimento delle nostre domande.

Genova, 28-1-912

Avv. Pietro Cogliolo
Avv. Telemaco Martelli

Consiglio di Presidenza:

Avv. Alvaro Selva, Presidente
Prof. Giovanni Gualandi, Vice-Presidente
Prof. Severino Caprioli
Avv. Pietro Chiaruzzi
Dott. Lamberto Emiliani
Avv. Luigi Lonfernini
Avv. Giuseppe Micheloni
Prof. Piergiorgio Peruzzi
Avv. Virginio Reffi
Dott. Salvatore Sesta
Dott. Francesco Virolì, Direttore

Questo fascicolo della Miscellanea è stato redatto dalla Dottoressa R. Vannucci. Hanno prestato fattiva collaborazione la Signora Loredana Ciacchi, Segretaria dell'Istituto, e la Signorina Andreina Ugolini. A loro il Consiglio di Presidenza rivolge un cordiale ringraziamento.

*Segreteria dell'Istituto Giuridico Sammarinese:
Via Salita alla Rocca - 47031 San Marino
Tel. 0549-990338*