

PRELIMINARI DI UNA TEORIA DELL'IMPOSSIBILE NEL PROCESSO

§ 1. - NOZIONE DELL'IMPOSSIBILE

SOMMARIO: 1. Delimitazione dell'argomento. — 2. Nozione generica dell'impossibile: i vari punti di vista e le loro relazioni. — 3. Concetto di impossibile fisico e di leggi naturali. Leggi fenomeniche e leggi noumeniche. — 4. Leggi fenomeniche subbiettive e leggi fenomeniche obbiettive. — 5. Impossibile definitivo e impossibile temporaneo: impossibile obbiettivo e impossibile subbiettivo.

1. — Questo saggio esprime i risultati di alcune indagini sui rapporti fra ordine giuridico e leggi naturali, esaminati sotto l'angolo visuale del processo; in questo tali rapporti assumono maggior rilievo, onde il punto di osservazione scelto si presenta atto particolarmente a far conseguire risultati più concreti, purchè si tengano presenti caratteri comuni e differenziali fra le diverse specie di comandi giuridici. Dell'impossibile nel processo si può parlare in rapporto a più argomenti: in particolare al problema della sentenza impossibile (praticamente ineseguibile) ed al problema della prova di fatti impossibili. Sono questi i punti in cui la relazione fra ordine naturale e ordine giuridico si profila più interessante, anche ai fini della pratica. Sebbene i casi comunemente addotti ad esempio di simili situazioni siano frutto di fantastica esagerazione e talmente mostruosi da far escludere perentoriamente la probabilità che ab-

biano mai a verificarsi in pratica, tuttavia tanto le ipotesi di sentenza inattuabile quanto quelle di mezzi di prova, richiesti o ordinati, relativi a fatti impossibili sono configurabili e meritano l'attenzione del giurista, per lo meno quanto la figura del contratto a contenuto impossibile. Non sono mancati precedenti giudiziari (tipico quello germanico, donde trasse occasione la nota polemica tra il WACH ed il FISCHER); solo è da evitare di influire, provocando la reazione del sentimento con esempi assurdi, sul ragionamento, che solo può condurre a una soluzione soddisfacente.

2. — Con il termine di *impossibile*, usato sostantivamente, intendiamo alludere ad un fatto, meglio ad un evento (1), che non può verificarsi. Il concetto è reciproco direttamente al concetto di necessario, fatto o avvenimento che non può non verificarsi. È impossibile ciò che è necessario che non si produca, perchè deve necessariamente verificarsi alcunchè di diverso; è necessario ciò che è impossibile che non si produca, perchè necessariamente non può verificarsi nulla di diverso (2) (3). A questo proposito si osservi anche che l'appartenenza dei fenomeni alle categorie di impossibili o necessari può riconoscersi tanto per il futuro quanto per il passato (4); ma per il passato, a parte le incertezze subbiettive dipendenti dalle limitate conoscenze umane, un fenomeno non può qualificarsi

(1) Tanto il termine *fatto* quanto il termine *evento* o *avvenimento*, ma specialmente il primo, si usano comunemente per designare ciò che è accaduto. Fatto impossibile è una contraddizione in termini: si intenda, con riserva per quanto si osserverà più tardi, che qui *fatto* è usato per *fenomeno*, *mutazione percepibile*, astrattamente concepibile.

(2) Di diverso, che è quanto dire di opposto, almeno relativamente a quell'elemento per cui il dato fenomeno è impossibile o necessario.

(3) All'impossibile e al necessario si contrappone il *possibile*. Lo si concepisce come un fenomeno che potrà tanto verificarsi quanto non verificarsi; propriamente è un fenomeno di cui si ignora se dovrà verificarsi o non potrà verificarsi, e ciò perchè non se ne conoscono le cause e le condizioni necessarie o perchè si ignora se tali cause e condizioni sussistano o siano per sussistere in seguito, oppure no.

(4) Noi non possiamo tener conto se non del passato e del futuro ai fini del nostro esame. Il presente non esiste come riferimento per la percezione perchè nell'istante in cui percepiamo esso è già passato.

come possibile — come per il futuro — perchè esso o si è verificato o no, e nel primo caso è necessario (anche se non era necessario), nel secondo impossibile (anche se non era impossibile) nel senso che ciò che è stato è impossibile che non sia stato, anche se era possibile che non fosse, e ciò che non è stato è impossibile che sia stato, anche se era possibile che fosse (5).

Allorchè si dice che un avvenimento è impossibile o necessario si intende con questo che vi è un *quid*, una esigenza, capace di impedirlo o di imporlo (6); astratti dalla esigenza che impone necessariamente o necessariamente impedisce la produzione del fenomeno (7), quei termini non hanno alcun senso, costruiti e intesi invece in relazione ad essa assumono il significato più profondo di *contraddittorio* e di *coerente, uno*.

Questa esigenza può essere di tante specie diverse, quanti sono i sensi in cui si può parlare di impossibile o di necessario nel nostro linguaggio (8); prendiamo a caso diversi esempi di proposizioni costruite con i verbi *dovere* e *potere*: “l'uomo vivente deve (non può non) respirare „ , “l'uomo deve (non può non) onorare Dio „ , “l'uomo deve (non può non) amare il suo prossimo „ , “il gentiluomo deve (non può non) mantenere la sua parola d'onore „ , “il cittadino valido deve (non può non) prestare il servizio militare. „ La diversità dei significati è in funzione della diversa specie di forza

(5) La posizione di questi concetti è necessaria per le considerazioni che seguiranno e per i richiami che dovremo fare, seppure possano sembrare a prima vista superflui.

(6) Nel caso dell'avvenimento impossibile si potrebbe osservare che basta che manchi invece una forza capace di imporlo, che manchi la causa di esso; ma l'osservazione, giustissima, è irrilevante ai fini del punto esaminato. V. nota seguente.

(7) Dal che si rileva che con il termine unico di esigenza si comprendono qui diversi concetti, tanto di causa quanto di condizione, la cui distinzione non è interessante ai nostri fini.

(8) Queste avvertenze sono tanto più necessarie nei riguardi della lingua italiana, che, come la francese, non presenta quelle differenze di significato che offre la tedesca con i verbi *können*, *mögen* e *dürfen* da un lato e *sollen* e *müssen* dall'altro, o anche l'inglese con *to can*, *to may* e *to shall*, *to must*, *to owe*.

o di esigenza che si impone nei casi esemplificati e che corrisponde rispettivamente ad una legge naturale (9) (10), o religiosa, morale, cavalleresca o giuridica (11).

La coesistenza, su piani diversi, di leggi di così diversa natura, porta ad una ovvia conseguenza: che un dato fatto può essere impossibile per l'una e necessario, o almeno possibile, per l'altra, e viceversa, come può essere impossibile o necessario per tutte. È certamente interessante stabilire in quali rapporti stiano fra loro le diverse leggi esemplificate, in quanto — pur essendo poste, come si è notato, su piani diversi — possano interferire (12); in questo studio noi intendiamo peraltro limitare la nostra indagine ai rapporti fra le leggi naturali e i comandi giuridici, per la loro peculiarità: infatti, per quel che concerne i rapporti fra le norme religiose o morali e le norme giuridiche, quando si sono rilevate e la possibile

(9) Il nome di legge si può usare anche per designare un'esigenza logica o naturale, nel senso della definizione famosa del MONTESQUIEU, mentre il termine di norma vuol essere riservato ai precetti della religione, della morale e del diritto (del quale ultimo l'ordinamento cavalleresco rappresenta per molteplici aspetti una sottospecie. Cfr. CALAMANDREI, *Regole cavalleresche e processo*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1929, I, 155).

(10) Fra le leggi naturali si debbono comprendere, oltre le leggi fisiche, chimiche, fisiologiche, biologiche, anche quelle psicologiche, quelle relazioni necessarie (costanti) di interdipendenza funzionale dei fenomeni attinenti alle sensazioni e appercezioni umane. Si veda in proposito il bel corso del BOUTROUX, *De l'idée de loi naturelle dans la science et la philosophie contemporaines*, tenuto alla Sorbona nel 1892-93, Parigi, 1895, notevole saggio di critica filosofica dei risultati e del sistema delle scienze naturali. V. anche WUNDT, *Logik*, II (*Logik der exakten Wissenschaften*), 3^a ediz., Stoccarda, 1907. Il ROYCE, *Il mondo e l'individuo* (trad. it. RENZI), 4 voll., Bari, 1913-16, tratta pure l'argomento delle leggi naturali dal suo punto di vista di idealismo costruttivo, inquadrandolo nel sistema di cui è centro lo Spirito del mondo. Hanno svolto invece una concezione empiristica di esse, seguendo le premesse poste dal LOCKE e dall'HUME, lo STUART-MILL, *System of logic*, il MACH, *Die Analyse der Empfindungen*, e il POINCARÉ, *La science et l'hypothèse - La valeur de la science*.

(11) Di conseguenza si può parlare di un impossibile naturale, o religioso, o morale, o cavalleresco, o giuridico, con le differenze strutturali che si vedranno più innanzi nel testo.

(12) Generalmente la posizione delle norme giuridiche si ispira a principi desunti da sistemi etici e religiosi e non è raro che quelle attribuiscono effetti particolari ad un impossibile morale (turpitudine) o ad un impossibile religioso (empietà).

coordinazione, mediante riferimenti diretti o indiretti (13) e la possibile antitesi fra le medesime, dobbiamo ammettere che in linea di fatto possono bensì sorgere delle difficoltà in seguito ai conflitti fra le norme di diversa natura, ma aggiungere che tali difficoltà non sono diverse da quelle che derivano dagli eventuali conflitti fra diverse norme giuridiche (14). Come i vari ordinamenti giuridici che tocchino uno stesso rapporto con le loro regole possono rinviare l'uno all'altro, ovvero prescindere ciascuno dall'altro e risolvere il conflitto in modo autonomo e indipendente dai modi dell'altro, così, e più, data la diversità funzionale e strutturale delle norme, la legge giuridica e la legge morale, o religiosa, o del costume potranno sia coordinarsi sia ignorarsi e prescindere l'una dall'altra, rimanendo concettualmente sovrane, ciascuna nella propria sfera, anche se in linea pratica chi sia soggetto di più di una di esse debba scegliere fra la condotta segnata dall'una e quella segnata dall'altra, commettendo un illecito almeno nei riguardi di un sistema; questo applicherà allora i mezzi di coazione di cui dispone, la cui efficienza non è mai tanto importante come in simili ipotesi, in cui l'osservanza dell'una piuttosto che dell'altra regola è il risultato di un rapporto di forze.

Ragioni analoghe spiegano perchè escludiamo dal nostro studio anche il fenomeno dell'*impossibile giuridico*: di questo si può parlare tanto nel senso, ora accennato, di impossibilità per un ordinamento e possibilità o necessità per un'altro (15), quanto per i casi di conflitti di comandi nell'ambito di uno stesso ordinamento giuridico (16).

(13) Esempi: art. 849, 1065, 1122, 1160, 1698 cod. civ.; art. 61, 62, 104, 105, 108, 402 e segg. 519 e segg. 718 e segg. cod. pen., nonché il precetto evangelico: "Date a Cesare quel che è di Cesare ..".

(14) Per non citare che un caso, tipico per la sottoposizione di un solo soggetto a ordinamenti diversi e nella necessità di scegliere alternativamente fra un fatto illecito per l'uno e un altro fatto illecito per l'altro, si pensi all'ipotesi della doppia cittadinanza e al disposto del 2° comma dell'art. 242 cod. pen. (se l'imputato non si trovava, durante le ostilità, nel territorio dello Stato nemico).

(15) Ma, in questo senso, sempre ponendo il problema da un punto di vista extragiuridico, perchè un'indagine giuridica non può essere impostata che in relazione ad un ordinamento dato.

(16) Sono i casi del contratto illecito, della sentenza ingiusta, del regolamento non conforme alla legge, del contratto collettivo (e delle altre forme di

Siffatti problemi non possono però essere, nonchè risolti, impostati, se non predeterminando l'angolo visuale da cui ci si pone; e, determinato questo, l'esame da compiere si riduce alla ricerca della norma strumentale che elimina il conflitto accordando la prevalenza all'uno o all'altro comando (17). Tali problemi non hanno alcuna affinità con quello che abbiamo eletto ad argomento del nostro studio e la loro considerazione ci porterebbe lontano senza costrutto.

3. — Che cosa deve intendersi per *impossibile fisico*? È fisicamente impossibile un fatto che alla stregua delle leggi naturali non può verificarsi materialmente e praticamente perchè contraddittorio (18).

Le leggi naturali sono (quelle proposizioni che esprimono) i rapporti costanti di uniformità funzionali fra i fenomeni della realtà esteriore, intesa questa parola nel senso più lato e comprensivo; i rapporti che governano il campo della materia e dell'energia (in quanto i due termini siano separabili concettualmente) in ordine al

regolamento collettivo) *contra legem*, delle antinomie fra legge e legge, della consuetudine *contra legem*, della contraddittorietà di giudicati, ecc. La eterogeneità di questi casi non impedisce che abbiano a comune appunto una caratteristica: di corrispondere a un conflitto di comandi esaminabile e risolubile (quindi ad un conflitto più apparente che reale) da un punto di vista giuridico, nei riguardi di un unico ordinamento.

(17) Così, ad esempio, nel caso della sentenza ingiusta (conflitto fra il comando astratto contenuto nella legge e il comando concreto espresso dalla sentenza: sentenza dal contenuto giuridicamente impossibile) vi è una norma strumentale in ordine alla quale la volontà della legge è quale essa viene dichiarata dal giudice, una volta superati (od omessi) i vari gradi del giudizio; talchè l'apparente conflitto è risolto con la prevalenza del comando concreto sul comando astratto.

(18) Mi pare che questa definizione, da completarsi mediante la precisazione del significato delle leggi naturali che segue nel testo, ed il cui elemento principale è costituito dal concetto di *contraddittorietà*, sia da preferirsi ad altre, come quelle riferite o accolte da JOHN STUART MILL, *System of logic ratiocinative and inductive*, 5^a ed., Londra 1862, pag. 166. Egli dice: *An impossibility is that, the truth of which would conflict with a complete induction, that is, with the most conclusive evidence which we possess of universal truth*. Ma la sua concezione della induzione completa è lungi dal soddisfare, perchè fondata su di un piuttosto ingenuo empirismo, ed il concetto di evidenza è quanto di più incerto e di meno evidente si può immaginare.

principio di causalità; rapporti accertati i quali, si può dire quali condizioni di fatto, di ambiente, di tempo è necessario che siano poste acchè si verifichi un certo fenomeno o, che è lo stesso, quale fenomeno ha da verificarsi una volta poste certe condizioni (nozione che vale ugualmente per le leggi meccaniche e fisiche come per quelle chimiche, biologiche, psicologiche). Per esse, e non solo per esse (19), dobbiamo partire dal postulato che noi le conosciamo imperfettamente e parzialmente; si può quindi distinguerle in leggi noumeniche e leggi fenomeniche (20), intendendo per le prime quelle effettivamente esistenti, nella loro vera estensione e nel loro vero significato, per le seconde quelle — più o meno coincidenti con le prime — che l'uomo riesce a discernere con i suoi limitati mezzi di esperienza, rilevando i fatti, le manifestazioni esterne, i fenomeni che cadono sotto i suoi sensi e constatandone le uniformità e le variazioni concomitanti (relazioni funzionali), con procedimenti logici induttivi (di ricerca) e deduttivi (di controllo) (21).

(19) Il valore dell'osservazione non è necessariamente limitato al campo delle leggi naturali; anche per le norme giuridiche, ad es., sebbene siano poste dalla volontà umana e siano mutevoli nello spazio e nel tempo, si potrebbe parlare di *noumeno* (la c. d. *mens legis*, la volontà del legislatore) e di *fenomeno* (l'apparenza di quella). Tanto più varrebbe poi il rilievo per quella storia naturale dell'uomo giuridico che è la teoria generale del diritto.

(20) Il senso in cui adoperiamo i termini, contrapposti, di *fenomeno* e di *noumeno* non è esattamente quello in cui li intende il KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, Lipsia, 1879, come è ampiamente chiarito nella nota seguente.

(21) Il nostro studio ha carattere e fini limitati alle questioni giuridiche che dovremo risolvere; e per questo possiamo permetterci di accettare come *dati* degli elementi che invece sono tutt'altro che tali. Certo non è lecito ignorare che sull'obbiettività e sul significato delle leggi naturali si agitano problemi filosofici complessi, anzi il problema massimo o, potrebbe dirsi, unico dei rapporti fra il mondo e l'individuo, fra l'*io* e il *non io*. Se le leggi naturali formino la sostanza delle cose o reggano unicamente il modo loro di apparire, se i rapporti da esse stabiliti esistano realmente in natura ovvero rappresentino soltanto la forma sotto la quale noi possiamo assimilare le cose e farne oggetto del nostro pensiero è quanto si domanda da secoli l'inquieta e inappagata coscienza filosofica. I vari sistemi non sono che risposte, più o meno soddisfacenti, a queste domande; ed i più elaborati e più profondi sono appunto quelli che affermano la soluzione idealistica, da KANT, che considera l'individuo come il creatore della natura fenomenica, sulla quale la scienza acquista gradualmente un dominio cosciente, a HEGEL, che definisce il modo come l'Idea incarnata, a CROCE ed a GENTILE, per i

La scienza altro non è se non ricerca delle leggi noumeniche e perfezionamento delle fenomeniche; per questo rilievo appunto ci è utile la distinzione ora detta (che sembrerebbe superflua per esserci le leggi noumeniche sconosciute per definizione), oltre che per avvertire i caratteri di mutevolezza, relatività e progredibilità delle leggi fenomeniche, in antitesi alla immutabilità ed assolutezza delle leggi noumeniche (22).

quali il pensiero, in noi immanente, è la suprema e sola realtà, a ROYCE, che congiunge con l'immanenza la trascendenza, nella concezione di un *Io* unico, essenzialmente ultrapersonale, che integra le nostre coscienze frammentarie. Ma da quei sistemi, ed anzi da quelle stesse questioni, noi, ripetiamo, possiamo prescindere qui, pur senza negarle — chè tanto varrebbe negare la nostra qualità di soggetti pensanti — ed assumere come punto di partenza, soddisfacente per una indagine giuridica, quello che per l'indagine filosofica sarebbe invece estremamente empirico ed insufficiente. D'altronde, si considerino quelle che qui chiamiamo *leggi noumeniche* come effettivamente esistenti e realmente governanti le cose, ovvero come i modi mediante i quali l'intelligenza umana riuscirebbe a rappresentarsi le cose e ad organizzarle in sistema armonico e compiuto, privo cioè di contraddizioni, se ne identifichi — in altri termini — la fonte nella realtà esteriore o nel modo d'essere dell'*io*, la contrapposizione fra quelle e le *leggi fenomeniche* non perde la sua ragion d'essere. Tutt'al più si potrà convenire che i nomi da noi prescelti, per pure ragioni pratiche di comprensibilità, potrebbero essere convenientemente sostituiti, e che le leggi noumeniche, anzichè come relazioni esistenti, dovranno definirsi come schemi di perfettibilità, come le mete irraggiungibili del pensiero umano, il limite a cui tende, avvicinandovisi costantemente senza mai giungervi, la progressione del pensiero stesso; ma una simile concezione negativa non distrugge il valore della contrapposizione, che è fatta esclusivamente per porre in rilievo i caratteri delle leggi fenomeniche, di cui nel testo, ed equivale — ai nostri fini — ad una concezione positiva.

(22) Non sembra si possa dubitare della immutabilità delle leggi noumeniche, si riconosca loro una sussistenza *reale* o il puro carattere teleologico di cui alla nota precedente; ciò che muta è la conoscenza di esse. È indubbio, ad esempio, che l'energia elettrica e le sue leggi esistevano, tali quali adesso e fra secoli, prima della loro scoperta ed erano suscettibili delle applicazioni odierne prima che queste fossero state inventate. Se l'uomo non poteva volare cinquanta anni fa con un mezzo più pesante dell'aria ed oggi può farlo, nulla è mutato nelle leggi fisiche: è solo avvenuto un avvicinamento delle leggi fenomeniche alle leggi noumeniche, nel senso che l'uomo ha scoperto, che, ponendo certe condizioni (e cioè servendosi di un piano inclinato sospinto da una forza di propulsione) egli poteva volare con il più pesante dell'aria, ma è certo che, ponendo le stesse condizioni, l'uomo avrebbe potuto volare anche tremila anni fa e che Icaro cadde perchè non pensò, e non poteva pensare, a porre in essere le stesse condizioni. Così pure,

È chiaro che allorchè si parla di impossibile o di necessario non ci si può riferire se non ai fenomeni che sono tali per le sole leggi note e corrispondenti al grado di cognizioni scientifiche presentemente raggiunto: l'impossibile e il necessario assoluto esistono forse, ma non per noi, che non possiamo conoscerli e dobbiamo limitarci a considerare l'impossibile relativo e il necessario relativo (relativi appunto alle leggi fenomeniche). Il che non toglie nulla della loro importanza, teorica e pratica, ai concetti di impossibile e di necessario, la cui relatività (teoretica) si trasforma in assolutezza (pratica) ai fini della realtà che ci circonda e in cui si svolge la nostra attività, tutta retta e governata da nozioni di carattere relativo e fenomenico (23).

per limitarci a campi in cui fervono le ricerche, e che pertanto sono noti — sia pure negativamente — al pensiero umano (altri non sono per ora neppure concepiti), la nostra *forma mentis* ci porta a ritenere che sussistano leggi fisiche meteorologiche e sismologiche e che, una volta impadronitosene perfettamente, l'uomo potrebbe prevedere almeno, e forse provocare e scongiurare, climaterii e terremoti. Ed è questa fede che da un lato anima e giustifica le spedizioni polari, dall'altro dà nuovo impulso alle indagini di geotermodinamica.

Il nome di leggi potrebbe riservarsi a quelle che son qui chiamate noumeniche, per esser le fenomeniche piuttosto pseudoleggi: ma il termine comune serve a metter meglio in luce la contrapposizione necessaria.

(23) Per spiegarci con un esempio, è opinione diffusa presentemente che non si possa produrre artificialmente la vita, e i tentativi recentissimi di produzione di una cellula vivente, di un protoplasma, mediante della materia organica e delle forze fisiologiche non sono riusciti molto persuasivi. D'altra parte, le affermazioni del PASTEUR e del SABATIER, *Essai sur la vie et la mort*, Montpellier, 1892, che *le vivant ne naît jamais que du vivant* e che *si la matière produit la vie, c'est qu' elle n'est pas purement matière*, sono forse troppo recise, perchè non può forse escludersi l'eventualità che in avvenire si scopra il modo di determinare simile produzione. Ammesso però anche che questa non sia assolutamente (noumenicamente) impossibile, rimane indubbio che, oggi, essa è fenomenicamente tale; e poichè nella nostra vita noi possiamo regolare i nostri giudizi e la nostra condotta esclusivamente a norma delle leggi fenomeniche, la relativa impossibilità di siffatta produzione ha per noi tutto il valore di una impossibilità assoluta.

A proposito della sentenza con contenuto impossibile il CARNELUTTI (*Lezioni*, IV, n. 392) fa l'esempio di una sentenza che riconosca il diritto alla separazione di due cose inseparabili fisicamente ed osserva che la separazione di due cose oggi inseparabili può divenire possibile domani. Questo è verissimo: ma la questione che ci interessa e ci deve interessare è questa: ai fini del diritto, come concezione e più come applicazione, dobbiamo tener conto di quello che ignoriamo

L'importanza di questa osservazione può mettersi in luce rilevando ora — nè sarebbe stato conveniente farlo prima — quella che è la caratteristica delle leggi naturali in confronto delle norme etiche, religiose e giuridiche e che costituisce quella peculiarità del nostro problema, cui si è poc'anzi accennato (n. 2): e precisamente la *inviolabilità* delle leggi stesse. Le norme sono violabili: con il turpe, con l'empio, con l'illecito l'uomo commette delle violazioni della norma etica, religiosa, giuridica, che configurano altrettanti casi di impossibile etico, religioso, giuridico. Questo può avvenire perchè — lo vedremo meglio poi — l'obbedienza alle norme si ha mediante un adeguamento della volontà umana al contenuto delle norme stesse, che viene sussunto come contenuto della volontà del soggetto; se tale adeguamento non ha luogo, se il soggetto non conforma la sua volizione concreta alla volizione astratta della norma, si presenta quella *contraddizione* che, come si è notato, è la stessa cosa dell'impossibilità.

Una violazione delle leggi naturali non è invece concepibile, per lo meno da parte dell'uomo (una simile violazione si chiama un miracolo). Questi non ha alcun potere nei riguardi della loro applicazione, chè delle forme dello spirito non la volizione ma la conoscenza soltanto spiega la sua opera rispetto ad esse. L'attività pratica non può essere diretta a non applicarle, ma soltanto ad evitare un antecedente del rapporto posto dalla legge naturale (soppressione della causa e delle condizioni per impedire un effetto) ovvero a porre un antecedente diverso (posizione della causa e delle condizioni per conseguire un effetto); in ambedue le ipotesi siamo tuttavia in

se sarà possibile domani o di quello che sappiamo essere possibile o impossibile oggi? In ordine a quella osservazione anche al comando contenuto in un contratto dovrebbe attribuirsi valore, almeno in potenza, quando pure imponesse una condotta impossibile; eppure l'ordine giuridico si preoccupa (espressamente in questo caso e per due ragioni: per la più profonda elaborazione del sistema nel diritto privato in confronto del sistema del diritto pubblico e per la presumibilmente maggiore fallibilità del singolo in confronto del giudice) di questa eventualità e dispone la nullità del contratto (art. 1116 cod. civ.). Che fra il comando privato e il comando pubblico corrano differenze, e notevolissime, non importa che, in fatto, a proposito di impossibilità della condotta comandata, la situazione non sia la stessa, che cioè, ammesso che una impossibilità assoluta ed eterna non esista, si debba tener conto della impossibilità relativa (nel senso ampiamente spiegato nel testo) come se fosse impossibilità assoluta. Ma su questo punto vedi oltre.

presenza non di una violazione, ma di una applicazione delle leggi naturali, così come certe cautele che il diritto positivo consente (si ricordino le *frodi pie* delle corporazioni religiose) rappresentano non violazioni, ma applicazioni del diritto stesso.

Premesso questo, possiamo ora anche renderci conto dello scopo e del significato pratico del progresso della conoscenza: si tratta di apprendere nuovi rapporti fra i fenomeni, tra i fenomeni già noti o tra fenomeni noti e fenomeni nuovi o tra fenomeni nuovi, in modo da sapere quale antecedente è necessario porre per ottenere od evitare un dato fenomeno. In questo senso possiamo dire che forse un impossibile assoluto e un necessario assoluto non esistono, salvo i casi nei quali un simile predicato sia in funzione di una categoria logica (chi può garantire che, ponendo certe condizioni oggi ignorate, non si possa assolutamente conseguire un certo effetto?), ma che ai fini della nostra vita dobbiamo accontentarci di una nozione limitata e relativa dell'impossibile e del necessario ed assumerla quotidianamente come assoluta.

4. — Le leggi noumeniche sono per definizione immutabili ed assolute, e, in quanto tali, une e coerenti a se stesse; le fenomeniche invece sono mutevoli e relative, non solo rispetto a tempi diversi, ma anche rispetto a soggetti diversi, essendo il grado di avvicinamento conseguito da ciascun uomo alle stesse leggi noumeniche assai diverso e in funzione di elementi di diversa natura (24). Di qui la ulteriore necessità di distinguere (25) fra *leggi fenomeniche subbiettive* e *leggi fenomeniche obbiettive*, intendendosi per le prime

(24) Dall'uomo eruditissimo, che conosce tutto il progresso storico delle leggi fenomeniche di un dato ramo di scienza, e dal genio, cioè da colui che intuisce il noumeno in proporzione immensamente maggiore dei suoi simili dotati di uguale o anche più profonda cultura, si va all'uomo incolto e all'uomo ottuso, i quali non sanno o non intendono neppure i risultati del progresso scientifico e si accontentano di una spiegazione arretrata e del tutto empirica dei fatti che percepiscono, spiegazione presumibilmente ben lontana dalle leggi noumeniche. Quanti non credono ancor oggi senza sospetto che il sole si corichi nel mare al tramonto?

(25) Questa distinzione è fatta dal puro lato intellettuale, dal punto di vista della conoscenza subbiettiva delle leggi, e non è da confondere con quella, esposta più innanzi nel testo, fra situazione obbiettiva e situazioni subbiettive rispetto a un dato fenomeno obbiettivamente accertato.

quelle che ciascun soggetto pensante crede vere, basandosi sulla esperienza propria e sulle cognizioni acquisite, e da cui trae norma per la sua attività pratica, senza peraltro che possa accordarsi loro un valore qualunque nei riguardi dei rapporti fra più soggetti, appunto a cagione della loro estrema soggettività; per le seconde quelle a cui possa riconoscersi invece un valore obbiettivo e sociale perchè relativamente indipendenti dal grado delle cognizioni e valutazioni soggettive e costituenti patrimonio comune.

Se la nozione delle prime è intuitiva quanto inutile, importante ma non semplice è la scelta dei criteri per riconoscere le seconde: come si potrebbe aver riguardo all'assenso della generalità degli uomini o all'autorità degli uomini di scienza, così, nel primo caso, la generalità potrebbe limitarsi più o meno (escludendo, ad esempio, gli assolutamente incolti ed ottusi), nel secondo, più o meno designatamente definirsi gli esperti (eleggendo, ad esempio, l'autorità di un solo maestro o quella di un corpo costituito di scienziati). A seconda dell'occasione per cui tale determinazione è richiesta sarà utilizzato l'uno o l'altro di questi criteri; noi non dobbiamo dimenticare che la distinzione deve servirci ai fini del diritto e del processo e che in particolare il *valore obbiettivo* di queste leggi fenomeniche obbiettive deve essere appunto apprezzato dal giudice. Ci troviamo quindi la strada già segnata, perchè le leggi fenomeniche obbiettive si esprimono appunto in quelle *massime di esperienza* (*Erfahrungssätze*) che la dottrina più recente ha studiato con profondità dopo le classiche ricerche dello STEIN (26). Non oserei certo dire che il campo di esse massime coincida perfettamente con quello delle leggi naturali, chè anzi abbraccia diversi altri rami delle cognizioni e concezioni umane, ma mi pare si possa ammettere che quei principî o giudizi generali, fondati sull'osservazione dell'*id quod plerumque accidit* e accessibili ad ogni persona sana di mente e di media coltura, di cui lo STEIN formulò nettamente la nozione

(26) *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893. Sulla sua importanza si veda la necrologia pubblicata dal CALAMANDREI in *Riv. di dir. proc. civ.*, 1924, I, 117; per l'applicazione dei principî svolti dallo Stein nel nostro diritto CHIOVENDA, *Principi* § 87, II, A, b; CARNELUTTI, *Lesioni*, II, n. 147; III, n. 163; CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, e ora in *Studi sul processo civile*, II, 289 e segg.

e propose il nome, rappresentano appunto la forma sotto la quale le leggi fenomeniche obbiettive si presentano ed operano nel campo del processo e quindi del diritto. Dicendo questo, si ammette che il giudice possa attingere ai libri di scienza ed al parere di esperti; si esclude soltanto, per evidenti ragioni di necessità inerenti a tutto ciò che è rapporto sociale, che una concezione puramente soggettiva e individuale, non sottoposta al controllo di più osservatori, possa essere assunta come regola in una materia interessante più soggetti e la stessa collettività.

Le leggi naturali in ordine alle quali dobbiamo considerare l'impossibile sono dunque quelle fenomeniche obbiettive, rappresentate nel processo da altrettante regole di esperienza.

5. - In relazione ad esse dobbiamo distinguere l'*impossibile definitivo* e l'*impossibile temporaneo*: si ha il primo quando le regole di esperienza escludono assolutamente sia la concepibilità in sè di un dato fenomeno come attuato, sia l'eventualità che possano verificarsi le condizioni necessarie acchè un dato fenomeno possa aver luogo (lo rendono *imprevedibile*); il secondo quando esse ammettono l'eventualità stessa, ma solo per il futuro, negando che quelle condizioni sussistano al momento del giudizio (lo rendono perciò *prevedibile*).

Un'ultima necessaria considerazione preliminare concerne la distinzione fra *impossibile obbiettivo* e *impossibile subbiettivo* (27), vale a dire fra ciò che è impossibile in sè e ciò che è impossibile per una o più determinate persone, considerandosi da un lato il fenomeno in sè, dall'altro la situazione dei vari soggetti rispetto ad esso. In questo senso infatti va intesa la distinzione dopo le indagini acute del MOMMSEN (28) e di altri (29), sebbene la dottrina prevalente

(27) A differenza da quella posta più sopra (v. nota 25) questa distinzione non ha più riguardo al lato teoretico, al modo in cui le leggi naturali sono note a ciascun soggetto, bensì al lato pratico, al modo cioè in cui ciascun soggetto è sottoposto ad esse e vi reagisce.

(28) *Die Umöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse* (Beiträge zum Obligationenrecht, I), Braunschweig, 1853; definisce obbiettiva l'impossibilità *welche ihren Grund in dem Gegenstande der Obligation an sich hat* (pag. 5 e segg.). L'oggetto può naturalmente consistere anche in un *facere*.

(29) COVIELLO N., *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895, pagg. 85-86.

continui tuttora ad impostarla sul punto che l'impossibilità si verifichi per il solo obbligato ovvero per tutti (30), richiamandosi ad espressioni delle fonti romane (31).

I problemi della impossibilità obbiettiva e subbiettiva sono stati esaminati ed elaborati largamente dalla dottrina civilistica, specialmente dai pandettisti tedeschi in poi, ai fini della teoria delle obbligazioni, in un primo tempo per escludere recisamente ogni importanza ed efficacia giuridica all'impossibilità subbiettiva, poi per concedere invece un certo valore anche a questa, talvolta almeno entro certi limiti, talaltra confondendola invece con la semplice difficoltà; concezioni peraltro molto combattute (32).

I risultati di queste speculazioni non possono però essere utilizzati se non con molta cautela nel campo del diritto processuale, e specialmente quando si esamini la attuabilità pratica delle sentenze. La esecuzione di queste essendo demandata agli organi pubblici, la particolare situazione dell'obbligato rispetto alle condizioni pratiche che rendono possibile o impossibile l'adempimento dell'obbligo non può avere rilevanza; mentre l'impossibilità obbiettiva, riferita al fatto in sè (esempio tipico la inesistenza della *species* dovuta), costituisce un limite insuperabile all'attività di esecuzione.

Se si ricollega la distinzione fra impossibile subbiettivo e impossibile obbiettivo con quella fra impossibile definitivo e impossibile temporaneo si nota agevolmente che l'impossibile subbiettivo non può considerarsi che come temporaneo perchè nulla ci autorizza ad escludere che la situazione in cui si trova il soggetto abbia a mutarsi in seguito, mentre l'impossibile obbiettivo è, nel maggior numero delle ipotesi, definitivo (33).

(30) POLACCO, *Obbligazioni*, pag. 362; BRECHT, *System der Vertragshaftung (Unmöglichkeit der Leistung, positive Vertragsverletzungen und Verzug)* in *Jhering's Jahrbücher*, 1908, pag. 238.

(31) Fr. 137 § 5 D. de verb. oblig., 45, I.

(32) Cfr. specialmente OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 470 e segg.; SEGRÈ, *Sulla teoria dell'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, 760 e segg.; GIOVENE, *La dottrina dell'impossibilità susseguente della prestazione ecc.*, ivi 1918, 50 e segg., 1919, 303 e segg., 402 e segg., 579 e segg., 1921, I, pagg. 155, 175; e la dottrina italiana e straniera citata in questi lavori.

(33) Si tenga presente, a maggior chiarimento della distinzione fra impossibile

§ 2. — LA SENTENZA IMPOSSIBILE

SOMMARIO: 6. Concetto. Posizione del problema. Superficialità dell'opinione del SIOTTO-PINTOR che la sentenza impossibile sia semplicemente inesequibile. Il problema della sentenza impossibile ha importanza soprattutto per i processi futuri. — 7. La validità della sentenza. La distinzione fra sentenze inesistenti, nulle assolutamente e annullabili accolta dal WACH, dal CHIOVENDA e dal CALAMANDREI. — 8. Adesione alla tesi del CARNELUTTI che per il diritto italiano non esistano sentenze assolutamente nulle. — 9. La sentenza inesistente; requisiti per l'esistenza di una sentenza; critica della opinione del CARNELUTTI che esclude la possibilità della esecuzione dal novero dei requisiti stessi. — 10. Svolgimento della critica in relazione alle varie concezioni sullo scopo della funzione giurisdizionale. — 11. Conclusione: la sentenza impossibile è inesistente e non costituisce cosa giudicata. — 12. Corollari.

6. — Chiamiamo *sentenza impossibile* la sentenza la cui esecuzione sia fisicamente impossibile: essa costituisce il primo e tipico caso di un impossibile importante nel campo del processo ed ha destato l'attenzione degli autori, italiani e stranieri, che si sono occupati della validità della sentenza (34). L'argomento della im-

obbiettivo e impossibile subiettivo, che l'oggetto può consistere anche in un *facere*, nel lavoro dell'obbligato (cfr., per questa concezione delle obbligazioni di fare, CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi per Chioventa*, n. 14), e che deve considerarsi come *obbiettiva* l'impossibilità che colpisca tale oggetto, in quanto impedisca il lavoro, sebbene *prima facie* sembri colpire il soggetto e la sua personale situazione rispetto all'avvenimento.

(34) Nella dottrina italiana si vedano specialmente CHIOVENDA, *Principi*, pagg. 897-900; CALDA, *Le nullità assolute della sentenza civile*, in *Arch. giur.* 1908, 361; LESSONA, *Nullità e inesistenza di sentenza*, in *Foro it.*, 1911, 10; CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, Firenze, 1915, ora in *Studi sul processo civile*, Vol. I, pag. 167 e segg.; CARNELUTTI, *Lezioni*, Vol. IV, nn. 388-392; SIOTTO-PINTOR, *Lo Stato estero, il giudice italiano e la sentenza immutabile*, in *Riv. di dir. proc. civ.*, 1927, II, 222. Nella dottrina tedesca più recente: WACH, *Urteilsnichtigkeit*. Ein Rechtsgutachten, in *Rhein. Zeitschrift für Zivil-und Prozess. recht*, III (1911), pag. 373 e segg.; *Nochmals die Urteilsnichtigkeit*, ivi. IV (1912), pag. 509 e segg.; *Nachlese zur Urteilsnichtigkeit*, ivi, VI (1914), pag. 357 e segg.; FISCHER, *Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften*, München, 1912-1913; KROSCHER, *Die sogenannte absolute Nichtigkeit der Strafurteile*, in *Gerichtssaal*, 69, pag. 137; BALIGAND, *Zur Lehre von der absoluten Urteilsnichtigkeit*, in *Gerichtssaal*, 72, pag. 171; KOHLER, *Zivilprozessrecht und Konkursrecht*

possibilità dell'esecuzione come *vizio denunciabile* in relazione ai mezzi di gravame contro la sentenza esula dal campo del presente studio, dal quale volutamente si esclude (35); a noi interessa qui piuttosto vedere quale efficacia possa avere una simile sentenza allorchè sia passata in giudicato in senso formale, per esaurimento dei vari mezzi di impugnativa o per decorso dei termini concessi per impugnarla.

Si noti, a precisazione del concetto enunciato, che il problema in esame non sorge soltanto per la sentenza di condanna (ad una prestazione impossibile), sebbene per essa, e specialmente quando si tratti di prestazioni consistenti in un *facere*, più facilmente possa verificarsi il caso tipico della impossibile esecuzione; possono darsi sentenze impossibili di mero accertamento e sentenze impossibili di accertamento costitutivo, come anche sentenze impossibili dispositive (36).

Data una sentenza di questo genere, alla cui pratica attuazione si opponga una impossibilità fisica non temporanea ed obbiettivamente accertabile (retro, § 1), quali ne sono le conseguenze? Che

in HOLTZENDORFF-KOHLER, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, III, pag. 251 e segg.; SAUER, *Grundlagen des Prozessrechts*, 1919; KISCH, *Unwirksame Urteile*, in *Leipziger Zeitschrift*, 1923, col. 625; WURZER, *ivi*, 1924, fasc. 15-16.

(35) Ad ogni modo su questo argomento si veda quanto è detto oltre, alla nota 69.

(36) Una sentenza che accerti o costituisca un diritto di servitù di passo designando come fondo serviente un fondo lontano dal fondo dominante, anzi al di là della via pubblica, rientra nel nostro concetto di sentenza impossibile. È da notare qui una ipotesi molto notevole, e che pure è sfuggita agli scrittori: quella che una stessa sentenza sia contemporaneamente attuabile e inattuabile. Essa può verificarsi non solo in relazione ai diversi capi della sentenza come documento, i quali costituiscono altrettanti giudizi concepibili separatamente e quindi qualificabili diversamente; ma anche in relazione ad uno stesso capo, quando questo sia suscettibile di un frazionamento logico, come nel caso della sentenza di condanna, intesa come dichiarazione di un atto illecito, cioè della violazione di un obbligo (secondo la nota definizione del CARNELUTTI, in *Lezioni*, II, n. 73), a cui si aggiunga l'accertamento della norma secondaria diretta alla realizzazione della norma violata, in particolare nel caso di una condanna di natura costitutiva. Quanto segue nel testo riguarda naturalmente, in siffatta ipotesi, solamente quella parte della sentenza che si riconosca inattuabile; non riguarda invece la disposizione che non urta contro ragioni di pratica impossibilità, anche se la prima non è che una conseguenza della seconda.

essa sia insuscettibile di esecuzione è una conseguenza che discende dalla stessa posizione del problema: pura e semplice tautologia. Il quesito che dobbiamo proporci di risolvere non ha per oggetto nè la ricerca del modo di eseguirla nè la decisione sul se e quando si possa far valere l'ineseguibilità; talchè non si possono non ritenere semplicistiche la impostazione e la soluzione del SIOTTO-PINTOR (37), il quale conclude che l'ineseguibilità si deve far valere nel procedimento di esecuzione.

La questione è più complessa e più fondamentale: si tratta di vedere se la sentenza impossibile, costituente cosa giudicata in senso formale, possa costituire cosa giudicata anche in senso materiale, sia atta cioè a precludere ogni ulteriore giudizio sul rapporto controverso alla cui decisione era diretta, a vincolare, nei limiti che l'ordine giuridico assegna agli effetti della cosa giudicata, lo stesso giudice e gli altri giudici. Si tratta, in altri termini, di indagare l'efficacia della sentenza impossibile non già nel campo del giudizio di esecuzione, per il quale la soluzione è intuitiva, ma nei riguardi invece dei processi di cognizione futuri.

7. - In relazione al problema della validità delle sentenze, contro le quali la legge non consenta o non consenta più l'esperimento di impugnative, la dottrina del processo ha elaborato tre concetti (sentenza inesistente, sentenza nulla assolutamente, sentenza annullabile), che però non sono nè tutti accettati pacificamente, nè sempre intesi nello stesso senso. Se non vi è discussione sulla configurabilità delle categorie delle sentenze annullabili (viziate da manchevolezze che il difetto di reclamo è sufficiente a sanare) e delle sentenze inesistenti (o non sentenze, prive degli stessi elementi essenziali del concetto di sentenza e pertanto inidonee a diventar valide anche in caso di acquiescenza della parte gravata), è molto controverso invece se, nel diritto moderno (38), si possa tuttora parlare di nullità assolute del giudicato,

(37) *Scr. cit.*, pag. 227.

(38) Nel diritto romano si conoscevano delle sentenze *nullae* o *nullius momenti*, improduttive di effetti, senz'uopo di gravami; tali la sentenza pronunciata da un giudice incompetente, quella riguardante persone inesistenti o non parti in causa, quella emanata senza osservanza delle norme processuali fondamentali, o contraria alla norma legale, o ad una *res iudicata*, o disponente una prestazione impossibile.

nè si può dire che il concetto di sentenza inesistente sia stato completamente e definitivamente precisato (39).

Secondo il CHIOVENDA (40) si ha il caso dell'inesistenza della sentenza quando questa è emanata da chi non è giudice, o non contiene una pronuncia, o non è scritta o non pubblicata; ma si deve poi ammettere una categoria di sentenze esistenti ma nulle in senso assoluto, la cui nullità può farsi valere dal convenuto con una azione di accertamento negativo o facendo opposizione agli atti esecutivi, dall'attore riproponendo la domanda senza temere l'eccezione di cosa giudicata. A questa categoria egli ascrive: la sentenza pronunciata da un giudice mancante di giurisdizione (in particolare la sentenza di un giudice speciale in materia di competenza del giudice ordinario), la sentenza pronunciata contro chi è esente dalla giurisdizione, o contro un soggetto inesistente, la sentenza costitutiva che crei una condizione di cose impossibile, la sentenza di contenuto indeterminabile o contraddittorio, la sentenza di accertamento o di condanna relativa ad una prestazione impossibile giuridicamente, moralmente o fisicamente.

A conclusioni conformi giungeva in Germania il WACH (41); e la tesi è stata ripresa in Italia dal CALAMANDREI, con un'accurata

Dig. 49. 8. *Quae sententiae sine appellatione rescindantur*. Cod. 7, 48. Si non a competenti iudice iudicatum esse dicatur; 7. 64. Quando provocare necesse non est. Confr. VASSALLI, *L'antitesi ius factum nelle fonti giustiniane*, in *Annali di Perugia*, 1914, 12; SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, Leipzig 1886; SCIALOJA, *Proc. civ. rom.*, Roma 1894, pagg. 266-267; BERTOLINI, *Proc. civ. rom.*, Torino 1914, II, § 30; WENGER, *Istitutionen des römischen Zivilprozessrechts*, § 19, pagg. 201 e segg.; § 21, pag. 220; § 30, pag. 298.

Per il diritto intermedio consulta: CALAMANDREI, *La teoria dell'error in iudicando nel diritto italiano intermedio*, in *Riv. crit. sc. soc.* 1914, n. 8 e segg. e in *Studi*, I, 53 e segg.

(39) Se è questo lo stato della dottrina più autorevole, non può meravigliare che gli autori minori diano esposizioni assolutamente confuse e insufficienti, come il BELLAVITIS, *Linee per la classificazione delle forme di accertamento nella esecuzione*, in *Studi per Chiovenda*, pagg. 61-63.

(40) *Op. e loco cit.*

(41) Negli scritti citati, in polemica con il FISCHER. Ammettono tale categoria anche PLANCK, KOHLER, PLÖSZ, STEIN, SEUFFERT, MENDELSSOHN-BARTHOLDY, SINTENIS, NUSSBAUM, HEIN, SAUER. L'accoglie inoltre il KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlino, 1910, § 27, pag. 233 e segg., con specifico riferimento alla impossibilità, tanto nelle sentenze quanto negli atti amministrativi.

analisi dei varî vizi possibili della sentenza e con un'impostazione assai acuta del problema, partendo cioè dall'ipotesi di un sistema processuale affatto privo di mezzi di gravame ed esaminando quali effetti potrebbero avere in un simile sistema i vizi della sentenza sulla sua validità (42). Definita la sentenza inesistente come quella cui manchino gli elementi essenziali, senza i quali vien meno lo stesso concetto di sentenza, il CALAMANDREI vi contrappone il caso di una sentenza che, pur essendo esistente e persino priva di difetti dal lato della costruzione processuale, abbia però un contenuto affatto inidoneo a produrre la certezza sul rapporto controverso, ossia a conseguire lo scopo della tutela giurisdizionale e dà ad essa il nome di sentenza nulla. A porre in maggiore rilievo la contrapposizione aggiunge: " Se la sentenza inesistente non può mai dirsi nata, la sentenza nulla è nata, ma non è vitale. La inesistenza è negazione assoluta del soggetto sentenza, la nullità è invece un attributo, sia pur negativo, del soggetto formalmente esistente. „

8. — L'argomento principale che viene portato contro l'ammissibilità della categoria delle sentenze esistenti ma assolutamente nulle è quello, già accennato dal BUELOW (43), ripetuto poi da altri (44) e ripreso ultimamente dal CARNELUTTI (45), della predisposizione dei mezzi di gravame, concessi appunto per far rilevare i vizi della sentenza, e della conseguente validità della sentenza viziata quando

(42) *Vizi della sentenza ecc.*, cit. Nella dottrina germanica ha aderito recentemente ad essa il KISCH, *Unwirksame Urteile*, citato; egli parla di sentenza inesistente per difetto di un elemento essenziale (*Nichturteil*), di sentenza nulla per nullità del contenuto (*materiell nichtiges Urteil*) e di sentenza annullabile (*anfechtbares Urteil*) distinguendo poi tra *Anfechtbarkeit materielle* e *formelle*. È notevole che il KISCH stesso riconosce la scarsa elaborazione dottrinale dell'argomento della invalidità delle sentenze.

(43) *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in *Arch. f. civ. Praxis.* 62, 75.

(44) KROSCHER, *op. cit.*; LESSONA, *op. cit.*; STRUCKMANN-KOCH; PETERSEN; NEUKAMP; WEISMAN; HELLWIG; SCHMIDT; KLEINFELLER; FISCHER; MICHEL; la più recente critica a tale categoria di sentenze assolutamente nulle (*materiell nichtige Urteile*) si è avuta nella dottrina tedesca con lo scritto citato del WURZER, in *Leipziger Zeitschrift*, 1924, il quale pure nega l'esistenza di un termine di transizione fra *das materiell anfechtbares Urteil* e *das Nichturteil*.

(45) *Op. cit.*, n. n. 389 e 392.

la parte gravata non si sia servita del mezzo concessole. Secondo il CARNELUTTI, che ogni difetto di requisiti di una sentenza esistente si risolva in un motivo di annullabilità si ricava dall'ordinamento della cassazione, in quanto, se la legge dispone un mezzo per far valere la nullità della sentenza senza distinzioni (art. 517, n.n. 1, 2, 4, 5), ne deriva che essa tratta ogni difetto del processo e della sentenza come causa di annullabilità; ogni tentativo di distinguere tra motivo e motivo di nullità urta contro la disposizione generica dell'art. 517 che caratterizza il nostro sistema, perchè o il difetto è tale che la sentenza non esiste, o è tale che la acquiescenza della parte lo può riparare. Questo sistema risponde del resto alle esigenze supreme della certezza del diritto e rappresenta una conseguenza dell'assorbimento della *querela nullitatis* nel mezzo di gravame.

Non mi pare che questo argomento sia stato superato definitivamente dal CALAMANDREI, il quale, nello scritto citato, afferma più che non dimostri la censurabilità delle sentenze in questione, non potendosi certo considerare come una sufficiente dimostrazione la esposizione degli inconvenienti cui simili sentenze danno luogo.

A mio parere si impone una distinzione netta fra i due significati che sono troppo spesso promiscuamente attribuiti ai termini di *vizi* o *difetti* (46). Essi si usano infatti indifferentemente per designare due obbiettivi ben distinti: una mancanza di qualità o di regolarità ed una mancanza di efficacia, un attributo criticabile e una limitazione degli

(46) Se vi è un argomento in cui più sarebbe necessaria una terminologia rigorosa (e conseguentemente una netta distinzione di significati) ed in cui invece si fa più gravemente sentire la sua mancanza, è proprio questo dei vizi delle sentenze e, in genere degli atti statuali (e forse l'appunto potrebbe rivolgersi addirittura alla stessa teoria generale degli atti giuridici). Finchè non ci si metterà definitivamente d'accordo su certi concetti generali, e sulla loro precisa estensione, si correrà spesso il rischio di non intenderci reciprocamente e di lavorare a vuoto. La distinzione fra *Gültigkeit*, *Wirksamkeit*, *Zulässigkeit* e *Begründetheit*, posta chiaramente dal SAUER, *Grundlagen des Prozessrechts*, cit., § § 6, 22 e segg., alla quale si avvicina, limitatamente a taluni punti, questa nostra, avrebbe dovuto portare a ben maggiori frutti nella letteratura successiva. Ma esiste per ora probabilmente, o mi è parso, una certa soluzione di continuo fra le opere di teoria generale e quelle di carattere monografico, che impedisce che in queste siano convenientemente utilizzati i risultati delle prime; ed è certamente uno dei maggiori e più duraturi titoli di benemeranza che verso la scienza del diritto processuale può

effetti. Due obbietti ben distinti, si è detto; nettamente contrapponibili, si potrebbe dire. Il primo corrisponde a ciò che si pensa e si può fare *riguardo a una sentenza*, il secondo a ciò che si può fare *per mezzo di una sentenza*, o — soggettivando questa — a ciò che una sentenza può fare: il primo è essenzialmente formale, variabile nel tempo e nello spazio, dipendendo in modo assoluto dalla volontà della legge, la quale può moltiplicare come toglier di mezzo le qualifiche di vizio, donde il loro carattere prettamente giuridico; il secondo è materiale ed invariabile, o quanto meno indipendente dalla volontà della legge, che nulla può fare al riguardo, e di carattere decisamente pratico. Si chiamino *motivi di censura* i vizi nel primo senso, *cause di inidoneità* o *limiti di idoneità* i vizi nel secondo senso; si intenderà come i primi dipendano dalla legge nel loro sorgere e nel loro estinguersi, i secondi ne siano invece indipendenti. Si intenderà anche che i primi sono *sanabili*, poichè la legge, come li pone, così può determinarne l'estinzione subordinandola a date circostanze (per es., al decorso di un termine o ad una manifestazione di volontà di uno o più soggetti); che i secondi sono invece *insanabili* o almeno il loro venir meno non può ricollegarsi ad una manifestazione di volontà qualunque, ma soltanto — se mai — a delle modificazioni di fatto. Si intenderà infine che fra i primi ed i secondi può sussistere sì una relazione di interdipendenza, nel senso che i motivi di censura determinino cause di inidoneità e viceversa, ma soltanto nei limiti espressamente voluti dalla legge, la quale sola può avvicinare i due piani diversi: oltre quei limiti le due distinte figure non sono più l'una in funzione dell'altra, e non si può sostenere che la inidoneità reagisca sulla censurabilità, perchè una sentenza inidonea e tuttavia incensurabile è perfettamente concepibile (47).

vantare il CARNELUTTI quello appunto di aver saputo costruire il sistema del processo su salde fondamenta di teoria generale, raggiungendo così quella fusione cui s'accennava non solo per sè e per i fini della sua costruzione ma imponendola anche agli altri e facendosi inoltre apostolo in Italia di quelle tendenze al riavvicinamento e, direi quasi, alla assimilazione del diritto processuale alla teoria generale del diritto che hanno avuto contemporaneamente così notevoli affermazioni anche in Germania.

(47) Ciò tuttavia non impedisce che rimanga almeno inidonea, o piuttosto, come si sosterrà più oltre nel testo, inesistente, totalmente o parzialmente, come senten-

A prescindere però dall'argomentazione riferita, io non vedo piuttosto la convenienza della categoria delle sentenze assolutamente nulle, la cui caratteristica consisterebbe nella mancanza di un contenuto capace di decidere il rapporto controverso. Se, come mi riservo di dimostrare (48), statuizione inidonea e mancanza di statuizione (49) si equivalgono, come si può escludere la statuizione dal novero degli elementi costitutivi della sentenza?

Fra gli estremi processuali del concetto di sentenza, quello della decisione a me sembra, come già al CALDA (50), prevalente in confronto di tutti gli altri; mi pare, in ultima analisi, che il concetto stesso non implichi tanto l'idea di un'attività esplicata da un organo giurisdizionale quanto quella di un'attività che si esprime in una statuizione. Se posso ammettere quindi che non sia concettualmente sentenza la decisione pronunciata da chi non è giudice o da un giudice, ma non in confronto di due parti, tanto meno mi sembra tale la non decisione, sia pur mascherata da un documento sottoscritto da un giudice e diretto alle parti. La sentenza assolutamente nulla, si dice, sarebbe tuttavia priva di qualunque difetto dal punto di vista della costruzione processuale, a differenza dalla sentenza inesistente;

za. È quello che ha intuito, pur restando fermo nella sua posizione, il CARNELUTTI, quando, dopo aver affermato, con ragione rispetto alla censurabilità, che l'art. 517 tronca ogni discussione, ammette poi l'inesistenza della sentenza per un caso, quello della contraddittorietà, sebbene questo caso si trovi previsto proprio dall'art. 517 n. 7.

(48) Vedi oltre, al n. 10.

(49) Il significato in cui si adopera qui il termine di *statuizione* può essere chiarito soltanto in relazione al concetto della funzione giurisdizionale; vedi perciò oltre, sempre al n. 10.

(50) *Scr. cit.*, pag. 362. Tutte le diverse possibili sentenze di merito, egli dice (tanto quelle di rigetto quanto quelle di accoglimento della domanda), hanno una comune fondamentale destinazione che ne costituisce la tipica caratteristica; ed essa consisterebbe appunto nell'essere *destinate a costituire norme concrete di relazioni giuridiche, lex specialis*; ove sia assolutamente esclusa per la natura delle cose la possibilità di quella funzione viene meno il concetto di sentenza. A parte le riserve che possono farsi sulle espressioni del CALDA, e più (come oltre nel testo) sulla esclusione del caso della sentenza inattuabile dal novero di quelli in cui la funzione anzidetta non può compiersi (perchè non sarebbe lecito desumere dalla impossibilità dell'esecuzione del precetto del giudice l'impossibilità della funzione fondamentale della sentenza; *ivi*, pag. 363), mi pare che lo scrittore abbia colto il punto sostanziale del problema.

ma che vuol dire costruzione processuale? Se non si identifica tale concetto con quello della regolarità formale, io non credo che si possa negare che una sentenza priva di statuizione è ben difettosa anche dal lato della costruzione processuale, a meno di mettere in dubbio che la funzione del giudice sia quella di giudicare e che la sentenza rappresenti l'atto specifico di quella funzione. La statuizione del resto è pure un requisito formale della sentenza e, se non la sua censurabilità, certo la sua assenza e quindi la sua (equivalente) inidoneità colpiscono l'atto anche dal punto di vista meramente processuale. D'altra parte, praticamente, le conseguenze della distinzione fra sentenze inesistenti e sentenze assolutamente nulle consisterebbero nel fatto che non le prime ma le seconde svolgerebbero effetti nel processo in cui sono state pronunziate, sul quale punto per altro non tutti i sostenitori della distinzione concordano (51); questa differenza di efficacia meriterebbe però di essere dimostrata, tanto più se si imposta la questione come penso che debba essere impostata, e cioè prendendo anzitutto in considerazione una sentenza priva di una statuizione qualsiasi.

Vedremo più innanzi quali sono più precisamente i requisiti per l'esistenza di una sentenza, e come quei casi che vengono fatti rientrare nella categoria delle sentenze nulle dalla dottrina che ammette questa categoria rientrino per molta parte nel concetto di sentenza inesistente. Quello che premeva rilevare subito era la inopportunità della costruzione del tipo delle sentenze assolutamente nulle. Esso ci appare prodotto di una commistione dei due concetti di *causa di inidoneità* e di *motivo di censura* che sono eterogenei e non interdipendenti se non fino ad un certo punto. Se poi ad esso si ascrivono tutte le ipotesi prospettate dal CHIOVENDA, si nota agevolmente la mancanza di ogni elemento comune alle varie figure, di ben diversa natura (quale carattere comune presentano i casi della sentenza emessa da un giudice speciale in materia riservata alla giurisdizione ordinaria, o della sentenza pronunciata contro chi è esente dalla giurisdizione, con i casi della sentenza a

(51) Lo affermano il CHIOVENDA, ed il CALAMANDREI, ai luoghi citati: ma lo nega, ad esempio, il BALIGAND, *Op. cit.*, pag. 244, secondo il quale fra le sentenze inesistenti e quelle nulle non corre alcuna diversità di effetti, salvo la non esperibilità di gravami contro la prima.

contenuto indeterminato, o incomprensibile, o inattuabile? Nei primi la sentenza è difettosa per la *forma*, per il modo in cui si è prodotta, e il vizio riflette direttamente i suoi presupposti di validità e indirettamente, se mai, i suoi effetti; nei secondi essa è difettosa per la *sostanza*, per il modo in cui opera nel mondo giuridico, ed il vizio riflette direttamente i suoi effetti, indirettamente la sua validità formale), e se ne trae un nuovo argomento, sistematico, contro la convenienza e l'utilità scientifica del raggruppamento, congerie di ipotesi diverse piuttosto che *categoria*.

9. - Sulla configurabilità delle sentenze inesistenti (non sentenze) non vi è grande dissenso (52); ma sorge quando si tratta di riconoscere i vari casi della figura, perchè non si è concordi nella determinazione dei requisiti necessari perchè una sentenza possa dirsi esistente.

Di questi requisiti, o *elementi essenziali, caratteri costitutivi del concetto di sentenza*, non ci dà alcuna enumerazione il CALAMANDREI, a parere del quale essa non si può nemmeno fare in modo generale e astratto, ma solo in relazione a ciascun ordinamento processuale positivo; logica conseguenza della sua adesione alla tesi del BALIGAND (53), che quegli elementi debbano ricercarsi soltanto nei requisiti esteriori e formali della sentenza. Io non sono persuaso della bontà di questo punto di partenza, e meno che mai di quella della tesi del KROSCHER (54), che la presenza di un organo giurisdizionale rappresenti l'unico carattere costitutivo della sentenza. Questa tesi potrebbe convincere chi si limitasse a tener conto del lato formale e soggettivo nella classificazione e identificazione delle varie funzioni dello Stato (55); ma se ci interessa invece il lato sostanziale, anche il concetto di sentenza deve essere costruito in relazione allo scopo della funzione giurisdizionale ed al contenuto è da attribuire l'importanza massima. E il contenuto è appunto la statuizione.

(52) L'ammettono infatti diversi avversari della categoria delle sentenze assolutamente nulle, come HELLWIG, KLEINFELLER, MICHEL, WURZER.

(53) *Scr. cit.*, pag. 182.

(54) *Scr. cit.*, pag. 163.

(55) Da questo punto di vista non c'è dubbio che la pronuncia di un giudice è un atto giurisdizionale in senso soggettivo e formale, come è legge formale la manifestazione di volontà del potere legislativo.

Da questo punto di vista considera il problema il CARNELUTTI, il quale ci dà una enumerazione dei requisiti di esistenza della sentenza (56), necessari e sufficienti a costituire quel *quid*, rispetto al quale il contegno della parte possa considerarsi come acquiescenza. Poichè questa presuppone anzitutto la notificazione, e quindi qualche cosa capace di esser notificata, cioè un *documento*, egli nota che la sentenza verbale è inesistente e che la rappresentazione documentale della sentenza è un primo requisito indefettibile per l'esistenza di essa. Afferma poi che il documento deve rappresentare o contenere una dichiarazione di volontà, che abbia forma di sentenza, cioè rappresenti un *giudice che statuisce in una controversia fra le parti*. Se manca l'indicazione del giudice, o delle parti, o di una fra esse, o la disposizione, non esiste una sentenza perchè quel qualchecosa che esiste non è tale che possa sommarsi con l'acquiescenza della parte gravata per costituire una sentenza valida, mancando lo stimolo della reazione e la conseguente possibilità che il difetto di reazione possa configurarsi come acquiescenza. Ritengo che questo sia il modo più opportuno di impostare il problema e che gli elementi costitutivi del concetto di sentenza, dal lato sostanziale che ci interessa, si debbano identificare proprio in questi tre termini: giudice, parti, disposizione o statuizione. Escludiamo volutamente dal nostro esame i primi due, su cui il CARNELUTTI pure si sofferma (57) e vediamo piuttosto ciò che egli dice dell'ultimo: deve emergere — osserva — che il giudice decide una lite fra le parti, o in altri termini costituisce, modifica o accerta un rapporto giuridico fra di esse. Vengono qui specialmente in considerazione i requisiti di determinatezza o di determinabilità di contenuto del rapporto. Perciò è inesistente piuttosto che nulla la sentenza, la quale dispone in modo incom-

(56) *Op. cit.*, n. 389. Molto simile è l'enumerazione che ne dà il WURZER, *scr. cit.*: decisione che conclude la controversia (rispetto al grado dell'esame), pronunciata in tedesco in un processo per sentenza, in confronto di due parti, da un giudice rivestito di giurisdizione.

(57) Un caso interessante di sentenza di cassazione inesistente (a mio parere) per mancanza sul documento della sottoscrizione del presidente del Collegio, deceduto dopo la deliberazione di essa, è stato deciso dalla Cassazione con sentenza 21 marzo 1926 (*Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 8, con nota contraria del MUSATTI, il quale pure ritiene inesistente una sentenza simile, mentre la Corte desunse dall'impossibilità del reclamo la validità di essa).

prensibile o incoerente (contraddittorio); manca in questo caso infatti un documento dal quale si possa intendere come la lite sia stata decisa. Del pari è inesistente la sentenza, se dal documento non appare determinato o determinabile il rapporto giuridico costituito, modificato o accertato; se, per esempio, ne risulti che il giudice si è limitato a dichiarare che A è debitore di B senza indicarne nè la causa nè l'oggetto. Invece la inutilità o l'inattuabilità della disposizione potrà essere, caso mai, cagione di nullità, non di inesistenza.

Soltanto la comprensibilità e la determinatezza (almeno potenziale) sarebbero dunque per il CARNELUTTI gli attributi che la statuizione deve presentare per dar luogo ad una sentenza esistente; non così invece l'attuabilità, o possibilità di esecuzione.

Debbo confessare di non comprendere la ragione di questa disparità. Non mi pare che essa possa trovarsi in una diversità di effetti pratici perchè, chi consideri con qualche attenzione la cosa, il motivo per cui si dovrebbe considerare inesistente la sentenza che disponga in modo incomprensibile o incoerente o indeterminato e indeterminabile non potrebbe essere che il seguente: l'impossibilità di ottemperare alla disposizione (58). “Manca un documento — dice testualmente il CARNELUTTI — dal quale si possa intendere come la lite sia stata decisa „. Orbene, che vuol dir ciò? A mio credere, che *non si sa che cosa si deve fare*; non certo che *non si sa che cosa abbia inteso di preferire il giudice*. Che l'incoerenza della disposizione sia indice della confusione di idee da cui fu turbato il processo logico della formazione della pronuncia non ci interessa e non ci può interessare; divenuta cosa giudicata formale la sentenza, che — come il CARNELUTTI insegna — è un comando pubblico, nessuna rilevanza giuridica si può riconoscere ai vizi del giudizio intellettuale.

D'altra parte, per lo meno nel maggior numero dei casi, si tratta — in qualunque delle ipotesi qui esaminate — di un errore di giudizio consistente nella violazione di una massima di esperienza, talchè non si può poggiare la disparità di trattamento neppure su una particolare diversità di causa.

(58) Impossibilità di ben diversa natura, come si intende, dall'impossibilità fisica: nel caso di questa vi è esteriormente una disposizione cui sembrerebbe di dover ottemperare (che essa sia poi una disposizione inidonea, quindi sostanzialmente una non disposizione, è quanto si dimostrerà più innanzi nel testo); nel caso di quella manca invece appunto una disposizione esteriore intelligibile.

Non è però a queste ragioni che sembra essersi richiamato il CARNELUTTI nella sua rapida trattazione dell'argomento; ma piuttosto al fatto che il concetto di impossibile sarebbe essenzialmente relativo, soprattutto nel tempo (59); ma sono forse assoluti i concetti di determinatezza e di comprensibilità? O non sono invece assai relativi e variabili, non solo in riferimento alle varie persone, come è ovvio (60), ma anche nel tempo? Egli dice che l'efficacia pratica del comando non è affatto un presupposto della sua validità: il comando è efficace giuridicamente quando sia idoneo ad obbligare nelle condizioni pratiche, in vista delle quali viene pronunziato; se o fino a che queste condizioni non esistono, la sua efficacia non si traduce in atto, ma ciò non vuol dire che non esista. Questa affermazione mi sembra sia troppo decisa, e che sia invece il caso di distinguere fra comando astratto e comando concreto e fra l'ipotesi che quelle condizioni pratiche possano esistere in seguito e l'ipotesi che il loro verificarsi debba essere escluso *a priori*, come nel caso di condanna a una prestazione di *species* distrutta o ad un *facere* impossibile in sé. In base poi a quali criteri si determini se si versa nell'una o nell'altra ipotesi si è già detto nel primo paragrafo di questo studio e non è necessario ripeterlo qui.

10. — La statuizione inattuabile e la statuizione incomprensibile o incerta non possono non essere considerate alla stessa stregua, e precisamente come non statuizioni; ma poichè la dimostrazione di questa tesi presuppone una precisazione del significato di *statuizione*, che non si può fare se non in relazione al concetto stesso della funzione giurisdizionale, sembra opportuno esaminare il problema dal punto di vista delle diverse concezioni di questa.

A) Il CARNELUTTI vede nella sentenza il comando concreto diretto alla composizione di una lite; ponendoci dal suo stesso punto di vista, concluderemo che, perchè esista una sentenza, occorre che

(59) Cfr. nota 23.

(60) Una persona almeno, e precisamente il giudice estensore di una sentenza, si persuaderà difficilmente della sua incomprensibilità. E poi io non saprei perchè non si potrebbe ripetere per la sentenza quello che il CARNELUTTI insegna riguardo alla incertezza della norma; che cioè non può essere che subbiettiva, e non mai obbiettiva, perchè nulla è obbiettivamente incerto, e vi sono soltanto degli uomini incerti (*Lezioni*, I, n. 43).

la statuizione rappresenti un comando concreto, complementare o autonomo non ci interessa qui, in grado di comporre il conflitto di interessi che risulta dal documento. Se nel documento non si trova un comando giuridico, o se esso non è in grado di comporre la lite, non si avrà quel *minimum* necessario e sufficiente a dar vita, quandochessia, ad una sentenza valida.

Se il comando giuridico è un *atto di volontà diretto a determinare la condotta altrui in vista della composizione di un conflitto di interessi mediante la minaccia di un male nel caso di disubbidienza*, se ne è l'obbietto la condotta imposta dal soggetto attivo al soggetto passivo, attraverso la quale ha luogo la *subordinazione di un interesse di questi ad un interesse altrui* (61), e quindi la composizione del conflitto fra i due interessi, io confido di poter riuscire a dimostrare:

a) che la sentenza impossibile non è, almeno funzionalmente se non strutturalmente, un comando giuridico;

b) che, comunque, il comando in essa contenuto non serve alla composizione di un conflitto di interessi.

Sub a) Anche per il concetto di *comando giuridico*, come per tanti altri aspetti della realtà giuridica, può essere usata con profitto la distinzione, cara al CARNELUTTI, fra funzione e struttura. Sotto il profilo della *funzione* ci si presenta in esso come nota prevalente la sua direzione ad uno o più soggetti passivi, la cui condotta viene determinata ed il cui interesse viene subordinato a quello di altri; sotto il profilo della sua *struttura*, ci si prospetta caratteristico l'elemento della sanzione. In presenza di un comando inteso a determinare una condotta ed a subordinare un interesse, ma non garantito da alcuna sanzione, si discute in dottrina se si sia di fronte ad un comando giuridico, sostenendosi bensì da molti che questo abbia come elemento indefettibile la coercibilità (62), da altri invece che la sua nota differenziale sia rappresentata dalla costituzione

(61) È questa appunto la definizione che dà il CARNELUTTI nelle sue *Lezioni*, I, n. 18.

(62) Così, fra gli altri, da JHERING, *Zweck im Recht*, I, 238; SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung*; COVIELLO N., *Man. di dir. civ. it. - Parte gen.*, pag. 9; FADDA e Bensa, *Note alle Pandette del WINDSCHEID*, IV, pagina 65 e seg., Contro: HÖLDER, *Pandette*, § 4, pag. 18 e segg.; MERKEL, in SCHMOLLER's *Jahrbuch*, V.

di un diritto in contrapposizione all'obbligo (63), che val quanto dire dalla prevalenza accordata a un interesse mediante la subordinazione di un altro interesse. La dicotomia fra struttura e funzione ci dà, a mio parere, la soluzione: un comando del genere si proporrà la funzione, non avrà la struttura di un comando giuridico (64). Per converso, avrà la struttura e non la funzione del comando giuridico un comando che, senza poter determinare una condotta, sia per altro accompagnato da una sanzione (65); ma in questa ipo-

(63). Così WINDSCHEID, *Pandette*, II, e molti altri; da ultimo CESARINI-SFORZA, *Lez. di teoria generale del diritto*, Padova, 1929, 58.

(64) Esempi di siffatte *leges imperfectae* si trovano anche nel diritto moderno; basti ricordare il precetto contenuto nella prima parte dell'art. 220 Cod. civ.

(65) La norma che statuisce la responsabilità di un animale (frequenti processi contro animali e anche cose si sono avuti nel Medio Evo; in Inghilterra anche più recentemente), o di un demente, o la c. d. responsabilità obbiettiva, la norma retroattiva (il passato è tutto necessario; cfr. retro n. 1.), ed in genere qualunque precetto che si dimostri essere stato ignorato o erroneamente inteso dall'obbligato, costituiscono altrettanti esempi di comando inidoneo a determinare una condotta (per invalidità dei destinatari o insufficienza del mezzo di conoscenza) e tuttavia assistito da una sanzione. Su siffatti problemi si vedano ZANOBINI, *La pubblicazione delle leggi*, Torino, 1917; CONDORELLI, *La responsabilità senza colpa*, Catania, 1924; *Ignorantia iuris*, Catania, 1926 e la recensione di questo pubblicata dal CARNELUTTI in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, 307, nonché CARNELUTTI stesso in *Foro Ven.*, 1917, 96. Servendosi della distinzione fra i due concetti di *funzione* e di *struttura* si può forse dare un contenuto nuovo e più vitale alla teorica imperativistica del diritto, contro la quale non sono mancati, da tempo, gli attacchi, recentemente intensificatisi. Si veda, da ultimo, la forte critica del PEKELIS, *Il diritto come volontà costante*, Padova, 1931, specialmente al § 23. Si può convenire — dal suo punto di vista — nella tesi che la concezione più rigorosamente critica del diritto debba vedervi *volontà di azione*, e che la posizione delle norme giuridiche consista nel volere un costante rapporto di causa ad effetto tra due fatti, la realizzazione di esse nel volerlo in concreto con riferimento ad un determinato caso (*ivi* § 12), e tuttavia dubitare che tali caratteri esauriscano compiutamente la nozione del fenomeno giuridico. Così può essere studiata e definita la *struttura* del diritto; ma così si lascia fuori completamente la sua funzione, e questa conseguenza, se può offrire qualche soddisfazione a chi affronti i problemi accennati al principio di questa nota, dando modo di superarne le difficoltà, priva d'altra parte di luce tutta un'altra serie di problemi che pure affiorano continuamente nello studio, scientifico e pratico, del diritto. Non si può escludere senz'altro dal concetto strettamente giuridico del fenomeno questo elemento della funzione, definendolo metagiuridico; è vero bensì che, se i fini ultimi della volontà di azione in cui si identifica strutturalmente il fenomeno giuridico appartengono alla politica ed alla

tesi è il concetto stesso di comando (a prescindere anche dalla qualifica di giuridico) che subisce una deformazione notevole, se per comando si deve intendere una manifestazione di volontà desti-

sociologia, vi è una zona di mezzo, un campo che unisce, separandoli, il fenomeno sociologico e quello giuridico, e che, tratta dal primo la propria ragion d'essere, costituisce a sua volta la ragion d'essere del secondo, dando alla volontà di azione (in cui vuol vedersi, strutturalmente, il diritto) un significato ed un fine, la *causa*. Isolando del tutto la realtà giuridica dalla funzione, la si vuota di ogni contenuto e non si riesce più, nonchè a giustificarla, a comprenderla. Se infatti può non interessarci e non ci interessa trovare una giustificazione etica od economica o anche semplicemente logica alla norma giuridica, talchè possiamo senza esitazioni concepire una norma immorale, dannosa e perfino capricciosa, ci preme invece, non fosse altro che ai fini della sua comprensione, e per ottenerne od evitarne l'applicazione, identificarne la funzione; e se questo elemento teleologico è necessario per l'applicazione, è giuridico ed essenziale alla nozione giuridica della norma, per sociologiche che possano essere le sue radici ultime.

I problemi additati sopra non tanto ci sembrano riguardare dei casi eccezionali o dei momenti accidentali della realtà giuridica, come da molti si è sostenuto ed il PEKELIS coerentemente nega (*ivi*, § 24; cfr. la bibliografia da lui citata), quanto dei casi in cui manca lo stesso concetto del diritto, dal lato funzionale, e si hanno invece degli atteggiamenti *di fatto*, rivestiti della sola struttura giuridica. Tanto è vero questo che, di fronte ad essi, si avverte quel senso di insoddisfazione e, diciamo pure, di sgomento che dà, anche se necessaria, una situazione di fatto non conforme ad un principio di diritto, e i tentativi che si sono fatti, anche autorevolmente, per ricondurli nel sistema giuridico non riescono a persuadere pienamente. Ma non per questo occorre rinunciare alla teoria imperativistica; è sufficiente invece distinguere fra struttura e funzione del diritto. Il PEKELIS si serve a un certo punto (pag. 11) di un esempio per mostrare come la forma causale caratterizzi il diritto e dice che il padre che tira uno scapaccione al figlio per dare sfogo al suo cattivo umore, agisce da despota, anche se si appiglia a qualche pretesto, e vuole veramente in forma spiritualmente inferiore; mentre, se esponesse una causa, causa unica e sufficiente, vera causa, manifesterebbe la volontà di un rapporto causale, porrebbe cioè una regola giuridica. Ma, nel caso esemplificato, il padre potrebbe pur dire « Picchio perchè sono di cattivo umore », ed enunciare il suo stato di umore come causa costante, ponendo — secondo il PEKELIS — una regola giuridica (nè per questo sarebbe meno dispotico); che dire in questo caso? Non sorgerebbe certo il senso di giustizia e di ordine; eppure la regola esisterebbe.

Bisogna rispondere che non si avrebbe che la struttura del fenomeno giuridico, (e, nel caso, precisamente una legge naturale, psicologica, rivestita di una forma giuridica); ma difetterebbe l'altro elemento del concetto di diritto, la sua funzione, essenziale per dare ad esso, pure inteso come volontà di azione, il carattere di una volontà certa, retta e diretta ad un fine, e per conservargli giustificazione e valore.

nata a costituire — mediante quella conformità di volizioni che è l'obbedienza (66) — il contenuto di un atto di volontà di un altro soggetto.

Si consideri ora il caso del comando diretto ad imporre una condotta impossibile.

L'impossibile si può desiderare, sperare forse (67), ma non volere (poichè l'unico oggetto reale della volontà non è che l'azione, e questa, come atto volitivo, deve essere non solo eseguibile ma eseguita), e quindi non comandare. *La possibilità dell'osservanza forma parte integrante dell'idea di comando*; un comando che impone una condotta inattuabile non ne impone alcuna; non è quindi un comando, tanto meno poi un comando giuridico. Ammesso infine che un comando non eseguibile possa avere la forma, la veste di un comando giuridico, soprattutto per l'elemento della sanzione (che però non agisce, si noti bene, come sanzione, ma solo come coazione), esso non ne ha nè può svolgerne la funzione.

Non sembra pertanto azzardato concludere che la sentenza inattuabile non è un comando giuridico, non contiene una disposizione, non è, infine, una sentenza.

Sub b) Serve essa almeno alla composizione di una lite mediante la subordinazione di un interesse ad un altro? Basta, per rispondere, proporsi il quesito: *quale sia l'interesse subordinato e quale il prevalente*. Se il concetto di interesse corrisponde ad un rapporto fra un bisogno ed un *quid* atto a soddisfarlo, nel caso di un comando di impossibile attuazione non si ha la prevalenza di un interesse e subordinazione di un altro, perchè, ammesso pure che possa parlarsi di bisogni (68), manca ad ogni modo — in quanto irraggiungibile — il bene atto a soddisfarli; e il comando nè priva di soddisfazione

(66) L'osservanza di un comando è l'adeguamento dello spirito come azione o volizione concreta con sè stesso come norma o volizione astratta. Cfr. CONDORELLI, *Ignorantia iuris*, pag. 32; CESARINI-SFORZA, *Op. cit.*, pag. 37.

(67) Lo ammise, fra gli antichi, ARISTOTELE, *Eth. Nicom.*, III, cc. 2-3, 1111-1113, distinguendo la propensione (*βούλησις*) dalla decisione (*προαίρεσις*) ed affermando che solo la prima, e non la seconda, possa dirigersi all'impossibile. Lo nega, fra i moderni, il CROCE, *Filosofia della pratica*, P. I, Sez. II, c. III, asserendo che l'impossibile, il contraddittorio, non è oggetto nemmeno di desiderio.

(68) Della correttezza del termine *bisogno* per designare l'aspirazione a ciò che non si potrà mai avere è ben lecito dubitare.

un bisogno del (presunto) soccombente nè offre alcuna soddisfazione al bisogno del (presunto) vincitore (69).

Di conseguenza, o non sussisteva la lite, perchè non doveva parlarsi di un vero conflitto di interessi, e in tal caso la sentenza è meno che mai una sentenza in senso materiale; o la lite sussisteva, e in tal caso nessuno degli interessi propri in conflitto ha conseguito attraverso la sentenza la prevalenza, e quindi la lite non è stata composta e permangono tutti i danni conseguenti a questa situazione, come rimane insoddisfatto l'interesse alla composizione del conflitto.

Concludendo da questo punto di vista, la sentenza inattuabile, come la sentenza incerta, se anche può considerarsi incensurabile per essere passata in giudicato in senso formale, è per altro inidonea in senso sostanziale. Essa è veramente, giusta il responso di PAOLO, *nullius momenti* nei riguardi della lite.

B) Si consideri ora il problema in ordine alla concezione che ravvisa lo scopo caratteristico della funzione giurisdizionale nell'attuazione della volontà della legge, del diritto obbiettivo (WACH, CHIOVENDA, CALAMANDREI). Si può dire che una sentenza inattuabile corrisponda a questo scopo? Bisognerebbe dimostrare che in essa sia contenuto l'accertamento del diritto, e ciò è giustamente negato dal CALAMANDREI, il quale osserva che una sentenza che risolve una controversia in modo indeterminato o contrario alle umane possibilità lascia la stessa in uno stato di indecisione impedendo che si ottenga la certezza sul diritto controverso (70). Aggiungerei che, poichè è inconcepibile una norma giuridica — come tale — indeterminata o inattuabile, non si può immaginare come attuazione di essa una sentenza quali quelle qui esaminate, e che quindi una simile sentenza si qualifica da sè come priva dell'elemento costitutivo primo dell'atto giurisdizionale, anche sotto questo angolo visuale.

(69) Nel caso della sentenza inattuabile non si ha infatti propriamente un vincitore, nè un soccombente, perchè colui che formalmente può apparire vincitore, per la conformità della decisione alla sua domanda (sulla domanda impossibile vedi oltre § 3) in realtà non vince nulla, e colui che appare soccombente formalmente, sostanzialmente non perde nulla; talchè non è nemmeno prevedibile che, pur essendo nei termini, impugni una sentenza che non gli reca alcun nocumento.

(70) *Scr. cit.*, n. 9.

C) Se poi si desiderasse porre la questione da un punto di vista più generale, in ordine a quella definizione comprensiva della funzione giurisdizionale che mi parve l'unica idonea — a prezzo naturalmente del sacrificio di altri caratteri pure assai salienti — a farvi rientrare da un lato i tipi di *processo senza lite*, dall'altro quelli di *processo dispositivo*, e cioè alla concezione della giurisdizione come giustificazione concreta accordata dal giudice alla condotta di una parte, per la conformità di tale condotta ad una massima ritenuta di giustizia (71), non vi sarebbe che da ripetere quanto si è osservato finora. Anche sotto questo profilo la sentenza inattuabile non rappresenta neppure l'embrione di un atto giurisdizionale, perchè giustificare una condotta praticamente impossibile equivale a non giustificare alcuna condotta, e quindi a lasciare indecisa la questione sottoposta al giudice.

11. — L'esame della statuizione della sentenza impossibile, condotto secondo i vari profili sotto i quali si può considerare la funzione giurisdizionale, ci ha dimostrato che il contenuto di essa è assolutamente inidoneo a costituire persino l'embrione di una decisione giudiziaria, quel *quid* rispetto al quale il contegno della parte possa considerarsi come acquiescenza.

La mancanza dei mezzi di gravame, sufficiente a dare a simile sentenza l'attributo di cosa giudicata in senso formale, vale a porla al riparo da ulteriori impugnative estinguendo ogni *motivo di censura*, ma non può riuscire a sanare le sue *cause di inidoneità*; tanto varrebbe dare al suo contenuto un'estensione diversa e maggiore di quella che esso ha in sè. Di fronte a simile inidoneità assoluta, a tale non corrispondenza dell'atto ai suoi fini, non ci resta altra conclusione se non questa: che una statuizione del genere è una non

(71) Qualunque sia il valore e l'utilità che si ritenga di riconoscere a questa definizione, che io per il primo ammisì bisognosa di ben più profonda meditazione e di più accurata rifinitura, e che mi decisi ad esporre anticipatamente nel mio libro su "*La riconvenzione nel processo civile*", perchè lo studio di questo argomento mi sembrava esigere una impostazione unica per tutti i tipi di processo nei quali l'azione in riconvenzione può presentarsi, mi sono sentito tenuto — *ad abundantiam* — a esaminare il problema della sentenza inattuabile anche sotto quest'ultimo profilo, oltre che sotto quello delle concezioni autorevoli prima esposte.

statuizione (non comando, non accertamento, non giustificazione) e che quindi la sentenza è una non sentenza (*Nichturteil*) o, in altri termini, è una *sentenza inesistente*.

La sentenza inesistente non può produrre alcun effetto giuridico; ed è questo appunto il principio da adottare nei riguardi della sentenza inattuabile, e che risolve il quesito sulla sua idoneità a costituire cosa giudicata in senso materiale.

I tentativi per dare al quesito stesso un'altra soluzione non sono, a mio avviso, riusciti.

Vi è chi ha sostenuto che la sentenza inattuabile dovrebbe avere per effetto giuridico quello di escludere ogni diverso regolamento del rapporto controverso (funzione negativa di cosa giudicata) (72). A questa opinione hanno risposto esaurientemente il WACH (73) ed il CHIOVENDA (74), osservando che essa cade nell'arbitrario, deformando la volontà del giudice e la stessa natura della sentenza, che — dettata a tutt'altro fine — acquisterebbe invece sempre e soltanto l'efficacia di una sentenza di rigetto (75). Nè può negarsi che tale teorica che attribuisce alla sentenza un effetto indiretto, quale è quello di costituire cosa giudicata in senso negativo, ammette per altro, e la pone quasi come premessa, una conclusione affatto contraddittoria riconoscendo l'inidoneità della sentenza a produrre il suo effetto diretto.

Convienne aggiungere però altri rilievi. La funzione negativa della cosa giudicata non è che una conseguenza della sua funzione positiva. In tanto lo Stato vuole che una controversia non sia nuovamente decisa in quanto essa è già stata decisa: se non è stata decisa, se la lite, o l'incertezza che dir si voglia, permane, cessa quella funzione, non essendo adempiuta questa. Non si possono capovolgere questi termini, non si può identificare la funzione positiva con quella

(72) CALDA, *Op. cit.*, Cap. III; LESSONA, *Op. cit.*, n. XI.

(73) *Op. cit.*, pag. 406.

(74) *Op. cit.*, pag. 900, nota 1.

(75) Le riserve che si potrebbero fare sulla rilevanza di simile deformazione della volontà del giudice, in ordine al fatto che tale volontà subbiettiva non può venir più in considerazione quando è obbiettivata nella sentenza, debbono valutarsi tenendo presente che nel nostro caso è proprio della volontà obbiettivata che si parla, non delle ragioni del comando, ma del comando stesso, che costituisce il contenuto essenziale dell'atto giurisdizionale.

negativa senza cadere in una petizione di principio, i cui pericoli si possono mettere in maggiore evidenza portando la tesi all'assurdo, e cioè estendendola, come è lecito e, per ragion di coerenza, doveroso, a tutti i casi di inidoneità.

Un comando (più ancora una certezza) è o non è: urta contro il nostro senso giuridico l'ipotesi di un comando diretto ad imporre una condotta, che non funziona in questo senso, non opera cioè come comando, ma riesce tuttavia a funzionare, operando come comando, in senso diverso, imponendo una condotta diversa da quella espressamente comandata; come l'ipotesi di una certezza, rispetto a un dato rapporto, che non è certezza nel senso manifestato, ma è certezza invece in senso affatto diverso.

Trovarei poi opportuno chiarire ed approfondire il significato della formula "*la sentenza inattuabile esclude ogni diverso regolamento del rapporto controverso*...". Che cosa si vuole intendere per rapporto controverso? È quello sottoposto al giudice o quello deciso con la sentenza inattuabile? Ma, allorchè la sentenza è divenuta cosa giudicata formale, non si possono più distinguere i due termini perchè, se è vero che *sententia debet esse conformis libello*, non è men vero che, da quel momento, la domanda passa decisamente in seconda linea (76).

Vengono perciò qui in considerazione i principî sulla identificazione delle azioni, in ordine ai quali debbono qualificarsi diverse due controversie aventi oggetti diversi; talchè la funzione di cosa giudicata negativa che la sentenza inattuabile dovrebbe esercitare secondo la tesi del CALDA e del LESSONA consisterebbe nell'impedire ogni altra decisione sul rapporto controverso ad oggetto impossibile, non già invece un'altra decisione sullo (apparentemente) stesso rapporto presentato però con un oggetto possibile. Ma allora la tesi perde ogni significato pratico ed anche ogni pretesto di giustificazione teorica, perchè il divieto di ogni altra decisione sul rapporto controverso ad oggetto impossibile non ha senso di fronte al divieto, che dimostreremo oltre (§ 3), di ogni decisione su un rapporto controverso ad oggetto impossibile.

(76) Il tenore della domanda non ha che un valore interpretativo per la delimitazione del contenuto del giudicato, quando il testo della sentenza permette il dubbio. Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni*, IV, n. 383.

Assai più degno di considerazione è il tentativo, ricordato sopra, del CARNELUTTI per salvare l'idoneità della sentenza inattuabile, attribuendole una efficacia potenziale, destinata a tradursi in atto al momento in cui si verificassero le condizioni pratiche necessarie. Questo potrebbe dirsi per le ipotesi che le leggi fenomeniche — note al giudice attraverso le corrispondenti regole di esperienza — facciano prevedere possibile, anche in tempo remoto, il verificarsi di quelle condizioni (77); ma allorchè ciò si debba escludere, sia pure non assolutamente ma relativamente allo stato delle conoscenze umane, allorchè si debba porre *all'infinito* quella possibilità, bisogna convenire che un comando destinato ad attuarsi all'infinito equivale ad un comando destinato a non attuarsi mai e cioè, secondo le premesse già poste, ad un non comando (78).

12. — Concepita la sentenza inattuabile come una sentenza inesistente, se pure incensurabile, non vi è luogo a ricercare i rimedi da sperimentare contro di essa; quando si è detto che essa è idonea a vincolare tanto le parti quanto il giudice, tanto il giudice che l'ha pronunciata quanto gli altri giudici, si è rilevato ciò che può maggiormente importare ai fini teorici e pratici. Che all'interessato possa soccorrere un'azione di mero accertamento (negativo) per far dichiarare la inesistenza della stessa è certo innegabile (79); ma tale azione sarà nelle maggior parte dei casi affatto superflua.

Come nel caso di una pronuncia proveniente da un privato (sentenza inesistente per difetto del giudice) le parti dovranno sottoporre di nuovo la controversia, ma ad un giudice, e come nel caso di mancanza di una parte (sentenza inesistente per difetto di una parte) la controversia sarà riproposta con l'intervento della parte stessa: così nell'ipotesi di una sentenza incerta o incomprensibile o inat-

(77) Quando si tratti cioè di *impossibile temporaneo*, giusta la distinzione formulata al § 1, n. 5.

(78) Con la conseguenza ulteriore, sempre nell'orbita del pensiero carneltiano, della prevalenza dell'interesse destinato a rimanere subordinato e della subordinazione dell'interesse che avrebbe dovuto prevalere.

(79) Concordi, su questo punto, CHIOVENDA, *Op. e loc. cit.*; WACH, *Op. cit.*, pag. 401; CALAMANDREI, *Op. cit.*, pag. 185.

tuabile (sentenza inesistente per difetto della disposizione), si potrà in un successivo processo richiedere allo stesso giudice nei confronti della stessa parte la disposizione idonea che è mancata nel primo.

È questa l'unica soluzione che assicuri al processo il raggiungimento del suo risultato.*

NICOLA JAEGER

(*) La pubblicazione della seconda ed ultima puntata del saggio (§ 3. *La domanda impossibile*. - § 4. *La prova dei fatti impossibili*. - § 5. *Conclusioni: l'impossibile e la causa come requisito dei comandi giuridici*) avrà luogo nel fascicolo successivo della rivista.

LE CONCAUSE NELLA LEGISLAZIONE VIGENTE E NEL
PROGETTO DEFINITIVO DI UN NUOVO CODICE PENALE
DAL PUNTO DI VISTA MEDICO-LEGALE (1)

Il tema che io tratto, ripromettendomi la benevola attenzione dei Colleghi, riguarda la intricata questione delle "concause", che tanto vivacemente ha agitato ed agita tuttora il campo giuridico e quello medico-legale.

L'argomento è complesso, ed io non pretendo certo di poterlo esaurire, specie nei brevi confini di una "relazione", di Congresso. Mi limiterò pertanto a prospettarne le linee essenzialissime, non senza lasciare molte lacune, delle quali alcune potranno apparire anche non giustificabili; ma sarebbe assurdo, ripeto, entrare qui nei dettagli della materia.

Nè cose nuove potrò dire. Mio intento è quello di mettere in rilievo, con la maggiore possibile semplicità e chiarezza, quei concetti che sono indispensabili al perito, per la giusta valutazione dei casi, che cadono ancora oggi sotto il disposto degli art. 367 e 368 del codice penale, e quelli che interessano le leggi previdenziali; quei concetti infine che potranno servire nella pratica applicazione del nuovo codice penale.

Circa l'opportunità di questo studio, ricordo che al "Primo Congresso di Medicina sociale", tenuto a Milano nel giugno 1929, l'on. nostro Presidente, Capo dell'Ufficio Medico del Patronato Nazionale, esponendo in una dotta Relazione su "*L'assistenza medica e sociale degli infortunati*", le questioni più dibattute nel sistema assicurativo ed assistenziale odierno, non ha voluto omettere la materia delle concause, che attende ancora una più equa sistemazione. Ricordo pure che nello stesso congresso il Leoncini ebbe anch'egli a trattare autorevolmente dei rapporti di causalità e di concausalità negli infortuni sul lavoro, cercando di precisare i concetti di *causa*

(1) RELAZIONE svolta nella riunione di Urbino della Accademia Medico-Chirurgica del Piceno il giorno 31 agosto 1930 - VIII.

lesiva violenta e di concausa; illustrando le varie possibilità causali di infortuni concausati insieme agli elementi base per la valutazione del danno; e ribadendo la necessità che le perizie siano affidate a medici di specifica competenza.

Al “ VI Congresso internazionale di infortunistica e medicina del lavoro ”, che si adunerà a Ginevra nell'agosto del 1931, fra i temi da trattare figura anche quello che concerne “ *L'influenza dello stato anteriore sulle conseguenze degli infortuni del lavoro* ”, (Relat. dott. Pometta, prof. Tovo, prof. Liniger).

CONCAUSE NELLA LEGISLAZIONE VIGENTE

A) CONCAUSE NEL DIRITTO PENALE VIGENTE. — Il primo punto da svolgere riguarda l'accertamento della causa e delle concause nel diritto penale vigente.

Come è noto, il legislatore ha posto il fondamento della imputabilità con la dizione dell'art. 45 c. p.: “ *Nessuno può essere punito per un delitto, se non abbia voluto il fatto, che lo costituisce, tranne che la legge lo ponga altrimenti a suo carico, come conseguenza della sua azione od omissione.....* ”; e, dopo avere contemplato le ipotesi di “ reato tentato ”, (art. 61) e “ reato mancato ”, (art. 62), dichiara il nesso di causalità tra il fatto del colpevole e l'evento conseguito, cioè il danno arrecato alla persona, in tema di omicidio (art. 364) e in tema di lesione personale (art. 372); intendendo di compendiare con la sola parola “ *cagionamento* ”, adoperata a tale proposito, il concetto della esistenza e la dimostrazione di un tale nesso causale. Ma la prova deve essere *rigorosa*.

Anche in tema di responsabilità civile il legislatore parla ripetutamente di “ *danno cagionato* ”, (art. 1151 e segg. cod. civ.).

Passa quindi nell'art. 367 a considerare “ *se la morte è dovuta unicamente alla lesione, ovvero hanno concorso altre cause (concause) a determinare l'esito letale.* ”. Si entra così senz'altro nel tema della concausa, ammessa in modo esplicito dal codice penale solo per il delitto di omicidio, nell'intento che il colpevole debba fruire della diminuzione di pena, ivi stabilita; in quanto si dimostri che egli non sia in tutto responsabile delle conseguenze derivate dal suo fatto, che pure ha costituito la prima condizione di una serie di danni verificatisi.

È lo stesso art. 367, ora citato, che pone in termini precisi il quesito, stabilendo una diminuzione di pena per il caso in cui “ la morte non sarebbe avvenuta senza il concorso di condizioni preesistenti, ignote al colpevole, o di cause sopravvenute ed indipendenti dal suo fatto ... „. Nè si vuole qui che si indaghi se possa escludersi o meno una ipotetica coefficientenza; la legge esige solo la dimostrazione della insufficienza, a produrre la morte, di ciò che sta entro i limiti obbiettivi del fatto del colpevole.

Nell'omicidio doloso concausato vi è adunque corrispondenza fra l'effetto “ morte „ e la volontà dell'agente “ *a fine di uccidere* „; però l'evento letale non dipende esclusivamente dai mezzi usati dal colpevole, in quanto di per sè insufficienti allo scopo; bensì dal concorso dei mezzi usati con l'azione di altre cause, anch'esse insufficienti da sole a produrre la morte, della vittima.

Il quesito sulla concausa va proposto al perito dopo quello sulla colpevolezza, e in dipendenza della affermazione di questa; e ciò perchè la concausa è circostanza che attenua l'imputabilità.

Noi possiamo chiamare “ concausa „ “ *quel fattore (fatto concorrente, che indichiamo colla lettera B) che insieme con l'altro fattore (fatto del colpevole, che indichiamo colla lettera A) produce un dato effetto (morte — art. 367 c. p. — che indichiamo colla lettera C) che ciascuno dei due non potrebbe produrre da solo.* „. Si ha così: $A+B=C$. Invece nè A, nè B, preso da solo darebbe C per risultato.

Per l'applicazione dell'art. 367 devono quindi concorrere i seguenti estremi: 1) che vi fosse la volontà di uccidere; 2) che sia avvenuta la morte; 3) che la lesione di per sè non fosse tale da determinarla; cioè che il fatto del colpevole non avesse in sè necessità e sufficienza letifera; 4) che all'esito letale abbiano concorso cause preesistenti, ignote al colpevole, ovvero sopravvenute e indipendenti dal fatto di esso; in maniera che la morte non avrebbe potuto, nè dovuto, verificarsi, se fosse mancato il concorso del coefficiente ad mortem, preesistente o sopravvenuto alla lesione.

Ma la concausalità, come il Borri dice, deve avere tali attributi intrinseci, che ne comprovino il reale e ponderabile valore sia in *effettività di convergenza*, sia in *proporzionalità di grado*; non potendosi parlare di concorso di cause, allorquando le circostanze produttive del danno decorrano parallele, perchè il loro incontro

non avverrebbe mai; nè allorquando l'effetto del danno definitivo, che si può indicare con 100, invece di essere dovuto ad un'azione ideale di 50 : 50 per ciascuno dei due fattori, quale espressione tipica di concausalità, sia dovuto bensì al concorso dei due fattori; ma uno di essi venga ad apparire di mano in mano così trascurabile, sino a un rapporto di 1 : 99, di fronte al prevalere imponente ed intrinsecamente decisivo dell'altro, 99 : 1. Si passa in tal caso da una *concausalità sostanziale*, quale esige il codice, ad una *concausalità spuria*.

SULLE CONCAUSE PREESISTENTI non vi è mai stato, nè vi è nemmeno oggi, grande disaccordo.

Per la loro ammissibilità si esige: 1) che una condizione preesista al fatto del colpevole; 2) che tale condizione preesistente debba essere ignota al colpevole, altrimenti scomparirebbe ogni attenuazione di responsabilità, anzi il fatto importerebbe maggiore intensità di dolo; 3) che la condizione stessa debba avere concorso con la lesione a produrre la morte, che altrimenti non sarebbe avvenuta, per essersi trovato l'organismo del paziente in condizioni, come si dice, di vulnerabilità specifica precostituita: una lesione della persona, di per sè non mortale, può condurre così a morte, addizionandosi i suoi effetti con quelli dovuti alla predetta vulnerabilità. Ne sono esempio le idiosincrasie, le condizioni di deficiente evoluzione organica o di involuzione troppo spiccata, i processi patologici propriamente detti; 4) che la condizione preesistente debba rappresentare perciò qualche cosa di abnorme, di accidentale, di impreveduto, perchè la nozione di "concausa", è informata al concetto della "irresponsabilità rispetto al caso fortuito".

SULLE CONCAUSE SOPRAVVENUTE regna tuttora viva discordia nel campo medico-legale appunto per la inconciliabilità dei termini della legge, che la disciplina; perchè non si concepisce una *sopravvenienza* morbigena, che *concorra* all'esito letale, e che sia nel tempo stesso *indipendente* dal fatto del colpevole.

Sono estremi di tali concause: 1) la volontà di uccidere; 2) una lesione inferta, di per sè non letale: ciò che dovrà risultare al perito dallo studio clinico del caso e dai risultati anatomo-patologici; 3) la sopravvenienza di una circostanza, atta a turbare il normale andamento della lesione; circostanza però concorrente e attivamente

cooperante con la lesione all'esito letale; 4) la indipendenza della circostanza sopravvenuta dal fatto del colpevole.

Ma proprio intorno a questo estremo, come ho detto, più ferve il dissidio; perchè alcuni intendono la " indipendenza „ *in senso assoluto*, nel senso letterale della parola, per modo che mai dovrebbe ammettersi il beneficio della concausa, ogni qual volta rimanesse un certo legame patogenetico tra il fatto del colpevole e la causa sopravvenuta; altri invece danno alla parola " indipendenza „ un *significato soltanto relativo*, nel senso che la concausa debba essere ammessa anche quando tra il fatto antigiuridico e la condizione sopravvenuta corra un rapporto patogenico, a patto però che la condizione stessa rappresenti qualche cosa di fortuito e non d'ordinario.

Il Borri fa, a un tale riguardo, tre ipotesi:

a) *dependenza assoluta*: vi ha allora tra fatto del colpevole e causa sopravvenuta uno stretto nesso di causalità. Esempio: ferita penetrante nell'addome, con lesione intestinale, peritonite inevitabile, morte. È inammissibile la concausa.

b) *indipendenza assoluta*: la condizione sopravvenuta si è verificata per un fattore estraneo, che interrompe il nesso di causalità; quindi è assolutamente indipendente nella origine e nel decorso dal fatto delittuoso. Esempio: ferita lieve, applicazione di ragnatela, tetano, morte. La complicazione, pur avendo avuto origine dalla ferita, è indipendente dal fatto del reo, essendo intervenuto un nuovo fattore (applicazione della ragnatela infetta). Il feritore dovrebbe rispondere solo di semplice lesione; nè potrebbe parlarsi di omicidio con concause.

c) *indipendenza relativa*: l'esito letale prende occasione esclusivamente dal fatto del colpevole, ma la complicanza, che ne ha aggravato la portata, non era necessaria. Esempio: ferita da un colpo di bastone, conveniente medicatura, tetano mortale da infezione della ferita. Si ha concausa, essendosi trattato di sopravvenienza concorrente, ma non necessariamente dipendente dal fatto del colpevole.

Come conclusione, noi riteniamo che manchi la condizione del concorso tutte le volte che il processo morboso sopravvenuto sia assolutamente indipendente, ovvero, all'opposto, rappresenti la conseguenza consueta, comune, necessaria, della lesione; ed esista invece la concausa sopravvenuta, quando nel decorso della lesione, che di per sè non sarebbe riuscita letale, sia sopraggiunta una circostanza

morbosa, che rappresenti qualche cosa di fortuito, di accidentale, di nuovo, di eccezionale, che, prendendo occasione dalla primitiva lesione, conduca all'esito letale.

La parola “ *indipendenza* „ non deve quindi intendersi alla lettera. Il Borri parla di una “ *indipendenza giuridica* „, che può ben coesistere con una “ *dipendenza patogenetica* „. Il concetto di concausa non si deve per altro generalizzare; al contrario deve essere studiato *ogni singolo caso* con rigorosa critica; ed allora soltanto il perito formulerà il suo sereno giudizio.

Nei riguardi dell'art. 368 c. p. si deve tener presente che ivi si parla di morte cagionata “ *con atti diretti a commettere una lesione personale* „; quindi manca in questa figura delittuosa il primo requisito dell'omicidio concausato, vale a dire il fine di uccidere, e può solo ragionarsi di omicidio preterintenzionale, beneficato o no dalle concause.

Il codice penale vigente non parla di “ *concause concomitanti* „, quali sarebbero, ad esempio, il colpo morale, lo spavento, che accompagnano un dato fatto criminoso, e che potrebbero aggravare le conseguenze di una lesione sino a produrre la morte. Ma il perito deve tenerle presenti, ed eventualmente metterle in evidenza al magistrato. Taluno considera tali concause come condizioni preesistenti, in conformità al sistema seguito dal legislatore, che appunto non le menziona a parte.

E il codice nemmeno contempla le “ *concause nelle lesioni personali* „. L'art. 374 c. p., come l'art. 368, muove da un concetto del tutto opposto a quello di concausa, quale è stato sopra precisato. Nell'art. 367 l'agente vuole raggiungere l'effetto letale, sebbene la sua azione si riveli inadeguata e venga completata da un'altra causa concorrente. Nell'art. 374 l'autore della lesione non vuole l'effetto più grave, in realtà verificatosi, per il suo fatto, a causa di altre circostanze. Tuttavia il legislatore mette a suo carico i maggiori effetti dannosi non voluti, facendo eccezione alla regola generale dell'art. 45, pur concedendo una diminuzione di pena.

Per questa ragione consegue che, ove concause in realtà esistano, e se riescano esse, pur senza cagionare la morte, ad aggravare il decorso di una lesione, *devono sempre essere fatte presenti dal perito*, per essere valutate dal giudice, se non nell'ipotesi di cui all'art. 374, almeno nel determinare la responsabilità del feritore e la pena da

infliggere entro i limiti stabiliti dalla legge. Una sentenza di Cassazione stabilisce che in tema di lesioni personali *le concause siano calcolate nella determinazione della pena*, senza però che si faccia luogo ad una speciale diminuzione della pena stessa. Così, secondo la giurisprudenza, le concause in tema di lesioni personali si dovrebbero sempre valutare soltanto ai fini della determinazione della pena, nei limiti fissati per ciascuna delle ipotesi previste dall'art. 372 c. p.

Giova tener presente tutto ciò per l'opportuno confronto, quando sarà detto delle norme introdotte dal progetto del codice penale sulla stessa materia.

B) CONCAUSE NEL DIRITTO PREVIDENZIALE COSTITUITO. — Il secondo punto della " relazione „ riguarda l'accertamento della causa e il concorso di cause nella infortunistica medico-legale.

Per " CAUSA „ dobbiamo intendere col Biondi " *quel fatto o quel complesso di fatti, che ha in sè la possibilità, la capacità, o magari la tendenza generica a produrre, secondo il comune corso delle cose, quel dato avvenimento, che ne è l' " EFFETTO „*. Si ha la " *causa pura „*, quando l'azione lesiva o letifera violenta, avvenuta in occasione di lavoro, ha in sè la efficienza e la sufficienza a ledere o ad uccidere; ad es. un trauma che si verifichi per la caduta di un operaio dall'alto. Si ha invece la " *sequela o seriazione di cause „*, quando l'effetto ultimo è determinato da diversi momenti causali, originati l'uno dall'altro e intimamente connessi tra di loro con un rapporto rispettivamente immediato e mediato, quali singoli anelli di una catena, che si succedono nella seriazione; momenti causali però che non debbono dal perito essere confusi con fattori concausali sopravvenuti. Esempio, tra gli altri, è il caso tipico riferito dal Bianchini: " *caduta dall'alto, frattura di ossa lunghe, embolia grassa polmonare, sincope cardiaca. „*

Ora, in tema di ricerca della causa del danno, qui non si richiede una prova rigorosa; il provvedimento sociale è per sua natura ispirato a larghezza di vedute nella protezione del lavoratore. La giurisprudenza si appaga di un fondato e concreto giudizio peritale anche *in linea di probabilità*. Se fosse richiesta sempre la certezza assoluta del rapporto di causalità, molti infortuni resterebbero scoperti dalla assicurazione. Gran divario esiste sotto tale riguardo fra le condizioni contrattuali, esplicitamente più severe, delle assicurazioni volontarie, che pretendono, o possono pretendere, una dimostrazione piena ed

assoluta della causa del danno (*causa accertata*), e quelle più late delle assicurazioni obbligatorie. Anche maggiore è la esigenza della prova del nesso causale nel diritto civile per la valutazione della civile responsabilità.

Nel lavoro possiamo trovare la causa unica dell'infortunio, perchè il fatto esterno è di per se stesso sufficiente a produrre l'effetto, che ne deriva; come possiamo trovarci di fronte a danni, non più dovuti unicamente all'azione pregiudicevole collegata col lavoro, ma al concorso, insieme con quello, di altre cause, dal lavoro indipendenti, ed aventi quindi con esso un rapporto solamente mediato; per le quali cause concorrenti il danno stesso assunse le proporzioni e la gravità, che ebbe; senza di che avrebbe avuto o estensione minore o addirittura sarebbe mancato del tutto. Così, anche nella infortunistica, a lato della causalità pura e semplice e alla sequela di cause, sta il concorso di causalità — o *concausalità* — come nella legge penale.

Si hanno per tal guisa le *concause anteriori* e le *concause posteriori*, secondo che le condizioni morbose, influenzanti il sinistro, precedano o susseguano ad esso. Le concause si distinguono pure in concause di accidentalità, di lesione, di malattia e di incapacità, riguardo alla loro modalità del verificarsi; ma non è il caso di entrare in questi dettagli.

Ora per la valutazione della causalità pura e semplice può dirsi che non vi siano eccezioni legittimamente sollevabili per nessuna delle varie ipotesi, nelle quali può prodursi il danno della persona. Invece la situazione è ben diversa nell'apprezzamento della *concausalità*. Come abbiamo visto, nel campo del diritto penale il maggiore dibattito si ha per la ammissibilità della circostanza concorrente sopravvenuta e indipendente; invece nell'infortunistica non tanto la *concausalità* posteriore offre motivo a contestazioni, quanto e specialmente quella anteriore al sinistro, che assai spesso è il punto più discusso per la liquidazione del danno.

Le *CONCAUSE ANTERIORI* riguardano il complesso delle condizioni fisiche dell'operaio, preesistenti all'infortunio, che concorrono all'aggravamento del danno, e costituiscono quello che correntemente chiamasi nell'infortunistica “ *stato anteriore* ... Queste condizioni

morbore preesistenti, rispetto alla natura loro, sono di duplice ordine, e vengono a formare due categorie, sulle quali è bene soffermarsi.

1) *Concause di lesione*. Esse consistono in quelle condizioni morbose preesistenti o concomitanti all'infortunio, che aggravano il decorso delle alterazioni prodotte dal sinistro. Dall'azione adunque di una condizione morbosa, indipendente dall'infortunio, in concorso con la causa violenta, risulta un processo patologico, che può dirsi generato da due fattori (concause). Sono i casi in cui le conseguenze anatomo-funzionali del processo predetto sono state determinate da *concause patologiche*, e quindi può ben parlarsi di concause di lesione. Sono stati morbosi in atto, e per lo più diatesi, infezioni, intossicazioni. Esempio tipico quello di un diabetico (concausa preesistente), nel quale, dopo essersi determinata una lesione iniziale di minima entità patologica per una causa violenta di lieve capacità lesiva, si verifica, per il fatto della concausa (diabete) una evoluzione clinica assai grave e sproporzionata, da cui deriva una forte menomazione funzionale o la morte.

2) *Concause d'invalidità o di incapacità*. Esse consistono in quegli stati patologici preesistenti, che, senza influire sull'andamento del trauma, si sommano con le conseguenze derivanti dal trauma stesso, diminuendo maggiormente la capacità al lavoro dell'infortunato. Siamo adunque nel terreno del semplice concorso quantitativo, si direbbe quasi numerico, di cause invalidanti. Sono esiti di stati morbosi spenti, difetti fisici sia di origine interna, sia esterna, tanto spontanea, quanto traumatica, i quali, a differenza dei precedenti, non influenzano affatto, dal punto di vista clinico, le lesioni prodotte dal sinistro, ma ne aggravano le conseguenze giuridicamente valutabili, sommandosi gli effetti dannosi. Esempio classico è quello della mancanza di un occhio in un individuo, che, in seguito ad un infortunio, abbia perduto l'occhio superstite: il quantitativo del danno risarcibile diventa uguale alla perdita totale della funzione visiva. Oppure: un individuo, cui manchi già un dito di una mano, ne perde un altro per infortunio. Evidentemente la preesistente mancanza del dito non ha agito concausalmente con la lesione, per determinare la perdita dell'altro dito; ma l'invalidità derivante da detta mancanza si viene a sommare con l'invalidità prodotta dall'infortunio, risultandone in complesso uno stato di invalidità dell'arto, che è maggiore di quello che sarebbe derivato dal solo infortunio.

La *valutazione delle concause preesistenti* nel campo della legge sugli infortuni è affatto diversa da quella che deve farsi per la legge penale. In questa l'autore del reato ha diritto alla diminuzione delle concause, quando esse esistano ed abbiano i requisiti voluti dal codice. Nella infortunistica invece l'obbligo dell'indennizzo comprende la riparazione di *“ tutto il danno „* (damnum non iniuria datum), senza che si possa tenere alcun conto delle condizioni fisiche preesistenti: ogni detrazione è inammissibile, solo che il danno sia stato effettivamente cagionato od anche concagionato. *“ Il valore dell'operaio è unicamente rappresentato dallo ammontare del salario percepito al momento del sinistro „*. La legge (art. 9 sostit.) non ammette altro criterio per la determinazione dell'indennità, fuori di quello del salario, che rappresenta l'attuale capacità lavorativa dell'operaio: salario consolidato in una somma fissa (operai a giornata od a mensile), oppure in una somma di media (cottimisti).

Il giudizio sul cambiamento dello stato fisico dell'operaio da prima a dopo l'infortunio, che si risolve in un quot di danno, deve scaturire esclusivamente dal confronto fra la capacità al lavoro (*esponente il salario*), che l'operaio aveva prima, e quella residua dopo l'infortunio: capacità inducente, o meno, una diminuzione del rendimento lavorativo, e quindi una *riduzione*, che può essere tanto reale quanto potenziale, *dello stato esponente “ salario „*. Questo è lo stato della questione ancor oggi nel pensiero di molti commentatori delle leggi sugli infortuni e di molti giudici. I motivi di un tale orientamento sono stati indicati, fra i primi e più autorevoli autori, dal Carnelutti, ne' suoi *“ Studi sugli infortuni del lavoro „*. Nella dottrina e nella giurisprudenza predomina ormai il concetto che l'operaio vale per quello che produce sul mercato del lavoro, e la legge lo assicura, come si esprime il Ricchi, *“ per quello che è, con tutti i suoi pregi e con tutte le sue tare fisiopsichiche, di cui egli sia malauguratamente portatore. „*

Fra le non poche sentenze del genere, antiche e recenti, riporto questa della Cassazione, che è del 1928.

“ Nella liquidazione dell'indennità spettante ad un operaio infortunato deve tenersi presente la diminuita sua attitudine al lavoro. E quindi, oltre che le conseguenze dirette della lesione riportata nell'infortunio, debbono essere considerate — ai fini di detta valutazione — anche le condizioni fisiche preesistenti dell'operaio, sempre che esse concorrano con le conseguenze accennate a determinare la

riduzione dell'attitudine lavorativa. Nè può farsi distinzione tra il caso in cui l'operaio abbia già percepito per la preesistente lesione un'indennità, e quello in cui nulla abbia riscosso, perchè la lesione stessa non fu causata da infortunio sul lavoro. „

Altra sentenza è della Corte d'Appello di Milano, pure del 1928.

“ La preesistenza di imperfezioni fisiche, che concorrono nel rendere più grave il danno conseguente all'infortunio, non può essere valutata ai fini di limitare il risarcimento; perchè, *in rapporto al salario percepito al momento dell'infortunio*, alla stregua del quale va commisurata l'indennità, la capacità dell'operaio è sempre integra. „

Dopo quanto si è detto, potrebbe considerarsi esaurito anche il secondo punto del mio tema. Se non che proprio ora si impongono altre importanti considerazioni, che nella pratica offrono appunto il maggior motivo alle liti.

Non pochi fra i medici legali e gli infortunisti sono venuti di mano in mano esprimendo la convinzione che un tale trattamento molto largo, fatto agli operai infortunati, finirà col tradire gli scopi della legge sulla obbligatorietà dell'assicurazione, e che la legge stessa, da strumento benefico di previdenza, potrà trasformarsi in una causa di disoccupazione e di miseria. Giova ricordare che lo schema del Regolamento per la legge infortuni del 1898, quasi in previdenza di quanto oggi costituisce il punto più vivo delle contestazioni, aveva tentato di defalcare dal calcolo della inabilità quel tanto di danno, che potesse essere posto a carico delle concause preesistenti nella persona dell'operaio. Nell'Inghilterra da tempo molti industriali sottopongono a rigorosa visita il personale, prima di assumerlo. In alcune regioni della Germania è addirittura adottato il principio della visita preventiva. In Italia il Sindacato industriale fu tra i primi a licenziare dagli Stabilimenti consociati coloro che erano stati liquidati per una inabilità permanente: fu visto così diminuire il numero degli infortuni!

Notevole è la seguente sentenza del Tribunale di Genova del 1922.

“ È pienamente valido, ed è opponibile anche all'operaio colpito da infortunio, il patto mediante il quale fra Istituto assicuratore ed Imprenditore siasi convenuto che si riterranno esclusi dall'assicurazione gli operai affetti da imperfezioni fisiche o da infermità, dei quali nella proposta, o posteriormente, all'atto della loro assunzione in servizio, sia stato omissso di indicare all'Istituto medesimo i nomi e le rispettive imperfezioni od infermità.

Contro la validità di tale patto non giova opporre che la legge obbliga alla assicurazione di tutti indistintamente gli operai, anche se non integre siano le loro condizioni fisiche; giacchè la legge stessa non prescrive una misura determinata di premio per qualsiasi operaio addetto ai lavori; onde è lecito agli Istituti assicuratori richiedere un premio maggiore, in vista del rischio più grave derivante dalle aziende anzidette, per speciali condizioni fisiche di alcuni operai. „

Le Ferrovie dello Stato scartano, come è noto, oltre il 30 % degli aspiranti nella visita medica preliminare. Per l'assicurazione della gente di mare è prescritta la visita preventiva. Se dunque il sistema della visita preventiva si generalizzasse, molti lavoratori sarebbero esposti al pericolo di non potersi guadagnare la vita, ove altre forme di previdenza sociale non fossero in vigore contro i danni della invalidità. Alla deficienza ed incertezza della nostra legge ha cercato di riparare, e forse non poche volte audacemente, la giurisprudenza col rendere ineccepibile per regola lo stato fisico anteriore. Non bisogna però dimenticare che tante condizioni morbose preesistenti basterebbero a far escludere da ogni ramo della industria un numero ben considerevole di operai.

La questione delle concause di lesione ad ogni modo è stata la meno dibattuta, la prima, si direbbe, a pacificarsi; tanto che il Ricci poté scrivere fino dal 1923 che essa era ormai chiusa. “ Se tali concause — egli ha detto — non rivestono il carattere di cause occasionali o determinanti (la classica goccia d'acqua che fa traboccare il bicchiere), non debbono, per comune consenso, diminuire il tasso di risarcimento che spetta all'operaio in conseguenza della perduta capacità al lavoro. „

Concorda con questi criteri un recente parere (marzo 1927) della Commissione Arbitrale di Ancona. “ Quando, successivamente ad un infortunio (caduta da un albero) il lavoratore muoia per leucemia linfoide, deve ammettersi la indennizzabilità del sinistro anche nel caso di preesistenza di tale infermità, se il trauma abbia agito, quanto meno, come causa concomitante della morte. „

La questione delle concause d'invalidità si ritiene anch'essa chiusa da parte di molti studiosi di infortunistica, e da buona parte della nostra magistratura: per contrario è tutt'altro che pacifica, ed

è proprio quella che ancora offre motivo, come ho detto, a severe critiche e vivaci contese.

Già il Gabrielli in una relazione al Congresso Nazionale di oculistica infortunistica dell'ottobre 1920, in Roma, sul tema: "Valutazione delle condizioni preesistenti, che sono concausa di invalidità", ebbe a lamentare la portata estesissima ed ingiustificata, data al fondamentale principio infortunistico: *"l'industria è responsabile del danno intero arrecato da un infortunio, anche quando alla determinazione delle conseguenze di questo abbia concorso uno stato patologico preesistente."* Egli attribuì molti degli errori commessi alla confusione, spesso fatta da medici, magistrati e legislatori, fra concause di invalidità — che occupano un campo più ristretto — e concause di lesione, che da quelle debbono assolutamente e nettamente andare distinte. Da ciò errori di applicazione di un principio, che ha invece intrinseca bontà e grande fondamento di giustizia.

Propose pertanto un nuovo sistema per liquidare le concause di invalidità, così ragionando: un operaio normale — e per lui ogni sistema organo-funzionale completo, come quello costituito dai due occhi, dalle due braccia, dalle due gambe, ecc. — ha cento centesimi di capacità lavorativa. Coloro che sono menomati, ad esempio del 20, 30, 40 %, hanno solo, e rispettivamente, degli ottantesimi, settantesimi, sessantesimi di capacità al lavoro. Doversi pagare quindi a costoro il danno complessivo, derivante dalla concausa e dall'infortunio insieme: ma non in centesimi, sibbene in ottantesimi, settantesimi, sessantesimi, ecc.; e precisamente in proporzione tra la capacità preesistente e la residua, a tale stregua considerate. Si viene così ad attuare la razionale ed equa valutazione del danno arrecato dall'infortunio in soggetti già menomati, mediante risarcimento di tutta la capacità lavorativa perduta, *rispetto alla disponibile*; senza che ciò significhi voler risarcire anche il danno preesistente.

Il Gabrielli così enuncia il sistema:

"In caso di concorso di invalidità determinata dalla preesistenza di una lesione invalidante e dal sopravvenire per infortunio d'altra lesione, che invalida lo stesso sistema funzionale, il danno indennizzabile risulta dal rapporto fra il danno percentuale specificamente determinato dall'infortunio e la capacità lavorativa preesistente.", E chiarisce indi il suo concetto con altra formulazione, che chiama più pratica e più facile, così concepita:

“ Quando all'infortunio preesisteva uno stato di invalidità dello stesso sistema funzionale, il danno indennizzabile è rappresentato da una frazione, il cui denominatore indica la capacità lavorativa teorica preesistente, e il numeratore è costituito dalla differenza tra la capacità preesistente e quella attuale. „

Ecco una “ esemplificazione „. Un monocolo perde per infortunio l'occhio superstite. Vi fu chi sentenziò (sentenza Parodi) che fosse dovuto il 35 %, con lo specioso argomento che la Tabella dell'art. 95 Reg. infortuni fissa il valore percentuale di un occhio al 35 %. Vi fu chi pensò che fosse dovuto il 65 %, ragionando così: se il primo occhio perduto vale 35, l'altro vale 65, dal momento che la perdita di ambedue vale 100. Infine la più corretta dottrina (Borri e Carnelutti) e la giurisprudenza hanno fissato per tale caso l'indennizzo del 100 %.

Il Gabrielli giustifica perfettamente tale valutazione, ragionando nel modo seguente: il valore lavorativo di un operaio, per quanto riguarda la sua funzione visiva è il 100 %. L'operaio monocolo manca del 35 % della sua piena capacità, per cui possiede una *capacità lavorativa residua* del 65 %. Questo valore — 65 — è tutto il suo valore lavorativo in rapporto alla sua funzione visiva. Se diventa cieco del tutto, se cioè si riduce a — 0 — la sua capacità lavorativa visiva, egli perde 65 unità delle 65 disponibili, cioè i 65/65, che equivale al 100/100.

Le vedute del Gabrielli, pur essendo state oggetto di critiche, hanno tuttavia resistito nella discussione, tanto da essere state recentemente difese anche dal Leoncini nel già ricordato Congresso di Milano, e da essere state pienamente accolte in varie sentenze.

Eccone una del Tribunale di Forlì del 1924:

“ Quando alla determinazione delle conseguenze dell'infortunio si ravvisi il concorso di uno stato patologico preesistente, occorre ricercare se trattisi di *concausa di lesione* o di *concausa di invalidità*. Le concause di lesioni sono quelle condizioni preesistenti, che concorrono con la causa violenta a produrre le conseguenze anatomiche funzionali del processo patologico generato dall'infortunio. Le concause di invalidità sono invece quelle condizioni preesistenti, che hanno già determinato un grado di invalidità, indipendentemente dagli effetti del sopravvenuto infortunio.

“ In caso di concorso di invalidità, determinato dalla preesi-

stenza di una lesione invalidante e dal sopravvenire, per infortunio, di altre lesioni che invalidano lo stesso sistema funzionale, il danno indennizzabile risulta dal rapporto percentuale specificamente determinato dall'infortunio e la capacità lavorativa preesistente. Praticamente, quando all'infortunio preesisteva uno stato di invalidità dello stesso sistema funzionale, il danno indennizzabile è rappresentato da una frazione, il cui denominatore indica la capacità lavorativa teorica preesistente, e il numeratore è costituito dalla differenza tra la capacità preesistente e quella attuale. „

E la Corte di Appello di Roma sentenziava nel 1928:

“Allorquando si accerti in un operaio infortunato la preesistenza di una malattia in atto per causa identificabile ed autonoma di minorazione della capacità lavorativa, non può ascriversi al trauma la integrale capacità valutata posteriormente all'infortunio; ma dev'essere questa scomporre, distinguendo — agli effetti della attribuzione dell'indennizzo — la parte di minorazione imputabile al trauma da quella imputabile invece alla preesistente infermità. „

Ed ancora la Commissione arbitrale Centrale nel 1929:

“In caso di concorso di invalidità determinata dalla preesistenza di una lesione invalidante e dal sopravvenire di una lesione che invalida lo stesso sistema organo-funzionale, il danno indennizzabile risulta dal rapporto fra il danno percentuale specificatamente determinato dall'infortunio e la capacità lavorativa preesistente: ed è rappresentato da una frazione, il cui denominatore indica la capacità lavorativa preesistente, ed il numeratore è costituito dalla differenza fra detta capacità e quella attuale. „

Recentemente (1928) Balthazard in una sua memoria alla Società di medicina legale di Parigi, dal titolo: “La valutazione della incapacità in conseguenza di lesioni multiple „, ha formulato proposte sulle identiche basi fissate dal Gabrielli. Nè importa se (more solito) egli non abbia riconosciuto la priorità all'autore italiano, e non ne abbia nemmeno ricordato il lavoro di otto anni prima.

Occorre infine accennare alla diversità con cui il problema si presenta per gli infortuni agricoli in confronto a quelli industriali.

L'assicurazione agricola si estende molto al di là dai confini della locazione d'opera, dentro i quali soltanto vive l'assicurazione industriale. In agricoltura tutti i lavoratori, forti o deboli, sani od ammalati, sono assicurati “di pieno diritto „, dai 12 ai 65 anni compiuti, sulla base della “Tabella delle indennità „, nella stessa mi-

sura, e precisamente in ragione di ciò che rende un individuo di quel sesso e di quella età, che sia nel pieno possesso della propria capacità lavorativa; cosicchè viene a mancare la ragione prima, per cui si fa generalmente obbligo all'industriale di non tenere conto delle concause preesistenti.

Facendo liquidare all'infortunato dell'industria il danno complessivo risultante dalla concausa e dal traumatismo insieme, il giudice non si propone altro scopo, che quello di far avere all'operaio minorato una somma eguale a quella che avrebbe percepito un operaio sano. Questo scopo è raggiunto negli infortuni agricoli, applicandosi semplicemente la Tabella di liquidazione per il danno derivante dal solo traumatismo. È evidente che in quest'ultimi non c'è bisogno di tener conto delle concause. Infatti — possiamo ripetere col Carnelutti — “ o il difetto fisico preesistente non diminuisce nel contadino la capacità al lavoro, ed egli riceve, in caso di infortunio, ciò che riceverebbe se fosse sano; o la diminuisce, ed il fatto di percepire una indennità non ridotta lo compensa appieno del danno che risente anche per effetto della concausa. „

Rimane ora di discorrere sulla valutazione delle CONCAUSE POSTERIORI.

Nelle concause preesistenti è in gioco essenzialmente l'elemento fisico interno tarato dell'operaio, ed il danno viene a rappresentare la somma di quella tara con le conseguenze del sinistro. Nelle concause posteriori invece entra in azione principalmente l'elemento fisico esterno, che danneggia un organismo presumibilmente non tarato, il cui stato anteriore non debba comunque avere influenza sulle eventuali complicate del sinistro. Il danno viene allora a rappresentare piuttosto una *sequela di condizioni morbose*, che hanno origine e sviluppo da quello che è l'effetto primitivo della lesione, sia pure minimo, come la feritucola cutanea, attraverso la quale entra un'infezione rapidamente letale.

Questo complesso di *modificazioni derivanti dall'infortunio* (art. 13 legge), questa serie di conseguenze dirette od indirette, che vengono a manifestarsi più o meno tardivamente, costituisce il così detto “ *stato posteriore dell'operaio* „, che si contrappone allo stato anteriore. Al perito spetta di constatare oggettivamente la connessione delle conseguenze nella evoluzione del processo morboso, *connessione che sussiste in quanto la catena causale non subisca in-*

terruzioni reali nei suoi anelli di congiunzione, il primo dei quali è rappresentato dall'effetto immediato della causa efficiente dell'infortunio. Una tale concatenazione di cause è a volte evidentissima; a volte invece può apparentemente presentare un aspetto di discontinuità, quando le concause sopravvenienti, anzi che essere dirette od immediate, siano indirette o mediate. Ma la sostanza delle cose non cambia; il danno definitivo dovrà gravare completamente su quel fattore industriale, che fu la prima radice d'una successione di guai, i quali condussero all'effetto finale lamentato.

Vi è anche qui differenza col diritto penale, per il quale il concorso delle condizioni morbose sopravvenute viene ammesso a scagionare parzialmente il colpevole. In ogni modo, a proposito di tali concause, è stato, si può dire, sempre pacifico nella giurisprudenza il principio che *“ di tutte le conseguenze immediate o mediate, dirette od indirette, di una azione violenta esercitata in occasione di lavoro, l'industria debba pienamente rispondere mediante indennizzo ”*, tranne che per i casi di aggravamento dovuti a dolo od a colpa inescusabile, o per i danni provocati da terzi, in cui naturalmente restano applicabili le norme del diritto comune sulla responsabilità civile e penale.

Concludendo sulla questione della concausalità in infortunistica, alla cui trattazione, per quanto schematica, ho dovuto dare un maggiore sviluppo, per la straordinaria importanza pratica dell'argomento, esprimo anch'io la convinzione che là, ove più viva è la discordia, — e dico in ispecie per la liquidazione di infortuni concausati da concause d'invalidità — lo spirito della legge sia più *orientato verso criteri restrittivi*, anzichè verso quei criteri di larghezza, che alle volte per lo meno sono stati esagerati. Soltanto avvicinandoci il più intimamente possibile al pensiero del legislatore potremo ottenere quella serena applicazione del provvedimento riparatore, che da ogni parte si invoca. Dallo studio critico di ogni singolo caso non possono non derivare molti dati al perito. Ma intanto il problema non può dirsi risoluto, apparisce sempre di grande interesse e attende da più completi studi la necessaria soluzione.

CONCAUSE NEL PROGETTO DEFINITIVO DI UN NUOVO CODICE PENALE

Vengo al terzo punto del tema, “ *sulle concause nel progetto definitivo di un nuovo codice penale.* „

Il legislatore ha qui innanzi tutto affermato il principio del “ *rapporto di causalità* „, con l'art. 44 del Progetto (1), che è del tenore seguente:

“ Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non sia conseguenza della sua azione od omissione.

“ Non impedire un evento, che si ha obbligo di impedire, equivale a cagionarlo. „

Ha indi contemplato con l'art. 45 il “ *concorso di cause* „ (2):

“ Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione o omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento.

“ Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità, quando siano *da sole* sufficienti alla determinazione dell'evento. In tal caso,

(1) Questo art. 44 del Progetto porta il n. 40 nel *testo definitivo* del Codice penale, approvato con Regio Decreto 19 Ottobre 1930 - VIII, N. 1398, e che avrà esecuzione a cominciare dal 1° luglio 1931. Esso è così concepito:

Art. 45 - *Rapporto di causalità* - “ Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione.

“ Non impedire un evento, che si ha l'obbligo *giuridico* di impedire equivale a cagionarlo. „

(2) È l'art. 41 del *testo definitivo*:

Art. 41. *Concorso di cause*. “ Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento.

“ Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando *sono state* da sole sufficienti a *determinare l'evento*. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa *costituisce* per sè un reato, si applica la pena per questo stabilita.

“ Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea *sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui.* „

se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisca per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita.

“Le disposizioni precedenti si applicano anche nel caso in cui la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consista nel fatto illecito altrui. „

E intorno alle “*circostanze attenuanti comuni* „, ha così stabilito con l'art. 66 (1):

“Attenuano il reato, quando non ne siano elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti: ... 5) *l'essere concorso a determinare l'evento, insieme con l'azione o l'omissione del colpevole, il fatto doloso della persona offesa; ...* „

La disciplina espressamente data dal Progetto al rapporto di causalità materiale, sia per l'ipotesi che l'evento si riannodi alla sola azione od omissione del colpevole (art. 44), sia per quella caratterizzata dalla possibilità del riferimento dell'evento stesso ad un concorso di cause (art. 45), è stata oggetto di vivo interessamento, ed ha costituito una “geniale novità „, se si vuole adoperare l'espressione usata dal Relatore della nostra Facoltà giuridica, il compianto prof. Pinto, nell'esprimere il giudizio, che a tutte le Facoltà di giurisprudenza era stato preventivamente richiesto dal Ministro. Mentre, come fu detto, il codice vigente tratta delle concause soltanto a proposito dell'omicidio per considerarle come circostanze minoranti della responsabilità, ammettendo all'uopo una riduzione di pena, il progetto Rocco invece trasporta la materia delle concause nelle *disposizioni generali* per la disciplina del rapporto causale — ove si trovano raggruppate norme che hanno acquistato carattere di generale applicazione — ed eleva, come il Ministro si esprime nella sua Relazione al Progetto, *al valore di una disposizione generale* l'affermazione che un evento possa dipendere da più antecedenti, invece che da uno soltanto di essi; e intende a stabilire che gli antecedenti, in tal caso, adempiono ognora una funzione causale,

(1) È l'art. 62 del testo definitivo:

Art. 62. *Circostanze attenuanti comuni* - “Attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti:

5) *l'essere concorso a determinare l'evento, insieme con l'azione o l'omissione del colpevole, il fatto doloso della persona offesa; ...*

anche se ciascuno di essi non sia da solo sufficiente a produrre l'evento, purchè però tutti concorrano, nel loro insieme, alla produzione dello stesso.

Di tale regola, aggiunge la Relazione, costituisce una applicazione, più che una eccezione, il primo capoverso dell'articolo, col quale si stabilisce che le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità, *quando siano da sole sufficienti* alla determinazione dell'evento. Tale disposizione particolare si riferisce all'ipotesi, in cui vi sia un concorso di cause successive tra loro indipendenti. Viceversa, quando le cause siano tra loro simultanee, non sarebbe possibile riferire l'evento all'una, piuttosto che all'altra causa; e, in conseguenza, l'evento deve considerarsi — *ex necesse* — come prodotto di tutte le cause. Quando invece le cause siano tra loro dipendenti, anche se successive, non potrebbe ugualmente escludersi il rapporto di causalità, perchè l'evento, attraverso il legame derivativo delle cause, finisce per risalire anche agli antecedenti non prossimi; in guisa da trovare piena giustificazione il principio: "*causa causae est causa causati* ..

Adunque per la nuova disciplina del rapporto causale il concorso di cause, siano esse preesistenti, simultanee o sopraggiunte (Art. 45) od il concorso di circostanze, siano esse note od ignote al colpevole, non esclude il rapporto di causalità. In via generale il colpevole risponde dell'evento come conseguenza della propria azione od omissione, tanto se l'evento stesso sia conseguenza esclusiva di questa, quanto se sia conseguenza di un concorso tra l'azione od omissione e la condizione preesistente, anche se ignota, o la causa sopravvenuta, anche se indipendente. Così le minoranti, di cui all'art. 367 del vigente codice penale, sono ripudiate dal nuovo legislatore; ogni indagine medico-legale al riguardo diventa superflua.

E perchè — si è domandato il Massari in seno alla Commissione ministeriale per i lavori preparatori del codice — si è abolita la diminuzione di pena, che oggi è stabilita in tema di concause? Perchè tutta la dottrina era contraria, e perchè non vi è Codice, che si occupi di questa agevolazione in tema di reati dolosi.

L'accertamento di una concausa può tuttavia essere utile in relazione alla misura della pena, perchè il giudice nello spaziare tra il massimo ed il minimo stabilito per un determinato reato, può "*nei congrui casi* .. tenere conto della concausa: *non più però nel senso che la concausa possa funzionare come una specifica minorante della pena*; salvo espresse disposizioni di legge.

Da quanto precede apparisce chiara l'importanza della sistemazione data col Progetto alle regole sul concorso di cause, per quel che concerne l'elemento fisico o materiale del reato. Il codice in vigore si occupa delle concause solo a proposito dell'omicidio e solo dal punto di vista della imputabilità. Il Progetto invece affronta e risolve il problema del concorso di cause nel rapporto materiale o fisico, come problema generale, fondamentale della dottrina del reato; e lo distacca, con disciplina autonoma, da ogni possibile soluzione, che possa darsi, intorno alla questione sulla responsabilità.

Deve notarsi che nell'art. 66 il legislatore ha collocato il gruppo delle attenuanti comuni, sostanzialmente costituito da talune circostanze che riflettono moventi o stati d'animo moralmente e socialmente apprezzabili, ovvero modalità di esecuzione o fatti posteriori al reato, che rivelano anch'essi nel colpevole una minore capacità a delinquere. *L'ipotesi prevista al n. 5 di detto articolo è l'unica che possa interessare dal punto di vista del nostro tema, perchè ivi è contemplato, come circostanza minorante, "l'essere concorso a determinare l'evento, insieme con l'azione od omissione del colpevole il fatto doloso della persona offesa."* Fermo rimanendo, il rapporto di causalità tra l'azione o la omissione del colpevole e l'evento, quale esso è stato determinato anche dal concorso del fatto doloso della persona offesa, è sembrato equo al legislatore di stabilire una diminuzione di pena, tenuto conto della innegabile minore quantità del reato e della conseguente minore responsabilità del colpevole.

Ricorre qui l'esempio di una persona offesa, la quale, allo scopo di aggravare la posizione dell'imputato, non si curi secondo le prescrizioni mediche od inacerbisca la ferita con mezzi fraudolenti. Il medico legale in tale ipotesi può essere chiamato ad accertare le dette circostanze. Per gli altri casi, ripetesi, ogni indagine è ultronea, non essendo stato riprodotto il disposto dell'art. 367 c. p.

Il codice in vigore non prevede l'ipotesi dell'aggravamento doloso del trauma da parte della persona lesa.

Di proposito il legislatore ha escluso la predetta attenuante per il caso che — sempre, ben inteso, sussistendo il rapporto di causalità — il fatto della persona offesa sia soltanto colposo.

Tra i primi ad essere favorevoli al sistema del Progetto — di determinare e disciplinare espressamente nella parte generale il concetto di causalità, che è concetto fondamentale nel diritto di punire

— è stato il Del Giudice. Egli particolarmente ha dato lode alla proposta abolizione della efficacia attenuatrice delle così dette "concause"; in quanto la causa dell'evento rimane pur sempre quella delittuosa, anche se sia parziale od integrabile.

Per contrario il Gregoraci è stato pure dei primi a far osservare che " *la soluzione del problema delle concause, data colle relative disposizioni del Progetto, merita di essere ancora ben considerata e riveduta.* „ È sembrato un errore al Gregoraci quello che non si debba tenere alcun conto delle concause preesistenti o sopravvenute, anche se indipendenti dal fatto del colpevole, specie se esse consistano nel fatto illecito altrui, doloso o colposo, che può pur comprendere il proposito della parte lesa di aggravare le conseguenze dell'offesa ricevuta. Ciò che può anche produrre la morte, in caso di lesione patita. L'Autore ritiene che tali cause concorrenti debbano agire come diminuenti della responsabilità.

Per contrario non sembra a lui accettabile la disposizione del primo capoverso dell'art. 45; perchè si finirebbe col punire come semplice lesione — anche lieve — il fatto di chi abbia ferito altri gravemente, quando sia sopraggiunta una malattia, sia pure del tutto indipendente, che avrebbe egualmente condotto a morte, anche se non vi fosse stata la lesione; ma ciò non è giusto quando la lesione, con lo stato di debolezza che ha cagionato, ha agevolato il decorso mortale della malattia sopravvenuta.

È fuori del mio compito passare a discutere i diversi pareri. Le voluminose pubblicazioni del Ministero della Giustizia, tra cui gli " *Atti della Commissione Parlamentare* „, chiamata a dare il proprio giudizio sul Progetto, e la " *Relazione del Guardasigilli* „, costituiscono ricchissima fonte per chi volesse attingere più ampie notizie.

Nè le questioni mancheranno in seguito, quando ancora se ne hanno sullo stesso tema per l'applicazione del codice del 1889! Non vanno in qualunque modo dimenticate, nella attuazione del nuovo diritto, le parole di Zanardelli nella Relazione al suo codice: " *..... ripugnasse al concetto di giustizia rendere l'agente responsabile del caso fortuito; di conseguenze, vale a dire, le quali, per quanto fossero nelle sue intenzioni, eccedevano i limiti obbiettivi, dei quali il suo fatto per se stesso era capace.* „

*
* *

Sono così al termine della mia esposizione. Ho cercato di aggiornare l'argomento delle concause, mantenendomi — non senza evidenti difficoltà — nei termini più ristretti consentiti, e vorrei non essere venuto meno alla necessaria chiarezza. Mi lusingo di avere rinsaldato nell'animo dei colleghi il convincimento che il perito non si può, od almeno non si potrebbe fare, senza possedere un certo grado di cognizioni giuridiche; perchè altrimenti — *absit iniuria verbis* — esso potrebbe paragonarsi a chi prescrive, sia pure con vantaggio, una "specialità", di cui non conosca a sufficienza la composizione.

Il medico chiamato a compiere funzioni peritali, molte volte delicatissime e difficili, deve avere quella specifica preparazione, voluta dal contenuto tutto particolare della medicina legale; la quale ha la sua ragione d'essere "*nello studio e nella interpretazione dei rapporti giuridici del fatto tecnico.*". Allora le nostre discussioni e deduzioni potranno giovare adeguatamente alla colta serenità del giudice, che saprà sempre arrivare a conclusioni soddisfacenti; e noi ci sentiremo molto più tranquilli al fianco del magistrato nel servire l'ideale della Giustizia.

PROF. CANZIO RICCI

BIBLIOGRAFIA

- FILIPPI — Trattato di Medicina legale, III ediz., Milano, Vallardi, 1914.
- BORRI — Istituzioni di Medicina Giuridica, Milano, Vallardi, 1912.
- HOFMANN-FERRAI — Trattato di Medicina Legale. Milano, Vallardi, 1914.
- ASCARELLI — Compendio di Medicina Legale, II ediz. Roma Sampaolesi, 1924.
- Atti del III Congresso della Associazione Italiana di Medicina Legale* — Torino, Bocca, 1927.
- Rassegna della Previdenza Sociale* — Collezione — Roma, Società Anonima Tipografica Luzzatti.
- L'assistenza Sociale Agricola* — Collezione — Roma, Soc. An. Tip. Luzzatti.
- L'Assistenza Sociale* — Collezione — Roma, Soc. Ed. Filippo Corridoni.
- BALDI — *Progressi, regressi e contraddizioni della giurisprudenza infortunistica.* — “Studi Urbinati”, — Soc. Tip. Ed. Urbinati, Urbino, 1928 n. 1-2; 1929 n. 1-2.
- BARILE — *Ancora in tema di concausalità in infortunistica* — “Rivista critica in materia di infortuni sul lavoro”, — Milano, 1928, pag. 198.
- IDEM — *Causa violenta, non malattia violenta* — “Rivista Critica Infortuni”, — 1928, pag. 244.
- IDEM — *Nell'infortunio concausato è sufficiente che il fattore esterno agisca come causa determinante?* — “Rass. Prev. Soc. ”, 1928, n. 1.
- BELLUSSI — *La concausa nell'infortunio agricolo* — “Ass. Soc. ”, 1928, pag. 217.
- BIANCHINI — *Causa, concausa, occasione e coincidenza nella pratica infortunistica.* — “Rass. Prev. Soc. ”, 1925, XI.
- BIONDI — *L'incapacità al lavoro dal punto di vista medico-legale* — Torino, U.T.E.T., 1926.
- IDEM — *Costituzione e concausa* “Rass. Prev. Soc. ”, 1927, n. 1.
- Bollettino del lavoro e della previdenza sociale* — Collezione — Roma, Istituto Poligrafico dello Stato.
- BORRI — *Trattato di infortunistica* — II ediz., Milano, Soc. Ed. Libreria, 1918.
- CARNELUTTI — *Infortuni sul lavoro (Studi)* — Roma, Athenaeum, 1913.
- IDEM — *Contraddizioni ed approssimazioni della giurisprudenza in tema di infortuni sul lavoro* — “Riv. Dir. Comm. ”, 1927, II, pag. 51.
- CAZZANIGA — *Le basi medico-legali per la stima del danno alla persona da delitto o quasi delitto* — Milano, Istituto Editoriale Scientifico, 1928.
- CIAMPOLINI — *La traumatologia del lavoro nei rapporti con la legge* — II ediz., Roma, Pozzi, 1926.
- La Corte di Cassazione* — Collezione — Roma, Tipografia del Senato.
- DIEZ — *Coesistenza di invalidità nella valutazione del danno per gli infortuni sul lavoro* — Diritto del Lavoro — 1928, p. 220.
- IDEM — *Il criterio fisio-patologico e clinico nella valutazione delle concause negli infortuni sul lavoro* — Rass. Prev. Soc., 1924, XII.
- Il Diritto del Lavoro* — Collezione — Soc. An. Tip. “Leonardo da Vinci”, Città di Castello.

- FERRANNINI — *La causa violenta: infortunio e malattia* — Rass. Prev. Soc., 1921, XII.
- Il Foro Italiano* — Collezione — Roma, Soc. Ed. "Il Foro Italiano",
- GABRIELLI — *Valutazione delle condizioni preesistenti che sono concausa di inabilità* — Rass. Prev. Soc. 1920, X.
- BALTHAZARD — *La valutazione della incapacità in conseguenza di lesioni multiple* — Bull. Clin. des accidents du travail — In Rass. Prev. Soc., 1929, n. 1.
- GENTILE — *Concausa di lesione, concausa di incapacità, concorso di invalidità* — Riv. Crit. Inf., 1927, pag. 215.
- La Giurisprudenza italiana* — Collezione — Torino, Unione Tip. Ed. Torinese.
- La Giustizia Penale* — Collezione — Soc. Tip. "Leonardo da Vinci", Città di Castello.
- MAGNANIMI — *Sulla unicità causale degli infortuni sul lavoro; il concetto fondamentale della legge ed i rapporti di causalità* — Riv. Crit. Inf., 1928, pag. 76.
- MORI — *Della causa violenta e dei suoi limiti cronologici* — Rass. Prev. Soc., 1926, III.
- IDEM — *Dello sforzo quale causa violenta* — Rass. Prev. Soc., 1929, V.
- PEZZATINI — *La concausa di invalidità* — Riv. Crit. Inf., 1928, pag. 331.
- RAMERI — *Gli infortuni sul lavoro e la dottrina* — Rass. Prev. Soc., 1924, I.
- IDEM — *Gli infortuni sul lavoro e la Giurisprudenza* — Rass. Prev. Soc., 1929, IV.
- IDEM — *Gli infortuni sul lavoro nelle industrie e la giurisprudenza francese nel 1927* — Riv. Crit. Inf., 1928, pag. 113.
- RICCHI — *Concausa di incapacità* — Rass. Prev. Soc., 1923, VII.
- IDEM — *Ancora intorno alle concause di incapacità* — Rass. Prev. Soc., 1924, V.
- La Riparation des accidents du Travail* — Bureau International du Travail, Ginevra, 1925.
- SPEZIA — *La concausa nella infortunistica* — Ass. Soc., 1928, pag. 22.
- TOVO — *La valutazione dell'infortunio nel caso di concausa di lesione e di concausa di invalidità* — Rass. Prev. Soc., 1924, X.
- IDEM — *Lo sforzo come causa violenta nell'assicurazione infortuni* — Dir. del Lavoro, 1928, II, pag. 337.
- GISMONDI — *I concetti fondamentali del progetto di un nuovo codice penale italiano* — *La Giustizia Penale*, 1927, col. 632.
- DEL GIUDICE — *La materiale causalità nel progetto Rocco di un nuovo codice penale* — *La palestra del Diritto* — Perugia — Roma, 1927, XI.
- GREGORACI — *Sommario osservazioni critiche al progetto preliminare del nuovo codice pen. ital. presentato alla Commissione Ministeriale* — "*La Giustizia Penale*", 1928, col. 84.
- Il pensiero giuridico-penale* — Collezione — Casa Editrice Giacomo D'Anna, Messina.
- Relazione della Corte di Cassazione al progetto preliminare del nuovo codice penale* — (21 dicembre 1927) — "*La Giustizia Penale*", 1928, col. 2.
- La Scuola Positiva* — Collezione — Vallardi Edit., Milano.
- La Scuola Penale Unitaria* — Collezione — Unioni Arti Grafiche, Città di Castello.
- VANNINI — *La causalità materiale nell'omicidio secondo il progetto del nuovo codice penale* — *Il nuovo diritto e la Pretura*, Tivoli, 1928, X.

PINTO — *Il disegno preliminare del nuovo codice penale* — “ Studi Urbinati ”, S.T.E.U. - Urbino, anno I, n. 3-4, 1927.

Ministero della Giustizia — Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale — Vol. VI — Atti della Commissione Parlamentare — Roma, Mantellate, 1930.

Id. id. — Vol. V., Parte I — Relazione sul libro V del progetto. — Roma, Mantellate, 1929, VII.

Id. id. Vol. V., Parte III. Testo del progetto definitivo di un nuovo codice penale — Roma, Mantellate, 1929, VII.

Codice Penale e codice di Procedura Penale — Illustrati con i lavori preparatori — Tipografia della Camera dei Deputati, 1930, IX.

DELLA DIVISIONE DEI FRUTTI

PRO RATA TEMPORIS

CAP. I — INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Il principio dell'acquisto dei frutti *pro rata temporis* nel diritto vigente italiano e canonico. — 2. Tema della ricerca: come si giunse alla regola della divisione proporzionale dei frutti nel rapporto beneficiario.

1. — Il metodo della divisione dei frutti *pro rata temporis* è accolto nel Codice civile italiano (come in generale nei codici civili moderni) nell'art. 1416 il quale così si esprime: "Sciogliendosi il matrimonio, i frutti della dote consistente tanto in immobili, quanto in danaro o nel diritto di un usufrutto, si dividono tra il coniuge superstite e gli eredi del premorto, in proporzione della durata del matrimonio nell'ultimo anno. L'anno si computa dal giorno corrispondente a quello del matrimonio „.

Lo stesso metodo era accolto nella legislazione ecclesiastica civile in materia beneficiaria. L'art. 93 del R. D. 2 marzo 1899, n. 64 diceva: "Le rendite beneficiarie s'intendono acquistate giorno per giorno, senza distinzione tra frutti naturali e civili. Per l'annata quindi di promiscuo godimento tra il cessato titolare od i suoi eredi, l'Economo ed il nuovo provvisto, la ripartizione avrà luogo nel modo seguente: si farà una sola massa di tutte le rendite maturate dal 1° gennaio al 31 dicembre e così pure delle spese: l'avanzo netto si dividerà a giorni, fra i diversi interessati, in proporzione del tempo del godimento spettante a ciascuno. Ove siavi

rendita olearia, od altra di natura biennale, dovrà unirsi l'annata fertile alla infeconda, e con lo stesso metodo si procederà per le selve cedue e per i boschi, i cui tagli non avvengono in ogni anno in eguale misura „.

L'art. 103 del Regolamento approvato con D. L. 23 maggio 1918, n. 978 ripeteva la regola con le medesime parole. Ma dopo il Concordato Lateranense, essendo stato soppresso il diritto statutale sui benefici vacanti, è mancata la materia di applicazione della regola e si fa quindi luogo all'applicazione del canone 1480 del Cod. jur. can. il quale pure accoglie, salvo consuetudine o statuto contrario, il principio della divisione dei frutti *pro rata temporis*: "*Annui redditus beneficii inter successorem et antecessorem eiusve heredes, in casu obitus pro rata temporis quo beneficio uterque deservierit, distribuantur, omnibus proventibus et oneribus currentis anni computatis, nisi legitima consuetudo aut peculiaria statuta rite approbata alium iustae compositionis modum induxerint* „.

L'*annus currens* non si trova qui determinato nei suoi termini. Ma è ora da intendersi in Italia, secondo un'interpretazione autentica testè emessa dalla S. Congregazione del Concilio, approvata dal Pontefice il 20 novembre 1930, l'anno solare o civile (1).

Cosicchè la prassi amministrativa, nel trapasso delle gestioni beneficiarie vacanti dallo Stato alla Chiesa, non subisce deviazioni dalla regola ormai applicata in Italia da molto tempo.

Nessuno altro caso si ha di adozione, nel nostro diritto vigente, in materia di attribuzione di frutti naturali, del principio *pro rata temporis*.

Giacchè, in materia di usufrutto, gli artt. 480, 481, 482, 485 e 486 del Codice Civ. Ital., ripetono per i frutti naturali la massima romana, che può, allo stato attuale della legislazione comparata, ritenersi comune, secondo la quale i frutti si acquistano con il fatto della separazione, fatto definitivo e preclusivo, non generante alcun obbligo di restituzione parziale o totale a favore di altri.

E tale regola, dicesi dagli scrittori, debba estendersi per analogia in tutti i casi di passaggio di proprietà o di godimento, senza peraltro che siasi mai studiato, almeno in Italia, se esistano elementi analogici tra gli altri numerosi casi di passaggio, che si pos.

(1) *Acta Apostolicae Sedis*, 1931, p. 22.

sono prospettare, e quello dato dal rapporto intercedente tra proprietario ed usufruttuario.

Pur volendo piegarsi a consentire a tale opinione, la quale d'altronde domina da secoli e risale al diritto romano, è da rilevare tuttavia che, *in jure condendo*, aspirazioni si sono manifestate in antico e si manifestano anche oggi favorevoli all'adozione di altra regola di attribuzione dei frutti fra varii aventi diritto durante l'anno di promiscuo godimento, e precisamente favorevoli all'adozione del principio più equo della divisione dei frutti *pro rata temporis*.

Il principio sancito nel diritto romano rispetto al marito sui frutti dotali, dovrebbe estendersi a tutti i casi di passaggio di proprietà e di godimento. Naturalmente dovrebbero vincersi le difficoltà derivanti dalla necessità di un conteggio e dalla fissazione di un termine di decorrenza e di scadenza dell'anno cui debba riferirsi il riparto e di questo conto stabilirsi le norme.

Tale sistema è attuato, nel nostro diritto privato, per i frutti civili nei riguardi dell'usufruttuario, e quindi la regola si estende, per analogia, secondo l'opinione dominante, a tutti gli altri rapporti analoghi. Ma anche qui insorgono, nella pratica, difficoltà per stabilire come si debbano regolare talora i termini dell'anno di conto.

La materia dunque della divisione dei frutti *pro rata temporis* è dibattuta *in jure condendo* e nella dottrina sulla questione se si debba e come si debba adottare la regola stessa in tutti i casi; dibattuta *in jure condito* nei rapporti in cui si trova già sancita.

2. — Il Venezian, prendendo le mosse dal campo dell'usufrutto, sostiene l'equità giuridica dell'applicazione della massima secondo cui i frutti debbansi dividere *pro rata temporis* in tutti i casi e formula indi le norme per la determinazione dell'anno economico di produzione agli effetti della redazione del conteggio. E soggiunge: " Sarebbe interessante di ricercare come un problema del tutto analogo (al riparto proporzionale dei frutti), quello della misura in cui vanno attribuiti al beneficiario i frutti del beneficio, che rappresentano il compenso accordatogli pel disimpegno dell'ufficio che vi è annesso, sia stato affrontato dal diritto canonico „ (2).

(2) VENEZIAN G., *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, Napoli - Torino, 1913, II, p. 563.

Noi ci siamo assunti il compito di illustrare come si sia giunti, in materia beneficiaria, alla fissazione della regola *pro rata temporis*. Ma il diritto canonico non formulò che tardi la dottrina e cioè soltanto nel *Codex*; onde occorre cercare il terreno sul quale essa trionfò e come trionfò prima del *Codex*, appunto perchè nel *Codex* potesse essere ammessa.

La ricerca storica c'insegna che il dissidio fu tutto imperniato, nella teorica, sull'adesione all'una o all'altra delle due regole romanistiche: quella dell'usufrutto e quella dei frutti dotali. E tuttavia la legislazione statutaria e quella consuetudinaria seguivano in Italia loro proprie vie che erano piuttosto improntate a concetti germanici.

Così non possiamo prescindere dallo studio dei modi di acquisto dei frutti in diritto romano, di cui la Chiesa, nel periodo intermedio, seguiva le tracce, per illuminare poi il contrasto fra il diritto romano ed il germanico e chiarire infine la ragione essenziale che ispirò la regola, nell'usufrutto beneficiario, dell'acquisto *pro rata temporis*.

Il terreno è vasto, abbraccia varii secoli e soprattutto paesi diversi. La dottrina *pro rata temporis* non trovò aree di facile espansione in Italia; fu piuttosto vivacemente elaborata dalla teorica in altri paesi. E la ricerca si allarga anche sopra materie che sono spesso più civilistiche che canonistiche. L'argomento è prettamente tecnico, ma squisitamente tecnico, giacchè in esso s'intrecciano principii che furono anche filosofici e sociali. In fondo si trattava di stabilire come ed in quale misura si dovessero attribuire i frutti tra la proprietà ed il lavoro: problema squisitamente economico oltrechè giuridico, e problema vasto che travaglia le società umane da millenni. Si riverberano dunque sopra questo argomento, apparentemente soltanto tecnico, idee e principii di alto interesse sociale.

Così abbiamo tentato di fare un'indagine non soltanto canonistica, ma impostare una questione più generale, fissare cioè il dogma dell'acquisto dei frutti *pro rata temporis*, traendo gli elementi del suo contenuto dallo sviluppo che esso ha subito nel diritto intermedio, abbandonando poi ai civilisti il dogma stesso ai fini della sua elaborazione nel campo a loro più confacente e nella sua sede propria.

CAP. II — MODI DI ACQUISTO DEI FRUTTI

SECONDO IL DIRITTO ROMANO

SOMMARIO — 1. Il *modus acquirendi* come fatto naturale. — 2. Definizione dei frutti. — 3. Presupposti per l'acquisto dei frutti naturali: la disponibilità fisica della cosa, e un diritto all'appropriazione (elementi dello *jus corporis*). — 4. Ulteriore determinazione del concetto dello *jus corporis*. — 5. Momento efficiente per l'acquisto *jure corporis*: la separazione o la percezione. — 6. Differenza fra separazione e percezione. — 7. Irrilevanza, nel concetto romano, del periodo fruttifero. — 8. Modo d'acquisto dei frutti degli animali. — 9. Godimento diretto delle cose. — 10. Godimento indiretto delle cose e frutti civili. — 11. Acquisto degli interessi del credito. — 12. Acquisto del prezzo di locazione delle opere del *servus fructuarius*. — 13. Acquisto dei fitti dei fondi rustici o dei fondi urbani e simili. — 14. La regola della divisione *pro rata temporis* dei frutti dotali nell'ultimo anno di matrimonio. — 15. Conclusione.

1. — Non è nostro intendimento di toccare le varie parti di cui si compone la materia dell'acquisto dei frutti; e cioè non ci occuperemo nè del titolo all'acquisto, nè delle condizioni sue; ma solo del *modus acquirendi*. La questione del *quantum acquirendi* non è posta, almeno così, dalla dottrina tradizionale. Vedremo in seguito che dovrebbe essere posta e risolta in alcuni casi con il principio del *pro-rata* il quale risponde proprio alla domanda del *quantum acquirendi*.

Ma il *modus acquirendi fructus* si lega intimamente con la natura del frutto. Il processo logico di questa affermazione è il seguente: frutti si chiamano tutte quelle cose (prodotte, in senso largo, da altre cose) le quali sono oggetto di percezione regolare e periodica per noi e cose risultanti dalla destinazione che noi stessi abbiamo dato alle cose generatrici.

È evidente quindi che saranno per noi frutti tutte quelle cose che, dal nostro punto di vista soggettivo, riterremo di considerare come tali; tutte quelle cose appunto che saranno piegate dal nostro bisogno e dalla nostra volontà a servirci.

Noi dunque, soggetti attori nel mondo naturale, potremmo o subire il modo di acquisto che la natura ci impone, o potremmo anche talora influire a crearci modi di acquisto speciali.

Egli è quindi dunque che la natura del frutto si lega intimamente col *modus acquirendi* di esso. Questa è la causa per cui talora si è detto che i frutti naturali si acquistano in un certo modo, mentre i frutti civili in un certo altro modo.

Qui, però noi non trattiamo l'argomento dall'esclusivo punto di vista della sua materialità, ma piuttosto dal modo come si estrinseca il fatto giuridico che ad esso corrisponde. Comparare il fatto materiale con quello giuridico potrebbe servirci bene per l'analisi, ma fuorviarci talora o renderci più difficile una sintesi.

Secondo il diritto romano, i varii frutti, intesi nel loro senso proprio o nel loro senso traslato, intesi come veri o fittizi, si acquistano giusta regole che diversificano secondo la diversità dei rapporti?

Sarà nostro compito ricercare se esista nella determinazione di quelle regole un'idea fondamentale e diciamo subito che questa idea fondamentale e sintetica esiste a parere nostro.

2. — Nell'economia primitiva cose fruttifere erano prevalentemente, è ovvio ripeterlo, le cose naturali.

Le fonti romane non ci offrono una definizione, sia pure appena esauriente, del concetto di *fructus*; esse enumerano soltanto alcune specie di frutti e ci dicono quali cose non debbono essere annoverate tra essi.

In generale s'intendono frutti i prodotti naturali di altre cose, come la lana, il latte, i parti degli animali, i prodotti dei campi. Questi frutti il diritto romano chiama naturali perchè, per effetto di forze naturali, nascono immediatamente da un'altra cosa; tanto se per la loro produzione fossero necessarie le forze dell'uomo, o non lo fossero. Però, secondo l'espressione di Ulpiano, frutto è un prodotto che sulla cosa madre è acquistato secondo la sua destinazione economica (3).

In opposizione coi frutti naturali stanno i cosiddetti frutti civili o fittizi o giuridici, cioè quei frutti i quali sono acquistati

(3) L. 27, pr. D., *de h. p.* 5, 3.

sopra una cosa mediante un rapporto giuridico instaurato in relazione ad essa: per esempio, un canone d'affitto.

La denominazione *fructus civiles* non si trova direttamente sulle fonti; è però presumibilmente sorta, nel diritto comune, per una necessaria differenziazione.

Se questi frutti civili debbano giuridicamente valere come veri e propri frutti, è contraddetto nella dottrina. Nelle fonti si trovano passi dove ad essi non è attribuito il concetto di frutti, poichè essi soltanto *pro fructibus accipiuntur, loco sunt fructuum, vicem fructuum obtinent*. In un testo troviamo direttamente detto che gli interessi del denaro *in fructu non sunt*, e ciò perchè l'interesse stesso *non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione* (4).

Ma se la dottrina dei frutti civili è posta e risolta più tardi e cioè durante l'elaborazione del diritto comune, lo si potrebbe spiegare col fatto che nel mondo economico romano maggiore importanza aveva la terra e meno i capitali; onde nè i salari o i frutti del lavoro, entro il regime del lavoro servile, nè i frutti delle industrie o degli affari potevano valere sopra gli altri.

3. — Consideriamo pertanto innanzitutto l'acquisto dei frutti naturali.

Per potere acquistare i frutti occorre avere almeno il dominio fisico delle cose fruttifere. Ed è questo un concetto di diritto naturale. Ma la disponibilità sulla cosa non basta che sia soltanto fisica, deve essere legittimata da un qualche titolo giuridico e sopra tutto accompagnata dalla buona fede: si deve possedere cioè con l'intenzione e la scienza di esercitare un diritto proprio: così non acquista affatto i frutti il possessore di mala fede il quale è tenuto e restituire tutti quelli che abbia percepiti, nè li acquista integralmente il possessore di buona fede per una modificazione apportata nei suoi confronti dal diritto giustiniano.

Il possesso fisico e giuridico sulla cosa fruttifera è il fondamento ed il presupposto necessario per l'acquisto dei frutti. Ma soprattutto, ripetiamo, non acquista i frutti colui che non sia nel

(4) L. 121 D. *de v. s.* 50, 16.

possesso fisico della cosa. Questa affermazione non è troppo semplice od intuitiva, nè superflua. È anzi proprio il senso della locuzione usata nelle fonti: *jus corporis*, *jus soli*, *jus fundi*. Il diritto del titolare sulla cosa, cioè il rapporto diretto fra il titolare e la cosa è assorbente di ogni e qualsiasi altro diritto spettante a terzi sopra tutta la cosa o sopra parti di essa: lo *jus corporis* primeggia sui diritti concorrenti: lo *jus seminis* e lo *jus laboris*.

Principio generale del diritto romano, rimasto invariato anche nei diritti moderni, è che acquista la proprietà dei frutti chi ha sulla cosa da cui si distaccano la proprietà o un diritto all'appropriazione dei frutti stessi in un certo momento.

In ogni caso di passaggio di proprietà per vendita, donazione, legato, per compimento della prescrizione, come in ogni caso di passaggio di un diritto di godimento, costituzione e cessazione di usufrutto o di enfiteusi, cessione di usufrutto, ecc.:

fa suoi i frutti colui al quale spetta il diritto sulla cosa e che tiene effettivamente la cosa;

chi è obbligato a prestare, dalla data di un certo momento, ad altri, il godimento di una cosa, è tenuto a passarne anche i frutti separati o percetti da quella data.

La volontà delle parti o la legge può modificare le conseguenze del primo principio, istituendo un rapporto giuridico il quale determini l'obbligo alla restituzione dei frutti passati in proprietà di chi ha il diritto sulla cosa. Può modificare le conseguenze del secondo principio costituendo un rapporto giuridico che restringa il contenuto dell'obbligo di prestazione (5).

Ma i frutti sono di chi tiene la cosa per qualunque titolo, e pare che sia detto bene questo nei testi un *jus corporis*, un *jus soli*, un *jus fundi*.

4. — La questione dell'acquisto dei frutti non si presenta che quando il frutto è staccato. Questo principio è formulato dalle parole di Gaio: *fructus pendentes pars fundi videntur* (6) ed è adottato da tutti i giureconsulti. Se i frutti non sono staccati, appartengono al pro-

(5) VENEZIAN G., op. cit. II, p. 512.

(6) L. 44 D. *de rei vind.* 6, 1.

prietario del fondo di cui fanno parte. Il proprietario della cosa fruttifera ha diritto a tutti i frutti che la cosa stessa produce ed è regola generale che l'acquisto dei frutti non è conseguenza della sementagione. Il proprietario vi ha diritto anche quando essi provengano da sementi appartenenti ad altri o sparse da altri.

Non esiste un *modus acquirendi* determinato dallo *jus seminis*, e neppure dallo *jus laboris*.

Se esistesse, invece, ciò equivarrebbe a negare che l'acquisto si compiesse *jure corporis*, giacchè il lavoratore reclamerebbe i frutti nati sopra un terreno da lui seminato o lavorato anche quando questo terreno fosse già passato in altre mani e il suo diritto sarebbe sorto già prima della separazione. Diciamo reclamerebbe e non acquisterebbe, perchè si può acquistare il frutto di una cosa soltanto quando se ne ha la disponibilità diretta.

Infatti dal momento in cui le sementi sono incorporate al suolo, non esistono più come sementi, esse hanno perduto la loro individualità, e la loro sostanza è perita, di modo che non v'è più che un suolo seminato. Ne risulta che il proprietario delle sementi non può rivendicarle, perchè *extinctae res vindicari non possunt*, ed il padrone del suolo, del quale le sementi fanno intanto parte, profitterà dei frutti che ne nasceranno, anche quando fosse stato di mala fede, facendo impiego di quelle sementi.

L'acquisto è una conseguenza del diritto sul suolo: *omnis fructus non jure seminis percipitur, sed jure soli*, donde il comproprietario indiviso che, scientemente, percepisce i frutti della parte dell'altro comproprietario, non li fa suoi perchè li abbia seminati; e se taluno ha seminato sul fondo altrui acquistato in buona fede da Tizio, Tizio, sebbene non sia proprietario, acquista i frutti, nello stesso modo che egli acquista ciò che proviene dal lavoro dello schiavo ch'egli possiede in buona fede: *in percipiendis fructibus magis corporis jus ex quo percipiuntur, quam seminis ex quo oriuntur aspicitur* (7).

La *perceptio jure soli, jure corporis ex quo percipiuntur* è energicamente affermata contro la pretesa di una *perceptio jure seminis ex quo oriuntur*; e i diritti del lavoro, ed in genere dei fattori concorrenti alla produzione dei frutti, la *cultura* e la *cura*, se pure richiamati

(7) L. 25 pr. e 1 D. d. u. et f. 22, 1.

nelle argomentazioni che vogliono spiegare le divergenze da quelle che sembrano logiche conseguenze della *perceptio jure corporis*, non forniscono in realtà la giustificazione di tali divergenze e tanto meno ottengono, in tutto lo svolgimento del diritto che deriva dal romano, un generale riconoscimento. Tracce di un modo di vedere diverso si trovano nelle fonti romane, ma questo modo di vedere non è prevalso, mentre il ricordo di esso è rimasto nella distinzione tra i frutti naturali ed industriali, conservata, ad esempio, nel Codice di Napoleone (8).

L'origine di questo principio risale indubbiamente ad un periodo di economia naturale, quando la cosa fruttifera era il solo e predominante fattore della produzione, mentre non si dava molta importanza all'azione dei fattori concomitanti e concorrenti, cioè soprattutto a quella del lavoro, il quale era quasi totalmente servile (9).

5. — Stabilito il principio che i frutti siano da acquistarsi da colui il quale detiene la cosa al momento della fruttificazione (questa parola va intesa in senso molto generico), sulla base di questo fondamento di fatto, naturale e giuridico, l'acquisto dei frutti deve essere fissato come sorgente in un certo momento.

Varii momenti possono essere presi in considerazione: quello progrediente e successivo, ma ad un certo punto completo in cui il frutto naturale è prossimo alla maturazione o già maturo, ma non ancora separato; quello della separazione; quello della percezione; quello della raccolta in magazzino. Sono tutti momenti successivi dell'atto naturale di acquisto.

Ma non esiste nel diritto romano un *modus acquirendi* determinato dalla *maturatio* dei frutti naturali. Potrebbe discutersi anche di questo, allorchè un titolare, a danno di altri che gli succeda, colga i frutti immaturi, come nel caso dell'usufruttuario cui succeda il proprietario o viceversa, o di due usufruttuari che si succedano l'uno all'altro. Ma è questo un punto di vista, puramente economico e di rendimento, che non è preso in considerazione nei testi.

Il diritto romano ha adottato invece in alcuni casi il criterio della separazione, in altri casi il criterio della percezione. Così il

(8) VENEZIAN G., op. cit. II, p. 513.

(9) VENEZIAN G., op. cit. II, p. 513.

proprietario, il possessore di buona fede, l'enfiteuta, i quali ultimi hanno un diritto corrispondente od analogo a quello del proprietario, acquistano mediante la separazione; invece l'usufruttuario, l'usuuario ed altri acquistano mediante la percezione.

Dunque il metodo di acquisto varia anche rispetto ai soggetti titolari del diritto e al loro *titulus*.

Ma il diritto romano una volta stabilito che il momento dello acquisto è la separazione o la percezione, sancisce di regola ed in via generale che i frutti vengono allora irremissibilmente in quel momento acquistati al *dominus*.

Questo è un principio di somma importanza e pieno di conseguenze.

In ogni caso di passaggio di proprietà, per vendita (10), per donazione, per legato (11), anche pel compimento della prescrizione, come in ogni caso di passaggio di un diritto di godimento, costituzione o cessazione di usufrutto o di enfiteusi, cessione di usufrutto, fa suoi i frutti colui al quale spetta il diritto sulla cosa al momento della separazione o della percezione.

Per l'usufruttuario il diritto di percepire i frutti comincia dal giorno in cui l'usufrutto si è aperto. Egli profitta non soltanto di quelli che nascono dopo questa data, ma ancora di quelli che sono nati avanti e che trova pendenti al suo ingresso nel godimento. Ne profitta in questo senso che, se l'usufrutto non si estingue troppo presto, potrà percepirli. E questa regola si applica così ai frutti naturali, che agli industriali, senza che egli abbia a ricercare chi ha fornito le sementi ed il lavoro, poichè il diritto che ha l'usufruttuario di percepire i frutti, lo ha per la sola sua qualità di usufruttuario. Egli non deve pagare nemmeno nessuna spesa di cultura.

Per converso il diritto di percepire i frutti si estingue nello stesso tempo che l'usufrutto stesso. Ne risulta che all'estinzione dell'usufrutto, l'usufruttuario od i suoi eredi non potrebbero pretendere i frutti che non sono ancora percepiti, anche se i frutti fossero in piena maturazione.

Così allorchè l'usufruttuario muore nel mezzo della raccolta, le spighe tagliate, sebbene non ancora tolte, appartengono al suo erede

(10) L. 13. § 10 D. *de act. e. v.* 19, 1.

(11) L. 42. D. *de usur.* 22, 1.

mentre quelle che sono ancora da tagliare nella terra vanno al nudo proprietario.

Ma il proprietario il quale raccoglie i frutti che trova pendenti all'estinzione dell'usufrutto deve dar conto all'usufruttuario o ai suoi eredi delle spese di cultura? Abbiamo già detto che l'usufruttuario, il quale profitta dei frutti pendenti all'ingresso del suo godimento, non deve pagare alcuna spesa di cultura. Per compenso colui che lascia, uscendo, non deve avere alcunchè dal proprietario. Tanto meglio per l'usufruttuario nel primo caso; tanto peggio per lui nel secondo. Così comporta la natura del suo diritto. Non troviamo nessuna traccia, nei testi romani, di un conto qualsiasi da stabilirsi, sopra questo oggetto, tra il nudo proprietario e l'usufruttuario.

In questo sistema molta parte del rapporto è abbandonata al fortuito ed all'alea. Così tale dottrina presta il fianco alla critica.

6. — La separazione e la percezione sono due cose ben differenti, la percezione essendo alla separazione ciò che la specie al genere. Infatti si ha separazione tutte le volte che i frutti sono staccati dal suolo o dall'albero; vi ha percezione allorchè la separazione è fatta da colui che ha diritto di farla in proprio nome. Se in realtà il possessore non acquista i frutti che *perceptione*, si deve trarne la conseguenza che, questi frutti essendo stati separati dal vento o da un ladro, essi non possono appartenere che al proprietario della cosa produttiva, il quale solo avrà diritto di rivendicarli.

La separazione è un'operazione oggettiva, la percezione è invece un'operazione soggettiva, un atto unilaterale, manifestazione di volontà del soggetto; la prima è un fatto, la seconda un atto. La percezione è quindi una limitazione all'acquisto, perchè se essa manchi, manca anche l'acquisto.

Questa distinzione fra acquisto-separazione ed acquisto-percezione trova particolare applicazione nei riguardi dell'usufruttuario.

L'usufruttuario infatti, a differenza degli altri aventi diritto, non può acquistare i frutti che a condizione che essi siano separati dalla cosa fruttifera e percetti.

Una separazione qualunque non basta a rendere l'usufruttuario proprietario. L'usufruttuario ha diritto di godere; ma è stato inteso questo nel senso che egli ha soltanto il diritto di percepire i frutti, di raccogliarli, sia per sè, sia per taluno che li percepisca in suo nome; è con il fatto della percezione che il suo diritto esso eser-

cita, e quindi che i frutti siano a lui acquisiti. Ne risultano le conseguenze, che abbiamo già indicate, e che a noi oggi appaiono strane, che egli non sia proprietario dei frutti i quali siano stati separati per cause accidentali, come un colpo di vento, una tempesta, nè di quelli che sono caduti da sè, nè di quelli che fossero stati staccati da un ladro o da un predone.

Occorre dunque un'apprensione da parte dell'usufruttuario, una percezione: *is ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur quam si eos ipse perceperit* (12).

Ma qual'è il fatto che costituisce la percezione? Un testo risponde in proposito: la percezione consiste nella presa di possesso, nella manifestazione, da parte di colui che percepisce, dalla volontà di possedere le cose come proprie (13).

La ragione per cui la percezione è richiesta all'usufruttuario, è, secondo i commentatori, che egli non è possessore nè della cosa, nè dei frutti, ma solamente detentore della cosa. Come possessore egli raccoglierebbe sull'esempio del proprietario, perchè il possessore è considerato come un vero proprietario, ed è a questo titolo ch'egli acquista i frutti; come semplice detentore, l'usufruttuario invece non acquista i frutti della cosa, che egli sa essere di altri, se non manifestando materialmente la sua volontà d'esercitare il *jus fruendi*. È necessario che l'usufruttuario per divenire proprietario dei frutti, cominci col prenderne possesso percependoli e facendoli percepire. Se questa dichiarazione di volontà manchi, allora rientra il diritto del proprietario della cosa a far suoi i frutti (14).

Anomala appare a noi oggi la subordinazione dell'acquisto dell'usufruttuario ad una condizione ulteriore quale è quella dell'esercizio del diritto mediante la percezione. Ciò non può avere che una spiegazione storica: la funzione prevalentemente alimentare che aveva in origine l'usufrutto, e quindi la limitazione dei benefici, che esso produce, a quelli che il titolare voglia procurarsi. Oggi invece, secondo il nostro Codice Civile, l'usufruttuario acquista i frutti mediante la separazione (15).

(12) Pr. 36. *De r. d.* 2, 1.

(13) L. 13. *D. q. m. u. a.* 7, 4.

(14) Cfr. FADDA C., DE RUGGIERO R. *Usufrutto e diritti affini*, Napoli, 1914, I, p. 169.

(15) VENEZIAN G. *op. cit.*, II, p. 506.

7. — Ancora, dal punto di vista materiale i frutti naturali possono essere separati o percepiti variamente rispetto alla successione cronologica loro nel tempo. Così alcuni frutti naturali possono essere percepiti più volte nel periodo di un anno; o essere percepiti ogni due, tre o quattro anni e così via. Il diritto romano anche qui guarda soltanto alla separazione o alla percezione e non si preoccupa della distribuzione degli utili entro la serie dei titolari che si sono succeduti nell'esercizio del diritto durante il periodo produttivo. Esso adotta rigidamente il principio dello *jus corporis*, in forza del quale acquista i frutti colui che si trova nel possesso della cosa al momento della separazione o della percezione e li acquista definitivamente.

8. — Si possono godere direttamente i frutti degli animali. Allora devesi rilevare che, dal punto di vista oggettivo, i parti sono cose cui non è adattabile il concetto della separazione. C'è differenza tra i parti degli animali ed i frutti dei campi, perchè questi possono essere separati in virtù di forze naturali anche esogene, mentre quelli soltanto in virtù di forze naturali endogene. Nell'ordine della natura si staccano da sè senza che la mano dell'uomo vi concorra. Quindi qui si deve parlare di nascita, e con questo concetto ci ritroviamo sempre ad assumere dal carattere del rapporto naturale i fondamenti per la regola giuridica.

Si potrebbe parlare di percezione? La percezione è un concetto proprio dei frutti naturali, i quali sono esposti a tutti e potrebbe chiunque fisicamente appropriarseli; ma gli animali si trovano sempre custoditi in recinti, dunque la percezione è una conseguenza potenziale del fatto stesso della custodia.

Rispetto dunque agli animali, la nascita, concetto puramente naturale, assunto come fatto nel campo giuridico, sta piuttosto in corrispondenza con la separazione che con la percezione. I parti sono acquisiti all'usufruttuario senza alcun atto suo, avanti anche per conseguenza che egli ne abbia preso possesso.

La regola romana sembrerebbe dunque essere formulata in modo da far dubitare che, per questa categoria di frutti naturali, i parti degli animali valga un principio opposto, e cioè conduca a far considerare questi frutti percetti quando ne segue la nascita purchè gli animali stessi si trovino sotto la custodia dell'usufruttuario, equi-

parandosi gli atti necessari per la custodia agli atti dell'apprensione (16).

Senonchè non è invece, secondo noi, proprio così.

Il fenomeno naturale e, fra i fatti naturali, quello più saliente, la nascita (non diciamo qui la nascita dell'uomo) dell'animale, doveva forse rappresentarsi, alla mente giuridica e filosofica dei Romani, un fatto prototipico.

Come si manifesta il frutto che la natura ci dà con la nascita? Il feto è frutto, si dice, dal momento in cui si distacca dalla madre.

Potrebbe esserlo invece prima o potrebbe esserlo dopo?

Dopo no. Se esiste di già e sia operante, sopra la madre, un *jus corporis*, non fa d'uopo dell'esecuzione di un ulteriore atto concreto d'acquisto.

Prima neppure, se si parte dal presupposto che madre e feto, non ancora nato, siano una cosa sola, onde il *jus corporis* si attui sopra un unico oggetto, sia pure nell'attesa di una separazione futura.

Ma è qui proprio il punto culminante della dottrina romana, dell'unità cioè della madre col feto, che invero il feto non acquisti individualità, se non quando sia staccato; che comunque il feto, od il frutto, non siano oggetti di diritti, se non quando abbiano acquistato individualità distinta e propria.

Concetto che rampolla a sua volta da altra idea, e questa filosofica.

Perchè non attribuire infatti maggiore importanza allo *ius seminis* in questo caso (allo *jus laboris* in altro caso), e, cioè, dire che il feto, pure ancor non nato, sia di colui che abbia sul seme, da cui si è sviluppato, uno *jus corporis*?

Perchè i Romani accolsero e seguirono l'idea che la madre (o la femmina), nel mondo animale, abbia maggiore importanza del padre (o maschio); e, per analogia, nel mondo delle cose, la terra matrice, fra le altre, abbia maggiore rilevanza del seme gettato nel suo grembo dall'uomo lavoratore.

Onde si riguardasse, nei rapporti fra l'uomo e la terra, più il

(16) VENEIAN G., op. cit. II, p. 505.

valore della terra, che quello del lavoro, e si attribuissero i frutti della terra a chi della terra potesse disporre.

Riconoscendosi invero, al contrario, sul frutto un diritto al lavoro di produzione, la cosa di nuovo acquisto, tuttora in fieri, verrebbe attribuita al lavoratore ancor prima di attenderne la separazione, quando il frutto non avesse acquistato un'individualità distinta e propria: il lavoratore avrebbe allora un sicuro diritto di aspettativa sul frutto da separarsi ancora.

Ma il concetto invece della sostanza produttrice per se stessa, sboccante e rinnovellante sempre nuove unità, individualizzanti successivamente, trasportato a determinare giuridicamente, per analogia, altri rapporti, conduce a ritenere vera l'affermazione generale ed astratta che i frutti, di qualunque genere, di colui siano, secondo il pensiero romano, il quale possiede, al momento della loro individualizzazione, un diritto (*ius corporis*) sulla cosa generatrice: donde deriva e si fonda il dogma dell'acquisto, ma acquisto, di regola, definitivo, cioè inteso senza obbligo di restituzione, a favore dell'acquirente. E questo principio dogmatico si attui di fronte ad ogni specie di frutti, siano essi frutti in senso proprio, quali quelli che la natura ci offre, siano essi frutti in senso traslato, quali quelli pensati, per analogia, dalla nostra mente.

9. — Ci sono ora altre cose o beni, per esempio la casa, le somme di denaro, i servi, i quali beni possono essere goduti direttamente dal titolare e danno allora un'utilità quotidiana, non saltuaria, non periodica, cui non si addice nè il criterio della separazione, nè quello della percezione.

10. — Ma tanto i frutti dei campi, come i frutti degli animali, come le case, le somme di danaro, le opere dei servi potrebbero essere cedute ad altri mediante un compenso di sostituzione, rimanendo al titolare un'attività indiretta.

Tali frutti non sono suscettibili di separazione. Se il proprietario di un fondo abbia dato questo fondo in fitto, o il proprietario di una casa abbia dato questa casa a nolo; oppure il proprietario di una somma di danaro abbia fatto un prestito e stipulato degli interessi; così il prezzo della locazione, come il prezzo del nolo, come gli interessi stipulati, non sono frutti in modo assoluto ma almeno la rappresentazione dei vantaggi periodici che il proprie-

tario poteva ritirare della cosa; costituiscono ciò che si è convenuto oggi di chiamare frutti civili. Questi frutti non sono suscettibili di separazione, essi non sono acquistati in proprietà dal *dominus* che allorquando la tradizione gliene sia fatta. Almeno questa è la concezione nella sua materialità.

11. - Nelle fonti romane vi ha un solo testo che si riferisca ai diritti dell'usufruttuario sugli interessi del credito ed è sufficiente fondamento alla teoria del diritto comune che gli attribuisce il diritto incondizionato di percepirli e di appropriarseli alla scadenza, se questa ha luogo durante l'usufrutto. Si è ravvicinata la scadenza degli interessi alla separazione dei frutti naturali, e si è creduto di poter trovare un fondamento giuridico comune, con l'appropriazione dell'usufruttuario, in ciò che nel momento della separazione ed in quello della scadenza i frutti vengono ad assumere un'individualità giuridica, e di appropriazione diventano suscettibili (17). Potrebbe dessa anche ravvicinarsi alla nascita. Tuttavia è un frutto che non presenta modi di essere come gli altri frutti naturali. L'effetto dell'acquisto nasce dal fatto stesso della scadenza ed è anche, questa, applicazione generale del principio dello *jus corporis*, in quanto acquista i frutti chi possiede il diritto al momento della scadenza.

12. — Vi ha un solo testo che contempli l'acquisto a giorni o quanto meno la partecipazione all'acquisto in proporzione della durata del godimento: quello che riguarda l'usufrutto delle opere del servo. Il canone stabilito per la locazione delle opere del servo potrebbe presumersi sempre corrisposto a giorni e quindi acquistarsi a giorni da chiunque fosse il titolare del diritto di godere le opere stesse.

Questo testo ammette espressamente la successione del proprietario all'usufruttuario e dell'usufruttuario al proprietario nel diritto obbligatorio derivante dal rapporto mediante il quale si è assicurata la produzione del reddito della cosa usufruita. Il testo si riferisce alla locazione delle opere del servo ed alla stipulazione da parte del servo del corrispettivo.

Ma anche se la locazione delle opere sia per una somma fissa e globale e si acquisti quel prezzo alla scadenza da colui che si trova

(17) VENEZIAN G., op. cit., II, p. 524.

nel possesso del diritto in quel momento, tuttavia potrebbe farsene il riparto tra gli altri aventi diritto. Si avrebbe allora acquisto in proporzione della durata del godimento, non acquisto a giorni, si avrebbe acquisto-appropriazione che si muterebbe, subito dopo, in acquisto-appartenenza *pro-rata* (18).

In questo testo la dottrina intermedia scorse il rilievo dell'utilità quotidiana di cui parleremo tra poco.

13. — Ma questa decisione resta ristretta al caso contemplato, poichè, negli altri rapporti costituiti per trarre reddito da una cosa, è negata la successione dell'usufruttuario al proprietario e del proprietario all'usufruttuario, ed è negata la loro efficacia fuori delle parti contraenti. Così se si tratti di un corrispettivo pagato in cambio di frutti naturali che si dovevano raccogliere, in tal caso tutto procede come se questi fossero percepiti direttamente, poichè gli effetti dei rapporti giuridici obbligatori, contratti arbitrariamente dall'uno non possono riguardare l'altro (19).

Il testo romano pone tuttavia come condizione per l'acquisto a favore dell'usufruttuario del canone d'affitto del fondo rustico, che l'usufrutto sia in vita nel momento in cui è eseguita, da parte del conduttore, la percezione dei frutti naturali.

Sulla base di questo testo si è venuta svolgendo la teoria del diritto comune, che intende a ragguagliare gli effetti patrimoniali del godimento diretto con quelli del godimento indiretto, e stabilisce che l'usufruttuario possa delle prestazioni del conduttore trarre vantaggio nella misura stessa in cui si sarebbe avvantaggiato godendo, della cosa usufruita, egli stesso (20).

Dichiara quella dottrina che, dei fitti dovuti per ragione di frutti raccolti durante l'usufrutto, resta intiero il beneficio all'usufruttuario; dei fitti dovuti per ragione di frutti raccolti dopo, al proprietario; e che si divide fra i due il beneficio, se i fitti hanno per ragione frutti raccolti parte innanzi e parte dopo l'estinzione dell'usufrutto, senza che si abbia riguardo al tempo della loro scadenza (21).

(18) Cfr. FADDA C. - DE RUGGIERO R., op. cit. I, p. 163.

(19) L. 58 pr. D. d. u. 7, 1; l. 9 § 1 D. l. c. 19, 2.

(20) VENEZIAN G., op. cit. II, p. 526.

(21) VENEZIAN G., op. cit. II, p. 527.

E la dottrina aggiungeva che, se la corrisposta è dovuta non in ragione di frutti che si raccolgono ad epoche determinate, ma in ragione delle utilità che in qualunque momento porta o può portare al conduttore la cosa, (come sono i frutti di un orto o di un pascolo e più ancora le utilità diverse dei frutti che procura la conduzione di una casa o di una bottega) se ne debba far sempre il riparto, ed un riparto proporzionale allo spazio di tempo nel quale, durante l'usufrutto, il conduttore ha goduto (22).

Osserva il Venezian che del tutto impropriamente dall'ultima parte di questa teorica si è astratta la formula della percezione quotidiana — giorno per giorno — dei frutti civili, o di una specie di frutti civili. Ciò che forma oggetto delle prestazioni non si può acquistare se non nel momento in cui la prestazione ha luogo. Il diritto alla prestazione non si può acquistare se non nel momento in cui il rapporto da cui deriva l'obbligo della prestazione si costituisce (23).

E poichè il diritto comune non conosceva, come neppure conosceva il diritto romano, una successione dell'usufruttuario al proprietario e del proprietario all'usufruttuario, nel rapporto locatizio, la esposta teorica lascia inalterate le conseguenze giuridiche che dalla costituzione del rapporto derivano: il proprietario conserva cioè e trasmette ai proprii eredi il diritto esclusivo di pretendere il pagamento del canone di fitto; l'usufruttuario conserva e trasmette ai proprii eredi il diritto di pretendere il pagamento del canone per le locazioni da lui stipulate. E l'uno e l'altro, dopo aver acquistato il diritto alle prestazioni che costituiscono i frutti, vengono ad essere onerati l'uno verso l'altro di un obbligo di restituzione, integrale o parziale, del valore di quelle prestazioni (24).

In conclusione se l'usufrutto ha per oggetto dei frutti civili, come quelli derivanti dai conduttori, dagli inquilini, dagli interessi dei crediti, il sistema semplice di acquisizione per la percezione prevale tuttavia sempre. I testi, è vero, non sono molto precisi al riguardo, ma sembra risulterne, alla dottrina del diritto comune che occorresse distinguere: e cioè che alcuni frutti fossero acquistati in

(22) VENEZIAN G., op. cit. II, p. 527.

(23) VENEZIAN G., op. cit. II, p. 527.

(24) VENEZIAN G., op. cit. II, p. 528.

proporzione del godimento, così gli affitti di case, gli interessi dei crediti, i servizi di uno schiavo; al contrario i fitti dei beni rustici fossero acquistati all'usufruttuario allorchè la raccolta avesse avuto luogo lui vivente. L'affittuario è allora considerato come rappresentante dell'usufruttuario e, allorchè la raccolta fosse operata da quegli, essa fosse considerata come fatta dall'usufruttuario.

L'acquisto sarebbe determinato sempre da uno *jus corporis*, e ciò anche quando si tratti di frutti, cosiddetti, da noi moderni, civili, poichè i frutti stessi sono di chi si trova nel possesso del diritto di percepirli al momento dell'esazione, quando fosse raggiunta la loro individualizzazione.

Così nei testi romani, come nell'interpretazione del diritto comune, si trova applicato in tutta la sua estensione la concezione dello *jus corporis*, ma se questa concezione porta quasi sempre all'acquisto inteso come acquisto-appropriazione, non dette adito allo svilupparsi normale ed equo di un altro concetto, quello dell'acquisto-appartenenza, e cioè dell'acquisto-appropriazione soggetto a restituzione. È appunto quest'obbligo di restituzione che non trovasi sviluppato nel diritto romano sino ai limiti richiesti dai principii dell'equità giuridica.

14. — Tuttavia c'è un rapporto giuridico, nei testi romani nel quale i frutti vengono acquistati in proporzione degli oneri da cui i frutti stessi son gravati: è questo il metodo del riparto dei frutti dotali nell'ultimo anno di matrimonio.

Potrebbe apparire, a prima vista, che qui si abbia un caso di adozione del criterio dell'acquisto a giorni. In verità non si tratta di acquisto a giorni, bensì di restituzione da parte del percipiente di ciò che avesse percepito in più, tra i due aventi diritto nell'anno di promiscuo godimento, in ragione della durata del godimento rispettivo.

Bisogna dunque distinguere l'acquisto immediato dei frutti giorno per giorno, dall'acquisto mediato dei frutti giorno per giorno. Nel primo caso non c'è bisogno di conto di ratizzazione, nel secondo caso c'è bisogno di un tale conto.

Ma il diritto romano ha soltanto il testo del *servus fructuarius* e del *solutio matrimonii* ove si formuli la divisione dei frutti a giorni; in tutti gli altri casi l'acquisto dei frutti avviene irremissi-

bilmente con la separazione o con la percezione ed unica eccezione a questo principio, oltre i casi sopradetti, è l'obbligo di restituzione da parte del possessore di buona fede.

Il diritto romano non ha sviluppato e perfezionato o ampliato, nella sua tecnica, la dottrina della restituzione dei frutti percetti all'infuori di questi casi.

La necessità pertanto di sottrarre il riparto dei frutti naturali all'alea che la separazione segua o no durante il godimento s'è imposta, nei testi romani, per il diritto del marito sui frutti della dote, e, nel diritto canonico, per l'usufrutto beneficiario, ma assai tardi.

Fu stabilita la regola del riparto dei frutti dotali a giorni, senza distinzione se si tratti di frutti naturali o civili e questo rispetto ai frutti dotali dell'ultimo anno di matrimonio. Anche il marito acquista i frutti dotali con la percezione, ma è tenuto a restituirne una parte se ne ha raccolti di più, o ad averne una parte se ne ha raccolti di meno, poichè i frutti che egli deve percepire debbono essere corrispondenti alla durata del suo godimento (25).

Cosicchè anche in questo caso permane la regola dell'acquisto mediante la percezione; ma c'è l'obbligo della restituzione all'avente diritto e quindi si attua una redistribuzione mediante un conteggio che porta come conseguenza la conversione di un diritto reale in un rapporto obbligatorio. In tal caso se la regolamentazione del rapporto stesso potrebbe riuscire più complessa, è d'altra parte infinitamente più giusta.

Della regola *solutio matrimonii* si dà comunemente come ragione che i frutti spettano al marito in proporzione in cui gli incombono i pesi del matrimonio. Si deve dubitare, dice il Venezian, che, deviando dal principio che i frutti spettano a chi li percepisce, sia stata questa la ragione della regola diversa. La ragione della deviazione è stata, secondo il pensiero del Petrazycki che il Venezian condivide, assai probabilmente che il godimento del marito non aveva, come l'usufrutto, un termine rimesso al caso; i coniugi potevano l'uno indipendentemente dall'altro stabilirlo ad arbitrio col divorzio, e la funzione originaria di quella regola dev'essere stata appunto d'impedire che di tale facoltà essi si valessero, scegliendo, l'un contro l'altro, il momento favorevole per lucrare i frutti (26).

(25) L. 5. D. s. m. 24, 3.

(26) VENEZIAN G., op. cit., II, p. 552; PETRAZYCKI (v.). L., *Die Fruchtwerthei-*

Ma l'interpretazione della misura dei frutti a seconda della misura degli oneri, è dottrina incontrastata del diritto comune che dobbiamo tenere di vista, come fondamentale di tutta la nostra ricerca intorno alla divisione dei frutti *pro rata temporis*.

15. — Il giurista romano si arrestò alla semplice e nuda logica del fatto: la percezione o la separazione, che sono fatti naturali assunti come fatti anche nell'ordine giuridico. La concezione tutta realistica del rapporto tra il soggetto e la cosa, in riguardo al suo frutto, è tutta propria dei Romani. Ma bisogna pensare che anche il concetto prevalente della ricchezza immobiliare occupava il mondo delle loro idee giuridiche, e il concetto della proprietà come detenzione, in un periodo di forte affermazione di essa, era dominante: di qui il concetto dello *jus corporis*, *jus soli*, *ius fundi* (il *Substantialprinzip* dei tedeschi). L'*aequitas* era tutta per chi possedeva la cosa. Le altre considerazioni non avevano valore che come accessorio. Non si pensava dunque in via generale che il fatto della percezione potesse essere solo la prima fase dell'acquisto, cioè rappresentasse l'esigenza di un acquirente; e che ad essa potesse seguire altra redistribuzione. Questa redistribuzione imponeva dei conteggi e la necessità di un numerario. Tutto ciò urtava contro lo spirito pratico, semplice, realistico dei Romani.

Così se in materia di frutti, detti giuridici, o civili, troviamo elaborata più tardi altra norma, ciò è perchè questa norma fu ritenuta più giusta, nè il fatto naturale dell'acquisto veniva ad essere turbato da una più equa logica giuridica.

Vedremo in seguito come in opposizione all'acquisto dei frutti secondo la regola *jure corporis*, dominante nel diritto romano, sta l'acquisto dei frutti *jure seminis* o *jure laboris* del diritto germanico; giacchè mentre nel primo si guarda alla detenzione della cosa in un certo momento, nel secondo si prescinde invece dalla detenzione della cosa, almeno in parte, e si riguarda al lavoro. Apparirà appunto dal seguito delle nostre ricerche lo evolversi degli aspetti assunti da questo secondo principio.

Esaurita la disamina del sistema giuridico romano, entriamo nel campo proprio del diritto canonico.

lung beim wechsel der Nuntzungsberechtigten vom Standpunkt des positiven Rechtes und der Gesetzgebung, Berlin 1892, I, § 15.

CAP. III — L'ACQUISTO DEI FRUTTI NEL DIRITTO CANONICO

SECONDO LA *COMMUNIS OPINIO*

SOMMARIO — 1. La natura del rapporto beneficiario sino a Graziano. — 2. Il pensiero di Uguccione. — 3. La glossa di Bernardo Parmense alle Decretali di Gregorio IX; l'*Archidiaconus*; l'*Abbas Panormitanus*. — 4. L'Ostiense. Giovanni Monaco. Giovanni d'Andrea. — 5. Baldo. — 6. Bartolo. — 7. Alberico. — 8. Gli Spagnuoli: Sarmiento, Covarruvias, Molina (il Giureconsulto). — 9. Fasi della *communis opinio*. — 10. Ostacoli concreti in Italia all'espansione dei diritti dei beneficiati. — 11. L'ordinamento della diocesi di Milano, immune dallo spoglio papale. — 12. Lo spoglio papale nelle altre regioni d'Italia. — 13. L'esposizione del De Luca.

1. — Il diritto canonico, si può dire in via generale, si è posto, in questa materia, sulla traccia del diritto romano.

Occorre domandarsi subito: l'ecclesiastico beneficiato aveva titolo e quale titolo all'acquisto dei frutti dei suoi beni beneficiari? Questa la prima domanda. Poi, ammesso che un titolo esista, si domanda ancora: in base a questo titolo, come acquistavano le proprie rendite i beneficiati?

Quando la scienza canonistica andava teoricamente studiando il sistema beneficiario e soprattutto il contenuto giuridico del rapporto fra il beneficio ed il suo titolare, siamo già nel secolo duodecimo e quindi lontani di qualche secolo dal periodo delle origini del beneficio ecclesiastico. Superiamo quindi l'alto medio evo e mettiamoci senz'altro sul terreno proprio del diritto canonico sorto o risorto per opera di Graziano.

I canoni conciliari e la patristica fin dalla prima età avevano impresso, sul rapporto di godimento che il chierico poteva avere sopra i beni della Chiesa, un principio così altamente mistico ed idealistico che, anche più tardi, quando il regime e la filosofia collettivistica delle primitive comunità cristiane andarono disfacendosi o affievolendosi, pressate da molteplici forze avverse, rimase quel principio come concezione teologica a dominare il campo dell'ordinamento patrimoniale che la Chiesa creava a se stessa.

La canonistica del secolo XII andava sciogliendosi dalle fasce della teologia; ma non avrebbe potuto mai rinnegarne le origini; così che la dottrina teologica rimase sempre ad influenzare la dottrina giuridica e ad impedire la considerazione del rapporto beneficiario secondo gli schemi del diritto privato romano.

Il travaglio della dottrina sta appunto in questo sforzo di trasportare, in un primo tempo, nell'ordinamento della Chiesa gli schemi del diritto privato dei romani; accorgersi, in un secondo tempo, che la critica non ne permetteva la completa assimilazione.

Però sino a poco fa non si era avuta la consapevolezza riflessa della necessità di questo superamento. Ond'è che avanti il recente sorgere, su nuove basi, di una scienza del diritto pubblico, la dottrina, pur tra gli sforzi della critica, restava ferma al suo primo stadio di sviluppo.

Alla concezione del rapporto beneficiario inteso come usufrutto, non si arrivò subito. Occorse un lungo cammino. Il Gross, in un suo bel libro, ne segna le tappe. Le tappe si dipartono dal *jus administrandi et disponendi de rebus ecclesiasticis* e giungono al *jus in prebenda*, al *jus in ecclesia*, al *jus in re*. Innocenzo IV, dalla concezione del *jus in prebenda* come *jus in re*, trae le ultime conseguenze, applicando le norme del diritto civile, il quale, appunto in quell'epoca, andava debitore all'opera dei glossatori della teoria dei *jura in re* (27).

Dalle indicazioni generiche di Graziano, espresse con poca esattezza di termini giuridici e poca precisione di concezioni, ondeggianti queste tra il *possidere* del chierico in *beneficiis* ed il gerire come amministratore e procuratore, alla ancora unilaterale ed incompleta elaborazione scientifica del rapporto nella letteratura dei primi decretisti, si giunge alla *Summa* di Uguccione, uno dei lavori più importanti sul Decreto di Graziano e che tenne esatto conto della letteratura precedente e presenta uno speciale interesse riguardo alla teorica del rapporto beneficiario (28).

(27) GROSS, C., *Das Recht an der Pfründe zugleich ein Beitrag zur Ermittlung des Ursprunges des Ius ad rem*, Graz; 1887 p. 115; vi attinge anche GALANTE A., *Il beneficio ecclesiastico* (in *Enciclopedia Giuridica*, vol. II, parte I^a) estratto, Milano, 1895 p. 160 ss.

(28) CALANTE, op. cit. p. 158.

2. — Dell'opera di Uguccione noi cogliamo i punti più salienti, che sono vivamente espressivi e rappresentano il contrasto delle idee e gli elementi della loro evoluzione. Peccato che più tardi, dopo di lui, manchi altro dogmatico ove attingere con pari freschezza e spontaneità notizie d'informazione.

Il Gross riassume così, per quanto a noi interessa, il pensiero di Uguccione parafrasandolo.

Il chierico può dire dei beni compresi nel suo beneficio *hec res est mea*, ma soltanto nel senso: *mihi specialiter assignata et deputata ad utendum et dispensandum, scil. ut inde mihi necessaria sumam, reliquum in utilitatem ecclesie, vel in opus indigentium distribuam*; poichè *usus tantum et non proprietas rerum ecclesiasticarum tam mobilium quam immobilium conceditur clericis*; il chierico di fronte a questi beni *se habent ad instar fructuarii*, ma soltanto *quoad quedam*, non assolutamente *quoad omnia*, poichè anzi *maxima differentia est inter clericum et usufructuarium*, perchè *clerici percipiendo fructus non acquirunt sibi proprietatem, nec perceptis licet eis impendere nisi in usus domesticos et in causas pietatis, nec inde possunt testamentum condere*; e perciò il beneficiato, il quale *fructus ex prebendis perceptos suos non facit*, anche di quelli ottenuti dal suo beneficio o in generale *intuitu ecclesie*, può soltanto *sibi necessaria (quantum sufficit necessariis sumptibus) sumere*, e cioè soltanto *applicare in usus domesticos, id est. in usus suorum domesticorum, scilicet uxoris, filiorum, propinquorum et in causas pietatis*, nè può disporne per atto di ultima volontà. Ed è espresso per il rapporto del beneficiario l'importante idea che *clerici conditionem ecclesie meliorem facere possunt, sed non deteriorem; habet enim (scil. ecclesia) se ad instar pupilli, cujus conditionem tutor meliorem facere potest, non deteriorem* (29).

Sebbene in Uguccione ricorra qua e là l'analogia e la comparazione con l'usufrutto civile, tuttavia egli ritiene come esatta la opinione che raffigura nel rapporto beneficiario un diritto di uso e sopra questa idea s'indugia di preferenza.

Tale idea si concilia bene con quella più antica, conforme al pensiero dei primi Padri della Chiesa e dei più antichi concilii, che cioè il chierico fosse semplice amministratore o procuratore dei

(29) GROSS, op. cit. p. 120; GALANTE, op. cit. p. 159 ss.

beni della sua Chiesa (30). Tale dottrina, diciamo subito, appare propria di un regime collettivistico, quale era quello della Chiesa nell'alto medioevo, almeno in Italia; e la dottrina stessa perdurava ancora nel basso medio evo, come resistevano ancora in questi secoli, almeno sempre in Italia, forme di vita collettiva, come abbiamo dimostrato in altri nostri lavori (31).

Si comprende come, al momento della formazione della grande raccolta canonistica di Graziano e al tempo dei suoi continuatori ed interpreti, non fosse possibile, date le condizioni reali degli istituti ed il lento evolversi delle teoriche giuridiche, spogliarsi di quelle vecchie concezioni.

Epperò Uguccione ha il merito di far risaltare vivacemente il contrasto polemico che oppone all'idea dell'usufrutto, l'altra idea più ristretta, diciamo meglio, più rigida dell'uso, dell'amministrazione, della dispensazione delle cose ecclesiastiche. Egli si sforza di portare la polemica, che non era neppure nuova, sul terreno giuridico, superando le posizioni e le affermazioni puramente e semplicemente teologiche.

Infatti Uguccione informa che *clerici habent se ad instar fructuarii; clerici nostri temporis, soggiunge, credunt quod quicquid nomine prebende percipiunt, sit suum etiam quoad proprietatem*.

Son dunque i chierici che formulano una teoria diversa; sono essi che si reputano usufruttuari, *domini fructuum*. E Uguccione informa ancora che al suo tempo si era introdotta la consuetudine di permettere ai chierici di testare di tutti i redditi della prebenda sino ad un anno, talora soltanto di quelli percetti e percipiendi; talora di quelli soltanto percetti; talora nè degli uni, nè degli altri, ma soltanto di cose minime, consuetudine non riprovata, ma tollerata in via d'equità (32).

Dopo Uguccione, tra i secoli XII - XIV, l'elaborazione continua, chiarendosi le idee e prospettandosi diverse costruzioni del rapporto.

(30) Cfr. fra i nostri più recenti scrittori BERARDI C. S. *Commentaria in Jus ecclesiasticum universum*, Mediolani, 1846, p. 404 ss.

(31) Cfr. nostra *Collegialità di chierici nel Veronese*, in *Archivio Veneto*, vol. III, Venezia, 1928; e nostra *La Pieve rurale - Ricerche sulla storia della costituzione della Chiesa in Italia e particolarmente nel Veronese*, Roma, 1931.

(32) GROSS, op. cit. p. 104, 109.

L'opinione di Ugucione tuttavia è seguita anche da altri, dopo di lui, e in appresso ricompare di volta in volta in scrittori posteriori, anche teologi, moralisti, e non soltanto canonisti.

3. — Che vescovi o beneficiati non fossero *domini fructuum ecclesiasticorum*, ma soltanto *dispensatores et administratores* fu anche l'opinione della glossa di Bernardo Parmense alle Decretali di Gregorio IX in passi in cui si compara il beneficiato all'usuuario: *quod beneficiati ab ecclesiis usufructuariis comparantur: nam et morte finitur usufructus... similiter morte clerici... sed non per omnia comparantur clerici usufructuario... Item usufructuarius percipiendo fructus, facit suos, et inde potest testari, quod non potest clericus.... nisi cum quodam moderamine..... imo potius clerici possunt comparari usuariis, quibus tantum ad usum quotidianum....* Ed altrove: *clerici possunt dici usuarii, quia nec possunt vendere, nec testari, nec donare, sed victu tantum et vestitu contenti esse debent....* (33).

Questa dottrina fu seguita dai primi canonisti e cioè da Innocenzo IV, ma soprattutto dall'*Archidiaconus* e dall'*Abbas Panormitanus*. Molti canonisti e teologi, sulla scorta dell'*Archidiaconus*, affermano che sia eretico, in diritto canonico, dire che i beneficiati siano *domini fructuum beneficiorum* (34).

4. — Ma l'idea del chierico amministratore va trovando, dopo i primi assertori, delle limitazioni. C'erano infatti chierici che non erano amministratori, perchè non gravati da oneri, nè da cure.

Un'altra opinione infatti insegna che i beneficiati i quali hanno benefizi *cum conditione*, quali i parroci ed altri aventi cura di anime, non abbiano il dominio dei frutti, e siano usufruttuari in vita, usuari in morte; quelli invece non aventi prebende distinte, ma soltanto accipienti a fin d'anno i rispettivi frutti, fossero da considerarsi come aventi diritti al dominio e da compararsi in tutto agli usufruttuari;

(33) *Decretal Greg. IX*, cap. V, *de pecul. cleric.*, lib. III, tit. XXV, glossa *verbo obitus*; cap. VIII, *de pignoribus*, lib. III, tit. XXI, glossa *verbo fruatur*; ed inoltre anche: cap. IX, *de testamentis*, lib. III, tit. XXVI, glossa *verbo testamentum*; cap. VII, *de rerum permutatione*, lib. III, tit. XIX, glossa *verbo diffinitivam*. Cfr. DE ROSA T., *De recta distributione reddituum beneficiorum ecclesiasticorum saecularium praesertim episcopatum*, Napoli, 1682, p. 39, 104.

(34) Cfr. DE ROSA, op. cit. p. 39, 104 segg.

cosicchè i beneficiati aventi amministrazione fossero usufruttuari in vita ed usuari in morte, quelli che non avevano amministrazione fossero in tutto conformi agli usufruttuari.

È questa l'opinione dell'Ostiense, di Giovanni Monaco, di Giovanni d'Andrea nella sua glossa al Sesto di Bonifacio VIII; opinione poi seguita da moltissimi altri dottori (35).

Riportiamo qui i passi dell'Ostiense, i quali poi sono ripetuti dagli altri due.

Dopo aver riferito le parole della glossa di Bernardo Parmense, soggiunge: *Mihi videtur, distinguendum inter clericum habentem administrationem et non habentem, sed personaliter et simpliciter beneficiatum... Primus... administrationem habens, quamdiu vivit et sanus est, comparatur usufructuario, unde et donare potest, sed moderate... et hic habet plus, quia qualitatem terrae potest mutare, ut dictum est, nec tenetur satisfacere datis fideiussoribus, ad quod tenetur usufructuarius... tum incipit infirmari, comparatur usuario, ut dictum est, et aliquantulum plus habet, quia potest eleemosinam facere... Secundus vero... qui non habet administrationem, sed simpliciter et personaliter beneficiatus est, quantum ad fructus suos faciendos omnino videtur comparari usufructuario, unde et quamvis infirmus sit, percipiet fructus suos usque ad diem obitus sui... et hoc servat consuetudo, quae ibi quasi obtinet generalis, quia etiam canonici fructus perceptos de praebendis suis suos faciunt, et inde testantur. Sed hoc videtur reprobari... Si tamen ab intestato decedunt, satis aequum est, quod ecclesia in talibus succedat.*

Ma a questo punto l'Ostiense si domanda: *Sed qui fructus pertinebunt ad ecclesiam, de quibus clericus testari non poterit? Potest dici, quod si decedat post augustum, et ante kalendas martij omnes fructus sequentis anni pertinent ad ecclesiam, si vero post kalendas martij et ante augustum... ante messes, ad clericum pertinent. Vel dicamus quod fructus pendentes ad ecclesiam pertineant, separati ad clericum richiamando qui il testo dei Libri Feudorum sul quale ci intratteremo nel capitolo successivo.*

E soggiunge subito appresso: *potest dici quod inter executores clerici et inter ecclesiam debent fructus dividi, sicut inter virum et uxorem facto divortio dividuntur... Sed est verius, quod clericus se-*

(35) Cfr. DE ROSA, op. cit. p. 44, 103 segg.

paratos et reconditos solummodo facit suos, alij autem omnes ad ecclesiam pertinebunt... Et sunt haec vera, nisi de speciali statuto vel consuetudine ecclesiae, per quam tamen non nimis gravetur ecclesia aliud censeatur... (36).

Qui il riferimento ad una legge generale e comune, derivante dall'interpretazione della *communis opinio*, e ad una legge particolare e locale, è chiaro e decisivo. Cosicchè occorrerebbe vedere e ricercare, per completare la ricerca nostra, anche gli statuti locali, dei quali tuttavia qualcuno saremo in grado di citare nel prosieguo della nostra esposizione.

Salvo varianti sul *modus acquirendi*, e cioè se proprio con la separazione, o non piuttosto con la percezione, o se i frutti non soltanto dovessero essere percetti, ma anche reconditi, tuttavia la dottrina, dall'Ostiense in poi e sino alla formulazione di altra regola nel *Codex Juris Canonici*, rimane immutata. Lo vedremo esponendo la trattazione che ne fa il De Luca.

Ma i civilisti vedono, di questo tempo, la questione un po' diversamente.

5. — Baldo dice: *Quaerit hic Ia. Bu. (Giacomo da Butrio) utrum clerici, qui percipiunt fructus beneficiorum suorum, dicantur usuarii vel usufructuarij? Nam si dicis quod debeant habere solum id quod est ei necesse, sunt usuarii, si vero quod habeant totum, et distribuunt residuum, sunt usufructuarij ut dicit dictus Ia. (Giacomo da Butrio). Ego dicerem quod tenent medium inter usuarium et usufructuarium, nam in percipiendo sunt usufructuarii; sed in disponendo et distribuendo rediguntur ad instar usuarii....* (37).

Baldo, di mezzo alle due teorie, non prende posizione e non qualifica il rapporto analogicamente con gli istituti del diritto romano, come era stato fatto fino allora.

(36) HENRICI DE SEGUSIO CARDINALIS HOSTIENSIS in *sex Libros Decretalium Commentaria*, Venetiis 1581, cap. V, *Si quis sane, De peculio clericorum*, p. 72^v; cfr. *Glosa aurea super Sexto Decretalium per JOANN MONACHI PICARDUM CARDI, NALEM, cum addit. D. PHILIPPI PROBI, apud Bertault, Parisiis, 1535, f.º cccij*; glossa di GIOVANNI D'ANDREA, *Liber Sextus*, cap. IX, *De officio ordinarij*, lib. I, tit. XVI, *verbo reservari*.

(37) BALDI UBALDI, *Commentaria*, ad lib. I Cod. *Lex II omnis* (Venetiis, 1572, tomo IV, p. 37^r).

6. - È più chiaro ancora Bartolo: interpretando egli il testo romano *solutum matrimonio* e la massima ivi stabilita dalla divisione dei frutti *pro rata*, soggiunge: *Unde forte esset idem dicendum de canonico qui decedit quod in viro ut fructus perceptos et percipiendos transmittat ad successores pro rata anni quo stetit in canonicatum non enim percipit fructus tanquam simplex fructuarius sed propter onera ecclesie que sustinet. Canoniste tamen aliter dicunt quibus in hoc est standum* (38).

Il conflitto tra la concezione civilistica e canonistica intorno alla valutazione del rapporto è qui evidente.

7. - Alberico amplia ancora il suo ragionamento. Anch'egli interpreta il testo romano *solutum matrimonio* e dice: *Item quaero de eo quod saepe vidi dubitari, videlicet si clericus moriatur ante fructus perceptos praebendae suae, utrum sint clerici succedentis in eius locum, an haeredum clerici defuncti?* Qui ripete il pensiero di Giovanni d'Andrea e di Giovanni Monaco, che è poi quello, come abbiamo visto, dell'Ostiense, cioè la distinzione fra il chierico amministratore ed il chierico non amministratore; di seguito il pensiero dell'*Archidiaconus*, che è, come abbiamo pure visto quello della glossa di Bernardo Parmense, ed infine soggiunge: *Sed certe licet hoc forte verum sit de stricto iure, et viderim communiter hoc teneri: attento tamen quod clericus deservivit ecclesiae, non esset forte malum de aequitate tenere quod divisio fructuum fieret vel secundum hanc legem, vel secundum prae alias legem defuncta fructuaria de usu-fructu vel secundum quod dictum est supra de vasallo* nel testo degli *Usi Feudorum*.

Alberico, dopo aver ripudiato la dottrina dell'equiparazione del beneficiato all'amministratore e all'usuuario, richiama, per la risoluzione del quesito, o la regola dell'usufrutto, o quella del *solutum matrimonio*, o quella infine feudale. Ma non prende partito fra queste. E prosegue: *Ex praedictis insurget alia quaestio: si clericus renunciavit beneficio, an debeat habere partem fructuum pro rata illius anni quo renunciavit?* Si vede che il metodo della divisione

(38) BARTOLI A SAXOFERRATO *In primam Infortiati partem Commentaria*, Lugduni 1538, *Solutum Matrimonio*, Divortio, n. 12, p. 16 (dei *Commentaria*, Venetiis, 1602, tomo III, p. 8^r).

pro rata era quello che a lui appariva preferibile: tale è stata l'interpretazione che i dottori più recenti hanno dato alle sue parole. Ma sulla questione del beneficiato rinunciante e del quesito propostosi egli conclude in senso negativo.

L'impostazione logica del problema risulta a questo punto chiaramente definita: o si adotta una delle due regole romane, o si adotta la regola feudale. A noi non resta dunque che esaminare la regola feudale, avanti di procedere alle finali conclusioni.

8. - L'ultima opinione, quella degli scrittori più recenti, e cioè del Sarmiento, del Covarruvias, del Molina, tutti spagnoli del sec. XVI, che i beneficiati siano veri *domini fructuum* (39), opinione che era anche di un passo della glossa al *Decretum (rerum ecclesiasticarum: tamen bene concedendum est, quod clericus sit dominus fructuum collectorum, sed licet proprietas fructuum sua sit; tamen non potest eam in morte eius alicui largiri ratione testamenti, sed intuitu elemosinae)* (40), passo della glossa che forse promosse la dottrina dell'Ostiense, non muta le basi di quella impostazione. Soltanto, quegli scrittori, più energicamente di Bartolo e di Baldo, riprendono e sostengono la dottrina della divisione dei frutti *pro rata temporis*.

9. - La *communis opinio* non ha avuto una formulazione di getto, è passata invece ondeggiando attraverso varie fasi, almeno in Italia:

a) il chierico beneficiato non fa suoi i frutti del beneficio, li tiene soltanto per usarne e dispensarne;

b) il chierico beneficiato fa suoi i frutti percetti finchè vive, ma non può disporne in morte;

c) il chierico, non amministratore, nell'interesse della cura delle anime, dei beni del suo beneficio, fa suoi i frutti percetti e può disporne anche in morte, mentre i frutti pendenti vanno al successore;

d) il chierico, amministratore o no, è dei frutti percetti *dominus* in vita ed in morte, ma egli, nell'ultimo anno del suo godimento, divide i frutti, con gli altri interessati nell'anno stesso promiscuo, *pro rata temporis*.

(39) DE ROSA, op. cit. p. 44.

(40) C. 12. qu. 1, c. 7, glossa verbo *proprietaem*.

La *communis opinio* si fissa nella formulazione di cui alla lettera b) e si conserva, per forza d'inerzia e altresì per altre concorrenti favorevoli forze, per parecchi secoli, e sino precisamente alla redazione del *Codex Juris Canonici*. I repertori la ripetono a sazietà, a cominciare da quello del Bertacchini e lo *stylus* e la *praxis Curiae Romanae* la confermano, senza tuttavia che ciò impedisca, in ispecie ai moralisti ed ai teologi, la rievocazione dei vecchi principii puri e rigidi della patristica e dei più antichi canoni conciliari.

10. - V'erano ostacoli concreti, in Italia, all'espansione dei diritti dei beneficiati. Dobbiamo, aprendo una parentesi, dalle costruzioni dogmatiche passare sul terreno dei fatti. Quali furono? L'Italia subiva in tutta la sua estensione lo spoglio papale. Unico terreno immune: Milano. Dipende da questi fatti non essersi potuta evolvere, se non tardi e faticosamente in Italia, la dottrina del *pro rata temporis*, come si è svolta invece per tempo nella Spagna, nella quale non vigea lo spoglio papale. Lo spoglio papale s'inseriva e poggiava appunto sulla dottrina della *communis opinio*: la consolidava dunque così e le dava tutta la sua forza.

Pertanto in Italia noi troviamo due sistemi positivi di regolamento di questi rapporti:

a) quello della diocesi di Milano disciplinato dai sinodi di San Carlo Borromeo;

b) quello di tutte le altre diocesi d'Italia determinato dalle leggi papali sullo spoglio degli ecclesiastici defunti.

Vediamo i due ordinamenti.

11. - San Carlo ci fa sapere che al suo tempo egli trovava come, per l'acquisto dei frutti da parte dei beneficiati, si applicasse una regola coi *Libri Feudorum*, solo in parte affine. Ma su questo parleremo tra poco.

Abolita dunque tale regola iniqua, San Carlo fa riferimento non al diritto comune ed antico dei sacri canoni, e cioè a quel diritto secondo il quale *fructus omnes etiam exacti et modo non consumpti ad ecclesias pertinebant*; ma al diritto comune che sorge da una consuetudine legittimamente prescritta secondo la quale *ecclesiastici redditus et ex ipsis acquisita ad haeredes clericorum dispensanda pertinent*. Sulla base di questo presupposto il concilio stabilisce:

a) i frutti separati, anche se non esatti o reconditi, ma tuttavia maturi, sono aggiudicati agli eredi;

b) i frutti pendenti ai successori del beneficio;

c) se tutti i frutti, al momento della morte del beneficiato, siano stati già separati e quindi siano degli eredi, essi tuttavia, quando si tratti di chiesa parrocchiale o di beneficio residenziale, debbono passare una parte delle rendite al successore per sostenere gli oneri del beneficio, nella misura fissata ad arbitrio dell'Ordinario;

d) i fitti di case e gli annui censi e simili redditi sono divisi *ad ratam temporis*; le *pensionες* invece, *pro fructibus*, spettano a colui cui appartengono i frutti, tutto ciò secondo la teoria del diritto comune;

e) i debiti contratti dal beneficiato per ragione del beneficio, se siano dell'anno in cui morì il beneficiato, su provvedimento del vescovo in ragione dei frutti percetti e del tempo, *pro rata fructuum quam quisque perceperit et temporis, quo novi fructus percipiuntur*, saranno pagati (41).

G. FORCHIELLI

(Continua)

(41) *Acta Eccl. Mediol. a S. CAR. CARD. condita*, Bergomi, 1738, I, Conc. Prov. VII, *de fructibus ecclesiastici clerici defuncti*.

I CONTRIBUTI PECUNIARI CONCESSI DALLO STATO AD ENTI PUBBLICI E PRIVATI

SOMMARIO: 1. Posizione del problema. — 2. Il contributo pecuniario come segno distintivo della natura pubblica di un ente nella dottrina. — 3. Concetto ed effetti del contributo pecuniario. — 4. Esame delle varie forme con cui viene conferito — 5. Conclusione.

1. — In queste brevi note mi propongo di stabilire se il contributo pecuniario concesso dallo Stato a una persona giuridica possa comprendersi fra quegli elementi che, di per sè, servono a rivelarne la natura pubblica.

La ricerca mi è sembrata opportuna perchè lo Stato è venuto via via concedendo, con sempre più frequente e crescente larghezza, sussidi pecuniari ad enti della specie più diversa; quindi una soluzione positiva o negativa del quesito, io penso, può presentare vivo interesse tanto dal punto di vista teorico quanto da quello pratico.

La questione non è che un aspetto del problema, più ampio e sempre controverso in dottrina e in giurisprudenza, relativo al criterio cui far ricorso per distinguere la persona giuridica pubblica dalla privata (1). In questo campo, come è noto, la difficoltà maggiore

(1) Sul tema delle persone giuridiche pubbliche e per una succinta esposizione dei criteri proposti per distinguerle dalle private V. FERRARA, *La classificazione delle persone giuridiche* in *Riv. di dir. pubblico* 1912, I, pag. 313 e segg. e FERRARA, *Trattato di diritto civile*, Roma 1912, pag. 621 e segg. In particolare: RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative* in *Riv. di dir. pubblico*, 1916, I, pag. 340; FORTI, *Sui caratteri distintivi delle persone giuridiche pubbliche* in *La Corte di Cassazione*, 1925, 312; LESSONA, *Concetto di persona giuridica pubblica e la competenza esclusiva della giurisdizione ordinaria in materia di impiego* in *Riv. di dir. processuale* 1926, pag. 1;

che si presenta nella risoluzione dei casi concreti, sta nel ritrovare quel minimo di elementi che siano sufficienti per dichiarare con sicurezza, di fronte al nostro diritto positivo, che una persona giuridica è pubblica. È appena il caso di osservare che non basta porre un concetto di persona giuridica pubblica che soddisfi solo dal lato dogmatico: bisogna anche dimostrare che esso risponde alla legislazione positiva, e alla legislazione positiva dell'oggi che muta e cammina con tanta facilità.

Ora, nell'ordinamento giuridico odierno si trova che lo Stato nostro concede contributi pecuniari tanto ad enti pubblici quanto ad enti privati. L'indagine presente è diretta appunto a stabilire se il sussidio pecuniario concesso a un ente pubblico si differenzia, in qualche modo, da quello concesso a un ente privato.

E in caso affermativo si potrà dire che la contribuzione pecuniaria, che risponde a determinati caratteri, deve essere compresa fra i segni distintivi della persona giuridica pubblica.

2. — Nella dottrina, la concessione di contribuzioni pecuniarie da parte dello Stato a un ente, viene talvolta enumerata tra i segni distintivi della persona giuridica pubblica, ma generalmente gli autori, pur senza approfondire l'indagine non vi attribuiscono un valore assoluto e decisivo nè, d'altra parte, hanno cura di vedere se il contributo pecuniario conferito a un ente pubblico si differenzi, in qualche modo, da quello concesso a un ente privato (2).

VITTA, *Le persone giuridiche pubbliche in Italia e in Francia*, Modena, 1928, e, più recentemente, GIROLA, *Sui caratteri distintivi delle persone giuridiche pubbliche in Temi emiliana*, n. 11-12, 1930; DONATI, *I caratteri distintivi delle persone giuridiche pubbliche e la giurisdizione esclusiva dei tribunali amministrativi nelle controversie in materia di rapporto d'impiego in Temi Emiliana*, 1930, I, n. 11-12.

(2) Cfr. soprattutto RANELLETTI, *Concetto delle per. giur. pubb. amm. cit.*, e dello stesso A., *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pag. 494. V. però anche DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo italiano* dell'Orlando, Vol. VI, parte I, pag. 447; MAURO, *Sul concetto di ente parastatale* in *Riv. di dir. pubblico*, 1928, I, pag. 206; SALEMI, *La teoria generale dei consorzi amministrativi nel diritto italiano*, Roma, 1920 pag. 42-43. Questi ultimi autori accennano alle contribuzioni pecuniarie concesse dallo Stato a un ente come segno distintivo della natura pubblica ma senza attribuirgli un carattere assoluto e decisivo. Contra: FERRARA, *Trattato di dir. civ.*, cit., pag. 625.

Per la dottrina francese cfr. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Parigi, 1927, pag. 276. L' A. accenna alle sovvenzioni pecuniarie che le

È poi notevole in dottrina lo sforzo di accordare quegli elementi da cui in pratica dovrebbe desumersi il carattere pubblico col concetto teorico di persona giuridica pubblica; ma non sempre seguendo tale sistema si può giungere a risultati proficui perchè, col mutarsi della legislazione positiva, o la connessione fra un determinato segno distintivo di una persona giuridica pubblica e il suo concetto teorico non può più mantenersi, o necessitano distinzioni che la correlazione logica compiuta non farebbe presumere. E ciò mi sembra sia avvenuto anche per il contributo pecuniario specialmente in rapporto alla teorica del fine pubblico.

pubbliche amministrazioni possono concedere a imprese private ma senza metterle in rapporto colla natura pubblica dell'ente, invece lo JÉZE in *Les principes généraux de droit administratif*, Parigi, 1930, pag. 46 e segg. afferma decisamente che le sovvenzioni, dotazioni pecuniarie, accordate dalle pubbliche amministrazioni alle persone giuridiche private riconosciute di utilità pubblica, non influiscono su la loro natura. Con l'HAURIUO è d'accordo nel riconoscere alla sovvenzione pecuniaria un mero carattere di incoraggiamento a una impresa privata. A conclusioni conformi giunge pure il MICHOUX in *La théorie de la personnalité morale*, Parigi, 1924, I, pag. 236 e segg.

La nostra giurisprudenza, tutte le volte che ha dovuto prendere in considerazione lo stato patrimoniale di una persona giuridica si è generalmente dimostrata favorevole ad assumere il sussidio pecuniario concesso dallo Stato o da altre persone giuridiche pubbliche come segno distintivo della natura pubblica di un ente, mettendolo in rapporto colla teorica del fine pubblico. V. le argomentazioni in proposito contenute nella sentenza 26 aprile 1929 della Corte d'Appello di Milano che deduce il fine pubblico e quindi la natura pubblica dell'Ente Autonomo del Teatro della Scala di Milano, anche per le importanti sovvenzioni pecuniarie concesse dallo Stato all'ente stesso (*Mon. dei trib.*, 1929, pag. 936). E implicitamente ritiene che il finanziamento da parte dello Stato o di una persona giuridica pubblica di un ente giuridico possa indicare il fine pubblico dell'ente anche la decisione della Corte di Cassazione del Regno 17 novembre 1930 (in *Foro it.*, 1930 I, 1266). Gli istituti autonomi per le case popolari — dichiara la sentenza — hanno caratteri di enti pubblici perchè ottemperano a una funzione di pubblico interesse. E tali rimangono anche se non finanziati esclusivamente da una persona giuridica pubblica (Comune) ma col concorso di altri enti o di privati. Dunque se un ente viene sussidiato esclusivamente da una persona giuridica pubblica è pubblico. Contra invece il Consiglio di Stato il quale ha qualificato persona giuridica privata l'Ente Autonomo per la fiera campionaria di Tripoli con sua sentenza 4 aprile 1930, (*Foro it.*, 1930, III, 119) escludendo che la costituzione patrimoniale di un ente operata da una persona giuridica pubblica valga a far ritenere pubblico l'ente stesso.

È noto come secondo questa teoria, sostenuta soprattutto dal Ranelletti (3), una persona giuridica per essere pubblica deve essere destinata a soddisfare in modo immediato fini pubblici (cioè interessi collettivi che rientrano nelle finalità dello Stato) e deve inoltre essere considerata dallo Stato attiva anche nel proprio interesse. Tuttavia, nell'applicazione del principio, non è facile la ricerca concreta di queste due condizioni quando manchi un'esplicita qualificazione dell'ente, ed allora si è costretti a far ricorso ad elementi estrinseci di una persona giuridica (vigilanza e tutela, potere d'impero etc.) e, più correttamente, a quegli elementi che sono in stretta dipendenza col concetto dogmatico di persona giuridica pubblica.

Ora il contributo pecuniario viene appunto messo in rapporto col fine pubblico e precisamente con un mezzo per il raggiungimento.

Infatti — scrive il Ranelletti — la concessione di quei privilegi (contributi pecuniari, esenzioni e riduzioni fiscali) da parte dello Stato dimostra che lo scopo cui la persona giuridica è destinata è scopo anche dello Stato, che questo ritiene interesse proprio che quella persona raggiunga la sua finalità (4).

A tali logiche conseguenze e che però rivelano lo stretto legame col concetto dogmatico di persona giuridica pubblica, si può del resto arrivare, senza che occorra un compiuto esame di diritto positivo, anche considerando la concessione di contributi pecuniari da un'altro punto di vista.

Se tutta l'attività finanziaria dello Stato è diretta all'attuazione dei fini pubblici, l'erogazione di una parte del patrimonio statale a favore di una persona giuridica può essere un elemento per concludere che essa è diretta al perseguimento di un fine pubblico.

Però, se astrattamene e sulla base di queste considerazioni, sembra logico e semplice qualificare come pubblico un ente perchè sovvenzionato dallo Stato, viceversa, scendendo all'esame di casi

(3) Cfr. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pag. 484, che riprende sostanzialmente quanto l'A. aveva già sostenuto in *Concetto delle pers. giur. pubb. amm.* cit. Con lui generalmente è la dottrina italiana. Cfr. LESSONA, *Istituz. di dir. pubblico*, Firenze, 1931, pag. 20 e segg.; CAMMEO, *Gli impiegati degli enti pubblici e le norme dell'impiego privato*, in *Giur. It.* 1927, III, 1; FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, (il Comune), Napoli, 1925, pag. 1 e segg. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, pag. 33 e segg.

(4) Cfr. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pag. 494.

concreti, si può facilmente dimostrare l'incompletezza del criterio e la necessità di nuove distinzioni.

E ciò per la ragione che lo Stato non riserva la concessione di contributi pecuniari soltanto agli enti pubblici.

Innanzitutto vi sono provvedimenti legislativi che, pur accordando sovvenzioni pecuniarie in modo generale, ad esempio per un dato ramo della produzione nazionale, anche senza riferirsi a determinate persone giuridiche, finiscono per apportare un beneficio pecuniario a quegli enti la cui attività produttiva è proprio quella che lo Stato ha voluto sussidiare (5). In secondo luogo lo Stato concede contributi pecuniari non solo ad enti privati che esercitano un pubblico servizio ma anche ad enti soltanto privati e che non sono affatto concessionari di un servizio pubblico. Di qui una prima difficoltà; senza poi dire che è necessario anche distinguere l'ente privato che esercita un servizio o una funzione pubblica dall'ente pubblico.

Tuttavia in questo ultimo caso un'applicazione avveduta del criterio distintivo, così come viene suggerito dalla dottrina, può evitare errori. Ed invero quando si riesca ad escludere che l'esercizio del pubblico servizio costituisca lo scopo fondamentale ed immediato di una persona giuridica, la soluzione non può essere dubbia e il contributo pecuniario, se è concesso a una di queste persone giuri-

(5) Così, ad esempio, il R. D. L. 16 maggio 1926, n. 865 diretto a favorire l'industria delle costruzioni navali, concedendo agevolazioni fiscali e particolari compensi di costruzioni per ogni tonnellata di stazza lorda costruita. Le strutture metalliche delle navi debbono però essere tali da consentire l'installazione di cannoni in tempo di guerra. Analoghe disposizioni sono contenute nel R. D. L. 12 maggio 1927, n. 922 e per il quale; ritenuta la necessità urgente ed assoluta di sancire nuove norme dirette al maggior incremento dei servizi pubblici automobilistici e di gran turismo, si autorizza la concessione di speciali premi a favore delle ditte che gestiscono autoservizi di gran turismo, nella maniera meglio appropriata alle esigenze dello speciale traffico dei forestieri. Generalissime sono poi le disposizioni contenute nel R. D. 7 gennaio 1926, n. 216 sulla preferenza ai prodotti nazionali negli acquisti da effettuarsi da parte delle amministrazioni dello Stato, degli enti autarchici, enti sottoposti a tutela o vigilanza dello Stato. Si comminano particolari sanzioni ai funzionari di detti enti che contravvenissero all'obbligo imposto. Aiuti pecuniari indiretti e generalissimi possono poi anche configurarsi nelle concessioni di facilitazioni ferroviarie per fiere ed esposizioni campionarie; cfr. il R. D. L. 16 dicembre 1923, n. 2740 che ne detta le norme e ne determina le condizioni per ottenerle.

diche, dovrà considerarsi soltanto come la concessione di un mezzo per l'attuazione del pubblico servizio, non del fine dell'ente. E con ciò la persona giuridica rimane privata.

Ma se in tal caso sembra ancora esatta la corrispondenza, posta dalla dottrina, fra fine pubblico e concessione di mezzi materiali per il suo raggiungimento, non è così invece quando lo Stato concede contributi pecuniari ad enti privati che non geriscono un pubblico servizio.

Per questo solo fatto anzi, dato che la frequenza delle concessioni ne esclude il carattere eccezionale, dovrebbe togliersi ogni valore al contributo pecuniario conferito dallo Stato come segno distintivo della natura pubblica di un ente; e ciò non tanto perchè la correlazione fra fine pubblico e mezzi materiali per il raggiungimento vien meno quanto per il suo carattere non definito ed equivoco. Infatti, nei casi in cui dovrebbe trovare applicazione — quelli appunto in cui la natura di un ente è dubbia — non potrebbe portare alcun aiuto nella ricerca, giacchè se ci si fonda soltanto sul criterio del contributo pecuniario, una persona giuridica sovvenzionata dallo Stato si può ritenerla, indifferentemente, tanto pubblica quanto privata.

È necessario quindi distinguere, se si vuole conservare al contributo pecuniario il valore di segno estrinseco della natura pubblica di un ente. In dottrina il Ranalletti è il solo autore che, a quanto mi risulta, ha cercato, sia pure in modo non esplicito, di porre distinzioni fra le varie forme di contributi concessi dallo Stato.

L'illustre Autore, infatti, dopo aver ammesso che dal concorso speciale nella spesa o dalle esenzioni e riduzioni tributarie che lo Stato accorda a una persona giuridica per il raggiungimento delle sue finalità, può dedursi la natura pubblica di un ente, prosegue poi osservando come quei privilegi sono concessi non a titolo di *assistenza* (come ad es. i vantaggi della nostra legislazione alle società cooperative di produzione e di lavoro negli appalti di lavori pubblici di forniture ecc.), ma per rendere possibile alla persona giuridica cui sono accordati il conseguimento del suo scopo, di cui lo Stato cura il raggiungimento. E la cura del raggiungimento dimostra a sua volta che lo Stato ha ad esso un interesse proprio, e quindi considera come attiva anche nel proprio interesse la persona che è destinata al raggiungimento di quello scopo.

Dunque, secondo il Ranalletti, quando viene conferito dallo Stato un contributo pecuniario ad una persona giuridica (e può essere

dubbia la sua natura pubblica e privata) occorre accertarsi a quale titolo il contributo è stato concesso. E trattandosi di contributo concesso per il raggiungimento di un fine si potrà da ciò dedurre che il fine dell'ente beneficiario è pubblico e, conseguentemente, pubblico è l'ente stesso; mentre, invece, quando il contributo risulta conferito a solo titolo di assistenza la persona giuridica è privata.

Come si vede la distinzione deriva logicamente dal concetto teorico di persona giuridica pubblica; ma, a mio modesto avviso, essa dà luogo a difficoltà nell'applicazione pratica.

Non solo infatti essa si risolve in una nuova indagine, e non certo facile, fra le molteplici forme di contribuzione pecuniaria, ma non ci dice quali sono poi i caratteri specifici del contributo concesso a titolo di mezzo a fine e del contributo concesso a solo scopo di assistenza.

È logico, quindi che ci si ponga quest'altra domanda: in qual modo si può stabilire se un contributo è concesso a titolo di assistenza e non anche per agevolare il raggiungimento dello scopo pubblico perseguito dall'ente?

Come si vede non è facile dare una risposta specie quando non si chiarisce quali sono gli elementi cui, in concreto, ci si deve riferire per precisare la diversa natura del contributo; d'altra parte la bontà o meno della distinzione può sperimentarsi solo se si ha riguardo al diritto positivo.

Poichè questa indagine è diretta appunto ad un breve esame della nostra legislazione sulle sovvenzioni pecuniarie concesse dallo Stato a persone giuridiche è conveniente tener sempre conto, nell'analisi delle varie forme di contribuzioni pecuniarie, della distinzione suggerita allo scopo di vedere se è possibile completarla, cercando anche di precisare con maggior chiarezza il diverso fine cui la contribuzione s'indirizza.

3. — Prima di iniziare un esame dettagliato delle varie forme colle quali lo Stato concede sussidi pecuniari agli enti pubblici e privati, mi sembra necessario stabilire in quale senso si può parlare di contributo pecuniario. In senso lato, esso si deve intendere come qualsiasi beneficio pecuniario concesso dallo Stato (o da un'altra persona giuridica pubblica) e diretto all'accrescimento del patrimonio di una persona giuridica: vengono con ciò ad escludersi tutte quelle altre concessioni statuali che non si risolvono sotto la forma imme-

diata del danaro (6). In tale concetto di contributo pecuniario si possono dunque ben comprendere quelle così dette agevolazioni fiscali che, per l'univoca direzione alla sfera patrimoniale di un ente, sia esso pubblico che privato, debbono accomunarsi a quei contributi che hanno un'immediata azione positiva sul patrimonio di una persona giuridica.

A giustificare la convenienza di un tale accomunamento basterà considerare la sovvenzione pecuniaria nelle sue conseguenze obiettive.

Intendo cioè riferirmi alle varie trasformazioni che subiscono il patrimonio statale e quello della persona giuridica beneficata in seguito all'assegnazione pecuniaria concessa dallo Stato, *diminuzione* da un lato, *aumento* dall'altro, che rispettivamente possono distinguersi in diminuzione positiva e negativa del patrimonio dello Stato in aumento diretto ed indiretto del patrimonio dell'ente. Diminuzione positiva è quella subita dal patrimonio dello Stato in seguito al passaggio di una data somma dalla massa patrimoniale dello Stato a quella di una persona giuridica, diminuzione negativa invece quella che consiste nella *rinuncia* da parte dello Stato di una data attività patrimoniale che verrà percepita dalla persona giuridica.

E a sua volta costituisce aumento diretto del patrimonio dell'ente beneficato quello prodotto da una determinata somma di denaro concessa graziosamente dallo Stato, aumento indiretto quello prodotto da un semplice risparmio nella spesa e che soltanto indirettamente si concreta in un accrescimento patrimoniale vero e proprio. Tuttavia gli effetti sopra chiariti della concessione di un contributo pecuniario sul patrimonio dello Stato e della persona giuridica beneficata non sempre coincidono, come sembrerebbe a prima vista. Così non a tutte le diminuzioni positive della massa

(6) Non rientrano pertanto nel concetto di contributo pecuniario così precisato le speciali dotazioni colle quali lo Stato ha contribuito, ad esempio, alla costituzione dell'Istituto poligrafico dello Stato. Creato con L. 6 dicembre 1928, n. 2744, l'Istituto poligrafico dello Stato con sede in Roma, gode di personalità giuridica ed ha come scopo l'esercizio delle arti grafiche e la gestione delle pubblicazioni dello Stato destinati alla vendita. Il suo patrimonio è costituito da tutti gli impianti e dotazioni assegnate alle Officine Carte e Valori di Torino di cui eredita pure tutto il patrimonio. Lo Stato concede in uso all'Istituto i fabbricati e i terreni assegnati allo Stabilimento Poligrafico dello Stato e il palazzo costruito per l'Officina Carte e Valori in Roma Piazza Verdi. In maniera analoga lo Stato

patrimoniale dello Stato corrisponde un aumento diretto in quella dell'ente. Ad esempio nella concessione di un mutuo di favore, se per l'azione dello Stato concedente si verifica una diminuzione positiva nel suo patrimonio, viceversa soltanto indiretto è l'aumento del patrimonio della persona giuridica.

Ora poichè le agevolazioni o riduzioni fiscali concesse dallo Stato, sotto il riflesso dell'effetto che producono sul patrimonio dello Stato concedente (diminuzione negativa) e su quello della persona giuridica beneficiata (aumento indiretto) non differiscono da altre forme di contribuzioni pecuniarie, non è necessario, dato anche lo scopo della presente indagine, comprenderle in una categoria particolare.

Stabilito pertanto il concetto di contributo pecuniario ed osservati gli effetti che esso produce sul patrimonio dello Stato e dell'ente beneficiato, dobbiamo ora esaminare i vari modi della erogazione del contributo a favore degli enti pubblici e privati. E in una rapida rassegna vedremo se è possibile attribuire ai contributi assegnati alle persone giuridiche pubbliche caratteri specifici tali che possono stabilirne con certezza la natura pubblica,

4. — Fra i vari modi coi quali lo Stato (o un'altra persona giuridica pubblica) concede a un ente giuridico una contribuzione pecuniaria, la più importante, per ciò che a noi qui interessa, è *l'assegnazione pecuniaria continua* nella corresponsione e generalmente fissa nell'ammontare. Lo Stato cioè con una sua azione positiva si obbliga a concedere ad intervalli determinati (di solito un anno) una somma a un ente giuridico che va ad aumentare direttamente il patrimonio dell'ente stesso. Caratteri questi analoghi ad un'altra importante e frequente forma di contributi pecuniari che poi esaminerò.

ha provveduto con il R. D. L. 23 giugno 1927, n. 1285 a destinare come sede dell'Istituto naz. per l'unificazione del diritto privato la villa Aldobrandini in Roma assumendosene le spese di adattamento. Così va ricordato anche il R. D. L. 23 giugno 1927, n. 1165 col quale il Governo del Re, in deroga alle disposizioni contenute nell'art. 59 del regolamento per l'amministrazione del patrimonio e la contabilità generale dello Stato, è stato autorizzato a cedere a titolo gratuito alla Società Agricola Italo-Somala vari materiali residuati di guerra che la società stessa acquistò nell'anno 1924 presso enti militari, per la bonifica delle Scille nella Somalia Italiana.

La forma di sussidio pecuniario che si può chiamare *permanente* è assai comune e si ha frequentemente per quegli enti, istituti, opere nazionali che possono comprendersi nella categoria degli enti pubblici parastatali (7); ma questa forma si ha anche per gli enti pubblici veri e propri. Godono, ad esempio, di un contributo corrisposto annualmente dallo Stato, in misura variabile per ogni ente, l'Istituto nazionale Fascista di Cultura, l'Istituto nazionale per le esportazioni, l'Ente nazionale serico, l'Ente nazionale per le piccole industrie, l'Opera nazionale maternità e infanzia etc.... il Governatorato di Roma (8).

(7) Sulla natura pubblica degli enti così detti parastatali la dottrina è ormai concorde. Ma il problema che li riguarda ha ora assunto un altro aspetto: quello diretto ad accertare se in base a caratteri particolari essi possono costituire una categoria speciale di enti pubblici. In questo senso vedi da ultimo GIROLA, *Enti parastatali*, in Studi Urbinati, 1930. L'A., attraverso la disamina dei provvedimenti legislativi che riguardauo gli enti parastatali ed un opportuno raffronto con gli altri enti pubblici, ha concluso differenziando gli enti parastatali in base al criterio della vigilanza che su di essi lo Stato esercita e che assume nei loro riguardi "un contenuto particolare e si estende oltre alla legittimità anche al merito". Del resto, per il GIROLA, il controllo è il criterio decisivo per distinguere un ente pubblico da un ente privato. V. *Sui caratteri distintivi delle persone giuridiche pubbliche*, cit. Contra nel senso che l'espressione "ente parastatale", abbia un valore soltanto di nomenclatura: RANELLETTI, *Ordinamento della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1929, pag. 329; ROMANO, *Corso di Diritto costituzionale*, Padova, 1926, pag. 58; VITTA, *Le persone giuridiche pubbliche in Italia e in Francia*, cit. pag. 12; FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1925, pag. 10. Una soluzione intermedia ha invece adottato il MAURO, *Sul concetto di enti parastatali in Riv. di dir. pubblico*, 1928, I, pag. 206.

(8) Cfr. Per questa speciale forma di contribuzione e per gli enti ricordati nel testo la L. 10 dicembre 1925, n. 2227 che istituisce l'Opera Maternità e Infanzia alla quale lo Stato garantisce un contributo annuo di L. 8.000.000; il R. D. L. 18 aprile 1926, n. 800 concernente la costituzione dell'Istituto Nazionale dell'Esportazione cui viene accordato un contributo annuo di L. 4.000.000; il recentissimo R. D. L. 3 luglio 1930, n. 989 che, approvando il nuovo statuto organico dell'Istituto Nazionale Fascista di Cultura, ha pure stabilito l'ammontare del contributo concesso annualmente dallo Stato a tale ente; la L. 13 dicembre 1928, n. 3107, che, nuovamente regolando la costituzione dell'Ente nazionale serico ha mantenuto come fonte di entrata patrimoniale un contributo annuo concesso dallo Stato di L. 750.000. Ma sussidi pecuniari annuali godono anche altri enti oltre quelli richiamati nel testo: ricordiamo l'Ente nazionale per le piccole industrie (L. 13 agosto 1926, n. 1490); L'ente nazionale per le industrie turistiche cui lo Stato conferisce un sussidio annuale associandosi alle categorie sindacali interessate al funzionamento

Questa è la figura più importante delle contribuzioni pecuniarie concesse dallo Stato a persone giuridiche e che meglio si attaglia alla distinzione posta dal Ranelletti il quale, come già si è detto, distingue i contributi pecuniarî concessi alle persone giuridiche in contributi a titolo di assistenza e a titolo di mezzo a scopo. Infatti la continuità della corresponsione ben si può considerare come un segno dal quale dedurre l'interessamento continuo dello Stato al funzionamento di una persona giuridica e ciò appunto per lo scopo a cui è diretta, manifestando pertanto che il fine che la persona giuridica beneficata persegue è pubblico in senso proprio.

Si potrebbe dunque concludere che quando un contributo pecuniario viene concesso a una persona giuridica in modo continuo e permanente, tale persona giuridica è pubblica. E l'esame del diritto positivo sembrerebbe consentire a una tale conclusione: non si trova infatti un ente, che per definizione possa dirsi privato, che venga sussidiato dallo Stato in tal modo.

Ma altre forme di contribuzioni pecuniarie lo Stato concede che hanno, si noti, *il medesimo effetto diretto nel patrimonio di una persona giuridica* e che non differiscono che per il modo con cui vengono conferite.

È facile, ad esempio, osservare che se si accetta il criterio del fine pubblico per distinguere un ente privato dal pubblico, e di conseguenza il contributo pecuniario come elemento estrinseco del fine pubblico, si può dire ugualmente che lo Stato fornisce i mezzi a una persona giuridica, tanto concedendo annualmente un sussidio pecuniario, quanto erogando a suo favore, o all'atto della costituzione o in seguito, una determinata somma. Se si vuole infatti considerare il contributo pecuniario come elemento estrinseco del fine pubblico e distinguerlo da quel contributo che - si dice - viene concesso solo a titolo di assistenza, se, in altri termini, si vuol aver riguardo allo

dell'ente (R. D. L. 31 gennaio 1939, n. 187); la Reale Accademia d'Italia (R. D. L. 7 gennaio 1926, n. 87) ecc. Ben due contributi annui sono poi stabiliti dal R. D. L. 28 ottobre 1925, n. 1449 a favore del Governatorato di Roma: l'uno a carico del bilancio del Ministero dell'Interno, per spese di rappresentanza e per esecuzione di opere pubbliche, intese ad assicurare l'incremento edilizio, l'attivazione del piano regolatore, la sistemazione della viabilità ecc. l'altro, a carico del bilancio del Ministero dell'Economia Nazionale per l'organizzazione e per l'incremento dei pubblici servizi nell'agro Romano.

scopo che si prefigge lo Stato nel concedere il contributo, non si può pretendere di distinguerlo a secondo che il contributo viene concesso in modo continuo o in modo saltuario perchè, mentre non è lecito dire che possono concedersi mezzi a titolo di assistenza quando il contributo viene conferito in modo continuo, non si può ugualmente sostenere che il contributo acquista carattere di mezzo a fine quando viene attribuito dallo Stato ad intervalli parziali o in una sola volta (9).

E poi, a mio avviso, l'assegnazione pecuniaria va fondamentalemente considerata nei suoi effetti e nelle ripercussioni positive o negative, dirette o indirette che subiscono rispettivamente il patrimonio dell'ente Stato e quello della persona giuridica beneficiata.

Tali osservazioni consentono di esaminare altre figure di contribuzioni pecuniarie da parte dello Stato e una persona giuridica; fra queste: *l'assegnazione straordinaria e il contributo di fondazione.*

(9) Forse potrebbe obiettarsi che il contributo concesso in maniera permanente presenta una garanzia tale all'ente beneficiato cui il contributo concesso una volta tanto sfugge, onde la sicurezza della assegnazione pecuniaria, erogata nella prima forma, escluderebbe il carattere di assistenza come scopo della concessione statutale. Notiamo però che il nuovo elemento della garanzia della prestazione statutale viene in parte neutralizzata dalla frequente disposizione contenuta nei provvedimenti legislativi riferentesi ad enti privati in cui si *prevede* l'interessamento dello Stato o di altri enti pubblici con successive contribuzioni. V. ad es. il R. D. L. 9 dicembre 1929, n. 2188 che contiene modificazioni allo Statuto della Fiera Campionaria internazionale di Padova e che riproduce le analoghe disposizioni contenute nel R. D. 27 ottobre 1127, n. 2118 col quale si istituisce l'ente autonomo, denominato Fiera Campionaria di Tripoli, ente senza dubbio privato. In ambedue i decreti ricordati è detto che agli enti promotori possano in ogni tempo aggiungersi a piena parità di diritti e col titolo di fondatori, in qualsiasi momento, qualunque ente morale pubblico, colla partecipazione di una somma pagabile anche in rate annuali. Sono previste pure le partecipazioni di enti morali pubblici sotto il titolo di enti aderenti per una somma naturalmente inferiore alla prima. Lo Stato infatti non ha deluso l'aspettativa ed ha concesso contribuzioni straordinarie a tali enti. Ma a prescindere da ciò non è detto che la contribuzione straordinaria debba, per contrapporsi alla contribuzione permanente, limitarsi alla durata di un anno. V. ad esempio il R. D. L. 20 giugno 1930, n. 954 col quale il Ministero per le corporazioni di concerto con quello delle Finanze è autorizzato a concedere alla S. A. Compagnia Chimico-Mineraria del Sulcis, con sede in Milano, la somma di L. 500.000 annue per la durata di anni 20, allo scopo di contribuire nelle spese per la installazione in Sardegna da parte della Società anzidetta di un impianto di distillazione di lignite.

La prima si concreta nella concessione di una data somma di danaro e favore di una persona giuridica in un momento qualsiasi della sua attività; la seconda differisce dalla prima per il solo fatto che viene conferita all'atto di costituzione dell'ente stesso: nondimeno il momento in cui il sussidio pecuniario viene concesso acquista un valore non trascurabile per chi, seguendo il Ranelletti, vuole distinguere il contributo pecuniario avendo riguardo allo scopo. A me sembra logico considerare il contributo di fondazione come un presumibile intervento statuale diretto al finanziamento di una persona giuridica per agevolare il fine ch'essa persegue (contributo a titolo di mezzo o fine), mentre l'assegnazione straordinaria, per essere conferita in un momento successivo alla creazione dell'ente, si può ritenere attribuita solo a titolo d'assistenza.

E invero, secondo quanto generalmente ammette la dottrina, se la creazione come unità di fatto di un ente da parte dello Stato è sufficiente per attribuirgli la natura pubblica, non vi è motivo di giungere a diversa conclusione quando lo Stato interviene a costituire il patrimonio di una persona giuridica, sia pure in cooperazione con altre persone sia fisiche che giuridiche.

La distinzione del Ranelletti troverebbe qui applicazione nel senso che il contributo di fondazione dovrebbe riferirsi soltanto agli enti pubblici e l'assegnazione straordinaria agli enti privati; ma invece avviene il contrario.

Benchè, sostanzialmente e riguardo agli effetti che producono, le due forme di contribuzione pecuniaria possano considerarsi come una sola, tuttavia con assai minor frequenza il contributo pecuniario di fondazione viene concesso ad enti pubblici rispetto alla contribuzione straordinaria.

E per limitarmi ora al contributo di fondazione dirò subito che, in questa forma, vengono soprattutto sussidiati gli enti pubblici parastatali; infatti molti di questi enti che pure godono di contributo permanente conferito ogni anno, usufruirono all'atto della loro fondazione di contributi particolari e straordinari. Fra questi: l'Ente nazionale serico; l'Ente "Vasca Nazionale", per esperienza di architettura navale, l'Opera nazionale maternità ed infanzia etc. (10); con

(10) Per il contributo di fondazione concesso in aggiunta al sussidio annuo, vedi, per gli enti pubblici, le leggi e i regi decreti già citati in nota n. 8. Ad

questa medesima forma però si trovano sussidiati enti che sono sicuramente enti privati.

Se infatti è da escludere che il fine di lucro possa costituire lo scopo fondamentale ed immediato di un ente pubblico, sicuramente private sono le società anonime e tali rimangono, appunto perchè tendono immediatamente a un fine di lucro, anche se esercitano un pubblico servizio (11).

Ora in qualità di azionista lo Stato ha cooperato largamente alla formazione del capitale di alcune importanti Società Anonime che, pur presentando, per lo scopo che si propongono, un carattere, se si vuole, spiccatamente nazionale, non possono però ritenersi enti pubblici, e neppure enti privati concessionari di un pubblico servizio. Fra essi: l'Azienda anonima italiana tabacchi (12). La Società anonima nazionale Cogne (13) la Società an. azienda italiana pe-

essi si può aggiungere il R. D. L. 23 giugno 1927, n. 1429 che istituisce in Roma un ente denominato "Vasca Nazionale per le esperienze di architettura navale". Eretto in persona giuridica e sottoposto alla vigilanza del Ministero delle comunicazioni l'ente medesimo provvede alle esperienze che possono eseguirsi a mezzo di navi o dei loro organi propulsivi, e a tutte quelle che direttamente si riallacciano all'architettura navale. Oltre un assegno annuo di vario ammontare che è corrisposto dall'Unione Costruttori Navali, ai contributi dei Ministeri della Marina e delle Comunicazioni. L'ente usufruisce di un particolare contributo di fondazione destinato alle spese d'impianto e che recentemente è stato aumentato dal R. D. L. 30 giugno 1930, n. 975.

(11) Le persone giuridiche pubbliche e in particolare lo Stato non possono invece esercitare atti obbiettivi di commercio e quindi atti con scopo di lucro se non come mezzi a un fine pubblico. Vedi però l'art. 7 del Cod. Comm. Cfr. per la incompatibilità fra fine di lucro ed ente pubblico quanto osserva il VITTA, *Le persone giur. etc.*, cit. pag. 17.

(12) L'Azienda italiana tabacchi è stata costituita in società anonima col R. D. L. 6 gennaio 1927, n. 13 ed è ben distinta dall'amministrazione autonoma dei monopoli di stato. Alla formazione del capitale azionario l'amministrazione dello Stato ha contribuito per circa due terzi (L. 30.000.000), il Banco di Napoli e di Sicilia per circa un sesto ognuno. Essa non viene sottoposta a nessuna forma di vigilanza e il controllo sulla gestione patrimoniale è esercitato da un collegio sindacale.

(13) Per la società anonima nazionale Cogne, v. soprattutto il R. D. L. 30 dicembre 1929, n. 2276 col quale lo Stato, principale azionista, ne ha sistemati i rapporti di credito. Lo Stato che infatti aveva all'atto della fondazione e successivamente (vedi R. D. L. 24 maggio 1925, n. 730) acquistato buona parte delle azioni della Società, in seguito aveva concesso un mutuo per l'ammontare di L. 55.000.000. Col R. D. L. citato, ritenuta la urgente necessità di agevolare i rapporti della Soc.

troli (14) la Società anonima fertilizzanti naturali Italia (15) la Società Aerea mediterranea (16).

an. nazionale Cogne il Ministro delle Finanze è stato autorizzato a partecipare all'aumento di capitale della Soc. An. mediante rapporto azionario del mutuo anteriormente concesso, nonchè a consentire la garanzia statale per un prestito obbligazionario dell'importo massimo di L. 175.000.000 da emettersi dalla Soc. An. Cogne. Parte dell'azioni è in possesso di privati. La Soc. è amministrata da un Consiglio nominato su designazione dei Ministeri dell'Economia Nazionale e delle Finanze e su designazione degli stessi Ministeri è nominato un collegio sindacale con funzioni di revisione sulla gestione patrimoniale.

(14) La soc. an. azienda generale petroli Italia, fu costituita col R. D. L. 3 aprile 1926, n. 556. L'amministrazione dello Stato è stata autorizzata a contribuire per l'importo di L. 30.000.000 alla formazione del capitale azionario così come l'Istituto nazionale delle assicurazioni e la Cassa nazionale per le assicurazioni Sociali hanno contribuito rispettivamente per L. 20.000.000. L'amministrazione dello Stato è stata ugualmente autorizzata a partecipare agli eventuali aumenti del capitale anche mediante apporti di mobili ed immobili. Lo stesso regio decreto stabilisce poi che alla costituenda Soc. An. potrà essere affidato l'incarico di eseguire ricerche petrolifere in Italia e Colonia in base a programmi quinquennali da approvarsi dai Ministri per l'Economia Nazionale e per le Finanze.

(15) La Soc. an. fertilizzanti naturali d'Italia è stata costituita col R. D. L. 5 agosto 1927, n. 1419 ed ha per fine le operazioni finanziarie, industriali e commerciali relative ai fertilizzanti, agli anticrittogami, ed in genere alle materie prime necessarie all'agricoltura. Il Regio decreto citato rende esecutoria la convenzione stipulata in data 30 giugno 1927 presso il Ministero delle Finanze e per la quale era previsto l'intervento dello Stato nella costituzione della Soc. mediante la sottoscrizione di un capitale azionario per 30.000.000. Alla Soc. hanno poi partecipato la Banca Nazionale per il Credito e la cooperazione e la Federazione dei Consorzi Agrari. Essa viene amministrata da un Consiglio e controllata da un Collegio Sindacale.

(16) Cfr. Il R. D. L. 6 maggio 1928, n. 1319 col quale il Ministero della Aeronautica è stato autorizzato a partecipare con un capitale di L. 7.200.000 alla costituzione di una Soc. An. da denominarsi Società Aerea Mediterranea che ha per fine l'esercizio di linee aeree (trasporto di passeggeri, merci e servizio postale). Essa viene amministrata da un Consiglio ed è assistita da un Collegio sindacale. Tanto i membri del Consiglio quanto i sindaci sono nominati dal Governo.

Contributi di fondazione lo Stato ha concesso anche ad altri enti oltre quelli ricordati nel testo: furono pure sovvenzionati direttamente all'atto di costituzione la Banca Nazionale del Lavoro, il Consorzio Nazionale Credito agrario di miglioramento, la Sezione di Credito agrario del Banco di Sicilia, la sezione del Credito agrario del Banco di Napoli e fra le soc. an. la Società anonima raffineria oli minerali di Fiume. Vedi soprattutto per le contribuzioni pecuniarie concesse a società anonime dallo Stato in veste di azionista ma anche ad altri enti morali quanto osserva il ROSBOCH in *Lo Stato*, 1930, n. 3. *L'azionariato di Stato*

Se poi si estende l'indagine non solo allo Stato, ma anche ad altre persone giuridiche pubbliche (ad esempio il Comune e la Provincia che pure possono essere fra gli enti fondatori) non mancano esempi di enti il cui patrimonio è formato da assegnazioni pecuniarie di quelle persone giuridiche pubbliche. Fra essi ricordiamo l'Ente "Fiera Campionaria internazionale di Padova", (17). L'Ente Fiera Campionaria di Tripoli (18). E questi enti si devono ritenere privati (19).

Passando ora all'altra forma di contribuzione pecuniaria che si è qualificata come "assegnazione straordinaria", contrapponendola al contributo pecuniario di fondazione, già si è precedentemente osservato che essa viene conferita con minor frequenza dallo Stato ad enti sicuramente privati. Ciò soprattutto perchè non mi pare si

nella economia fascista. L'A. esamina l'intervento dello Stato alla luce dei principi sanciti dalla Carta del Lavoro e qualifica soc. parastatali quelle in cui lo Stato interviene mediante apporti pecuniari, e lascia credere, senza però esaminarne la natura, che tali società rimangano private. Ma il loro riavvicinamento agli enti parastatali non sembra opportuno, essendo ormai pacifica in dottrina l'opinione che gli enti parastatali sono enti pubblici. V. sopra nota 7.

(17) Cfr. Il R. D. L. 9 dicembre 1929, n. 2188 che ha modificato il nuovo Statuto dell'ente autonomo Fiera Campionaria di Padova. Qui interessa soprattutto rilevarne la formazione del patrimonio che è dovuta ai contributi degli enti fondatori; Comune di Padova, amministrazione provinciale di Padova, Cassa di risparmio della Provincia di Padova ecc.

Può partecipare all'ente autonomo qualunque ente pubblico e morale che conferisca al patrimonio una somma non minore di L. 250.000.

L'ente non è sottoposto ad alcuna forma di vigilanza ministeriale, soltanto il Presidente è nominato con decreto reale. Il controllo nella gestione amministrativa è delegato ad un collegio di vigilanza che è formato di due rappresentanti del Comune e da un rappresentante per ciascuno degli enti fondatori.

(18) L'ente autonomo denominato Fiera Campionaria di Tripoli fu istituito con R. D. 27 ottobre 1927, N. 2018. A costituire l'ente autonomo quali enti promotori furono il Municipio di Tripoli il Consorzio Agrario di Tripoli, la Camera di Commercio di Tripoli ecc. Qualsiasi ente pubblico può essere fondatore quando apporti a un capitale non inferiore a L. 200.000. L'ente è amministrato da un consiglio generale i cui membri sono designati dal Governo per le Colonie e dal Ministero delle Colonie.

(19) V. per l'ente autonomo Fiera Campionaria di Tripoli, (e conseguentemente per l'ente Autonomo Fiera campionaria internazionale di Padova) la ricordata sentenza del Consiglio di Stato, 4 aprile 1930 in *Foro it.*, 1930, III, 119, che la natura pubblica.

possano comprendere in quella figura tutti i contributi che lo Stato concede a Società Cooperative, e Consorzi privati i quali si propongono, ad esempio, la costruzione di case popolari od opere di bonifica (20). Infatti io credo che tali attività, che lo Stato esercita di solito per mezzo di enti certamente pubblici, non possono qualificarsi come private bensì come attività pubbliche che lo Stato esercita e promuove in concorso coi privati. Si rientra perciò nel caso sopra ricordato (vedi n. 2) del contributo pecuniario diretto alla agevolazione del pubblico servizio non della finalità che la persona giuridica si prefigge; del che è buona prova la serie di obblighi giuridici che gli enti beneficiati si assumono verso lo Stato, proprio in forza del sussidio ricevuto.

Tuttavia non mancano esempi di enti privati sussidiati con assegnazioni straordinarie: ricordiamo: l'Ente autonomo fiera campionaria internazionale di Padova (21); la Soc. an. compagnia chimico-mineraria del Sulcis (22); la Reale società geografica Italiana (23); Azienda magazzini gen. di Trieste, Azienda magazzini gen. di Fiume (24).

Ma lo Stato avvantaggia il patrimonio di una persona giuridica anche in altri modi; mutui di favore, pagamento degli interessi nei

(20) Frequentissimi sono in questo campo gli aiuti finanziari dello Stato. Per le disposizioni più generali V. il R. D. L. 30 novembre 1919, n. 2318 che riunisce un testo unico le leggi per le Case popolari ed industria edilizia e il testo unico delle leggi sulle bonificazioni delle paludi e dei terreni paludosi pubblicati con R. D. 30 dicembre 1923, n. 3257.

Numerosissime sono poi le contribuzioni pecuniarie straordinarie concesse, per i motivi più vari, dallo Stato agli enti pubblici e in special modo a Comuni e Provincie: contributi scolastici, integrazioni al bilancio, assegni per opere pubbliche, per lavori pubb., per necessità di organizzare servizi, per mutui di disoccupazione etc.

(21) L'assegnazione straordinaria a favore dell'ente autonomo Fiera Campionaria di Padova fu stabilito dal R. D. L. 9 novembre 1925 n. 2032 per provvedere all'ampiamiento degli impianti dell'ente stesso. Il contributo è concesso per la durata di anni venti ed è in relazione all'amministrazione del demanio ad estinzione del proprio debito. Con R. D. L. 20 gennaio 1927, n. 56 lo Stato ha concesso però un'assegnazione straordinaria anche alla Fiera Campionaria di Tripoli.

(22) V. il R. D. L. 20 giugno 1930 n. 954 già citato in nota n. 10.

(23) V. il R. D. L. 6 gennaio 1927 n. 23 per il quale, ritenuta la necessità urgente ed assoluta di far luogo ad una assegnazione straordinaria alla Reale Soc. Geografica Italiana, viene concesso alla società stessa un contributo di 100.000 per le spese occorrenti alla sistemazione di una società nella villa Celimontana in Roma.

(24) Cfr. I. R. D. L. 3 settembre 1925, n. 1789 e R. D. L. 29 settembre 1927, n. 2716, coi quali si sostituiscono rispettivamente, l'azienda dei magazzini generali di Trieste e l'azienda dei magazzini generali del porto di Fiume.

mutui contratti, devoluzione all'ente giuridico del ricavato di una tassa; tutte forme di contribuzioni pecuniarie queste che mi limiterò ed enumerare perchè esse hanno in pratica un'applicazione meno frequente. Tuttavia anche qui non si trovano, per il lato che interessa, differenze specifiche fra gli enti pubblici e i privati. Si possono ricordare fra gli enti privati: la Società anonima nazionale Cogne (25) la Società anonima per le imprese elettriche Pietrafitta, le Società per le forze elettriche della Sila, meridionale di elettricità, generale elettrica della Sicilia (26); l'Ente autonomo

La lunga enumerazione dei compiti cui gli enti sono destinati e comprendenti la custodia delle merci, la mediazione nei pagamenti ed incassi, l'esercizio commerciale degli impianti portuali ecc. esclude che essi possono comprendersi fra gli enti pubblici. Del resto essi non vengono sottoposti a vigilanza o a tutela governativa. Il capitale dell'esercizio è sottoscritto e versato da diversi enti pubblici e lo Stato per cinque esercizi finanziari contribuisce con un sussidio di L. 5.000.000 e L. 1.000.000 rispettivamente per il primo e per il secondo degli enti menzionati. Non si esclude però che dopo il quinto anno il contributo statale cessi anzi esso potrà venire conservato con un ovvia riduzione. Infatti all'azienda dei magazzini generali di Trieste è stato concesso con R. D. 18 luglio 1930, n. 990 un'assegnazione straordinaria di L. 200.000.

(25) V. Il R. D. L. 30 dicembre 1929, n. 2276 ricordato in nota n. 13.

(26) V. il R. D. L. 12 maggio 1927 n. 876 col quale l'Istituto Nazionale delle assicurazioni è stato autorizzato a concedere un mutuo di 8.000.000 ammortizzabile in otto anni alla Soc. An. per imprese elettriche e minerarie denominata Pietrafitta con sede in Firenze, e la lunga serie di convenzioni approvate rispettivamente con regi decreti colle Società per le Forze idrauliche della Sila, meridionale di elettricità e generale elettrica della Sicilia ad esse lo Stato ha concesso un primo mutuo di L. 65.000.000, un successivo di L. 95.000.000 per la costruzione d'impianti idroelettrici e delle relative linee di trasmissione nel mezzogiorno d'Italia e nella Sicilia a completamente del mutuo complessivo di L. 160.000.000 di cui alla legge 20 agosto 1921, n. 1177 che reca provvedimenti a favore della disoccupazione. In proposito confronta anche il R. D. L. 8 luglio 1929, n. 1223 che autorizza la Cassa di Risparmio delle provincie Lombarde a concedere mutui fino alla concorrenza di L. 10.000.000 a favore dell'ente autonomo della Scala di Milano colla Fideiussione del Comune di Milano; il R.D.L. 30 dicembre 1923, n. 2275 col quale si concede un mutuo con sussidiaria garanzia statale all'ente autonomo Adige Garda; il R. D. L. 27 settembre 1923, n. 2148 col quale si concede un mutuo alle ditte: Cantiere navale triestino, Filatoio meccanico di Aidussina, Cottonificio triestino Adria; il R. D. L. 20 novembre 1930, n. 1558, per la concessione di un mutuo alla Soc. An. "Silurificio Whitehead", di Fiume; il R. D. L. 6 novembre 1930, n. 1653, con cui si concede un nuovo finanziamento di L. 20.000.000 alla Soc. "Migiurtina", ecc. Per le numerosissime concessioni di mutui a cooperative edi-

Politeama teatrale Fiorentino, (27).

Un più attento esame merita invece la categoria delle così dette agevolazioni fiscali. Già si è osservato come esse debbano considerarsi insieme alle contribuzioni pecuniarie e ciò per la ragione che l'effetto prodotto dalla agevolazione fiscale sul patrimonio della persona giuridica beneficiata è analogo alle contribuzioni vere e proprie onde anche qui si potrebbero ripetere le osservazioni fatte considerando le altre figure di contribuzioni pecuniarie.

Tuttavia, benchè le agevolazioni fiscali siano talora concesse anche ad enti privati, alcune differenze possono riscontrarsi secondo che le agevolazioni stesse vengano attribuite ad enti pubblici o ad enti privati. Si tratta di quei caratteri che chiamerò la *specificazione* e la *continuità* della agevolazione fiscale. Le esenzioni tributarie o le agevolazioni che vengono concesse agli enti pubblici riguardano in genere la totalità degli atti che da essi possano venire compiuti

lizie e consorzi di bonifica vedi per tutti le disposizioni generali già citate in n. 20. I mutui vengono generalmente conferiti con una convenzione che, a prescindere dalle condizioni particolari di ciascun ente, non differisce a seconda che è stipulata fra lo Stato ed enti pubblici o enti privati. Frequente è pure la sussidiaria garanzia statale, più raro invece il pagamento parziale degli interessi.

(27) La contribuzione pecuniaria che si concreta nella attribuzione a un ente giuridico del ricavato di una determinata tassa o direttamente nella sua esazione per parte dell'ente stesso viene concessa assai più raramente ma non presenta sostanziali differenze, sia essa conferita a enti pubblici o a enti privati. Per i primi cfr. la L. 10 dicembre 1925, n. 2277 all'art. 7 in quanto attiene all'obbligo del versamento del quarto del provento della tassa comunale di soggiorno a favore dell'Opera Nazionale per la protezione della Maternità ed Infanzia nonchè la legge sui diritti erariali sugli spettacoli, pubblicata con R. D. 30 dicembre 1923, n. 3776, che al titolo IV stabilisce una particolare compartecipazione dei comuni sugli stessi diritti erariali in base a una percentuale variabile (art. 37 e segg.); per i secondi il recente R. D. L. 18 luglio 1930, n. 1163 per il quale si è devoluto a favore dell'ente autonomo del Politeama Fiorentino il ricordato diritto erariale sugli spettacoli pubblici e il diritto demaniale. Quest'ultimo deriva dal R. D. L. 7 novembre 1925, n. 1050 (disposizioni sul diritto d'autore) nel quale all'art. 34 si stabilisce che "per ogni rappresentazione od esecuzione di un'opera adatta a pubblico spettacolo o di un'opera musicale deve essere corrisposto allo Stato il 5 % degli incassi lordi, corrispondenti alla parte che l'opera occupa nella rappresentazione od esecuzione complessiva ... Devoluzione analoga a quella sopra ricordata è stata fatta all'ente autonomo Teatro della Scala di Milano con R. D. L. 14 novembre 1929, n. 2096. Anzi a quest'ultimo ente è stato attribuito un particolare diritto addizionale in aggiunta al diritto erariale (V. art. 31 della legge citata sui diritti erariali). Ciò ha fatto dubitare della natura privata dell'ente come

e che potrebbero essere soggetti a tassazione: il che si esprime di solito con la formula seguente: “agli effetti di qualsiasi imposta, tassa, diritto statutale delle leggi generali e speciali dello Stato l'ente giuridico viene parificato all'amministrazione dello Stato „.

In questo senso godono, infatti, esenzioni tributarie l'Opera nazionale Balilla, l'Opera nazionale Dopolavoro, l'Opera nazionale maternità e Infanzia (28). Ma anche nelle agevolazioni fiscali concesse ad enti pubblici vi possono essere gradazioni di intensità in modo cioè che esse vengano limitate ad una determinata tassa o imposta. Così è, per fare degli esempi, della Croce Rossa Italiana, dell'Ordine Mauriziano, dell'Ente nazionale industrie turistiche (29). Tuttavia per queste concessioni non esistono limiti nel tempo e questa sembrerebbe una delle caratteristiche delle agevolazioni fiscali concesse ad enti pubblici. E non la sola come si è osservato. Invero l'agevolazione fiscale concessa agli enti privati non soltanto appare limitata nel tempo ma anche specificata ad una sola delle attività — sia pure la principale — esercitata dalla persona giuridica beneficiata. L'agevolazione fiscale cioè non investe la totalità degli atti passibili di una tassazione che possono venire compiuti da una persona giuridica privata, ma si restringe di preferenza a quelli che si riallacciano in maniera diretta col fine stesso della persona giuridica.

abbiamo già rilevato in nota n. 4. Ogni dubbio però sfugge solo che si pensi come tale diritto addizionale, anche attribuito eccezionalmente per il solo teatro della Scala, può intendersi come una forma particolare di contribuzione pecuniaria. Per essa dunque valgono le osservazioni di cui in testo.

(28) Cfr. per i due primi enti il R. D. L. 10 agosto 1927, n. 1559 ove, agli effetti di qualsiasi imposta tassa o diritto stabiliti in genere dalle Leggi naturali e speciali, l'Opera Nazionale Dopolavoro e l'Opera Nazionale Balilla ed i loro rispettivi organi provinciali e comunali sono parificati alle amministrazioni dello Stato. Analoghe disposizioni sono contenute nella legge 23 giugno 1927 n. 1168 a favore dell'Opera Nazionale Maternità ed Infanzia. V. anche il R. D. L. 7 gennaio 1926, n. 87 convertito in L. 25 marzo 1926, n. 496 che istituisce la Reale Accademia d'Italia e la dichiara esente da ogni imposta e tassa per i beni che possiede, le rendite che percepisce, gli atti che compie.

(29) V. il R. D. L. 6 maggio 1926, n. 870 sui relativi atti di alcuni istituti parastatali e di altri enti pubblici. In primo luogo si stabilisce che gli atti e i contratti stipulati dall'Istituto nazionale delle assicurazioni per impiegare i propri fondi sono soggetti al trattamento tributario stabilito per gli atti stipulati dallo Stato e tali disposizioni vengono estese alla Cassa Nazionale per le assicurazioni sociali e alla Cassa nazionale per gli infortuni sul lavoro. Per l'art. 2 di detto decreto gli atti e contratti stipulati dalla Croce Rossa Italiana e dall'Ordine mauriziano

A ciò alludevo più sopra colla parola “specificazione”; e questa costituendo una peculiarità delle agevolazioni fiscali concesse ad enti privati, potrebbe acquistare valore di carattere negativo per le agevolazioni fiscali concesse ad enti pubblici. È facile dedurre i caratteri differenziali già menzionati dal nostro diritto positivo: occorre richiamare soltanto le frequenti agevolazioni fiscali concesse a società commerciali e altre importanti esenzioni o riduzioni fiscali concesse in genere ad aziende, enti, società che soddisfano ai bisogni di un dato ramo dell'industria nazionale (costruzioni navali, automobili, ect.) (30).

sono soggetti al trattamento tributario stabilito per gli atti stipulati dallo Stato. I lasciti e le donazioni a loro favore sono esenti da ogni specie di tasse sugli affari. All'ente nazionale per le Industrie turistiche viene invece concessa un'altra facilitazione tributaria sottoponendo a tassa fissa di registro e ipotecaria l'atto di acquisto immobiliare per la sede centrale dell'ente. Vedi ancora per una parziale esenzione fiscale il R. D. L. 9 luglio 1926, n. 1215 per il quale, a datare dal 1925 l'applicazione dell'imposta di R. M. in confronto dell'Istituto nazionale per i cambi coll'estero sarà limitata alla quota parte dell'utile annualmente distribuito. Analoghi provvedimenti sono quelli concessi al Consorzio sovvenzioni su valori industriali contenuti nello stesso decreto.

(30) Cfr. Specialmente il R. D. L. 26 febbraio 1928, n. 332 che, per la durata di due anni, ha concesso alle ditte fabbricanti di automobili l'importazione in franchigia di dazio doganale e tassa di vendita, della benzina e del petrolio e degli olii minerali greggi destinati a consumo; la L. 19 febbraio 1928, n. 258 per la quale le aziende che abbiano per loro unico fine il commercio di esportazione dei tabacchi indigeni greggi sono dichiarate esenti per cinque anni, a datare dalla loro costituzione dell'imposta di R. M. sul reddito derivante da tale commercio; il R. D. L. 16 maggio 1926, n. 865 che concede di importare in franchigia dai dazi doganali i materiali metallici necessari alle costruzioni navali; il R. D. L. 23 ottobre 1927, n. 2323 che alle società esclusivamente assuntrici di linee aeree commerciali concede, per la durata di anni 10, l'esenzione dei dazi doganali, dazi di consumo e diritto di vendita sui carburanti lubrificanti, destinati esclusivamente al funzionamento di aereomobili impiegati per l'esercizio di tali linee, inoltre la riduzione al quarto della misura normale della tassa di negoziazione, tanto sulle azioni, quanto sulle obbligazioni di dette società, così come l'esenzione dalle tasse di bollo e diritti di segreteria nelle convenzioni relative all'esercizio delle linee aeree e per tutti gli atti inerenti e conseguenti ad esse. Vedi ancora per disposizioni più generali il R. D. L. 25 ottobre 1925, n. 182 con cui è stata decretata l'esenzione dall'imposta di R. M. del sopraprezzo realizzato dalle società commerciali con le emissioni di nuove azioni sociali; il R. D. L. 1950, n. 37 che stabilisce provvedimenti a favore delle fusioni delle società commerciali ecc.

Per concessioni particolari vedi in ispecial modo: il R. D. L. 29 settembre 1927 n. 2716 che istituisce l'azienda autonoma per l'esercizio dei magazzini generali del

Senza ricordare le altre frequentissime agevolazioni concesse ad enti privati, (cooperative, consorzi) che si dirigono, come già dissi ad attività pubbliche (bonifiche, costruzioni di case popolari) e che perciò vanno escluse dalla nostra ricerca.

Ma qui occorrono alcune osservazioni che, mi sembra, siano sufficienti a dimostrare come tali differenze non siano costanti e quindi ad escludere che le agevolazioni fiscali concesse ad enti pubblici si possano distinguere da quelle concesse ad enti privati. A prescindere che anche la esenzione fiscale diretta a una persona giuridica pubblica può essere limitata ad una tassa od imposta, ai caratteri della continuità e della specificazione si oppone una importante eccezione che si desume dalla legge 14 giugno 1928, n. 1310, sui provvedimenti a favore delle associazioni enti ed istituti promossi dal Partito Nazionale Fascista. La legge citata, infatti, dopo aver dichiarato che a tali enti, qual che ne sia lo scopo (costruzione o gestione di immobili adibiti a sedi di associazioni fasciste, scopi culturali, assistenziali, di propaganda, di assistenza), può essere riconosciuta la personalità giuridica con decreto del primo Ministro Capo del Governo e dei Ministri per l'interno e per le Finanze, sentito il parere del Segretario Generale del P. N. F., avverte poi che "gli atti, contratti stipulati da detti enti, associazioni istituti riconosciuti a norma dell'articolo precedente (art. 1) sono soggetti al trattamento stabilito per gli atti stipulati dallo Stato. I lasciti le donazioni a loro favore sono esenti da ogni specie di tassa sugli affari. (Art. 2) „.

Ora pur volendo considerare il P. N. F. come una persona giuridica pubblica (il che è assai dubbio) (31) non crediamo che un ente, soltanto perchè fondato o promosso dal P. N. F., possa dirsi

porto di Fiume cui fu concessa l'esenzione della imposta di R. M. per i contributi conferiti dallo Stato e per le quote del capitale sottoscritto; il R. D. L. 24 dicembre 1925, n. 2476 che concede una notevole riduzione tributaria nella tassa di registro alla Soc. "la Transalpina", con sede in Roma ecc.

(31) Il Partito nazionale fascista è stato infatti variamente qualificato: associazione politica di fatto, persona giuridica privata, persona giuridica pubblica. Cfr. LIUZZI, *Il Partito nazionale fascista nel diritto pubblico italiano*, Roma, 1930, GIROLA, *Il Partito nazionale fascista*, in *Studi Urbinati*, 1930. SALEMI, *Il Partito nazionale fascista estratto dal Diritto del Lavoro*, 1930 e recentissimamente il RANELLETTI, in *Istituzioni di diritto pubblico*, II ed., Milano, 1930, pag. 212, in nota, che propende per la prima opinione.

pubblico, come pubblico invece può qualificarsi un ente creato dallo Stato. Da ciò deriva che lo Stato, per mezzo della legge citata, concede anche ad enti privati, (tali ritengo quelli fondati o promossi soltanto dal P. N. F.) agevolazioni fiscali con caratteri di continuità, senza specificazioni o limitazioni. Ma vi è di più. Vi sono altri enti, e sicuramente privati, che, in deroga ai ricordati caratteri, godono di agevolazioni fiscali senza limitazione nel tempo o specificazioni. Per la menzionata Soc. An. fertilizzanti naturali Italia, ad esempio, il R. D. L. 5 agosto 1927, n. 1419 dispone che " tutti indistintamente gli atti che la predetta società dovrà emanare per provvedere allo svolgimento della sua azienda, avranno in materia di tasse lo stesso trattamento stabilito per gli atti dello Stato. Conseguentemente anche i titoli di negoziazione saranno esenti dalla tassa di negoziazione „.

In conclusione mentre distinzioni precise fra le agevolazioni fiscali concesse ad enti pubblici e privati possono configurarsi per alcuni casi, i caratteri specifici non ne sono stabili e non possono estendersi a tutte le agevolazioni fiscali conferite dallo Stato. E questo vuol dire che distinzioni non sono possibili. Ma inoltre sul carattere della limitazione nel tempo, che si è ritenuto peculiare delle agevolazioni fiscali concesse ad enti privati, pur trovando già valore le considerazioni sopra esposte per la prima e più importante forma di contribuzioni pecuniarie, vi è un'altra osservazione da fare. Infatti, se si considera l'agevolazione fiscale sotto l'aspetto dell'aumento dei mezzi (cioè del patrimonio) diretti allo scopo cui la persona giuridica tende, poichè l'aumento stesso dipende esclusivamente dal fatto, che la persona giuridica può valersi in maggior o minor misura della esenzione fiscale concessale, la limitazione nel tempo della agevolazione fiscale riconosciuta ad un ente privato non riesce neppure a costituire una differenza quantitativa coll'agevolazione fiscale continua conferita ad un ente pubblico. A prescindere che è frequentissimo il rinnovo o la proroga della concessione per parte dello Stato (32).

(32) Cfr. la legge 12 giugno 1930 n. 830 che concede una proroga alla agevolazioni fiscali a favore dell'industria automobilistica, e la L. 27 marzo 1930 n. 409, che proroga le agevolazioni fiscali concesse a favore dell'industria estrattiva corboncera dell'Istria.

Così se si ha riguardo a queste considerazioni e a quelle sopra svolte per le forme già esaminate di contribuzioni pecuniarie e se ne fa applicazione a proposito della ricordata distinzione di contributo pecuniario a scopo di assistenza e contributo a titolo di mezzo a scopo, anche qui non si può dire che i caratteri riscontrati nelle agevolazioni fiscali concesse ad enti privati indichino la volontà dello Stato di assistere soltanto la persona giuridica piuttosto che di agevolarne lo scopo.

4. — Ed ora, compiuto l'esame delle varie forme in cui il contributo pecuniario si estrinseca, si possono trarre agevolmente le conclusioni.

Considerato pertanto che il contributo pecuniario viene corrisposto per conto dello Stato anche ad enti privati bisognava dimostrare, per attribuire ad esso il valore di elemento intrinseco della natura pubblica di una persona giuridica, che il contributo pecuniario concesso ad un ente privato si distingue da quello attribuito a un ente pubblico. Ma è incontrovertibile d'altra parte che se tale distinzione non esiste, nessun valore può riconoscersi al contributo pecuniario come elemento decisivo per dire se l'ente è pubblico o privato. Ora l'esame, sia pur breve, della legislazione in materia, ha escluso che una differenziazione fra i contributi concessi ad enti pubblici e quelli concessi ad enti privati sia possibile. E in primo luogo se si considera la concessione del contributo pecuniario sotto l'aspetto obiettivo dell'effetto che esso produce sul patrimonio della persona giuridica beneficiata e della azione dello Stato concedente, secondo quanto già detto (vedi sopra n. 3), vi è identità assoluta fra i contributi dati ad enti pubblici e ad enti privati. Ma anche sotto il riflesso formale, cioè dei modi con cui la sovvenzione pecuniaria viene concessa, lo Stato non fa alcuna differenza tra gli uni e gli altri.

Nè mi sembra che la distinzione posta dal Ranalletti possa essere di aiuto nella ricerca dei caratteri specifici della contribuzione pecuniaria concessa ad un ente pubblico. Infatti l'indagine approfondita delle varie forme con le quali il contributo pecuniario viene conferito ha dimostrato che non vi è alcun elemento sicuro per affermare che il sussidio pecuniario concesso ad un ente pubblico ha sempre il carattere di mezzo a fine. Non possono, in altre parole, farsi corrispondere, ai termini pur chiaramente suggeriti dal Ranalletti,

criteri precisi ed obbiettivi. Ed allora se si vuole conservare alla contribuzione pecuniaria il valore di elemento estrinseco di pubblicità, occorre affidare al criterio soggettivo dell'interprete la ricerca stessa del carattere di assistenza o di agevolazione dello scopo del contributo. Ma questa ricerca in pratica, può essere fonte di gravi inconvenienti, giacchè i concetti di assistenza e di agevolazione allo scopo non si prestano ad una chiara e sicura distinzione.

In altre parole: è assai facile confondere l'assistenza colla agevolazione dello scopo, perchè, quando si considera quest'ultima come l'attività statuale diretta a fornire i mezzi per il raggiungimento del fine di una persona giuridica è innegabile che anche quando lo Stato favorisce un ente privato con un sussidio pecuniario dimostra con ciò che per questo ente lo Stato stesso ha interesse al suo sviluppo e quindi, sia pure indirettamente ne protegge e fomenta il fine. Nè si può, certo, lasciare all'opera soggettiva dell'interprete il risolvere una questione tanto delicata che può essere chiarita solo se si rimane entro limiti assolutamente obbiettivi. A mio modesto avviso se non si può seguire la distinzione posta dal Ranelletti, perchè non si può compiere con profitto un indagine quanto allo scopo cui è diretta la contribuzione pecuniaria, si potrebbe però porre innanzi un altro elemento assai più obbiettivo per distinguere i sussidi pecuniari conferiti dallo Stato ad enti pubblici da quelli concessi ad enti privati. Bisognerebbe, in altri termini, aver riguardo alla particolare forma di vigilanza finanziaria che lo Stato esercita sugli enti pubblici ai quali è stato corrisposto un beneficio pecuniario. Senonchè questa correlazione non è decisiva, perchè la vigilanza finanziaria, che si concreta nella revisione del bilancio, nella possibilità di ispezioni ecc. non viene esercitata dallo Stato solo verso enti che vengono da lui beneficiati con contributi pecuniari, ma anche verso altri enti pubblici che provvedono al proprio esercizio con un patrimonio non sussidiato dallo Stato e verso enti privati che geriscono un pubblico servizio (33). Ma, pur così, il contributo pecu-

(33) Per la vigilanza finanziaria sugli enti pubblici finanziati dallo Stato vedi tutti i decreti e le leggi già citati. Tale forma di vigilanza è sempre distinta da quella vigilanza e tutela, in senso tecnico, a cui tutti gli enti pubblici indistintamente sono sottoposti ed investe soltanto la gestione patrimoniale. Cfr. per la vigilanza finanziaria sui concessionari di pubblici servizi ZANOBINI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni* in *Trattato di dir. amm. it.* dell'Orlando, vol. II, parte III

niario non potrebbe accettarsi come elemento estrinseco del carattere pubblico di una persona giuridica perchè il fatto di essere l'ente sottoposto a una vigilanza finanziaria sarebbe allora il solo sufficiente a decidere della sua natura pubblica.

Se dunque non è possibile distinguere i contributi pecuniari concessi ad enti pubblici da quelli attribuiti ad enti privati il quesito viene, con tale soluzione negativa, ricondotto al punto di partenza, e l'indagine compiuta, porta infatti ad escludere che il contributo pecuniario sia da ricomprendersi fra quegli elementi estrinseci sufficienti per riconoscere la natura pubblica di un ente. Questa conclusione viene del resto a confermare quanto avevo già all'inizio osservato a proposito di quegli autori che cercano di mettere in stretto rapporto il concetto dogmatico con i segni distintivi della persona giuridica pubblica: cioè che non sempre una logica correlazione è, a questo riguardo, sufficiente per poter attribuire ad un determinato elemento il valore di segno distintivo della natura pubblica di un ente. E ciò non perchè il concetto teorico della persona giuridica di diritto pubblico non sia esatto ma piuttosto perchè sul riflesso della questione dei segni distintivi delle persone giuridiche pubbliche, esso deve venire sviluppato in confronto a un compiuto esame del diritto positivo per seguirne soprattutto gli svolgimenti, allo scopo di evitare gravi difficoltà nell'applicazione pratica.

Resta ora a spiegare brevemente la ragione per la quale lo Stato concede contributi pecuniari anche ad enti privati. Qui basta osservare che lo Stato non soltanto provvede al soddisfacimento di fini pubblici con organi diretti e indiretti (persone giuridiche pubbliche) ma si preoccupa anche — dato che la complessità delle sue funzioni nel campo sociale va ogni giorno più acquistando rilevanza — d'agevolare il raggiungimento di finalità che, se non sono in senso proprio finalità pubbliche, possono tuttavia porsi

pag. 527 e segg. Verso gli enti privati pure finanziati dallo Stato questa forma di vigilanza deve escludersi. Tuttavia, indirettamente, anche per questi essa potrebbe ancora rintracciarsi quando si consideri che spesso lo Stato si riserva di far parte, per mezzo dei suoi rappresentanti o di persone all'uopo nominate, del consiglio d'amministrazione o delle commissioni di controllo sulla gestione patrimoniale. Ma la differenza sta in ciò che lo Stato esercitando tale forma di vigilanza si pone sullo stesso piano dei privati: ciò risulta più esplicitamente nelle Società Anonime dove l'influenza dello Stato varrà a seconda della maggior o minor entità del capitale azionario posseduto.

come mezzi per il raggiungimento di fini pubblici veri e propri. In altre parole, se lo Stato ritiene che certe attività private possono opportunamente servire come mezzi per il raggiungimento di un fine pubblico avrà interesse che quelle attività siano esercitate e si sviluppino. E a ciò provvede egli stesso conferendo agli enti, che all'esercizio di quelle attività sono diretti, contributi pecuniari. Va da sè che anche potenziando fini veramente pubblici lo Stato può intervenire nella loro attuazione mediante sussidi pecuniari alle persone giuridiche pubbliche; ma la concessione statutale non può influire sulla natura dell'ente.

Non si vede la ragione per la quale la sovvenzione dovrebbe assumere forme diverse secondochè viene attribuita per il primo o per il secondo motivo, mentre il contenuto (pecuniario) è identico e lo scopo resta costante. Infatti aumentando i mezzi patrimoniali di un ente, sia esso pubblico o privato, si tratta in ogni caso di provvedere al soddisfacimento di un fine pubblico nel primo caso indirettamente, nel secondo direttamente. Anche per ciò ritengo che la conclusione negativa a cui sono pervenuto sia esatta e che in ogni modo le contribuzioni pecuniarie concesse dallo Stato a una persona giuridica non devono comprendersi fra i segni distintivi di una persona giuridica pubblica.

ANTONIO AMORTH

RECENSIONI

RUGGERO LUZZATTO, *Eredità e legato nel diritto vigente e nella riforma del codice, Foro Ligure - Temi Genovese*, n. 1-5, anno VIII, Edizione del circolo di cultura giuridica, Genova, 1930, 8°, pp. 100.

L'interessante e dibattuto argomento è trattato dal Luzzatto in due conferenze, tenute al circolo di cultura giuridica del sindacato fascista degli avvocati e procuratori di Genova, e pubblicate poi dall'A. con interessanti note e richiami bibliografici degli ultimi studi al riguardo.

La trattazione del difficile tema è condotta con chiarezza di esposizione e profondità di ricerca, ed i due studi, che contengono acute e profonde osservazioni ed argomenti di indubbio valore scientifico, occupano indubbiamente uno dei primi posti fra gli studi del genere comparsi in Italia in questi ultimi tempi.

Nella prima conferenza il Luzzatto ferma la sua attenzione sui casi più importanti di lasciti che più hanno dato luogo a dubbi e discussioni in dottrina e giurisprudenza: lascito di beni mobili ed immobili, di beni corporali ed incorporali, di beni acquistati dal *de cuius* anteriormente o posteriormente ad una data epoca. Giustamente il Luzzatto osserva come questi lasciti non debbano venir confusi od equiparati ad altri lasciti apparentemente simili, ma che non hanno in sè l'importantissima caratteristica di *esaurire tutto il patrimonio del de cuius* (ad es. lascito dei beni di campagna e di città, dei beni di Toscana, Lombardia, ecc., dei beni paterni e materni, ecc.). Questa ultima specie di lasciti non esaurisce il patrimonio del *de cuius*, in quanto possono esservi degli altri beni che in essi non rientrano e che pertanto possano appartenere ad un erede legittimo o testamentario, il quale succederebbe in tutti quei beni di cui il *de cuius* non avesse disposto per dimenticanza, ignoranza, ecc.

Ciò premesso, il Luzzatto si domanda se sia possibile ammettere la validità per il nostro diritto di disposizioni di ultima volontà, di

lasciti, che non appartengano ad uno di quei tipi, di quelle categorie di disposizioni testamentarie che la legge ha ammesso (legato ed istituzione di erede). Giustamente il L. si ferma a criticare molte fra le più importanti osservazioni che dottrina e giurisprudenza hanno formulato su questo argomento (p. 8, nota 1), così quella sulla *inderogabilità per volontà del testatore del disposto dell'art. 760 cod. civ.*, come l'altra del GANGI (*Istituzione d'erede e legato*, p. 3), il quale afferma che la volontà del testatore non può bastare da sola a dare ad un lascito che per il suo contenuto deve esser considerato come legato, il carattere di istituzione di erede.

In quest'ultimo punto specialmente il L. ritiene si sia esagerato, in quanto la formulazione del quesito non si sarebbe dovuta porre nel senso di vedere se possa ammettersi per il nostro diritto una contraddizione tra la volontà del *de cuius* ed il contenuto della sua dichiarazione (ipotesi più che inammissibile, addirittura contraddittoria) quanto soprattutto nel ricercare se sia possibile ad un *de cuius* "assegnar enti determinati anzichè quote astratte ai vari successori e pretendere, che ciò non ostante, si verifichino, riguardo a questi successori, gli altri effetti che sono propri della eredità, in ispecie: che sia addossato a questi successori l'onere dei debiti e dei pesi; che avvenga una trasmissione *ipso jure* del possesso, che vi sia nei congrui casi l'obbligo della collazione, e così via.... (p. 8, nota 1)". Il Luzzatto risolve questo quesito nel senso della *invalidità* di tutti quei lasciti i quali, esauendo per la loro stessa natura tutto il patrimonio del *de cuius*, non hanno le caratteristiche di una vera e propria istituzione di erede e neppur quelle di un legato; e ciò specialmente perchè mentre, per aversi una istituzione di erede, è necessario che si abbia una *istituzione in una quota astratta* (un terzo, un quarto, ecc.; così GANGI, *Istituzione d'erede e legato*, in *Rivista diritto civile*, 1929, p. 1 s.), per aversi legato è necessario si tratti di assegnazione di obbietti singoli, concreti, assegnazioni quindi che non hanno mai, astrattamente parlando, la potenza di esaurire il patrimonio del testatore. Il Luzzatto insiste specialmente su questa conclusione della *invalidità* dei lasciti di beni mobili ed immobili, facendo richiamo ad opinioni che egli non dichiara esplicitamente di accettare (così, ad esempio, quella che vieta al testatore di dividere i suoi beni tra gli eredi all'infuori del caso *eccezionale* della divisione d'ascendente), o che poi, nella seconda parte della prima conferenza, egli priva anche totalmente di valore (così ad esempio quella che ritiene neces-

sario, per la nomina di un erede, la istituzione in una quota *astratta*). Ora, se nel corso di questa breve recensione non è possibile fermarsi ad analizzare dettagliatamente il valore di queste diverse conclusioni (cfr. su di esse più diffusamente il mio studio “*In tema di interpretazioni degli art. 760 e 827 cod. civ. in Rivista di Dir. Civ.*, 1931. n. 2 p. 182 s.) è pur necessario rendere avvertiti che i dubbi avanzati dal Luzzatto sulla invalidità di questi lasciti non mi sembrano fondati.

Il Luzzatto riconosce che tali forme di lasciti furono *sempre* esplicitamente ammesse dai codici anteriori al nostro (specialmente dai codici napoletano e francese) che li equipararono ai lasciti di quota (op. cit., p. 28) e così pur da tutte le legislazioni moderne (Cfr. per il diritto austriaco MAJR, *Lehrbuch des Bürg. Rechts*, Reichenberg, 1923, libro 5, p. 172, nota 15 con autori da lui citati: per il diritto tedesco DERNBURG, *Erbrecht*, p. 47, ecc.). Questo è indubbiamente un fatto della massima importanza, il quale di per sè solo dimostrerebbe già come, per potersi dichiarare per il nostro diritto la invalidità di disposizioni del genere, sarebbe stato necessario che una tale dichiarazione il legislatore l'avesse fatta *esplicitamente*. Non solo, ma nella nostra legge (art. 421 cod. civ.), è detto esplicitamente che le espressioni “beni, effetti mobili, sostanza mobile usate solo nella *disposizione* della legge o *dell'uomo* comprendono.... ecc. ,. Ora, se la nostra legge non solo vieta *disposizioni* (questo termine è così generale da comprendere sia i negozi *inter vivos* che quelli *mortis causa*) del genere; ma anzi cerca di interpretarle, per evitare dei dubbi che potrebbero in qualche modo rendere difficile il raggiungimento dello scopo propostosi dal disponente, come si può chiedere che tali disposizioni siano dichiarate inammissibili?

Ma, anche a prescindere da queste considerazioni, mi sembra non troppo giusto dichiarare la nullità di disposizioni le quali non hanno, considerate astrattamente, nessun carattere dell'atto illecito o comunque contrario alla morale ed all'equità, solo perchè esse non rispondono *esattamente*, come faccine di un'unica figura, a delle costruzioni teoriche che si *ritengono* accolte dal nostro legislatore: si vengono così, senza che esista una vera e propria *necessità*, a piegare e sottomettere le esigenze della vita e della pratica a delle figure teoriche, il cui valore e la cui importanza sono state in definitiva riconosciute solo per regolare e favorire nel miglior modo possibile la realizzazione della volontà del *de cuius*, per il tempo successivo

alla sua morte. Si ammetta pure col Luzzatto che questi lasciti dei beni immobili e dei mobili rappresentino delle figure ibride, in quanto non hanno i caratteri *tipici* del legato e della istituzione di erede, ma, prima di dichiararne la invalidità (dichiarazione che dal giurista deve sempre venir considerata come l'*extrema ratio*) occorre pure esaminare se possano essere avvicinati o fatti rientrare, in base ad una comparazione degli elementi affini, in una delle due figure ammesse dal diritto: legato ed istituzione d'erede.

Ed il Luzzatto infatti, propostasi la domanda, per il caso in cui il dubbio da lui avanzato sulla validità dei lasciti in parola dovesse ritenersi infondato, non esita a rispondere che il lascito dei beni mobili ed immobili deve venire considerato come una *istituzione di erede*. E la dimostrazione per assurdo ch'egli dà di questo suo assunto, per quanto si ricollegli in definitiva alle argomentazioni addotte dai principali sostenitori di questa opinione (ASCOLI, CICU, ecc.), non può, a mio modesto avviso, non considerarsi riuscita.

Su questo punto ritengo però necessario richiamare l'attenzione, poichè le conclusioni a cui giunge il Luzzatto non mi sembrano da seguirsi. Egli ritiene che il lascito dei beni mobili e dei beni immobili importi come necessaria conseguenza l'acquisto da parte dell'istituito non solo dell'attivo mobiliare ed immobiliare, ma anche del passivo, che, in base al disposto degli art. 415 a 421 cod. civ., debba venir considerato mobiliare od immobiliare. Tale conclusione mi sembra contrasti con l'opinione, cui il Luzzatto accenna (p. 27 dell'estratto nota 12), e che implicitamente accoglie, secondo la quale un riparto dei debiti ereditari fatto dal *de cuius* in modo diverso da quello stabilito dall'art. 1029 cod. civ., non potrebbe venir imposto ai creditori contro la loro volontà, e coll'affermazione, contenuta nella prima conferenza (p. 32), del carattere di liberalità delle disposizioni testamentarie (cfr. anche la seconda conferenza, p. 71, in cui il Luzzatto afferma che il testatore intende sempre ripartire dei beni e non il passivo). Se fosse infatti vero che, nel lascito dei beni mobili, debba venir compreso anche tutto il passivo mobiliare, che poi in fondo nella generalità dei casi è il più importante, ci si troverebbe spesso di fronte ad una istituzione nei debiti od *in residuo*, proprio quindi in uno di quei casi la cui validità è dallo stesso Luzzatto posta in dubbio (p. 33 s. dell'estratto).

D'altra parte non è proprio vero che a tali conseguenze (attribuzione del passivo mobiliare all'istituito nei beni mobili) si debba

logicamente pervenire in base alla interpretazione degli art. 415 a 421 cod. civ. Non è infatti da dimenticare che, nelle ipotesi fatte, siamo sempre in tema di interpretazione della volontà del *de cuius*, così come si trova manifestata nelle disposizioni di ultima volontà, e quindi, in tanto si potrà pervenire alla conseguenza cui accenna il Luzzatto, in quanto dal complesso delle disposizioni testamentarie risulti che il *de cuius* ha inteso disporre sia dell'attivo che del passivo che compongono il patrimonio ereditario; qualora tale intenzione non risulti chiaramente (il *de cuius* si è limitato a dire: "lascio i miei beni mobili a Tizio e gli immobili a Caio", senza aggiungere altro) allora sarà il disposto dell'art. 1029 Cod. Civ. che troverà applicazione, ed i debiti si divideranno *pro quota* tra gli eredi, come sinora e dottrina (ASCOLI, CICU) e giurisprudenza hanno ammesso.

Il Luzzatto auspica a questo riguardo un chiarimento da parte del futuro legislatore, nel senso che in queste, ed in altre ipotesi simili, sia dichiarato che gli eredi sono tenuti al pagamento dei debiti in proporzione del valore dei beni che hanno ricevuto (*op. cit.*, p. 25 dell'estratto), soluzione che sarebbe indubbiamente conforme anche alla presumibile volontà del testatore.

Tale raccomandazione appare invero giustissima ed equa, tenuto presente il tenore un pò ambiguo delle disposizioni della nostra legge al riguardo, ed ad essa, ritengo, conviene associarsi.

Nella seconda conferenza il Luzzatto ferma la sua attenzione su altri lasciti che hanno carattere intermedio tra il vero e proprio legato e la istituzione di erede, e precisamente esamina il caso del legato a tacitazione di legittima e quello del legato all'erede o prelegato.

Premesso un breve esame delle particolarità e caratteristiche di queste figure "*anfibia del diritto successorio*", il L. giunge alla conclusione della inammissibilità di istituzioni del genere per il nostro diritto, tranne nelle ipotesi, eccezionali secondo il Luzzatto, in cui legati di questo genere siano stati ammessi espressamente dalla legge (art. 826 u. cpv., 1008, 1026 Cod. Civ.; *op. cit.* p. 48). Questo dubbio si aggraverebbe, sempre secondo il L., se si dovesse tener per buona l'opinione di quegli autori (GANGI, *op. cit.*, p. 36-39) i quali sostengono che non possa ammettersi nel testatore la facoltà generale di dividere i suoi beni tra gli eredi, ma che una tale facoltà possa ammettersi, *solo in via eccezionale*, per il caso di divisione *inter liberos*. Giustamente domanda il Luzzatto quale possa

essere il *criterio discrezionale* per distinguere una divisione del patrimonio ereditario tra gli eredi (divisione che si ritiene invalida) da una assegnazione di singoli beni da imputarsi alla quota di ciascun erede (assegnazione che invece si ritiene validissima), e soprattutto in qual modo possa giustificarsi una tale diversità di trattamento degli istituiti e nell'uno e nell'altro caso.

Non perchè intenda aderire all'opinione del GANGI (chè anzi cfr. la critica di questa opinione nel mio studio cit. *In tema di interpretazione degli art. 760 e 827 cod. civ.*), ma a me sembra che l'unico criterio discrezionale possibile tra divisione ed assegnazione di legato sarebbe fornito dal fatto di comprendere la divisione *tutti* i beni e *tutti* gli eredi, mentre l'assegnazione ha luogo solo per determinati obbietti o per alcuni soli tra gli eredi. Nella prima ipotesi sarebbe infatti chiarissima l'intenzione del *de cuius* di *dividere* il patrimonio, nel secondo caso invece apparirebbe la volontà di avvantaggiare un erede nei confronti degli altri. In entrambi i casi però ritengo valida la disposizione del *de cuius*, in quanto mi sembra che nessuna norma di legge possa giustificare per il nostro diritto un divieto al *de cuius* di dividere il suo patrimonio tra gli eredi, e che se all'istituto della *divisio inter liberòs* debba esser riconosciuto, per il nostro diritto, il carattere di eccezionalità, questo carattere abbia un fondamento del tutto diverso da quello addotto dal Gangi (cfr. al riguardo il mio studio già citato pag. 161 n. 20).

Come conclusione di questa sua ricerca il Luzzatto propone *de iure condendo* due rimedi: o considerare di interesse pubblico il mantenimento di una comunione originaria, ed in tale ipotesi sancire la nullità di tutti quei lasciti che impedissero il sorgere di una tale comunione tra gli eredi, e permettere, tutto al più, disposizioni del testatore le quali, senza ostacolare il sorgere della comunione, stabiliscano il modo con cui la *divisione* del patrimonio ereditario dovrebbe effettuarsi, nell'ipotesi in cui gli aventi diritto la chiedessero: oppure, (seconda soluzione) non considerare come norme di ordine pubblico quelle che richiedono un originario stato di comunione tra i successori universali, e permettere in questa ipotesi al *de cuius* di assegnare all'onorato enti concreti, manifestando la volontà di renderlo erede, e distribuire il patrimonio ereditario sia tra gli eredi da lui istituiti, sia tra gli eredi *ex lege*.

Ritengo sia da seguirsi la seconda soluzione, che mi sembra la più rispondente e alle esigenze pratiche e ai principi fondamentali

del nostro diritto successorio. Con essa si presta il dovuto ossequio a quella volontà del testatore, che è poi in fondo quella che regola tutto lo svolgimento della successione ereditaria (salvo le limitazioni stabilite dalla legge per motivi di ordine pubblico, e nel caso di successione necessaria) e si evitano tutti quei contrasti e dubbi ai quali la realizzazione della prima soluzione proposta dal Luzzatto, e, *de iure condito*, seguita dal GANGI, BONFANTE, POLACCO, ecc., darebbe indubbiamente luogo.

Nel terzo capitolo della seconda conferenza (p. 54 dell'estratto) il Luzzatto propone *de iure condendo*, una soluzione che valga a distinguere il prelegato all'erede dalla semplice assegnazione di beni da imputarsi alla quota ereditaria.

Come è noto, è questo uno di quei problemi che non poco ha affaticata la dottrina, e tuttora dà non poco da fare alla giurisprudenza, anche perchè, in molti casi, riesce impossibile accertare con precisione se il testatore, nel disporre di quell'oggetto determinato a favore dell'erede, *ex lege* o da lui istituito, abbia inteso fare un legato (prelegato) oltre la quota assegnata, oppure una semplice indicazione di beni che su tale quota debbano imputarsi. In queste ipotesi, quando una volontà del testatore, in base ai soliti criteri di interpretazione del testamento, non possa stabilirsi, il Luzzatto ritiene opportuna una norma, la quale permetta di adottare una soluzione che possa assicurare nel miglior modo possibile l'eguaglianza fra i successori, eguaglianza che costituisce un principio generale, non solo in materia di successione legittima, ma anche nel caso di successione testamentaria.

Secondo questa soluzione, l'assegnazione di un oggetto determinato all'erede sarà quindi considerata come prelegato quante volte la quota a lui assegnata sia inferiore a quella degli altri eredi, sarà considerata come una indicazione di beni da imputarsi ad una quota, tutte le volte in cui questa sia eguale a quella assegnata agli altri.

La soluzione proposta dal Luzzatto è indubbiamente una fra le migliori, ma mi sembra che con essa ancora troppi casi rimangano pressochè insolubili (quando, ad esempio, vi siano diversi eredi istituiti in quote diseguali, e ad uno di essi sia stato attribuito un oggetto determinato; *quid iuris* allora?). D'altra parte questa larga facoltà data al magistrato (chè a lui in definitiva sarà necessario rivolgersi nel maggior numero dei casi) di sostituirsi in molte ipotesi al testatore, varrà poi ad assicurare quel principio dell'eguaglianza, cui accenna il L., o

non servirà invece ad introdurre delle disparità di trattamento, specie se si tiene presente la possibilità che la diversità delle assegnazioni fatte dal testatore possa anche eventualmente giustificarsi con motivi personali o con precedenti vantaggi da lui concessi in vita all'istituito, e di cui nessun cenno si è fatto nel testamento? Io francamente ne dubito, e molto più opportuna riterrei una norma abolitiva del prelegato, che, nel maggior numero dei casi, non ha motivo di esistere.

Poste così in rilievo le principali deficienze del nostro diritto successorio, il Luzzatto nel quarto capitolo (p. 58 dell'estratto) esamina i principali criteri di distinzione, proposti nelle varie legislazioni, allo scopo di distinguere la figura dell'erede da quella del legatario. Con tale esame il Luzzatto si propone di ricercare se *de iure condendo* sia o meno necessario ed utile mantenere ancora la tradizionale distinzione fra la figura dell'erede e quella del legatario. Giustamente fa osservare come il criterio di distinzione, che si ritiene sia stato seguito dal nostro legislatore, e che è basato sulla astrattezza o concretezza dell'obbietto della istituzione, abbia in pratica perduto gran parte del suo valore (p. 62, 63 dell'estratto) in quanto si è ammessa come istituzione di erede la istituzione nei beni mobili e negli immobili, ed il lascito di masse di beni (di città, di campagna, di Toscana, beni paterni, ecc.), quando si possa dimostrare che il testatore considerò questi beni come una quota del suo patrimonio, o meglio, quando risulti che il *de cuius*, nonostante la indicazione di beni determinati, intese che gli istituiti acquistassero la qualità di erede. La tradizionale distinzione, conclude il Luzzatto, (p. 67 dell'estratto) ha dunque per sua base *una volontà del testatore*, riguardo alla quale sono spesso equivoci i mezzi di manifestazione; per questa ragione la tradizionale distinzione, fondata sulla volontà, conduce in moltissimi casi a violare la volontà, constatazione questa che è importantissima, se vogliamo che nel diritto successorio domini largamente la volontà del defunto.

I mezzi per ovviare a questi inconvenienti? L'attuazione pratica, secondo il Luzzatto, del rigido criterio di eguaglianza dei diversi istituiti, in modo che a ciascuno siano attribuiti gli oneri della eredità in proporzione ai vantaggi che gli sono stati assegnati, e ciò senza distinzione alcuna tra assegnazioni concrete ed assegnazioni in quota, poichè non è presumibile che il testatore, nel fare a Tizio un legato di ingente valore, abbia inteso esonerarlo dal pagamento dei debiti, il cui onere dovrebbe ricadere ad es. sull'erede Caio, che poco e nulla

ha conseguito dell'attivo ereditario. Sarebbe illogico, osserva il L., che il *de cuius* potesse sottrarre il suo patrimonio o gran parte di esso ai suoi creditori, che su di esso hanno un diritto di *pegno generale*, mediante legati, e sarebbe ancora più assurdo concedere a costoro un breve periodo di tre mesi per agire in separazione, mentre per l'esercizio dell'azione pauliana, al fine di impugnare gli atti di liberalità *inter vivos* del loro debitore, ad essi è stato concesso dalla legge un periodo di trent'anni. Il principio: "*nemo liberalis nisi liberatus* „ osserva il L., è antico e saggio.

Le conclusioni del L. mi sembrano indubbiamente fondate, non è però a nascondere che la differenza del termine concesso ai creditori per l'esercizio dell'azione pauliana, e quello ad essi concesso per agire coll'azione in separazione, ha motivo di esistere, sia perchè la morte del *de cuius* debitore è un fatto che molto più celermente può essere noto ai creditori, di quel che non sia un semplice atto di alienazione a titolo gratuito, compiuto dal loro debitore per atto *inter vivos*; sia perchè, mentre, in quest'ultima ipotesi, è sempre il solo debitore che rimane obbligato, nel caso di successione invece, oltre all'obbligo del legatario, qualora contro di lui il creditore voglia agire coll'azione di separazione, permane l'obbligo *ultra vires* dell'erede; ed è quindi logico porre un termine più breve, di quel che non siano i trenta anni accordati per l'esercizio dell'azione pauliana, in modo che il creditore possa decidersi sulla convenienza di agire coll'azione in separazione contro il legatario o di accontentarsi della responsabilità *ultra vires* dell'erede. Una eventuale riforma del diritto successorio potrebbe pertanto obbligare i legatari a contribuire, in proporzione al valore del lascito ricevuto, al pagamento dei debiti ereditari, e ciò sia nell'interesse dell'eredità che in quello dei creditori, pur conservando *la facoltà* in costoro di esonerare dalla responsabilità i legatari, i quali in tal caso risponderebbero solo verso l'erede, che agisse contro di essi con l'azione di regresso e per il pagamento di quella porzione di debiti a loro carico.

Concludendo la sua interessante ricerca, il Luzzatto propone il seguente regolamento della successione ereditaria:

I° Costituzione in entità autonoma del patrimonio ereditario subito dopo la morte del *de cuius*, e convocazione dinanzi al notaio di tutti i successori e creditori ereditari. Esame della legalità dei titoli dei successori in contraddittorio dei creditori, e determinazione del regime successorio che si intende seguire: o conservazione del pa-

trimonio del defunto in entità autonoma, ed in questa ipotesi nessun passaggio di possesso o di proprietà avrà luogo negli eredi e legatari fino al momento in cui non siano soddisfatti i creditori dell'eredità; oppure, confusione del patrimonio del *de cuius* con quello dell'erede, ed in quest'altra seconda ipotesi, responsabilità personale dell'erede anche *ultra vires*.

Al Luzzatto sembra infatti opportuno conservare ancor oggi questa conseguenza della responsabilità *ultra vires* (p. 87 s., nota 39 dell'estratto), lasciando però arbitro l'erede di esimersene col rinunciare alla piena proprietà ed al possesso dei beni ereditari. Così pure il L., ritiene necessario ammettere la divisibilità nella scelta di uno dei due regimi successori, nel senso che possono i creditori accettare la responsabilità *ultra vires* di un erede, ammettendolo a conseguire immediatamente la piena titolarità dei diritti successori (proprietà e possesso dei beni ereditari) mentre possono non accordare identica facoltà ad altro successore, la cui porzione verrà pertanto amministrata sotto il controllo degli stessi creditori. Quando i diritti di costoro saranno pienamente soddisfatti, il residuo attivo spetterà ai diversi successori che procederanno alla divisione in base alle note regole.

Anche quest'ultima costruzione proposta dal L. appare buona, e sufficientemente ispirata alla tutela di quei diritti, e dei successori e dei terzi, la cui collisione determina molto spesso delle lunghe e dispendiose liti, e la cui tutela dovrà venire dal futuro legislatore molto meglio curata di quanto già non sia per diritto vigente.

LINO SALIS

Prof. inc. nell'Università di Urbino

Direttore responsabile: Luigi Renzetti

Coi tipi della Società Tipografica Editrice Urbinata — Urbino

