

ANNO LXVIII - 2000/01

NUOVA SERIE A - N. 52,2

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 2

LUIGI BERNARDI, *La costituzione economica secondo la Bicamerale*, 141

CORRADO BRANCATI, *Il carattere temporaneo della missio in possessionem*, 163

PER GIACOMO MAGRI, *L'espansione degli Stati iberici in Africa ed America e la questione del patronato reale*, 209

Direttore responsabile: CARLO BO

Comitato scientifico: GIAN PAOLO CALCHI NOVATI, PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, REGINALD GREGOIRE, ANNAMARIA LUSARDI, LUIGI MARI, CARLO FANTAPPIE', LUCIO MONACO, GUSTAVO PANSINI, VITTORIO PARLATO, RICCARDO MAZZONI, GIUSEPPE GILIBERTI, EDUARDO ROZO ACUNA, CHIARA TENELLA SILLANI, LUISA TURCHIA

Redazione: MARCO CANGIOTTI, ANNA MARIA GIOMARO

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

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

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927

Stampa: Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXVIII - 2000/01

NUOVA SERIE A - N. 52,2

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

LUIGI BERNARDI *La costituzione economica secondo la Bicamerale*

ABSTRACT

Costruito come uno studio destinato alla comunicazione orale (si veda la nota asterisco di p. 143), con i richiami inseriti nel testo e una Bibliografia di riferimento in fine quale ultimo paragrafo, il lavoro si propone di discutere le proposte della Bicamerale che tratteggiano le linee di un passaggio "ad una forma di stato caratterizzata da maggiori elementi di federalismo fiscale" (se ne vedano i tratti nel § 1. *Introduzione, sintesi e conclusioni*), per giungere ad indicare le implicazioni che ne deriverebbero, e porre le prime basi per una eventuale discussione futura di riforma costituzionale, anche in campo economico.

LUIGI BERNARDI *

LA COSTITUZIONE ECONOMICA SECONDO LA BICAMERALE

SOMMARIO

1) *Introduzione, sintesi e conclusione* 2) *Il federalismo fiscale*; 2.1) *Il dibattito su ragioni e modelli del federalismo fiscale per l'Italia*; a) *Il federalismo fiscale come rendita politica*; b) *Il federalismo fiscale fondamentalista*; c) *Il federalismo fiscale della responsabilità gestionale e del controllo politico*; d) *La riflessione critica e l'opposizione al federalismo fiscale*; 2.2) *Il federalismo della Bicamerale*; 2.3) *Il difficile cammino del federalismo fiscale reale*; 3) *La legislazione economica ed il bilancio dello Stato*; a) *Adozione di una regola di equilibrio poliennale di finanza pubblica*; b) *L'inemendabilità debole*; c) *Il rafforzamento degli obblighi di copertura*; d) *L'assenza di procedure di aggiustamento automatico dei flussi di cassa*; 4) *La forma di Governo e la pubblica amministrazione*; 5) *Bibliografia*.

1. *Introduzione, sintesi e conclusioni*

La Commissione parlamentare per le riforme costituzionali (d'ora in poi la "Bicamerale"), istituita con l.c. 24 gennaio 1997, n. 1, ha concluso i propri lavori trasmettendo alla Presidenza di Camera e Senato il 4 novembre 1997 (AC, XIII, N. 3931-a; ASR, XIII, N. 2583-a) il proprio "Progetto di legge costituzionale. Revisione della seconda parte della Costituzione", secondo il testo emerso dalla pronuncia della "Commissione degli emendamenti". L'esame parlamentare del progetto è iniziato alla Camera il 26 gennaio 1998, per poi interrompersi però bruscamente e definitivamente solo pochi mesi dopo. Il *casus belli* apparente è stata l'incapacità dei gruppi di raggiungere un accordo sul modello di "semi - presidenzialismo". In realtà pare che più abbia pesato lo scollamento intervenuto tra maggioranza ed opposizione, determinato soprattutto dal fatto che quest'ultima non avrebbe ricevuto "garanzie" sufficienti sui temi della giustizia (sulla limitazione dell'autonomia della magistratura inquirente in particolare). La discussione in aula ha per altro introdotto modifiche anche di rilievo al te-

* Università di Pavia. Dedico con stima ed affetto questa nota all'amico prof. Sergio Antonelli, nel vivo ricordo degli anni del mio insegnamento nel nobile Ateneo Urbinate. Finanziamento Far 1998. Testo consegnato nella primavera 1999.

sto licenziato dalla Commissione, ma di esse non potremo tenere conto che in modo sporadico, non essendosi arrivati ad un testo definitivo collazionato.

Scopo di questa nota è di discutere brevemente le proposte della Bicamerale in materia di "Costituzione economica" (per il concetto e l'ambito di applicazione, Beretta, 1988). Tali proposte riguardano per lo più il passaggio ad una forma di stato caratterizzata da maggiori elementi di federalismo fiscale. Non è stato invece affrontato, *ratione materiae*, il complesso dei diritti economici statuiti nella prima parte della Costituzione. In misura non irrilevante, anche se lontana dall'articolazione dell'odierna letteratura sul costituzionalismo fiscale, si è invece intervenuti sulla disciplina della legislazione economica e di bilancio o di altri istituti e procedure in grado di condizionare la gestione della finanza pubblica e l'attività amministrativa, direttamente od indirettamente.

Questo testo è organizzato come segue. Il paragrafo successivo è dedicato al federalismo fiscale. Vengono brevemente richiamati i diversi modelli presenti nel dibattito italiano recente e se ne constata la eterogeneità, di motivazioni e di contenuti. Si passa poi a presentare la proposta della Bicamerale ed a discuterne i caratteri e la controversia portata innovativa, alla luce di quanto precede. Infine si confrontano le proposte federaliste con i processi concreti che da alcuni anni ed ancor più in prospettiva sono volti ad attuare un decentramento di competenze e, soprattutto, di risorse a favore degli enti periferici. Si constata il non facile iter di tali processi e la loro distanza dalle accezioni più forti di federalismo fiscale.

Il terzo paragrafo è dedicato alle specifiche proposte della Bicamerale in materia di legislazione economica e di bilancio. Confrontandole con le variegate indicazioni presenti nel dibattito attuale sul costituzionalismo fiscale si nota soprattutto che la Bicamerale aveva adottato due novità di rilievo rispetto all'ordinamento vigente: una esplicita regola di equilibrio del bilancio dello Stato e dell'intero comparto delle pubbliche amministrazioni e una clausola "debole" (ma, di fatto, sovrabbondante) di inemendabilità delle leggi di spesa, nella forma della richiesta della maggioranza assoluta dei voti per l'approvazione di provvedimenti non condivisi dal Governo. Non avevano invece trovato accoglimento formule automatiche di correzione dei flussi di cassa, quando devianti dagli obiettivi di bilancio programmati.

Il testo si chiude con alcuni accenni alle implicazioni che altre proposte di riforma del Governo e della pubblica amministrazione for-

multate dalla Bicamerale potrebbero esercitare sulla Costituzione economica. In particolare, l'indicazione esplicita per un rafforzamento dell'esecutivo e quella, implicita, per il sistema maggioritario, potrebbero contribuire ad un maggiore controllo dei deficit pubblici, ma a prezzo di una più elevata volatilità delle politiche e della sottovalutazione degli interessi di alcuni gruppi, con aumento della disuguaglianza nella società. Le norme sull'amministrazione riprendono i capisaldi dell'azione di riforma in senso aziendale in corso dal 1992-93: che risulterà però più efficace, con meno limiti e minori ritardi, non tanto per la dignità costituzionale data ai suoi precetti, quanto per effetto di una non facile opera di continuo impegno politico e normativo, quale è richiesto per superare interessi e prassi consolidate e per trapiantare con successo in un contesto di monopolio e di rendite criteri che hanno dato il meglio di sé in ambito competitivo.

Oltre ad avere un carattere retrospettivo, questo scritto, sia pure in prima approssimazione, si proietta anche verso il futuro: i punti di arrivo della Bicamerale costituiranno inevitabilmente, prima o poi, i termini di partenza di nuovi necessari sforzi di riforma costituzionale, anche in campo economico.

2. Il federalismo fiscale

2.1 Il dibattito su ragioni e modelli del federalismo fiscale per l'Italia

Com'è noto, l'Assemblea Costituente prese bensì in considerazione, ma respinse decisamente l'adozione di una forma di stato federale, e, in termini ancora più recisi, del federalismo fiscale. Certo, l'idea risorgimentale dell'unità nazionale era all'epoca ancora viva, ma vi si aggiunse un altro argomento più puntuale. Il "Rapporto della Commissione economica" presentato all'Assemblea costituente osservava infatti che "un totale decentramento delle finanze locali è accettabile solo di fronte ad un *minimum* di decentramento dei pubblici servizi ... [superato il quale] ...il finanziamento almeno in parte centralizzato dei fabbisogni locali diviene un'esigenza tanto più evidente... [per evitare che]... *i medesimi servizi* (e per avventura proprio i servizi più indispensabili ed urgenti) *dovrebbero essere pagati dai contribuenti di località diverse con aliquote ingiustificatamente sperequate a danno delle località più povere* (cit. in Fausto, 1996, corsivi nell'originale).

Un punto di vista non favorevole all'estensione della finanza periferica è anche quello poi adottato dai padri fondatori della riforma tributaria del 1972 (Cosciani, 1964 e gli scritti in materia dello stesso Cosciani e di Gerelli, Mazzocchi e Steve in Aa. Vv., 1967), i quali suggerirono anzi di eliminare buona parte degli esistenti prelievi locali, ne proposero di nuovi, ma, soprattutto, sottolinearono le crescenti difficoltà di attuare una rilevante autonomia impositiva degli enti periferici, e la conseguente necessità di ricorrere al sostanziale contributo di trasferimenti statali. Di fatto ne risulterà un sistema di finanza territoriale quasi esclusivamente derivata, specie per il livello regionale, quello di maggior rilievo per la connotazione federale della fiscalità. L'orientamento dei riformatori del 1972 non è basato su apriori teorici od ideologici ma piuttosto su considerazioni tecniche e di fatto: la tendenza delle funzioni ad estendersi oltre i limiti delle giurisdizioni inferiori; la caduta relativa degli imponibili più tipici dei tributi locali; l'affermarsi delle grandi imposte generali, personali e sugli scambi, necessariamente a carattere nazionale; gli alti costi di gestione, le duplicazioni e la cattiva qualità dell'imposizione comunale e provinciale vigente. Non si manca poi di rilevare l'estensione ridotta e la scarsa identità comunitaria della maggior parte delle Regioni, l'estrema numerosità di enti inferiori dalle dimensioni estremamente differenziate, una forte disomogeneità dei contesti socio economici e dei bisogni territoriali.

La reazione ad una finanza periferica, basata quasi per intero su trasferimenti dapprima insufficienti e poi sostanzialmente ancorati al mero parametro della spesa storica, prende però corpo con gli anni '80 e può essere schematicamente articolata in tre posizioni fondamentali a favore (tra cui ovviamente non mancano ipotesi intermedie: cfr. Tremonti e Vitaletti, 1994) e in due principali problematiche o contrarie al passaggio verso una maggiore autonomia funzionale e finanziaria periferica. Le presentiamo e le discutiamo in estrema sintesi, come segue.

a) *Il federalismo fiscale come rendita politica* – È ormai un luogo comune che, gradualmente, nel corso degli anni '80, una molteplicità di fattori abbia indotto l'elettorato italiano a rimuovere le motivazioni di tipo ideologico o collettivo a favore di valutazioni maggiormente basate sull'interesse individuale. Nel Nord professionisti, commercianti, artigiani, piccoli imprenditori ed agricoltori si affrancano così dalla copertura della Dc e dei suoi satelliti e si riversano sulle formazioni leghiste, che per prime sanno sfruttare la rendita politica estraibile dai mutati atteggiamenti elettorali.

Ci si oppone ad una pressione fiscale che comincia ad intaccare marginalmente consolidate abitudini di evasione quasi totale. Non si accetta che il prelievo così subito vada a finanziare l'inefficienza dell'amministrazione romana o l'inerzia economica attribuita ai meridionali (Ragazzi, 1998). I conti sono per lo più approssimativi: il prelievo obbligatorio *pro capite* è certo molto superiore al Nord rispetto al Sud, ma quello per unità di prodotto lo è assai di meno. Inoltre una parte di rilievo dei tributi riscossi al Nord viene in realtà esportata alle regioni che importano dalle aree maggiormente sviluppate (ad es., Fondazione Agnelli, 1998). Questo impulso al federalismo è però risultato essenzialmente sterile e sta vivendo un patetico declino. Le leghe l'hanno infatti svuotato con la formulazione di proposte estremiste e grossolane e con una pratica amministrativa locale generalmente fallimentare.

Anche tra gli altri partiti il federalismo fiscale guadagna comunque rapidamente terreno, fino a essere presentato come una sorta di panacea per tutti i mali dell'attività di governo e della gestione della finanza pubblica italiana (Buglione e Patrizi, 1998). Le proposte di decentramento e di localismo hanno trovato un fertile terreno di coltura nella crisi della prima repubblica: la crescita delle istituzioni periferiche è parsa il modo forse più naturale con cui i cittadini potevano riconquistare i poteri di cui li avevano espropriati le prassi della partitocrazia e l'autocrazia degli apparati burocratici. Ma l'interesse per il progetto è restato largamente indeterminato, tra vocazioni sincere e mero opportunismo, effettive rivendicazioni di autonomia e resistenze di amministratori locali poco propensi a rispondere in proprio della pressione fiscale.

b) Il federalismo fiscale fondamentalista – È questo il federalismo fiscale di più alto profilo, che affonda le sue radici nella tradizione delle grandi confederazioni occidentali, nel risalente pensiero localista alla Tocqueville, nei diversi filoni della teoria contemporanea, da Tiebout a Oates, a Buchanan e Brennan (per tutti, Brosio, 1996). Il federalismo fiscale si giustifica perché consente una maggiore aderenza dell'intervento pubblico alle diversità di preferenze e di bisogni locali; perché instaura una positiva concorrenza tra le giurisdizioni, che porta alla riduzione del Leviatano fiscale e favorisce mercati più concorrenziali ed un più alto grado di sviluppo; perché moltiplica i luoghi della partecipazione politica.

Una simile nozione di federalismo fiscale richiederebbe, per essere attuata, una serie di trasformazioni dirompenti dell'attuale *statu quo*

istituzionale italiano, lontane dalle sue origini e dalle sue attitudini almeno immediate: per quanto suggestiva e non priva di antecedenti illustri nel pensiero politico nazionale, non si tratta quindi di una posizione molto realistica ed in grado di affermarsi concretamente. Lo Stato dovrebbe rigenerarsi come patto tra enti di diverso livello, con pari dignità e funzioni costituzionalmente garantite *in modo esplicito*, ed un'assemblea nazionale andrebbe preposta *in via esclusiva* alla rappresentanza degli enti territoriali, delle Regioni in particolare. Per l'attribuzione delle funzioni possono applicarsi i principi di sussidiarietà e differenziazione, il cui specifico contenuto propositivo è per altro assai debole, salvo si voglia ridurre il ruolo dell'ente centrale a quello dello Stato minimo alla Nozick. La dimensione delle giurisdizioni va allargata sino a divenire "ottimale". Le entrate dei diversi livelli di governo debbono derivare in via prevalente da risorse proprie, esclusive e trasparenti, piuttosto che da un mix di fonti quale si è affermato nella letteratura e nella realtà italiane (Bosi, 1995).

In questo contesto, trasparenza e salvaguardia dei vincoli di bilancio inducono a preferire un sistema perequativo tra Regioni di tipo orizzontale, per altro non facile da conciliare col requisito di un elevato grado di autonomia tributaria periferica (cfr. il saggio di Bordignon in Monorchio, 1996), mentre all'interno della Regione la perequazione tra gli Enti locali avverrà ad opera della Regione stessa, senza legami diretti tra enti inferiori e Stato. I critici vedono per altro nella perequazione orizzontale una forma di controllo dei ricchi sui poveri, che finirebbe per risolversi in trasferimenti dall'entità determinata dal grado di altruismo dei primi, piuttosto che commisurata alle effettive necessità dei secondi (Fausto, 1996).

c) *Il federalismo fiscale della responsabilità gestionale e del controllo politico* – Con gli anni '80 si diffonde un crescente giudizio negativo sulla gestione degli enti periferici, territoriali e funzionali, ed aumentano le preoccupazioni per il contributo che da essi deriva alla crescita del debito pubblico, contributo poi in qualche modo scaricato sulla finanza statale, quale pagatore di ultima istanza. Le povere *performances* economiche degli enti sono in larga misura, e più o meno a ragione, attribuite allo scollamento tra la responsabilità della spesa (decentrata) e quella del finanziamento (centralizzato). La proposta che logicamente consegue è di riunire i due momenti del processo decisionale il più possibile in capo ai soggetti territoriali, per aumentarne la responsabi-

lità gestionale e per valorizzare gli effetti della partecipazione e del controllo politico locale (per tutti, Giarda, 1995 e 1996).

È questo, come vedremo, il modello di federalismo fiscale i cui elementi hanno maggiormente cominciato a diffondersi nella legislazione recente ed *in fieri*, anche perché gli adattamenti dello *statu quo* che richiede sono assai meno radicali di quelli necessari per il federalismo fondamentalista. Si tratta anche del modello al quale, come pure vedremo, risulta più affine la proposta della Bicamerale. Non è necessaria la parità costituzionale dei livelli di governo e una stretta garanzia della norma fondamentale a tutela delle funzioni decentrate. Queste devono estendersi, rispetto alla situazione attuale, per raggiungere i confini, per altro incerti e contingenti, tratteggiati dalla teoria: la corrispondenza tra giurisdizioni ed ambito degli effetti delle funzioni, con adeguate compensazioni per esternalità e perequazione.

Date le premesse, decisivo è invece il grado di autonomia finanziaria, da realizzare non necessariamente solo con tributi propri, ma anche con addizionali e compartecipazioni a quelli erariali, purché riferite agli imponibili locali (cfr. per tutti Bosi, 1995 e Ministero delle finanze, 1996). Differenze negli standards dei servizi oltre il livello nazionale uniforme “di cittadinanza” sono ammesse, ma, per evitare squilibri eccessivi nell’offerta pubblica e/o nel prelievo territoriale, deve operare un sistema perequativo, commisurato agli imponibili ed ai bisogni, senza vincoli di destinazione e parametrato sull’autosufficienza dell’ente più ricco (nel caso di perequazione verticale) o medio (nel caso di perequazione orizzontale). Il sistema è chiuso dall’imposizione di rigidi vincoli di bilancio.

d) *La riflessione critica e l’opposizione al federalismo fiscale* – La riflessione critica e l’opposizione esplicita alle proposte di federalismo fiscale si sono articolate fondamentalmente secondo due approcci. Il primo, quello della riflessione critica, pretende una più accurata ponderazione dei vantaggi e dei costi del decentramento (da ultimi, Buglione e Patrizi, 1998). Ai vantaggi tradizionalmente attribuiti al federalismo (come visto, maggiore efficienza nelle decisioni, più elevato grado di rappresentanza politica, superiore rispetto delle preferenze e delle differenze locali, competitività tra le giurisdizioni e frammentazione delle rendite politiche) si contrappongono i maggiori costi di transazione di una democrazia con una più spinta articolazione istituzionale ed effetti redistributivi tendenzialmente negativi per le regioni più povere. Tributi territoriali trasparenti e manovrabili, ma non trop-

po soggetti a concorrenza ed esportazione, non sono poi facili da individuare per entità elevate, mentre è difficile calibrare con precisione una perequazione che voglia, come dovrebbe, pareggiare i prezzi fiscali a livello nazionale.

L'approccio dell'opposizione radicale (per tutti, Fausto, 1996) evidenzia anzitutto la debolezza delle indicazioni teoriche favorevoli al federalismo, per il carattere restrittivo delle ipotesi su cui esse si basano. Gli stessi pretesi effetti riduttivi del decentramento finanziario sull'invadenza statale e sui deficit pubblici non sarebbero poi adeguatamente dimostrati a livello empirico. Si aggiunge che l'esperienza delle amministrazioni locali non è generalmente stata in Italia una storia di successo. Osta ancora al federalismo il profondo dualismo del paese. Abbandonare o ridimensionare il sostegno del Mezzogiorno sarebbe un errore storico, per il contributo che dal Sud può venire all'ulteriore sviluppo del paese. D'altra parte, un sistema ingente e complicato di perequazione non avrebbe molti meriti rispetto ad una finanza derivata (sul punto anche Ragazzi, 1998). A loro volta, come in parte si è già notato, i prelievi candidati alla attribuzione territoriale presentano tutti, chi più e chi meno, difficoltà di varia natura: di dimensione, di trasparenza, di imputazione locale. Meglio dunque concentrare le scarse risorse politiche ed amministrative disponibili per modernizzare lo stato centrale, per migliorarne etica ed efficienza, per non rompere la contestualità orizzontale e senza esternalità delle funzioni musgraviane.

2.2 Il federalismo della Bicamerale

La proposta di federalismo formulata originariamente dalla Bicamerale è contenuta negli artt. 55-63 del testo risultante dalla "Commissione sugli emendamenti". Ne diamo di seguito un breve sommario, evidenziando gli aspetti più rilevanti in questa sede. L'art. 55 (a differenza del vigente art. 114) include anche lo Stato tra gli enti che costituiscono la Repubblica. Diversamente dall'attuale art. 115, viene poi statuita l'autonomia di Comuni e Province, e non solo delle Regioni (d'ora in poi CPR), secondo i principi fissati dalla Costituzione. L'art. 56 stabilisce genericamente che tra livelli di governo le funzioni sono ripartite secondo i principi di sussidiarietà e differenziazione, secondo quelli di omogeneità ed adeguatezza ad ogni livello.

Confermate (art. 57) le Regioni esistenti, l'art. 58 opera un'inversione formale dell'attuale art. 117, in quanto sostituisce l'elencazione tassa-

tiva delle funzioni delle Regioni con quella dei compiti riservati allo Stato. La portata sostanziale dell'operazione è però meno innovativa di quanto sembra in apparenza: allo Stato vengono mantenute venti aree specifiche di potestà legislativa esclusiva, tra cui quelle in materia di ordinamento e funzioni fondamentali di CP e di garanzia su scala nazionale dei livelli di prestazioni concernenti i diritti sociali; vi si aggiunge la potestà legislativa di indirizzo in altri sette comparti di grande rilievo e quella riguardante la "tutela di imprescindibili interessi nazionali"; il governo centrale è poi legittimato a sostituirsi alle inadempienze di CPR che possono compromettere l'incolumità e la sicurezza pubblica; le Regioni (art. 60) possono bensì stabilire nei propri statuti organi e funzioni fondamentali (*versus* il modello unico degli attuali artt. 121-123), e possono anche (art. 61) stipulare accordi con altri enti e Stati esteri, ma è necessario l'assenso del governo nazionale.

Last but not least, l'art. 62 disciplina l'autonomia finanziaria attribuita a CPR (solo alle Regioni, secondo l'art. 119 vigente) riguardo ad entrate e spese, nei limiti però non solo della Costituzione, ma anche della legislazione nazionale. Le entrate sono costituite da imprecisati tributi propri e da una quota non inferiore al 50% dei prelievi erariali, una volta detratto l'ammontare destinato al servizio del debito, agli oneri per sicurezza e calamità naturali, alla promozione (dal centro) di un "equilibrato sviluppo economico e sociale", al fondo perequativo interregionale. Tale fondo è attribuito senza vincoli di destinazione al fine di consentire a CPR con minore capacità fiscale o maggiori costi di offrire un livello *medio*, adeguato ed efficiente, di prestazioni. La quota di partecipazione ai tributi erariali integra le risorse proprie sino a consentire l'autosufficienza della regione con maggiore capacità fiscale: la stessa aliquota si applica poi alle altre regioni. CPR non possono indebitarsi, se non per opere di investimento, e senza alcuna garanzia da parte dello Stato.

Come già detto, alcune delle disposizioni appena riassunte hanno poi subito modifiche anche di rilievo nel corso dell'esame della Camera; su tutte vi è stato un (non molto ampio) dibattito. Sulle une e sull'altro possiamo riferire solo con brevi cenni certo lacunosi, per carenza del necessario materiale informativo. La discussione parlamentare ha determinato in primo luogo un certo rafforzamento del carattere federale della Repubblica, con l'allargamento della sfera di competenza e di rilevanza degli statuti regionali. Le materie riservate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato sono state ridotte ed è stata cancellata la clausola relativa agli interventi per gli interessi imprescindibili dello Stato.

Questi aspetti hanno del resto animato anche il dibattito politico sulla proposta della Bicamerale: la relazione d'accompagnamento D'Onofrio sulla forma dello Stato ha evidenziato come si sia respinta l'accezione di Stato originato dal *foedus* tra le Regioni, per timore di una eccessiva divaricazione delle funzioni di queste ultime, e si sia preferito invece un modello di ripartizione uniforme delle funzioni, sull'esempio di Stati Uniti e Germania. Lo Stato sarebbe divenuto comunque un organo della Repubblica, ma i critici (Ragazzi, 1998) obiettano che manca un effettiva parità di poteri con CPR, e che resta in vigore un ordinamento sostanzialmente gerarchico generato dall'alto, com'è testimoniato dall'apparente permanere di rapporti diretti tra Stato e CP, saltando l'intermediazione regionale. Su questo punto, per altro non chiaro nel progetto di riforma, il dissenso è stato molto ampio, anche per effetto del ruolo confuso attribuito al nuovo Senato, come Camera delle Regioni, di garanzia, e con residui poteri legislativi (Bordignon, 1998; Buglione e Patrizi, 1998).

Si è apprezzata (Buglione e Patrizi, 1998) l'enunciazione dei principi di sussidiarietà etc. per la ripartizione delle funzioni, ma non si è potuto non osservare da un lato che tali principi sono attuabili anche in un contesto di mero decentramento, dall'altro che non vengono tradotti in attribuzioni di esplicite funzioni costituzionalmente garantite, un cardine del federalismo, lasciando l'impressione di un certo vuoto funzionale ed amministrativo (Ragazzi, 1998), che potrebbe risolversi anche nella mancanza di un effettivo spostamento di poteri dal centro alla periferia (Buglione e Patrizi, 1998), vista la stessa entità delle nuove risorse di cui è prevista l'attribuzione agli enti territoriali (di fatto non molto superiori a quelle attuali, proprie e derivate).

Uno dei punti forse più tormentati sia nell'esame parlamentare che nel dibattito politico e della letteratura ha poi riguardato la previsione di trasferimenti perequativi legati all'erogazione adeguata di standard *medi* di prestazioni, sia pure con economicità ed efficienza. L'uniformità nei livelli *medi* dei servizi pare un requisito logicamente poco consistente od eccessivo, la misura dell'efficienza non facile, il legame con la generica capacità fiscale regionale troppo tenue e da sostituire con una più puntuale commisurazione agli imponibili potenziali (al lordo, cioè, dall'evasione) (Ragazzi, 1998). Anche la scelta prevalente a favore delle partecipazioni ai tributi erariali è stata contestata: si tratta di una forma poco trasparente di finanziamento, scarsamente manovrabile a livello di CPR, poco responsabilizzante e difficile da collegare ai servizi erogati (Buglione e Patrizi, 1998).

In definitiva la proposta della Bicamerale è piaciuta poco ai fautori più convinti di un federalismo fiscale forte, in quanto si è più prudentemente collocata su un percorso di graduale decentramento delle funzioni statali, e, invece, di più accelerata attribuzione di risorse agli enti periferici, ma in forme non particolarmente scomode da gestire per gli amministratori locali. Si tratta di una prospettiva non irragionevole, da iscriversi a buon diritto nel modello di riferimento della responsabilità gestionale e del controllo politico, ma le molte mediazioni operate e le molte scelte rinviate alla legislazione ordinaria indeboliscono o rendono poco decifrabile la reale portata del progetto.

***2.3 Il difficile cammino del federalismo fiscale reale*¹**

Il livello delle entrate proprie di CPR è tuttora del tutto minoritario, rispetto al prelievo erariale che grava sul territorio e che rappresenta quasi il 90% del carico tributario complessivo. Tuttavia, l'attuale grado di autonomia fiscale (e, quindi, di copertura della spesa, dato il tendenziale pareggio dei bilanci) è già molto superiore a quello esistente agli inizi degli anni '80, quando, come già rilevato, ne iniziò una sensibile crescita, indotta dall'affermarsi sia di una visione critica sul sistema vigente di finanza derivata, sia di crescenti esigenze verso il riequilibrio dei conti pubblici, anche con il concorso degli enti decentrati. Il livello di autosufficienza fiscale di questi ultimi sta ora affrontando nuove prospettive di espansione, in cui non manca però una molteplicità di aspetti problematici.

L'autonomia fiscale delle Regioni è quasi raddoppiata dal 1982 al 1997, passando dall'8% al 15% degli incassi totali, pur escludendo dal computo l'attribuzione, rivelatasi solo formale, dei contributi sanitari. La crescita, realizzatasi in prevalenza negli anni '90, è stata contrassegnata da una prima accelerazione nel 1993 (tasse automobilistiche) ed una seconda nel 1996 (devoluzione di una quota dell'accisa sulla benzina). Ancora più accentuata è stata la dinamica dell'autonomia tributaria di CP, dall'8% anche per essi del 1982 al 29% del 1997, con un break strutturale dovuto all'adozione dell'Ici nel

¹ Questo paragrafo risente maggiormente delle iniziative assunte dopo la consegna del Testo e del dibattito ancora in corso sull'argomento. Purtroppo non si è potuto tenerne conto quando il lavoro era già in bozza.

1993-94. Nel frattempo venivano progressivamente allargate le competenze degli enti periferici, per effetto non solo di alcuni provvedimenti generali, come il dpr n. 617/1977 sul trasferimento di funzioni alle Regioni ed agli enti inferiori, ma anche di una molteplicità di normative di settore. A sua volta, in virtù di un incessante lavoro istituzionale, il sistema dei trasferimenti veniva di continuo alleggerito (in contropartita al conferimento di maggiori risorse proprie) e più di una volta rimodellato, con un parziale allontanamento dal criterio della spesa storica e da stringenti vincoli di destinazione, a favore di una più stretta commisurazione ai fabbisogni di servizi ed alle esigenze perequative (cfr. i saggi di Osculati e Frascini in Bernardi, 1994-1998).

L'iter sin qui sommariamente richiamato sta subendo, come si è detto, una significativa accelerazione a partire dallo scorso anno. L'autonomia tributaria delle Regioni è anzitutto aumentata con l'introduzione dell'Irap e della connessa addizionale regionale all'Irpef dello 0,5%: l'incremento delle entrate proprie dovrebbe essere stato di circa sette punti, ma è più apparente che sostanziale, tenendo conto che nel primo triennio l'applicazione dei nuovi prelievi è uniforme su scala nazionale, oltretutto vincolata al finanziamento della sanità (cfr. il saggio di Bordignon in Bernardi, 1997). I trasferimenti alle Regioni avrebbero dovuto essere ricondotti, sanità a parte, in un nuovo "Fondo di compensazione interregionale", di cui si è però stimata l'incapacità di impedire possibili divaricazioni troppo accentuate nella disponibilità di risorse tra regioni ricche e povere (cfr. il saggio di Arachi e Zanardi in Bernardi, 1998). Sempre dal 1998, ai Comuni è stata attribuita una compartecipazione all'Irap (ma in sostituzione dell'abrogazione dell'Iciap) ed è stata concessa una maggiore autonomia normativa sui tributi propri: a beneficiarne dovrebbe essere soprattutto l'Ici, che è tuttavia destinata a subire per altro verso nuovi vincoli centralistici, in conseguenza del prossimo aggiornamento degli estimi e della riforma della tassazione immobiliare, inserita in uno dei provvedimenti collegati alla manovra di bilancio per il 1999.

Un altro processo di decentramento amministrativo è quello avviato con la "Bassanini-uno", la cui attuazione procede per altro con notevoli ritardi. In linea di principio le funzioni da trasferire sono ampie e numerose, in omaggio al criterio di sussidiarietà. Di fatto la loro entità è stata però stimata nell'intorno dei 20.000 miliardi circa, cioè non molto più del 2% della spesa pubblica complessiva. Per il finanziamento è stata poi attribuita dal 1999 un'addizionale comunale all'Irpef (che è così ormai compartecipata da Stato, Regioni e Comuni), il

cui gettito prevedibile almeno per ora non va però oltre i 5.000 miliardi. Altre risorse andranno quindi individuate, a favore delle Regioni o degli enti locali. Non sembra essersi avviata la mobilità di fattori materiali (uffici, personale etc.), per cui l'effetto di efficienza dell'operazione potrebbe risultare inferiore alle attese, così come quelli di semplificazione e di autonomia, data la pluralità di prerogative e di concerti mantenuti allo Stato centrale (cfr. i contributi di Bertonazzi e Fraschini in Bernardi, 1998).

Il complesso procedere del federalismo reale è confermato dal processo in atto per la riforma della finanza regionale. La Bicamerale, come abbiamo visto, prevedeva la compartecipazione delle Regioni al 50% dei tributi erariali, al netto della riserva per le funzioni centrali dello Stato, ed a supporto, come si è visto, anche di un qualche non radicale trasferimento di competenze. Il Dpef 1999-2001 propone una prima attuazione di questo disegno, ipotizzando l'attribuzione alle Regioni di quote non irrilevanti di alcuni tra i maggiori tributi erariali. Questo indirizzo, dopo una lunga e controversa gestazione, è stato da ultimo (febbraio 1999) concretizzato dal Governo con la proposta di devolvere alle Regioni gli introiti derivanti dal 20% dell'Iva, da un incremento fino al 2% dell'addizionale Irpef, e da uno del 50% della vigente quota di accisa sulle benzine. Si è aggiunto, come tributo proprio, il bollo auto, fatto pari in tutte le regioni (esclusa l'Emilia Romagna) ai valori erariali del 1998. Vengono però eliminati tutti i trasferimenti, compreso quello sanitario ed escluso un nuovo fondo perequativo, commisurato alla capacità fiscale ed ai fabbisogni sanitari (oltreché, nell'immediato, alla spesa storica). Sono gradualmente aboliti anche i vincoli di destinazione, in particolare per la sanità, dove l'obbligo di devolvere alle prestazioni un ammontare parametrato sulla quota capitaria nazionale verrà sostituito dal monitoraggio esterno sui servizi offerti. Le risorse proprie delle Regioni sono quindi destinate a crescere, e con esse i margini di autonomia nel loro utilizzo: per il momento, tuttavia, non sembra si vada oltre lo stretto necessario per coprire le funzioni esistenti e decentrate, mentre la libertà di manovrare le nuove entrate tributarie risulta molto limitata, quando non impossibile, di diritto o di fatto (Iva e accisa sulle benzine).

Il cammino, oggettivamente difficile, del federalismo reale si sta dunque muovendo con molta gradualità e prudenza; la preoccupazione di non eccedere con le discontinuità amministrative e di non creare squilibri contabili sembra prevalente, rispetto al timore di dar corso ad un processo di limitata progettualità e senza grandi attrattive politi-

che. Del resto i gradi di libertà per la prospettiva federalista si sono anche ristretti per le pressanti esigenze di rigore finanziario legate all'ingresso ed alla permanenza del nostro paese nell'Unione monetaria europea. La manovra di bilancio del 1997, partendo dalla giusta esigenza di limitare la volatilità della spesa periferica consentita dalle allora esorbitanti giacenze liquide di Tesoreria degli enti decentrati, ha introdotto un sistema di controlli di cassa che si è progressivamente evoluto in una programmazione concertata con il Tesoro del fabbisogno finanziario degli enti stessi, con inevitabili condizionamenti sull'autonomia decisionale di questi ultimi. Il Dpef 1999-2001 e la manovra di bilancio per il 1999 hanno rafforzato i vincoli di concertazione, introducendo il cosiddetto "Patto di stabilità interno" che, sul modello di quello in vigore tra i Paesi dell'area euro, prevede la riduzione dell'indebitamento netto degli enti, da raggiungere con economie di spesa ed aumenti di entrata, secondo quote concordate di concerto nelle Conferenze Stato - Regioni ed Enti locali.

3. La legislazione economica ed il bilancio dello Stato

I costituenti del 1947 erano stati molto parsimoniosi in materia di legislazione economica e di bilancio dello Stato. Le disposizioni vigenti in materia si riducono ai quattro noti commi dell'art. 81, di cui solo l'ultimo "*Ogni altra legge che importi nuove e maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte*" (corsivo nostro) suscitò un animato dibattito (Beretta, 1988). Einaudi, in particolare, anticipando argomenti oggi in gran voga, propose di riservare al Governo la presentazione di iniziative di spesa, condividendo la tesi che con il tempo il Parlamento si era trasformato da controllore a sostenitore della spesa stessa. La previsione apparve (giustamente) troppo limitativa delle prerogative parlamentari e si stemperò nella norma appena richiamata (in cui Einaudi avrebbe allora voluto inserire "provvedere" al posto del più blando "indicare" suggerito da Mortati), poi per altro largamente disattesa ed elusa fino agli anni più recenti e comunque anteriori alle ll. 468/1978 e 362/1988 di riforma delle procedure di bilancio ed alle modifiche apportate nell'ultimo decennio ai regolamenti parlamentari in merito alla quantificazione degli oneri dei provvedimenti di spesa.

La letteratura più attuale (per tutti, Von Hagen, 1992) ha però evidenziato il ruolo cruciale che istituzioni e procedure svolgono nel determinare gli esiti dei bilanci pubblici, un risultato di grande rilievo

in un periodo in cui gli equilibri contabili sono divenuti un vincolo ad un tempo più stringente e più difficile che in passato. Di qui la formulazione e, talora, l'adozione di un vasto armamentario di nuove proposte di regolamentazione, anche costituzionale, della legislazione economica e di bilancio (per tutti, in generale, cfr. Alesina e Perotti, 1994, e Giarda e Parmentola, 1990; sul caso italiano, Alesina, Marè e Perotti, 1996 e Ragazzi, 1997).

Forse influenzata da questi orientamenti, la Bicamerale (art. 103) ha proposto un'ampia revisione delle disposizioni vigenti in materia di legislazione economica e di bilancio. Si conferma che la legge di bilancio non può stabilire nuovi tributi e nuove spese. Si aggiunge però che essa stabilisce l'equilibrio annuale e pluriennale dei conti dello Stato e per il complesso delle amministrazioni pubbliche. Si statuisce che l'indebitamento è ammesso solo per spese di investimento o in caso di eventi straordinari e che proposte di modifica della manovra di bilancio sono consentite solo nel rispetto dei saldi programmati. Infine si riforma il quarto comma dell'art. 81, confermando che le leggi che comportano nuovi o maggiori oneri indicano i mezzi per farvi fronte *“per l'intero periodo di applicazione, nell'osservanza dei limiti stabiliti per il ricorso all'indebitamento con la legge di bilancio”* (corsi-vo nostro). Soprattutto *“in caso di opposizione del Governo, le Camere possono approvare disposizioni che comportano maggiori oneri a maggioranza assoluta dei componenti”* (idem). Questo insieme di disposizioni contiene principalmente quattro aspetti che meritano un breve supplemento di discussione.

a) *Adozione di una regola di equilibrio poliennale di finanza pubblica* – La regola vale per l'intero comparto delle pubbliche amministrazioni, ma prevede come unica determinazione specificamente protetta (sull'esempio tedesco) il criterio “aureo” per cui l'indebitamento è normalmente ammesso solo per le spese di investimento. Per il resto, la determinazione del livello di equilibrio dei conti pubblici è lasciata alla discrezionalità del Parlamento, che tuttavia la può esercitare (ma questo la Bicamerale non lo dice) solo nei limiti consentiti dal “Patto di stabilità”, concordato a livello europeo al vertice di Amsterdam del 1997 dai paesi dell'area euro. Il “Patto” prevede il pareggio od il surplus dei bilanci pubblici a medio termine (nel 2002, secondo il Consiglio Ecofin di novembre 1998) e comunque il divieto di deficit superiori al 3% del Pil. Questa previsione contraddice però l'ammissibilità del finanziamento in deficit di un maggior volume di

investimenti, prevista invece senza limiti, come si è visto, dalla Bicamerale. Non sono state inoltre accolte altre regole di stabilizzazione dei bilanci pubblici: in particolare e ad esempio, l'imposizione di un limite alla spesa, una proposta ricorrente, ma non unanime, in letteratura, suggerita per l'Italia anche da un rapporto del Fondo monetario internazionale, elaborato negli anni di maggior squilibrio dei conti pubblici italiani.

b) L'inemendabilità debole – L'originaria proposta di Einaudi di consentire solo al Governo di presentare iniziative di spesa ritorna ampiamente nel costituzionalismo fiscale contemporaneo, affermandosi che questa disposizione avrebbe l'effetto di contenere la proliferazione della spesa e di rendere più trasparenti i ruoli rispettivi di Governo e Parlamento (per tutti cfr. il saggio di Masciandaro in Monorchio, 1996). Più in generale è assai diffusa nella letteratura odierna la tesi secondo cui il controllo dei bilanci pubblici sarebbe tanto più efficace quanto più fosse enfatizzato il ruolo del Governo, rispetto a quello del Parlamento, un'opinione spesso sostenuta anche dal Tesoro italiano e dalla Ragioneria generale.

La Bicamerale non ha accettato la tesi dell'inemendabilità parlamentare, in parte alla luce di considerazioni analoghe a quelle svolte dai costituenti del 1947 circa le prerogative del Parlamento ed in parte perché la normativa esistente (con la "blindatura" dei saldi del bilancio dello Stato attraverso la risoluzione parlamentare di approvazione del Dpef prima e con la Legge finanziaria dopo) e la prassi più recente smentiscono la pretesa opera parlamentare di distruzione degli equilibri contabili programmati dal Governo (cfr. il saggio di Scotti, in Ragazzi, 1997). Rifiutata l'emendabilità come tale, la Bicamerale ne ha però accettato la variante "debole" del requisito della maggioranza assoluta per le spese cui si oppone il Governo, soluzione di principio sovrabbondante se le blindature di cui sopra sono effettivamente operanti. Il senso della proposta di maggioranza assoluta è comunque quello chiarito, da non confondere con quello più familiare ad esso attribuito in un contesto di *public choice*, di un qualche compromesso, cioè, tra costi esterni e costi di transazione della scelta (Mueller, 1997).

c) Il rafforzamento degli obblighi di copertura – La Bicamerale propone di rafforzare gli obblighi di copertura statuendo a livello costituzionale che essi devono riguardare l'intero arco di tempo della spesa e che le proposte di modifica della legge di bilancio non ne possono alte-

rare il saldo. Sono due disposizioni nella sostanza già presenti nella legislazione contabile ordinaria, a cui più che il rango costituzionale servirebbe una migliore qualità delle stime degli oneri dei provvedimenti, da parte sia del Governo, sia del Parlamento, che dispone allo scopo di uffici qualificati, anche se di dimensione non comparabile, ad esempio, al CBO degli Stati Uniti (cfr. lo scritto di Fotia in Ragazzi, 1997).

d) *L'assenza di procedure di aggiustamento automatico dei flussi di cassa* – La Bicamerale non ha ritenuto di dover dare dignità costituzionale all'introduzione di eventuali meccanismi di correzione automatica delle deviazioni dei flussi di cassa rispetto agli obiettivi di bilancio programmati, sull'esempio del c. d. "Gramm – Rudman – Hollings Act", adottato dal Congresso degli Stati Uniti nel 1985. A spingere in questa direzione sono probabilmente stati sia il successo solo parziale dell'esperienza americana (cfr. il saggio di Leloup ed altri in Giarda e Parmentola, 1990), sia la difficoltà di adattarla alle peculiarità delle istituzioni italiane, rilevate in particolare da una ricerca svolta dall'Irs nel 1989 per la Commissione tecnica per la spesa pubblica. In realtà un impegno per il Governo di correzione delle deviazioni di cassa rispetto agli obiettivi ha fatto un'effimera comparsa nella manovra di bilancio per il 1996, motivata anche da un clima di grande incertezza politica, ma ha trovato poi attuazione nella consueta forma di un (poco efficace) decreto legge. Un meccanismo di rettifica discrezionale *in itinere* dei flussi di cassa è invece quello concertato tra Tesoro, amministrazioni centrali ed enti periferici, che opera, come abbiamo visto, dal 1997.

4. La forma di Governo e la pubblica amministrazione

Il Titolo II della proposta della Bicamerale ("Il Presidente della Repubblica") ed il Titolo III ("Il Governo") avevano delineato una forma di governo semipresidenziale, sulla quale, come già detto, si è ufficialmente arenato l'esame parlamentare del progetto di riforma costituzionale. Le propensioni della Bicamerale, del dibattito ad essa collegato e delle riforme adottate di recente da altre democrazie parlamentari sono comunque univocamente orientate a favore del rafforzamento del ruolo del premier all'interno del Governo, e del Governo nei confronti del Parlamento.

La Bicamerale non ha invece formulato proposte riguardo al siste-

ma elettorale, la cui regolamentazione è tradizionalmente demandata alla legislazione ordinaria. Nella Relazione d'accompagnamento Salvi sulla forma di Governo si legge per altro un'esplicita preferenza per un sistema largamente maggioritario basato su collegi uninominali, in grado di favorire un sistema partitico bipolare e coalizioni compatte e stabili, nella logica della democrazia dell'alternanza.

In letteratura (per tutti, Alesina e Perotti, 1994) sembrano davvero pochi i dubbi sul fatto che, sia il rafforzamento dell'esecutivo e del premier, sia l'adozione del sistema maggioritario favorirebbero un maggiore controllo dei conti pubblici, ed un minore accumulo di debito. La catena causale di questa relazione parte appunto dal sistema maggioritario, che genera coalizioni a partito unico o comunque molto coese, che a loro volta supportano Governi di maggiore durata, al cui interno sono più contenute le "guerre d'attrito" e i costi di transazione necessari per distribuire gli oneri degli aggiustamenti di bilancio.

Il contenimento del debito associato al sistema maggioritario ha però due costi, di cui uno è la conseguenza dell'altro. Anzitutto un sistema bipolare presenta una più accentuata volatilità delle politiche, rispetto a coalizioni emergenti dalla proporzionale e, in questo modo, possono essere sistematicamente trascurati gli interessi di alcuni gruppi sociali non centrali nei due poli. È forse per questo che i paesi europei hanno mostrato negli ultimi due decenni una non trascurabile correlazione tra disuguaglianza dei redditi e disproporzionalità del sistema elettorale (cfr. lo scritto di Bernardi in Monorchio, 1996).

Agli artt. 106 e 107 il progetto della Bicamerale contiene infine alcune disposizioni innovative in tema di pubblica amministrazione. In particolare si statuisce la differenza tra organi di indirizzo politico e di attuazione amministrativa, l'adozione di moduli organizzativi improntati ad efficacia ed economicità, la responsabilizzazione dei pubblici funzionari, la contabilità di costi e rendimenti. Si tratta dei capisaldi sui cui si sta cercando di riorganizzare in senso aziendale la pubblica amministrazione italiana, a partire dal d. lgs, n. 29/1993, per andare alle riforme "Cassese" del 1993-94, a molte leggi di settore, per finire con le varie "Bassanini" succedutesi dal 1997. Quasi tutti i punti indicati sono in effetti già stati affrontati dalla legislazione ordinaria (compresa la riforma della contabilità degli Enti territoriali e del bilancio dello Stato), ma per la maggior parte di essi si registrano ritardi e limiti di applicazione (cfr. i saggi di Bertone e di Virno in Bernardi, 1998) a cui altre disposizioni successive hanno poi cercato di ovviare.

Anche in questo caso è dubbio che la dignità costituzionale dareb-

be più efficace alla disciplina in questione, la cui attuazione si scontra piuttosto con intuibili resistenze di interessi e mentalità consolidate, che solo l'impegno politico ed un prolungato lavoro normativo possono alla fine superare, sempre che i modelli organizzativi e funzionali aziendali possano essere trapiantati con successo da un contesto competitivo ad uno monopolistico, dominato da variegate posizioni di rendita.

5. Bibliografia

- AA. VV., *La riforma fiscale in Italia*, Milano, Franco Angeli Editore, 1967.
- ALESINA A., MARÈ M., PEROTTI R., *Le procedure di bilancio in Italia. Analisi e proposte*, in GALIMBERTI F., GIAVAZZI F., PENATI A., TABELLINI G. (a cura di), *Le nuove frontiere della politica economica 1996*, Milano, Il Sole – 24 Ore Libri, 1996.
- ALESINA A., PEROTTI R., *The Political Economy of Budget Deficit*, Imf Working Paper, WP/94/85, 1994.
- BERETTA S., *La 'Costituzione economica': genesi e principi*, in *Il Politico*, 1988.
- BERNARDI L. (a cura di), *La finanza pubblica italiana. Rapporti 1994-1998*, Bologna, Il Mulino, 1994-1998.
- BORDIGNON M., *Federalismo, semplificazione e mercato*, in CASSESE S. e GALLI G. (a cura di), *L'Italia da semplificare: le istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 1998.
- BOSI P., TABELLINI G., *Un passo più coraggioso verso il federalismo fiscale*, in *Il Mulino*, 1995.
- BOSI P., *Regionalismo fiscale e autonomia tributaria: l'emersione di un modello di consenso*, in *Rassegna tributaria*, 1995.
- BROSIO G., *Federalismo politico e federalismo fiscale*, in GIARDINA E., OSCULATI F., REY M. (a cura di), (1996).
- BUGLIONE E., PATRIZI V. (a cura di), *Governo e governi. Istituzioni e finanza in un sistema a più livelli*, Milano, Giuffrè, 1998.
- COSCIANI C., *Stato dei lavori della Commissione per lo studio della riforma tributaria*, Milano, Giuffrè, 1964.
- FAUSTO D., *Il federalismo fiscale: un falso rimedio nel caso italiano*, in *Economia delle scelte pubbliche*, 1996.
- FONDAZIONE AGNELLI, *Dal risanamento all'Euro. Evoluzione recente del residuo fiscale nelle Regioni italiane*, Torino, 1998.
- GIARDA P., *Regioni e federalismo fiscale*, Bologna, Il Mulino, 1995.
- GIARDA P., *Alcune proprietà di un sistema di federalismo fiscale*, in GIARDINA E., OSCULATI F., REY M. (a cura di), (1996).
- GIARDA P., PARMENTOLA N., *Bilanci pubblici e crisi finanziaria*, Bologna, Il Mulino per il Formez, 1990.
- GIARDINA E., OSCULATI F., REY M., (a cura di), *Federalismo*, Milano, Franco Angeli, 1996.
- MINISTERO DELLE FINANZE, *Proposte per la realizzazione del federalismo fiscale*, Roma, 1996.

- MONORCHIO A. (a cura di), *La finanza pubblica italiana dopo la svolta del 1992*, Bologna, Il Mulino, 1996.
- MUELLER D.C., *La teoria delle scelte collettive II*, trad. it., Napoli, Idelson, 1997.
- RAGAZZI G. (a cura di), *Trasparenza nei conti pubblici e controllo della spesa*, Milano, Franco Angeli, 1997.
- RAGAZZI G., *L'ordinamento federale della Repubblica. Commento al progetto di legge costituzionale approvato dalla Commissione bicamerale*, in *Economia pubblica*, 2, 1998.
- TREMONTI G., VITALETTI G., *Il federalismo fiscale: autonomia municipale e solidarietà sociale*, Bari, Laterza, 1994.
- VON HAGEN J., *Budgeting Procedures and Fiscal Performance in the European Community*, 1992, mimeo.

CORRADO BRANCATI

Il carattere temporaneo della missio in possessionem

ABSTRACT

La *missio in possessionem* appare nelle fonti un fenomeno assai differenziato nelle sue ipotesi applicative; tuttavia sembra di poter riscontrare che la temporaneità rappresenti una caratteristica comune alle molteplici clausole edittali. Le varie forme di immissione erano infatti tutte ordinate per offrire una tutela provvisoria; unica eccezione la *missio in rem*, creazione postclassica con finalità esecutive abolita da Giustiniano in modo perentorio.

La temporaneità può essere verificata con una certa agevolezza nella *missio in possessionem rei servandae causa*, fase della *bonorum venditio*, e nella *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa* che terminava con la soddisfazione dell'impresso realizzata *in iure* o in altro modo. Ma la temporaneità era presente anche in ipotesi nelle quali a prima vista oggi può sembrare più difficile scorgerla: risulta essere caratteristica della *missio in possessionem Antoniniana* che già presentava elementi di esecutività, come pure caratterizzava la *missio in possessionem ex Carboniano edicto*, sebbene in questo caso l'immissione poteva protrarsi per un lasso di tempo assai prolungato. La temporaneità appare inoltre elemento essenziale della *missio in possessionem damni infecti nomine* in quanto la vera immissione era limitata al tempo intercorrente tra primo e secondo decreto.

La temporaneità può quindi fornire un primo elemento per un tentativo di ricostruzione unitaria del variegato fenomeno della *missio in possessionem* e una conferma di tale possibilità nasce dall'osservazione che la *missio in possessionem*, in tutte le sue manifestazioni, era un atto *magis imperii quam iurisdictionis*.

CORRADO BRANCATI

IL CARATTERE TEMPORANEO DELLA MISSIO IN POSSESSIONEM

SOMMARIO

0) *La temporaneità*; 1) *La missio in possessionem rei servandae causa come procedura temporanea volta alla bonorum venditio*; 2) *La missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa come tutela provvisoria dei diritti del legatario e del fedecommissario*; 3) *La missio antoniniana tra esecutività e temporaneità*; 4) *La missio in possessionem ventris nomine, una tutela per il nascituro*; 5) *La missio in possessionem ex Carboniano edicto, una tutela per l'impubere*; 6) *Missio in possessionem damni infecti nomine, la temporaneità tra primo e secondo decreto*; 7) *La missio in rem: eccezione postclassica*; 8) *La temporaneità ed ulteriori elementi base per una ricostruzione unitaria della missio in possessionem, atto magis imperii quam iurisdictionis*.

Ordinato dal pretore in una ampia serie di casi molto differenziati tra loro¹, il provvedimento di *missio in possessionem* ciononostante era

¹ In D. 42, 4, 1 Ulpiano enumera tre casi in cui l'immissione era *in bona* ossia nel complesso dei beni ereditari – *missio in possessionem rei servandae causa, missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa, missio in possessionem ventris nomine* – ed una in cui l'immissione era nel singolo bene, ossia la *missio in possessionem damni infecti nomine*. In realtà Ulpiano in questa enumerazione sembra dimenticare ulteriori casi di immissione di cui si trova traccia nelle fonti. LENEL (*Edictum perpetuum*, Parigi, 1927, p. 72), ritiene, infatti, che l'immissione fosse concessa anche nel caso di *qui iudicio sistendi causa fideiussorem non dedit*; giustamente però SOLAZZI (*Il concorso dei creditori nel diritto romano*, I, Napoli, 1937, p. 17, 29), mostra che tale clausola doveva essere ricompresa nella *missio in possessionem rei servandae causa* come nella stessa rientrava anche la *missio dotis servandae causa* di cui si trova traccia in C. 7, 72, 8 (in cui la moglie è appunto equiparata agli altri creditori) e in D. 50, 1, 26, 1 che sembra frutto di interpolazione. Al catalogo delle immissioni ulpianee occorre però aggiungere la *missio in possessionem Antoniniana* e la *missio in rem* concesse anch'esse nell'ambito della tutela dei legati e dei fedecommissi, come ben evidenziato da FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi*, Roma, 1889, p. 413; DE ROBERTIS, *Di una pretesa innovazione di Antonino Caracolla. La "missio in possessionem in bona heredis" e la portata effettiva dell'intervento imperiale*, in *Ann. Bari*, 1, 1938, p. 99 ss.; IMPALLOMENI, *Prospettive in tema di fedecommissi*, Milano, 1967, p. 277 ss.; ARCARIA, *Missio in possessionem e cognitio fedecommissoria*, in *BIDR*, 28, Milano 1986, p. 243 ss.; e da ultima DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria: per un corso di esegesi delle fonti del diritto romano*, Torino, 1999, p. 11 ss.; e occorre aggiungere ancora l'editto Carboniano, che se NIEDERMEYER (*Studien zum Edic-*

presumibilmente riconducibile ad unità. Forse il più importante degli elementi che possono fondare una tale ricostruzione unitaria del fenomeno è la temporaneità.

Si parla di temporaneità in base all'osservazione che, almeno per tutta l'epoca classica, il pretore concedeva la *missio in possessionem* sempre per un lasso di tempo determinato. Il magistrato ordinava cioè l'immissione quando aveva necessità di offrire al richiedente una tutela provvisoria, in attesa che si verificassero ulteriori circostanze atte a dare completa soddisfazione agli interessi di chi si trovasse nel giusto. La durata dell'immissione a volte era stabilita direttamente dall'editto, a volte era decisa dal pretore, a volte era insita nella situazione che conduceva alla concessione della *missio in possessionem*.

1. Direttamente dall'editto era stabilita la durata della *missio in possessionem rei servandae causa*, ossia dell'immissione che il pretore concedeva, a favore dei creditori, in un'ampia serie di casi² nel com-

tum Carbonianum, in ZSS, 50, 1930, p. 83 ss.), considera essere un caso di *bonorum possessio*, LA ROSA (*Appunti sull'editto Carboniano*, in *Ann. Catania*, 6, 1953, p. 152 ss.), secondo noi giustamente, ritiene essere una *missio in possessionem*.

² Gaio, III, 78 divide le ipotesi di *missio in possessionem rei servandae causa* in due categorie a seconda che siano accordate *inter vivos* ovvero *mortis causa*, ponendo tra le prime l'ipotesi di chi *fraudationis causa latitabit nec absentes defenduntur*, l'ipotesi di *qui ex lege Iulia bona cedunt* e il caso del giudicato ossia *item iudicatorum post tempum quod eis partim lege XII tabularum partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur*; tra i casi *mortis causa* rimane quello di coloro *quibus certum est neque heredes neque bonorum possesores neque ullum alium iustum successorem existere*. Nel suo *Edictum perpetuum* (cit. p. 415), LENEL rintraccia nelle fonti, tra le concessioni dell'immissione *inter vivos*, anche quella di chi *cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur* e quella di chi *ut oportet defensum non fuerit*. Merito del SOLAZZI (*op. cit.*, I, p. 90 ss.) è invece, oltre ad aver comunque approfonditamente trattato dei casi di immissione *inter vivos* fornendo alle ipotesi del Lenel un'ancora più vasta base teorica, quello di aver meglio specificato i casi di immissione *rei servandae causa* seguenti la morte del debitore, rilevando che il pretore concedeva tale rimedio anche contro i beni del defunto *cui heres non extabit*, contro l'erede se essendo un *heres suspectus non satisfabit* e contro *qui capitali crimine damnatus erit*, ipotesi ampiamente analizzate anche da CARRELLI (in *Per una ipotesi sulla origine della bonorum venditio*, SDHI, 4, 1938, p. 427 ss. e in *Ancora sulla origine della bonorum venditio*, SDHI, 10, 1944, p. 302 ss.) che sostiene tra l'altro la preesistenza di tali ipotesi a quelle *inter vivos*. Le tesi di LENEL e SOLAZZI, seppure variamente criticate in dottrina (cfr. ARU, *Processo civile contumaciales*, Roma, 1934, p. 48 ss.) hanno finito per prevalere e le loro teorie sono fondamentalmente seguite sia nelle trattazioni enciclopediche

plesso dei beni³ del debitore e, in ipotesi più limitate, nelle azioni *in rem*⁴. Tale immissione era concessa in vista della *bonorum venditio* dei beni del debitore⁵ e quindi durava soltanto per il periodo di tempo necessario a preparare la vendita⁶ del patrimonio del debitore:

[LONGO, *Esecuzione forzata (diritto romano)*, in *Nov. Dig. It.*, 6, Torino, 1960, p. 713 ss.; VOCI, *Esecuzione forzata (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 15, Milano, 1966, p. 422 ss.], sia nella dottrina più recente (ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, p. 60 ss.; GIUFFRÈ, *Sulla origine della "bonorum venditio" come esecuzione patrimoniale*, in *Labeo*, 39, 1993, p. 315 ss.).

³ Tale immissione era una *missio in bona* (D. 42, 5, 8; D. 50, 16, 49).

⁴ PROVERA (*Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970, p. 86 ss., 132 ss.) evidenzia che erano molteplici i casi che conducevano alla concessione della *missio in possessionem rei servandae causa* solo per quanto riguarda le azioni *in personam*, mentre per le azioni *in rem* l'immissione era accordata esclusivamente nelle ipotesi di assenza o latitanza *in iure*, come già rilevato da ARU, *op. cit.*, p. 42 ss., da SOLAZZI, *op. cit.*, I, p. 129, e confermato più recentemente da BUTI, *Il "praetor" e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, p. 285 ss. Fuori dai casi di latitanza e assenza l'attore di un'azione *in rem*, in caso di comportamento ostruzionistico del debitore, poteva essere tutelato con un *interdictum quem fundum* in caso di beni immobili o con un *actio ad exhibendum* nel caso di beni mobili, che potevano condurre ad una *translatio possessionis* (PROVERA, *op. cit.*, p. 142 ss.). Giustamente però PUGLIESE (*Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, p. 388, p. 392 ss.) ha sottolineato la differenza tra questa *translatio possessionis* e la *missio in possessionem rei servandae causa*: sempre delimitata nel tempo era la durata dell'immissione, mentre anche definitiva poteva essere la *translatio possessionis*; questa causava infatti un'inversione delle parti processuali costringendo l'ex convenuto che volesse veder soddisfatte le sue pretese, ad agire con una nuova *vindicatio*: qualora ciò non facesse la *translatio possessionis* dava luogo ad una situazione definitiva conducendo all'usucapione.

⁵ La dottrina riconosce in modo praticamente unanime il legame della *bonorum venditio* con la *missio in possessionem rei servandae* e la necessità che il pretore emanasse quest'ultima prima di addivenire alla vendita del patrimonio del debitore: cfr. DERNBURG, *Über die emptio bonorum*, Heidelberg, 1850; SOLAZZI, *op. cit.*, II, 1938, p. 61 ss.; SCHERILLO, *La "bonorum venditio" come figura di "successio"*, in *IURA*, 4, 1953, p. 205 ss.; TALAMANCA, *La vendita all'incanto nel processo esecutivo romano*, in *Studi P. De Francisci*, Milano, 1956, p. 249 ss.; e da ultimo GIUFFRÈ, *Studi sul debito*, Napoli, 1999, p. 38 sgg., in cui l'autore propone una ricostruzione storica dell'introduzione della *missio in possessionem rei servandae causa*.

⁶ Ben evidenzia TALAMANCA, *op. cit.*, p. 248 ss., sulla scorta di CIC., *Pro Quintio*, 49-50, che la forma di vendita non obbligatoriamente doveva essere quella della vendita ad incanto, ma era rimessa al magistrato la facoltà di scegliere se vendere i beni con procedura privata o con vendita all'asta; come, infatti, ha sottolineato BIONDI (*Appunti intorno alla sentenza nel processo romano*, in *Studi Bonfante*, IV, Milano, 1930, p. 74 ss.), la *bonorum venditio* aveva carattere esclusivamente privatistico e non vi erano quindi interessi pubblici da tutelare con una procedura d'asta obbligatoria. Divisa è la dottrina tra chi ritiene che la vendita non potesse compiersi per una som-

Gai. III, 79: Et si quidem vivi bona veneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possidere et proscribi; si vero mortui, per dies XV. Postae iubet convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum, per quem bona veneant. Itaque si vivi bona veneant, in diebus v[] fieri iubet, si mortui, in dimidio. Diebus itaque vivi bona XXX, mortui vero XX emptori addici iubet. Quare autem tardius viventium bonorum venditionem complere iubet, illa ratio est, quia de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditiones paterentur.

Non è facile ricostruire la durata minima dell'immissione a causa della lacuna presente nel testo veronese. Gaio divide in due momenti il procedimento dal punto di vista temporale; afferma infatti che i beni di un vivo dovevano essere posseduti 30 giorni prima che si potesse nominare il *magister bonorum*, mentre per i beni di un debitore morto bastavano 15 giorni. Nominato il *magister* doveva poi intercorrere un altro tempo minimo prima di poter eseguire la vendita dei beni ereditari: la lacuna presente non permette però di capire con chiarezza né la durata di tale secondo intervallo di tempo, né se tale intervallo fosse propriamente legato all'elezione del *magister* o alla redazione della *lex bonorum vendundorum*; anche in questo secondo momento i termini per la vendita dei beni di un debitore morto erano la metà di quelli necessari per un debitore vivo.

Dubbia è anche l'affermazione finale che vorrebbe che si dovesse attendere almeno 30 giorni prima di poter addivenire alla *bonorum venditio* per i beni di un vivo e almeno 20 per vendere i beni di un debitore morto, in quanto, in questo secondo caso, si opererebbe una somma ($20 = 15 + x$) tra i tempi minimi previsti per i due momenti del procedimento di *bonorum venditio*, somma che non si vede effettuata per l'immissione nei beni di un vivo⁷.

ma maggiore di quella necessaria a coprire i debiti (cfr. SOLAZZI, *op. cit.*, II, p. 109 e KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, Monaco, 1966, p. 309 e 310 nt. 20) e chi ritiene invece possibile la presenza di un residuo attivo nella vendita da restituire al debitore esecutato (cfr. DERNBURG, *op. cit.*, p. 151; VOCI, *op. cit.*, p. 427 e da ultimo ORSO, *Sul problema di un residuo attivo nella bonorum venditio*, in SDHI, 60, 1994, p. 261 ss.).

⁷ Tra le varie ipotesi di integrazione proposte quella maggiormente plausibile ci pare essere quella del Krüger. L'autore rilevando che Gaio per i beni di un morto prevede un tempo finale di 20 giorni e che la prima fase durava 15 giorni, desume che la seconda fase durasse 5 giorni ($20 - 15 = 5$), e, poiché il testo dice che tale periodo è la metà del tempo previsto per la seconda fase della vendita dei beni di un de-

Ciò che appare certo è comunque che la *missio in bona rei servandae causa* aveva carattere provvisorio e che veniva a cessare con l'*ad-dictio* del patrimonio al *bonorum emptor*⁸. È naturale infatti che l'immissione non potesse sopravvivere alla vendita del patrimonio del debitore: la vendita era eseguita per ottenere liquidità da dividere tra i creditori e quindi, una volta effettuata la stessa, non vi erano più diritti creditorii da tutelare, dato che ormai il patrimonio su cui era stata posta l'immissione non apparteneva più al debitore.

Durata non temporanea potrebbe invece aver avuto la *missio in possessionem* qualora fosse vera l'opinione, abbastanza diffusa in dottrina⁹, dell'evoluzione dell'istituto in due momenti progressivi; in un primo momento si avrebbe avuta solo l'introduzione della *missio in possessionem* e solo in un secondo momento sarebbe stata introdotta la *bonorum venditio* per rafforzare l'incisività dell'intervento pretorio. Si potrebbe pertanto ipotizzare che nella prima fase evolutiva la *missio in possessionem rei servandae causa* non avesse durata temporanea, ma potesse proseguire per un lasso di tempo indeterminato fino alla soddisfazione dei diritti dell'impresso. Tuttavia tale prima fase della storia del fenomeno, solo ipotetica non potendosi trovare tracce nelle fon-

ditore vivo, ricostruisce la lacuna dicendo che dall'elezione del *magister* dovessero trascorrere 10 giorni prima di poter procedere alla vendita dei beni di un debitore vivo. Posto ciò propone di emendare il computo finale dei tempi in 40 giorni (40 = 30+10) per la vendita dei beni di un vivo e confermare i 20 giorni per la vendita dei beni di un morto. Non del tutto esauriente ci sembra la ricostruzione di Huschke che integra la lacuna considerando anch'egli in 10 i giorni previsti come secondo intervallo nella vendita dei beni di un debitore vivo e ricollegando questo termine al tempo che deve intercorrere tra l'elezione del *magister* e la compilazione della *lex bonorum vendundorum*, ma non spiegando i tempi finali esposti da Gaio. Sul tema cfr. più ampiamente SOLAZZI, *op. cit.*, II, p. 101 ss. che propende per la tesi di Huschke.

⁸ Interessante è l'osservazione fatta da SCHERILLO, *op. cit.*, p. 205 ss. e da GIUFFRÈ, *Sull'origine cit.*, p. 315 ss., ossia che il *bonorum emptor* subentrava nel patrimonio del debitore esecutato come un successore dello stesso.

⁹ BETHMANN HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, Leipzig, 1883, p. 669; GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano* (trad. it. C. Longo), Milano, 1909, p. 1053 ss.; SOLAZZI, *op. cit.*, I, p. 4 ss.; GIUFFRÈ, *Sull'origine cit.*, p. 344 ss. Altro problema è invece stabilire quale sia stato l'ordine storico di comprensione nell'editto delle varie ipotesi che potevano condurre alla *missio in possessionem rei servandae causa*, per il quale si rimanda a SOLAZZI, *op. cit.*, I, p. 4 ss.; CARRELLI, *Per una ipotesi cit.*, p. 429 ss. e *Ancora sulla origine cit.* p. 302 ss., BUTI, *op. cit.*, p. 263, GIUFFRÈ, *Sull'origine cit.*, p. 315 ss. e bibliografia ivi citata.

ti, sarebbe durata ben poco, poiché la dottrina ritiene che la *bonorum venditio* sia comparsa già nel II sec. a.C.

Per quel che riguarda invece la *missio in possessionem* per come la conosciamo in epoca classica, discusso è se l'*addictio* che assegnava i beni agli immessi e che poneva fine alla *missio in possessionem* necessitasse di un intervento del pretore o, come ritiene la principale dottrina¹⁰, potesse essere eseguita direttamente dal *magister* se non addirittura da un semplice banditore incaricato dal *magister*, come pensa Solazzi, a opinione del quale nel procedimento della *bonorum venditio* si faceva ricorso a sole due *postulationes* dell'intervento del pretore, l'una per l'autorizzazione a *possidere et proscribere bona*, l'altra per l'autorizzazione alla nomina del *magister*, alla compilazione della *lex bonorum vendundorum* e alla vendita dei beni¹¹.

A mostrare la presenza di un numero maggiore di *postulationes* rispetto a quello ipotizzato dal Solazzi intervengono però alcuni dati testuali.

Tre sembrerebbero le *postulationes* dell'intervento del pretore evidenziate in un passo della parafrasi di Teofilo alle Istituzioni di Gaio (III, 12) che se il Solazzi spiega come anacronismo dell'autore bizantino, Talamanca¹² considera, invece, degne di attenzione; addirittura quattro sono quelle che si potrebbero leggere in Gaio III, 79 (*iubet possideri et proscribi, iubet magistratum creari, iubet legem bonorum vendundorum fieri, iubet addici*), e ancora tre, secondo la lettura proposita dal Talamanca¹³ (*de bonis possidendis, magistris faciendis, bonis vendendis*), quelle previste da Cicerone nell'epistola *ad Atticum* 6, 1, 15¹⁴ che, al riparo da ogni dubbio di interpolazione, offre un'attestazione della classicità della procedura della *missio in possessionem rei servandae cause* e della *bonorum venditio*, procedure che troviamo ancora valide e sostanzialmente inalterate nell'epoca di Gaio.

¹⁰ Assai dubbio infatti è che in tale fase vi fosse un intervento del pretore volto a ratificare la vendita, come manifestato da SOLAZZI, *op. cit.*, II, p. 107; TALAMANCA, *op. cit.*, p. 250, ANDOLINA, *op. cit.*, p. 123 n. 132.

¹¹ SOLAZZI, *op. cit.*, I, p. 172 ss.; II, p. 86 ss.; II, 106 ss.

¹² TALAMANCA, *op. cit.*, p. 241 ss.

¹³ TALAMANCA, *op. cit.*, p. 243; in tale senso già DERNBURG, *op. cit.*, p. 105 ss.

¹⁴ CIC., *Ad Atticum*, 6, 1, 15: *Alterum quod sine edicto satis commode transigi non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, vendendis, magistris faciendis, quae ex edicto et postulari et fieri solent.*

Ora, indipendentemente dal maggior numero di *postulationes* che sembrano leggibili nel testo di Gaio, e che comunque sono dovute alla separazione dell'autorizzazione alla nomina del magistrato dall'autorizzazione a redigere la *lex bonorum vendundorum*¹⁵, pare che le fonti indichino con sufficiente chiarezza la necessità dell'intervento del pretore per operare l'*addictio* dei beni al *bonorum emptor*. Si può quindi ipotizzare che la *missio in bona rei servandae causa* venisse revocata per mezzo di un decreto del pretore, contestualmente all'*addictio* dei beni venduti che il pretore faceva a favore del *bonorum emptor*.

Si potrebbe tuttavia pensare che la *missio in possessionem rei servandae causa* venisse a cessare già con la pronuncia del magistrato volta ad autorizzare, secondo Voci con voto di maggioranza¹⁶, l'elezione del *magister bonorum* o, qualora si considerino fasi distinte, con l'approvazione della *lex bonorum vendundorum* e con l'affidamento al *magister* dei beni che dovevano essere venduti.

Per poter verificare ciò, in assenza di testi che parlino esplicitamente della questione, è utile cercare di capire se il *magister* avesse poteri ulteriori rispetto a quello di preparare la vendita dei beni. Purtroppo i testi di cui si può disporre non sono così chiari e offrono solo qualche indizio:

D. 50, 16, 57 (Paul. I. 59 *ad ed.*): Cui praecipua cura rerum incubit et qui magis quam ceteri diligentiam et sollicitudinem rebus quibus praesunt debere, hi magistri appellantur. Quin etiam ipsi magistratus per derivationem a magistris cognominantur.

Il brano non dà molte informazioni, se non quella che al *magister*, almeno nell'epoca di Paolo, era richiesta una particolare cura delle cose e un alto grado di diligenza e di sollecitudine; fa ben osservare

¹⁵ TALAMANCA, *op. cit.*, p. 242, mostra vari modi in cui si potrebbe ricomporre l'antinomia presente tra il testo di Gaio e quello di Teofilo per giungere poi, a nostro avviso giustamente, a ritenere che Teofilo consideri come prima *postulatio* la richiesta dell'autorizzazione all'immissione, unisca nella seconda *postulatio* quelle che erano la seconda e la terza fase della procedura indicata da Gaio, ossia la richiesta all'autorizzazione alla elezione del *magister* e alla stesura della *lex bonorum vendundorum*, e identifichi come terza *postulatio* al magistrato la richiesta di *addictio* a favore del *bonorum emptor*; di tal opinione è anche ANDOLINA, *I presupposti dell'esecuzione forzata nel diritto romano*, in *Jus*, XIX, 1968, p. 105.

¹⁶ Cfr. VOCI, *op. cit.*, p. 426.

però Cannata che con il termine *diligentia* i giuristi romani tendevano ad identificare un ruolo attivo¹⁷, come qui pare essere quello richiesto al *magister* nella preparazione della *bonorum venditio*. Il brano tuttavia sembra poter valere anche per un'epoca anteriore, infatti si sottolinea che già al momento della creazione del *magister* questa figura era ritenuta tanto importante da avvicinare la sua funzione a quella di un magistrato, se è vero che, come dice il giurista nel suo commento all'editto, anche il nome ha quella derivazione.

D. 17, 1, 44 (Ulp. l. 62 *ad ed.*): *Dolus est, aut si quis nolit persequi quod persequi potest, aut si quis nolit exegerit solvere.*

Anche Ulpiano ci descrive un ruolo attivo del *magister* dicendo che gli era imputabile a titolo di dolo non esercitare le sue competenze. Il verbo *exigere* mostra poi che il *magister* poteva anche agire in giudizio per ottenere quanto dovuto al debitore¹⁸. Secondo Rotondi *persequi* indica che il *magister* aveva il diritto di rivendicare alla massa i beni del debitore che si trovassero in mano ai terzi¹⁹.

Pur nella scarsità degli elementi si può ben supporre che l'attività del *magister* potesse essere abbastanza vasta ed andare dalla custodia dei beni, alla vendita all'occorrenza dei beni deperibili, dall'esercizio delle azioni in seguito a tali vendite, alle azioni per ricomporre la massa del patrimonio del debitore.

Nonostante tali vasti poteri, la *missio in bona rei servandae causa* a favore dei creditori non dovrebbe ritenersi cessare con l'elezione del *magister*. L'immissione era stata infatti concessa dal pretore a favore dei creditori per offrire loro una tutela contro l'inadempimento di un giudicato, contro gli atteggiamenti ostruzionistici, e altre varie situazioni, che non consentivano di giungere ad un accertamento del credito²⁰; tale esigenza di tutela rimaneva però fino al momento della vendita.

¹⁷ CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *IURA*, 42, 1992, p. 38.

¹⁸ In tale senso anche SOLAZZI, *op. cit.*, p. 81.

¹⁹ ROTONDI, *Bonorum venditio*, in *Enc. giur.*, 2, Milano, 1911, p. 1269.

²⁰ Buona parte della dottrina (cfr. ROTONDI, *op. cit.*, p. 1267; RICCOBONO, *Corso di diritto romano*, Milano, 1933, p. 151; SOLAZZI, *op. cit.*, I, p. 112; VOCI, *op. cit.*, p. 425) tende ad individuare nella finalità cautelativa l'unico scopo della *missio in possessionem rei servandae causa*: l'immissione sarebbe servita ad assicurare i creditori contro la possibile dispersione del patrimonio ad opera del debitore. Di parere opposto è invece LEPRI (*Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem*, Firenze,

Per quanto il *magister* potesse essere tenuto responsabile in caso di deperimento del patrimonio del debitore²¹, i creditori erano comunque maggiormente tutelati conservando i poteri²² che la *missio in possessionem rei servandae causa* loro destinava e potendo quindi verificare personalmente che tutto si svolgesse regolarmente; d'altra parte

1939, p. 54), la quale ritiene che fine pressoché unico delle immissioni fosse quello coercitivo volto cioè a costringere il debitore a presentarsi in giudizio o comunque a porre in essere comportamenti tali da dare soddisfazione ai creditori; una giusta critica a tale tesi è esposta da BRANCA (Rec. a LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem*, Firenze, 1939, in SDHI, 9, I, 1943, p. 130), il quale evidenzia che lo stesso tenore letterale dell'immissione detta *rei servandae causa* rivela in realtà anche una finalità cautelativa. A nostro parere il provvedimento immissorio aveva sia una finalità coercitiva che una finalità cautelare (in tal senso cfr. ROCCO, *Il fallimento*, Torino, 1927, p. 144 ss. e BRANCA, *op. cit.*, p. 130): la minaccia di giungere alla vendita del patrimonio del debitore con la conseguente *infamia* che ne derivava aveva certamente lo scopo di far pressione sul creditore affinché questi ritornasse sui suoi passi dando soddisfazione ai creditori, ma d'altra parte offrire ai creditori la custodia del patrimonio e la vigilanza sullo stesso raggiungeva certamente il risultato di garantire ai creditori una tutela immediata, offrendo ad essi gli strumenti necessari ad impedire la dispersione dei beni nell'attesa della *bonorum venditio*, tanto più che con l'emissione del decreto di immissione nei beni il debitore probabilmente perdeva il diritto di disporre dei suoi beni, come ritengono SOLAZZI, *op. cit.*, I, p. 182 ss., e VOGLI, *op. cit.*, p. 425, sulla base di D. 42, 5, 25.

²¹ D. 17, 1, 44.

²² Le fonti a partire dall'epoca di Cicerone (*Pro Quintio*, XXVII, 84) e poi di Pomponio (D. 42, 4, 12), continuando con Paolo (D. 42, 4, 9, 1) e Giuliano (D. 5, 1, 27), fino a Ulpiano (D. 10, 3, 7, 8; D. 36, 4, 5, 1; D. 36, 4, 5; D. 37, 9, 1, 1; D. 41, 2, 3, 23; D. 41, 2, 10, 1; D. 42, 5, 2; D. 43, 17, 3, 8), sembrano mostrare che all'im-messo erano concessi solo poteri di *custodia et observatio* dei beni. Di tal opinione è d'altra parte la principale dottrina: cfr. GIRARD, *op. cit.*, p. 1059 ss.; LAURIA, *Iurisdictio*, in *St. Bonfante*, II, Milano, 1930, p. 525; SOLAZZI, *op. cit.*, I, p. 159 ss.; ROCCO, *op. cit.*, p. 138; KASER, *op. cit.*, p. 304; ANDOLINA, *op. cit.*, p. 103; ALBANESE, *op. cit.*, p. 60 ss. Per trovare menzione di poteri più ampi concessi all'im-messo bisogna invece risalire fin all'epoca di Quinto Mucio, che Paolo in D. 41, 2, 3, 23 ci dice sostenere che la *missio in possessionem rei servandae causa* fosse un tipo di possesso. Il giurista serviano critica tale affermazione confermando che nella sua epoca all'im-messo era riservata solo la *custodia et observatio* dei beni. Per ben poter comprendere l'affermazione del giurista repubblicano occorrerebbe però un'approfondita analisi del concetto di possesso nel mondo romano e della sua evoluzione storica, per la quale si rimanda, tra i molti che hanno affrontato l'argomento, a BRANCA, "Missiones in possessionem" e possesso, in *St. Solazzi*, Napoli, 1948, p. 484, che trae spunti sull'evoluzione del concetto di possesso proprio dall'analisi di D. 41, 2, 3, 23, ALBANESE, *op. cit.* e ora NICOSIA, *Il possesso*. I. *Dalle lezioni del corso di diritto romano 1995-1996*, Catania, 1997, p. 10 ss. al quale si rimanda anche per una ben più completa bibliografia sull'argomento.

non si vede un motivo plausibile per cui il pretore avrebbe dovuto togliere loro tale tutela, non arrecando essa né disturbo ad una regolare vendita dei beni, né costituendo un peso di troppo per il debitore, dato che egli ormai aveva perso il controllo sui suoi beni, essendone già stata decisa la vendita con la compilazione e l'esposizione della *lex bonorum vendundorum*. È logico supporre, pertanto, che la *missio rei servandae causa* venisse normalmente revocata, quanto meno di fatto, solo al momento della pronuncia dell'*addictio* del *magister* a favore del *bonorum emptor*.

Occorre infine esaminare due casi in cui la durata della *missio in bona rei servandae causa* era differente dalla durata ordinaria, cioè non coincideva con il tempo solitamente necessario per giungere alla *bonorum venditio*.

La dottrina sull'argomento²³ ritiene, infatti, che l'immissione *rei servandae causa* potesse essere revocata dal pretore anteriormente al compimento della *bonorum venditio* e alla conseguente *addictio* dei beni a favore del *bonorum emptor*, e quindi potesse avere una più breve durata, nei casi in cui il soggetto, nei cui beni era avvenuta l'immissione, avesse conformato il suo comportamento a quanto il diritto esigeva, ossia qualora il debitore avesse dato esecuzione al giudicato già raggiunto o avesse collaborato al raggiungimento della *litis contestatio* o qualora qualcuno avesse soddisfatto i creditori al posto del debitore stesso o, nel caso di immissioni nei beni di un debitore morto, l'erede *suspectus* si fosse deciso a prestare la *satisfactio*. Un indizio di ciò si può trovare in:

D. 42, 5, 33 (Ulp. l. 3 *regularum*): Defendere debitorem sicut ante, quam bona eius possiderentur, licet, ita post bonorum quoque possessionem eius, sive ipse sui, sive alius defensionem eius suscipiat, debet satisfacere, ut satisfactio interposita iudicium accipiat et a possessione discedatur.

Secondo la lettura offertane da Buti²⁴, nel brano, infatti, Ulpiano

²³ Concordi in tal caso sono ROCCO, *op. cit.*, p. 144 ss.; LEPRI, *op. cit.*, p. 47 e SOLAZZI, *op. cit.*, p. 68. Tale ipotesi di revoca dell'immissione non va confusa con la revoca dell'immissione dovuta alla constatazione della sua infondatezza, che se come sottolinea ANDOLINA, *op. cit.*, p. 117, era sempre ammessa, non porta però un ulteriore argomento alla dimostrazione della temporaneità della *missio in possessionem rei servandae causa*.

²⁴ BUTI, *op. cit.*, p. 278 che riporta a proposito anche D. 42, 4, 2, 4; D. 42, 4, 5; D. 42, 4, 5, 1; D. 42, 4, 5, 2.

afferma che anche colui che aveva subito l'immissione poteva o difendersi personalmente o essere difeso da un terzo, purché fosse data una *satisfactio*²⁵ ed in tale caso l'impresso doveva abbandonare i beni. Ma accettare il giudizio, prestando la *satisfactio*, significava porre in essere, da parte del debitore o di un terzo per lui, un atto opposto a

²⁵ Per poter però *accipere iudicium* e vedere revocata l'immissione il debitore doveva prestare una *satisfactio iudicatum solvi* poiché era stato colpito da *infamia* conseguentemente alla *proscriptio* dei suoi beni. Tutta l'orazione *Pro Quinctio* di Cicerone è volta appunto a dimostrare che *Quinctio* non doveva essere obbligato a prestare tale *satisfactio*, sostenendosi che l'immissione non era stata regolarmente compiuta; tale orazione a sua volta conferma la possibilità di una difesa del debitore successiva alla *missio in possessionem rei servandae causa* e quindi la revoca anticipata dell'immissione.

Solo pochi, ma in grado di attestare l'antichità della procedura, sono i testi pervenuti che parlano di *proscriptio* e *infamia*:

- Lex de Gallia Cisalpina, XXVII, lin. 45 *Praetor que isue de eis rebus Romae iure deicundo praeit in eum et in heredem eius de eis rebus omnibus ita ius deicito eo-que duci bona eorum possideri proscribere vineireque iubeto...*

- Lex Iulia municipalis, lin. 115 *...quousve bona ex edicto eius, quei iure deicundo praefuit ...possessa proscriptave sunt erunt*

- Gai. IV, 79 *Si quidem vivi bona veneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi, si vero mortui, per dies XV*

- Gai. IV, 102 *...si cum eo agitur, qui decoxerit cuisve bona a creditoribus possessa proscriptave sunt...*

KNIEP (*Zum romischen Konkursverfahren*, in *Mélanges Girard*, Parigi, 1912, I, p. 627), ha sostenuto che la *proscriptio*, con l'*infamia* che ne conseguiva, colpissero il debitore solo una volta trascorsi i 30 giorni necessari prima della nomina del *magister*, interpretando il *ve*, che nei testi (*Lex de Gallia Cisalpina*, XXII, lin. 45; Gai. IV, 79 e 102) unisce i termini *possideri* e *proscribi*, esprimenti insieme al *vineire* l'ordine di immissione del pretore, con un senso di alternatività e facoltatività. Contro tale ipotesi si è schierata la maggior parte della dottrina (RAMADIER, *Les effets de la missio in possessionem rei servandae causa*, Parigi, 1911, p. 62 ss.; SOLAZZI, *op. cit.*, I, p. 173; TALAMANCA, *op. cit.*, p. 244), che ha riconosciuto il *ve* come semplice congiunzione, come confermato in Gai. IV 79, in cui il *ve* è sostituito da un *et*, ed ha sottolineato che la *proscriptio* non era una facoltà del creditore, ma un obbligo imposto dal pretore. In tale senso anche DE SARLO (*Missio in possessionem e proscriptio*, in *Studi Albertario*, 1, Milano, 1953, p. 497 ss.), che ha evidenziato una pluralità di scopi della *proscriptio*: 1) far conoscere agli altri creditori che era stata concessa un'immissione e quindi sollecitarne l'intervento; 2) far conoscere ai terzi che i beni del debitore erano stati assoggettati ad immissione e quindi evitare una dispersione dei beni stessi; 3) stimolare l'intervento di chi avrebbe avuto interesse ad evitare la *bonorum venditio*; 4) valere come possesso quando questo non era ottenibile celermente. Da ultimo sul tema dell'*ignominia* si è espresso GIUFFRÈ (*Studi cit.*, p. 39 ss.), secondo il quale la *bonorum venditio* ebbe in origine solo una portata patrimoniale, mentre le conseguenze infamanti per la persona si sarebbero aggiunte solo nell'età di Cicerone.

quello che lo aveva condotto all'immissione: l'assente o il latitante sarebbe dovuto tornare o essere difeso, chi non aveva accettato il giudizio lo avrebbe dovuto fare, chi non aveva voluto adempiere il giudicato lo avrebbe dovuto pagare, l'erede sospetto avrebbe dovuto *satisfacere*, qualcuno avrebbe dovuto difendere i beni del debitore morto. In ogni caso il brano ben mostra che l'immissione non era definitiva e che neppure conduceva obbligatoriamente alla *bonorum venditio*, ma poteva essere revocata anzitempo qualora venissero meno le cause che all'immissione avevano condotto.

A conferma di ciò si pongono anche D. 42, 3, 3 e D. 42, 3, 5 rispettivamente di Paolo e Ulpiano che, seppure riferibili alla sola *cessio bonorum*, confermano quella che doveva essere una regola generale. Nei testi, infatti, si afferma che, qualora colui che aveva accettato la *cessio bonorum* ed aveva subito l'immissione avesse cambiato idea, poteva evitare la vendita dei suoi beni accettando di difendersi e vedendo revocata l'immissione.

Talvolta, viceversa, la *missio in possessionem rei servandae causa* si protraveva per un periodo più lungo di quello visto nel testo gaiano; infatti non si poteva immediatamente procedere alla vendita dei beni del debitore nel caso in cui il debitore fosse ancora un pupillo, nel caso fosse assente *rei publicae causa sine dolo malo*²⁶ o fosse stato catturato dai nemici o nel caso in cui fosse incerta l'esistenza stessa di un erede del debitore come ci attestano Paolo e Ulpiano nei loro commenti all'editto:

D. 42, 4, 6 (Paul. l. 47 *ad ed.*) ...Cum dicitur: "et eius, cuius bona possessa sunt a creditoribus, veneant, praeterquam pupilli et eius, qui rei publicae causa sine dolo malo afuit", intellegimus eius, qui dolo malo afuerit, posse venire. Si ab hostibus quis captus sit, creditores eius in possessionem mittendi sunt, ut tamen non statim bonorum venditio permittatur, sed interim bonis curator detur.

D. 42, 4, 8 (Ulp. l. 60 *ad ed.*) Si diu incertum sit, heres extaturus necne

²⁶ Particolarmente interessante è anche l'ipotesi avanzata da WILCHES, *Alcune osservazioni sulla "missio in bona cum effectu venditionis"*, in *Atti cong. Verona 27-28-29 IX 1948*, III, Milano, 1953, p. 483 ss., che, sulla base di alcuni testi forse troppo celermemente considerati frutto dell'intervento postclassico e ammettendo un ambito di discrezionalità del pretore, sostiene che nell'epoca Antoniniana sarebbe stato introdotto un esame del pretore onde valutare se la situazione dell'assente fosse stata di tale gravità da condurre alla *missio in possessionem* o se piuttosto questa dovesse essere negata.

sit, causa cognita permitti oportebit bona rei servandae causa possidere et, si ita res urgeat vel conditio bonorum, etiam hoc erit concedendum, ut curator constituatur.

In tali situazioni l'immissione perdurava per il periodo di tempo, anche lungo, necessario al realizzarsi di condizioni idonee alla vendita e quindi rispettivamente la pubertà del pupillo, il ritorno dell'assente *rei publicae causa*, la liberazione del catturato dai nemici o la sua morte, l'identificazione di un erede o la certezza della sua assenza. Ma anche in tali casi il provvedimento immissorio era comunque destinato ad essere revocato.

Perdurando l'immissione per un lungo periodo di tempo, si poneva l'esigenza di compiere sul patrimonio atti di amministrazione di portata superiore a quella normalmente concessa agli immessi *rei servandae causa*: per tale motivo il pretore concedeva ai creditori che lo richiedessero il diritto di eleggere un *curator bonorum*²⁷.

Non sorgono comunque dubbi sul fatto che l'immissione proseguisse nonostante l'elezione del *curator bonorum* e che titolari ne rimanessero i creditori, in quanto ciò si può facilmente leggere in D. 42, 4, 6, D. 42, 4, 8, D. 42, 7, 2 e D. 42, 7, 2, 4: in questi testi si dice appunto che i creditori immessi avevano il diritto di eleggere un curatore mentre non si fa il minimo accenno alla cessazione della *missio* in seguito all'elezione stessa; tanto più che, come non vi erano ragioni per la revoca di questa al momento della nomina del *magister*, così ragioni non c'erano per la sua revoca in seguito all'elezione del *curator bonorum*, ed anzi più forti erano le necessità di tutela dei creditori per il lungo periodo che poteva intercorrere tra il provvedimento di immissione e la effettiva vendita dei beni.

Per quanto però la *missio in possessionem rei servandae causa* potesse

²⁷ Ciò si può leggere in D. 42, 7, 2 e D. 42, 7, 2, 4. SOLAZZI (*op. cit.*, II, p. 6 ss.) e di recente D'AMATI (*Curator bonorum, una rilettura*, in BIDR, 33-34, 1991-1992, p. 440 ss.) offrono alcuni spunti per meglio conoscere quella che RAMADIER, *op. cit.*, p. 110 diceva essere "certainement le plus mal connu de tous les personnages qui interviennent dans la faillite". Sappiamo infatti che al curatore erano affidati ampi poteri di amministrazione: poteva soddisfare i debiti particolarmente gravosi (D. 42, 7, 1, 2), poteva esercitare le azioni di spettanza del debitore e che questo dopo la *missio in bona* probabilmente non poteva più esercitare (D. 42, 7, 2, 1), poteva provvedere alla vendita dei beni deperibili ed in generale aveva il diritto di compiere tutti gli atti richiesti da situazioni di particolare urgenza (D. 42, 5, 14; D. 42, 7, 2, 1).

essere protratta, questa, salvo forse i primi momenti della sua evoluzione, non era mai definitiva e riempiva, con le sue caratteristiche di coercizione e di cautela, sempre e soltanto il lasso di tempo necessario a raggiungere una soluzione più soddisfacente per i creditori.

2. Di durata limitata era anche la *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa*²⁸ concessa dal pretore a favore del legatario e del fedecommissario per colpire l'erede che non avesse prestato loro la *cautio*²⁹ a garanzia del legati e dei fedecommissi patrimoniali³⁰ previsti nel testamento:

²⁸ La dottrina (FERRINI, *op. cit.*, p. 409; PALERMO, *Il procedimento cauzionale nel diritto romano*, Milano, 1942, p. 41; LAURIA, *op. cit.*, p. 166; VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1956, p. 249; IMPALLOMENI, *op. cit.*, p. 277 ss.; SOLAZZI, *Note minime sulla cautio legatorum servandorum causa*, in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, p. 203; e più approfonditamente ARCARIA, *op. cit.*, p. 253 ss.), è concorde nel ritenere che la concessione di tale immissione fu introdotta già in epoca repubblicana per quanto riguarda la tutela dei legatari, essendovi un testo di Ulpiano (D. 36,3,1,15) a testimoniare che Ofilio già trattava diffusamente la questione; solo in epoca più tarda, probabilmente poco prima dell'età di Antonino Pio (D. 36, 3, 5, 3; D. 36, 3, 14, 1), la disciplina a favore dei legati fu estesa a tutela dei fedecommissi, essendo fortemente sospetti di interpolazione quei testi del Digesto che sembrerebbero far risalire l'introduzione dell'immissione a favore dei fedecommissari ad un'epoca ben anteriore [D. 36, 4, 12 (Maecianus); D. 26, 3, 11 (Scaevola)]. Le fonti mostrano che le due forme di *missiones* erano comunque considerate un'unica *missio*, tanto che i titoli dei paragrafi del Digesto che di esse si occupano le prevedono contemporaneamente: D. 36, 3 "Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur" e D. 36, 4 "Ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat". Per tali motivi anche i brani che si riferiscono nominalmente ad una sola delle due immissioni, possono essere utilizzati per illustrare la disciplina di entrambe le forme di immissione. Dibattito vi è stato invece tra quanti ritenevano che tale estensione fosse stata il frutto esclusivamente dell'opera della giurisprudenza (FERRINI, *op. cit.*, p. 410; LENEL, *op. cit.*, p. 369; BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955, p. 369; VOCI, *Diritto ereditario cit.*, p. 249) e chi (SOLAZZI, *Note minime cit.*, p. 203; ARCARIA, *op. cit.*, p. 253 ss.), a nostro parere fondatamente, ha sostenuto sulla base di D. 36, 3, 5, 3 e D. 36, 3, 14, 1 che all'estensione della tutela immissoria a favore dei fedecommissari avessero concorso anche il pretore e gli imperatori.

²⁹ D. 36, 3, 1 (Ulp. l. 79 ad ed.) *Legatorum nomine satisdari oportere praetor putavit, ut, quibus testator dari fieri voluit, his diebus detur vel fiat dolumque malum afuturum stipulentur*. La *cautio*, che Ulpiano ci dice dovesse essere data nelle forme della *satisdatio*, era volta a garantire il legatario e il fedecommissario contro le possibili dispersioni del patrimonio ereditario ad opera dell'erede, come evidenziato da LUZZATTO, *Il problema dell'origine del processo extra ordinem*, Bologna, 1965, p. 302 e DESANTI, *op. cit.*, p. 11. Tale *cautio* deve essere stata introdotta dapprima per i legati per

D. 36, 3, 1, 2 (Ulp. l. 79 *ad ed.*): Nec sine ratione hoc praetori visum est, sicuti heres incumbit possessioni bonorum ita legatarios quoque carere non debere bonis defuncti: sed aut satisfabitur eis aut, si satis non datur, in possessionem bonorum venire praetor voluit.³¹

Il carattere di temporaneità emerge anche solo esaminando quali erano gli intenti che il pretore cercava di perseguire concedendo l'immissione. Il magistrato infatti, per tutelare il legatario ed il fedecommissario, offriva loro l'immissione con i conseguenti poteri³², garantendoli in tal

damnationem sottoposti a termine iniziale o a condizione sospensiva, come ritengono FERRINI (*op. cit.*, p. 409), LENEL (*op. cit.*, p. 539 ss., che ricostruisce la formula di concessione della *cautio* proprio su un legato per *damnationem*), LUZZATTO (*op. cit.*, p. 303), GROSSO (*I legati nel diritto romano*, Torino, 1962, p. 407) e DESANTI (*op. cit.*, p. 12), dato che in tale tipo di legato più forti erano i rischi di pregiudizio dei diritti dei legatari, non potendo questi conseguire in tempi brevi il bene. Successivamente tale *cautio* deve essere stata estesa agli altri tipi di legato e ai fedecommissi (cfr. PALERMO, *op. cit.*, p. 41; LAURIA, *Possessiones*, Napoli, 1959, p. 166).

³⁰ Gran parte della dottrina (FERRINI, *op. cit.*, p. 413, BIONDI, *Successione* cit. p. 369, GROSSO, *op. cit.*, p. 408) basandosi su D. 36, 4, 1, 2 tende ad escludere la *cautio* e quindi la successiva *missio* per i legati di liberazione. Non di questo parere è SANTALUCIA (*I legati ad effetto liberatorio nel diritto romano*, Napoli, 1964, p. 192), che sulla base di un esame più completo dei testi riguardanti questa ipotesi (D. 34, 3, 21, 2; D. 34, 3, 7, 7; D. 34, 3, 7, 5; D. 44, 4, 5; oltre al già citato D. 36, 4, 1, 2) considera necessaria la *cautio* e quindi possibile la *missio* anche per i legati di liberazione sottoposti a condizione.

³¹ L'immissione era concessa anche quando la *cautio* era prestata per una somma inferiore al dovuto come si legge nel 42° libro del commentario all'editto di Ulpiano che ARCARIA (*op. cit.*, p. 287) libera dai dubbi di interpolazione: *Quare si non fuerit, qui interpelletur cautionis nomine, hoc est is a quo legatum fidei commissum relictum est, omnimodo poterit legatarius et fideicommissarius in possessionem ex hoc edicto mitti, quia verum est per eum, cui caveri oportebit, non fieri, quo minus caveatur* (D. 36, 4, 1, 1, Ulp. l. 42 *ad ed.*).

³² Vari sono i testi che mostrano i poteri di custodia dell'impresso, tra gli altri si può leggere la testimonianza di Ulpiano in:

D. 36, 4, 5 (Ulp. l. 52 *ad ed.*) *Is cui legatorum fidei commissorum nomine non caveatur missus in possessionem nunquam pro domino esse incipit. Nec tam possessio rerum ei quam custodia datur: neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem.* e in D. 36, 4, 5, 22, mentre D. 42, 4, 12 sembra attestare questi poteri dell'impresso già all'età di Pomponio. Il senso del brano risulta chiaro anche qualora si volesse considerare interpolata la seconda parte di esso (da *neque alla fine*) come ritiene ALBERTARIO, *L'uso classico e l'uso giustiniano di extorquere*, in ZSS, 32, 1911, p. 317. Concorde sull'interpretazione fornita è d'altra parte la maggior parte della dottrina: GROS-

modo contro la dispersione dei beni da parte dell'erede³³ e facendo pressione sull'erede, che si vedeva resa più difficile la disponibilità dei beni ereditari, affinché si decidesse a prestare la *cautio*³⁴: naturale quindi che l'immissione venisse a cessare quando di essa, per motivi vari, non vi fosse più bisogno, essendo tali interessi diversamente tutelati.

Ciò poteva in primo luogo avvenire quando l'erede si fosse deciso a prestare la *cautio* richiestagli e a garantire quindi il legatario ed il fedecommissario circa il conseguimento di quanto loro spettava; in tale caso l'immissione era infatti revocata per mezzo di un ordine del pretore, rafforzato, almeno in epoca gaiana, dalla concessione di un interdetto³⁵:

D. 36, 3, 11 (Gai. l. 13 *ad ed. prov.*): Si legatariis, qui adversus me in pos-

SO, *op. cit.*, Parte generale, Torino, 1962, p. 409; LAURIA, *Possessiones cit.*, p. 167, ALBANESE, *op. cit.*, p. 69 ss. e da ultima DESANTI, *op. cit.*, p. 12.

³³ Interessante è quanto nota FINAZZI (*La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, p. 330), ossia che nel caso in cui fossero stati imposti legati e fedecommissi a carico del sostituto pupillare, anche questi era tenuto alla prestazione della *cautio*, ed anzi in caso di mancata prestazione della stessa l'immissione non avveniva soltanto nei beni che all'impubere erano giunti per successione del padre, ma anche in quelli che il pupillo aveva diversamente conseguito e che ora, anch'essi, spettavano al sostituto.

³⁴ La funzione cautelare è sostenuta da FERRINI, *op. cit.*, p. 413; BIONDI, *Successione cit.*, p. 369; LUZZATTO, *op. cit.*, p. 302; tale funzione si può leggere in particolare nei libri *ad edictum* di Ulpiano: *Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, et fructus custodire et cetera debebit. Et pati quidem heredem colere agros et fructus redigere, sed custodire legatarium fructus oportebit, ne ab herede consumantur... Et puto ita legatarium custodire res hereditarias debere, ut neque heredi auferantur neque depereant deterioresve fiant* (D. 36, 4, 5, 22, Ulp. l. 42 *ad ed.*).

Altri autori (cfr. in tal senso LAURIA, *Possessiones cit.*, p. 167; LEPRI, *op. cit.*, p. 117; GROSSO, *op. cit.*, p. 409), ritengono viceversa che tale immissione avesse prevalentemente una funzione coercitiva che si può leggere ugualmente nei libri *ad edictum* di Ulpiano: *Is cui legatorum fidei commissorum nomine non cavetur missus in possessionem nunquam pro domino esse incipit. Nec tam possessio rerum ei quam custodia datur: neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem* (D. 36, 4, 5, Ulp. l. 42 *ad ed.*). A nostro parere ben dice ALBANESE (*op. cit.*, p. 69 ss.) sostenendo che le due funzioni sono facilmente conciliabili e che sembrano entrambe presenti nella *missio* in esame.

³⁵ Non riteniamo che la concessione dell'interdetto, con tutta probabilità di natura restitutoria, fosse una peculiarità della *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa*; più probabilmente l'interdetto era il normale sistema che il pretore utilizzava per convincere l'impresso che, pur non avendone più titolo, rifiutava di rilasciare i beni. Tale ipotesi trova però solo scarsa conferma nelle fonti, la più esplicita delle quali rimane comunque questa sull'immissione a favore dei legatari e dei fedecommissari.

sessionem legatorum servandorum causa missi sunt, procurator vel quis alius meo nomine caverit, perinde mihi praetor accommodat interdictum, quo iubeantur discedere legatarii possessione, ac si ego cavissem.

La *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum gratia* aveva termine inoltre quando il legatario ed il fedecommissario agivano *in iure* per conseguire il loro diritto contro l'erede che si fosse rifiutato di dare adempimento al legato o al fedecommissario:

D. 36, 3, 1, 9 (Ulp. l. 79 *ad ed.*): Plane si quis omitta stipulatione litem de legato contestatus est, probandum est cessare debere stipulationem.

D. 36, 4, 5, 26 (Ulp. l. 52 *ad ed.*): In possessionem missus legatorum servandorum causa si litem eo nomine contestatus sit, non ante decedere possessione debet, quam ei pro lite fuerit cautum.

Ulpiano attesta che l'impresso poteva però conservare la *possessio* dei beni ereditari fino a quando l'erede, che aveva accettato il giudizio, non avesse promesso di adempiere al giudicato, quindi solo in tale momento veniva a cessare la *missio*³⁶.

Inoltre la *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa* veniva revocata quando gli impressi giungevano ad ottenere altrimenti i beni a loro spettanti. L'immissione era volta a salvaguardare la possibilità che il legatario e il fedecommissario ottenessero i beni a loro lasciati, ed è evidente quindi come ne cessassero le ragioni una volta che il legatario o il fedecommissario avessero ricevuto dall'erede quanto a loro spettava; Ulpiano e Giuliano ci mostrano che di tale opinione dovette essere sia la dottrina che il pretore:

D. 36, 4, 1, 1 (Ulp. l. 52 *ad ed.*): Non tamen et satisfactio debet offerri legatario, sed sufficit, siue desideravit et non cavetur, siue non habeat, a quo satisfactio desideret.

D. 36, 4, 6, 1 (Iul. l. 38 *dig.*): Qui fideicommissi servandi causa in possessionem missus est, non prius de possessione decedere debet, quam ei fideicommissum solutum aut eo nomine satisfactum fuerit: nam quod si integra re fieret, in possessionem non mitteretur, id cum offerretur, discedere a possessione debet.

³⁶ In tale senso cfr. SOLAZZI, *Note minime cit.*, p. 203 ss..

Si può quindi concludere che anche la *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa* aveva comunque carattere solo temporaneo, volto ad assicurare al legatario ed al fedecommissario una tutela provvisoria, in attesa che questi riuscisse a vedere pienamente assicurati i suoi diritti.

3. Durata temporalmente limitata aveva anche un ulteriore forma di immissione che la dottrina³⁷ sostiene sia stata introdotta a tutela dei legatari e dei fedecommissari nell'epoca dell'imperatore Caracalla, ossia la *missio in possessionem antoniniana*³⁸:

D. 36, 4, 5, 16 (Ulp. l. 42 *ad ed.*): Imperator Antoninus Augustus rescriptit certis ex causis etiam in propria bona heredis legatarios et fideicommissarios esse mittendos, si post sex menses, quam aditi pro tribunali fuerint hi quorum de ea re notio est, in satisfactione cessatum est, inde fructus percepturos, quoad voluntati defunctorum satisfiat. Quod remedium servaretur et adversus eos, qui ex qua causa fideicommisso moram faciunt.

Anche in questo caso la durata dell'immissione era insita nelle situazioni che ne rendevano necessaria la concessione.

L'imperatore concesse l'immissione quando, trascorsi sei mesi dall'*aditio hereditatis*, l'erede non avesse ancora adempiuto ai legati e ai fedecommissi previsti nel testamento. Il testo mostra che tale immissione non avveniva però solo nei beni ereditari, come nella *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa*, ma nel complesso dei beni dell'erede. È ipotizzabile, come noi riteniamo, che ciò sia dovuto principalmente al fatto che, trascorsi sei mesi dall'*aditio hereditatis*, potesse ormai risultare difficile distinguere tra i beni provenienti dall'eredità

³⁷ Cfr. DE ROBERTIS, *op. cit.*, p. 101 ss., il quale ipotizza che tale immissione fosse già stata introdotta dalla dottrina a favore dei fedecommissari e da Caracalla solamente estesa ai legatari; ARCARIA, *op. cit.*, p. 257, il quale ritiene che il rimedio rientrasse sotto la competenza di un *praetor fideicommissarius*.

³⁸ Abbastanza dubbi sono i rapporti tra questa forma di immissione e la preesistente *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa*. ARCARIA (*op. cit.*, p. 258) ritiene che tale immissione sia stata introdotta per rafforzare la tutela offerta ai legatari e ai fedecommissari: mentre infatti la *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa* aveva finalità cautelari-coercitive, in tale forma di immissione, come vedremo, non mancava un aspetto di esecutività.

e i beni preesistenti nel patrimonio dell'erede, essendosi ormai inevitabilmente verificata confusione tra i due cespiti e potendo l'erede aver compiuto, nel frattempo, azioni di dispersione dei beni originariamente derivanti dalla successione.

Se dunque il fine dell'immissione era tutelare i legatari e i fedecommissari, essa veniva necessariamente a terminare quando la tutela non era più necessaria.

In primo luogo la *missio antoniniana* veniva revocata quando l'erede o il fedecommissario si fossero soddisfatti sui frutti delle cose in cui avevano avuto l'immissione fino a compensazione del loro credito; l'immissione comportava infatti il diritto di rifarsi sui frutti, che sarebbero serviti a coprire prima le *usurae*, poi il lascito testamentario³⁹. Ciò è tanto vero che le fonti evidenziano che all'erede era concessa un'*actio utilis* per riavere quanto il legatario od il fedecommissario avesse conseguito in più del dovuto:

D. 36, 4, 5, 21 (Ulp. l. 52 *ad ed.*): Quaeri poterit, an in vicem usurarum hi fructus cedant, quae in fideicommissis debentur. Et cum exemplum pignorum sequimur, id quod ex fructibus percipitur primum in usuras, mox, si quid superfluum est, in sortem debet imputari: quin immo et si amplius quam sibi debetur perceperit legatarius, exemplo pigneraticiae actionis etiam utilis actio ad id refundendum dari debebit.

Diversamente si poteva porre termine all'immissione nel caso in cui l'erede si fosse deciso a dare esecuzione al legato ed al fedecompresso, a ciò indotto dalla concessione della *missio in possessionem antoniniana* che gli sottraeva la disponibilità dei frutti e che gli imponeva l'immissione del legatario o del fedecommissario anche sui suoi propri beni.

³⁹ Se parte della dottrina ha puntato l'attenzione sulla funzione prevalentemente cautelativa di tale forma di *missio* (FERRINI, *op. cit.*, p. 423-424) e altra parte ne ha sottolineato la finalità eminentemente coercitiva (DE ROBERTIS, *op. cit.*, p. 120 ss.), la maggior parte degli studi sull'argomento (cfr. BIONDI, *Successione* cit., p. 370; LEPRI, *op. cit.*, p. 128; ARCARIA, *op. cit.*, p. 257) hanno posto in evidenza la natura esecutiva di tale forma di immissione; il potersi soddisfare sui frutti dei beni dell'erede, mostra, secondo noi chiaramente, come al legatario e al fedecommissario fosse dato uno strumento esecutivo. Tuttavia è anche vero quanto sostiene DE ROBERTIS (*op. cit.*, p. 123), ossia che non necessariamente l'immissione conduceva alla soddisfazione sui frutti, ma poteva terminare anche con l'adempimento delle disposizioni testamentarie ed anzi fine principale dell'immissione era proprio quello di giungere a tale risultato.

Si può quindi facilmente constatare che anche la *missio Antoniniana* era caratterizzata dall'offrire una tutela solo provvisoria; questa, infatti, aveva termine quando il legatario o il fedecommissario vedevano soddisfatte le loro giuste pretese, sia che ciò avvenisse direttamente, sia che ciò avvenisse indirettamente per mezzo della rivalsa sui frutti.

4. Carattere certamente temporaneo aveva un'altra immissione probabilmente di origine repubblicana⁴⁰ conseguente alle vicende successorie, ossia la *missio in possessionem ventris nomine*.

La situazione stessa che conduceva alla sua concessione rivela, infatti, la sua provvisorietà: se una donna incinta restava vedova poteva chiedere l'immissione, qualora il nascituro avesse il diritto di succedere nei beni paterni⁴¹. Il pretore, infatti, per evitare che potessero derivare pregiudizi al nascituro, a causa dell'utilizzo che altri avrebbe potuto fare dei beni ereditari, a suo favore concedeva alla madre una serie di poteri sui *bona hereditatis*⁴²:

⁴⁰ D. 37, 9, 1, 5 e D. 37, 9, 1, 28, di Ulpiano, testimoniano che di tale forma di immissione si occuparono già Labeone e Pedio: cfr. METRO, *La datazione dell'editto* "De inspiciendo ventre custodiendoque partu", in *Synthese V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, p. 947.

⁴¹ Il Digesto ci riporta una lunga trattazione di Ulpiano (D. 37, 9, 1, 2 e pr. ss.) che evidenzia che al fine di non compromettere la possibile esistenza del nascituro il pretore doveva concedere l'immissione anche qualora vi fossero dei dubbi sull'effettivo diritto di succedere del postumo, sullo stato di gravidanza o sull'effettiva posizione di moglie della donna. Tale norma doveva però risalire ad un'epoca anteriore a quella del giurista poiché lo stesso afferma (D. 37, 9, 1, 14) che l'imperatore Adriano introdusse per il caso di dubbio sullo stato di gravidanza o sulla posizione della moglie una *summaria cognitio* da effettuarsi antecedentemente alla concessione della *missio*, e che qualora nonostante questa il dubbio rimanesse si doveva concedere l'immissione. Inoltre in D. 37, 9, 1, 5 lo stesso Ulpiano riferisce che Pedio riteneva si dovesse concedere l'immissione anche quando il postumo fosse diseredato sotto condizione.

⁴² Buona parte della dottrina riteneva che all'impresso spettasse il vero possesso sui beni ereditari (cfr. LENEL, *op. cit.*, p. 347; RICCOBONO, *op. cit.* p. 138; SOLAZZI, *Il concorso cit.*, I, p. 20 ss.; METRO, *op. cit.*, p. 947); contro si è schierato, secondo noi giustamente, ALBANESE, *op. cit.*, p. 71, che, sulla base di D. 42, 4, 12, D. 41, 2, 3, 23 e D. 37, 9, 1, 17, considerati autentici, evidenzia come anche in questo caso non si trattasse di possesso *suo nomine*, ma di possesso *alieno nomine*. Senza voler scendere ad un esame più analitico del problema, si può osservare che, a supportare le considerazioni di Albanese, si pongono due circostanze che altrimenti non si spiegherebbero. In primo luogo è specificato nelle fonti che la madre aveva il diritto di trarre dai beni gli alimenti a lei necessari (D. 39, 9, 4 e D. 37, 9, 1, 19), laddove di tale specificazione se si fosse trattato di pieno possesso probabilmente non vi sarebbe stato biso-

D. 37, 9, 1 (Ulp. l. 41 *ad ed.*): Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit, nam et hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.

Pur essendo formalmente titolare del bene il nascituro, essendo l'immissione concessa per assicurare che i beni cui avrebbe avuto diritto non subissero pregiudizi⁴³, questo profittava dell'immissione solo indirettamente, in quanto vera immessa nei beni ereditari era da considerarsi la madre ed era ella che poteva disporre dei diritti che da tale immissione conseguivano, tra cui il diritto agli alimenti⁴⁴.

La *missio* cessava quindi quando non era più utile al nascituro:

D. 37, 9, 1, 27 (Ulp. l. 41 *ad ed.*): Tamdiu autem venter in possessionem esse debet, quamdiu aut pariat aut abortum faciat aut certum sit eam non esse praegnatam.

D. 37, 9, 2 (Paul. l. 41 *ad ed.*) Sed et si eum ediderit qui repulsus est, discedere debet.

gno; inoltre le fonti attestano che essa poteva chiedere un curatore (sul punto si veda SOLAZZI, *Il concorso* cit., III, p. 12 ss. e Curator ventris, in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957, p. 67 ss.; D'AMATI, *op. cit.*, p. 440 ss.), per porre atti di amministrazione che lei non poteva compiere (D. 37, 9, 1, 17); ciò ci fa dedurre appunto che essa non avesse il pieno possesso dei beni. Non riteniamo che la nomina del curatore si rendesse necessaria per l'incapacità delle donne nel mondo romano, in quanto, se così fosse, non vi sarebbe stata la necessità di introdurre la figura del curatore, bastando all'uopo il *tutor mulieris*. In realtà la donna immessa nel possesso dei beni aveva su questi solo un limitato potere di amministrazione, sia che esso fosse esercitato personalmente sia che lo fosse per il tramite del tutore, ed al curatore era affidato, per così dire, il compito di tutelare l'interesse del patrimonio e di compiere gli atti di amministrazione di volta in volta indispensabili e non rientranti nei limitati poteri della donna.

⁴³ Della funzione cautelare della *missio ventris nomine* è giustamente convinto BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 147; ed ora ARCARIA, *op. cit.*, p. 250.

⁴⁴ Il Digesto offre un'ampia e puntuale trattazione di quella che doveva essere la disciplina degli alimenti che ci giunge principalmente per bocca di Ulpiano (D. 37, 9, 1, 17; D. 37, 9, 1, 19; D. 37, 9, 1, 21; D. 37, 9, 1, 26; D. 37, 9, 9), ma che trova una conferma anche dalla voce di Gaio (D. 37, 9, 5).

L'immissione doveva avere perciò termine in caso di nascita, in caso di sopravvenuto aborto o qualora divenisse certo che la donna non era incinta; la *missio in possessionem ventris nomine* era poi revocata quando era appurato che il nascituro non era erede del defunto.

Il pretore concedeva quindi la *missio in possessionem ventri nomine* per il breve tempo strettamente necessario alla tutela del concepito erede e quindi mai per più di nove mesi, e la revocava immediatamente quando, per vari motivi, l'immissione si mostrava non più necessaria⁴⁵.

5. Durata ben più lunga, seppure anch'essa conseguente alla situazione che all'immissione conduceva, poteva avere un altro caso di immissione legato alle vicende successorie, anch'esso risalente alla tarda età repubblicana⁴⁶: la *missio in possessionem ex Carboniano edicto*⁴⁷; questa era or-

⁴⁵ Vari erano gli esiti della situazione a seconda dei motivi per cui l'immissione veniva a cessare: se l'immissione terminava a seguito della nascita il pupillo poteva ottenere la *bonorum possessio* dei beni ereditari (Ulp. D. 37, 9, 1), negli altri casi invece si apriva la normale successione ereditaria, ma la madre, qualora avesse richiesto l'immissione in mala fede, era tenuta a restituire quanto speso: *Et si sciens prudensque se praegnatem non esse consumpsit, de suo eam id consumpsisse Labeo ait* (D. 37, 9, 1, 28, Ulp. l. 41 ad ed.).

⁴⁶ Se D. 37, 10, 9 di Neratio ci attesta che il provvedimento era già presente nell'editto del pretore all'epoca di Labeone, il nome del provvedimento ha fatto ritenere possibile, alla maggior parte della dottrina (GIRARD, *op. cit.*, p. 926 n. 1; QUADRATO, *Missio in possessionem ex edicto Carboniano e bonorum possessio carboniana*, in BIDR, 77, 1974) una datazione ben anteriore ricollegabile ai *Papirii Carbones*, pretori tra il II ed il I a.C. LA ROSA (*op. cit.*, p. 166) ha creduto di poter meglio identificare il *Carbo* dell'editto Carboniano pensando a *Papirius Carbo* pretore nel 123 a.C.

⁴⁷ A lungo controversa è stata la natura dell'editto Carboniano. NIEDERMEYER (*op. cit.*, p. 83) e GIRARD (*op. cit.*, p. 926, n.1), poi seguiti dalla maggior parte della dottrina, hanno sostenuto sulla scorta di alcuni testi del Digesto – D. 37, 10, 1, 9, D. 37, 10, 3, 3, D. 37, 10, 3, 4; D. 37, 10, 7, 6; D. 37, 10, 14; D. 37, 10, 15 – , che l'editto Carboniano desse luogo non ad una *missio in possessionem*, ma ad una *bonorum possessio*. Secondo noi giustamente, LA ROSA (*op. cit.*, p. 152 ss.), approfondendo un'ipotesi già presente in RICCOBONO (*Corso cit.*, p. 139 ss.) e basandosi su altri testi del Digesto (D. 37, 20, 5, D. 37, 10, 5, 3; D. 37, 10, 6, 4; D. 37, 10, 1, 1; D. 37, 10, 3, 13), ha identificato nell'editto Carboniano un'ipotesi di *missio in possessionem*. L'autrice spiega i numerosi passi in cui tale editto viene a delinearsi come *bonorum possessio* pensando ad una evoluzione dell'istituto. La dimostrazione del carattere di temporaneità dell'editto Carboniano, può aggiungere un argomento alla tesi dell'autrice: se infatti la temporaneità abbiamo visto essere una caratteristica essenziale delle *missiones in possessionem*, non lo era della *bonorum possessio*, che viceversa aveva carattere definitivo. A spiegare poi l'evoluzione postclassica dell'istituto hanno concorso, se-

dinata nel caso in cui qualcuno contestasse il diritto di un pupillo di succedere ai beni paterni come si trova descritto nel 41° libro *ad edictum* di Ulpiano⁴⁸:

D. 37, 10, 1 (Ulp. l. 41 *ad ed.*): Si cui controversia fiet, an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset, et iudicium in tempus pubertatis causa cognita differitur.

D. 37, 10, 3, 5 (Ulp. l. 41 *ad ed.*): Duae autem sunt causae cognitiones, una dandae Carbonianae possessionis, quae habet commodum illud, ut, perinde atque si nullam controversiam pateretur impubes, possessionem accipiat, alia causae cognitio illa, utrum differri debeat in tempus pubertatis cognitio an repraesentari.⁴⁹

Il rinvio della discussione ad un momento successivo, pensato per tutelare il pupillo garantendogli la possibilità di ben difendersi, si sarebbe

condo noi, i maggiori poteri che, rispetto agli altri immessi, erano concessi all'immeso *ex Carboniano edicto*; egli (D. 37, 10, 6, 5; D. 37, 10, 15) aveva, infatti, non solo diritto agli alimenti, ma a tutto ciò che gli era necessario, aveva diritto di perseguire quanto a lui dovuto e di esigere il pagamento dei debiti (cfr. QUADRATO, *op. cit.*, p. 85). Tali maggiori poteri se da un lato possono essere spiegati con la lunga durata che vedremo possibile per tale forma di immissione, dall'altro potrebbero aver indotto i giuristi postclassici o i compilatori ad intervenire sui testi al fine di avvicinare tale istituto alla *bonorum possessio*.

Di particolare interesse e ben plausibile è però anche l'ipotesi di QUADRATO, *op. cit.*, p. 61 ss., il quale ritiene che l'editto Carboniano prevedesse sia la possibilità di giungere alla *bonorum possessio*, sia quella di giungere alla *missio in possessionem*, a seconda che il pupillo avesse prestato o meno la *satisfactio* che, come vedremo, gli era richiesta. Sul tema si è espresso anche STEGLER (*Statusstreit und Kindererbrecht. Probleme des edictum Carbonianum*, Graz, 1972, p. 17, nt. 1) il quale ha anch'egli ipotizzato una compresenza tra *bonorum possessio* e *missio in possessionem*, la prima riservata al *bonorum possessor*, la seconda all'*heres*. Anche ammettendo tali ipotesi, e quindi restringendo i casi di applicazione della *missio in possessionem*, questa rimane comunque temporalmente limitata, non andando ciò ad incidere sulle considerazioni che si porranno.

⁴⁸ Indifferente era se la successione avvenisse *ex intestato*, *secundum tabulas* o *contra tabulas* (D. 37, 10, 1, 3; D. 37, 10, 3).

⁴⁹ Il termine *possessio*, non altrimenti qualificato, come evidenziato da SCHERILLO, *op. cit.*, p. 205 e QUADRATO, *op. cit.*, p. 82, può designare sia la *bonorum possessio* che la *missio in possessionem*.

però rivelato un detrimento dei suoi interessi qualora il pretore non gli avesse concesso la *missio in possessionem*; senza questa, infatti, il pupillo non avrebbe potuto disporre dei suoi beni per un periodo anche lungo di tempo. È evidente quindi che l'immissione veniva a cessare quando di essa non vi era più bisogno, ossia quando, svoltosi il processo, fosse risultato che l'immeso *ex Carboniano edicto* aveva diritto ai beni ereditari o fosse viceversa risultata infondata la sua pretesa: nel primo caso la *missio in possessionem ex Carboniano edicto* diveniva inutile perché con la sentenza favorevole il pupillo poteva prendere possesso dei beni ereditari ad altro titolo, nel secondo caso doveva essere rimossa poiché egli non aveva più diritto ad essere tutelato.

Sulla durata della *missio in possessionem ex Carboniano edicto* occorre innanzitutto dire che non incide il particolare regime di tale immissione⁵⁰. Il pupillo immesso, infatti, era tenuto a prestare una *satisfactio* volta a garantire contro la dispersione del patrimonio ereditario; qualora il pupillo si fosse rifiutato di offrire tale garanzia, il pretore avrebbe offerto l'immissione anche a chi contestava il diritto successorio del pupillo, in contitolarietà con il pupillo, disciplina che troviamo esposta nei commenti all'editto di Ulpiano e di Paolo.

Si vedano:

D. 37, 10, 5, 2 (Ulp. l. 41 *ad ed.*): Quotiens impubes satis non dat, mittitur in possessionem adversarius eius, sive satis det sive non det. Si velit adversarius committi sibi administrationem, satis dare debet pupillo: ceterum si satis non det, debet curator constitui, per quem bona administrantur. Adversarius autem si satis dederit, res, quae tempore periturae aut deteriores futurae sint, distrahere debet: item a debitoribus, qui tempore liberabuntur, exigere debet: cetera cum pupillo possidebit.

D. 37, 10, 6, 4 (Paul l. 41 *ad ed.*): Qui pupillo controversiam facit, si simul cum eo in possessionem missus est, ali ex bonis defuncti non debebit nec quicquam de bonis deminuere: haec enim possessio pro satisfactioe cedit.⁵¹

⁵⁰ Tale disciplina non influisce sulla dimostrazione della temporaneità dell'immissione neppure se si consideri, come il QUADRATO, *op. cit.*, p. 61 ss., che questo fosse il momento discriminante tra *bonorum possessio* e *missio in possessionem*.

⁵¹ Una volta immesso l'avversario del pupillo era tenuto a prestare una *satisfactio*; facendo ciò otteneva poteri di amministrazione sui beni ereditari. Quando viceversa si rifiutava di *satisfacere* si rendeva necessaria la nomina di un curatore cui erano affidati i poteri di amministrazione sui beni (D. 37, 10, 5, 5). Il fatto che colui che eccitava

Tuttavia né l'immissione dell'avversario del pupillo nei beni ereditari, né la nomina del curatore facevano cessare la *missio in possessionem ex Carboniano edicto* concessa a favore del pupillo; infatti in entrambi i casi il pupillo e il suo avversario (nominato appunto in caso di mancata prestazione della *satisfactio* da parte del pupillo) erano contestualmente immessi nei beni ereditari ed al curatore, eventualmente nominato, erano affidati solamente poteri di custodia sui beni. La *missio in possessionem* durava per tutta la durata del processo, in quanto essa era concessa per coprire il tempo indispensabile all'instaurazione e allo svolgimento di questo.

Sull'estensione temporale della *missio in possessionem ex Carboniano edicto* ha invece influenza quanto Ulpiano afferma in D. 37, 10, 1 e D. 37, 10, 3, 5, ove risulta che il pretore, nell'ambito della procedura di concessione dell'immissione *ex Carboniano edicto*, operava due *causae cognitiones*: una per valutare la legittimità alla concessione dell'immissione, una per decidere se risultasse utile al pupillo prolungare l'immissione fino al tempo della pubertà. Se così fosse quindi l'immissione poteva o avere il suo termine quasi immediatamente, se non era necessario il differimento del processo, o, in caso contrario, vedere allungata la sua vita anche per diversi anni sino alla pubertà del pupillo.

La Rosa però ritiene tali passi inattendibili e sostiene che originariamente il pretore operasse solo una *causae cognitio* nella quale avrebbe valutato se rimandare la decisione della questione e se concedere quindi l'immissione⁵². L'autrice sostiene ciò basandosi sulla interdipendenza dei due provvedimenti, interdipendenza che perciò le fa ritenere che non fosse possibile concedere l'immissione senza differimento del processo: sulla scorta del Niedermeyer⁵³, ritiene che la seconda *causae cognitio* sia stata introdotta solo dopo che una costituzione di Costantino⁵⁴ statuí che non vi potesse essere rinvio del processo senza *causae cognitio*.

la legittimazione a succedere del pupillo fosse tutelato dal pretore o per mezzo di una *satisfactio* o con la possibilità di divenire contitolare dell'immissione, trova spiegazione nella durata solitamente lunga di tale immissione, ben oltre quella che doveva essere nelle altre forme di immissione (cfr. sul tema QUADRATO, *op. cit.*, p. 73).

⁵² LA ROSA, *op. cit.*, p. 163, n. 42.

⁵³ NIEDERMEYER, *op. cit.*, p. 83 ss.

⁵⁴ C. 3.11.4.

Benché la tesi dell'autrice appaia abbastanza credibile, riteniamo possibile che già originariamente vi potessero essere due esami della causa; infatti, come sostiene Martini⁵⁵, le due cognizioni potevano servire a valutare due diversi aspetti della controversia e potevano permettere la concessione dell'immissione anche senza il differimento del processo. D'altra parte in caso di originaria presenza di una sola *causae cognitio*, non necessariamente la costituzione di Costantino avrebbe imposto l'inserimento nell'editto di una seconda cognizione. Se infatti vi fosse stata prima di Costantino una sola *causae cognitio*, in questa il pretore avrebbe dovuto valutare se rimandare il processo a dopo la pubertà del pupillo ed in seguito a tale decisione concedere l'immissione nel possesso; ma se così fosse stato il processo sarebbe stato già differito sulla scorta di una cognizione e quindi non sarebbe stato necessario aggiungerne una seconda.

È ipotizzabile quindi che con il primo esame della causa il pretore dovesse valutare se il pupillo avesse i requisiti per richiedere l'immissione, ossia se non fosse certo che questi mai avrebbe potuto succedere al defunto; l'immissione era tuttavia comunque concessa anche nel caso in cui la situazione fosse dubbia:

D. 37, 10, 3, 4 (Ulp. l. 41 *ad ed.*): *Causae cognitio in eo vertitur, ut, si manifesta calumnia appareret eorum, qui infantibus bonorum possessionem peterent, non daretur bonorum possessio. Summatim ergo, cum petitur ex Carboniano bonorum possessio, debet praetor cognoscere: et si quidem absolutam causam invenerit evidenterque probatur filium non esse, negare debet ei bonorum possessionem Carbonianam: si vero ambigam causam, hoc est vel modicum pro puero facientem, ut non videatur evidenter filius non esse, dabit ei Carbonianam bonorum possessionem.*⁵⁶

Con il secondo esame della causa il pretore doveva viceversa verificare se fosse utile all'impubere rimandare la discussione della contro-

⁵⁵ MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano, 1960, p. 148, il quale ipotizza che la seconda *causae cognitio* potesse essere presente dapprima solo nella pratica, introdotta magari da rescritti imperiali.

⁵⁶ Troppo radicali paiono le critiche di BIONDI (*Summatim cognoscere*, in BIDR, 30, 1921, p. 240) e di GUARNIERI CITATI (*Rec. a Lévy-Bruhl, La denegatio actionis sous la procédure formulaire*, Lille, 1924, in *Arch. Giur.*, 9, 1925, p. 141 n. 1) che ritengono il passo frutto esclusivo della mano dei compilatori.

versia al momento del raggiungimento della pubertà, e per fare ciò consultava i parenti della madre o il tutore del pupillo:

D. 37, 10, 3, 5 (Ulp. l. 41 *ad ed.*): Hoc autem diligentissime praetori examinandum est, an expediat pupillo repraesentari cognitionem an potius differri in tempus pubertatis, et maxime inquirere hoc a cognatis matre tutoribusque pupilli debet. .. aut stulti aut iniqui praetoris erit rem in tempus pubertatis differre cum summo eius incommodo, cui consultum velit.⁵⁷

Risulta quindi che la *missio in possessionem ex Carboniano edicto*, temporanea come tutte le ipotesi di immissione concesse dal pretore, poteva avere differente durata: poteva, infatti, durare per il breve spazio di tempo necessario allo svolgimento del processo o poteva prolungarsi fino al raggiungimento della pubertà, in caso vi fosse l'opportunità di differire il processo⁵⁸. Tale differente durata era decisa da una valutazione del pretore, che solo poteva verificare quale delle due soluzioni potesse meglio assicurare quella che era la finalità dell'immissione, ossia la tutela del pupillo⁵⁹.

⁵⁷ LA ROSA (*op. cit.*, p. 163, n. 42), ritiene che in tale punto Ulpiano in realtà consigliasse ai parenti del pupillo di valutare, prima di chiedere l'intervento del pretore, se un differimento della causa gli fosse stato utile. Per il nostro esame particolari problemi non pongono i dubbi di BIONDI (*Summatim cit.*, p. 241) sulla classicità dell'espressione "*diligentissime praetori examinandum est*", in quanto seppure si volesse ammettere un intervento giustiniano volto a meglio descrivere l'attività del pretore, lo stesso BIONDI (*Summatim cit.*, p. 241) ammette che già in epoca classica sia riscontrabile la necessità di un duplice esame della questione (D. 37, 10, 3, 1).

⁵⁸ D. 37, 10, 3, 3.

⁵⁹ Di ciò troviamo conferma sempre in Ulpiano che però qui riporta utilmente un rescritto dell'imperatore Adriano, con il quale l'imperatore non sembra introdurre una novità nella disciplina dell'istituto, ma confermare e chiarire una regola già esistente: *Divus etiam Hadrianus ita rescripsit: "Quod in tempus pubertatis res differri solet, pupillorum causa fit, ne de statu periclitentur, antequam se tueri possint. Ceterum si idoneos habeant, a quibus defendantur, et tam expeditam causam, ut ipsorum intersit mature de ea iudicari, et tutores eorum iudicio experiri volunt: non debet adversus pupillos observari, quod pro ipsis excogitatum est, et pendere status eorum, cum iam possit indubitatus esse* (D. 37, 10, 3, 5, Ulp. l. 41 *ad ed.*).

Nel passo Ulpiano sembra riferire che l'imperatore Adriano indicasse appunto che era competenza del magistrato valutare l'opportunità del provvedimento; solo il pretore, infatti, poteva decidere se lo svolgimento immediato del processo, magari richiesto dal tutore, potesse nuocere al pupillo, dato che come dice l'imperatore, la procedura innanzi tutto non doveva danneggiare i pupilli essendo concessa a loro favore.

6. Il carattere di temporaneità era proprio anche della *missio in possessionem damni infecti nomine*. Come illustra la principale dottrina sull'argomento⁶⁰ il procedimento di tutela del danno temuto si dovette comporre già in piena età repubblicana⁶¹ di due successivi decreti del pretore: con il primo il pretore ordinava al proprietario del bene minacciante di prestare una *satisfactio* volta a garantire colui che temeva il danno e, qualora vi fosse stato un rifiuto, decretava la *missio in possessionem damni infecti nomine*; con il secondo decreto, in presenza di una *iusta causa*, concedeva il possesso *ad usucapionem* a favore di colui che temeva il danno.

Non vi è dubbio sul carattere provvisorio del primo decreto con cui il pretore concedeva la *missio in possessionem damni infecti nomine*; questo infatti era destinato in ogni caso ad esaurire la sua utilità in brevissimo tempo.

Il termine dell'efficacia del primo decreto veniva meno in primo luogo se, una volta ordinata l'immissione, il proprietario del bene minacciante avesse prestato la *satisfactio*; concessa la quale l'interesse del soggetto minacciato veniva raggiunto, avendo ricevuto la promessa di risarcimento in caso di danno⁶², e l'editto gli imponeva quindi di *decedere* dalla *possessio*, sancendo il termine della *missio in possessionem damni infecti nomine*:

⁶⁰ Cfr. BRANCA, *Danno temuto* cit.; BRUNO, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Nuovo Dig. It.*, 4-2, Torino, 1938, p. 713 ss.; PALERMO, *op. cit.*; MOZZILLO, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Nov. Dig. It.*, 4, Torino, 1960, p. 457 ss.; MASI, *Denuncia di nuova opera*, in *Enc. dir.*, 12, Milano, 1966, p. 163 ss.

⁶¹ Se Plinio (*Hist. nat.* 36, 2, 2) ricorda un caso di *cautio damni infecti* già del 123 a.C., altre due testimonianze sull'uso della *cautio* vanno fatte risalire ai *Topica* di Cicerone (44 a.C.) e ad una *sententia* di Servio riportata da Ulpiano (D. 39, 2, 24, 4). Il primo testo però a parlare di una conseguenza giuridica alla mancata prestazione della *cautio* è la *Lex de Gallia Cisalpina* (XX), che tuttavia cita la concessione di un'*actio ficticia* e non della *missio in possessionem damni infecti nomine*, circostanza che SERRAO (*La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano, 1954, p. 140) ha giustamente spiegato con il fatto che i magistrati municipali non dotati di *imperium* non potevano comminare la *missio in possessionem*, che secondo l'autore doveva essere conosciuta nell'editto urbano già dalla prima metà del I a.C. (in tal senso cfr. anche BRANCA, *Danno temuto* cit., p. 61 ss.).

⁶² Che il contenuto della stipulazione consistesse nella promessa di risarcire il danno sembra emergere chiaramente da quanto afferma Ulpiano in D. 39, 2, 28: su tale punto d'altra parte la dottrina non mostra incertezze (cfr. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma, 1894, p. 389; BRANCA, *Danno temuto* cit., p. 375; BRUNO, *op. cit.*, p. 716; LUZZATTO, *op. cit.*, p. 332).

D. 39, 2, 15, 31 (Ulp. l. 53 *ad edictum*) Item videamus, si ei cautio offeratur, posteaquam missus est, an non prius decedere debeat, quam si ei caveatur etiam de eo damno, quod contigit, posteaquam missus est in possessionem? quod quidem magis probatur: repetita igitur die promittendum erit. Hoc amplius de impensis quoque, si quas fecerit, erit ei cavendum.

Ma il primo decreto era destinato a vedere esaurita la sua funzione anche in caso di emanazione del *secundum decretum*, che andava a modificare sostanzialmente le situazioni giuridiche preesistenti generando a favore del minacciato un possesso che poteva condurre all'usucapione⁶³.

Perché si giungesse all'emissione del *secundum decretum* era necessario che vi fosse una *iusta causa*:

D. 39, 2, 7 (Ulp. l. 53 *ad ed.*) ...eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo.

Le fonti attestano che configuravano ipotesi di *iusta causa* il non aver prestato la *satisfactio* per un lungo periodo di tempo⁶⁴, la *derelictio* della cosa pericolante da parte del proprietario⁶⁵ e, secondo il Branca⁶⁶, il verificarsi del danno associato al rifiuto di risarcirlo da parte del proprietario della cosa danneggiante, l'assenza in mala fede e la *latitatio in iure* nel procedimento di danno temuto.

Occorre però evidenziare che le conseguenze che seguivano l'emissione del secondo decreto erano ben diverse e ben più gravi di quelle legate al primo decreto: colui a favore del quale era concesso il *secun-*

⁶³ D. 39, 2, 12; D. 39, 2, 7.

⁶⁴ In tal senso sembra esprimersi Ulpiano nel 53° libro del suo commento all'edicto, che seppure in alcune espressioni mostra la mano di successivi interventi, riteniamo possa nella sostanza considerarsi classico. *Non autem statim ubi misit praetor in possessionem, etiam possidere iubet, sed tunc demum, cum iusta causa videbitur (ergo intervallum aliquod debebit intercedere), quod aut pro derelicto aedes longo silentio dominus videatur habuisse aut emisso in possessionem et aliquamdiu immorato nemo caveat* (D. 39, 2, 15, 21, Ulp. l. 53 *ad ed.*).

⁶⁵ Ciò può leggersi sempre in D. 39, 2, 15, 21.

⁶⁶ BRANCA, *Danno temuto* cit., p. 200 ss. e più recentemente VACCA, *Derelictio e acquisto delle res pro derelicto habitae*, Milano, 1984, p. 143.

dum decretum, non aveva sulla cosa soltanto la *custodia et observatio* come l'impresso *ex primo decreto*, ma diveniva vero e proprio possessore⁶⁷, aveva il diritto di scacciare il proprietario⁶⁸ e con il passare del tempo poteva usucapire il bene per usucapione⁶⁹. Le fonti d'altra parte differenziano chiaramente le due situazioni, parlando in seguito al primo decreto di *in possessionem esse damni infecti nomine* e descrivendo la situazione successiva al secondo decreto con il termine *possidere* senza ulteriori specificazioni⁷⁰.

⁶⁷ Ben evidenzia ALBANESE (*op. cit.*, p. 62 ss.) che all'impresso *damni infecti nomine* in conseguenza del primo decreto pretorio spettavano poteri di *custodia et observatio* del bene minacciante. In tal senso si può leggere quanto affermato già da Pomponio nel suo commentario all'opera di Quinto Mucio e quanto ribadito da Ulpiano:

D. 42, 4, 12 (Pomp. l. 23 *ad Q. Mucium*) *Cum legatorum vel fideicommissi servandi causa, vel quia damni infecti nobis non caveatur, bona possidere praetor permittit, vel ventris nomine in possessionem nos mittit, non possidemus, sed magis custodiam rerum et observationem nobis concedit.*

D. 39, 2, 15, 20 (Ulp. l. 53 *ad ed.*) *Si quis autem in possessionem missus, nondum possidere iussus sit, an dominus decedere possessione debeat, videamus. Et ait Labeo non decedere, sicuti nec cum creditores vel legatarii mittuntur: idque est verius.*

In conseguenza del *secundum decretum* si aveva, viceversa, come evidenzia ALBANESE (*op. cit.*, p. 61), un pieno possesso, del quale si trova riferimento nell'opera di Ulpiano:

D. 39, 2, 15, 21 (Ulp. l. 53 *ad ed.*) *Non autem statim ubi misit praetor in possessionem, etiam possidere iubet, sed tunc demum, cum iusta causa videbitur...*

D. 39, 2, 7 (Ulp. l. 53 *ad ed.*) *...Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo.*

Sottolineano, inoltre, SCIALOJA (*op. cit.*, p. 410), BRANCA (*Danno temuto cit.*, p. 230 ss.) e ALBANESE (*op. cit.*, p. 62), che nel primo caso la tutela contro le turbative era assicurata soltanto da un interdetto *ne vis fiat* (D. 43, 4, 4); nel caso di turbative dopo la concessione del secondo decreto erano concessi invece proprio l'*actio publiciana* e gli interdetti possessorii (D. 39, 2, 18, 15). Chiarificatore può essere leggere NICOSIA (*Il possesso cit.*, p. 10 ss.) che proponendo un'approfondita ricostruzione delle dottrine classiche intorno al possesso getta una nuova luce sull'istituto ed offre interessanti spunti per la comprensione di tale differenza.

⁶⁸ D. 39, 2, 15, 23 (Ulp. l. 53 *ad ed.*) *Ubi autem quis possidere iussus est, dominus deiciendus erit possessione.*

⁶⁹ D. 39, 2, 12 (Paul. l. 48 *ad ed.*) *His qui pignori rem acceperunt potior est is, cui damni infecti non cavetur, si possidere et per longum tempus rem capere ei permisum fuerit.*

⁷⁰ Una tale differenziazione si trova sia nell'opera di Paolo (D. 39, 2, 12) sia, in maniera più massiccia, in quella di Ulpiano (D. 39, 2, 7; D. 39, 2, 15, 21; D. 39, 2, 15, 23; D. 39, 2, 15, 31; D. 39, 2, 15, 32) come ha notato ALBANESE, *op. cit.*, p. 60 ss.

A proposito del *secundum decretum* non si può quindi parlare di temporaneità tanto più che il secondo decreto, una volta emanato, non risulta revocabile neppure nel caso in cui il proprietario del bene minacciato avesse voluto prestare la *cautio*⁷¹.

Tuttavia ciò non deve indurre a negare il carattere temporaneo della *missio in possessionem damni infecti nomine*.

A nostro parere, infatti, la *missio in possessionem damni infecti nomine* era soltanto quella legata al primo decreto del pretore, mentre il secondo decreto non costituiva una ulteriore fase dell'immissione, bensì un provvedimento del tutto diverso, volto a concedere al soggetto minacciato il possesso pretorio, l'*in bonis habere*, del bene minacciante.

Primo decreto e secondo decreto a tutela del danno temuto sono collegati soltanto perché il primo legittimava l'emissione del secondo e ciò poiché nella *missio in possessionem damni infecti nomine* il soggetto proprietario del bene minacciato era immesso nella cosa minacciante pur non avendo sulla stessa alcun diritto o pretesa.

Ciò non avveniva nelle altre forme di immissione. Infatti se i creditori immessi nei beni del debitore potevano vantare sui beni il diritto loro derivante dalla loro situazione creditoria, il legatario ed il fideicommissario che ottenevano la *missio in possessionem legatorum fideicommissorum servandorum gratia* potevano vantare il diritto successorio derivante dal testamento; anche il *venter*, a favore del quale era ordinata la *missio in possessionem ventris nomine*, poteva vantare un titolo per l'immissione, ossia l'aspettativa sui beni ereditari, mentre il pupillo che chiedeva l'immissione *ex Carboniano edicto* aveva un vero e proprio diritto alla successione legittima.

Nessun titolo aveva invece l'impresso *damni infecti nomine* sulla cosa da cui era minacciato, ma la necessità di essere tutelato contro un danno probabile. Ed il pretore effettivamente lo tutelava assegnandogli la *missio in possessionem damni infecti nomine*. Tale immissione però, come ogni altra immissione, non poteva essere protratta in eter-

⁷¹ *Posteaquam autem quis possidere iure dominii a praetore iussus est, nequaquam locus erit cautionis oblationi: et ita Labeo: ceterum nullus, inquit, finis rei invenietur: et est hoc verissimum seposito eo, quod quibusdam vel aetate vel qua alia iusta causa subvenitur* (D. 39, 2, 15, 32, Ulp. l. 53 ad ed.).

no e d'altra parte da sola non sarebbe stata pienamente soddisfacente per gli scarsi poteri che comportava; la sola *custodia et observatio* a poco sarebbe servita, infatti, una volta verificatosi il danno se il pretore non avesse trovato una forma di tutela più intensa.

Ma tale tutela, mancando a favore del minacciato un effettivo titolo sulla cosa minacciante, poté essere introdotta, come è dimostrato in modo illuminante dal Branca⁷², soltanto sotto forma "penale". Il pretore decise infatti di sanzionare il rifiuto di prestare la *cautio*, reiterato nonostante l'immissione, con un secondo decreto che dal primo traeva legittimazione, un *secundum decretum* che costituiva una *poena* per la trasgressione all'ordine pretorio e che privava definitivamente il punito della disponibilità della cosa.

Si può quindi concludere che anche la *missio in possessionem damni infecti nomine* era un provvedimento temporaneo e provvisorio, in quanto era destinata a terminare o con la prestazione della *cautio* da parte del proprietario del bene minacciante o con l'emissione del secondo decreto, che, punendo l'ostinazione del proprietario del bene minacciante, andava a modificare definitivamente la situazione giuridica preesistente eliminando la *missio in possessionem damni infecti nomine* e costituendo un possesso pretorio.

7. Il carattere di temporaneità deve, invece, essere escluso per una

⁷² Il merito di aver evidenziato la funzione penale della *missio in possessionem damni infecti nomine* è stato del BRANCA, *Danno temuto* cit., p. 139 ss.; accanto alla consueta funzione cautelare, già identificata da SCIALOJA, *op. cit.*, p. 390 e a quella coercitiva, per cui propendeva la maggior parte della dottrina precedente (cfr. KARLOWA, *Der römische civilprozess zur Zeit der legis actiones*, Berlino, 1872, p. 1240 ss.; BETTI, *Diritto romano*, Padova, 1935, p. 662 ss.), proprie di tutte le forme di immissione, nella concessione della *missio in possessionem damni infecti nomine* lo studioso ha ampiamente dimostrato l'esistenza di un principio sanzionatorio legato alla trasgressione all'ordine imposto dal pretore, evidenziando che: 1) varie fonti testuali parlano di pena a proposito di tale immissione; 2) è concessa in parti uguali anche se più sono i ricorrenti e per beni di diverso valore, a prescindere quindi dalla valutazione del danno; 3) ha carattere personale a differenza delle altre immissioni; 4) ha un'ampia contiguità con la *legis actio damni infecti* che aveva carattere penale. Tale funzione sanzionatoria era propria sia del decreto con cui il pretore ordinava l'immissione, sia di quello con cui ordinava il possesso del bene minacciante. Tale funzione penale è ora riconosciuta dalla maggior parte della dottrina che talora rischia però di dimenticare la compresenza dei tradizionali fini cautelari-coercitivi propri di tutte la ipotesi immissorie, cfr. PALERMO, *op. cit.*, p. 95 ss.; MASI, *op. cit.*, p. 164; LUZZATTO, *op. cit.*, p. 340 ss.

forma di immissione a tutela dei fedecommissi introdotta, secondo la dottrina dominante⁷³, in epoca postclassica: la *missio in rem*.

Ciò si può facilmente constatare evidenziando in primo luogo, come fa in modo unanime la dottrina⁷⁴, che tale immissione era *in singulam rem*, ossia nella sola cosa che il testatore aveva lasciato per fedecommissso:

C. 8, 17, 2 (*Imp. Antoninus A. Chresto*): Si decreto praetoris, qui de fideicommisso ius dixit, in possessionem fundi hereditarii fideicommissi condicionalis servandi gratia prius inducti estis, quam adversarius vester in causa iudicati eiusdem fundi pignus occupavit iussu eius, qui iure sententiam exsequebatur, tempore potiores estis. Nam cum de pignore utraque pars contendat, praevalet iure, qui praevenit tempore. (*PP. v id. Mai. duobus Aspris cons.*)

Esaminando il caso di una sentenza che regolava una questione di poeriorità tra un soggetto immesso nel possesso ed uno che deteneva la cosa a titolo di pegno l'imperatore Caracalla afferma che l'immissione era avvenuta in una singola cosa, cioè in un fondo; pur trattando di una immissione *in singulam rem* il brano tuttavia non parla di *missio in rem* ma di *missio in possessionem fideicommissorum servandorum gratia*. Giustamente è stato però osservato da Arcaria⁷⁵ che questo deve essere stato il frutto del lavoro dei compilatori: venuta infatti meno la *missio in rem*, in quanto abolita, come vedremo, da Giustiniano, i compilatori per salvare il brano mutarono la menzione della *missio in rem* con quella della *missio fideicommissorum servandorum gratia*. Ciò appare chiaro osservando che il brano parla di una immis-

⁷³ Seppure non precisamente databile, ARCARIA (*op. cit.*, p. 279 ss.) ritiene che l'introduzione della *missio in rem* sia da collocare in età postclassica, visto che essa fu da subito di competenza del *praetor fideicommissarius*, come confermato da C. 8, 17, 2; su posizioni differenti si pone IMPALLOMENI (*L'efficacia del fedecommissso pecuniario nei confronti dei terzi. La in rem missio*, in BIDR, 70, 1967, p. 85 ss. e 95-96), il quale, se sostiene che la sua compiuta applicazione è ascrivibile alla tarda età degli Antonini, ipotizza che potesse trovare applicazione addirittura prima; riteniamo dubbia tale anticipazione, in quanto non saremmo così sicuri che siano effettivamente riferibili alla *missio in rem* alcuni testi su cui l'autore fonda la sua analisi.

⁷⁴ In tale senso FERRINI, *op. cit.*, p. 414; IMPALLOMENI, *Prospettive cit.*, p. 309; ARCARIA, *op. cit.*, p. 255, DESANTI, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁵ ARCARIA, *op. cit.*, p. 279 ss.

sione *in fundo* cioè *in singulam rem*, mentre la *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum gratia* era una *missio in bona*.

La *missio in rem* aveva poi effetti reali, era cioè accordata anche nel caso in cui la cosa fosse stata acquistata scientemente da un terzo⁷⁶:

Pauli Sent. 4, 1, 15: *Rem fideicommissam si heres vendiderit eamque sciens compararit, nihilo minus in possessionem eius fideicommissarius mitti iure desiderat.*

Infine, a differenza di quanto avveniva nella *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa* ed in ogni altra ipotesi di immissione, l'impresso poteva esercitare l'*actio Publiciana* e poi, per mezzo dell'*usucapio*, divenire *dominus* della cosa⁷⁷.

Risulta quindi evidente che, lungi dall'aver funzione cautelare-coercitiva, come in genere avevano le altre immissioni, la *missio in rem* aveva una funzione per lo più esecutiva, che le è riconosciuta in modo unanime dalla dottrina⁷⁸: con la *missio in rem* a favore del fedecommissario, infatti, il pretore non mirava a concedere al richiedente una tutela limitata nel tempo, in attesa che gli interessi dello stesso fossero tutelati compiutamente nell'ambito delle ordinarie procedure del *ius civile* e del *ius pretorium*, ma voleva far conseguire direttamente e definitivamente al fedecommissario quanto a lui spettava a titolo successorio. Per tale forma di immissione non si può quindi parlare di temporaneità.

Tuttavia tale caso non può condurre a negare che la temporaneità fosse un elemento comune ed unificante delle varie forme di immissione.

La *missio in rem*, infatti, delle altre forme di immissione aveva sol-

⁷⁶ FERRINI, *op. cit.*, p. 414; BIONDI, *Successione cit.*, p. 370; VOCI, *Diritto ereditario cit.*, II, p. 233; IMPALLOMENI, *L'efficacia cit.*, p. 55, il quale ipotizza che il fedecommissario perdesse la legittimazione alla *missio* qualora avesse prestato il consenso all'alienazione dei beni operata dall'onerato.

⁷⁷ ARCARIA, *op. cit.*, p. 255, DESANTI *op. cit.*, p. 13.

⁷⁸ ARCARIA, *op. cit.*, p. 256; VOCI, *Esecuzione forzata cit.*, p. 250; IMPALLOMENI, *L'efficacia cit.*, p. 76 ss.

tanto il nome: sorse in epoca ben più tarda; concedeva molto probabilmente all'immesso poteri ben maggiori se è vero che in questo caso, unico tra tutti, l'immesso poteva giungere all'usucapione del bene; perseguiva finalità non cautelari ma esecutive.

La *missio in rem* è in realtà, a nostro parere, il caduco frutto di quel processo di trasformazione che, secondo la principale dottrina⁷⁹, l'istituto della *missio in possessionem* conobbe nell'età postclassica. In tale periodo, infatti, la *missio in possessionem* fu sempre più avvicinata ad uno strumento esecutivo ed al concetto di *pignus praetorium*, snaturandone le caratteristiche proprie, che consistevano nell'attribuire la custodia dei beni, per un periodo di tempo limitato, a fini cautelari-coercitivi⁸⁰.

Ma tale processo di snaturamento della *missio in possessionem* fu condannato da Giustiniano che seppure non eliminò ogni traccia di questo mutamento, trovandosene ancora segni nel Digesto, lo ridimensionò a partire proprio dalla *missio in rem*, abrogata per le ambiguità della sua regolamentazione e definita "*tenebrosissimus error*":

⁷⁹ BRANCA, *Danno temuto* cit., p. 385 ss.; LUZZATTO, *In tema di origine nel processo "extra ordinem"*, Studi E. Volterra, Milano, 1971, p. 710 ss. Un primo segnale di tale processo si avverte già nella *missio in possessionem Antoniniana*, che, seppure non può essere definita un procedimento esecutivo, tuttavia aveva già un ambito di esecutività nel concedere all'immesso la possibilità di rivalersi sui frutti.

⁸⁰ Ciò è talmente vero e talmente forti ne sono i segni rimasti nel Digesto, che a lungo la dottrina dominante (NABER, *De pignore praetorio*, in *Mnemosyne*, 1897, p. 307; RAMADIER, *op. cit.*, p. 130 ss.), ha ricostruito la *missio in possessionem* come *pignus praetorium*. Con il concetto di *pignus praetorium* si indicarono forme di pegno giudiziale, ossia pegni non convenzionali, ma concessi dal magistrato. Tra questi tipi di pegno sono stati fatti rientrare il *pignus ex causa iudicati captum* e le *missiones in possessionem* (cfr. PAGGE, v. Pegno, in *Nuovo Dig. It.*, IX, 1939, p. 612; BOVE, v. Pegno, in *Nov. Dig. It.*, XII, 1957, p. 764). Se il *pignus ex causa iudicati captus* è generalmente riconosciuto come strumento esecutivo proprio della procedura *extra ordinem* (cfr. BOVE, *op. cit.*, p. 764; BURDESE, v. Pegno, in *Enc. Dir.*, XXXII, 1982, p. 666), per quanto concerne la *missio in possessionem* va ascritto al SOLAZZI (*Il concorso* cit., I, p. 243 ss.) il merito di aver ampiamente dimostrato che i testi che equiparano la *missio in possessionem* al *pignus praetorium* sono il frutto di interpolazioni postclassiche, come alla stessa epoca deve essere fatto risalire lo stesso concetto di *pignus praetorium*. In linea con le posizioni del Solazzi si è poi espressa la principale dottrina tra cui BURDESE, *op. cit.*, p. 666. Il concetto di *missio in possessionem* come forma di pegno giudiziale ha recentemente trovato una voce in GUARINO (*Diritto privato romano*, Napoli, 1999, p. 778), seppure l'autore affermi sembrare non classica l'espressione *pignus praetorium*.

C. 6, 43, 1 (*Imp. Iustinianus A. Demostheni.*): Quis in rem missionis scrupulosis utatur ambagibus? Rectius igitur esse censemus in rem quidem missionem penitus aboleri, omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat easdem res, vel per quodcumque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda, et insuper utilem Servianam (id est hypothecariam) super his quae fuerint derelicta in res mortui praestare. (*D. xv k. Oct. Chalcedone decio vc. cons*)

C. 6, 43, 3, 2 (*Imp. Iustinianus A. Iohanni*): Sed quia nostra maiestas per multos casus legatariis et fideicommissariis prospexit et actiones tam personales quam in rem et hypothecarias dedimus et in rem missionis tenebrosissimus error abolutus est, et ad hanc legem pervenimus. (*D. k. Sept. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.*).

La *missio in rem* ebbe dunque breve vita e fu il prodotto di una momentanea tendenza allo snaturamento dei principi fondamentali della *missio in possessionem*, tra i quali primo la provvisorietà dell'immissione. Perciò non poter riscontrare un carattere di temporaneità nella *missio in rem*, non ci sembra incidere sulla convinzione che la temporaneità fosse una caratteristica fondamentale di tutte le ipotesi di *missio in possessionem*.

8. Dall'analisi svolta sulle singole ipotesi di concessione della *missio in possessionem* si può concludere che questa costituiva una fattispecie unitaria almeno sotto il profilo della temporaneità.

Salvo, infatti, il caso anomalo e postclassico della *missio in rem*, ogni qual volta il pretore concedeva l'immissione questa era temporanea e provvisoria. La nuova regolamentazione degli interessi, la nuova situazione giuridica, che con essa si instaurava non poteva mai essere definitiva, ma solo temporaneamente valida, e sempre e comunque era destinata a vedere esaurita la sua funzione ed estinti i suoi peculiari effetti.

Tuttavia la lettura di alcune fonti ha potuto suscitare il sospetto che l'unitarietà della *missio in possessionem* non sia forse basata soltanto sulla temporaneità di tale rimedio, ma anche su ulteriori elementi che richiederebbero essi stessi una più approfondita analisi. È parso infatti di scorgere nella *missio in possessionem* un rimedio per lo più volto a finalità cautelari-coercitive, indipendentemente dalla varietà delle sue manifestazioni. È sembrato, inoltre, di intuire che la *missio*

in possessionem oltre ad essere limitata temporalmente, fosse limitata anche sostanzialmente; tale tutela non era cioè mai piena, offrendo un insieme di poteri generalmente ristretto. Sarebbe quindi ben utile un'indagine volta a cercare di approfondire quegli elementi, qui intravisti, che oltre all'aspetto della temporaneità potrebbero fondare una ricostruzione unitaria dei vari fenomeni di *missio in possessionem*. Per l'intanto, e nei ristretti limiti di una semplice annotazione, è qui interessante l'osservazione che a rafforzare l'ipotesi di una *missio in possessionem* come istituto unitario può concorrere l'esame di quali fossero i magistrati competenti alla sua emanazione.

D. 50, 1, 26 (Paul. l. 1 *ad ed.*) Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere aut bona rei servandae causa iubere possideri aut dotis servandae causa vel legatorum servandorum causa.

Poiché la *missio in possessionem* non poteva essere ordinata dai magistrati municipali, la dottrina ha concluso in modo unanime che tale provvedimento potesse essere preso sempre e solo dal pretore o dal preside della provincia⁸¹. D'altra parte si può osservare che ancora nel Digesto si fa riferimento al pretore non solo come a colui che con l'editto ha regolamentato la *missio in possessionem*, ma anche come a colui che deve emanare i decreti necessari alla concessione della stessa⁸². Unica eccezione è rappresentata dalla *missio in rem* concessa a tutela del fedecommissario: infatti C. 8, 17, 2⁸³ mostra che tale prov-

⁸¹ In tale senso LAURIA, *Iurisdictio cit.*, p. 524; DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 221 ss.; SOLAZZI, *Il concorso cit.*, I, p. 143 ss.; LUZZATTO, *Il problema cit.*, p. 119 ss.; ARCARIA, *op. cit.*, p. 248.

⁸² Solo a titolo esemplificativo si possono osservare tra gli altri D. 42, 4, 7, 1, D. 42, 5, 12 e D. 42, 5, 31 a proposito della *missio in possessionem rei servandae causa*. A proposito della *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa* si può leggere D. 36, 4, 1, 1; D. 37, 9, 1, 15 per la *missio in possessionem ventris nomine* e D. 37, 10, 1, 1 per la *missio in possessionem ex Carboniano edicto*. Tuttavia anche ove il nome del pretore è omissso il tenore del discorso sembra indubitabilmente riferirsi a tale magistrato.

⁸³ *Si decreto praetoris, qui de fideicommisso ius dixit, in possessionem fundi hereditarii fideicommissi conditionalis servandi gratia prius inducti estis, quam adversarius vester in causa iudicati eiusdem fundi pignus occupavit iussu eius, qui iure sententiam exsequatur, tempore potiores estis* (C. 8, 17, 2, Imp. Antoninus a Chresto, PP V *id. Mai. Duobus Aspris cons.*) [a. 212].

vedimento era preso *extra ordinem* dal *praetor fedecommissarius*. Tuttavia questa non va considerata che l'ennesima differenza tra tale caso del tutto particolare e i principi generali della immissione classica.

Ma se i brani dedicati dal Digesto alla *missio in possessionem* fanno riferimento genericamente al pretore, l'unica volta che si trova una trattazione specifica sull'argomento è nella lettura del libro 39° titolo 2° del Digesto, dedicato al danno temuto. Tale particolare trattazione è dovuta al fatto che, a differenza dalle altre ipotesi di immissione, nella *missio damni infecti nomine* erano affidati ambiti di competenza ai magistrati municipali. Nel suo libro primo *ad edictum* Ulpiano trattava la questione evidenziando che il pretore e il preside della provincia delegavano ai magistrati municipali il potere di ordinare la *cautio* e di emettere il decreto di *missio in possessionem ex primo decreto* quando reputavano che la situazione necessitasse di un intervento di urgenza⁸⁴:

D. 39, 2, 4, 3 (Ulp. l. 1 *ad ed.*) *Duas ergo res magistratibus municipalibus praetor vel praeses iniunxit, cautionem et possessionem, cetera suae iurisdictioni reservavit.*

D. 39, 2, 1 (Ulp. l. 1 *ad ed.*) *Cum res damni infecti celeritatem desiderat et periculosa dilatio praetori videtur, si ex hac causa sibi iurisdictionem reservaret, magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit.*

Il pretore e il preside della provincia conservavano però il potere di revocare l'immissione già concessa (*ex primo decreto*) o di ordinare la *missio in possessionem ex secundo decreto*:

D. 39, 2, 4, 4 (Ulp. l. 1 *ad ed.*) *Si forte duretur non caveri, ut possidere liceat (quod causa cognita fieri solet) non duumviros, sed praetorem vel praesidem permissuros: item ut ex causa decedatur de possessione.*

La situazione di particolare urgenza che in determinati casi poteva venirsi a configurare nella *missio in possessionem damni infecti nomine* giustificava quindi l'eccezione alla regola generale che veniva poi a riprendere vigore quando l'urgenza veniva meno, ossia nel caso di revoca dell'immissione o di *secundum decretum*. La giustificazione di tale

⁸⁴ Cfr. DE MARTINO, *op. cit.*, p. 221; SERRAO, *op. cit.*, p. 91 n. 18; MASI, *op. cit.*, p. 164.

norma ci è fornita oltre che da Ulpiano anche da Paolo che ugualmente trattava della questione nel primo libro *ad edictum*:

D. 2, 1, 4 (Ulp. l. 1 *ad ed.*) Iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis.

D. 50, 1, 26 (Paul. l. 1 *ad ed.*) Ea, quae magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere aut bona rei servandae causa iubere possideri aut dotis servandae causa vel legatorum servandorum causa.

Poiché la *missio in possessionem* era ordinata in forza dell'*imperium* del magistrato più che della sua *iurisdictio*, l'immissione non poteva essere disposta dai magistrati municipali, essendo questi sforniti di *imperium*⁸⁵.

A porre in dubbio la classificazione della *missio in possessionem* tra gli atti *magis imperii quam iurisdictionis* si pongono alcuni testi che parrebbero parlare al proposito di *iurisdictio*⁸⁶. L'aver osservato che potevano di norma comandare l'immissione solo il pretore e il preside della provincia, magistrati forniti di *imperium*, e mai i magistrati municipali, dotati solo di *iurisdictio*, può fornire forse un ulteriore argomento a chi, come De Martino⁸⁷, ritiene tali testi interpolati o frutto di espressioni atecniche. Di parere diverso è invece Luzzatto⁸⁸, il quale ritiene che tali testi rivelino una perplessità sorta già in epoca repubblicana sull'essere la *missio* frutto dell'*imperium* o della *iurisdictio*,

⁸⁵ Nell'ambito di un ampio dibattito svoltosi in dottrina sui contenuti dell'*imperium* e della *iurisdictio* (per il quale cfr. LAURIA, *Iurisdictio cit.*; DE MARTINO, *op. cit.*; LUZZATTO, *Il problema cit.*, Bologna, 1965; e specificatamente sulla *iurisdictio* NICOSIA, *Nascita ed evoluzione della iurisdictionis. Dalle lezioni del corso di diritto romano 1991-1992*, Catania, 1993) la dottrina si è mostrata pressoché concorde nel ritenere la *missio in possessionem* un atto *magis imperii quam iurisdictionis*, cfr. LAURIA, *Iurisdictio cit.*, p. 524; DE MARTINO, *op. cit.* (che a p. 223 afferma "È tanto poco un atto giurisdizionale, che serve solo a creare uno stato di fatto, tutelato dall'*imperium* del magistrato, ma non a trasmettere comunque diritti, né a creare diritti nuovi da quelli preesistenti"); SOLAZZI, *Il concorso cit.*, I, p. 143; RICCOBONO, *op. cit.*, p. 132; CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, Torino, 1982, II, p. 25, il quale prende in esame proprio D. 2, 1, 4; ARCARIA, *op. cit.*, p. 248; NICOSIA, *Nascita ed evoluzione cit.*, p. 116.

⁸⁶ *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* lin. 13 ss., 41 ss.; D. 39, 2, 4, 3-7; D. 43, 4, 1.

⁸⁷ DE MARTINO, *op. cit.*, p. 223.

⁸⁸ LUZZATTO, *Il problema cit.*, p. 119 ss.

perdurata per tutto il primo periodo imperiale e risolta solo nell'età dei Severi, epoca a cui risalgono il maggior numero dei testi che parlano di *missio in possessionem* come frutto dell'*imperium* pretorio.

Il fatto che, come sembra del tutto probabile dall'esame delle fonti, la *missio in possessionem* fosse un atto *magis imperii quam iurisdictionis*, oltre a fornire un ulteriore elemento di unitarietà dell'istituto, è elemento⁸⁹ assai importante che inquadra l'immissione nell'ambito dei rimedi basati sull'*imperium* del pretore, tra i quali sono fatti rientrare gli interdetti, la *restitutio in integrum* e le stipulazioni pretorie.

Assai interessante sarebbe verificare se il punto di contatto tra gli atti *magis imperii quam iurisdictionis* risieda soltanto nel potere da cui essi sono generati o se siano riscontrabili maggiori punti in comune. Far ciò partendo dal punto di vista della *missio in possessionem*, angolo prospettico da cui abbiamo affrontato l'argomento, significherebbe verificare se oltre alla temporaneità e all'essere atto *magis imperii quam iurisdictionis*, vi siano ulteriori elementi unificanti le singole ipotesi immissorie e quindi constatare se tali elementi siano specifici della *missio in possessionem* o se si estendano all'intera categoria dei rimedi pretori. La nostra indagine ci permette di considerare solo l'aspetto della temporaneità, dovendo rimandare a futuri approfondimenti il confronto tra la finalità cautelare-coercitiva dell'immissione, i poteri limitati concessi da questa, elementi che sono emersi in questa ricerca come possibili punti di contatto tra le singole figure immissorie, ed

⁸⁹ Un esame unitario degli atti *magis imperii quam iurisdictionis* è fornito da LAURIA, *Iurisdictio cit.*, p. 524 ss.; DE MARTINO, *op. cit.*, p. 224 ss.; LUZZATTO, *Il problema cit.*, p. 118 ss. Specificatamente per quanto riguarda gli interdetti come atti fondati sull'*imperium* del magistrato si può leggere CAPOGROSSI COLOGNESI, *v. Interdetti*, in *Enc. Dir.*, XXI, 1971, p. 904 ss.; fanno risalire la *in integrum restitutio* all'*imperium* del magistrato SARGENTI, *Studi sulla "restitutio in integrum"*, in *BIDR*, 69, 1966, p. 201 ss.; FABBRINI, *Per la storia della "restitutio in integrum"*, in *Labeo*, 13, 1967, p. 201 ss.; contra CERVENCA, *Per lo studio della restitutio in integrum*, in *Studi Biondo Biondi*, Milano, 1965, p. 622 ss. che ritiene che nel periodo dell'*ordo iudiciorum* la concessione della *restitutio in integrum* sarebbe stata legata alla *iurisdictio* del magistrato, mentre sarebbe stata imputata all'*imperium* solo in epoca di *cognitio extra ordinem* (ma vedi a proposito le critiche mosse da FABBRINI, *op. cit.*, p. 202). Ritengono ricollegabile all'*imperium* del pretore le *stipulationes pretoriae* PALERMO, *op. cit.*, p. 62 ss. e LUZZATTO, *Il problema cit.*, p. 251; contra è il MOZZILLO, *Contributo allo studio delle "stipulationes praetoriae"*, Napoli, 1960, p. 10 che evidenzia che tali *stipulationes* dette pretorie potevano essere previste anche in leggi e senatoconsulti; sull'argomento cfr. anche l'esauriente nota di GIOMARO, *Ulpiano e le "stipulationes praetoriae"*, in *Studi A. Biscardi*, IV, 1983, nota 6, p. 417.

eventuali analoghe caratteristiche degli altri rimedi basati sull'*imperium* del magistrato.

Per quanto riguarda l'interdetto⁹⁰, la cui natura è aspetto particolarmente dibattuto in dottrina ed essenziale per evidenziarne il rapporto con la *missio in possessionem*, si può subito chiarire che esso non va definito temporaneo se si considera esito di un processo, sia esso amministrativo su richiesta della parte⁹¹, sia esso *extra ordinem*⁹². In tale caso, infatti, l'interdetto avrebbe la forza di instaurare una nuova situazione giuridica tendenzialmente permanente, al contrario dell'immissione che ciò non poteva mai fare. Da tali considerazioni non si differenzia troppo neppure l'opinione di Biscardi⁹³, il quale ritiene l'interdetto sempre riesaminabile, ma non per questo ne nega l'eseguitività né la possibile definitività.

E temporaneo l'interdetto non è neppure qualora lo si consideri, come il fa Gandolfi⁹⁴, un comando concreto e definitivo, preceduto da *cognitio*, seppure emesso in bianco ed integrato successivamente per mezzo di una *formula arbitraria*. Come non lo è neppure quando si creda, come il Luzzatto⁹⁵, che consista in un comando con in sé insita una possibilità di definitività, seppure questa limitata all'ipotesi di non contestazione dell'interdetto stesso.

Una forma di vicinanza tra interdetto e *missio in possessionem* sotto il profilo della temporaneità non si può infine riscontrare neppure considerando l'interdetto un giudizio ipotetico, ossia condizionato alla

⁹⁰ Per una più compiuta analisi delle posizioni dottrinali in materia cfr. LUZZATTO, *Il problema* cit., p. 198 ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. cit.*, p. 901 ss.; GIOMARO, v. *Interdica*, in *Dig.* IV, IX, 1983, p. 504 ss., ai quali si rimanda anche per una più completa bibliografia.

⁹¹ BETHMANN HOLLWEG, *op. cit.*, II, p. 344; RICCOBONO, v. *Interdicta*, con aggiornamento bibliografico di Riccobono jr., in *Nov. Dig. It.*, 1963, p. 792 ss.

⁹² Cfr. KELLER, *Der römische Civilprozess*, Leipzig, 1883, p. 352 ss. e PERNICE, Panerga VI, *Frieden und Friedenswahrung in römischegriechischen Rechte*, in *ZSS*, 1896, p. 195, per i quali in tale procedimento sarebbe l'origine della *cognitio extra ordinem*.

⁹³ BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, 1938, p. 232 ss.

⁹⁴ GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milano, 1955, p. 80 ss.

⁹⁵ LUZZATTO (*Il problema* cit., p. 227 ss. e *Idem*, *In tema* cit., p. 687 ss.), il quale ritiene l'interdetto come esito di una sommaria cognizione del pretore volta ad accertare l'esistenza di un *fumus boni iuris* e a dare così forza ad un atto di difesa privato.

verifica *in iure* dell'esistenza e della giustezza dei suoi presupposti⁹⁶ o addirittura un mero mezzo processuale volto a trasportare nell'*ordo iudiciorum* situazioni altrimenti non tutelate dal *ius civile*⁹⁷; non ha senso infatti parlare di temporaneità se si nega ogni efficacia all'interdetto. Nuovamente non temporaneo è l'interdetto se si sposa una versione più moderata della teoria dell'intervento pretorio come giudizio ipotetico, quale quella espressa dal Capogrossi Colognesi⁹⁸, il quale ritiene l'interdetto un comando ipotetico, ma a carattere concreto, ossia avente la capacità di modificare definitivamente le situazioni giuridiche preesistenti, mediante la sua esecuzione da parte del destinatario.

Ugualmente non temporanea era la *restitutio in integrum* che, seguendo la definizione che ne dà il Fabbrini, è un intervento del pretore che si avvale "di un potere esorbitante i limiti della *iurisdictio*, per tutelare, contro il rigore dello *ius*, le esigenze dell'*aequitas*, e temperare ogni deformazione causata dall'eccessivo formalismo, ponendo nel nulla di volta in volta le situazioni formalmente valide ma sostanzialmente inique, e facendo compiere un salto indietro nel tempo, riportando il tutto ad una situazione giuridica anteriore, facendo sì che tutto potesse ricominciare da capo. La *restitutio in integrum* era così un'efficace strumento per creare diritto nuovo, dietro la spinta di considerazioni equitative..."⁹⁹. La *restitutio in integrum* andando quindi ad annullare gli effetti di un atto giuridico, riportava la situazione al mo-

⁹⁶ Di tale opinione era la dottrina a lungo dominante a partire dall'ottocento, tra cui WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, Munchen, 1925 (traduzione italiana di Orestano, Milano, 1938), p. 244 ss.; KASER, *op. cit.*, p. 319; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1968, p. 141 ss.; GIOFFREDI (Osservazioni sul processo interdittale, in *Contributi allo studio del processo civile romano*, Milano, 1947, p. 85 ss.) che in particolare tenta una conciliazione tra le varie ipotesi dottrinali: ritiene, infatti, che l'interdetto, dapprima comando concreto, si sarebbe venuto trasformando con il tempo in giudizio ipotetico legato ad un successivo e necessario pronunciamento processuale.

⁹⁷ Tale era la dottrina dominante soprattutto in epoca pandettistica: cfr. UBBELOHDE, in *Glück, Commentario alle Pandette*, XLIII-XLIV, pt. I-II, p. 636 ss. (traduzione italiana di Pouchain, Milano, 1899); JOBBE' DUVAL, *Etudes sur la procédure civile chez les Romains*, I, Parigi, 1896, p. 281 ss.

⁹⁸ CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. cit.*, p. 902 e 914.

⁹⁹ FABBRINI, *op. cit.*, p. 204. Le considerazioni dell'autore non fanno che accogliere la concezione dell'istituto espressa in modo unanime dalla dottrina, cfr. tra gli altri CERVENCA, *op. cit.*, p. 601 ss., RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milano, 1965, p. 15 ss., SARGENTI, *op. cit.*, p. 193, e l'ampia bibliografia citata da tali autori per quanto riguarda la dottrina anteriore.

mento anteriore al suo compimento, operando una mutazione non temporanea, ma definitiva della realtà giuridica su cui interveniva¹⁰⁰.

Abbastanza evidente è anche che non si possono porre parallelismi a riguardo della temporaneità neppure tra la *missio in possessionem* e le *stipulationes praetoriae*. L'aspetto più dibattuto nella dottrina delle *stipulationes praetoriae*, sulla base dei famosi testi di Pomponio (D. 45, 1, 5) e di Ulpiano (D. 46, 5, 1), è stato quello riguardante una loro possibile classificazione unitaria o meno¹⁰¹: lungi dall'essere una mera questione accademica, alla base di tale esame si poneva l'esigenza di vedere se fosse possibile riscontrare, tra le molteplici ipotesi di *stipulationes praetoriae*, degli elementi simili. Indipendentemente dai risultati di tale ricerca, che ha portato alcuni¹⁰² ad ammettere un'unitarietà della categoria, altri¹⁰³ a negarla, è stata evidenziata da tutti una caratteristica minima comune: attraverso l'imposizione della stipulazione il pretore offriva una tutela a rapporti che altrimenti ne sarebbero stati privi, e il rapporto usciva quindi dall'intervento del pretore ben definito e fornito di coazione. In conclusione le stipulazioni non ponevano in essere alcuna regolamentazione provvisoria degli interessi, ma fornivano tutela con definitività a situazioni altrimenti non tutelabili¹⁰⁴.

Particolarmente interessante è quindi osservare come il pretore, che aveva creato la *bonorum possessio* e la aveva tutelata con gli interdetti, che aveva pesantemente corretto il *ius civile* con l'introduzione delle *stipulationes* e della *restitutio in integrum*, sia stato capace, nel caso della *missio in possessionem* di utilizzare il suo *imperium* per of-

¹⁰⁰ A mutare tali considerazioni non è sufficiente neppure osservare che in epoca imperiale la *restitutio in integrum* era soggetta ad appello: seppure, infatti, con la concessione dell'appello si ammetteva la possibilità di revocare l'ordine del pretore, la *restitutio in integrum* rimaneva comunque un atto che aveva in sé tutti i requisiti per poter essere definitivo (cfr. sul tema RAGGI, *op. cit.*, p. 117 ss.; FABBRINI, *op. cit.*, p. 220).

¹⁰¹ Contributi importanti su tale specifico argomento, ma anche sulle caratteristiche delle *stipulationes praetoriae* sono quelli forniti anche da PALERMO, *op. cit.*, p. 1 ss.; MOZZILLO, *Contributo cit.*, p. 1 ss.; GUARINO, *La classificazione delle "stipulationes praetoriae"*, in *Labeo*, 8, 1962, p. 214 ss.; LUZZATTO, *Il problema cit.*, p. 253 ss. e *In tema cit.*, p. 696; GIOMARO, *Ulpiano cit.*, p. 413 ss., ai quali si rimanda anche per una più ampia bibliografia.

¹⁰² Cfr. ad es. LUZZATTO, *loc. ultt. cit.*

¹⁰³ MOZZILLO, *Contributo cit.*, p. 2, p. 28 ss.

¹⁰⁴ PALERMO, *op. cit.*, p. 3 ss.; MOZZILLO, *Contributo cit.*, p. 41 ss.; LUZZATTO, *Il problema cit.*, p. 379, 384 ss. e *In tema cit.*, p. 700.

frire una tutela solo temporanea. Tuttavia se si può quindi concludere che la *missio in possessionem* era l'unico atto in cui il pretore, intervenendo *magis imperii quam iurisdictionis*, lo faceva per un lasso di tempo determinato, ciò non toglie che forse tali rimedi potessero avere un ulteriore punto in comune nella funzione, o nei poteri concessi a coloro che dell'intervento del pretore beneficiavano.

PIER GIACOMO MAGRI *L'espansione degli Stati Iberici in Africa ed America e la questione del patronato reale*

ABSTRACT

L'autore tende a dimostrare come le vicende relative alle scoperte e all'espansione degli stati iberici in Africa ed America siano direttamente connesse alla storia della "reconquista", visto che col progredire della loro avanzata sul territorio della penisola, appariva sempre più evidente l'intenzione dei vari potentati di oltrepassare lo stretto per prolungare sulle coste africane le frontiere che li separavano in Europa.

È in questo contesto che si innesta il problema dei rapporti fra le dinastie ispano-portoghesi e la Sede Apostolica circa la legittimità delle nuove conquiste e la funzione in esse riservata al clero cattolico, dando così origine alla secolare questione del "patronato reale" o "vicariato regio"; istituto, che riflettendo l'inestricabile intreccio, che con il progressivo estendersi delle imprese ultramarine, andrà via via creandosi fra temi economici, politici e religiosi, servirà a porre in risalto quel clima da crociata in cui è venuta forgiandosi la mentalità dei popoli iberici relativamente alla lotta contro "gli infedeli" e all'intervento della Santa Sede, sia quale arbitro delle loro controversie, che quale dispensatrice di territori pagani o musulmani ai principi cristiani.

PIER GIACOMO MAGRI

*L'ESPANSIONE DEGLI STATI IBERICI IN AFRICA ED AMERICA
E LA QUESTIONE DEL PATRONATO REALE*

SOMMARIO

1) *La "Reconquista" e l'Africa. Progetti di spartizione e prime concrete iniziative*; 2) *Imprese Portoghesi e bolle pontificie*; 3) *La rivalità ispano-portoghese e il problema delle isole Canarie*; 4) *Chiesa e stato al termine della "reconquista"*; 5) *La guerra di Granada e il diritto di patronato*; 6) *Ferdinando il Cattolico e le pretese della Corona. Contrasti con il Papato*; 7) *Patronato reale e vicariato regio. Gli opposti punti di vista di Spagna e Santa Sede*; 8) *I sovrani di Casa d'Austria e la teoria del vicariato regio*; 9) *Lo sviluppo della teoria e le tesi degli scrittori regalisti*; 10) *La Congregazione di Propaganda Fide e l'acuirsi del confronto fra Roma e Madrid*; 11) *Il Settecento e gli influssi illuministici. Altri scrittori regalisti*; 12) *Riflessioni e giudizi conclusivi*; 13) *Bibliografia di riferimento*.

1. *La "Reconquista" e l'Africa. Progetti di spartizione e prime concrete iniziative*

Una attenta analisi delle vicende relative alle scoperte e alle conquiste degli stati iberici in Africa e in America, porta inevitabilmente a constatare come esse siano direttamente connesse alla secolare storia della "reconquista". Col progredire della loro avanzata sul territorio della penisola, appariva infatti sempre più evidente l'intenzione dei vari potentati di oltrepassare lo stretto per prolungare sulle coste africane le frontiere che li separavano in Europa, tanto più che trattavasi di terre anticamente cristiane, strappate alla fede e al mondo romano dall'aggressione araba; argomento quanto mai idoneo a giustificare sul piano morale e religioso tale volontà espansionistica. Ci sembra quindi opportuno, prima di affrontare il tema centrale di questo lavoro, vale a dire i rapporti fra le dinastie ispano-portoghesi e la sede apostolica circa la legittimità delle nuove conquiste e la funzione in esse riservata al clero cattolico, procedere ad una breve sintesi dei suddetti progetti e dei relativi contatti diplomatici.

Il fatto stesso che l'atto immediatamente successivo alla conquista portoghese di Ceuta sia stato l'appellarsi all'autorità del pontefice romano quale garanzia della legittimità del proprio possesso nei confronti di eventuali competitori cristiani, sta del resto a dimostrare come

fin dal principio ci si trovi in presenza di quella serie di elementi che nella loro successiva evoluzione ci condurranno al cosiddetto sistema del "patronato reale", concernente il governo e l'amministrazione spirituale dei territori scoperti e colonizzati.

Ecco perché, il problema ecclesiastico e missionario ispano-americano, ben presto destinato a divenire una delle principali preoccupazioni dei reali spagnoli, non può essere compreso nella sua interezza, senza una adeguata conoscenza dell'origine storica del patronato reale, istituto, che specie in relazione alla particolare realtà americana, un numero sempre crescente di autori preferirà definire "vicariato regio". D'altronde, l'osservare i due paesi maggiormente impegnati nel prolungamento oltremarino della "reconquista", Castiglia e Portogallo, fare a gara nel ricorrere al papato per la tutela dei propri diritti, lascia chiaramente intravedere l'inestricabile intreccio che andrà via via creandosi fra temi economici, politici e religiosi nel clima da crociata tuttora dominante.

È infatti noto che già nella seconda metà del Duecento Alfonso X il Saggio, figlio di Ferdinando il Santo, dopo essersi impadronito dell'intero bacino inferiore del Guadalquivir fino a Cadice e del regno di Murcia, ricercò ed ottenne l'alleanza della Casa d'Aragona con il fine esplicito di proseguire in Africa la crociata contro gli infedeli, procedendo effettivamente ad una serie di incursioni al di là dello stretto, fra cui spicca la presa ed il saccheggio di Salé, alle porte di Rabat¹. Analogamente, il suo successore Sancho IV stipulò nel 1291 con Giovanni II d'Aragona il trattato di Monteagudo, per fissare sul fiume Muluya il confine fra le sfere d'azione dei due regni in Marocco; decisione ribadita nel trattato di Soria del medesimo anno².

Proprio il successivo richiamarsi a questi trattati, allorché andrà

¹ Appare probabile che il proseguimento della crociata in territorio africano fosse già nelle intenzioni di Ferdinando il Santo, almeno stando a quanto riferito nella "*Crónica general*", dove si parla addirittura dell'ordine impartito dal re all'ammiraglio Bonifacio di preparare la flotta per la spedizione. Cfr. in proposito A. BALLESTEROS, *Historia de España*, 10 voll., Barcelona, 1919-1941, vol. 3 p. 10; R. Menéndez Pidal, *Historia de España*, Madrid, 1940. Quanto ai contatti di Alfonso X con i re d'Aragona e alle sue incursioni sulle coste marocchine vedi A. BALLESTEROS, *La Toma de Salé*, in "*Al-Andalus*", n. 8, 1943, pp. 89-128; J. de MARIANA, *Historia General de España*, 9 vol., Valencia, 1783-1796.

² Sui due trattati e, più in generale, sugli accordi fra Castiglia ed Aragona cfr. J.M. CORDERO TORRES, *Fronteras hispánicas*, Madrid, 1960, p. 109.

accentuandosi la rivalità con i portoghesi, serve a spiegare come nei confronti del Portogallo i re di Castiglia e di Aragona si considerassero gli eredi dei diritti di sovranità del regno visigoto, loro derivanti dal mitico Pelagio³. Solamente le violente crisi che caratterizzeranno le sorti della dinastia castigliana fino ai re cattolici, nonché l'orientarsi delle ambizioni aragonesi verso l'Italia e il bacino settentrionale del Mediterraneo, faranno sì che proprio il Portogallo fosse destinato, con la conquista di Ceuta, ad insediarsi per primo in territorio marocchino.

Nondimeno, le incursioni africane delle due altre potenze iberiche continuarono a susseguirsi per tutto il XIII secolo e per i due successivi, puntualmente accompagnate dal ricorso alla Sede Apostolica. Basterà citare l'ambascieria inviata al papa da Pietro III d'Aragona nel corso della sua spedizione sulle coste algerine, affinché gli concedesse l'indulgenza e la disponibilità dei proventi delle decime, solitamente riservate a chi stava per intraprendere una crociata. Il rifiuto sprezzante del pontefice, dovuto all'aspro contenzioso che lo opponeva al re aragonese per la questione siciliana, speciosamente motivato con l'affermazione che il "tesoro della fede" non veniva raccolto per dissiparlo in Barberia, ma per la conquista della Terra Santa, nulla toglie al fatto che trattasi di un'altra importante testimonianza, atta ad allargare le conoscenze sui progetti africani dell'Aragona⁴. Ancora nel 1432, Alfonso V, dopo aver posto l'assedio a Tunisi, otteneva una grande vittoria presso l'isola di Gerba, non sufficientemente sfruttata sul piano militare dovendo egli disporre di tutte le sue forze per la conquista del regno di Napoli. Episodi in cui era andata comunque forgiandosi la mentalità dei popoli iberici relativamente alla "reconquista" e, più in generale, alla lotta contro gl'infedeli e all'intervento della Santa Sede, sia quale arbitro delle loro controversie, che quale dispensatrice di territori pagani o musulmani ai principi cristiani⁵.

³ Circa l'atteggiamento dei re di Castiglia e d'Aragona nei confronti del Portogallo, basato sul fatto che, a loro giudizio, trattavasi non di uno dei regni storicamente iniziatori della "reconquista", ma semplicemente dell'ingrandimento del feudo concesso da Alfonso VI di Castiglia al genero Enrico di Borgogna cfr. A. BALLESTEROS, *op. cit.*; vedi anche A. CASTRO, *La realidad histórica de España*, Mexico, 1954; R. MENÉNDEZ PIDAL, *El Imperio hispánico y los cinco reinos*, Madrid, 1950.

⁴ J. DE ZURITA, *Anales de la corona de Aragón*, Zaragoza, 1680, vol. I, f. 242.

⁵ *Ibid.*, vol. III, f. 210.

2. Imprese Portoghesi e bolle pontificie

Con l'impresa di Ceuta sarà il Portogallo a diventare protagonista nella gara fra i vari stati peninsulari per accaparrarsi territori africani. Il momento era infatti favorevole a quella che fino ad allora era stata la più debole fra le nazioni iberiche. Immersa, come si è detto, l'Aragona nelle vicende italiane e sprofondata la Castiglia nelle sue ricorrenti crisi interne, cui solo l'avvento di Ferdinando il Cattolico e la conseguente unione con l'Aragona potranno por termine, era libero il campo per il dispiegarsi delle ambizioni lusitane. Tanto più che il Portogallo, conclusa fin dal 1267, con la cacciata degli Arabi dall'Algarve, la propria particolare "reconquista", definitivamente affossate con la vittoria di Aljubarrota le rivendicazioni castigliane di sovranità e rafforzato dall'alleanza inglese, aveva potuto disporre di alcuni decenni per dedicarsi, sotto la nuova dinastia di Aviz, alla soluzione dei problemi interni: popolamento delle aree sottratte ai mori, miglioramento dell'agricoltura, potenziamento della flotta. Aveva così inizio quell'epopea lusitana, che per quasi due secoli vide le navi e i vessilli portoghesi dominare gli oceani, dal mar della Cina alle coste del Brasile⁶. Evento, a dir poco eccezionale, se si considera la caparbia e la tenacia con cui un paese piccolo e poco popolato, meno di un milione di abitanti all'inizio del Quattrocento, seppe lanciarsi in un'impresa di portata mondiale e sostenerla per un così lungo periodo. Impresa, fin dalle origini caratterizzata da una strettissima relazione con Roma, tale da procurare, attraverso una serie di bolle, favori sopra favori, sia sul piano spirituale che su quello temporale, da parte di vari pontefici, alcuni dei quali spagnoli.

È questo intrecciarsi di rapporti fra Lisbona e la Curia romana che merita di essere approfondito. Erano crociate quelle degli stati iberici? Quali diritti aveva il papa per arrogarsi il potere di distribuire la terre sottratte agli infedeli fra i sovrani cristiani? Interrogativi che trovano una loro spiegazione nei reciproci interessi delle parti in cau-

⁶ Sugli eventi che favorirono l'espansione portoghese nel corso del Quattrocento, cfr. V.M. GODINHO, *A Expansão quatrocentista portuguesa. Problemas das origines e da linha de evolução*, Lisboa, 1944; P. CHAUNU, *L'espansione europea dal XIII al XV secolo*, edizione italiana a cura di R. RAINERO, Milano, 1979; D. PERES, *Historia de Portugal*, 2 voll., Barcelona, 1929.

sa: aumentare il prestigio del papato, rilanciando quell'agostinismo politico che era stato alla base delle concezioni teocratiche medioevali ed aveva avuto i momenti di maggiore fortuna con Gregorio VII ed Innocenzo III, da parte della Santa Sede, monopolizzare a proprio vantaggio gli effetti delle conquiste africane e delle scoperte geografiche, a scapito degli altri stati oceanici quali Inghilterra, Francia e paesi scandinavi, da parte di Castiglia e Portogallo.

La presa di Ceuta assume in ogni caso un ruolo determinante per ciò che concerne il fine di questo lavoro. Non solo siamo infatti in presenza del primo riuscito tentativo di impiantare una solida e duratura testa di ponte in territorio africano, ma anche, attraverso la legittimazione di tale episodio da parte vaticana, all'origine sostanziale di quell'alternarsi di conquiste e di bolle destinato a sfociare nell'istituzionalizzazione dei poteri attribuiti agli stati iberici in campo religioso, più tardi definita patronato reale. Vista la stretta relazione, tipica di quel periodo, fra la chiesa e lo stato, resa ancor più complessa nel caso delle imprese oceaniche ed oltremarine dalla presenza delle bolle di concessione, appare evidente l'utilità di un rapido esame dell'iniziale gestazione e dei successivi sviluppi di tali fenomeni umani e religiosi, al fine di individuare le soluzioni più ragionevoli per un effettivo chiarimento dei delicati problemi di ordine ecclesiastico e politico-sociale derivanti da tali eventi.

Tornando all'impresa di Ceuta, è bene inquadrarla nel suo contesto storico. Erano gli anni 1414-1418 in cui stava celebrandosi il Concilio di Costanza che tanta rilevanza ebbe sulle vicende, non solamente religiose, ma anche politiche dell'Europa del Quattrocento e il Portogallo, abbandonando il papa di Avignone per cui era sembrato momentaneamente parteggiare, aveva deciso di sottomettersi a quello di Roma, principalmente a causa del conflitto con la Castiglia e delle pressioni dell'alleato inglese. Scarsi i timori di possibili interferenze castigliane, data la fase di debolezza politica che attraversava il paese sotto la reggenza piuttosto contestata di Catalina di Lancaster in nome del figlio Giovanni II di soli nove anni. Analoghe difficoltà sussistevano in Aragona, dove il re Ferdinando I di Antequera, già reggente di Castiglia assieme a Donna Catalina, era soprattutto occupato a risolvere problemi interni, dovuti alla sua controversa elezione al trono e ai rapporti che lo legavano a Benedetto XIII, oriundo del regno. Considerando poi, che la nobiltà castigliana era in quel momento impegnata nella conquista delle Canarie, è facile comprendere il perché della

mancata reazione all'iniziativa portoghese⁷. Espugnata la città, i legati portoghesi al Concilio ebbero così gioco facile per ottenere dal nuovo papa Martino V, la cui elezione aveva praticamente concluso lo scisma di Occidente, una bolla, la "*Rex Regum*", in cui, oltre a sancire la legittimità della conquista, veniva bandita una crociata con relative indulgenze e concessioni finanziarie ai partecipanti, equiparati espressamente ai combattenti per la Terra Santa. Si trattava di una vera e propria bolla di crociata, la prima di questo genere riguardante l'Occidente africano, sovente invocata negli anni successivi per avallare analoghi episodi⁸. Significativo anche il fatto che il re Giovanni I del Portogallo approfittasse della sua intesa con Roma per assicurare ai propri figli cadetti l'amministrazione degli ordini religiosi esistenti nel regno. Scopo conseguito con la nomina dell'Infante Dom Juan ad amministratore dell'Ordine di Santiago della Spada, seguita da quella dell'Infante Dom Fernando a capo dell'Ordine di Aviz e, soprattutto, dall'attribuzione dell'importante Ordine di Cristo a Dom Enrico, il futuro "Navigatore", nel frattempo insignito della signoria di Ceuta⁹.

Un certo riequilibrio della politica papale si ebbe con l'avvento al soglio pontificio di Eugenio IV, che modificando quanto stabilito con la bolla "*Rex Regum*" da Martino V, subordinava le acquisizioni territoriali del Portogallo agli eventuali diritti della Castiglia¹⁰. Non ne fu però sostanzialmente intaccato l'asse preferenziale con il Portogallo

⁷ Per le vicende interne di Castiglia ed Aragona cfr. A. BALLESTEROS, *Historia de España*, op. cit.; R. MENÉNDEZ PIDAL, *Historia de España*, op. cit.; nella serie di cataloghi conservati nell'Archivio generale de Simancas, vedi anche *Diversos de Castilla*, in "Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos" 1909. Quanto alla presa di Ceuta e ai rapporti con il papato prima e durante il Concilio di Costanza, cfr. D. PERES, op. cit.; F. DE ALMEIDA, *Historia de Portugal*, Coimbra, 1926-29.

⁸ Sull'espansione portoghese e sulle bolle papali che a partire dalla presa di Ceuta scandirono i rapporti fra Portogallo e Santa Sede per tutto il Quattrocento, fondamentali sono le opere del benedettino belga C.M. DE WITTE, *Les bulles pontificales et l'expansion Portugaise au XV siècle*, in "Revue d'Histoire Ecclésiastique de Louvain", XLVIII, 1953, pp. 683-718; XLIX, 1954, pp. 438-461; LI, 1956, pp. 413-453 e 809-836; LIII, 1958, pp. 5-46 e 443-471; parimenti MONUMENTA MISSIONARIA AFRICANA, AFRICA OCIDENTAL (1342-1499) Segunda Serie, a cura di Padre A. BRASIO, C.S. Sp. Lisboa, 1958, pp. 758; F. MATEOS, *Bulas Portuguesas y Españolas sobre descubrimientos geográficos*, Lisboa, 1961, p. 12.

⁹ Cfr. C.M. DE WITTE, op. cit., LIII, 1958, pp. 470-71; F. DE ALMEIDA, op. cit.; D.W. LOMAX, *Las Ordenes Militares en la Península Ibérica durante la edad media*, Salamanca, 1976.

¹⁰ Cfr. C.M. DE WITTE, op. cit., XLVIII, 1953, pp. 701-708 e 711-715.

che allora caratterizzava la politica papale. Lo dimostrano i cospicui favori elargiti all'Infante Enrico, il quale, ritiratosi a Sagres, stava indirizzando in altre direzioni i suoi sforzi espansionistici. Una bolla del 1442 concedeva infatti l'indulgenza plenaria, con tutti i benefici accessori, ai membri delle spedizioni condotte dall'Ordine di Cristo contro gli infedeli¹¹; una successiva consentiva il passaggio alla diocesi di Ceuta dei possedimenti che la diocesi castigliana di Badajoz deteneva sul suolo portoghese ed in più, veniva riconosciuto a Dom Enrico il diritto di conquistare isole nell'Oceano e di dirigerne l'organizzazione ecclesiale¹². La situazione nei Balcani, aggravatasi con la caduta di Costantinopoli nel 1453, aumentò la benevolenza del papato verso qualsiasi progetto di crociata, con il conseguente incremento di ogni sorta di elargizioni al Portogallo; lo attestano diverse bolle di Nicolò V relative a Ceuta e al Marocco, con diritti di conquista di ampiezza inusitata, senza alcuna allusione a precedenti rivendicazioni castigliane. Più vasti orizzonti si aprono con la famosa bolla "*Romanus Pontifex*" del Gennaio 1455 con cui si accede alle richieste portoghesi di prendere contatto al di là del fiume Senegal con i "Popoli cristiani", procedendo altresì alla conversione dei pagani non musulmani. Si arriva così a superare il limite fino ad allora circoscritto al Marocco del diritto di crociata, esteso in tal modo ad un ambito che può ormai definirsi coloniale¹³.

Ulteriori concessioni Enrico ottenne dal papa spagnolo Callisto III Borgia, che nella bolla "*Inter caetera*" del 1456, oltre a confermare quanto decretato dal suo predecessore, assegna la giurisdizione spirituale sulle terre scoperte a Sud dei capi Nun e Bojador all'Ordine di

¹¹ Ibid., XLIX, 1954, pp. 441-443. Cfr inoltre ARQUIVO NACIONAL DA TORRE DO TOMBO, *Chancelaria de Don Afonso V*, libro I, fólhos 60-63.

¹² Ibid., pp. 444-445 e 459. Per la vita e le imprese del Principe Enrico vedi inoltre A. FERREIRA-BRANDÃO, *Vida do Infante D. Henrique de Portugal appellidado o Navegador...*, Lisboa, 1876; R.H. MAYOR *The Life of Prince Henry of Portugal surnamed Navigator*, London, 1967; M. HERNÁNDEZ Y SÁNCHEZ-BARBA, *Las tendencias expansivas portuguesas en la época del Infante don Enrique*, in "Revista de Indias", XX, 1960, pp. 13-82.

¹³ Circa i molteplici privilegi concessi al Portogallo dalle bolle di Nicolò V, cfr. C.M. DE WITTE, *op. cit.*, LI, 1956, pp. 428-435. Significativi gli errori dovuti alle scarse conoscenze geografiche esistenti agli albori delle scoperte. Così, ad esempio, a proposito di popoli cristiani, nella "*Romanus Pontifex*" si confonde il Mali con l'Etiopia, che, per altro, aveva già fatto pervenire suoi rappresentanti a Roma.

Cristo, con l'aggiunta del diritto per ogni Ordine militare portoghese di insediarsi in Marocco¹⁴.

3. *La rivalità ispano-portoghese e il problema delle isole Canarie*

Grande rilievo riveste nell'ambito della rivalità ispano-portoghese la questione delle isole Canarie, specie per ciò che concerne la titolarità dei primi insediamenti politico-sociali ed ecclesiastici sull'arcipelago. Disputa che per oltre un secolo vide impegnate le diplomazie iberiche e vaticana, tanto da rappresentare, in un certo senso, il modello di quanto accadrà in seguito per la grande impresa americana. Il primo fugace approccio con le isole fu quello dei genovesi della spedizione Vivaldi nel 1312, seguita da alcuni sbarchi portoghesi verso il 1340. Bisogna poi attendere la seconda metà del secolo per assistere all'organizzazione di una serie di operazioni con base a Maiorca e in Catalogna a scopo economico e missionario, il cui risultato principale fu la creazione, su mandato pontificio, di un vescovado sulla Gran Canaria. Missione che ebbe però vita breve, causa successive incursioni, dedite più che altro al saccheggio e alla riduzione in schiavitù dei nativi, messe in atto da alcuni avventurieri baschi e andalusi¹⁵.

Dopo questi primi tentativi a carattere incerto e sporadico, la fase per così dire storica della colonizzazione inizia nel 1402 con l'arrivo di Gadifer de la Salle e Jean de Bethencourt, due cavalieri normanni, che si impadronirono di Lanzarote e Fuerteventura. Evento che sembra segnare la prevalenza delle pretese castigliane, data la dichiarazione di vassallaggio effettuata dal Bethencourt, rimasto ben presto solo al governo delle isole grazie appunto all'appoggio della Corte di Castiglia¹⁶. Nel Luglio del 1404 il papa di Avignone Benedetto XIII procedeva alla creazione della nuova sede episcopale di Rubicon, sull'isola di Lanzarote, gestita da missionari francescani. Si arriva così ad una

¹⁴ Ibid., pp. 830-835. Vedi anche ARQUIVO NACIONAL DA TORRE DO TOMBO, *Místicos*, libro III, fòlios, 57-60.

¹⁵ Su questa, che potremmo definire la parte preistorica dei contatti iberici con le Canarie e dei primi tentativi di cristianizzazione, cfr. J. ZUNZUNEGUI, *Los orígenes de las misiones en las islas Canarias*, in "Rev. Esp. de Teología", I, 1941, pp. 364-370.

¹⁶ In effetti sembra che Bethencourt si sia limitato alla conquista della sola isola di Hierro. Cfr. D.J. WOLFEL, in "Investigación y progreso", V, 1931, pp. 130-136.

stabile ed effettiva organizzazione ecclesiastica sull'arcipelago, anche se la situazione rimase piuttosto confusa fino al 1428, allorché, terminato lo scisma, il nuovo papa Martino V riconobbe la legittimità della bolla di Benedetto XIII¹⁷. Sul piano politico una certa instabilità continuò a caratterizzare i primi decenni successivi alla conquista, causa la rivalità fra vari clan feudali e, segnatamente fra quello dei Conti di Niebla che vantavano il possesso di una carta di donazione di Bethencourt a loro favore e il gruppo facente capo a Alfonso de Casaús, cui era stato affidato da Giovanni II di Castiglia il governo delle isole. Frequenti anche i contrasti fra le autorità religiose e i capi della conquista a proposito dell'inumano trattamento riservato da questi ultimi agli indigeni, con ripetuti interventi della Corte romana e di quella castigliana, preludio di ciò che si sarebbe poi verificato in America¹⁸.

Perdurando nel contempo le rivendicazioni portoghesi, la soluzione definitiva dell'intricata questione sulla sovranità si ebbe soltanto nel 1479 con il trattato di Alcáçobas, nel quale il Portogallo rinunciava alle Canarie in cambio del riconoscimento dei propri diritti sul regno marocchino di Fez. La bolla di Sisto IV "*Aeterni regis*" del 1481, conferì poi al trattato una particolare solennità, servendo altresì da modello al metodo spartitorio che la scoperta dell'America renderà in seguito necessario fra i due stati peninsulari¹⁹. Il ricorso alla Santa Sede diverrà quindi la norma nelle relazioni fra Castiglia e Portogallo, con il passaggio da una politica volta a cattivarsi singolarmente la benevolenza pontificia, ad un sistema di arbitrato concordemente accettato dalle parti. L'impulso decisivo alla conquista e al popolamento delle Canarie si ebbe con l'avvento dei Re Cattolici che, segnando di fatto la nascita della nuova Spagna e della sua potenza imperiale, contribuì in modo sostanziale a spostare su un piano di disinteressata neutralità l'atteggiamento del papato, prima fortemente sbilanciato a favore del

¹⁷ Va precisato che Benedetto XIII finì per mostrarsi molto contrariato nei confronti del Bethencourt, di cui era stato, in un certo senso, il protettore, causa il di lui comportamento verso gli indigeni, al punto da privarlo dei benefici economici e spirituali prima conferitigli. Cfr. RUMEU de ARMAS, *El Obispado de Teide*, Madrid-Las Palmas, 1960.

¹⁸ Il tutto complicato dal fatto che, causa lo scisma, fino al 1428 i vari gruppi missionari non osservavano un'unica obbedienza papale. Cfr. D.J. WOLFEL, *op. cit.*, pp. 132-133.

¹⁹ Cfr. D.J. WOLFEL, in "*Anthropos*", XXV, 1930, pp. 1015-1018. Sul trattato di Alcáçobas e sulla bolla di conferma vedi anche F. DE ALMEIDA, *op. cit.*.

Portogallo²⁰. Ne fa testo il comportamento cauto ed equidistante mantenuto dalla Santa Sede riguardo agli strascichi polemici che, pur senza rimettere in questione i punti principali degli accordi di Alcáçobas, continuarono a sussistere fra Castiglia e Portogallo anche dopo la stipula del trattato. Rimanevano infatti imprecisati i confini del territorio marocchino riservato al Portogallo, viste le pretese castigliane sulla parte orientale della Barberia. Problema, come si vedrà, destinato ad accentuarsi dopo la presa di Granada e la fine della "reconquista", che avevano eliminato i principali ostacoli alle spedizioni oltre lo stretto.

Si dibatteva, ad esempio, sull'appartenenza o meno della penisola di Melilla con il capo di Tres Forcas al regno di Fez. L'anarchia regnante nel Maghreb dopo il disfacimento dell'impero almohade autorizzava simili dubbi, anche se nel caso specifico il parere dei più era per una risposta affermativa²¹. Di diverso avviso, invece, i Re Cattolici; va comunque osservato che le loro esigenze non erano esclusivamente dettate da ambizioni di potenza. Lo si evince da quanto riferisce Zurita circa il caso del Peñón de los Velez, pericoloso nido di pirati, a proposito del quale Ferdinando il Cattolico, rivolgendosi a re Manuel del Portogallo, gli fa notare come di fatto i Portoghesi si fossero sempre astenuti dall'effettuare spedizioni ad Est di Ceuta, nonostante quella costa ospitasse le principali basi della pirateria. Da qui la sua

²⁰ Il crescente interesse dei Re Cattolici per la cristianizzazione dell'arcipelago, una volta risolto con il trattato di Alcáçobas il problema della sovranità, è del resto dimostrato dalla loro decisione di fondare uno speciale convento nella provincia di Guipúzcoa per la preparazione dei missionari francescani destinati alle Canarie. Cfr. I. OMAECHEVARRIA, in "Missionalia Hispánica", XIV, 1957, pp. 539-560. Quanto alle vicende che caratterizzarono la storia spagnola dopo l'avvento dei Re Cattolici, vedi J. PEREZ, *Isabelle et Ferdinand, Rois Catholiques d'Espagne*, Paris, 1988; J. DE MARIANA, *op. cit.*. Quanto alla reciproca convenienza di Spagna e Portogallo nel vedere sanzionati da Roma gli accordi fra loro stipulati, un esempio indicativo è dato dalla comune volontà dei due paesi di ottenere la conferma papale al Trattato di Tordesillas del 1494, in cui era stata ridefinita la linea di confine fra le rispettive zone d'espansione, fissata in precedenza dalle bolle di Alessandro VI; lo si evince chiaramente dallo stesso testo del trattato. Cfr. M. FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, *Obras de Martín Fernández de Navarrete*, a cura di Don CARLOS SECO SERRANO, Vol. 3, Madrid, 1954-1955, vol. I, p. 385; A. TORRE, *Documentos referentes a las relaciones con Portugal durante el reinado de los Reyes Católicos*, 3 vol., Valladolid, 1959-1963.

²¹ Sulla disputa fra Castiglia e Portogallo circa la definizione dei confini del cosiddetto regno di Fez, cfr. J. DE ZURITA, *op. cit.*, vol. 6, f. 166-167; vedi anche A. TORRE, *op. cit.*

decisione di impossessarsene a salvaguardia dei propri porti, pur nel rispetto di eventuali diritti altrui²².

Altre tensioni, con relative proteste lusitane, fecero seguito alla bolla "*Ineffabilis et Summi*" del novembre 1494 che riconosceva ai Re Cattolici il possesso dell'Africa con il titolo di re, senza per altro disconoscere quanto riservato al Portogallo dal trattato di Alcáçobas²³; al punto che Dom Manuel poté rafforzare senza contrasti le proprie guarnigioni marocchine ed ottenere da Alessandro VI, nel 1496, una bolla con concessioni analoghe a quelle dei Re Cattolici. Il che facilitò il conseguimento di un accordo che fissava il limite delle rispettive zone di influenza a sei leghe ad occidente del Peñón de los Velez; limite poi sempre rispettato fino al 1640, quando a conclusione della guerra per l'indipendenza portoghese, Ceuta venne ufficialmente ceduta alla Spagna²⁴. Eventi che servirono in ogni caso a convalidare la nuova politica papale di effettiva neutralità fra i due paesi, maggiormente ispirata a preoccupazioni di carattere religioso, quali la direzione romana della lotta contro l'Islam, il riconoscimento dell'autorità papale sui membri della cristianità e la propagazione della fede²⁵.

4. Chiesa e stato al termine della "reconquista"

Quanto accennato in queste pagine sull'espansione dei regni iberici verso l'Africa e le isole dell'Oceano e sui loro rapporti con la Curia romana circa l'organizzazione delle strutture ecclesiastiche nei territori conquistati, ci è sembrato un presupposto indispensabile per l'approc-

²² La sostanziale intenzione dei Re Cattolici di tenere comunque fede agli accordi di Alcáçobas risulta del resto dai propositi di Ferdinando, allorché, sempre rivolgendosi a Dom Manuel, afferma che in caso di occupazione castigliana del Peñón o di eventuali altri porti africani, questi sarebbero stati consegnati, su sua richiesta, al Portogallo, previo risarcimento delle spese sostenute dalla Castiglia, per la loro conquista e per l'apprestamento delle opere di difesa. Cfr. J. DE ZURITA, *op. cit.*, vol. 6, f. 168-170.

²³ Cfr. C.M. DE WITTE, *op. cit.*, LIII, 1958, p. 448.

²⁴ Il fatto che la bolla di Alessandro VI a favore dei Re Cattolici non fosse minimamente in contrasto con le concessioni fatte al Portogallo riguardo al regno di Fez, si può d'altronde dedurre dalle ripetute operazioni di soccorso (1508 Arcila e 1511 Tangeri) effettuate dalle forze castigliane in appoggio alle piazzeforti portoghesi assediata dai Mori. Cfr. J. DE ZURITA, *op. cit.*, vol. 6, f. 159-256.

²⁵ Sull'atteggiamento del papato e sulla bolla ottenuta da re Manuel nel 1496, cfr. C.M. DE WITTE, *op. cit.*, LIII, 1958, pp. 455-456.

cio alla questione del patronato reale, già ampiamente ravvisabile nelle prime fasi, ma destinata a divenire fattore di estrema rilevanza nel processo di organizzazione e di popolamento delle colonie americane. A tale proposito sarà bene soffermarsi sullo stato della Chiesa spagnola al momento della scoperta, operazione necessaria per una piena comprensione dell'istituzione e dello sviluppo della Chiesa ispano-americana, rimasta per lungo tempo una semplice appendice di quella metropolitana.

Una storia, quella della Chiesa iberica che, proprio in questo periodo, stava entrando in un nuovo ciclo. Era ormai terminata la campagna di quasi otto secoli contro l'invasore musulmano e la sua influenza, sotto l'egida di monarchie rafforzate economicamente e militarmente, cominciava a farsi sentire anche oltre i confini nazionali. Occorre però ricordare in quale condizione era venuta a trovarsi la Chiesa spagnola per gran parte del Quattrocento a seguito delle rivolte, dei torbidi, delle guerre civili o interpeninsulari che con la devastazione di intere regioni, la distruzione e il saccheggio di chiese e monasteri, avevano condotto al disfacimento della precedente organizzazione ecclesiastica. In effetti, in tali contese erano sovente implicati vescovi e uomini di chiesa, con le conseguenze che questo comporta: rilassamento della disciplina, varie forme di immoralità, uso dei beni ecclesiastici per interessi politici o economici e confusione crescente nei rapporti fra il potere civile e quello religioso. A ciò aggiungansi i riflessi di quanto stava accadendo in Italia, centro del cattolicesimo e della sua amministrazione universale, dove la situazione non era certo migliore sul piano religioso, stante le difficoltà causate dalle convulsioni politiche di una penisola divisa in una quantità di piccoli stati spesso nemici fra loro e sempre di più condizionati da interventi stranieri. Senza contare gli influssi della cultura rinascimentale, che se non fu un movimento fondamentalmente anticristiano, con il richiamarsi ai valori del mondo greco-romano e l'apertura verso possibili forme di vita moderna, aveva abbondantemente concorso al crollo del rigore religioso dei secoli precedenti. Fenomeno ben conosciuto in Spagna, non solo attraverso libri e notizie, ma anche tramite i molti ecclesiastici, mercanti, militari e funzionari che avevano soggiornato per qualche tempo in Italia²⁶. Tutti elementi di cui tener conto nel giudicare il

²⁶ Sulla situazione della Chiesa spagnola all'avvento dei Re Cattolici e sui provvedimenti da loro adottati per una radicale riforma dell'episcopato cfr. T. DE AZCONA

comportamento dei Re Cattolici verso i problemi ecclesiastici nel corso del loro lungo regno.

Nel 1492, alla vigilia del viaggio di Colombo esistevano in Spagna cinque sedi vescovili metropolitane, fra cui primeggiava quella primaziale di Toledo e trentasette diocesi suffraganee. Gran parte dei vescovi dovevano però la loro nomina a ragioni di natura politica o di casta e molti di loro non risiedevano nella propria diocesi. Diffusa era anche la pratica di affidare ai vescovi mansioni civili e, quantunque essi non avessero mai raggiunto lo status di principi territoriali come nell'impero germanico, non mancavano di partecipare, con effetti decisivi, ai conflitti così frequenti nella Spagna del basso medioevo²⁷. Il che rendeva naturalmente impossibile l'esistenza di una struttura ecclesiastica sana, favorendo invece la decadenza spirituale del clero e, di riflesso, dello stesso popolo cristiano. Ciò che spiega la decisione dei Re Cattolici di intervenire direttamente nelle elezioni episcopali e in numerose vicende della vita ecclesiastica nazionale. Le loro non erano solamente preoccupazioni di ordine spirituale, essendo di solito prevalenti i motivi dovuti a fattori politici o economici, ma è indubbio l'interesse della monarchia a promuovere la crescita di un sincero rinnovamento religioso a vantaggio della pace sociale e della stessa stabilità del regno. D'altra parte, il sistema delle cosiddette "riserve pontificie" sulle nomine ecclesiastiche, ordinariamente spettanti ai "cabildos" delle varie diocesi, si prestava con facilità ad abusi di ogni genere, finendo di solito per premiare parenti e collaboratori di papi e cardinali, o i membri cadetti delle principali casate. Tenendo conto che ciò comportava anche il flusso verso l'esterno di ingenti somme di denaro, è più che logico l'impegno dei re per rimuovere tali abusi²⁸.

Durante il Concilio di Costanza il papa Martino V aveva firmato

O.F.M., *La elección y reforma del episcopado español en tiempo de los Reyes Católicos*, Madrid, 1960; J. GARCIA ORO, *Cisneros y la reforma del clero español en tiempo de los Reyes Católicos*, Madrid, 1971.

²⁷ Ibid. pp. 28-31 e 53-62.

²⁸ Va comunque precisato che l'impegno dei Re Cattolici per il rinnovamento della Chiesa e la moralizzazione dell'episcopato non impedì che, in taluni casi, essi si prestassero, nell'interesse della Corona, ad avallare situazioni non sempre esemplari. Comportamenti in verità più attribuibili a Ferdinando che a Isabella, imputabile al massimo di eccessiva condiscendenza verso i desideri del marito. Cfr. al riguardo T. DE AZCONA, *op. cit.*; dello stesso autore vedi anche Isabel la Católica. Estudio crítico de su vida y de su reinado, Madrid, 1964; J. CEPEDA ADAN, *En torno al concepto del estado en Los Reyes Católicos*, Madrid, 1956.

un concordato con la "nazione spagnola" (Castiglia, Portogallo, Aragona e Navarra), che nella parte relativa alle elezioni episcopali limitava il diritto di scelta dei "cabildos" a quelle sedi rese vacanti per la nomina dei titolari a membri della Curia romana. Negli altri casi erano previste elezioni canoniche da presentare al papa, che si riservava il diritto di confermarle o meno. Norma che portò ad un notevole incremento dell'influenza regia sui processi elettorali, a scapito del potere dei "cabildos", i quali finirono progressivamente col perdere il diritto di elezione²⁹. Cosa che non mancarono di sfruttare gli stessi Re Cattolici, propensi al rinnovamento morale e strutturale della Chiesa, ma anche sommamente decisi ad assicurare allo stato il massimo dei poteri in materia ecclesiastica. Lo dimostra una ambascieria appositamente inviata al papa Sisto IV, con la richiesta di non provvedere alla nomina di vescovi nelle diocesi dei due regni senza la loro "presentazione", "según antigua preeminencia y costumbre", minacciando in caso contrario una decisa opposizione. È quindi evidente che i re non erano in alcun modo disposti a cedere su questo tema; lo attestano una lunga serie di sedi vacanti, anche prestigiose, come Salamanca e Siviglia, nonché l'impegno delle cancellerie alla ricerca di qualsiasi appiglio che nelle precedenti bolle pontificie apparisse favorevole al patronato reale³⁰.

5. La guerra di Granada e il diritto di patronato

La guerra di Granada fu la grande occasione presentatasi ai Re Cattolici per ottenere dal papa quei diritti di patronato che da tempo propugnavano. Siccome poi il futuro patronato d'America verrà considerato una sorta di continuazione di quello di Granada, è bene ricordare le origini di quest'ultimo e la sua pratica attuazione. Al culmine del loro prestigio per le vittorie contro i mori, i re chiesero espressamente a Roma il patronato su Granada e le Canarie "por la conquista

²⁹ Sull'argomento vedi T. DE AZCONA, *La Elección y reforma ...*, op. cit..

³⁰ Esemplare, riguardo alla determinazione dei re di non transigere circa le loro rivendicazioni in materia di elezioni episcopali, le misure da essi adottate nei confronti del ribelle arcivescovo di Toledo Carrillo, privato dei beni e destituito. Misure di cui Isabella la Cattolica pretese in modo quasi ultimativo la legittimazione da parte papale. Cfr. T. DE AZCONA, op. cit., pp. 106-107; G. M. BALLESTEROS, *La obra de Isabel la Católica*, Segovia, 1953.

de la tierra y fundación o dotación de sus iglesias y catedrales". Vi erano precedenti incoraggianti: due bolle, "*Provisionis nostrae*" del 15 maggio 1486 e "*Dum ad illam*" dell'agosto successivo avevano concesso, in previsione della conquista, il patronato reale su Granada e Canarie, con elargizioni rivoluzionarie, in tema di benefici e dei criteri da seguire per l'erezione delle future diocesi. Perché non vi fossero dubbi circa il diritto di presentazione, esso veniva perentoriamente riconosciuto per gli stessi territori con la bolla "*Orthodoxae fidei*" del dicembre 1486, consentendo ai re di evitare, nel regno di Granada, le continue dispute periodicamente ricorrenti per le altre diocesi dei loro stati³¹. Non era ovviamente immaginabile la straordinaria importanza che di lì a pochi anni avrebbe rivestito questo privilegio, quando si tratterà di procedere alla fondazione di nuove diocesi nelle Indie occidentali, nè tantomeno un così rapido succedersi degli eventi. Ancor prima di terminare la guerra di Granada si ebbe infatti da parte dei re la firma delle "capitolazioni di Santa Fè" con Colombo, quasi a sancire l'affinità fra le due imprese. Entrambe si proponevano di estendere i limiti della cristianità e di difendere la Chiesa dai suoi nemici, essendo per di più guidate dai medesimi sovrani. In tal modo, l'esperienza granadina si era magnificamente prestata a fornire il pretesto e i motivi che avrebbero reso possibile la concessione, da parte di Giulio II, del patronato universale delle Indie, con diritti equivalenti a quelli di Granada (bolla "*Universalis Ecclesiae regiminis*" del 28 luglio 1508). Successo gravido di conseguenze, che premiava la costanza e l'avvedutezza di Ferdinando, il quale aveva saputo sfruttare il verificarsi di avvenimenti raramente concomitanti, come il carattere di crociata assunto dalla campagna di Granada grazie all'emozione suscitata dall'avanzata turca nell'Oriente europeo con minacce alla stessa Italia³².

³¹ Per la questione di Granada ed in particolare per le bolle pontificie ad essa relative, cfr. T. DE AZCONA, *op. cit.*; vedi anche R. MENÉNDEZ PIDAL, *Historia de España, op. cit.*; M.A. LADERO QUESADA, *Castilla y la conquista del Reino de Granada*, Valladolid, 1967; A. TORRE, *Los Reyes Católicos y Granada*, Madrid, 1946.

³² Indicative della costanza e della volontà con cui Ferdinando il Cattolico seppe volgere a proprio favore le difficili trattative con il papato, fino alla completa realizzazione dei suoi progetti in materia di politica ecclesiastica, sono le istruzioni da lui impartite al proprio ambasciatore: "*Este procurad con toda instancia, porque non entendemos dar lugar a otra cosa..., e desto procuraréis haber bula patente de promesa que así se hará*". Cfr. P. LETURIA, S.I., *Relaciones entre la Santa Sede e Hispanoamérica* (1493-1835), Roma y Caracas, 1959, Vol. I, p. 8; J.M. DOUSSINAGUE, *La política internacional de Fernando el Católico*, Madrid, 1944.

Che molto fosse dovuto a tali fortuite circostanze, si deduce poi dal fatto che egli non riuscì mai ad ottenere una dichiarazione ufficiale di Roma circa l'estensione del diritto regio di presentazione a tutte le sedi vacanti. Occorrerà attendere l'avvento di Carlo V, forte dell'autorità derivantegli dalla corona imperiale e dalla consuetudine che lo legava a papa Adriano VI, suo antico precettore, perché si chiudesse definitivamente l'intero contenzioso (bolla "*Eximiae devotionis affectus*" del settembre 1523)³³.

È con il viaggio di Colombo, con i primi insediamenti sul suolo americano e con il procedere della colonizzazione che entra nel vivo la questione del patronato reale e del vicariato regio delle Indie. La vastità della materia ci esenta dal seguire nei dettagli il processo di conquista; ci limiteremo pertanto ad occuparci dell'evoluzione del concetto di patronato a contatto con la realtà americana, riferendoci esclusivamente alle vicende dell'America spagnola, visto che i rapporti fra Portogallo e Santa Sede sull'argomento si esauriscono di fatto con la conclusione delle spedizioni marocchine. Va detto innanzi tutto che pochi problemi riguardanti la storia ispano-americana hanno suscitato maggiore attenzione di quelli relativi al patronato reale, anche per la sua sopravvivenza in alcune delle repubbliche eredi della Spagna.

Trattandosi di una materia immensa, studiata solo parzialmente, cerchiamo di riassumere i punti fin qui acclarati sul piano dottrinale, in modo da fissare le basi di partenza da cui procedere all'esame dello sviluppo dell'istituto.

Il patronato è, secondo il diritto canonico, la somma dei privilegi che competono per concessione della Chiesa, ai fondatori cattolici di chiese, cappelle e benefici o a coloro ad essi collegati³⁴. Importante è poi la distinzione fra patronato ecclesiastico, laico o misto, a seconda del titolo originariamente assegnato ai fruitori di tale diritto, poiché questa ripartizione riguarda da vicino il caso americano. Sempre le norme canoniche citano quale principale diritto dei patroni quello di presentare un chierico per ogni chiesa o beneficio vacante³⁵. È appunto questo ciò su cui hanno insistito i re e i giuristi, trattandosi da sempre del maggior elemento di frizione fra potere civile ed ecclesiastico. Conflitto, che proprio sul privilegio di presentazione alle dignità

³³ Cfr. T. DE AZCONA, *La Elección y reforma...*, op. cit., p. 197.

³⁴ Vedi Codice di Diritto Canonico, can. 1448.

³⁵ Ibid., can. 1448-1472.

e ai benefici ecclesiastici aveva opposto, lungo tutto il Medioevo, il papato all'impero, ai diversi sovrani e ai grandi feudatari.

Il Concilio di Trento abolì in seguito i diritti di patronato provenienti da privilegi, stabilendo però un'eccezione per i regnanti. Tanto nel caso portoghese con le sue numerose bolle pontificie, come in quello spagnolo, non furono ben definite, nei primi decenni di espansione ultramarina, le funzioni canonicamente dette di patronato, ossia la direzione delle cose religiose e missionarie affidate ai re (indirettamente per ciò che concerne il Portogallo, vigendo la mediazione dell'Ordine di Cristo). Incertezza che, con l'andar del tempo, facilitò la sostanziale trasformazione dell'istituto da patronato a vicariato o delegazione regia, facendo dei re una specie di delegati o vicari del pontefice, abilitati in sua vece alla fondazione delle nuove chiese e alla evangelizzazione degli indigeni³⁶. È evidente che l'ammontare delle concessioni elargite da Alessandro VI ai Re Cattolici, oltrepassava ampiamente i limiti generali di un patronato ordinario. La bolla "*Inter caetera*" del maggio 1493 li autorizzava, infatti, all'invio nelle terre scoperte di sacerdoti "probi e timorati di Dio", adatti per saggezza e preparazione ad istruire gli indigeni nella fede cattolica, seguita dalla bolla "*Eximiae devotionis*", in cui si estendevano alla Spagna le medesime largizioni già fatte al Portogallo: "libertà, immunità, esenzioni, facoltà, lettere ed indulti". Quantunque alcuni di tali termini sembrassero riferirsi ai diritti patronali, il suddetto privilegio non era però menzionato in forma esplicita, il che conferma la secolare riluttanza del papato a riconoscere, sul piano formale, l'esistenza di diritti da esso ritenuti lesivi della propria autorità³⁷.

Ad intaccare tale determinazione stava però l'evidente impreparazione della Curia romana a sostenere il peso finanziario ed amministrativo relativo a mantenimento, direzione e controllo delle numerose

³⁶ Sulle decisioni del Concilio e sulle ambiguità circa i diritti di patronato che rendevano difficile, se non impossibile, l'interpretazione univoca delle bolle pontificie, cfr. P. Leturia, *op. cit.*

³⁷ Cfr. F.J. HERNÁEZ, S.I., *Colección de bulas y breves y otros documentos relativos a la Iglesia de América y Filipinas*, 2 Vol., Bruxelles 1895; vedi anche A. DE EGAÑA, S.I., *La teoría del regio vicariato español de Indias*, Roma, 1958. Sulla bolla "*Inter caetera*" di Alessandro VI e sulle conseguenze che ne derivarono per Spagna e Portogallo, cfr.; A. GARCÍA GALLO, *Las bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en Africa e Indias*, in "Anuario de Historia del Derecho español" vol. 27-28, Madrid, 1957-1958, pp. 461-829.

missioni che andavano sorgendo negli immensi paesi aperti all'evangelizzazione. Non vi era ancora niente di paragonabile alle congregazioni romane permanenti, più tardi fondate da Sisto V; si contava su un ampliamento dello spazio cristiano da effettuarsi con criteri analoghi a quanto accaduto a Granada, nelle Canarie e negli altri territori di recente cristianizzazione, senza interventi straordinari di Roma, ma con la semplice affermazione dell'autorità papale e l'esercizio di una vigilanza generica. Il coinvolgimento del papato nei conflitti italiani ed europei, destinato ad aggravarsi pochi decenni più tardi con la rottura religiosa e le guerre con i protestanti, rendeva ancor più aleatorie le possibilità di una efficiente guida pontificia nell'organizzazione delle nuove missioni. Un impegno più concreto, sul piano strettamente religioso, avrebbe probabilmente consentito, nel volgere di qualche anno, il raggiungimento di un livello di maggiore efficienza, come accadrà con la creazione di Propaganda Fide; al momento, però, si preferiva che fossero i sovrani cattolici ad occuparsene, con gli inevitabili risultati che ciò avrebbe comportato. Questo non significa che nel concedere tanti privilegi ai re i papi intendessero autoescludersi dalla direzione di una tale impresa apostolica. Vi era certo la convinzione di poter intervenire liberamente quando lo avessero ritenuto opportuno, man mano che andasse sviluppandosi la struttura delle nuove chiese e, effettivamente, cercarono di farlo in ripetute occasioni, anche se senza risultati per ciò che concerne un controllo permanente e immediato. Se ne deduce come i tempi fossero ormai maturi per la cessazione dell'ostinata resistenza romana.

Già dopo i primi stabili insediamenti nelle Antille, i Re Cattolici avevano sollecitato da Roma la creazione di tre sedi episcopali per l'isola di Hispaniola; richiesta, cui acconsentì Giulio II con la bolla del 15 novembre 1504, poco prima che morisse la regina Isabella, senza però pronunciarsi in alcun modo sul diritto di patronato³⁸. La scomparsa della sovrana ed il contrasto con il genero Filippo il bello, durante il travagliato interregno della sua prima reggenza di Castiglia, non bastarono a distogliere l'attenzione di Ferdinando dalla delicata questione, nè a sminuire la sua determinazione di giungere a quel risultato positivo da lui con tanta tenacia perseguito. Incaricò pertanto

³⁸ Cfr. F. FITA, *Primeros Años de Episcopado en América*, in "Boletín de la Real Academia de la Historia", XX, 1892, p. 272; vedi anche P. LETURIA, *op. cit.*, vol. I; P.F.X. CHARLEVOIX, *Histoire de l'isle espagnole ou S. Domingue*, 2 Vol., Paris, 1730.

l'ambasciatore a Roma di esigere dal papa, per sè e per i sovrani destinati a succedergli in Castiglia, la concessione perpetua del diritto di patronato per l'erezione e l'organizzazione di tutti i benefici ecclesiastici, con la facoltà di percepire direttamente le decime e di fissare i limiti delle diocesi, non solamente ad Hispaniola, ma in tutti gli altri territori americani scoperti o da scoprire³⁹.

L'attesa durò tre anni, dato che l'allontanamento di Ferdinando dalla Castiglia e il ridursi del suo potere ad Aragona ed Italia aveva illuso Giulio II sulle possibilità di eludere le richieste del re. Ma l'improvvisa morte di Filippo il bello e la follia che aveva colto la regina Giovanna, con il conseguente e definitivo ritorno in Castiglia di Ferdinando come reggente, costrinse il papa ad accondiscendere totalmente alle sue pretese, tanto più che l'alleanza con il Cattolico, saldamente insediato in Italia, gli era indispensabile per far fronte alla minaccia francese. La bolla del 28 luglio 1508, concedendo al re il diritto di presentazione per tutte le terre scoperte, come fondatore delle chiese indiane e promotore di una crociata evangelica per la propagazione della fede e la liberazione del territorio nazionale dagli infedeli, poneva così termine ad un decennale contenzioso, con la completa affermazione delle aspirazioni reali.

In tal modo Ferdinando, assicurandosi il diritto di controllare la vita gerarchica delle prime diocesi americane grazie al patronato ed agli altri privilegi ottenuti dal papa, può a ragione ritenersi il precursore di quel sistema, durato tre secoli, che consentirà ai sovrani spagnoli di eliminare ogni possibilità di controllo romano attraverso nunzi o inviati speciali⁴⁰. Su questa linea, la Santa Sede continuò a concedere favori e privilegi normalmente riguardanti interpretazioni benevole di concessioni precedenti o istituzioni di università e di opere pie, sicché i suoi successivi sforzi per reinserirsi direttamente nel sistema di governo ecclesiastico attraverso la Congregazione di Propaganda Fide, non ebbero come si vedrà alcun seguito, se non quello di aprire sporadici canali di informazione con taluni vescovi o missionari.

Se si considera l'enorme cumulo di privilegi di cui godettero i re di Spagna nell'amministrazione ecclesiastica delle loro terre d'oltremare, non si può fare a meno di osservare come ciò oltrepassi di gran lunga la comune nozione di patronato. Si tratta in effetti di un caso,

³⁹ Cfr. P. LETURIA, *op. cit.*, vol. I, pp. 13-14.

⁴⁰ *Ibid.*, vol. I, pp. 14-15.

unitamente a quello portoghese, del tutto eccezionale nell'ambito del diritto canonico dato che l'intera amministrazione ecclesiastica delle Indie era posta sotto lo stretto controllo del re e dei suoi ministri o Consigli. Da qui l'affermarsi della teoria che passa sotto il nome di vicariato regio delle Indie o di delegazione regia, quasi che il re fosse il vicario o delegato del papa per il governo della Chiesa americana. Espressione accolta a Roma sempre con diffidenza, per il suo significato vagamente scismatico e perché il papato non aveva mai concesso in modo esplicito ai re un titolo siffatto; ciò che peraltro non impedì la sua adozione ufficiale da parte della Corona spagnola all'epoca di Carlo III⁴¹.

7. Patronato reale e vicariato regio. Gli opposti punti di vista di Spagna e Santa Sede

Prescindendo per il momento dall'esame delle difficoltà inerenti alla condizione laica del re e dei suoi ministri per partecipare alla giurisdizione ecclesiastica propriamente detta, di cui ci occuperemo in seguito, riflettiamo brevemente sulle definizioni di vicario, delegato e loro derivati, come già si è fatto per quella di patronato. Il codice di diritto canonico distingue, nell'ambito della potestà di giurisdizione spettante alla Chiesa per istituzione divina, una potestà di foro esterno e una di foro interno o di coscienza⁴². Precisa inoltre che la potestà di giurisdizione ordinaria è quella vincolata all'ufficio, delegata quella che si concede alla persona; la potestà ordinaria può, a sua volta, essere propria o vicaria. Al dunque, la parola vicario implica sempre l'esercizio di qualcosa in nome di un altro, con poteri ricevuti da altri, ma, per il diritto canonico è potestà ordinaria, quindi non propria; la potestà delegata si riferisce invece alla persona e non all'ufficio⁴³. Gli autori dei secoli passati hanno spesso usato indistintamente entrambi i termini, determinando una certa confusione fra patronato, vicariato o delegazione a scapito dell'esatta interpretazione del loro effettivo significato.

Siccome l'essenza del patronato regio delle Indie deriva unicamen-

⁴¹ Ibid., vol. I, pp. 129-130.

⁴² Cfr. Codice di Diritto Canonico, *op. cit.*, can. 196.

⁴³ Ibid., can. 197.

te da concessioni pontificie a mezzo di bolle, brevi od altre conferme papali e non da ipotetici privilegi della Corona, vediamo di ricordare i punti principali di tali documenti, sui quali appunto si basano le varie teorie vicariali. È possibile che se al momento della scoperta dell'America fosse già stata in funzione la Congregazione di Propaganda Fide la storia dell'evangelizzazione del continente sarebbe stata alquanto diversa, ma a quel tempo la Santa Sede era, lo si è visto, priva di altri mezzi che non fossero l'affidarsi agli ordini religiosi, specialmente i mendicanti e l'esercizio di un controllo sporadico e occasionale; il che spiega la facilità, oggi piuttosto incomprensibile, con cui in via di fatto e, spesso, anche di diritto, essa lasciò all'arbitrio dei governi di Spagna e Portogallo il compito dell'evangelizzazione. Sicché, quando, come già avemmo occasione di osservare, troppo tardi tentò di riappropriarsi dei poteri dottrinarmente spettantile dovette scontrarsi con forme di vita ecclesiastica, di azione apostolica, di invio e controllo di missionari, ormai da tempo consolidate; accusata per di più, da Madrid e Lisbona di aver mancato alla parola data e unilateralmente disatteso le obbligazioni liberamente contratte. Un buon numero di teorici e di membri influenti del Consiglio delle Indie ebbero infatti sempre difficoltà ad ammettere, anche surrettiziamente, che la Chiesa non potesse privarsi per sempre della facoltà di intervenire direttamente sui problemi connessi alla direzione ecclesiastica di un intero continente, nè rassegnarsi a tempo indeterminato a subire passivamente l'esclusione da un così gran numero di facoltà spirituali. Da qui, un continuo antagonismo fra Roma e Madrid, anche se mantenuto entro livelli di correttezza diplomatica e quindi privo di quegli sbocchi clamorosi che avrebbe forse avuto in altre circostanze⁴⁴.

Se per l'ufficializzazione del patronato propriamente detto occorre rifarsi alla "*Universalis Ecclesiae*" di Giulio II, che sia pure in modo un po' ambiguo lo aveva riconosciuto e confermato per l'elezione dei nuovi vescovi, il primo fondamento della teoria vicariale va rintracciato nelle concessioni di Alessandro VI, specie nel paragrafo della "*Inter caetera*" del maggio 1493, già ricordato, in cui si dà mandato ai Re Cattolici di inviare sulle terre scoperte sacerdoti probi, dotti e sperti-

⁴⁴ Per ciò che concerne la struttura amministrativa della Chiesa nel Quattrocento e i motivi che indussero la Santa Sede a delegare gran parte delle sue mansioni agli ordini religiosi e ai sovrani iberici, cfr. F.J. HENÁEZ, *op. cit.*, I, pp. 13-14, nonché P. LETURIA, *op. cit.*, p. 110.

mentati per istruire gli indigeni nella fede cattolica⁴⁵. Siamo in presenza di qualcosa che non è più puro e semplice patronato, ma bensì un contratto oneroso che inserisce il re a pieno titolo nell'impresa missionaria, per il cui adempimento gli si concedono grandi favori spirituali e temporali. A partire da allora i monarchi spagnoli andarono convincendosi di possedere poteri vicariali nelle Indie⁴⁶. Lo dimostra il fatto che nonostante lo stesso Alessandro VI e ancor più i suoi successori avessero lasciato chiaramente intendere di non voler rinunciare alla supervisione sugli sviluppi della chiesa americana, la pratica tenace e coerentemente perseguita dal Consiglio delle Indie di esercitare in proprio tutti i poteri inerenti all'azione ecclesiastica, riuscì ad imporre una tradizione talmente forte da impedire pressoché sempre qualsiasi progetto in contrario della Curia romana⁴⁷.

Significative a tale riguardo le espressioni usate da Filippo II nella sua celebre "cedula" reale del giugno 1574: "Como sabéis el derecho de patronato eclesiástico nos pertenece en todo el Estado de las Indias, así por haberse descubierto y adquirido a quel Nuevo Orbe y edificado y dotado en él las Iglesias y monasterios a nuestra costa y de los Reyes Católicos nuestros antecesores, como por habérsenos concedido por bulas de los Sumos Pontífices, de su proprio motu"⁴⁸.

Secondo la tesi della Corona si argomentava inoltre che, anche qualora non fossero esistite le concessioni pontificie, il fatto di essere state considerate esistenti per così lungo tempo, senza sostanziali opposizioni, sarebbe pienamente bastato a giustificare la prescrizione del diritto a favore del re. Quanto poi alle difficoltà inerenti alla possibilità o meno di concedere poteri di amministrazione ecclesiastica ad un laico, ci si appellava ai numerosi casi vigenti in materia, quali la pote-

⁴⁵ Cfr. A. DE EGAÑA, *op. cit.*, p. 5. Sulle diverse interpretazioni delle bolle alessandrine, vedi M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *Nuevas Consideraciones sobre la historia, sentido y valor de las bulas alejandrinas de 1493 referentes a las Indias*, Sevilla, 1943; A. GARCIA GALLO, *op. cit.*

⁴⁶ Lo si può del resto constatare dal fatto che, a partire da questo momento, la Monarchia spagnola ritenne di aver ricevuto dal papa le stesse concessioni elargite da Alessandro VI nelle varie bolle portoghesi. Cfr. F.J. HERNÁEZ, *op. cit.*

⁴⁷ In proposito, vale la pena di osservare che il ruolo svolto dalla Santa Sede in fatto di missioni, là dove essa poteva esercitare direttamente il suo potere, nelle Indie Spagnole venne totalmente esercitato e, in un certo senso usurpato dal Consiglio delle Indie e dal re.

⁴⁸ Il testo spagnolo della "cedula" è citato in F.M. GÓMEZ ZAMORA, *Regio patronato español e indiano*, Madrid, 1897, p. 289.

stà di nominare prelati e canonici in alcune cattedrali, conferita ai re di Castiglia fin dai tempi di San Ferdinando, o quella di costituire ed assegnare benefici ecclesiastici, riconosciuta ai re di Francia per tutte le diocesi del loro regno in caso di sede vacante⁴⁹.

8. I sovrani di Casa d'Austria e la teoria del vicariato regio

Un forte impulso ad un empirico sviluppo di quell'insieme di concessioni pontificie e di interventi reali che va sotto il nome di patronato regio, fino ad allora rimasto abbondantemente in bilico fra teoria e pratica, si ebbe con l'avvento dei sovrani di Casa d'Austria che, essendo all'apice la potenza spagnola, si trovarono, una volta completata la conquista e l'organizzazione politico-amministrativa delle Americhe, nelle migliori condizioni per dare effettiva concretezza alle storiche rivendicazioni della Corona. Lo stesso Carlo V, per quanto meno accentratore di Ferdinando il Cattolico e di Filippo II e perciò più propenso a delegare molti dei problemi in questione al Consiglio delle Indie, non esitò, in più occasioni, ad entrare personalmente nel merito, con istruzioni a vicerè e governatori, presentazioni di vescovi e di interi capitoli, intromissioni nel campo delle censure ecclesiastiche e della vita del clero. Frequenti anche le disposizioni ai vescovi in ordine ai sacramenti, alle dispute fra regolari e religiosi e alla vigilanza sui libri. Un modo di agire che senza una eccessiva curiosità personale per il dibattito sulla teoria vicariale, lo portava di fatto ad esigere il "placet regio" per ogni documento proveniente da Roma⁵⁰. Atteggia-

⁴⁹ Sulla politica ecclesiastica di Filippo II ed i relativi rapporti con Roma, di estremo interesse sono le istruzioni da lui impartite al proprio ambasciatore, in un testo conservato fra i fondi della Biblioteca Nazionale di Madrid: *Representación hecha al Señor Felipe II por el licenciado Bustos de Nelega en el año 1574*, Fondo 3705. Cfr. inoltre J. OLARRA GARMENDIA - M.L. LARRAMENDI, *Indice de la correspondencia entre la Nunciatura en España y la Santa Sede durante el reinado de Felipe II*, 2 Vol., Madrid, 1948-1949; J.M. MARCH, *La Embajada de Don Luis De Requesnes en Roma por Felipe II cerca de Pio IV y Pio V (1563-1569)*, Madrid, 1950; *Corona de Castilla, Correspondencia (1555-1594)* in "Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos", 1914, presso Archivo General de Simancas.

⁵⁰ Circa l'atteggiamento di Carlo V, cfr. M. BATAILLON, *Charles V et son temps*, Paris, 1959. Vedi anche F. PEREZ DE TUDELA, *La gran reforma carolina de las Indias en 1542*, in "Revista de Indias", XVIII, 1948; F. DE LA IGLESIA, *Instrucciones y consejos del Emperador Carlos V a su hijo Felipe II al salir de España en 1543*, Madrid, 1908; P. DE SANDOVAL, *Vida y hechos del Emperador Carlos V*, Valladolid, 1604-1606;

mento probabilmente dovuto al suo tradizionalismo circa i poteri, anche spirituali, inerenti all'autorità imperiale, specie in un momento in cui egli riteneva spettasse all'imperatore guidare la cristianità nella lotta contro la rivolta protestante.

Filippo II, che già da principe ereditario aveva sostituito il padre nel governo delle colonie americane studiandone in modo sistematico i criteri di organizzazione civile e religiosa, accentuò notevolmente l'autoritarismo regio in tema di governo ecclesiastico. A lui si deve infatti la riesumazione dell'idea di patriarcato effettivo delle Indie, a suo tempo vagheggiata da Ferdinando il Cattolico e lasciata in pratica cadere da Carlo V, per avere egli duramente contrastato ogni tentativo di nunziature romane e respinto con decisione qualsiasi iniziativa vaticana che non avesse prima ricevuto l'assenso del suo ambasciatore o di Madrid. Dettò regole rigorose sui principali problemi, ivi compresi quelli ecclesiastici, al fine di dare un assetto stabile e definitivo alla sua politica e al suo sistema di governo, non esitando a legiferare in tema di patronato, decime, vescovadi, ordini religiosi e materie analoghe. Occorre però aggiungere che con il suo centralismo non intese soltanto sottomettere alla volontà dello stato il clero coloniale, ma anche provvedere all'efficienza delle nuove strutture ecclesiastiche, sforzandosi costantemente di vivificarle ed estenderne l'influenza, al punto da apparire spesso più religiosamente ispirato dei suoi consiglieri, sempre pronto a rivolgersi a Roma per le cose di carattere esclusivamente spirituale⁵¹. Non si può ancora comunque parlare di una vera e propria coscienza di vicariato, bensì di un patronato estesissimo, di una partecipazione costante ai problemi dell'evangelizzazione e, in ultima istanza, di una politica mirante a far sì che Roma rimanesse esclusa da ogni possibilità di comunicazione diretta con le Indie e fosse

C. BRANDI, *Charles Quint*, éd. fr., Paris, 1930; M. FERNÁNDEZ ALVAREZ, *Política Mundial de Carlos V y Felipe II*, Madrid, 1966; J. H. Elliott, *Imperial Spain*, London, 1963.

⁵¹ Cfr. V. RODRIGUEZ VALENCIA, *El patronato regio de Indias y la Santa Sede en Santo Toribio de Mogrovejo (1581-1606)*, Roma, 1957; P. DE LETURIA, *Felipe II y el Pontificado en un momento culminante de la historia hispanoamericana*, in *Relaciones... op. cit.*, I, pp. 59-100; vedi anche *Memorial que se dió a los teólogos de parte de S.M. sobre diferencias con Paulo IV (1556)*, Biblioteca Nacional de Madrid, fondos kk. 66v 1081922; M. PHILIPPSON, *Felipe II y el Pontificado*, Madrid, 1887; I. CLOULAS, *Philippe II*, Paris, 1992; L. SERRANO, *Correspondencia diplomática entre España y la Santa Sede durante el Pontificado de Pio V*, Madrid, 1914; R. SCHNEIDER, *Felipe II o religion y poder*, Madrid, 1943.

quindi necessariamente costretta a passare per Madrid. Se ne deduce che, non tanto nel testo delle bolle papali, ma soprattutto nell'ampiezza delle concessioni pontificie e nella pratica sempre maggiore dell'interventismo regio va ricercata l'origine delle teorie sorte con l'intento di dare una base giuridica a un processo politico-religioso in perenne trasformazione, perché specchio di una realtà continentale a sua volta in continuo movimento.

Le cose cambiano decisamente nel corso del Seicento, allorché l'atteggiamento dei re, a differenza di quello dei predecessori, andò orientandosi verso la cessazione degli interventi personali e la delega ai consiglieri di corte, le cui direttive finirono di fatto per imporsi anche al Consiglio delle Indie. A questo punto la teoria vicariale è ormai pienamente formulata e gli interventi regi si concentrano sulla difesa di determinati scrittori, più o meno regalisti e sull'esclusione di Propaganda Fide dall'azione missionaria e dall'attività della Chiesa indiana nel suo complesso. A tal fine sono di massima importanza le relazioni che, al momento del congedo, per precise disposizioni governative i viceré lasciavano ai successori sulla situazione generale dei loro vicereami, in cui la parte relativa alla difesa del patronato reale occupa sempre una posizione di grande rilievo. Pochi documenti risultano infatti così espressivi come le confidenze dell'ultima ora di persone per altro destinate a non doversi ulteriormente occupare di tali vicende. Così, ad esempio, Don Francisco de Toledo inizia la sua relazione lamentando gli abusi ecclesiastici contro il patronato e citando i provvedimenti da lui presi per porvi fine. Continua parlando del cattivo andamento dell'evangelizzazione e delle difficoltà incontrate nell'applicare le istruzioni ricevute all'atto del suo insediamento⁵². Don Luis de Velasco (1596-1604) riferisce al conte di Monterrey che nel suo viceame il patronato reale era fieramente avversato da tutto il clero, specie dagli alti prelati, impegnati ad aggirarne le disposizioni con gli espedienti più diversi, tipo l'assegnazione ad interim dei benefici ec-

⁵² Significativa anche la pretesa di aver restituito al re il diritto di patronato che, a suo dire, era stato usurpato. Cfr. R. BELTRÁN Y ROZPIDE, *Colección de las memorias a relaciones que escribieron los virreyes del Perú acerca del estado en que dejaban las cosas generales del reino*, Madrid, 1921, p. 73; L.E. FISCHER, *Viceregal Administration in Spanish America*, Berkeley, 1926. Quanto alla preminenza dei Consiglieri di Corte, vedi A. NUÑEZ DE CASTRO, *Libro histórico político, Solo Madrid es Corte, y el cortesano en Madrid...*, Madrid, 1675.

clesiastici, per non lasciarli ufficialmente vacanti e quindi soggetti alle norme del patronato⁵³. Analogamente, Don Juan de Mendoza y Luna nel maggio del 1616 ricorda al successore Don Francisco de Borja che occorre la massima cura nel tutelare il patronato che la Corona di Castiglia deteneva sulle Indie, in quanto, a suo giudizio, i re avrebbero avuto più a cuore la conservazione di tale diritto di quella di qualunque altro spettante alla monarchia⁵⁴. Siamo dunque in presenza di una realtà che considera l'intervento statale negli affari ecclesiastici alla stregua dell'azione ordinaria di governo, dandosi per scontato il riconoscimento ufficiale delle teorie regaliste sul patronato.

Per ciò che concerne i rapporti con Roma, notizie interessanti ci vengono tanto dalle istruzioni impartite agli ambasciatori che dalle loro relazioni; ne risulta un quadro significativo delle rispettive posizioni, ideale per focalizzare l'insieme del contenzioso esistente al riguardo fra Spagna e Santa Sede. Le incomprensioni di fondo rimangono le stesse del secolo precedente; così, nell'ottobre 1620 il duca d'Albuquerque riferendo a Madrid sulla disputa circa la capacità di fissare le prebende del clero regolare nelle Indie, illustrava la ritrosia del Pontefice ad accettare che tale facoltà, naturalmente soggetta alla giurisdizione ecclesiastica, potesse essere attribuita ad un principe laico⁵⁵. Una chiara conferma di tali mutue attitudini la si ravvisa nelle istruzioni date al nunzio nell'aprile 1621 e all'ambasciatore di Spagna nell'ottobre 1622 da parte del nuovo re Filippo IV. Siccome infatti nel medesimo periodo era stata fondata la Congregazione di Propaganda Fide, entrambe le parti si erano affrettate a precisare i reciproci propositi, fra cui fondamentale, dal lato spagnolo, la determinazione del Consiglio delle Indie a non permettere novità di sorta nel regime ecclesiastico dell'Oltremare⁵⁶. Determinazione ribadita con estrema energia sia dall'ambasciatore che dal Consiglio all'atto della nomina papale di nuovi vicari apostolici francesi nell'Asia Orientale, che aveva

⁵³ Cfr. R. BELTRÁN Y ROZPIDE, *op. cit.*, p. 128.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 151-152.

⁵⁵ Parimenti, pochi mesi dopo, riferiva a Filippo III delle difficoltà ancor maggiori da lui incontrate nel cercare di ottenere dal Pontefice il riconoscimento del diritto del re di designare un suo rappresentante per esercitare nelle Indie la giurisdizione ecclesiastica. Cfr. A. DE EGAÑA, *op. cit.*, pp. 101-102.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 192-193; R. DE HINOJOSA, *Los despachos de la diplomacia pontificia en España*, Madrid, 1896.

suscitato vive apprensioni a Madrid⁵⁷. Non doveva essere certamente gradevole per gli ambasciatori spagnoli il compito di opporsi continuamente a legittimi desideri della Santa Sede sui problemi delle chiese coloniali, né quello di presentare ininterrottamente petizioni sgradite alla Curia. Ne fanno testo i ripetuti tentativi dell'ambasciatore Nicolás de Azara per convincere Madrid di soprassedere alla richiesta di una conferma pontificia ai deliberati del quarto concilio provinciale messicano, imposto da Carlo III con finalità non certo religiose, ma per sue preoccupazioni politiche del momento⁵⁸.

9. Lo sviluppo della teoria e le tesi degli scrittori regalisti

Gli esempi di cui sopra circa l'attitudine dei governatori spagnoli delle Indie e i contrasti sempre presenti nei rapporti con Roma per ogni manifestazione riguardante il diritto di patronato, rendono necessaria una rapida rassegna dei criteri con cui andò man mano formulandosi la teoria vicariale, almeno nei suoi punti principali. Era certo logico aspettarsi che l'ambiguo comportamento della Chiesa americana nei confronti sia del re che di Roma inducesse i giuristi a riflettere seriamente sul fenomeno e a formulare soluzioni atte a descrivere quella singolare realtà ecclesiastica. I primi ad occuparsene con diverse pubblicazioni furono alcuni religiosi capeggiati da frate Juan de Focher, francese di nazionalità, che sotto i regni di Carlo V e Filippo II aveva lavorato con grande prestigio nella Nuova Spagna. L'opera del Focher "*Itinerarium catholicum*", edita nel 1574 da padre Diego de Valadés, può giustamente ritenersi il primo trattato vicarialista. Vi si afferma

⁵⁷ Cfr. A. DE EGAÑA, *op. cit.*, p. 209. Per ciò che concerne la politica indiana dei sovrani di Casa d'Austria nel loro complesso, sia sul piano civile che su quello religioso, vedi E. SCHÄFER, *El Consejo Real Supremo de las Indias. Su Historia y organización y labor administrativa, hasta la terminación de la Casa de Austria*, Sevilla, 1935-1947.

⁵⁸ Dal Concilio infatti il re che, sull'esempio di altri sovrani fautori di un dispotismo illuminato, aveva espulso la Compagnia di Gesù dai domini spagnoli, si attendeva il sostegno del clero secolare al suo operato. Cfr. M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *El Concilio IV Provincial Mejicano*, Sevilla, 1939; R. RÍU Y CABANAS, *Piezas inéditas del concilio provincial mejicano IV, celebrado en 1771*, in "Boletín de la Real Academia de la historia", XII, 1888, pp. 229-237. Sull'espulsione dei Gesuiti attuata da Carlo III nel 1767, vedi M. MÖRNER, *The expulsion of the Jesuits from Spain and Spanish America in 1767 in light of eighteenth-century regalism*, in "The Americas", Washington, Academy of American Franciscan History, 1966, Vol. 23, pp. 156-164.

che come i religiosi inviati in missione dal papa sono suoi delegati, altrettanto lo sono quelli inviati da qualunque altro principe cattolico che abbia da lui ricevuto analoga autorità. Il giudizio sembrerebbe qui limitarsi a quanto concerne l'invio di missionari, ma in un suo scritto precedente, "*Comentario*" a due brevi di Paolo IV, egli sembra spingersi oltre, sostenendo di ravvisarvi un atto del papa con aspetti al tempo stesso formali e virtuali. Con esso infatti non ci si limita ad approvare gli ordini emanati dalla Corona parificandoli a quelli provenienti dalla Santa Sede, ma in base alla stessa previa accettazione dell'operato del re lo si autorizza virtualmente anche per il futuro ad organizzare e dirigere la Chiesa indiana; il che già significa la concessione di facoltà vicariali legislative⁵⁹.

Un ulteriore passo in tale direzione lo si ritrova nel lavoro dell'agostiniano padre Alonso de la Vera Cruz, secondo il quale, avendo Alessandro VI delegato ai Re Cattolici il diritto di istituire missioni con eguale legittimità di quelle di diretta emanazione papale, essi si trovavano di fatto ad essere insigniti di poteri pari a quelli del papa, sia per le cose missionarie che per la nomina alle cariche ecclesiastiche. Alla principale obiezione cui andava soggetta una simile teoria, vale a dire che essendo il re un laico non gli si potevano concedere facoltà spirituali, egli ribatteva affermando che esistevano nel re due personalità, quella temporale e quella di delegato pontificio; dunque, come un vescovo poteva nominare un laico suo collaboratore, allo stesso modo il papa poteva avere un delegato laico "*in spiritualibus*"⁶⁰. Così, in un suo scritto del 1598, il portoghese padre Manuel Rodriguez distingue fra l'essere delegato ed essere vicario. A suo dire, il re è il primo e non il secondo nelle Indie, per privilegio, non "*ex lege*";

⁵⁹ In entrambi i lavori egli cita, a convalida delle sue tesi, le numerose disposizioni emanate da Carlo V e da Filippo II. Cfr. J. DE FOCHER, O.F.M., *Itinerarium Catholicum*, a cura di D. DE VALADÉS, Sevilla, 1574. Vedi anche A. EGUILUZ, *Declaratio Litterarum Apostolicarum, de Fr. Juan de Focher*, in "*Missionalia Hispánica*", XX, 1963, pp. 177-209.

⁶⁰ Egli è il primo ad usare il termine vicario in luogo di patrono il che gli consente di giungere ad affermazioni estreme sui poteri attribuiti ai re dalle bolle papali; fino al punto di sostenere che, in base alla "*Inter caetera*" di Alessandro VI, persino per legittimare l'amministrazione dei sacramenti sarebbero bastate le licenze regie. Cfr. A. DE EGAÑA, *op.cit.*, pp. 75-82; A. ENNIS, *Fray Alonso de la Vera Cruz (1507-1584). A study of the Life and his contribution to the Religious and Intellectual Affairs of early México*, Louvain, 1957; S.A. ZAVALA, *Las Instituciones Jurídicas en la conquista de América*, Madrid, 1935.

è perciò autorizzato ad espellere gli ecclesiastici di comportamento non esemplare, perché di ostacolo alle conversioni⁶¹. Padre Luis Miranda, che aveva rivestito diversi incarichi in Spagna e a Roma, sostiene nel suo "*Directorium sive manuale praelatorum regularium*" che i pontefici romani avevano espressamente nominato i Re Cattolici loro legati e commissari, autorizzandoli ad inviare missionari in qualità di delegati e vicari della sede apostolica⁶². Del pari, il domenicano padre Antonio Renesal non esita a giudicare privilegi apostolici tutte le cedule reali concesse dai re di Spagna agli ordini religiosi, in base alla tesi che in virtù del loro ufficio di delegati del papa per la conversione dei nativi essi detenevano nelle Americhe un potere maggiore di quello che il diritto canonico attribuisce normalmente ai patroni⁶³. Se ne può dedurre che la teoria vicariale, essenzialmente basata sull'asserto che le concessioni pontificie avrebbero reso i re delegati e vicari della Santa Sede, ebbe le sue origini nelle Indie fra i religiosi, specie francescani, diffondendosi poi rapidamente in Spagna e a Roma. Ciò che in parte si spiega con il desiderio di certi ordini religiosi di procurarsi l'appoggio reale nella disputa che li opponeva ai vescovi sull'amministrazione delle missioni, i principi dottrinari e i poteri giurisdizionali. Scopo, dapprima effettivamente conseguito, anche se in seguito i re, pur senza divenire ostili ai religiosi, preferirono sfruttare i vantaggi provenienti dal controllo diretto sui vescovi. Tesi che vennero comunque a cadere su un terreno reso propizio dall'estesissima ed ormai secolare pratica del patronato reale sulle Indie, favorendo il sorgere di una nutrita schiera di giuristi pronti ad impadronirsi della teoria per interessi totalmente diversi.

Il più noto, fra questi studiosi di cose indiane, è Don Juan de Solórzano Pereira (1575-1654), indubbiamente quello che esercitò il maggiore influsso sia sui governanti che sugli autori successivi, anche per il prestigio derivantegli dalla carica di consigliere reale. Nelle sue opere "*De Indiarum Iure*" del 1639 e "*Política Indiana*" del 1647 che gli procurarono i favori della Corte e del Consiglio delle Indie, partendo da un esame minuzioso delle bolle papali e delle norme di di-

⁶¹ Cfr. A. DE EGAÑA, *op. cit.*, p. 96.

⁶² Cfr. L. MIRANDA O.F.M., *Directorium sive manuale praelatorum regularium*, Roma, 1615.

⁶³ Cfr. R. GÓMEZ HOYOS, *La Iglesia de América en las Leyes de Indias*, Madrid, 1961, pp. 28-29.

ritto canonico, egli giunge alla conclusione dell'inesistenza nei laici di un difetto di capacità per il conseguimento del vicariato pontificio e quindi sostiene che i re di Spagna sono a tutti gli effetti vicari papali, sia nelle Indie che altrove, dal momento che quali vicari del pontefice romano conservano i diritti loro pervenuti da questo speciale vicariato, indipendentemente dal luogo in cui vengono esercitati. Egli insiste, comunque, sul fatto che provenendo il patronato da concessioni pontificie, una volta assegnato diviene inalienabile rimanendo incorporato alla corona come regalia. Logico dunque che a Roma una simile enunciazione della teoria patronal-vicariale, che tanto aveva entusiasmato i consiglieri di corte a Madrid, venisse accolta con malcelato imbarazzo, preludio ad una opposizione destinata più tardi a sfociare nella condanna ufficiale delle sue opere. Condanna espressa per altro in termini molto forti e forse uno dei motivi del flebile appoggio papale alla lotta che vedeva impegnate nella guerra dei trent'anni le due Case d'Austria contro i protestanti spalleggiati da Richelieu⁶⁴. La violenta reazione di Filippo IV ("porqué prohibir dicho libro es virtualmente dudar y oponerse a todos los derechos que me pertenecen en las Indias por concesiones y bulas apostólicas")⁶⁵, simboleggia in modo esplicito l'asprezza dei contrasti giurisdizionali che per tutto quel periodo avevano avvelenato le relazioni fra Spagna e Santa Sede, ponendo altresì in risalto come Roma e Madrid fossero, sia pure con opposte preoccupazioni, perfettamente concordi nel ritenere le dottrine di Solórzano l'espedito più adatto a permeare ogni interpretazione giurisdizionale e quindi ad avere larga applicazione nelle Indie, con eventuali riflessi sullo stesso territorio metropolitano e nei possedimenti italiani. I medesimi principi sono, come si è detto, difesi da altri scrittori regalisti fra cui ci limiteremo a citare Don Alfonso de la Peña

⁶⁴ Formatosi all'Università di Salamanca, venne inviato appositamente a Lima quale uditore presso quella Audencia, con il compito specifico di comporre un trattato sul governo e la legislazione delle Indie. Opera molto apprezzata a Corte e ufficialmente adottata dal Consiglio, che la pubblicò a sue spese e la difese in seguito strenuamente contro la condanna romana. Cfr. J. DE SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política indiana compuesta por el Señor Don Juan de Solórzano y Pereyra, Caballero de la Orden de Santiago, del Consejo de su Magestad en los Supremos de Castilla e Indias...*, corregida et ilustrada por Raniero de Valenzuela, Madrid, 1776. Sulle tesi di Solórzano e sulla loro condanna da parte della Santa Sede vedi anche P. LETURIA, *op. cit.*, pp. 335-408.

⁶⁵ Ibid., pp. 175-190; A. DE EGAÑA, *op. cit.*, 335-408.

Montenegro, vescovo di Quito, che nel suo libro *"Itinerario para párrocos de Indios"* asserisce testualmente: "Y más siendo en las Indias los Reyes Católicos cuasi vicarios del Sumo Pontífice, porqué Alejandro VI puso sobre sus hombros y encomendó a su buena diligencia la conversión de estos bárbaros, y por esta causa autores gravísimos llaman a nuestros píosimos reyes, ministros, vicarios, comisarios o delegados del Sumo Pontífice" ⁶⁶.

10. La Congregazione di Propaganda Fide e l'acuirsi del confronto fra Roma e Madrid

Grande rilievo ebbe sull'andamento della controversia la già ricordata fondazione della Congregazione di Propaganda Fide, ben presto rivelatasi l'organo adeguato ai bisogni della Santa Sede per provvedere alla direzione ordinaria e permanente delle missioni cattoliche. Sorta per il fervore missionario e universalistico di San Pio V ebbe inizialmente scarsa importanza causa la strenua opposizione di Filippo II, fino a quando, mutate le circostanze, nel 1622 venne totalmente trasformata dall'energico Sisto V per dotare la chiesa di uno strumento atto a riaffermare l'autorità papale sul mondo cattolico in espansione. Siccome però la nuova congregazione mirava a stabilire comunicazioni dirette fra le missioni e Roma, era facilmente prevedibile che la sua istituzione fosse accolta con scarso entusiasmo a Madrid. Al punto che, perdurando il rifiuto papale alla concessione di un patronato effettivo sulle Indie occidentali, la Corte spagnola, incoraggiata dal diffondersi della teoria vicariale, decise di opporsi in forma definitiva a qualsiasi invio nelle Americhe di visitatori apostolici o di altre persone aventi analoghe finalità, nonché di vietare al nunzio a Madrid di interessarsi agli affari ultramarini ⁶⁷.

⁶⁶ Cfr. A. DE LA PEÑA MONTENEGRO, *Itinerario para párrocos de indios*, Madrid, 1668.

⁶⁷ Cfr. L. PASTOR, *Historia de los Papas*, vol. 21, Barcelona, 1935, vol. 16, pp. 209-236. Sull'atteggiamento di Filippo II riguardo alla nuova Congregazione, vedi L. SERRANO, *Correspondencia diplomática entre España y la Santa Sede durante el Pontificado de Pío V*, Madrid, 1914. Quanto all'iniziativa di Pio V cfr. L. LOPETEGUI, *San Francisco de Borja y el plan misional de San Pio V. Primeros pasos de una Congregación de Propaganda Fide*, in "Archivum Historicum Societatis Jesu", II, 1942, pp. 1-26.

Contrasto che per essere condotto secondo formule di correttezza diplomatica avrebbe abbisognato di protagonisti culturalmente consapevoli degli incerti compromessi, delle astuzie, delle sottigliezze su cui poggiavano gli ormai secolari rapporti fra Roma e gli stati iberici in fatto di patronato. Non era questo il caso dell'energico e attivo Primo Segretario della Congregazione Francesco Ingoli che, convinto della validità delle sue ragioni sul piano teorico e dottrinale, si rivelò inflessibile, con il risultato di acutizzare lo scontro e di vedere irrealizzate la quasi totalità delle sue pretese, a parte qualche rara informazione pervenutagli da alcuni circoli missionari. Altre complicazioni sopravvennero con i problemi relativi alle Indie Orientali portoghesi dove la disputa sul patronato era, se possibile, ancora più delicata, trattandosi di paesi per cultura e civiltà ben più importanti di quelli americani e non occupati dagli europei. Anche su tale argomento l'atteggiamento dell'Ingoli fu improntato a grande durezza, sia nei confronti dei governanti portoghesi che degli studiosi regalisti che li appoggiavano, negando recisamente che, in base alla dottrina e all'esame dei testi, le bolle di Alessandro VI avessero effettivamente concesso il diritto di patronato; posizione che inaspriva la contesa con Madrid, dato che dopo il 1580 la titolarità della Corona portoghese era passata ai re di Spagna. Ad incoraggiare il segretario nella sua politica era inoltre sopraggiunto il cambio di schieramento di gran parte dei religiosi che avevano difeso la teoria vicariale nella speranza che, come già si è accennato, la Corona li avrebbe a sua volta appoggiati nei contrasti con i vescovi e il clero secolare. Ebbene, molti di costoro constatando che Madrid a partire dal Seicento andava progressivamente mutando le sue preferenze, cominciarono ad abbandonare il partito del re per passare a quello pontificio, contribuendo al prevalere delle tesi più estreme in seno alla Congregazione, la quale condannò ufficialmente la teoria vicariale nel giugno del 1643⁶⁸. A migliorare le cose non servì neppure il ripristino dell'indipendenza portoghese nel 1640, poiché andavano sempre più aggravandosi le difficoltà di Propaganda Fide in Cina, Indocina e parte dell'India. Nel maggio del 1684, dopo il falli-

⁶⁸ In effetti, sul piano dottrinale, la posizione di Propaganda Fide fu chiara e decisa fin dall'inizio, nel negare che le bolle di Alessandro VI avessero mai concesso ai re il patronato, se non per quelle chiese da loro stessi fondate. Del pari fermissimo il rifiuto di riconoscerli quali vicari o delegati della Sede Apostolica. Cfr. R. GÓMEZ HOYOS, *op. cit.*, p. 45.

mento di diversi tentativi di conciliazione, la Congregazione tornò fortemente ad allarmarsi di fronte ai gravissimi avvenimenti che, a suo parere, pregiudicavano quotidianamente lo sviluppo della fede cattolica nelle Indie Occidentali e, ancor più, elevò le sue proteste nel 1689, allorché avendo incaricato il nunzio a Madrid di richiedere al clero americano donativi per la guerra contro i Turchi, questi si vide costretto a sopassedere su ingiunzione del Consiglio delle Indie⁶⁹.

11. *Il Settecento e gli influssi illuministici. Altri scrittori regalisti*

Un genere di polemiche che, nonostante le indubbie novità succedutesi alla fondazione di Propaganda Fide, restava in ogni caso abbondantemente legato a quel clima politico-religioso, solo marginalmente intaccato dal classicismo rinascimentale, che dal Medioevo a tutto il Seicento aveva di fatto contrassegnato la cattolicità occidentale. Molto era destinato a cambiare nel Settecento, anche per la Spagna e le sue Indie. Un secolo che, iniziato con il mutamento di dinastia e la guerra di successione, giunge a lambire le guerre napoleoniche e la lotta per l'indipendenza, con un marcato influsso francese in campo culturale, politico ed economico, ma ancor più in quello ecclesiastico; è questo, infatti, il tempo del regalismo spagnolo di stampo giansenistico, in cui si avvertono i sintomi del riformismo illuministico. Si tende ormai ad abbandonare i metodi precedenti miranti a ricercare la legittimità dei propri privilegi nelle concessioni pontificie, per attribuirle ora ai diritti nazionali innati.

I trattatisti rifacendosi al diritto romano pongono al centro delle loro tesi la facoltà del monarca di esigere una serie di privilegi spettantigli unicamente per la propria autorità di natura civile, in totale ed irreparabile contrasto con i dettami del codice canonico, fermi nel ritenere il re suddito della Chiesa e quindi, in materia ecclesiastica, radicalmente soggetto al volere papale⁷⁰. Fra gli autori di questo nuovo ciclo regalista, degni di menzione ci appaiono Don Pedro de Hontalva y Arza che nel suo "*Manifesto canónico legal*" del 1737 sostiene che, ad evitare qualsiasi equivoco sull'ampiezza dei poteri regi in campo ecclesiastico, sono più che sufficienti: "el título y facultad de vicario

⁶⁹ Cfr. A. DE EGAÑA, *op. cit.*, pp. 214-215.

⁷⁰ Cfr. P. LETURIA, *op. cit.*.

legado apostólico que dan a los señores Reyes Católicos para todo el gobierno de las Indias los autores más clásicos y religiosos”⁷¹ e Don Antonio Joaquín de Ribadeneira, messicano, esempio eclatante di regalismo settecentesco. Le sue tesi possono riassumersi nel concetto più volte ribadito che vuole i re di Spagna percettori unici delle decime e signori assoluti delle Indie per concessioni apostoliche, ma più che altro per i diritti naturali di sovranità, ivi compresi quelli di patronato sulle chiese della loro nazione.

Una supposta benevolenza di papa Benedetto XIV verso alcuni di tali autori, dovuta probabilmente alle curiosità culturali dell'ex cardinale Lambertini e forse alle prime avvisaglie di una precisa presa d'atto da parte vaticana della necessità di scendere a patti con il laicismo dei cosiddetti “nuovi tempi”, servì a diffondere l'opinione che l'essenza di tante affermazioni a carattere regalista fosse ormai accolta dalla Chiesa e perciò interamente canonizzata. Alle difficoltà inerenti al fatto che trattavasi di questioni spirituali dottrinarmente estranee ad un laico, il Ribadeneira ribatteva che trattavasi sì di cose spirituali, ma che essendo i re delegati dalla Santa Sede a vicari generali, le loro funzioni rientravano di diritto nel settore spirituale, pur senza estrometterne l'autorità ecclesiastica. Le decisioni regie erano in tal modo da lui equiparate alle lettere papali e i re visti non solo come laici, ma anche come ecclesiastici⁷².

È in ogni caso sorprendente constatare come il periodo di massima fioritura dell'idea vicariale, quando la Corona ne fa ufficialmente una norma di governo, coincida paradossalmente con l'inizio del suo tramonto. In Spagna era stato siglato il concordato del 1753, che aveva esteso alla metropoli il diritto universale di patronato sul modello di Granada e delle Indie. Le cose religiose sembravano quindi destinate a seguire il loro corso normale; non mancavano però segni premonitori all'introduzione di idee e pratiche anticattoliche più o meno dissimulate: gallicanesimo, febronianesimo, enciclopedia ed altre anco-

⁷¹ Cfr. A. DE EGAÑA, *op. cit.*, p. 236.

⁷² Influenzato, al pari di tutti gli autori regalisti di questo periodo dalle correnti ideologiche moderne di origine francese o anglosassone, ebbe anche occasione di vedere accolte pienamente le proprie tesi allorché venne designato, quale assistente reale, a dirigere il quarto Concilio provinciale messicano, voluto, come si è detto, da Carlo III per avere l'appoggio dell'episcopato indiano all'espulsione dei gesuiti. Cfr. M. CUEVAS, *Historia de la Iglesia en México*, El Paso, 1928. Vedi anche M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *El Concilio IV Provincial Mejicano*, *op. cit.*.

ra. La maggiore facilità delle comunicazioni, un accresciuto rapporto ideologico con la Francia, il miglioramento economico, l'attrazione per la cultura di tipo pratico-umanistico, andavano producendo effetti per lo più benefici, ma sotto altri aspetti anche negativi per chi avesse a cuore la parte più valida della tradizione e i vincoli per un passato spesso glorioso, autentici emblemi di quella che fino ad allora era stata la "diversità" spagnola. I regni di Carlo III e Carlo IV con le numerose guerre contrastanti l'orientamento pacifista del paese, a rimorchio di interessi prevalentemente stranieri, l'aumento del benessere e l'incipiente processo di borghesizzazione, forieri di una dapprima sconosciuta tendenza all'autocritica, esterofila, distruttiva e ben presto endemica, lasciavano presagire che una nuova era, profondamente rivoluzionaria, stava affacciandosi alle soglie dell'Europa e delle Americhe. È per questo che le tesi vicarialiste andavano rapidamente trasformandosi nell'espressione di vicende vagamente irreali, dirette com'erano a fissare regole minuziose per un mondo sempre più inesistente, lasciando così emergere la loro effettiva finalità: giustificare le usurpazioni statali in materia ecclesiastica⁷³.

12. Riflessioni e giudizi conclusivi

Volendo ora giungere a qualche conclusione, cercheremo di fornire una spiegazione possibilmente convincente ai quesiti suggeriti da alcuni degli argomenti fin qui trattati. Perché il costante rifiuto del papato di comunicare pubblicamente ed ufficialmente la sua posizione su una materia così delicata, in modo da eliminare i dubbi di ogni sorta ed impedire gl'innumerevoli malintesi? Era davvero inevitabile affidarsi unicamente al trascorrere del tempo aspettando l'occasione

⁷³ Ne è prova il comportamento di Carlo III, che proprio quando le idee su cui si basava la teoria vicariale erano ormai del tutto superate, tanto sul piano politico che su quello culturale, non esitò ad autoproclamarsi ufficialmente vicario e delegato di Sua Santità. Sulla sua politica, nonché sul Concordato del 1753, cfr. A. DE EGAÑA, *op. cit.*, pp. 256-288; vedi anche L. A. YBOT, *La Iglesia y los eclesiásticos españoles en la empresa de Indias. Las ideas y los hechos*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1954; C. HERMANN, *L'Eglise d'Espagne sous le Patronage Royal*, Paris, 1988. Quanto poi agli influssi che secoli di battaglie per la "reconquista" ed il relativo spirito di crociata, hanno avuto sulla mentalità spagnola, tanto da fare della penisola, almeno fino alla metà dell'Ottocento, una sorta di unicum in Europa, cfr. B. BENNASSAR, *L'homme espagnol, attitudes et mentalités du XVI au XIX siècle*, Paris, 1975; A. CASTRO, *op. cit.*

favorevole per risolvere la vertenza? La risposta va probabilmente cercata riflettendo sul fatto che, nonostante i continui contrasti con la Spagna, le pressioni regie in una forma o nell'altra, le frequenti intermissioni e le esagerazioni sull'effettiva portata dei diritti ricevuti, a tranquillizzare la Chiesa vi era la constatazione, in anni segnati dalla ribellione protestante e poi da un crescente anticlericalismo, che la Corte spagnola, al di là di qualche eccesso nel corso del Settecento, non invocava di solito a difesa dei propri presunti privilegi nient'altro che le concessioni pontificie, dimostrando di possedere sui rapporti fra stato e chiesa una concezione dottrinarmente corretta.

La corrispondenza dei nunzi e degli ambasciatori non lascia adito a dubbi su questo punto, se si eccettua qualche espressione poco diplomatica usata in determinate circostanze. Non si cercò mai deliberatamente la rottura e quando si arrivò ad interrompere momentaneamente le relazioni, ciò fu esclusivamente dovuto allo schierarsi del papa, quale capo temporale, al fianco dei nemici della Spagna. Roma aveva bisogno della Spagna in Europa per la difesa del cattolicesimo dai gravi pericoli che lo minacciavano: dalle aggressioni dei paesi protestanti, alla minaccia ottomana, alle incursioni barbaresche. Ne aveva altrettanto bisogno per il successo della sua espansione in America, Africa ed Asia, causa non ultima del tacito assenso all'annessione del Portogallo attuata da Filippo II. La Spagna era inoltre il paese da cui per secoli erano pervenuti i maggiori contributi al tesoro di Pietro e non aveva mai abusato della propria preponderanza in Italia. La sua egemonia sulla penisola non rappresentava un pericolo per lo stato pontificio, ma bensì una garanzia contro il ripetersi dei gravi rischi corsi per l'intervento di altre potenze straniere. Del pari, i libri pubblicati in Spagna, se condannati dal Santo Uffizio, non lo erano perché passibili di eresia, come tanti altri editi nei paesi nordici, in Francia e persino nella stessa Italia, ma solamente per cause di giurisdizione o di sostegno alle teorie regaliste, a margine delle solite controversie. Tutti motivi che evidentemente consigliavano alla Curia di non ufficializzare le divergenze periodicamente insorgenti fra le rispettive cancellerie. Si riteneva preferibile tollerare un certo stato di cose e tentare di porvi rimedio con trattative dirette fra i due poteri, onde evitare una rottura aperta dalle imponderabili conseguenze. Del resto entrambe le parti erano accomunate dal desiderio di cooperare, dopo il Concilio di Trento, per la riforma della Curia romana, il risanamento dei costumi, il rafforzamento della Chiesa in Europa e l'espansione della fede cattolica nel mondo. Ignorare tutto questo rende effettiva-

mente difficile comprendere l'essenza del problema, cosa che riguarda anche molti scrittori regalisti, probabilmente in buona fede nel ritenere giuridicamente valida la teoria del vicariato⁷⁴.

Altro interrogativo che merita risposta è quello che pone in dubbio, sul piano strettamente giuridico, la potestà stessa della Santa Sede di conferire indefinitamente ai sovrani iberici i diritti di legazione o vicariato di cui parlano diversi autori. L'ordinamento canonico ritiene in effetti i laici, anche se imperatori o re, incapaci di giurisdizione ecclesiastica e la Chiesa ha sempre rifiutato una tale commistione. Certo, non trattandosi di una incapacità di diritto divino, essa può consentire delle eccezioni, ma solo per atto espresso del papa e unicamente quando si tratti di giurisdizione delegata e non ordinaria. Ne deducano vari teologi, fra cui Padre Francisco Suarez, che non possedendo il pontefice romano l'autorità per concessioni giurisdizionali pari a quelle rivendicate dai re di Spagna, esse sarebbero nulle in ogni caso⁷⁵. E ancora, conferirono davvero i papi un autentico vicariato? L'esame di quanto contenuto nelle bolle pontificie, incluse quelle alessandrine, sembrerebbe davvero escluderlo; a Roma non vi furono mai dubbi al riguardo. Si incaricarono i re dell'invio di missionari e di molte cose ad esso collegate, si consentì allo stato di incamerare le decime delle chiese indiane, previo l'obbligo di provvedere al loro sostentamento e di assicurare la protezione di missioni e missionari; ciò che però non basta, come si è scritto, a dimostrare l'esistenza di una legazione "a latere" o addirittura il totale assoggettamento delle cose ecclesiastiche al sovrano, compreso il potere giurisdizionale.

Questione davvero confusa e di difficile soluzione, al punto che la risposta va ancora individuata nel contesto di un'età in cui frequenti

⁷⁴ A tale proposito si può forse osservare che se indubbiamente molti scrittori e governanti spagnoli esagerarono circa l'effettiva portata delle facoltà concesse dalla Santa Sede in materia di evangelizzazione, è altrettanto vero che per tutto il Quattrocento e gran parte del Cinquecento, Roma conferì ai re innumerevoli privilegi, per cui, considerando la mentalità dei tempi e i lunghi silenzi papali, non è escluso che un certo numero di autori abbia agito in buona fede e non solamente per motivi di propaganda politica, nel ritenere effettivamente fondata la teoria del vicariato. Sulla teoria del patronato nel suo complesso cfr. *Patronato Real* in "Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos", in Archivo General de Simancas, 1912. Quanto all'aspetto particolare che spesso assumeva in Spagna la censura delle opere letterarie, vedi A. SERA CORELLA, *La censura de libros y papeles en España*, Madrid, 1947.

⁷⁵ Su questa tesi ed in particolare su quanto sostenuto dal Suarez, cfr. R. GÓMEZ HOYOS, *op. cit.*, pp. 41-42.

erano la corruzione, il dominio della ragion di stato e, sul piano diplomatico, le false promesse e il gioco degli inganni; con le riforme tridentine, la riorganizzazione della Curia e la fondazione di Propaganda Fide sembrava però giunto il momento per una sincera revisione dei metodi di direzione ecclesiastica delle missioni cattoliche. Con buona volontà e maggiore accortezza pervenire ad un “modus vivendi” sarebbe stato forse possibile, ma vi si opposero l’eccessiva rigidità di Madrid e la mancanza di flessibilità di alcuni dirigenti curiali. Riteniamo in ogni caso errato giudicare il patronato reale alla stregua di un mero atto di ribellione contro i principi del diritto ecclesiastico, trattandosi a nostro avviso della difficoltà di un regime, già da tempo consolidato e spesso apportatore di buoni frutti, ad accettare la perdita di privilegi ormai secolari. Ciò non significa voler difendere tale ostinazione, fra l’altro fortemente negativa per le chiese locali nel confronto con i governi delle future repubbliche postcoloniali, ma non è neppure accettabile la condanna praticamente totale dell’istituto, senza attenuanti ed in base ad una visione semplicistica dei fatti.

13. Bibliografia di riferimento

I. Fonti archivistiche

Archivo general de Simancas

Da una serie di Cataloghi particolari validi anche come fonti:

1. *Diversos de Castilla*, in “Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos”, 1909.
2. *Patronato Real* in “Revista de..., cit.”, 1912.
3. *Corona de Castilla, Correspondencia (1559-1596)*, in “Revista de..., cit.”, 1913.

Arquivo nacional da Torre do Tombo

1. *Chancelaria de Dom Afonso V*, libro I, fólíos 60-63.
2. *Místicos*, libro III, fólíos 57-60.

II. Raccolte di documenti

Anales de la Corona de Aragón, VI, a cura di J. de ZURITA, Zaragoza, 1610.

C.D.I.A.I., *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y colonización de las antiguas posesiones españolas de América y Oceanía, sacada de los archivos del Reino y muy especialmente del de Indias*, XLII, Madrid, 1864-1884.

C.D.H.E., *Colección de documentos inéditos para la historia de España*, Madrid, 1875.

Colección de las memorias a relaciones que escribieron los virreyes del Perú acerca del estado en que dejaban las cosas generales del Reino, a cura di R. BELTRÁN Y RÓZPIDE, Madrid, 1921.

Documentos sobre a expansão portuguesa, 2 Vol, a cura di V.M. GODINHO, Lisboa, 1943-1945.

Monumenta Missionaria Africana, Africa Occidental (1342-1499), Segunda série, I, a cura di Padre A. BRASIO C.S. Sp., Lisboa, 1958.

III. Opere varie di carattere generale e monografico

- ACOSTA J. de, *Historia natural y moral de las Indias*, Madrid, 1954.
- AGUADO SPENCER R. *Don Vasco de Quiroga. Documentos*, México, 1939.
- AGUIRRE M.C., *La acción de los franciscanos en nuevo México*, in "Missionalia Hispanica", XII, 1955, pp. 429-488.
- ALEGRE F.J., *Historia de la Compañía de Jesús en Nueva España, que estaba escribiendo el P. Francisco Javier Alegre al tiempo de su expulsión*; 3 vol., a cura di C.M. BUSTAMANTE, México 1841-1842.
- ALMEIDA, F. de, *Historia de Portugal*, Coimbra, 1926-1929.
- ALTAMIRA R., *El manuscrito de la gobernación espiritual de las Indias y su lugar en la historia de la Recopilación*; in "Revista de Historia de América", VII, 1939, pp. 5-38.
- ALTAMIRA R., *La Huella de España en América*, Madrid, 1924.
- ALTOLAGUIRRE y DUVALE A., *Descubrimiento y conquista de México*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1954.
- ALVARADO H., *Crónica Mexicana, escrita hacia el año de 1598*, a cura M. OROZCO, México, 1944.
- ASPURZ L. de, *La Aportación extranjera a las misiones españolas del Patronato regio*, Madrid, 1946.
- AZCONA T. de, O.F.M. *Isabel la Católica. Estudio critico de su vida y de su reinado*, Madrid, 1964.
- AZCONA T. de, O.F.M., *La elección y reforma del episcopado español en tiempo de los Reyes Católicos*, Madrid, 1960.
- BALLESTEROS BERETTA A., *Historia de España*, 10 Vol., Barcelona, 1919-1941.
- BALLESTEROS BERETTA A., *La Toma de Salé*, in "Al-Andalus", N. 8, 1943, pp. 89-128.
- BALLESTEROS G. M., *La obra de Isabel la Católica*, Segovia, 1953.
- BARROS J. de, *Asia*, Decada I, reedição a cura di A. BAIÃO, Coimbra, 1932.
- BATAILLON M., *Charles V et son temps*, Paris, 1959.
- BAUDOT G., *La vie quotidienne dans l'Amérique espagnole de Philippe II*, Paris, 1981.
- BAYLE C., *El clero secular y la evangelización de América*, Madrid, 1950.
- BAYLE C., *Ideales misioneros en los Reyes Católicos*, in "Missionalia Hispanica", IX, 1952, pp. 209-231.
- BAYLE C., *Los Cabildos seculares en la América española*, Madrid, 1952.
- BENNASSAR B., *L'homme espagnol, attitudes et mentalités du XVI au XIX siècle*, Paris, 1975.
- BIAUDET H., *Les nonciatures apostoliques permanentes jusqu'en 1648*, Helsinki, 1910.
- BOLAÑO e ISLA A., *Contribución al estudio biobibliográfico de fray Alonso de la Vera Cruz*, México, 1947.
- BRAUDEL F., *La Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II*, Paris, 1966.
- Canones et decreta sacrosanti oecumenici concilii tridentini sub Paulo III, Iulio III et Pio IV, pontificibus maximis, cum appendice candidatis perutilis*, Roma, 1874.
- CABRERA de CORDOBA L., *Relaciones de las cosas sucedidas en la Corte de España desde 1599 hasta 1614*, Madrid 1857.
- CARREÑO A.M., *Cedulario de los siglos XVI y XVII. El obispo don Juan de Palafox y Mendoza y el conflicto con la Compañía de Jesus*. México, 1947.
- CARROCERA B. de *Noticias misionales de México por los años de 1763 a 1767*, in "Missionalia hispanica", II, 1954, pp. 209-244.

- CASTRO A., *La Realidad Histórica de España*, México, 1954.
- CENIVAL P. de MONOD TH., *Description de la Côte d'Afrique de Ceuta au Sénégal, par Valentim Fernandes (1506-1507)*, Paris, 1938.
- CEPEDA ADAN J., *En torno al concepto del estado en Los Reyes Católicos*, Madrid, 1956.
- CERVANTES de SALAZAR F., *Crónica de Nueva España*, Madrid, 1914.
- CÈSPEDES DEL CASTILLO G., *América hispánica (1492-1898)*, Barcelona, 1983.
- CHARLEVOIX P.F.X., *Histoire de l'Isle espagnole ou S. Domingue*, Paris, 1730.
- CHAUNU P., *L'Espansione europea dal XIII al XV secolo*, Edizione italiana a cura di R. RAINERO, Milano, 1979.
- CLOULAS I., *Philippe II*, Paris, 1992.
- COBO B., *Historia del Nuevo Mundo*, Sevilla, 1890.
- CORDERO TORRES J.M., *Fronteras Hispánicas*, Madrid, 1960.
- CORTESÃO A., *Subsídios para a história do descobrimento da Guiné e Cabo Verde*, in "Boletim da Agencia Geral das Colónias", n. 76, Lisboa, 1931.
- CORTESÃO J., *Os Descobrimentos portugueses*, 2 Vol, Lisboa, 1960.
- CUEVAS M., *Historia de la Iglesia en México*, El Paso, 1928.
- DANVILA y BURGUERO A., *Diplomáticos españoles: Don Cristobal de Moura, 1538-1613*, Madrid, 1900.
- DIAZ DEL CASTILLO B., *Verdadera historia de los sucesos de la conquista de la Nueva España*, Madrid, 1853.
- DIEGO CARRO V., *La teología y los teólogos-juristas españoles ante la conquista de América*, 2 Vol, Madrid, 1944.
- Diritto canonico*, Codice di.
- DOUSSINAGUE J. M., *La política internacional de Fernando el Católico*, Madrid, 1944.
- DURÁN D., *Historia de las Indias de Nueva España y islas de Tierra Firme*, México, 1867.
- EGAÑA A. de, S.I., *La teoría del regio vicariato español de Indias*, Roma 1958.
- EGUILUZ A., *Declaratio litterarum Apostolicarum*, de Fr. Juan de Focher, in "Missionalia hispanica", XX, 1963, pp. 177-209.
- ELLIOT J. H., *Imperial Spain*, London, 1963.
- ENCINAS D. de, *Cedulario indiano*, IV, Madrid, 1945-1946.
- ENNIS A., *Fray Alonso de la Vera Cruz O.S.A. (1507-1584). A Study of the Life and his Contribution to the Religious and Intellectual Affairs of early Mexico*, Louvain, 1957.
- FABIÉ A.M., *Vida y escritos de fray Bartolomé de Las Casas obispo de Chiapa*, 2 Vol, Madrid, 1879.
- FERNÁNDEZ DE NAVARRETE M., *Colección de los viajes y descubrimientos que hicieron por mar los españoles desde fines del siglo XV, con varios documentos inéditos concernientes a la historia de la marina castellana y de los establecimientos españoles de Indias*, 5 Vol, Buenos Aires, 1945-1946.
- FERNÁNDEZ DE NAVARRETE M., *Obras de Martin Fernandez de Navarrete*, a cura di Don Carlos Seco Serrano, 3 Vol, Madrid, 1954-1955.
- FERNÁNDEZ ALVAREZ M., *Política mundial de Carlos V y Felipe II*, Madrid, 1966.
- FERREIRA BRANDÃO A., *Vida do Infante D. Henrique de Portugal appellidoado Navegador e seus resultados, comprehendendo o descobrimento, no espaco de um seculo, de metade do mundo...*, Lisboa, 1876.
- FISCHER L.E., *Viceregal administration in Spanish America*, Berkeley, 1926.

- FITA F., *Primeros años del episcopado en América*, in "Boletín de la Real Academia de la Historia", XX, 1892, pp. 260-300.
- FOCHER J. DE, O.F.M., *Itinerarium Catholicum*, a cura di D. de Valadés, Sevilla, 1574.
- GACHARD L.P., *Retraite et mort de Charles Quint au monastère de Yuste*, Bruxelles, 1854-1855.
- GARCÍA GALLO A., *Las bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias*, in "Anuario de Historia del Derecho español", vol. 27-28, Madrid, 1957-1958, pp. 461-829.
- GARCÍA J., *Don Juan de Palafox y Mendoza, obispo de Puebla y Osma, visitador y virrey de la Nueva España*, México, 1918.
- GARCÍA L., *Francisco de Miranda y el antiguo régimen español*, Caracas, 1961.
- GARCÍA ORO J.L., *Cisneros y la reforma del clero español en tiempo de los Reyes Católicos*, Madrid, 1971.
- GIMÉNEZ FERNÁNDEZ M., *Nuevas Consideraciones sobre la historia, sentido y valor de las bulas alejandrinas de 1493 referentes a las Indias*, Sevilla, 1943.
- GIMÉNEZ FERNÁNDEZ M., *Bartolomé de Las Casas*, vol. I; *Delegado de Cisneros para la reformatión de las Indias (1516-1517)*, vol. II: *Capellán de S.M. Carlos I, poblador de Cumaná (1517-1523)*, Sevilla, 1953-1960.
- GIMÉNEZ FERNÁNDEZ M., *El Concilio IV Provincial Mejicano*, Sevilla, 1939.
- GODINHO V.M., *A Expansão quatrocentista portuguesa. Problemas das origines e da linha de evolução*, Lisboa, 1944.
- GÓMEZ HOYOS R., *La Iglesia de América en las Leyes de Indias*, Madrid, 1961.
- GÓMEZ ZAMORA F.M., *Regio Patronato Español e Indiano*, Madrid, 1897.
- GONZALES A., *Las Cortes de Aragón*, Zaragoza, 1978.
- GONZALES T., *Censo de la población de las provincias y partidos de la Corona de Castilla en el siglo XVI*, Madrid, 1829.
- GONZALES DAVILA G., *Teatro ecléctico de la primitiva Iglesia de las Indias Occidentales; vidas de sus arzobispos, obispos y cosas memorables de sus sedes...*, 2 Vol, Madrid, 1649-1655.
- GRIJALVA J. DE, *Cronica de la Orden de N.P.S. Agustín en las provincias de Nueva España desde el año de 1533 hasta el de 1592*, Madrid, 1924.
- HANKE L., *Pope Paul III and the American Indians*, in "Harvard Theological Review", n. 2, April, 1937, pp. 65-102.
- HANKE L., *Bartolomé de Las Casas (1474-1566)*, Santiago de Chile, 1954.
- HAUSER H., *La Prépondérance espagnole (1559-1660)*, Paris, 1940.
- HERMANN C., *L'Église d'Espagne sous le patronage royal*, Madrid, 1988.
- HERNÁNDEZ F.J., *Colección de bulas y breves y otros documentos relativos a la Iglesia de América y Filipinas*, II, Bruselas, 1895.
- HERNÁNDEZ Y SÁNCHEZ-BARBA M., *Las tendencias expansivas portuguesas en la época del Infante don Enrique*, "Revista de Indias", XX, 1960, pp. 13-82.
- HERRERA A. DE, *Historia general de los hechos de los castellanos en las islas y Tierra Firme del mar Océano*, XVII, Madrid, 1934-1937.
- HERRERA A. DE, *Historia general del mundo... del tiempo del Señor Rey Felipe II*, Madrid, 1601-1612.
- HERRERA Y TORDESILLA A. DE, *Cinco libros de la historia de Portugal y conquista de las islas de las Açores en los años de 1582 y 1583*, Madrid, 1591.
- HINOJOSA R. DE, *Estudios sobre Felipe II*, Madrid 1887.
- HINOJOSA R. DE, *Los despachos de la diplomacia pontificia en España*, Madrid, 1896.

- Historiadores primitivos de Indias*, Colección dirigida e ilustrada por don Enrique de Vedia, 2 Vol., Madrid, 1852-1853.
- IGLESIA F. DE LA, *Instrucciones y consejos del Emperador Carlos V a su hijo Felipe II al salir de España en 1543*, Madrid, 1908.
- INGLESIAS R., *Instrucciones que los Virreyes de Nueva España dejaron a sus sucesores...*, II, México, 1873.
- IRIA A., *O Algarve e os descobrimentos*, II, Lisboa, 1956.
- KRATZ G., *El tratado hispano-portugués de límites de 1750 y sus consecuencias. Estudio sobre la abolición de la Compañía de Jesús*, Roma 1954.
- LADERO QUESADA M.A., *Castilla y la conquista del Reino de Granada*, Valladolid, 1967.
- LAFUENTE M., *Historia general de España desde los tiempos primitivos hasta la muerte de Fernando VII*, 25 Vol., Barcelona, 1889-1900.
- LETURIA P., S.I., *Relaciones entre la Santa Sede e Hispanoamérica, (1493-1835)*, 3 Vol., Roma y Caracas 1959.
- LEVILLIER R., *Organización de la Iglesia y Ordenes Religiosos en el Virreinato del Perú en el siglo XVI*, 2 Vol., Madrid, 1919.
- LOMAX D.W., *Las Ordenes militares en la península ibérica durante la Edad Media*, Salamanca, 1976.
- LOPETEGUI L., *San Francisco de Borja y el plan misional de San Pio V. Primeros pasos de una Congregación de Propaganda Fide*, in "Archivum Historicum Societatis Iesu", II, 1942, pp. 1-26.
- LÓPEZ DE GÓMARA F., *Conquista de México. Segunda parte de la crónica general de las Indias*, Madrid, 1852.
- MACANAZ M. DE, *Regalias de los Señores Reyes de Aragón*, Madrid, 1879.
- DE MADARIAGA S. DE, *Le déclin de l'empire espagnol d'Amérique*, Paris, 1986.
- MAJOR R.H., *The Life of Prince Henry of Portugal surnamed the Navigator*, London, 1967.
- MANZANO Y MANZANO J., *Historia de las Recopilaciones de Indias*, Madrid, 1950.
- MARCH J.M., *La embajada de don Luis de Requesens en Roma por Felipe II cerca de Pio IV y Pio V (1563-1569)*, Madrid, 1950.
- MARIANA J. DE, *Historia general de España*, 9 Vol., Valencia, 1783-1796.
- MATEOS F., *Ecos de América en Trento*, in "Revista de Indias", VI, 1945, pp. 559-605.
- MAURO F., *Le Portugal et l'Atlantique (1570-1670). Etude économique*, Paris, 1960.
- MENDIETA J., *Historia eclesiástica indiana*, México, 1870.
- MENÉNDEZ PIDAL R., *Historia de España*, Madrid, 1940.
- MENÉNDEZ PIDAL R., *El Imperio Hispánico y los cinco reinos*, Madrid, 1950.
- MEZA VILLALOBOS N., *La política indígena en el siglo XVI*, in "Revista Chilena de Historia y Geografía", n. 112, 1948, pp. 35-50.
- MIGNET F., *Antonio Pérez et Philippe II*, Paris, 1946.
- MIRANDA L., O.F.M., *Directorium sive manuale praelatorum regularium*, Roma, 1615.
- MÖRNER M., *The expulsion of the Jesuits from Spain and Spanish America in 1767 in light of eighteenth-century regalism*, in "The Americas", Academy of American Franciscan History, XXIII, Washington, 1966, pp. 156-164.
- MURO OREJÓN A., *Las leyes nuevas (1542-1543)*, in "Anuario de estudios americanos", II, Sevilla, 1945, pp. 811-835.

- NÚÑEZ DE CASTRO A., *Libro histórico político, Solo Madrid es Corte, y el cortesano en Madrid*, Madrid, 1675.
- OLARRA GARMENDIA J. - LARRAMENDI M.L., *Indices de la Correspondencia entre la Nunciatura en España y la Santa Sede durante el reinado de Felipe II*, II, Madrid, 1948-1949.
- OMAEACHEVARRIA I., *Las Misiones de Canarias en tiempo de los Reyes Católicos*, in "Misionalia Hispanica", XIV, 1957, pp. 539-560.
- OTS CAPDEQUI J.M., *El estado español en las Indias*, México, 1946.
- PASTOR L., *Historia de los Papas*, 2 Vol., Barcelona, 1935.
- PEÑA CÁMARA J. DE LA, *La copulata de Leyes de Indias y las ordenanzas ovandinas*, in "Revista de Indias", VI, 1941, pp. 121-146.
- PEÑA MONTENEGRO A. DE LA, *Itinerario para párrocos de Indios*, Madrid, 1968.
- PERES D., *História de Portugal*, 2 Vol., Barcelona, 1929-1931.
- PERES D., *História dos descobrimentos portugueses*, Coimbra, 1960.
- PÉREZ BUSTAMANTE C., *Don Antonio de Mendoza, primer virrey de la Nueva España*, Santiago, 1928.
- PEREZ DE TUDELA F., *La gran reforma carolina de las Indias en 1542*, in "Revista de Indias", XVIII, 1948.
- PEREZ J., *Isabelle et Ferdinand, Rois Catholiques d'Espagne*, Paris, 1988.
- PESCADOR DEL HOYO MARIA DEL CARMEN, *Documentos de Indias. Siglos XV-XIX. Catálogo de la serie existente en la sección de diversos*, Archivo Histórico Nacional, Madrid, 1954.
- PHILIPPSON M., *Felipe II y el Pontificado*, Madrid, 1887.
- PUGA V. DE, *Provisiones, cédulas, instrucciones para el gobierno de la Nueva España*, México, 1563. Edición facsimilar, Madrid, 1945.
- RAMÍREZ J.F., *Real cédula de Felipe II sobre el Comisariato general de Indias de la Orden de frailes menores*, in "Archivo Ibero-americano", II, 1919, pp. 419-423.
- RAMOS D., *Historia de la colonización española en América*, Madrid, 1947.
- RIBA Y GARCÍA C., *El Consejo Supremo de Aragón en el reinado de Felipe II*, Madrid, 1914.
- RICARD R., *Reflexiones acerca de la evangelización de Méjico por los misioneros españoles en el siglo XVI*, in "Revista de Indias", V, 1944, pp. 7-25.
- RICARD R., *Les Portugais et le Sahara atlantique au XV siècle*, in "Hespéris", XI, Paris, 1930.
- RÍU Y CABANAS R., *Piézas inéditas del concilio provincial méjicano IV celebrado en 1771*, in "Boletín de la Real Academia de la Historia", XII, 1888, pp. 229-237.
- RODRIGUEZ VALENCIA V., *El Regio Patronato de Indias y la Santa Sede en Santo Toribio de Mogrovejo 1581-1606*, Roma, 1957.
- RUBIO MAÑÉ J.I., *Jurisdicciones del virreinato de Nueva España en la primera mitad del siglo XVIII*, in "Revista de Indias", VII, 1946, pp. 463-502.
- RUMEU DE ARMAS A., *El Obispado de Teide*, Madrid-Las Palmas, 1960.
- SAHAGÚN B. DE, *Historia general de las cosas de Nueva España*, 5 Vol., México, 1938.
- SANDOVAL P. DE, *Vida y hechos del Emperador Carlos V*, Valladolid, 1604-1606.
- SCHÄFER E., *El Consejo Real Supremo de las Indias. Su historia y organización y labor administrativa hasta la terminación de la Casa de Austria*, Sevilla, 1935-1947.
- SCHNEIDER R., *Felipe II o religión y poder*, Madrid, 1943.
- SERA CORELLA A., *La censura de libros y papeles en España*, Madrid, 1947.
- SERRANO Y SANZ M., *Orígenes de la dominación española en América*, Madrid, 1918.

- SERRANO L., *Correspondencia diplomática entre España y la Santa Sede durante el Pontificado de Pío V*, Madrid, 1914.
- SIMON P., *Primera parte de las noticias historiales de las conquistas de tierra firme en las Indias Occidentales*, Cuenca, 1626.
- SOLÓRZANO Y PEREIRA J. DE, *Política indiana compuesta por el Señor Don Juan de Solórzano y Pereira, Cavallero de la Orden de Santiago, del Consejo de su Majestad en los Supremos de Castilla e Indias...*, corregida et ilustrada con notas por Francisco Ramiro de Valenzuela, Madrid, 1776.
- SOUZA A.S. DE, *Historia de Portugal*, Barcelona, 1929.
- TEIXEIRA DA MOTA A., *Cronologia e ambito das viagens portuguesas de descoberta na Africa Occidental, de 1445 a 1462*, in "Bol. Cult. da Guiné Port.", Bissau, 1947, pp. 316-341.
- TEJADA Y RAMIRO J., *Colección de cánones y de todos los concilios de la Iglesia de España y de América con notas e ilustraciones*, 6 Vol., Madrid, 1859-1861.
- THOMPSON I.A.A., *War and Government in Habsburg Spain 1560-1620*; London, 1976.
- TORRE A., *Documentos referentes a las relaciones con Portugal durante el reinado de los Reyes Católicos*, 3 vol., Valladolid, 1959-1963.
- TORRE A., *Los Reyes Católicos y Granada*, Madrid, 1946.
- TORRES P., *La Bula "Omnimoda" de Adriano VI (9 mayo 1522) y su aplicación durante el primer siglo de las misiones de Indias*, Madrid, 1946.
- ULLOA M., *La Hacienda de Castilla en el reinado de Felipe II*, Roma, 1937.
- WITTE C.M. DE, O.S.B., *Les Bulles pontificales et l'expansion Portugaise au XV siècle*, in "Revue d'Histoire Ecclésiastique" de Louvain, XLVIII, 1953, pp. 683-718; XLIX, 1954, pp. 438-461; LI, 1956, pp. 416-453 e 809-836; LIII, 1958, pp. 5-46 e 443-471.
- YBOT L.A., *La Iglesia y los eclesiásticos españoles en la empresa de Indias; las ideas y los hechos*. Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1954.
- ZAVALA S.A., *Las Instituciones jurídicas en la conquista de América*, Madrid, 1935.
- ZUNZUNEGUI J., *Los Orígenes de las misiones en las islas Canarias*, in "Rev. Esp. de Teología", I, 1941, pp. 364-370.

