

ANNO VIII. N. 3-4 — SETTEMBRE - DICEMBRE 1934. XIII.

STVDI VRBINATI

RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE

DIRETTA DA

NICOLA JAEGER

prof. di diritto processuale civile
preside della facoltà di giurisprudenza

CANZIO RICCI

prof. di medicina legale
rettore dell'Università

LUIGI RENZETTI

presid. della R. Accademia Raffaello



S. T. E. U. - VRBINO

IN VRBINO: PRESSO L'VNIVERSITÀ DEGLI STVDI

SOMMARIO

GIUSEPPE BRANCA, <i>La legis actio damni infecti</i> . . .	pag. 1
ANTONIO MARONGIU, <i>Il regno di Corsica e la convocazione del suo parlamento generale nel 1420</i> . . .	„ 48
GIUSEPPE FORCHIELLI, <i>I controlli sull'amministrazione del patrimonio ecclesiastico nel diritto dello Stato</i> . . .	„ 62
GIUSEPPE BETTIOL, (Recensione), Giovanni Leone: <i>Del reato abituale, continuato e permanente</i> . . .	„ 110

COMITATO DI REDAZIONE

I professori dell'Università di Urbino: Giuseppe Bettiol, Giuseppe Branca, Tito Carnacini, Tomaso Antonio Castiglia, Giuseppe Ferri, Ugo Mancinelli, Antonio Marongiu, Raffaele Resta, Canzio Ricci, Lino Salis, Ugo Tombesi.

COLLABORATORI

Gli ex-professori dell'Università di Urbino: Luigi Abello, Ageo Arcangeli, Alberto Asquini, Guido M. Baldi, Claudio Baldoni, Giulio Battaglini, Arnaldo Bertola, Walter Bigiavi, Gian Piero Bognetti, Guido Bonolis, Giacinto Bosco, Ugo Brasiello, Antonio Butera, Francesco Calasso, Mario Casanova, Giovanni Cristofolini, Francesco D'Alessio, Menotti De Francesco, Arnaldo De Valles, Agostino Diana, Guido Donatuti, Francesco Ercole, Carlo Ferraj, Giuseppe Ermini, Eugenio Florian, Giuseppe Forchielli, Camillo Gardina, Andrea Guarneri Citati, Carlo Girola, Nicola Jaeger, Isidoro La Lumia, Lando Landucci, Ruggero Luzzatto, Teodosio Marchi, Francesco Messineo, Roberto Montessori, Gaetano Morelli, Umberto Navarrini, Oreste Nigro, Ferruccio Pergolesi, Mario Ricca Barberis, Alfredo Rocco, Arturo Rocco, Lanciotto Roasi, Mario Rotondi, Giovanni Salemi, Francesco Santoro-Passarelli, Gaglielmo Sabatini, Roberto Scheggi, Antonio Scialoia, Manfredi Siotto Pintor, Siro Solazzi, Arnaldo Volpicelli, Adolfo Zerboglio.

CONDIZIONI D'ABBONAMENTO

Abbonamento annuo: per il Regno L. 20; per l'Estero L. 25; un numero separato L. 5. Doppio L. 10.

Redazione e Amministrazione: presso l'Università degli Studi di Urbino.

CAPITOLO I

LA LEGIS ACTIO DAMNI INFECTI

SOMMARIO: 1. È un mezzo preventivo. — 2. Non può consistere nella *pignoris capio* della cosa minacciante. Critica della tesi del KARLOWA. — 3. Non realizza un ordine, che ci sarebbe nella legge, ad una *cautio* preventiva (teorie di HUSCHKE, HUNTERHOLZNER, KARLOWA). — 4. nè un comando a *derelinquere* la *res* (vecchia ipotesi del BONFANTE). — 5. nè un ordine di restaurare la cosa minacciante. Teorie di HESSE, KARLOWA, BURCKHARD. — 6. Ultima ipotesi del BONFANTE, che è l'unica possibile. — 7. Ricapitolazione. Tentativo di ricostruzione dell'antica norma. — 8. Dominio quiritario, rapporti di vicinanza e danno temuto. — 9. La *legis actio damni infecti* è un'azione penale. — 10. Natura, fisionomia di questa pena. — 11. È una pena pecuniaria. — 12. Si consegue con la *legis actio sacramenti in personam*, che condanna ad una somma fissa di denaro. — 13. Origine probabile dell'antica norma. *Delictum e damnum infectum*. Sistemazione del nostro istituto nel diritto quiritario e nei libri ad Sabinum.

1. — Nell'antico diritto civile prima che arrivasse il Pretore col suo editto, i danni minacciati o provocati da una casa, da un'opera, da un albero, senza colpa del loro proprietario, non potevano venire risarciti. I principi generali di diritto non accordavano azione al danneggiato.

Eppure i pregiudizi di quel genere dovevano essere frequenti nel periodo del sistema quiritario. Sono note le condizioni edilizie della Roma di quell'epoca, l'instabilità delle costruzioni più accurate, che l'umido ben presto finiva di corrodere, la imperfetta resistenza

del terreno (1). Plauto (2) ne parlava con espressioni assai eloquenti, così come più tardi Seneca e Giovenale (3). Va bene che tra l'una e l'altra casa c'era l'*ambitus*, cioè uno spazio di un metro e mezzo normalmente (4); ma questo non bastava (5) ad impedire le immissioni involontarie e talora dannosissime da edificio ad edificio. Con l'azione *negatoria* non si poteva ottenere nulla in quella ipotesi, e neppure era possibile costringere il proprietario della casa minacciante a restaurarla: vi s'opponeva l'indipendenza assoluta del *dominus* romano entro le cose in suo dominio. Pure, la frequenza dei danni richiedeva una tutela in qualche modo e, magari privatamente, questa si sarà venuta realizzando nella pratica.

S'aggiunga a tutto questo lo sviluppo agricolo del piccolo comune, che d'agricoltura, più che d'altro, viveva in quell'epoca lontana e l'abbondanza di zone boscosissime (6) lungo i colli primitivi. I danni provocati dagli alberi, specialmente d'alto fusto, corrosi dall'umido o anche dall'età, non dovevano esser molto rari, onde pure in questa ipotesi la necessità di provvedervi.

Intervenne così il legislatore quiritario - come più tardi, nell'età repubblicana che stava per finire, provvide al caso anche il Pretore - e si ebbe quindi la famosa *legis actio damni infecti*.

Quest'azione risale ad epoca antichissima, tanto che la sua ricostruzione è molto ardua, e quasi tutti (7) son d'accordo nell'attribuirla alla legislazione dei Decemviri. Di essa non è traccia nelle fonti che ci sono pervenute, fuorchè in un passo brevissimo di Gajo. Per ricostruirla si son fatti diversi tentativi, che hanno però lasciato molto scettici al riguardo. S'è costretti a lavorare d'indizi, pure scarsi, su una trama aerea e inconsistente. La fantasia prende la mano alla indagine scientifica e si legittimano così le costruzioni più bizzarre.

(1) BURCKHARD *Continuazione al Glück D. 39, 2 (Traduz. Bonfante)* pag. 57 sgg. e autori citt. a n. 55.

(2) *Mostellaria* I, 2, 26; 66: riportata dal VOIGT *Die XII Tafeln*, Leipzig, 1883, II p. 614.

(3) Citt. dal BURCKHARD *op. cit.*, p. 58.

(4) Cfr. XII Tavole in RICCOBONO *Fontes Tav. VII n. 1*; BONFANTE *Corso di Dir. Rom.*, II, I, p. 269.

(5) Cfr. VOIGT *loc. cit.*

(6) Si veda PAIS *Storia Crit. di Roma* I, 2, p. 621 sgg.

(7) BURCKHARD *op. cit.* p. 60 e autori citt. a pag. 61 sgg.; BONFANTE *op. cit.* p. 328 sg.

Cercherò pertanto di rifare il cammino, che tanti altri hanno già fatto, riesaminando, innanzi tutto, l'istituto quiritario. Premetto, in quanto a questo, che, siccome tutte le ipotesi possibili sono state prospettate, il mio compito sarà di ritrovare, fra esse, quella che appaia più sicura dall'indagine e chiarirla.

L'azione - tutti sanno - è ricordata solo in un passo sintetico di Gaio, che è necessario riportare per intero.

Gaj Inst. IV, 31: *Damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat adversarium suum, idque et commodius jus et plenius est. per pignoris...*

Come si vede, il brano dice molto poco. Una cosa sola è certa, che la *legis actio damni infecti* è anch'essa, come la *cautio* dell'Editto, un mezzo preventivo diretto ad evitare il danno e a garantirsene comunque prima che questo si verifichi. Ciò è dimostrato dalle parole medesime del passo (" *damni infecti lege agere* „: il danno cioè è ancor temuto), ma più di tutto dal modo col quale è ricordato il rimedio pretorio ormai vigente. Dice Gajo che nessuno vuol più servirsi dell'antica *legis actio*, perchè preferisce chiedere la *stipulatio* ed obbligare il vicino in base ad essa. Se fosse vera l'ipotesi del Burckhard (8), che il mezzo quiritario era diretto al rimborso delle spese impiegate dal vicino per riparare le case minaccianti, Gajo si sarebbe espresso in modo ben diverso, per esempio " *sed potius actionem ex stipulatu experiri potest* „ e simili.

Il momento considerato dal giurista è quello in cui si domanda la cauzione: in quel momento la richiesta del rimedio contenuto nell'Editto è preferita alla *legis actio* ed esso cade appunto quando il danno non s'è verificato (9). Non sarebbe stato proprio nè elegante confrontare l'azione antica ed il rimedio pretorio in due momenti ben distinti. I termini di paragone devono essere considerati ogni volta quando identica è la condizione o lo stato delle cose; altrimenti si rischia di confrontare due entità che sembrano diverse perchè osservate in tempi diversissimi, ma che invece son le stesse.

(8) *Op. cit.* pag. 71 segg.

(9) Cfr. D. 39, 2, 7, 1 e 2: *Ulp. LIII ad ed.*

Gajo, per essere logico e perspicuo, non poteva distinguere tra l'una e l'altra forma di tutela se non paragonandole nello stesso istante di applicazione, cioè quando il pregiudizio è ancora da venire. Chè se la *legis actio d. inf.* si fosse accordata, per esempio, a casa ormai crollata, il confronto col rimedio pretorio sarebbe stato fatto riferendosi allo stesso momento d'attuazione del medesimo: cioè a danno già avvenuto. Parlando di due istituti che si riferiscono alla stessa ipotesi e volendo metterne in evidenza le diversità concettuali o strutturali, è necessario - quando la cosa sia possibile (10) - che si ipotizzi, per l'uno e l'altro termine, lo stesso istante di applicazione.

Che l'antico mezzo, del resto, fosse esclusivamente preventivo, oltre alle parole stesse di Gajo, mostra anche un'altro indizio ricavato dalla

1. 6, D. 39, 2 *Gaius l. I ad ed. praet. prov.*:: “Eventit ut nonnunquam danno dato nulla nobis competat actio non interposita antea cautione, veluti si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint „.

Se l'*actio damni inf.* si fosse riferita al risarcimento per il danno già avvenuto, errato si rivelerebbe questo passo genuino, il quale, invece che “nulla nobis competat actio „, avrebbe dovuto dire che non compete alcun rimedio pretorio od originato comunque da comando del pretore: Infatti, a casa rovinata per esempio, anche senza la cauzione preventiva, si sarebbe potuto sempre ricorrere all'antica *legis actio d. inf.*, di cui parla lo stesso giurista, nelle Istituzioni, come ancora vigente, quantunque poco usata. Senonchè il frammento in esame non è per nulla scorretto e dimostra così per altra via come l'azione civile si riferisca anch'essa al momento in cui si teme il pregiudizio e a quello solo; tanto è vero che cessa di competere, come implicitamente vi si dice, quando non si è provveduto in prevenzione alla minaccia del pericolo. (10 bis)

(10) Come nel nostro caso. Il mezzo pretorio infatti ha due momenti principali; prima del danno, richiesta e prestazione della *cautio*; dopo il danno, *actio ex stipulatu* per il risarcimento.

(10 bis) Altri frammenti, che parlerebbero della *legis actio d. inf.* nel diritto classico, sono presi in esame dal WŁASSAK *Röm Prozessg.* I p. 241 sg. (cfr. anche *Cuj. Dr. Rom.* p. 183 n. 7) su cui si veda in seguito cap. II.

Altro argomento per la preventività del mezzo antico è dato dalla

1. 4, D. 46, 5 *Paul. 1. LXXV ad ed.*: “ Praetoriae stipulationes saepius interponuntur, cum sine culpa stipulatoris cautum esse desiit „

L'affermazione, per la *stipulatio damni inf.*, non sarebbe vera, se la tutela accordata dai Decemviri competesse davvero a lesione già avvenuta; perchè così il vicino danneggiato, anche se non aveva richiesto la cauzione, poteva sempre ricorrere a quel mezzo dell'antico *jus civile*, che l'avrebbe *cautus* pienamente. Onde la necessità di concepire la *legis actio d. inf.* come un rimedio preventivo che rendesse privo di tutela il danneggiato, se non aveva provveduto in tempo a garantirsi - ammenochè non si vogliano accusar di imprecisione le parole stesse del giurista.

L'argomento ad ogni modo non è da solo decisivo, perchè si potrebbe obiettare che la *legis actio damni inf.*, che vigea a mala pena nell'epoca di Gajo, fosse scomparsa al tempo dei Severi; ma esso intanto ha un certo peso per confermare gli altri indizi.

2. — Partendo dal punto fermo che s'è esposto, vediamo ora, attraverso la critica delle ricostruzioni già tentate, come fosse approssimativamente concepita l'antica azione dei Decemviri.

Il Karlowa (11) muove, come quasi tutti gli altri autori, dal presupposto che essa servisse solo per il danno *vitio aedium*. Il padrone della casa era obbligato a restaurare l'edificio minacciante, e se non voleva farlo, la presa di pegno del medesimo, ottenuta dal vicino con la *legis actio per pignoris capionem*, era il mezzo per indurlo a provvedere.

Tale ipotesi non è parsa e non mi pare sostenibile. Vi s'oppongono ostacoli ed indizii molto gravi. Argomenti validissimi contro la sua ammissibilità sono, prima di ogni altro, i tradizionali: In tutti

(11) *Der röm. Civilproc. zur Zeit d. legis act.* pag. 216 sgg.; *Geschichte d. röm. R.* pag. 481. Già nello stesso senso BETHMANN HOLLWEG, *Röm. Civilpr.* I, 204. Anche il BURCHARDI, *Lehrbuch* parag. 212. - cit. da BURCKHARD *op. cit.* pag. 63 n. 66 - pensa ad una *pignoris capio* da parte del vicino, però non sulla cosa minacciante, ma su una parte qualunque del patrimonio del vicino: tesi disperata.

i casi in cui è accordata quella *legis actio* il credito consiste in un *certum*; diversamente nel danno temuto, dove esso non solo è incerto, prima che la casa rovini, ma è dubbio ancora se sussisterà. Le ipotesi, di applicazione della *pignoris capio*, ricordate da Gajo (Inst. IV, 27-28), sono tali che ricomprendono sempre un interesse di stato o di culto da tutelare; non così nel danno temuto. Inoltre sarebbe strano che lo scrittore dell'epoca imperiale non menzionasse tra i casi elencati di *pignoris capio* proprio questo che perdurebbe ancora ai tempi suoi, cioè precisamente il più importante. (12). Quest'ultimo argomento per vero si potrebbe ritorcere a favore della tesi del Karlowa, osservando come Gaio nei §§ citati, ed in quelli vicinissimi, fa più lo storico che il dogmatico: quindi gli premeva maggiormente ricordare i casi ormai non più vigenti che il nostro, non ancora caduto del tutto in desuetudine. Ma ciò si può ribattere osservando che, pure ammessa questa ipotesi, essendo la *legis actio d. inf.*, a detta del medesimo giurista, quasi scomparsa nella pratica, sarebbe stato compito d'uno storico accurato catalogarla con gli altri casi esposti insieme.

L'argomento esteriore, ricavato dalle parole con cui termina (" per *pignoris* „), iniziandosi un nuovo periodo, il passo travagliato (Gajo IV,31), è anch'esso facilmente superabile. Quelle parole hanno fatto pensare a molti autori che si riferissero alla nostra *legis actio*; invece è più probabile che con esse non si continui l'argomento della frase precedente, ma si passi a ricordare le *fictiones*, frequenti nella procedura postebuzia e ricollegate appunto nel discorso del giurista, alle *legis actiones* da cui nascono: nel caso, alla *legis actio per pignoris capionem*. Perciò il § seguente accenna appunto ad una *fictio* di " *pignus captum* „, e di *fictiones* i par. successivi continuano a trattare (13). Quest'ultima obiezione non è certo decisiva, perchè al tema della *fictio* niente toglie che si potesse passare attraverso la *pignoris capio damni infecti*. Ad ogni modo essa afferma una eventualità probabilissima e, se non annulla l'argomento esteriore combattuto, diminuisce fortemente il suo valore, intaccandone perciò la sicurezza. Sono due ipotesi - argomento ed obiezione - tutte e due

(12) Cfr. BEKKER *Die Actionen d. r. Privatr.* I, pag. 45; BURCKHARD pag. 63 sgg.; BONFANTE *op. cit.* pag. 329 e sg.

(13) BURCKHARD *op. cit.* pag. 64 sg; BONFANTE *op. cit.* pag. 330.

possibilissime, tutte e due dubbie ad un modo, tutte e due insufficienti da sole a provare la tesi per cui sono prospettate. Ma noi abbiamo visto come gli altri indizi generali o specifici siano contro l'ammissibilità della *pignoris capio* nell'istituto che studiamo. Perciò l'argomento esteriore menzionato per ultimo cade anch'esso nel nulla in mancanza del necessario sostegno.

Altra difficoltà contro la tesi del Karlowa si può trarre, a mio parere, da un passo della stessa opera di Gajo: Inst. IV, 29. Per la *pignoris capio* non si richiedevano molte forme solenni nè *dies facti* nè la presenza del Pretore, ma la procedura era semplice e comoda, tanto che si arrivò a dubitare della natura di *legis actio* del mezzo in argomento. Il dubbio intorno a ciò non è respinto decisamente da Gajo: ora è inconcepibile che lo stesso autore, due par. più in là, ricordi l'antico rimedio civile come unica *legis actio* ancor vigente, quando la *pignoris capio* non è riconosciuta da tutti come tale. Il dubbio o l'indecisione di poche righe prima è scomparsa dunque per intanto? Non poteva il giurista, parlando del *damnum infectum* di cui non descrive la procedura, riferirsi appunto alla *pignoris capio*, sulla quale poco prima, sul suo carattere cioè di *legis actio*, ha elevato dei dubbi molto gravi. Se il danno temuto fosse stato regolato veramente dall'antico *jus civile* con la presa di pegno della casa minacciante, Gajo avrebbe dovuto precisare: invece il parlare, ch'egli fa, sicuro e deciso, di *legis actio d. inf.*, dimostra che non c'era dubbio sulla natura d'azione della medesima, come c'era invece circa quella *per pignoris capionem*.

Del resto, ammessa la tesi del Karlowa, dove sarebbe, rispetto al mezzo antico, la maggior pienezza e comodità del più recente accordato dal Pretore? Per la presa di pegno, una volta verificatesi i presupposti voluti dalla legge e dalla consuetudine, non erano prescritte nè molte forme solenni, tolti i *certa verba* indispensabili, nè la presenza dell'avversario: "plerumque etiam absente adversario... peragebatur (Gaj IV, 29)". Per ottenere la *cautio* invece - o la *missio in possessionem* - la presenza dell'avversario solitamente era richiesta; e assente quello, era imposta, nell'Albo, una procedura speciale con *denuntiatio*, che non risultava troppo comoda (14). Non solo, ma, mentre nella *pignoris capio* non si richiedeva l'intervento

(14) Cfr. I. 4, 5 D. 39, 2.

del Pretore, questo era invece necessario nel rimedio accordato dall'Editto, che consiste appunto in un ordine dello stesso magistrato. In sostanza, con la presa di pegno, l'antica azione civile sarebbe stata, se fosse vera la tesi del Karlowa, più comoda, se non almeno *plenior*, del mezzo più recente vantato da Gajo rispetto ad essa: al contrario di come invece afferma il medesimo giurista che ne parla!

Contro la tesi del Karlowa si può fare anche un'altra considerazione. Quella *pignoris capio* sarebbe l'esatto parallelo, nel diritto quiritario, della *missio in possessionem* accordata, con l'Editto, dal Pretore. Questa, quindi, non sarebbe altro che una derivazione immediata di quella, dalla quale differirebbe solo per il fatto che è concessa a chi la chiede, senza un'accurata *cognitio* della causa: ma i due mezzi in sostanza apparirebbero gli stessi. Ora, se la *missio* discende dalla *pignoris capio* precedente, la forza d'inerzia, che è in tutti gli istituti, non poteva non influire anche sul nostro: e sarebbe strano che si fosse perduto, col nuovo mezzo, proprio quel concetto di pegno, che è alla base dell'antico. Invece nel passaggio diretto dall'uno all'altro tipo di tutela, esso non poteva scomparire, se era fondamentale nel primo dei due tipi e questo veniva rifiuto interamente nel secondo. Una volta intervenuto il magistrato ad accordare un rimedio quasi uguale a quello antico, spontaneo sarebbe stato, nella dottrina e nella pratica, ricomprendere, per la somiglianza di struttura col civile, l'istituto più recente nel *jus pignoris*: che nel diritto quiritario era accordato dai decemviri, adesso sarebbe stato imposto dal Pretore: ed invece il concetto di pegno pretorio, in ordine alla *missio in possessionem*, non appare che in due testi molto tardi e che inoltre non sono genuini (15).

L'ipotesi del Karlowa rimane così battuta nettamente da argomenti insuperabili.

3. — L'antico rimedio civile imponeva una *cautio damni infecti*, sanzionava comunque un obbligo alla prestazione preventiva, per Huschke, Hunterholzner, Karlowa (16). Varia solo per i diversi au-

(15) Cfr., per ora, BRANCA in *Studi in memoria di Ratti* pag. 179 sg.

(16) HUSCHKE *Gaius* pag. 209 sg.; HUNTERHOLZNER *Schuldverhältn.*, II pag., 721; KARLOWA *D. r. Civilpr.* I. cit. - Il Karlowa però non parla più di obbligo alla cauzione, ma alla riparazione, in *Röm. Rgesch.*, I. cit.

tori il modo con cui si doveva far valere quell'obbligo, che è ad esempio la *pignoris capio* per Karlowa, la condanna ad una somma di denaro o la difesa privata o la cessione, simile alla *noxae datio*, dello stabile per Huschke.

Contro queste ipotesi stanno argomenti già messi in evidenza, specialmente dal Burckhard. Innanzi tutto cade la tesi prima del Karlowa in quanto la sanzione contro la mancata *cautio damni infecti*, cioè la *pignoris capio*, incontra le difficoltà che abbiamo già descritto.

Poi, come si può parlare d'un obbligo preventivo a *cavere*, quando, ha osservato già il Bekker, "nulla legis actio prodita est de futuro",: Vat. Framm. § 49? (17). Ebbene, nell'ipotesi dell'Huschke, al momento in cui il danno minaccia, si provvederebbe con l'azione a far nascere un credito, che è condizionato alla eventualità del danno stesso, cioè ad una cosa futura ed incertissima: contro l'affermazione del passo esposto ora (18).

Gaio contrappone all'antico mezzo la *stipulatio* del Pretore. C'è quindi, nell'esposizione ch'egli fa, un'antitesi nettissima, tra le due forme di tutela, ed esaltata a bella posta. Ammettendo per un momento l'opinione che combatto, il contrapposto col rimedio più recente svanirebbe per incanto ed errate apparirebbero le parole del giurista: inquantochè la misteriosa *legis actio* ed il mezzo introdotto dal Pretore, essendo diretti, l'uno e l'altro, ad una stessa cosa (*stipulatio*) non sarebbero poi così diversi da giustificare una contrapposizione tanto netta.

Già la norma dei Decemviri conteneva l'obbligo alla *cautio*; che ragione d'un nuovo editto per la stessa ipotesi regolata al modo stesso?

Inoltre, se l'antico mezzo e il nuovo fossero stati tanto simili, il primo non sarebbe sopravvissuto all'introduzione del secondo nell'albo del Pretore. I due rimedi dovevano quindi essere diversi (19). Altrimenti non avrebbe potuto dire, il giurista Pomponio, parlando anche della *cautio damni infecti*, che le stipulazioni pretorie "a

(17) Cfr. anche Fr. Vat. 329.

(18) Cfr. BEKKER *loc. cit.*; BONFANTE *op. cit.* pag. 329.

(19) Si veda, su tutto, BURCKHARD *op. cit.* pag. 65 sg.; BONFANTE *op. cit.* pag. 330.

mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti: D. 45, 1, 5 *Pomp. l. XXVII ad Sab.*.,; dato che invece l'ordine, per l'Huseke, era dapprima nella legge e da questa sarebbe passato nell'editto (20).

Io stesso aggiungo che, ugualmente, uno scrittore classico non avrebbe detto mai "iubere caveri.... magis imperii est quam iurisdictionis: D. 2, 1, 4, *Ulp. l. I ad ed.*.,, quando invece, in quella ipotesi, si sarebbe trattato di un comando, è vero, del magistrato, ma solo in quanto questi doveva applicare una norma già voluta dallo *ius civile*: un comando quindi derivante, non dall'*imperium* originario del Pretore, ma dalla *iurisdictio* del medesimo.

C'è di più. Mi sembra d'aver dimostrato in altra parte (21) che il nuovo mezzo accordato dall'editto non è azione. Se l'antico, imponendo pur esso la cauzione, fosse stato simile al moderno, se questo in sostanza consisteva in una recezione, nell'albo, d'un diritto già vigente da applicare; il comando del Pretore non sarebbe più disceso dalla *voluntas* di quest'ultimo, ma, direttamente, dall'ordinamento giuridico medesimo. E allora non si sarebbe più trattato di procedura straordinaria, eccezionale, ma di azione vera e propria. Non poteva il rimedio antico, l'*actio* antica, passando nell'albo per intero, non imporre la sua natura d'azione sul rimedio più recente.

Se l'antica norma avesse imposto pur essa la cauzione, non si vede come il nuovo tipo di tutela potesse esser definito più comodo e più pieno. La maggior comodità, è vero, poteva ben discendere dalla sua celerità, accresciuta grandemente, ma la maggior pienezza? Argomenti tutti più o meno probanti per se stessi, che però vengono a confermare, in diverse direzioni, l'obbiezione prima prospettata già dal Bekker.

Rimane da ultimo lo stesso criterio sistematico, che serve, a mio parere, per completare la dimostrazione. Se fosse consistita, la *legis actio d. inf.*, in un obbligo a *cavere*, la *stipulatio* sarebbe stata naturalmente, fin dall'inizio, il centro e la base di tutto l'istituto: e allora resterebbe da spiegare come nei *libri ad Sabinum* se ne parli insieme col furto, con l'*iniuria* ecc. (22) (invece che

(20) Cfr. BURCKHARD *op. cit.* pag. 67 n. 69.

(21) Cfr. BRANCA *op. cit.*

(22) Si veda in seguito paragr. 9.

sotto i titoli “ de verborum obligatione „ o “ de stipulationibus „) cioè nei libri 24 - 27 di Pomponio, 11 - 12 di Paolo, 45 - 50 di Ulpiano. Nè si dica che l'ordine nelle opere suddette sarebbe giustificato ad ogni modo, anche se l'antico mezzo obbligava alla cauzione, dal fatto che, trattandosi di danno, l'istituto era naturalmente connesso a quelle azioni. L'asserzione non avrebbe alcun valore. Regolato l'istituto così come si vorrebbe, la *cantio* ne diventerebbe elemento preponderante ed assorbente, tanto da imporne ed individuarne l'aspetto e la figura: di qui la necessità, che si sarebbe dovuta far sentire dai giuristi, di parlarne insieme con gli altri tipi di *stipulationes*. E allora noi dovremmo ritrovarne, sotto i libri *ad Sabinum* “ de verborum obligatione „, il regolamento pratico, nonchè la esposizione completa delle cause e degli effetti. Invece, di tutto questo non è traccia nelle fonti. Non dico che non se ne potesse discutere anche a proposito di danno, ma penso che pure in tema di *verborum obligatio* se ne doveva far menzione.

Si guardi invece l'ordine dei libri *ad edictum* di Ulpiano, cioè di quel sistema in cui l'obbligo alla *cautio* o alla *missio in possessionem* è indiscusso. L'istituto è studiato, descritto e sviscerato ex professo non solo nel libro LIII, che trattava dei rapporti di vicinanza (23), ma anche nel LXXXI (ai numeri 1752 - 56 della Palingenesi di Lenel), in cui si tratta *de stipulationibus*, come nei quattro libri precedenti - mentre non se ne accenna di proposito, per esempio, nel XVIII, che tratta del danno *ex lege Aquilia*, o in altri luoghi simili. Lo stesso ordine logico è osservato nel commento *ad edictum* di Paolo, il quale ne tratta nel l. XLVIII, insieme con gli altri mezzi regolatori dei rapporti di vicinanza (come Ulpiano nel LIII) nonchè pure nel l. LXXVIII, che fa seguito ai LXXII-LXXVII *de stipulationibus* (come Ulpiano nei libri LXXI da una parte e LXXVII-LXXX dall'altra). L'identico criterio sistematico è nel diritto giustiniano, dove, se non vi si insiste più in tema di stipulazione per i motivi che dopo si vedranno, se ne parla però solo a proposito dei rapporti di vicinanza: mai direttamente, ad esempio, nel l. IX del Digesto, che tratta delle azioni di danno in primo luogo.

Altro argomento a favore dell'obbligo a *cavere* si è voluto ricavare dalla

(23) Cfr. LENEL *Pal.*: nel l. LII, *op. n. nunt.*; nel l. LIII, *aqua et aqua pl. arc.*

L. 5, D. 43, 8 *Paulus* l. XVIII *ad Sab.*: “ Si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio ex lege Duodecim Tabularum, ut noxa domino caveatur „

Si diceva che il testo, riferendosi certamente al danno temuto, imponeva, in forza delle XII Tavole, l'obbligo esplicito a *cavere* - indicato dalla espressione “ noxa caveatur „ - quando il danno è ancora imminente: ecco quindi, si affermava, una testimonianza testuale della *cautio*, obbligatoria già da prima che intervenisse l'editto del Pretore. Ha risposto però giustamente il Burckhard (24) che “ caveri noxa „ (anche senza bisogno di coreggere “ caveatur „ in “ sarciatur „, come fa Cuiacío e Mommsen) non indica necessariamente un tale onere esclusivo. “ Cavere „ vuol dire non soltanto prestar cauzione, ma pure “ prevenire, assicurarsi contro qualche cosa „ (25) e la prevenzione può esercitarsi anche in maniera ben diversa: per esempio imponendo coattivamente il restauro o restaurando a spese proprie ecc. ecc.

Non basta. Lo stesso autore ha osservato, dietro il Dirksen e Gotofredo, (26) come il passo non si riferisca al danno temuto, di cui non è traccia nel l. XVIII *ad Sabinum* del giurista, ma all'*actio aquae pluviae arcendae* (27), della quale invece si tratta espressamente in altri passi di quel libro.

L'obbiezione del Burckhard, questa volta, non mi sembra inattaccabile, anche se lo è nella sua parte negativa e per quanto sia stata accolta dal Bonfante (28). L'*actio a. pl. arc.* - Huschke (29) lo aveva già notato - non compete per l'*opus in solo publico*, (30) e questo è un punto fermo; ora qui, nel fr. 5, D. 43, 8 cit., mi sembra fuor di dubbio, in base alle parole della legge, che il *rivus*

(24) *Op. cit.* pag. 69.

(25) Si veda del resto FORCELLINI *Lex. ad h. v.*: “ similiter cavere sibi dicitur quicumque rem, de qua contrahit, aut *ius suum* per iuris formulas *in tuto ponit* „

(26) *Citt. in BURCKHARD* p. 70.

(27) Dello stesso avviso del Burckhard pare anche il RICCOBONO *Fontes* pag. 40 sg., che, nelle XII Tavole (tav. VII n. 8), colloca il nostro passo a spiegazione delle parole decemvirali “ Si aqua pluvia nocet... „

(28) *Op. cit.* pag. 330.

(29) *Op. cit.* pag. 211 n. 16.

(30) *Cfr.* l. 3, 3; 18 D. 39, 3: BONFANTE *op. cit.* pag. 442.

sia nel pubblico, e così mancherebbe la *legitimatio passiva* a quell'azione, alla quale il passo non può quindi riferirsi. Risponde però il Burckhard (31) come negli stessi brani 3; 18, D. 39, 3 sia detto che l'azione è legittimata pienamente quando l'opera è *in privato*, ma *locum publicum intervenit*; e qui appunto si trattava di opera fatta nel suolo di un privato, ma attraversante il luogo pubblico: onde il ricorso all'azione delle acque ed il riferimento ad essa del frammento; tanto più che il l. XVIII di Paolo ne trattava.

La risposta del Burckhard non è tale, a mio parere, da togliere ogni dubbio. Il *rivus*, è condotto, a quanto pare, in suolo pubblico e non è cenno, nella legge, ad opere iniziate su un fondo in proprietà. Il danno, che si deve prevenire o risarcire, è appunto provocato dall'acqua che attraversa il suolo pubblico e da essa solamente. La stessa concisione del giurista è per la interpretazione più semplice del passo. Il "per ..", che fa pensare, secondo il vecchio pandettista, ad un *usum publicum interveniens*, era poi l'unica frase che potesse adoperarsi nell'ipotesi: col participio "ductus ..", non si può usare, a mio vedere, che una simile espressione (32).

Inoltre l'antica *actio a. pl. arc.* delle XII tavole non contemplava verosimilmente che il caso di opera in privato ed ivi compiuta totalmente; tanto è vero che l'azione, *interveniente loco publico*, è accordata a mala pena (*agi posse*, D. 39, 3, 3) persino nel periodo classico avanzato: e Ulpiano (33) sente il bisogno, nel concederla, di appoggiarsi all'autorità di Labeone. Il richiamo a questo autore, addotto come argomento principale, fa pensare che l'azione accordata in quella ipotesi, fosse piuttosto uno sviluppo della giurisprudenza posteriore; altrimenti, come fa Paolo in D. 43, 8, 5, tornava meglio riallacciarsi direttamente alle leggi dei Decemviri.

Così mi pare ormai sicuro che per diritto quiritario non potesse mai intentarsi nel caso del fr. 5 D. cit. Senza contare che i due passi 3, 3 e 18, D. cit. parlano sempre, non di opera iniziata come tende a credere il Burckhard, ma di *opus factum*, cioè fi-

(31) *Op. cit.* pag. 69 n. 32.

(32) Del resto non è sicuro che il termine *ductus* sia un participio, perchè i soggetti della frase potrebbero essere benissimo i sostantivi *rivus* e *aquae ductus*.

(33) L. 3, 3 D. cit.: "si tamen in privato opus factum sit et publicum interveniat, de toto agi posse a. pl. arc. Labeo ait.."

nito nel fondo di un privato, mentre il luogo pubblico interviene a mala pena; e invece in D. 43, 8, 5 - anche se il *rivus* in questione si origina nel fondo in proprietà - il pregiudizio, a quanto pare, è provocato per intero da quella parte d'acqua che attraversa il suolo pubblico.

Tutto ciò collima perfettamente con un'obbiezione che non è stata fatta ancora da nessuno, per quanto, a mio vedere, evidentissima. L'azione classica *aquae pluviae* competeva solo per l'acqua piovana - o come dicono le fonti *aqua celestis* (l. 1 pr. D. 39,3) - o pura o mescolata con altre acque (34). Ora il *rivus*, di cui si parla in D. 43, 8, 5, non è un'opera diretta a modificare o incanalare il corso di *aquae pluviae*; esso è di solito formato da acqua di sorgente ed è tale pure quando non piove da gran tempo e anche d'estate. Quindi l'azione, di cui nel nostro testo, compete per il rivo, indipendentemente dalla natura specialissima del suo proprio contenuto; e così non può trattarsi di *aqua pluvia*.

Il *rivus* differisce dal gran fiume solo quanto alla grandezza (35) e per i fiumi non è data quell'azione, perchè non è piovana in generale l'acqua loro. E allora, come si poteva intenderla per i rivi? Del resto che essa non s'accordi per i *flumina*, lo prova pure un'altro fatto: i testi, che sembrano parlarne in quella ipotesi, o non vi si riferivano in origine (36) o sono interpolati (37).

Così il passo non può essere inteso come vogliono il Burckhard ed il Bonfante. Inoltre l'argomento tratto dal l. XVIII di Paolo, dove l'*actio aquae pluviae* veniva trattata per intero, non ha valore decisivo, in quanto vi si commentava non solo quell'azione, ma il regime generale delle acque (38).

(34) Si veda BONFANTE *op. cit.* pag. 428 e testi ivi citt.

(35) Cfr. D. 43, 12, 1, 1 *Ulp. LXVIII ad ed.*: "flumen a rivo magnitudine discernendum est aut extimatione circumcolentium".

(36) Come D. 39, 3, 10, 2, che, pur essendo nel titolo, non accenna mai a quella azione; tanto che il LENEL *Pal. Ulp.* n. 1284 lo colloca nella rubrica *de aqua* e non in quella *a. pl. arc.* dello stesso libro *LIII ad ed.* di Ulpiano, da cui è tolto.

(37) Come il fr. 2, 9, D. 39,3, itp. per il PEROZZI ed il BONFANTE *op. cit.* p. 445.

(38) LENEL *Paul.* n. 1887 segg., rubrica.

Il frammento 5 D. 43, 8, per concludere, non si riferiva certamente alla *legis actio damni infecti*, perchè, se no, sarebbe stato nel libro X di Paolo, *sedes materiae*, ma non riguardava neppure l'*aqua pluvia* e l'azione relativa.

Essa contemplava verosimilmente il regolamento delle acque e, in particolare, dei danni, da prevenire e risarcire, provocati da quelle incanalate. Per la natura di queste ultime, che non sono di regola piovane e quindi non legittimano all'*actio a. pl.*, e per la pubblicità del luogo attraverso il quale vengono condotte, il vicino danneggiato poteva trovarsi a subire il pregiudizio senza rimedi a sua difesa: onde la necessità, e l'introduzione da parte dei Decemviri, d'una forma qualunque di tutela, che è quella del frammento esaminato; il quale impone appunto di provvedere in qualche modo.

4. — Accettabile non mi sembra neppure l'ipotesi avanzata in un primo tempo dal Bonfante (39). L'antica *legis actio* avrebbe imposto l'obbligo, da parte del *dominus*, di abbandonare a favore del vicino la casa minacciante. Naturalmente per ottenere la *derelictio* era necessario che l'interessato desse la prova piena di un pericolo effettivo: onde la minor comodità rispetto al mezzo nuovo.

A me sembra tuttavia che il mezzo antico, ordinato a questo modo, non differirebbe molto in realtà, nonostante l'apparenza, da quello introdotto nell'editto. È vero che nella *legis actio*, come è ricostruita dal Bonfante, non ci sarebbe stata la garanzia diretta al risarcimento, onde la minor pienezza, a quanto pare; ma quest'obbligo assoluto e inderogabile non si trova neanche nel rimedio accordato dal Pretore (40). C'è invece un comando alternativo a *cavere* o a tollerare la *missio* del vicino. Non ci sarebbe stata, nell'antica forma di tutela, l'imposizione della *cautio*, ma in sostanza, la prestazione di quest'ultima od il restauro tempestivo erano l'unico rimedio, anche lì, per evitare la presa di possesso. E così l'antitesi nettissima, che Gaio pone tra l'uno e l'altro mezzo, non sarebbe più giustificata.

La differenza sarebbe stata più esteriore che reale. Nel sistema antico, com'era visto dal Bonfante, e in quello classico, sostanzial-

(39) In BURCKHARD *op. cit.* pag. 79 n. in fondo.

(40) Eccettuati, beninteso, i casi eccezionali, su cui BONFANTE *op. cit.* pag. 363 e testi citt. a n. 4.

mente, *cavere* e restaurare costituiscono l'unica maniera d'evitare una sanzione anche più grave. Che poi questa fosse l'unico comando contenuto nella legge dei Decemviri e direttamente realizzabile, mentre nel mezzo nuovo v'era anche l'ordine alla *cautio*, la cosa non importa, tra i due casi, una differenza di pienezza. Infatti il risultato pratico, nell'una e nell'altra ipotesi, è lo stesso. In un caso (tutela del pretore) la garanzia da domandare sarebbe stata nell'editto; nell'altro, sebbene non contemplata dalla legge e impossibile a richiedersi in giudizio, avrebbe portato in modo identico se prestata, a cancellare i presupposti dell'azione. Ma allora dove sarebbe la differenza decantata, se in pratica i due mezzi son gli stessi?

C'è di più. L'abbandono dell'edificio è una sanzione assai più grave di quella contenuta nell'editto del Pretore. Nel sistema classico era necessario il decorso di un certo periodo di tempo, per arrivare, attraverso il II decreto, alla *possessio coll'in bonis* (D. 39, 2, 7); invece nell'antica forma di tutela, com'era ricostruita dal Bonfante, l'abbandono avrebbe portato al possesso della casa - senza neppure quel primo stadio di custodia, sconosciuto, a mio parere, nel diritto primitivo.

Sarebbe stato quindi *plenius*, cioè più grave nella sanzione e d'un'efficacia intimidatrice più diretta, il mezzo civile quiritario che non l'altro accordato dal Pretore: anche se questo, non richiedendo molte prove, risultava più comodo di quello.

Nè si dica che la necessità di provare il pericolo imminente avrebbe portato tuttavia ad una minore pienezza della norma primitiva. Nell'editto del pretore il risarcimento s'accordava solo a danno già avvenuto, cioè quando l'effettività del pericolo non si poteva più discutere: Negli stessi casi si sarebbe avuta la garanzia o la *derelictio* anche con l'antico mezzo così come è ricostruito dal Bonfante; perchè la prova del pericolo medesimo non è difficile il più spesso, mentre, nel caso di dubbio, il Console avrebbe sempre giudicato, entro la stessa *legis actio*, a favore di chi temeva il danno, ordinando ugualmente l'abbandono. Così la differenza pratica dal rimedio più recente sarebbe stata non in una minore intensità di tutela, cioè nella minor pienezza in senso proprio, ma in una più grande scomodità procedurale, data la perdita di tempo.

A tutto questo s'aggiunga che l'ipotesi ora combattuta non ha dalla sua parte nè testimonianze di testi paralleli e neppure analogia di regolamento in istituti simili dell'antico *ius civile*: In nessuno

di questi infatti - *aqua pl. arcenda, nunt. novi operis, actio fin. regund., negatoria*, danno - appare mai la *derelictio* come sanzione realizzabile in giudizio.

Certo anche nell'epoca più antica, come in seguito, il *dominus vicinus* avrà potuto abbandonare la casa minacciante se voleva; e niente, fatto ciò, l'avrebbe mai obbligato a riparare o garantire. Ciò avviene anche nel sistema più avanzato, in regime di *cautio damni infecti* (41). Ma in nessuno di quei testi, che ne parlano, (42), è traccia di sopravvivenza d'una pretesa *derelictio* imposta delle leggi dei Decemviri.

5. — Per l'Hesse (43) le XII Tavole contenevano l'obbligo della riparazione. La *legis actio*, con cui caso per caso si realizzava il diritto di chi temeva il danno, sarebbe stata la *iudicis arbitrive postulatio*. Argomento principale in questo senso sarebbe il parallelismo, che c'è spesso nelle fonti, tra *damnum infectum* e *aqua pluvia*, la quale ultima era regolata così, precisamente.

Che l'antica legislazione imponesse l'obbligo al restauro ha pensato anche il Karlowa (44). Differiscono, le teorie dei due tedeschi, per ciò solo che riguarda la realizzazione ulteriore del diritto tutelato a quel modo dai Decemviri. Secondo il Karlowa, contro la mancanza di restauro, della casa minacciante, da parte del vicino, si faceva luogo alla *pignoris capio* della stessa: e ciò abbiamo visto come appaia oltremodo inverosimile. L'Hesse invece afferma che se il *dominus* non voleva *reficere* la casa, il vicino, che aveva ricorso contro, ne otteneva in compenso la *possessio* per restaurarla a spese di quell'altro. La teoria di questo autore, come vedesi, non è molto lontana da quella esaminata poco fa e sostenuta già dal Huschke: per quest'ultimo però la presa di possesso garantiva il diritto a stipulare, mentre nell'ipotesi dell'Hesse garantiva il diritto del restauro.

(41) Si vedano i testi citati a n. 42.

(42) D. 39, 2, 15, 2; D. 3, 5, 9, (10), 1, *Ulp. X ad ed.* "cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem dereliquere.": "liceat", vi si dice, cioè "è permesso derelinquere la casa pericolante... L'esistenza di un obbligo antico ad abbandonarla fa a pugno con questa possibilità riconosciuta a mala pena persino nel delitto classico.

(43) *Rechtsverhältn. zwischen Grundstucksnachbarn I* pag. 172 e sg.

(44) *Röm. Rgesch. II* pag. 481. - Sostanzialmente dello stesso avviso il Wlassak *R. Prozegg. I* p. 263, sulle cui idee ritorneremo.

La tesi del Burckhard, (45) nonostante l'apparenza e le parole stesse dell'autore, non è in realtà molto diversa da quella dell'Hesse ora descritta. Obbligo alla riparazione raggiunto per vie torte; diritto di compiere i restauri da parte del vicino minacciato; rimborso delle spese di *refectio* con la *legis actio sacramento in personam* o per *iudicis arbitrive postulationem*: tale è la sua opinione, brevemente. La divergenza fra i due autori sta in questo che per l'uno (Hesse) la *legis actio*, di cui Gaio fa menzione, ordinava il restauro o la presa di possesso, per l'altro invece dava diritto al rimborso delle spese compiute dal vicino. Il regolamento pratico però appare identico nella ricostruzione dell'uno e dell'altro romanista. Per tutti e due c'era l'obbligo ed il comando, nelle XII Tavole, di restaurare l'edificio minacciante (46): l'attuazione della cosa era garantita dalla legge con la presa di possesso, nell'ipotesi dell'Hesse; mentre, per il Burckhard, la presa di possesso si realizzava per *manum* senza l'intervento del pretore (47) e l'*actio legis* competenza solo quanto al rimborso delle spese.

Ora lasciamo andare l'attuazione dell'obbligo contenuto nella legge, il quale del resto non differisce molto, a mio parere, da quello immaginato dagli autori ora citati. La teoria dell'Hesse, del Karlowa e del Burckhard, in quello che essi hanno di comune, mi sembra errata appunto nel proprio presupposto, nella base.

Nelle XII Tavole non poteva esserci un'ordine od un obbligo a restaurare la casa minacciante. Esso sarebbe stato appunto un onere reale pari a quello della *servitus oneris ferendi*. Ciò è contrario al concetto primitivo della proprietà romana, che è un diritto assorbente, assoluto, ed immune da pesi (48), persino nel sistema classico avanzato. Lo stato poteva imporre limitazioni, anche nell'età meno recente, ma esse consistevano in obblighi di non fare per lo più, quasi mai in oneri attivi, che avrebbero intaccato profondamente la natura del *dominium*. Questi oneri inoltre, se ci

(45) Esposta a pag. 71 e sg.

(46) Anche per il BURCKHARD *op. cit.* pag. 72; secondo il quale la norma era concepita nel modo seguente: " Domini aedes infirmas *reficiunto*, quod ni volunt, vicino propter damnum infectum *reficienti* dispendium computare ius est „

(47) *Op. cit.* pag. 73.

(48) Cfr. i noti scritti del BONFANTE *Diritto Romano*, 1900, pag. 260 e sg.; *S. G. V.*, II, pag. 17 e sg.; *Ist.* pag. 248; *Storia del dir. rom.*, I, pag. 177 e segg.

sono, nel diritto quiritario sono imposti e dettati solamente da necessità pubbliche, sociali e religiose; (49) mai da interessi esclusivamente individuali che si vogliono tutelare.

La norma delle XII Tavole richiamata dal Burckhard, (50) " Viam muniunto: ni sam (eam) delapidassint, qua volet iumento agito „ non è affatto una limitazione imposta da necessità private. I proprietari confinanti sono tenuti a conservare la strada in buono stato, non per l'interesse dei vicini, ma per quello di coloro che debbono comunque attraversarla: Interesse per ciò di tutta una comunità, e neppure d'essa sola. Quindi non si può addurre quella legge a favore della tesi che combatto. La sua ratio generale è ben diversa da quella che impone una tutela contro il danno da temere ed eccezionalissima com'è, e di diritto pubblico, ha un valore analogico, per l'istituto nostro, quasi nullo.

Le altre limitazioni della proprietà, riconosciute dal diritto quiritario, sono obblighi sempre *in non faciendo*, se dettati da motivi di interesse singolo, privato. (51) Gli obblighi di fare da parte del *dominus vicinus* si riducono tutt'al più alla necessità di restituire nello stato precedente la cosa, che s'è modificata con la propria attività: come nell'*actio a. pl. arc.* (dove si richiede appunto l'*opus manu factum*) e nella *nunt. n. op.* (52). Nel caso nostro tutto ciò sarebbe per avventura concepibile, se il danno era temuto per un *facere*, nel senso di obbligare l'autore dell'opera a rimettere in pristino le cose. Invece non è affatto corrispondente alla natura del dominio primitivo ordinare la *refectio* nel caso di danno prodotto *vizio aedium*; difatti non c'è stata alcuna attività del proprietario, che abbia causato il pericolo dapprima e, dopo, la lesione. Come im-

(49) Cfr. BONFANTE *Corso II, 1* pag. 232: " essi sono rari o dissimulati dal carattere amministrativo o locale ecc. „

(50) *Op. cit.* pag. 76. La riporto nella dizione che pare più corretta: Cfr. RICCOBONO *Fontes* pag. 40 n. 7.

(51) Un onere *in faciendo* è l'obbligo di restaurare la colonna nella *servitus oneris ferendi* (cfr. per tutti BONFANTE in *Studi per Ascoli*), però esso non è imposto direttamente dalla legge, ma dalla volontà privata di chi ha costituito una servitù a tale contenuto.

(52) Così pure nell'*actio negatoria* (cfr. BONFANTE *Corso II, I* pag. 426 e segg.) Anche nell'*actio legis Aquiliae* (cfr. ROTONDI *Riv. di Dir. Comm., XIV, I, pag. 956*) e nell'*actio de pauperie* si richiede sempre una attività dannosa che legittima all'azione: cfr. da ultimo ROBBE in *R. I. S. G., 1932, pag. 9 sg.* dell'estre-

porre quindi ad un romano l'attività diretta a restaurare l'edificio? *In suo*, se non c'è *immisio* sul fondo del vicino, egli fa legittimamente ciò che vuole (l. 24, 12; 26 D. 39, 2) e perciò, a maggior ragione, non può essere tenuto a compier nulla.

È difficile ammettere, nel sistema primitivo, un onere *in faciendo*, che non c'è neppure nel diritto classico avanzato, in regime di cauzione. Ha ragione il Burckhard (p. 21) quando dice che alla *refectio* si doveva arrivare per via torta, ma egli cade in contraddizione con sè stesso, quando afferma che la norma imponesse comunque di *reficere* ("domini... reficiunto,,).

D'altra parte non ci si può allontanare del tutto, esaminando il mezzo antico, dal rimedio pretorio più recente; sarebbe errato stabilire tra i due mezzi un taglio troppo netto. Ora, nell'Editto, l'obbligo al restauro non solo non compare, ma non se ne trova mai un accenno; quindi è difficile che ci fosse nell'antico *ius civile*. È impossibile difatti che nel cammino del diritto si sia proceduto in senso inverso da come vorrebbe il principio evolutivo: Quell'obbligo, se ci fosse stato nel sistema quiritario, doveva pure conservarsi, anche dopo il I° secolo a. c., e rimanere, se non altro come base e presupposto dell'obbligo a *cavere*: invece non ne è rimasta traccia alcuna.

Del resto gli altri passi, addotti dal Burckhard, che impongono i restauri, come ha osservato già il Bonfante (53), o sono dell'epoca classica più tarda (54) o sono bizantini (55): e quindi non si può da essi argomentare per il periodo quiritario, quando il concetto del dominio era ancora assai più rigido.

Rimarrebbe così solo la *Lex Iulia Municipalis*, cap. II, che è dell'anno 45 - 47 a. c.; (56) ma essa impone ai possessori di case l'obbligo di tenere in buono stato la strada che corre lungo i propri fondi. Si tratta di via pubblica da riparare nell'interesse di chi passa e della *civitas*. La limitazione è di diritto pubblico e non può addursi in un rapporto qual'è il nostro, che, nel suo conte-

(53) In BURCKHARD *op. cit.* pag. 79 n. ; *Corso II, I* pag. 331.

(54) *Pap. de cura urb.* libro D. 43, 10, 1, 1; *Paul. l. I sent.* D. 39, 2, 46; *Val., Grat. et Valent.* (a. 377) C. 8, 10, 8. Si potrebbe aggiungere anche l'*Epist. Hadriani ad Adrianop.* ecc. (a. 128): RICCOBONO *Fontes* pag. 325 sgg.

(55) D. I, 18, 7: Itp.: cfr. *Index ad h. l.*

(56) Si veda RICCOBONO *Fontes* pag. 109 e sgg., pag. 112.

nuto generale, è di puro *jus civile*: lo dimostra il fatto che - a testimonianza di Gaio medesimo - si fa valere, non in via amministrativa, come avviene per lo più nei casi addotti dal Burckhard, ma con vera e propria *legis actio*.

L'ipotesi, poi, di questo autore incontra un'altra difficoltà particolare. Non si poteva chiamare *legis actio damni infecti* un'azione, che, secondo quell'ipotesi, è diretta al rimborso di spese impiegate nei restauri. Il danno, avvenuta la *refectio*, non minaccia più e non può più minacciare, non è più *infectum* o *temuto*. La pratica così darebbe torto all'espressione, *damni infecti*, la quale invece, specialmente nei sistemi primitivi, nasce sempre ed è dettata dalla pratica effettiva.

Le stesse parole del giurista, Inst. IV, 31, con l'antitesi nettissima che pongono, danno torto alla tesi del Burckhard. Nessuno, dice Gaio, ricorre più al rimedio antico, ma preferisce obbligare l'avversario con la *stipulatio damni infecti*: come s'è già visto (p. 3), il confronto tra i due mezzi è fatto proprio quando il danno è allo stato di minaccia e nulla s'è tentato per fermarlo: tanto è vero che, nel procedimento del Pretore, si richiede la *cautio* preventiva. Il privato - Gaio vuol dire proprio questo - preferisce la forma nuova di tutela del danno *temuto* alla forma antica di tutela del danno *temuto*. Se questa fosse consistita in un rimborso di spese già impiegate, come vuole lo scrittore tedesco, non poteva più il giurista confrontare il momento in cui si esperisce l'azione quiritaria col momento in cui si domanda la cauzione; perchè, restaurato l'edifizio, il vicino non è più a tempo a domandar la *stipulatio*. I momenti, se fosse vera l'ipotesi del Burckhard, non sarebbero quindi più gli stessi ed allora imprecisa e scorrettissima si rivelerebbe la contrapposizione del giurista (57).

Ammenchè non si voglia riferire il "lege agere", a tutto quel complesso di atti consistenti nell'immissione in possesso della cosa minacciante e nelle operazioni di restauro. Il "lege agere", indicherebbe così un'attività extra processuale e materiale e allora si potrebbe benissimo parlare di *damnum infectum*, perchè appunto quegli atti sarebbero diretti ad evitare, con i restauri tempestivi, il danno futuro; i momenti, in cui vengono confrontati il mezzo an-

(57) Cfr. anche indietro pag. 3.

tico e il più recente, sarebbero gli stessi e l'espressione di Gaio non più così imprecisa. Però è indubitabile che "lege agere", nel linguaggio del giurista, significa ogni volta intentare una tipica *legis actio* e non può tecnicamente riferirsi se non ad una attività di procedura; mai ad un caso di ragion fattasi, quale sarebbe la presa di possesso nella tesi di Burckhard (58).

Insomma la *legis actio damni infecti*, anche a parte l'espressione del giurista, per chiamarsi a questo modo doveva essere esperita quando il danno era ancora da temere; mentre non si sarebbe chiamata mai così, se si fosse potuta esercitare solo quando il danno, per essere stato evitato a tempo, non era più allo stato di timore. Quanto poi alla possibilità di immettersi in possesso da per sé, come vorrebbe il Burckhard (p. 72), la cosa è contraddetta da quello che era normalmente il campo della tutela privata. La quale, sebbene diffusissima, si esplicava, tutt'al più, solo in difesa "della proprietà o del possesso di una servitù, per opere fatte in privato o in pubblico", (59), quindi fuor del nostro campo; dove non c'è, almeno per il danno *vitio aedium*, nè *opus* da distruggere nè lesione di proprietà o di servitù.

Mancando una testimonianza diretta delle fonti, facendo difetto una testimonianza analogica persino, opponendosi la stessa natura fondamentale del dominio: tutto porta ad affermare ed a concludere che l'antica norma non potesse contenere neppure l'obbligo al restuaro. Il quale - realizzabile o no direttamente - avrebbe importato un onere *in faciendo*, imposto da interessi puramente privati e contrario, per ciò stesso, al contenuto del dominio primitivo.

6. — Rimane infine l'ipotesi più recente del Bonfante: (60) L'antico mezzo - *legis actio sacramenti in personam* o *per iudicis arbitrive postulationem* - consisteva in un'azione *ex delicto* (61) per

(58) Che il "lege agere", si riferisca a questo momento, non a quello processuale, esclude implicitamente lo stesso BURCKHARD *op. cit.* pag. 72 n. 79.

(59) RICCOBONO *Communio* pag. 69. Si veda a pag. 64 sgg. della stessa opera un'ampia trattazione sull'argomento.

(60) *Corso II, I*, pag. 331 sg.

(61) Sulla sua qualità di *actio ex delicto* ricavata dalla Palingenesi dei libri *ad Sabinum* si veda già, per esempio, KARLOWA *R. Rg. II* pag. 480, che ne trae però deduzioni, a mio parere, errate: cfr. in seguito.

il conseguimento di “una penalità fissa o fissata sulla base del danno temuto”. Non bastava domandare in via sommaria la tutela, ma occorreva provare il pericolo imminente; onde la sua minor piechezza, come dice Gaio stesso.

Argomenti positivi in favore della tesi sono la connessione del nostro istituto, nei libri *ad Sabinum*, col furto, coll'*actio de arboribus succissis* ecc., che sono *actiones ex delicto*; nonchè l'inesistenza, nel diritto quiritario, di nessun altro tipo d'azione, oltre l'*actio ex delicto*, da contrapporre, per i rapporti personali, a quella *ex contractu*. Da ciò la necessità di una pena preventiva, che spingesse a garantire o comunque a rimediare in qualche modo.

L'ipotesi è stata già sfiorata dal Burckhard, (p. 74 e sg.) il quale, però, pur vedendovi una analogia nel *positum et suspensum*, la respinge in modo netto. I motivi ad ogni modo, per i quali non l'accoglie, mi sembrano un pò deboli. Qualcuno di essi costituisce anzi un argomento a favore della tesi combattuta. Per esempio con l'attenzione fissa - da parte del vicino - che la norma primitiva avrebbe richiesto e con l'esiguità possibile della somma comminata, il mezzo sarebbe stato insufficiente, questo è vero: ma non è appunto la conferma della bontà di questa tesi? Se l'azione accordata dai Decemviri non fosse stata insufficiente, inutile introdurre nell'editto un mezzo nuovo!

La minore comodità della procedura quiritaria, con l'obbligo di provare il pericolo effettivo, com'è nell'opinione del Bonfante, non mi pare, d'altronde discutibile: così resta provato, fin da ora, anche il secondo requisito (“*commodius* ecc.”), cui si accenna dal giurista.

Ancora una volta, in poche righe, il Maestro ha detto la parola più serena. Un esame dettagliato di tutto l'istituto, la testimonianza dei pochi indizi che ancora possediamo, l'analogia con altre ipotesi, l'esclusione stessa di regimi ordinati in diverso modo sono tutti argomenti favorevoli alla Sua ricostruzione; la bontà della quale cercherò di dimostrare e precisare.

7. — Come s'è visto, dalla disamina si possono fissare, sicuri e indiscutibili, solo alcuni punti, più che altro negativi.

L'antico mezzo, o meglio l'antica norma non imponeva un obbligo a *cavere* od a *reficere*: ciò sarebbe stato contrario alla natura del dominio quiritario.

Era un mezzo preventivo - onde le parole *damni infecti* - diretto ad evitare il danno, quando questo si temeva.

Non poteva inoltre consistere nella *legis actio per pignoris captionem* in base a tutto quello che si è detto, come neppure in quella *sacramenti in rem* per ragioni evidentissime. L'azione reale era concepibile solo nel caso d'*opus novum* costruito *in suo* contro il diritto del vicino minacciato (*vindicatio servitutis*), o d'opera comunque che costituisse *immissio* nel fondo del vicino: onde la *negatoria* di quest'ultimo; mai nell'ipotesi normale di danno temuto *vitio aedium*: Qui, non riparando a tempo l'edificio, non c'è diritto di dominio o di servitù che si venga ad intaccare, quindi manca la legittimazione a un'*actio in rem*.

Mi sembra da escludere ugualmente la *condictio*, data l'epoca recente di quest'ultima (fine del III secolo a. c.), posteriore certamente all'antico mezzo che studiamo: come pure la *manus iniectio*, accordata solo in pochi casi voluti dalla legge e per gravi inadempienze.

Rimangono così la *iudicis arbitrive postulatio* e la *legis actio sacramenti in personam*: con una dalle due doveva quindi realizzarsi la norma del diritto quiritario. Da questo punto fermo procediamo avanti nell'indagine.

Come doveva essere formulata quella norma? A parte la sua attuazione nella pratica, l'analogia con un altro precetto dei Decemviri, che si riferisce, s'è già visto, al regime delle acque (D. 43, 8, 5, cfr. § 3) ce lo dirà meglio di ogni altro indizio.

Si tratta, in quel caso, di evitare ed arrestare i danni che un condotto d'acqua (*rivus*) può portare ad un vicino, sia che il rivo si trovi in suolo pubblico o in privato (62). Le XII Tavole non impongono affatto di prestare una *cautio* preventiva o di *reficere* il condotto o di intervenire comunque su di esso per fermare il danno che minaccia: infatti non potevano imporre ad un privato,

(62) " Si ... rivus ... privato ... nocebit „: *nocebit* significa, come spesso questi futuri, *nocere poterit*: cfr. ad es. D. 40, 7, 21 pr. cit. in RICCOBONO *Fontes* pag. 40 n. 8 a A. Il fr. 5 D. 43, 8 non si riferisce, come ho cercato di dimostrare a § 3, all'*a. pl. arc.* Lo stesso LENEL *Ed. Perp.* (1^a ed.), § 176, che riferiva il passo all'*a. pl.*, fin dalla 2^a ediz. dell'*E. P.* lascia insoluta la questione, rimandando al KARLOWA o. c. p. 483, che è contrario, per quel caso, all'*a. pl.* Cfr. anche PARTSCH *SZ*, XXXI, p. 424.

che originariamente, forse, operava *in suo*, un determinato comportamento attivo, perchè ciò era contrario - s'è ripetuto tante volte - alla natura del dominio arcaico. D'altra parte, date le necessità imposte dai rapporti di vicinanza e dalla convivenza sociale, i Decemviri dovevano pur pensare a provvedere in quell'ipotesi; e allora emanano il precetto proprio nella forma, a mio parere, in cui Paolo ce l'ha conservato in quel frammento. Essi impongono semplicemente che il *dominus* del rivo faccia in modo *ut noxa caveatur*: cioè, in sostanza, essi comandano ogni volta che si provveda al danno del vicino, senza dare tuttavia ordini specifici o precisi, che a un proprietario, in quell'epoca lontana, è impossibile di dare. L'importante è che il pregiudizio non si verifichi o venga riparato. Pensi la parte a regolarsi come meglio le conviene. Solo, la norma c'è e dev'essere comunque rispettata.

Fin qui mi sembra che la cosa sia evidente. L'analogia con questo caso molto simile ha gran valore per ricostruire lo stato del diritto intorno al *damnum infectum*.

“ Si aedes opus arbor vicino nocetur, erit actio privato ut noxa caveatur „. In questi termini generici doveva essere formulata press'apoco la norma dell'antico *ius civile*. Così essa poteva regolare quel rapporto pur senza ledere la compattezza rigida dell'antico dominio quiritario.

8. — Avveniva spesso, ad ogni modo, che il domino - invitato - non volesse provvedere al danno minacciante. Come ne era costretto dalla legge dei Decemviri o meglio attraverso quel rimedio che Gaio ci ricorda? Certo, se si trattava d'*opus novum* illecitamente costruito, le azioni di proprietà soccorrevano benissimo, ma in tutti gli altri casi? Se la minaccia veniva da una casa, per esempio? Con l'azione non si sarebbe potuto mai ottenere direttamente un determinato comportamento del vicino, per lo stesso motivo per cui s'è visto che la legge non poteva comandarlo.

In sostanza, per salvare il rapporto dalla vanità del risultato, per tutelarlo in modo pieno, era necessario condurlo fuori da quelli che sono i normali rapporti di vicinanza. Attraverso i diritti reali e gli oneri reali non era possibile provvedere a un caso così tipico. L'indipendenza del *dominus* romano s'opponne nettamente. Essa impediva la risoluzione della controversia, dato che, con le sanzioni dei diritti sulle cose, non si sarebbe arrivati a un risultato pratico o sicuro.

Va bene che con la *nunt. n. op. iuris nostri conservandi causa* (63) si otteneva spesso (64) la demolizione di un'opera qualunque anche nel fondo del terzo; ma ciò avveniva solo nei casi in cui s'era leso un diritto di qualcuno, che poteva così ridurre in pristino le cose come l'avrebbe fatto, in modo uguale, con l'*actio negatoria* o la *vindicatio servitutis* (65): Qui non c'è limitazione per il *dominus*, anche se gli si impone di demolire totalmente, ma respinta di una *immissio* volontaria.

(63) Cfr. BONFANTE *op. cit.* pag. 378 sg. e testi citt.

(64) La *n. n. op.* è di origine civile (cfr. BONFANTE *op. cit.* pag. 371 sg. e aut. citt. a pag. 370 n. 2); per questo dico "si otteneva „. Intendo qui confrontare la *legis actio damni infecti* con gli altri mezzi del diritto quiritario, non con quelli classici più numerosi certamente ed a tutela più completa.

(65) Cfr. D. 43, 25, 1, 3 *Ulp. LXXI ad ed.* "Ius habet operis novi nuntiare, qui aut dominium aut servitutem habet „. Quanto poi alla *n. n. op.* accordata contro chi fa un'opera qualunque senza ledere un diritto di proprietà o di servitù del suo vicino (*op. n. n. damni depellendi causa*: D. 39, 1, 1, 16 e 17), o l'opera era *in alieno* ed allora il vicino, distruggendola, compiva una attività nel proprio fondo e l'intangibilità del dominio quiritario era salva; oppure l'opera era *in suo* ed allora non credo che l'antico diritto, se non veniva a ledersi con essa un *ius servitutis*, ne imponesse la demolizione in base alla denuncia. Nel periodo classico sono quattro i casi in cui si parla di cauzione obbligatoria per *facere in suo*: a) D. 8, 5, 11, 2 *Alf. II digest.* Ma qui l'opera lede verosimilmente un diritto altrui di servitù: "de servitute agere oportere „, dice Alfeno; b) D. 8, 2, 29 *Pomp. XXXII ad Q. Mucium*: "Si quis igitur ex eo foramine, ex quo servitus non consistit, damnum vicinu sensisset ecc. „. Qui siamo in tema di *immissio* (tanto che si poteva esperire anche la *negatoria*), perchè si tratta evidentemente di invasione d'acqua (cfr. anche BONFANTE *op. cit.* p. 343) come mostrano le parole in corsivo, dove "aquae „, è certo sottintesa dopo "servitus „. - c) D. 39, 2, 24, 7, *Ulp. LXXXI ad ed.* (forno costruito *in proprio*: cfr. anche l. 23, 10 D. 9, 2) - d) D. 39, 2, 24, 12 *Ulp. eod.* (fosso scavato nel mio fondo da me stesso): Questi ultimi potrebbero essere due casi in cui l'*immissio* non c'è ancora - cfr. anche BONFANTE *op. cit.* pag. 357 e sgg. - eppure si può chiedere la *cautio damni infecti* per il danno minacciante, la quale sarebbe garantita da tutta la procedura della *n. n. op. damni depellendi causa*; ma per arrivare a un risultato pratico con questa, si sa bene, è necessario l'*interdictum demolitorium*, che è il nuovo mezzo del Pretore: l. 20 pr. D. 39, 1 *Ulp. LXXI ad ed.* Ora, la tutela realizzabile con esso mi sembra difficile, anzi impossibile, che fosse accordata nella denuncia dell'antico *ius civile*, perchè essa avrebbe intaccato la pienezza del diritto di dominio di chi aveva costruito legittimamente *in suo* senza *immittere in alienum*. Solo il Pretore del periodo classico può far ciò con i mezzi che ha a disposizione, ma non lo poteva lo *ius civile* entro il proprio rigidissimo sistema.

Pure nel regolamento dell'*aqua pluvia nocens* si comanda la riduzione in pristino dell'*opus* (66), ma lì c'era stata una precedente attività, che aveva leso il diritto d'un singolo con una immissione nel suo fondo (67). In base appunto a questo diritto reale leso, nei due casi ricordati, anche il successore a titolo particolare dell'autore dell'opera dannosa doveva prestare la *patientia destruendi* all'avversario (68). Ma, nel danno temuto *vicio aedium*, non c'è *iniuria* in questo senso, non c'è stata un'attività pericolosa del vicino, non c'è *immissio*. Come fare?

L'unico rimedio era quindi, come ho detto, di uscire dai rapporti di vicinanza, regolati in base ai diritti reali lesi; e così si deve essere fatto certamente: per questo nei *libri ad Sabinum* il danno temuto non è trattato insieme con le azioni di proprietà, di servitù o di possesso (Pomp. l. XXX - XXXIII; Paul. XIV - XV), ma lontano: Pomponio l. XXI, Paolo X; mentre l'*actio a. pl. arc.* è esposta, si può dire, insieme ad esse: Pomp. l. XXXIV, Paul. XVI.

Uscir fuori dai diritti reali, che non offrivano tutela sufficiente, voleva dire, senz'altre alternative, entrare nelle azioni penali, da delitto. Solo attraverso queste, comminando cioè una pena adatta, si poteva fare qualche cosa per vincere la riottosità del proprietario, solo così provvedere contro il danno futuro ed imminente: Imposizione di una pena, si badi, e non presa di possesso ai fini del restauro. Innanzi tutto, difatti, se il vicino fosse potuto entrare nel fondo minacciante per rimettere in pristino le cose e per ciò solo, tutto sarebbe andato come nell'azione *aquae pluviae*: e allora perchè non commentare insieme i due istituti, nei *libri iuris civilis*? Poi, in quel caso, il diritto di restaurare da sè stessi non sarebbe stata più una punizione contro il proprietario renitente, ma una diretta attuazione del diritto leso dall'avversario: e così non si spiegherebbe perchè il danno temuto è connesso, nei *libri ad Sabinum*, con gli istituti che fanno luogo ad una pena (p. 30).

Infine la facoltà di restaurare si sarebbe potuta ottenere o *per manum* o comunque con un'*actio*. In questo secondo caso (sostan-

(66) Cfr. BONFANTE *op. cit.* pag. 449.

(67) BONFANTE *op. cit.* pag. 425 sg.

(68) Si veda BONFANTE *op. cit.* pag. 386 per l'*op. n. n.*; pag. 449 per l'*actio a. pl. arc.*

zialmente è l'ipotesi di Huschke e dell'Hesse) sarebbe stato come riconoscere un diritto reale al restauro, tanto è vero che esso si attuava con una azione; cioè una facoltà di compiere una cosa così grave nel fondo di un terzo, che tuttavia non finiva, per ciò solo, di rimanere proprietario: L'urto con l'indipendenza del dominio non poteva esser più stridente.

Nel primo caso (in sostanza è la tesi del Burckhard) le difficoltà non sono meno insuperabili. Infatti la tutela del danno temuto, come dice Gaio, si doveva ottenere con un'*actio*, e la difesa privata non è azione. Va bene che già nelle XII Tavole era permesso di entrare nel fondo confinante per raccogliere i propri frutti ivi caduti (69). Questa è una limitazione, ma giustificata dalla necessità di ritirare cose proprie; tanto è vero che per esse compete anche l'*actio ad exhibendum* (70) e quindi la rivendica. Nel caso nostro invece, secondo la tesi del Burckhard, si tratterebbe di permettere l'accesso del terzo, solo perchè questi agisca su cosa altrui direttamente e in fondo altrui rimasti tali: È un po' forte! Ad ogni modo rientreremmo, in questa ipotesi, nel regolamento normale dei rapporti di vicinanza ed allora non sarebbe giustificata, pure qui, la posizione dell'istituto nei libri *ad Sabinum*.

La sanzione comminata dalla legge, invece, doveva essere tale in senso stretto; non realizzazione d'un diritto su cosa altrui, che non si poteva, senza illecito dell'altro, menomamente riconoscere, ma punizione dell'inattività da parte del vicino di fronte al danno minacciante. La norma Decemvirale imponeva al proprietario della casa di evitare il danno in ogni modo. Se quegli non faceva nulla, non restava che indurvelo punendolo. Non già fermare direttamente il pregiudizio dando al minacciato la possibilità di agire *in alieno*, la qual cosa non è ammessa; ma colpire la renitenza del proprietario responsabile, anche senza andare contro i principi generali del dominio.

La natura penale dell'antico mezzo è dimostrata del resto da altri indizi. Prendiamo per esempio la famosa norma " Viam mu-

(69) *Actio de glande legenda*: Plinius, N. H. 16, 5, 15 in RICCOBONO *Fontes* pag. 41 n. 10.

(70) Cfr. BONFANTE *op. cit.* pag. 282.

nunto ecc. „ È uno dei pochi casi in cui si impone un'attività (il “munire „) al *dominus* romano (71). Però, anche lì, se il vicino non restaura, non c'è mezzo diretto per costringerlo, non c'è quindi vero e proprio diritto al *munire* da parte degli interessati. La seconda parte del precetto commina invece una sanzione. Essa non contiene difatti una autorizzazione pienamente tutelata al passaggio nel fondo dei proprietari confinanti, cioè una estrinsecazione del diritto, che ha la comunità, di attraversare quella via; ma una pena vera e propria, che induca i privati a provvedere.

“Qua volet jumento agito „, fa pensare ad un castigo più che ad altro. Non si vuole in sostanza facilitare il passaggio dei carri o del bestiame (che non so se ne sarebbe stato più comodo tra sterpi ed altri ostacoli nel fondo del vicino, piuttosto che nella strada, sebbene mal tenuta); però si autorizza chiunque passi ad attraversare in tutti i sensi, e come e quando voglia - “qua volet „ - il fondo del privato riluttante, senza eccezioni o limiti di sorta. Ed anche se quest'ultimo ha una strada carreggiabile, che sostituisce pienamente la via pubblica, il passante può attraversarne lo stesso il giardino, il campo, il coltivato, magari con danni irreparabili e gravissimi: Il “qua volet „, è esplicito abbastanza in questo senso.

La seconda parte del precetto decemvirare contiene così una punizione per indurre comunque i proprietari a tenere in buono stato la strada intercorrente. È un castigo, non un soddisfacimento del diritto, che hanno tutti, di attraversare quella strada. Il caso è molto simile a quello del danno temuto. Anche qui dunque è più probabile che il rimedio, contro chi non voleva riparare, avesse carattere penale.

9. — Ma non basta. Anticipando quanto dirò in seguito, ricordo che la *missio in possessionem*, nel diritto classico, non è un mezzo per farsi ragione da sè e per restaurare l'edificio, ma una *pena* contro chi non ha voluto garantire. Orbene è facile pensare che la *missio* fosse costruita precisamente a quel modo perchè, in antico, contro il proprietario renitente, si provvedeva con una pena pure allora.

(71) L'imposizione, ad ogni modo, è giustificata dalla pubblica necessità e dal fatto che il restauro deve compiersi su cosa pubblica, non già sul proprio fondo.

L'immissione classica, in quel senso, è pienamente concepibile e meglio comprensibile in quanto apparirebbe come la continuazione d'una pena, qualunque essa fosse, già riconosciuta dai Decemviri; altrimenti non riuscirebbe tanto facile spiegarne una caratteristica, che la rende così diversa dagli altri casi di *missiones*. Così, ragioni storiche evidenti, o meglio ragioni di concetti arcaici sopravvissuti, le avrebbero imposto una tale specifica natura.

A favore d'un'*actio ex delicto* si possono addurre altri argomenti. Quello che segue, molte volte ricordato, è indiscutibile e sicuro.

Il danno temuto, l'ho già detto, è commentato nelle trattazioni di diritto civile sempre con le *actiones ex delicto*: In Paolo nel *l. X ad Sab.* (Paling. n. 1810-13) con la *lex Aquilia* (Pal. n. 1805-9) e con l'*iniuria* (n. 1814-16) (72), subito dopo il *l. IX* che è *de furtis* (Pal. n. 1787-802) e *de arboribus succisis* (n. 1803-4). In Pomponio nel *l. XXI ad Sab.* (Pal. n. 680-83) (73) insieme con la *condictio* (n. 684-86), ma quel libro viene dopo il *XIX* che tratta *de furtis* (Pal. n. 664-74) e *de arboribus succisis* (n. 675). In Ulpiano, per finire, nel *l. XLII ad Sab.* (Pal. n. 2889-94) col furto (n. 2876-86), con l'*actio de arboribus succisis* (n. 2887), con la *lex Aquilia* (n. 2888) e con l'*iniuria* (n. 2895 sg.).

Come si vede, la Palingenesi porta necessariamente alla costruzione che sostengo.

Il Karlowa è dello stesso avviso. Egli però, venuto a precisare quale poteva essere il mezzo quiritario, lo raccosta troppo all'azione *de pauperie* in base alla famosa *l. 7, 1 D. h. t.* Ma questo passo è certamente interpolato (74) proprio nel punto in cui è fatto il raccostamento fra cose inanimate ed animali.

Il nostro istituto è configurato del Karlowa come quello in cui non si risponde per la colpa del padrone, ma per quella, si può dire, della *res* (75), per l'*iniuria* di quest'ultima. E così, come nella *pauperies* per il *quadrupes*, pure qui la sanzione penale consisterebbe nell'obbligo di cedere la cosa danneggiante. Però, siccome questa, a

(72) Poi viene la *condictio*: Pal. n. 1817-27.

(73) Fors'anche nel libro XX: Pal. n. 676-79.

(74) Cfr. BIONDI *Actiones noxales* pag. 27 sg.; BESELER *Beiträge, II*, pag. 87.

(75) Similmente anche il PERNICE *Labeo* pag. 117.

danno già avvenuto, ha finito di essere quella che era stata (“desierit extare”), non la si può più dare a *noxæ*, dice lo storico tedesco, ed ecco la necessità di un mezzo tempestivo, che è la *pignoris capio* del corpo responsabile, cioè una cessione preventiva della casa.

Ora, qualunque sia il regolamento pratico dell'istituto che studiamo, la impostazione sistematica, che ne fa il Karlowa, mi sembra errata ad ogni modo.

Si tratta d'un delitto e questo è vero, ma come può parlarsi d'un delitto della *res*? Potrebbe parlarsene, se mai, quando questa ha provocato il pregiudizio, che prima si temeva; ma quando c'è solo il timore o la minaccia anche evidente, non c'è *iniuria* da parte dell'edificio, per la semplice ragione che ancora non c'è lesione di diritto.

La *pignoris capio*, in conseguenza, non può configurarsi come una sanzione contro quell'*iniuria*, finchè il danno non s'è verificato (76). Non resta, così, che concepirla come un mezzo qualunque per farsi ragione da sè: ma allora non sarebbe più un'azione per il delitto della casa e non si spiegherebbe il posto, che l'istituto occupa nel sistema di Sabino.

Se la responsabilità, nell'antico diritto come pure nel pretorio, è a danno ancora da venire, non può assolutamente parlarsi, in quel momento, di *iniuria* o di colpa della cosa inanimata. Perciò il *delinquere*, per il quale si risponde, non può essere che del proprietario della *res* e la sanzione sarà diretta naturalmente contro lui. Vedremo in seguito, d'altronde, come si arrivi a concepire un *delinquere* di chi non ha fatto nulla contro il vicino minacciato, cioè una responsabilità in *non faciendo* anche prima che il danno si verifichi.

Per concludere, il fatto che il *damnum infectum* fosse considerato insieme con le altre azioni *ex delicto*, data la identità dei termini “*poenalis*”, e “*ex delicto*”, (77), mostra l'inconsistenza delle rico-

(76) Gli stessi frammenti adottati dal Karlowa (24, 3; 18 D. citt.) parlano di *iniuria* - ma non di *iniuria* delle cose - solo a danno già avvenuto.

(77) La cosa è ormai pacifica. Cfr. DE FRANCISCI *Sulla intransmiss. delle az. pen.* pag. 8 sgg.; ALBERTARIO *B. I. D. R.*, 1913, pag. 97 sgg.; BONFANTE *Ist.* pag. 109; BIONDI *Act. nox.* p. 52 sgg.; SEGRÈ in *Studi per Bonfante*, v. III pag. 561 n., 568 n. sg.

struzioni elencate fino ad ora: in nessuna delle quali c'è mai accenno a una sanzione, che consistesse comunque in una pena vera e propria.

10. — L'importante è quindi di stabilire almeno approssimativamente, se è possibile, la natura, la fisionomia di quella pena.

Essa poteva consistere, per ipotesi, o nella condanna ad una somma di denaro o in una sanzione simile a quella che le XII Tavole comminano contro chi non restaura la via; nel nostro caso, quindi, in una presa di possesso della cosa minacciante, perchè non vedo altra maniera con cui punire il renitente.

La presa di possesso si sarebbe realizzata o per *manum* o con la *legis actio per pignoris capionem* o con una *legis actio*, che costringesse comunque a tollerare la *possessio*. Io non vedo altro rimedio che fosse adatto a garantirla.

Ora, la realizzazione per *manum* poteva essere concepita o come tutela privata vera e propria, e allora - a parte la sua efficacia - non si parlerebbe più di *legis actio damni infecti*, data appunto la mancanza dell'azione; oppure come uno stadio susseguente della stessa azione con cui s'era chiesta una tutela qualunque contro il danno futuro (78): solo a questo modo si potrebbe ammettere una realizzazione del possesso.

Non è ammissibile invece che questo si affermasse con la *pignoris capio* (79), per i motivi che abbiamo già descritti, nè con altro mezzo apposito, perchè allora le *actiones damni infecti* sarebbero state due: una per ottenere comunque una tutela contro danni eventuali e l'altra per punire il *dominus vicinus* con la presa di possesso, nel caso che non abbia voluto fare nulla in prevenzione di quel danno. Ora, la cosa è inconcepibile, in quanto Gaio parla di una sola *legis actio* e non è accenno in altra fonte o da altri indizi alla necessità di un doppio mezzo.

(78) La cosa è possibile, ad es., nella *litis aestimatio*, che senza bisogno di nuova *legis actio*, faceva parte, a quanto pare, dell'azione originaria del rapporto dedotto in giudizio: Cfr. ARANCIO RUIZ *Prefaz. ai Frammenti di Gaio, P.S.I. 1182* pag. 45.

(79) Questa è ammessa, con la multa, come forma di *coercitio* in tema di acquedotti (si veda la *lex Quinctia de aquaeductibus*, a. 745: RICCOBONO *Fontes* pag. 121), ma è il solo esempio antegiustiniano che conosciamo. Una tale forma di coercizione è tipica e normale solo nell'epoca imperiale: I. 1, 24, 3.

Dunque, resta solo da pensare che la presa di possesso, intesa naturalmente come pena, fosse un momento successivo dell'azione già esperita, con la quale si domandava un rimedio contro il danno minacciante.

Cerchiamo, però, di esaminare un po' più a fondo un simile regime ammesso per un momento come ipotesi. Si sarebbe costituita a favore dell'*immissus* o una *possessio* vera e propria o la sola detenzione. Nel primo caso il mezzo antico sarebbe apparso più pieno del pretorio, che accorda in precedenza uno stadio di custodia, ed allora le parole di Gaio (" *plenius ius* „) non potrebbero spiegarsi. D'altra parte questa forma di *possessio* sarebbe stata o *possessio* esclusiva compromessa.

Nella prima ipotesi rientreremmo allora nella vecchia ricostruzione, abbandonata, del Bonfante. Immettersi direttamente nel possesso esclusivo d'una cosa è come costringere l'avversario a *derelinquere*, in quanto anche nella *derelictio* è dimostrato (80) che, se si tratta di *res mancipi* come ad esempio è l'edificio, per divenire proprietari è necessaria l'*usucapio* e con l'occupazione si diventa solamente possessori: allora si oppongono le difficoltà, che escludono, come s'è visto, la vecchia tesi del Bonfante.

Nel caso, poi, di compossesso col vicino, lascio al lettore di decidere se il diritto conseguente, di percepire la metà dei frutti dalla *res*, non sia una tutela più efficace, e spesso assai più comoda e più piena, della *missio* accordata dal Pretore. Resta inoltre da vedere se una tale *immissio* potesse conciliarsi con la illimitatezza dell'antico dominio quiritario. Essa costituirebbe in parte, si può dire, una espropriazione immediata a favore del vicino, che il diritto civile sarebbe venuto a sanzionare contro i principii sul *dominium*; principii imposti da esso stesso e mai intaccati nelle origini, se non per motivi di ordine pubblico (81) od a vantaggio, comunque, dello Stato (82). La limitazione sarebbe a questo modo troppo forte, molto più che nel diritto classico avanzato e ciò risulterebbe contrario a quella che è la evoluzione rettilinea della

(80) BONFANTE S. G. V., II, pag. 327 sgg.

(81) Come nel precetto decemvirale: " *Qua volet jumento agito* „ già citato o nelle espropriazioni per pubblica necessità: Cfr. BONFANTE *Corso II*, I p. 238.

(82) Come nella confisca: BONFANTE *op. cit.*, pag. 239.

proprietà romana, la quale comincia ad essere intaccata, via via, solo nell'epoca più tarda.

Si potrebbe pensare, allora, che la presa di possesso, come pena, costituisse invece uno stato di detenzione a favore del vicino minacciato; detenzione, che restasse sempre tale, come la *missio legatorum*, oppure che portasse, dopo qualche tempo, al possesso vero e proprio. Questa seconda ipotesi è pur essa inaccettabile, in quanto la somiglianza col nuovo mezzo pretorio sarebbe stata allora troppo netta e non si spiegherebbe l'antitesi, che invece pone Gaio.

Resta così da concepire l'antica pena come una mera detenzione accordata al ricorrente senza il diritto di passare ad uno stadio di di possesso *animo e corpore*: un continuo stato di *custodia* e d'*observatio* attribuito al vicino come punizione contro il *dominus*, che non ha voluto eseguire il precetto della legge. Anche a questo modo, l'alternativa del *ius civile* (provvedimento tempestivo o semplice immissione) non sarebbe stata assai diversa ed antitetica rispetto all'alternativa (*cavere o immissio - in bonis*) imposta dal Pretore; ma certo è che il mezzo quiritario, così configurato, non poteva non dirsi meno pieno e meno comodo di quello più recente.

Però è vero, d'altra parte, che, oltre alla mancanza naturale di indizi in questo senso, non conosco istituti simili o affini, dove un tal genere di tutela fosse garantito dall'antico *ius civile*; mentre i diversi casi di *missio in possessionem*, durante la procedura per *legis actiones*, rimangono fuori da quest'ultima e sono sempre accordati del pretore in forza del suo *imperium*, per quanto, allora, limitato (83).

Poi, a rigore, il testo di Gaio (IV, 31) non dice affatto, come tutti tendono a credere, che l'antica azione regolasse solo il *vitium aedium*: anzi il fatto che, nella contrapposizione del mezzo pretorio, si parli di *stipulatio* e non di *missio*, fa pensare che il ragionamento fosse diretto pure al *damnum operis*, dove la *missio*, nel diritto classico, non è mai accordata. Si potrebbe dire, è vero, che il giurista parla di " *stipulatio quae in edictio proposita est* „ e che, siccome questa è proposta solo per l'*aedes* minacciante (84), Gaio non

(83) Cfr. DE FRANCISCI *St. del D. Rom. II* pag. 206 e autori citt. Lo stesso doveva avvenire prima del 367 a. c. per il console.

(84) Si veda BONFANTE in BURCKHARD *op. cit.* pag. 90; *Corso cit.* pag. 333 - contra KARLOWA *R. Rg. II*, 1246

poteva riferirsi che alle case. Rispondo però che la mancanza d'una formulazione speciale circa il *facere*, nel titolo edittale *de damno infecto*, non toglie che l'obbligo alla *cautio* in quella ipotesi risultasse chiaro dalle varie disposizioni sull'*operis novi nunt.* e sugli interdetti relativi, anche se non ne era dichiarata la formula nell'albo: e Gaio in Inst. IV 31 si riferisce all'editto non in considerazione della formula, ma in rapporto all'obbligatorietà, da esso variamente garantita, di prestar la *stipulatio*.

Ora, se la *legis actio damni infecti* regolava l'uno e l'altro tipo di danno da venire (*aedes e opus*) (85), non poteva regolarli che ad un modo - posto che una sola era la norma, a quanto pare, nello *ius civile* ed unica l'azione - accordando cioè la *missio in possessionem* nell'uno e l'altro caso; allora io non vedo come questa fosse materialmente realizzabile, quando la minaccia veniva da un *facere in proprio* del vicino: sarebbe stata a carico di tutto il fondo, dove il *facere* veniva eseguito, o solo della porzione di fondo dove l'opera sorgeva? Ecco un'altra difficoltà. E di più, se la *missio* era ammessa pure in quella ipotesi, perchè non s'è conservata, nel diritto pretorio successivo, per il *vitium operis*, come s'è mantenuta per le case?

Inoltre, la custodia importava il diritto di impedire la continuazione dell'opera da parte del proprietario responsabile? Se no, era inutile accordarla; se sì, non si sarebbe più trattato di semplice custodia, a mio parere: così ricadremmo in uno dei casi precedenti, che sono, come s'è visto, per varie ragioni inammissibili.

Ma ammettiamo per un momento che la custodia del vicino importasse il diritto di impedire la continuazione dell'opera dannosa. Ci sono altre difficoltà, pure così, ad ammettere un regime di tal fatta.

L'antico mezzo, essendo comune ai due diversi tipi di danno temuto (*aedes, opus*), doveva essere ed apparire meno pieno e meno comodo rispetto al regime, che, nel diritto classico, vige per l'uno e l'altro tipo: cioè a quello (*cautio - missio*) accordato per le case ed a quello (86) vigente contro l'*opus*. Ora, una norma, che impo-

(85) L'azione competeva probabilmente anche per l'*arbor* minacciante, su cui, per il diritto classico, cfr. LENEL *Ed. Perp.* § 292.

(86) Che consiste nell'obbligo alla *cautio* o, in mancanza, nell'impedimento e susseguente distruzione dell'*opus* minaccioso: BONFANTE *op. cit.* pag. 362 sg.

nesse di garantire od evitare il danno temuto da un *facere in suo*, minacciando una *missio* con l'impedimento dell'ulteriore costruzione, si presenta almeno ugualmente comoda del regime vigente (nota 86) in pieno diritto classico per la stessa ipotesi: onde l'impossibilità di ammetterlo nell'antico *ius civile*, se si pensa alle parole, su questo punto, inequivocabili di Gaio.

Si potrebbe dire che la scomodità del rimedio, concepito a quel modo, rispetto al regime della *cautio vitio operis*, risultava comunque dall'obbligo, che poteva esserci nelle XII Tavole, di provare l'effettività della minaccia; mentre ciò non si richiede nel sistema più recente.

In ogni modo, anche se questo fosse vero, da un'altro lato una *missio in possessionem damno operis* mi pare inconcepibile nel diritto quiritario. Essa si sarebbe conservata, come ho già accennato, anche nel diritto posteriore per la forza d'inerzia di tutti gli istituti, così come si sarebbe conservata nel caso di *aedes* minacciosa: e invece, nel periodo classico, è sicuro che non compete contro un *facere* (87).

Supponiamo invece che la pena contro il renitente consistesse in tutt'altra cosa che la presa di possesso. Allora non sarebbe più così strano che quel tipo di sanzione, qualunque esso fosse, non si sia conservato nel diritto pretorio per il *damnum vitio operis*: dato che non s'è conservato neppure per le case, dove il magistrato l'ha sostituito con la *missio in possessionem*. Tutto quindi porta a escludere che con la presa di possesso si potesse realizzare la pena contro il proprietario renitente.

11. — Non rimane perciò che pensare ad una somma di denaro come sanzione contro chi non volesse provvedere.

Gli indizi più probanti sono precisamente in questo senso.

Innanzi tutto il furto, il danno aquiliano, l'*iniuria*, la *succisio arborum* (88) portano appunto a una condanna di tal fatta: e sono

(87) Si veda tutta la letteratura concorde da HESSE *Cautio d. inf.* pag. 106 sgg.; BACHOFEN *Pfandrecht* pag. 384 sgg. fino a BONFANTE *op. cit.* pag. 362.

(88) Cfr. RICCOBONO *Fontes* pag. 48, Tav. VIII n. 15 sgg. (pena pecuniaria per il *furtum*); pag. 48, Tav. VIII, n. 11 (*a. de arb. succ.*: XXV *aeris* di pena); pag. 44 *eod.* n. 4 (*iniuria*: XXV di pena). Per il danno si veda *eod.* pag. 45 Tav.

essi gli istituti con i quali è trattato il nostro caso nei *libri ad Sabinum*: l'analogia di regolamento, specialmente per l'antico *ius civile* così povero di mezzi di tutela, ha sempre un'importanza rilevante.

Le XII Tavole inoltre, in tema di edifici e d'opere edilizie, danno un'azione penale *in duplum* contro chi *iunxit aedibus tignum*, mentre non accordano il diritto di staccarlo (89). Esse preferiscono così di condannare ad una somma di danaro, purchè non si invada la proprietà dell'altrui casa staccando da se stessi il proprio trave. È probabile, perciò, che, pure nel danno temuto, i Decemviri abbiano preferito comminare una pena privata pecuniaria piuttosto che permettere la presa di possesso della cosa d'un terzo. Come per il *tignum furtivum* non c'è l'obbligo nel proprietario, anche ladro, della casa di strapparlo da quest'ultima o di permetterne il distacco al *dominus* del *tignum*: così nel danno temuto non c'è l'obbligo di restaurare l'edificio o di interrompere l'opera, o di permettere il restauro o la distruzione per mano del vicino. Nell'una e nell'altra ipotesi la condanna ad una somma di denaro salvava l'intangibilità del dominio quiritario, pure dando soddisfazione al richiedente.

In tutti i casi affini al nostro, in cui il legislatore vuole imporre un dato comportamento ai privati fin da epoca remota, la pena pecuniaria è un mezzo normale di *coercitio*. Posso citare alcuni esempi.

La *lex Municipii Tarentini* dell'anno 665-692 (90) impone che gli edifici dei decurioni, fra l'altro, non debbano avere meno di 1500 tegole; in caso contrario c'è una condanna ad una somma di danaro. Qui la responsabilità è oggettiva e l'obbligo, a pagar la somma, immediato e inderogabile, qualunque sia il motivo che ha ridotto il numero prescritto delle tegole. Non vi si punisce solamente una attività illegale del *decurio*, ma anche le omissioni da parte di

VIII n. 5: "...rupitias ... sarcito". Anche qui la condanna è in una somma di danaro: l'*actio legis Aquiliae* - nonostante Gaius IV, 9: "Rem vero et poenam persequimur", - è anch'essa un'azione penale. Cfr. PEROZZI *Ist.*, II, pag. 336; SEGRÈ *op. cit.* pag. 563 n. - V., da ultimo, anche CARRELLI *R. I. S. G.*, N. S. IX, 1934, p. 6 dell'estr., che, più cautamente, parla di prevalenza del criterio di penalità.

(89) Cfr. RICCOBONO *Fontes* pag. 38, Tav. VI n. 8.

(90) RICCOBONO *Fontes* pag. 132, n. 3.

quest'ultimo, in quanto basta che la casa conti meno delle tegole volute perchè la somma debba essere pagata: anche se il padrone nulla ha fatto per ridurla in quello stato. La responsabilità è anche qui per un *non facere* (91), come nel danno *vitio aedium*: onde la forza dell'analogia col nostro caso. Solo che nella legge menzionata la pena è a favor del Municipio, che ha subito il pregiudizio.

Più antica ancora è la famosa *lex Agraria* (92). Essa comanda di non turbare il pascolo nell'*ager* destinato ad uso pubblico. Il contravventore pagherà una pena pecuniaria a favore di chi ha condotto l'*ager* per il pascolo. Qui la somma è a vantaggio del privato come noi pensiamo che fosse nell'*actio damni infecti*.

Anche la *lex Coloniae Genetivae Iuliae* (a. 710) (93) sanziona, contro chi "figlinas teglarias maiores tegularum CCC habeat ,, una pena in denaro, che però *in publicum redigitur* (94).

Lo stesso tipo di sanzione c'è pure in tema d'acque; tema che, data la somiglianza di regolamento (95) col nostro istituto, è ancora più importante per il valore analogico sicuro.

La *lex Quinctia de aquaeductibus* (a. 745) (96) dà la multa contro chi non tiene in buono stato le zone *circa fontes et fornices et muros et rivos et specus*. Pure qui la responsabilità è per un *non facere*, anche se la pena è pubblica (97).

Il *Senatus Consultum de aquaeductibus* (a. 473) cap. 127 (98) impone di non collocare alberi, monumenti od edifici presso gli acquedotti e di togliere quelli che ci siano. Chi opera contro questa norma pagherà 10.000 sesterzi di pena, che per metà andranno in

(91) "Aedificium quod non minus MD tegularum tectum sit habeto ,,: responsabilità per un *habere*, cioè di fatto, non solamente per il *facere*.

(92) È dell'a. 643: cfr. RICCOBONO *Fontes* pag. 86, 91 n. 25.

(93) RICCOBONO *Fontes* pag. 147 n. 76.

(94) Cfr. anche RICCOBONO *op. cit.* pag. 148 n. 82.

(95) Cfr. indietro § 7.

(96) RICCOBONO *op. cit.* pag. 121.

(97) La stessa legge commina pure, contro i responsabili, la *pignoris capio*, ma non, naturalmente, della zona da tenere in buono stato, sibbene d'un oggetto, a mio parere, del privato. Questo caso quindi non può essere addotto come esempio favorevole alla tesi del Karlowa, il quale ammette la presa di pegno della cosa stessa che si deve restaurare, non d'un oggetto qualunque, come qui.

(98) RICCOBONO *op. cit.* pag. 226 sg.

premio all'accusatore. Qui c'è la condanna in una somma di denaro anche per un *non facere* (nel caso, non voler demolire gli alberi, *quae nunc ita sint*): responsabilità obbiettiva, quindi, come per il danno *vitio aedium*.

Una sanzione penale pecuniaria commina pure il *S. C. de aedificiis non diruendis* (a. 44-56) (99).

Ma il passo che fa maggiormente al nostro caso, perchè descrive una procedura, la quale si sarebbe potuta applicare benissimo al danno temuto, è il brano seguente del Digesto :

L. 1, 1, D. 43, 10, *Pap. de cura urb. l.*: “ Item curam agant (sc. curatores urbium) parietes privati quaeve alia circa domus viam attingunt vitiosa ne sint, ut domini aedium sic ut oportet eas commudent, *multando* eos, donec ea firma reddant „ (100).

La fonte, è un poco tarda, ma non troppo. D'altra parte siamo proprio in tema di edifici e di danni da essi minacciati, come nel caso che studiamo. La pena pecuniaria che viene comminata è pubblica, questo è vero ; ma essa è tale solo in quanto l'interesse, che si lede non riparando l'edificio, è un diritto della *civitas* la quale è giusto che venga a beneficiare della somma.

Sostituendo il privato alla città, il regime contenuto nella l. 1, 1, D. 43, 10 si presenta come il più confacente al nostro caso. Esso è un'altra prova, insieme con gli esempi visti prima, che la prassi più comune si serviva di simili sanzioni, quando si temeva in generale un pregiudizio. Che poi qui si tratti di multa e nel *damnum infectum* la pena invece sia a vantaggio di un privato, non ha grande importanza per distruggere il valore dell'analogia. L'essenziale è constatare, come abbiamo già veduto, che la somma non è un corrispettivo del danno che si teme o che si è verificato, ma è piuttosto un mezzo pratico per punire il renitente e per costringerlo, ad un tempo, a provvedere. Il fatto poi che sia un singolo o la comunità a lucrare la

(99) RICCOBONO *op. cit.* pag. 234 sg.

(100) Il passo è riportato per intero anche dal BURCKHARD *op. cit.* pag. 74 il quale però, come s'è visto, non crede di poterne argomentare granchè per la *legis actio d. inf.* (cfr. *eod.* pag. 75), pur avendo prospettato per un istante la possibilità d'un regolamento simile.

somma comminata, questa è una conseguenza secondaria rispetto a quella che è la caratteristica fondamentale della pena.

Non intendo di aver dato una dimostrazione esauriente. Gli esempi riportati sono tutti un poco tardi o limitati alle provincie e di natura amministrativa più che altro: quindi, a rigore, non avrebbero una forza probante decisiva, data la differenza di carattere.

Indirettamente però, e specie l'ultimo, mettono in evidenza una prassi continua ed osservata; un uso frequentissimo di condannare alla pena pecuniaria; una forma abituale di sanzione; una mentalità in quel dato senso: tutti indizi poco saldi da se stessi, in tanta povertà di fonti sul tema, ma in certo modo univoci e quasi decisivi, se considerati insieme alle altre argomentazioni sopra esposte.

12. — Resta ora da vedere quale fosse la *legis actio*, con cui si realizzava questa pena contro il vicino renitente.

Abbiamo visto che restavano, come possibili a regolare l'istituto, solo la *legis actio sacramenti in personam* e la *iudicis arbitrive postulatio*. Gli ultimi frammenti di Gaio, trovati in Egitto dall'Arangio, (101) ci aiutano a risolvere la questione.

Il giurista afferma che la *iudicis arbitrive postulatio* compete solo in pochi casi voluti dalla legge; ma negli esempi menzionati il danno temuto non figura. La cosa è sintomatica, se si pensa che questo era certo il più importante ed il più degno di ricordo, data la sua validità che ancora perdurava: ecco quindi un argomento per escluder quell'azione nella nostra ipotesi. Invece è più probabile che Gaio ne parlasse in tema di *legis actio sacramenti in personam*, proprio nel punto che conserviamo lacunoso (102).

(101) P. S. I. 1182 cit., l. 178 sgg.: " Per iudicis postulationem agebatur si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII Tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. eaque res talis fere erat. Qui agebat sic dicebat: " Ex sponsione te mihi X mil. sext. dare oportere aio: id postulo aies an negas. ", adversarius dicebat non oportere. auctor dicebat: " quando tu negas, te praetor sive arbitrum postulo atque des. ", itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. item de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. idem fecit lex Licinnia si de aliqua re communi dividenda agetur, itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur. "

(102) RICCOBONO *op. cit.* II, pag. 130: Gai IV, 17.

D'altra parte è vero che non può distinguersi (103) tra le due *legis actiones*, come già s'era fatto da qualcuno, sostenendo che la *legis actio sacramenti in personam* competeva esclusivamente per i delitti; mentre l'altra sarebbe stata solo per i debiti *ex contractu*. Ciò non toglie, ad ogni modo, che la *judicis postulatio* non spettasse mai per i delitti; come mostrano il fatto che in essa si agiva *sine pena*, nonchè le esemplificazioni del medesimo giurista, che, pur senza la pretesa di essere completo, tuttavia non vi comprende nemmeno un caso di delitto (104). Invece la *legis actio sacramenti in personam* s'accordava, come ho detto, anche per i debiti *ex contractu*, ma non è meno sicuro, a mio parere, che fosse l'*actio* tipica *ex delicto*: tanto è vero che era data certamente per il *furtum* (105). Quest'ultima si presenta, così, come il rimedio più sicuro, e più adatto al caso nostro, che richiede, nel sistema quiritario, un'azione di quel genere. La caratteristica natura, l'impossibilità, che s'è già vista, di applicare le altre quattro forme di tutela, l'affermazione medesima di Gaio che “*de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur*”, tutto porta ormai a concludere che essa, ed essa sola, poteva essere esperita nell'ipotesi.

Quando l'albero, la casa o l'*opus* del vicino minacciavano rovina, l'interessato chiedeva al responsabile un provvedimento qualunque preventivo contro il danno.

Tutto ciò in nome di quel precetto decemvirale, che ho cercato di ricostruire a § 7 sulla falsariga di D. 43, 8, 5. Se il vicino non faceva nulla per impedire il pregiudizio o non interrompeva il *facere* in caso d'*opus novum*, la controparte ricorreva al giudice con la *legis actio sacramenti in personam*. Questi, perdurando l'inadempienza del vicino, lo condannava al pagamento di una somma a vantaggio dell'attore. Certo era necessario dimostrare la disobbedienza reale alla norma dei Decemviri, bisognava quindi provare normalmente l'effettività del danno possibile e temuto.

(103) Cfr. ARANGIO RUIZ *op. cit.* pag. 43 sg., che cita Gaius IV, 20, dove per tutt'e due le *legis actiones* si parla di *dare*, espressione non opportuna per i delitti.

(104) Le ipotesi elencate sono: *ex stipulatu*, *de hereditate dividenda*, *communium dividendo*.

(105) *Furtum nec manifestum*: cfr. da ultimo ARANGIO RUIZ *op. cit.* pag. 44.

La minore comodità rispetto al mezzo del pretore risultava così dalle formalità di procedura, che le azioni *cum pena* portavano con sé, nonchè dall'obbligo, richiesto, della prova.

Quanto alla sua minor pienezza, essa è chiara se si pensa all'uso antico di comminare generalmente pene fisse (106). La somma doveva essere tale anche per il danno temuto, data inoltre la difficoltà di stabilire quote giuste nelle ipotesi diverse; onde la effettiva insufficienza, molte volte, rispetto al danno da evitare.

D'altra parte, proporzionare la somma comminata all'entità del danno minacciante (107) era un disconoscere la natura penale dell'azione, con la quale, come appresso si vedrà, si punisce chi non vuole allontanare il timore del danno, la minaccia del pericolo: ora, rispetto a questa la responsabilità del proprietario renitente può essere la stessa, qualunque sia la mole della casa che rovina o il pregiudizio che verrà.

13. — Una certa difficoltà ad ammettere l'*actio ex delicto* per il danno futuro può nascere da quelle che sono le concezioni romane intorno alla responsabilità aquiliana in generale. Qui difatti si risponde, anche nel periodo classico, ogni volta, quando c'è l'azione delittuosa, l'attività dannosa del privato, del *servus* o dell'*animal* (108): e non c'è posto per una colpa *in non faciendo* appunto perchè mancherebbe quell'elemento base necessario.

Ora, come può essere un delitto e dar luogo ad una pena il mancato restauro della casa, che sta per rovinare? Inoltre come condannare ad una somma di denaro anche esigua, quando il danno non s'è verificato?

Eppure una responsabilità *ex delicto* è riconosciuta certamente, come abbiamo già veduto, nel *dominus* dell'*aedes* o dell'*opus*; e non può parlarsi di *iniuria* della *res* per ciò che abbiamo detto (§ 9).

Con tutto ciò è difficile inquadrare nei delitti il nostro caso, se si pensa che tutti gli altri, puniti dai Decemviri, sono tali appunto perchè il danno è già avvenuto: basta esaminare le XII Tavole in proposito.

(106) Cfr. RICCOBONO *op. cit.*, I, XII Tav., passim. Si vedano del resto i casi elencati dietro, a n. 33, dove la condanna è sempre in una somma fissa.

(107) Come tende a credere il BONFANTE *op. cit.* pag. 331.

(108) Cfr. autori citt. a n. 52.

Pare così, da un primo esame, che nel danno temuto manchino gli elementi materiali del delitto, cioè l'azione delittuosa, almeno nell'ipotesi di *vitium* delle case, nonchè il danno susseguente: onde la difficoltà di sistemarlo.

L'ostacolo però mi sembra che si possa superare agevolmente. Basta non fermarsi troppo alle categorie classiche fisse e definite. Nell'epoca più antica una sistematica precisa doveva far difetto. La norma era dettata sempre da necessità, che la pratica imponeva; la *ratio*, che ogni volta la dettava, era quindi contingente. Si comandava un determinato comportamento positivo o negativo, comminando una pena contro qualunque inadempiente. Per ciò non era necessario il *maleficium* (109). Bastava non ottemperare all'imposizione della legge.

Così il *delinquere* di chi non vuole provvedere al danno che si teme, come di chi disubbidisce alla norma del fr. 5 D, 43, 8, sta appunto nella disobbedienza a quel precetto (110). La legge non va per il sottile, richiedendo requisiti - azione, danno ecc. - che sono propri d'altre ipotesi (*iniuria*, *damnum* ecc.), ma solo vuol essere obbedita. Il nostro istituto è collocato insieme col *furtum*, con l'*iniuria* ecc. non per altro che perchè esso porta, come quelli, a una condanna in denaro, ad una pena pecuniaria.

Quest'ultima, del resto, è giustificata maggiormente, quando si teme il pregiudizio, se il danno si verificherà in seguito o meglio in quanto il danno si può verificare. Si ha così, nel nostro caso, una responsabilità rispetto del danno che minaccia. Il delitto sta appunto nel non avere allontanato, contro quanto la legge vuol che sia, quel timore, che è un pregiudizio da sè stesso. E questa è un'altra prova, *a posteriori*, del non poter consistere, la sanzione del danno temuto, in una presa di possesso ai fini del restauro

(109) Il *maleficium*, sì, che è azione positiva malvagia, come l'etimologia del termine (*male factum*) dimostra: cfr. SEGRÉ *op. cit.* pag. 581 e autori citt.

(110) Con questo non voglio dire che, nel *damnum infectum* quiritario, si potesse parlare senz'altro di *obligatio ex delicto*: mi basta soltanto mostrare come potesse parlarsi di delitto. Quanto ai rapporti, in generale, tra i delitti privati e l'*obligatio* ed all'applicabilità di questo termine a tutti gli obblighi nascenti da delitto, la cosa è controversa. Si veda una rassegna completa ed esauriente della letteratura imponentissima in SEGRÉ *op. cit.* passim. Cfr. da ultimo sull'argomento DE VISSCHER *R. Hist. Dr.*, 1927, pag. 379 sgg.

Hesse, Burckhard). La presa di possesso fa sì che persino il timore del danno si allontanano, ed è precisamente un mezzo diretto per allontanarlo, non una punizione contro il suo continuo perdurare. Accordando la facoltà di restaurare a proprie spese, si verrebbe in sostanza a negare il delitto della controparte inadempiente. La sanzione, nel *damnum infectum*, dev'essere appunto una pena contro chi delinque in quanto non fa nulla per sventare la minaccia. Quando invece l'interessato può farsi ragione da se stesso e non in altro modo, non si può dire che la controparte sia comunque responsabile di un *delictum*. Per esser tale è necessario che sia punita in qualche modo; non c'è delitto senza pena (111).

Del resto non si può affermare che nelle XII Tavole manchino del tutto i casi di responsabilità *in non faciendo* puniti dalla legge. Per esempio la responsabilità di chi non vuol tenere in buono stato la via pubblica (Tav. VIII n. 7) non può essere che delittuosa: ed è naturale che lo sia, se si pensa che la parte inadempiente cade in *dolo* non ubbidendo al precetto dei Decemviri. Così nel caso nostro.

D'altronde, almeno nel diritto quiritario, le azioni non erano che *ex contractu* o *ex delicto* (112): nella sistematica del tempo non venivano giustificate che dall'una o l'altra fonte. E, sia che i delitti abbiano proceduto, come origine di obbligazione, i contratti o viceversa, non si può andare al di là di quei due tipi; all'uno dei quali, necessariamente, deve riattarsi la nostra *legis actio*.

Se pensiamo, per un momento, come questa possa essere nata nella prassi quiritaria, ci spiegheremo meglio la sistemazione, che è nei *libri ad Sabinum*.

Si guardino i rapporti originari fra le *gentes*. Caduta la casa d'una *gens* sul fondo della gente confinante, questa non aveva nulla da fare e da pretendere, se non la ritenzione delle macerie rimaste nel suo fondo (cfr. D. 39, 2, 6). L'altra non era autorizzata a chiedere l'esibizione dei propri materiali o ad entrare nel fondo del vicino, che era chiuso e indipendente. Va bene che poteva accedervi benissimo per raccogliere la ghiande od altri frutti, ma ciò in base a una

(111) Cfr. n. 77.

(112) Cfr. BONFANTE *op. cit.* pag. 332 sg.; SEGRÈ *op. cit.* pag. 522 sgg.

disposizione espressa (113), che accorda quel diritto in quanto non si danneggi o non sia stato danneggiato il fondo confinante. Quest'uso d'altra parte, prima ancora del riconoscimento decemvirale, doveva essere diffuso nella pratica per le esigenze comprensibili e le necessità dell'antica vita agricola.

Ma ammettiamo che la gente vicina, danneggiata in qualche modo, od il suo *pater*, s'accorgesse che il pregiudizio è provocato dall'attività dolosa o meno d'un estraneo: ecco nascere il risentimento contro questo ed ecco la vendetta, che poi diventerà composizione e pena pecuniaria. È il nucleo originario dei delitti: azione, danno, pena.

Poteva avvenire in altra ipotesi che la gente o la famiglia s'avvedesse d'una casa del vicino pericolosa e minacciante. È naturale che ne invitava il proprietario a ripararla o a garantire comunque per il danno futuro ed imminente. Certo, in regime di pace e di tolleranza reciproca, si doveva ottenere soddisfazione, dopo avere convinto il vicino della effettività della minaccia: convincere vuol dire provare, dimostrare, ed è logico che in origine la prova fosse necessaria per costringere il terzo ad agire od a pagare, quando non c'era stato ancora il danno nè l'azione, che rendesse responsabili.

Il vicino o provvedeva oppure, anche convinto, non faceva nulla per allontanare la minaccia. Ecco, allora, le conseguenze naturali: il minacciato non si poteva dire offeso, in quanto non aveva subito ancora il pregiudizio, e nulla aveva da fare; ma se in seguito la casa (o l'albero od il *facere*) finiva per cadere, danneggiandolo, ecco nascere il suo risentimento contro chi, pur essendone avvisato, non aveva provveduto. Al sentimento del danneggiato questo danno non poteva apparire diverso da quello subito per un'attività qualunque del vicino; onde il desiderio spontaneo di vendetta, che sarà divenuta in seguito, pur essa, composizione e pena privata, come per tutti gli altri atti illeciti.

I Decemviri trovano probabilmente una tale consuetudine. L'accolgono nelle XII Tavole. Vi portano solo, a mio parere, una lieve modificazione, applicando la pena anche prima che il danno si verifichi, oltre che quando è già avvenuto: e siccome nella prassi era privata, pena privata rimane pure adesso. Solo che essa diventa

(113) Cfr. XII Tavole in RICCOBONO *Fontes* pag. 41, Tav. VII n. 10.

quasi esclusivamente preventiva, perchè c'è anche un interesse pubblico a non spargere di rovine la città (114).

Ora, i giuristi posteriori che vogliono sistemare l'istituto, non possono non ricomprenderlo nei delitti in generale - anche se vi manca l'attività del responsabile - poichè insieme ad essi, e come tale, era nato dalla pratica, trasportandosi dopo nella norma. L'evoluzione dei concetti non può impedirlo in nessun modo, anzi si vedrà che favorisce quel sistema.

Nel diritto classico, quando Sabino scriveva il suo trattato, certe le origini della tutela accordata con l'*actio damni infecti* dovevano essersi dimenticate per intero; ma intanto la posizione nel sistema non poteva mutarsi all'improvviso, nel senso di togliere l'istituto dalla trattazione sui delitti.

Innanzitutto, la concezione originaria, anche se il delitto si veniva cristallizzando intorno ai quattro tipi, doveva pure far sentire la sua influenza decisiva.

Inoltre, non solo non si è chiusa la categoria delle azioni che discendono *ex delicto*, ma pare che si accrescesse di altri casi anche nell'epoca classica avanzata (115): niente di strano, quindi, che si sia mantenuta, a titolo maggiore, la concezione originaria nella nostra ipotesi.

Di più il significato di *delictum*, a parte la tecnicità o meno delle *obligationes* che nascono da esso, è assai vasto e comprensivo nel diritto classico, sia perchè non si è perduta l'etimologia della parola sia perchè la pratica vi comprendeva, come ho detto, casi nuovi.

“ Delinquere „ significa ancora “ venir meno, mancare di qualche cosa „, (116). “ Delinquere „, dice Paul. Fest. (117) “ est praetermittere quod non potest praeteriri: hinc deliquia et delicta „.

Questo è il senso della parola nelle fonti letterarie, ma esso si è conservato tale e quale nel diritto. In tutti i casi genuini riportati dal Volterra a pag. 126 sgg. del suo studio accuratissimo, il termine

(114) Cfr. RICCOBONO *op. cit.* pag. 38, Tav. VI, n. 7, 8.

(115) Cfr. specialmente SEGRÈ *op. cit.* pag. 573 sg., 591. Si veda già anche ALBERTARIO *Delictum e crimen* pag. 43 sg.

(116) Cfr. VOLTERRA *R. I. S. G.*, 1930, pag. 117 e testi letterari ivi citt.; SEGRÈ *op. cit.* pag. 579 e n. 215 in f.

(117) Riportato dal VOLTERRA *loc. cit.*

significa, lì pure, venir meno, in generale, ad una cosa ed in particolare, ad una norma.

Ora, il non provvedere per il danno che minaccia, quando la legge lo impone nettamente, non è un *delinquere*, un *delictum* in quel senso? E la sanzione susseguente non è una pena contro chi è caduto in *dolo* per non essersi curato della norma?

Non si dica che la mancanza d' un' attività del responsabile renda un po' difficile ad ammettersi una tale ricomprensione nel diritto classico. Per rispondere, mi basterà citare alcuni testi, in cui *delictum*, nell' epoca imperiale, è precisamente una *non attività*. Sono le ipotesi, ad esempio, contenute nei frammenti D. 29, 4, 1, 12; V. Fr. 210, che riporto e spiego in nota (118).

Qui non solo la non attività legittima, in quanto è disobbedienza ad una norma, una pena pubblica o privata, non solo cioè ci sono gli elementi materiali del delitto; ma si riconosce espressamente la figura del *delinquere*, tanto che si applica e si usa, per il caso, la parola tecnica in questione.

Lo stesso può essere avvenuto per il *dammum infectum*, che rientra in quella medesima figura anche nel sistema di Sabino, perchè le concezioni classiche al riguardo lo permettono benissimo.

(Continua)

GIUSEPPE BRANCA

(118) D. 29, 4, 1, 12 *Ulp. L ad ed.*: "Labeo sibi videri ait non minus *delinquere eum*, qui *non incipiat possidere*, quam eum qui *desinat*: quae sententia obtinet ... Non v'ha dubbio che il non cominciare a possedere sia un *non facere*: con tutto ciò è ugualmente un delitto - V. Fr. 210 (*Ulp. de off. praet. tutelaris*): "Is qui potiore nominat libellos debet quaternos dare praetori de plano, quinos pro tribunali, ut epistula divi Marci ad Aemilianum continetur, et dicere, quo iure potiore nominet ... Et si forte in aliquo horum *deliquerit ecc.*...": Si impone un determinato comportamento attivo consistente in un *dare* ed in un *dicere*. La disubbidienza a quel precetto, cioè l'omissione di quel *dare* o di quel *dicere*, il *praeterire* l'uno o l'altro (*in aliquo horum*), è *delinquere* e rende comunque responsabili. A parte la diversità del caso pratico e dall'istituto prospettato, qui il delitto consiste in un non fare, come avviene solitamente nel danno temuto *vizio aedium*. I due passi precedenti sono stati già presi in esame dal VOLTERRA *op. cit.* p. 118 ma sotto un altro punto di vista.

IL REGNO DI CORSICA E LA CONVOCAZIONE DEL SUO PARLAMENTO GENERALE NEL 1420

1. — *Premessa.* Questo breve scritto non ha se non la modestissima pretesa di illustrare il documento, non inedito (1) ma - per quel che ci risulta - totalmente ignorato, della convocatoria del "Parlamento generale del Regno di Corsica", per il 2 febbraio 1421 in Bonifacio, da parte di Alfonso V d'Aragona, detto poi il Magnanimo, re di Sicilia, di Sardegna e di Corsica. Avvertiamo subito che, come è noto agli studiosi, quel Parlamento non si riunì mai e che non può parlarsi, in Corsica, di vere assemblee parlamentari, fino a quelle degli anni 1779 e seguenti, in regime francese, e del 1795 in regime d'occupazione inglese (2). Esaminiamo tuttavia, attraverso i precedenti storici e giuridici, la portata e il significato del documento in questione, di cui riportiamo anche il testo.

2. — *Il regno di Corsica.* È impossibile occuparsi di argomenti, anche trascurabili, della storia delle istituzioni còrse senza avvedersi della enorme lacuna che in tal campo hanno i nostri: lacuna che, già rilevata or son diversi anni dal Solmi (3), è tutt'ora presso che completa, nonostante i notevoli contributi alla conoscenza della storia

(1) Fu già riprodotto nell'edizione di 200 esemplari dell'*Itinerario del rey don Alfonso de Aragon el que ganò Napoles* da parte di A. GIMENEZ SOLER nel 1909, pp. 40-42.

(2) Vi furono però, tra il sec. XIII e la seconda metà del XV, di quando in quando delle *vedute*, o assemblee di Còrsi di qua e di là dei monti, forse sopravvivenza dei placiti dell'età carolingia.

(3) A Solmi, *Rec. a A. AMBROSI, Histoire des Corses et de leur civilisation* (Bastia, 1914), in "Arch. Stor. It.", LXXII (1918), p. 3 dell'Estratto.

di quell'isola dati dagli scritti pubblicati nel "Bulletin de la Societé des sciences historiques et naturelles de la Corse", e che si vanno pubblicando da parte del benemerito "Archivio Storico di Corsica", Tale lacuna non è così completa da impedire che tutti sappiano come, a datare dal 1297, (data dell' infeudazione della Sardegna e della Sicilia, anzi del *regnum Sardiniae et Corsicae* considerato come unità, di Bonifacio VIII a Giacomo II d'Aragona) i sovrani aragonesi si siano sempre chiamati anche re di Corsica: ma, certamente, lascia nell'ombra il contenuto e gli aspetti di tale e così contrastata, come ora vedremo, sovranità.

Nel 1297, infatti, Giacomo II d'Aragona, conciliatosi il favore di Bonifacio VIII con la promessa di partecipare alla crociata che si andava progettando e creato altresì vessillifero, capitano e ammiraglio generale della Chiesa (4), otteneva dal pontefice l'anzidetta concessione feudale del regno di Sardegna e di Corsica (5), con l'obbligo del servizio militare a piedi e a cavallo, o con una squadra di galee, e del pagamento dell'annuo censo di 2000 marche d'argento (6). Che i Pontefici fossero, come si proclamavano, proprietari e Signori dell'isola non era allora controverso. Tale Signoria era stata lungo tempo prima riconosciuta dagli imperatori (7) e da Pisa, o dai suoi vescovi. L'investitura era fatta *a domino* ed era, formalmente, più che regolare: soltanto che urtava con altre concessioni non revocate, fatte da precedenti pontefici alle due repubbliche italiane (8): delle quali Pisa amica agli Aragonesi e disposta a cedere

(4) Doc. del 20 gennaio 1296 riportato in *Codex Diplomaticus Sardiniae* vol. I (Mon. Hist. Patr., X) p. 455 n. CXXXVI.

(5) I due nomi e i due territori sono stati sempre, almeno formalmente, congiunti fin dal periodo bizantino (cfr. Dove, *Corsica und Sardinien in den Schenkungen and die Päpste*, 1894, p. 205): la scissione avviene quando la Sardegna diventa possesso aragonese e la Corsica resta genovese.

(6) V, il testo del documento, 5 aprile 1297, in *Cod. Dipl. Sard.*, cit., pagine 456-460.

(7) Oltre la troppo famosa "donazione di Costantino", vi erano stati gli altri atti autentici (se pure discussi: cfr. Dove, cit., passim) di Carlo Magno (774), Ludovico il Pio (817), Ottone I. (962), Arrigo I (1014), Federico Barbarossa (1159) e vari altri, fino a Carlo IV (1355).

(8) Concessione a Genova della metà dell'isola in feudo di Innocenzo II (1136) e di Onorio III (1218), di Alessandro IV a Pisa nel 1258.

sugli affari di Corsica (forse per assicurare il possesso dei suoi ricchi domini sardi), la seconda sempre ostile e non disposta a cedere.

Il nuovo dominio trovava grandissimi ostacoli a realizzarsi. L'occupazione delle nostre due grandi isole portava con sè, allora come in ogni tempo, gravi difficoltà non solo sotto l'aspetto militare, ma anche sotto il profilo politico e diplomatico. Re Giacomo tratta col Pontefice per ottenere il suo aiuto nell'impresa (9), tratta allo stesso scopo con Pisa (10), rinnova l'omaggio, i giuramenti di fedeltà e versa - più o meno puntualmente è vero - l'annuo censo (11). Nel 1309 egli appare disposto a cedere il dominio nominale delle due isole in cambio del regno di Bugia (nell'attuale Algeria) (12). Più tardi egli si decide, quasi suo malgrado, per gli inviti di Firenze, del Giudice d'Arborea e di altri Sardi, a prendere possesso dei nuovi territori (13). Ma l'impresa si compie soltanto in Sardegna (14). La Corsica non è dimenticata, così che i Governatori generali aragonesi a Cagliari assumono il nome di "governatori generali del regno di Sardegna e di Corsica", (15), ma gli Aragonesi, oltre a mandarvi loro emissari, laici ed ecclesiastici (16), non osano mettervi piede. Essa attraversa durante questo tempo uno dei periodi di anarchia, così frequenti nella sua storia.

Genova, grandemente disturbata dalla piega, troppo favorevole agli Aragonesi, presa dagli affari di Sardegna, si rifà, politicamente, viva in Corsica intorno al 1340, quando vi spedisce Goffredo da Zoagli per ristabilire l'ordine turbato (17). Tale azione non può che

(9) H. FINKE, *Acta Aragonensia, II*, Berlin und Leipzig, 1908, p. 693.

(10) *Ibidem*, p. 513, n. 342 e m. 372-405.

(11) Giuramenti ripetuti a Benedetto XI, (1304) a Clemente II (1305), a Giovanni XXII (1316 e 1327), a Benedetto XII (1385) ecc.

(12) FINKE, *ibidem*, p. 693.

(13) Cfr. *Ibidem*, doc. 342, 405.

(14) Cfr. E. BESTA, *La Sardegna medioevale*, Palermo, 1908-9, vol. I, pp. 263 sgg.; SOLMI, *Studi storici sulle istituzioni della Sardegna nel Medio Evo*, Cagliari, 1917, p. 290 sg.

(15) V. la cedola di nomina del primo di questi governatori generali, Bernardo di Boxados, nominato il 12 agosto 1326, riportata da M. VIORA, *Sui vicerè di Sicilia e di Sardegna* (estr. da "Riv. St. dir. it.", III (1930) p. 10-11; cfr. anche FINKE, cit., vol. III (Berlin und Leipzig, 1922) p. 557 e *Codex Dipl. Sard.*, cit., I, p. 693.

(16) Cfr. FINKE, cit. II, p. 811.

(17) U. ASSERETO, *Genova e la Corsica (1358-1378)*, in "Bullet. d. I. Soc. d. soc. hist. de la Corse", XXI (1902) p. 159.

provocare le lamentele dei turbolenti signori còrsi, qualcuno dei quali, affettandosi devoto ai sovrani aragonesi, ne muove rimostranza a Pietro IV, il Cerimonioso, il quale, desideroso com'è di continuare per la via tracciata dall'avo, promette loro di intervenire contro gli "usurpatori", genovesi. L'azione di essi non è gran che fortunata, tuttavia re Pietro si fa per la prima volta vivo in Corsica, nel 1346, con qualche azione offensiva, o piuttosto con qualche incursione e azione dimostrativa, senza però altro risultato se non di stringere meglio intorno a Genova i Còrsi simpatizzanti, e suscitare, per reazione, le proteste della repubblica la quale pensa seriamente a occupare l'isola e istituisce financo, nel 1347, la compera nuova *acquisitionis Corsicae* (18). Negli anni seguenti il terreno della lotta ormai ingaggiata è soprattutto la Sardegna, giacchè questa svaniti i primi entusiasmi filo-aragonesi si era in gran parte sollevata; contemporaneamente Genova ha ritirato dalla Corsica tutte le sue truppe. La grave sconfitta navale subita nel 1353 ad opera delle flotte riunite aragonesa e veneziana induce la repubblica a dare ascolto agli inviti alla pace: nelle trattative che si iniziano di lì a poco la questione del dominio della Corsica non ha piccola parte.

Anzi che dall'una e dall'altra delle due parti contendenti, l'iniziativa per le trattative di pace muove dal Pontefice, cioè da Avignone. La pace sarà così più imposta che desiderata e le trattative lunghe e laboriose. Da principio, quando Clemente VI, pressato dalle lamentele di Pietro il Cerimonioso per la "usurpazione", della Corsica compiuta dai Genovesi, invita costoro (1352) a rimettere ogni questione e decisione al collegio dei cardinali, la repubblica italiana resiste più o meno passivamente alle richieste (19). La ricordata vittoria delle flotte alleate sembrerebbe poi indurre Genova a più miti consigli, ma le difficoltà restano notevoli, onde i cardinali incaricati della risoluzione delle controversie soprattutto il Cardinale fiorentino (che è poi tale soltanto di nome ed è Cardinale di San Marco, Francesco de Attis da Todi) non possono prendere se non accordi temporanei (20). Le prospettive per un accordo definitivo

(18) ASSERETO cit. p. 167.

(19) A. BOFARULL y BROCÀ, *Historia critica de Cataluña*, t. IV, Barcellona, M. D. CCCLXXVI, p. 461-62.

(20) Dei risultati si parlerà in seguito. Notiamo però come il re aragonese che quattro anni prima (cfr. BOFARULL loc. e op. cit.) pretendeva da Genova il rilascio dei

diventano migliori, quando, raggiunta la pace separata tra Genova e Venezia, tra i contendenti viene ripristinato un certo equilibrio di forze.

La nuova situazione e le contingenze politiche generali spingono questa volta le due parti a ricercare un accordo completo e, se possibile, definitivo. L'ufficio di intermediario (e si tratterà di un vero e proprio "arbitro, arbitratore e amichevole compositore", (21) viene di comune accordo affidato al Marchese Giovanni di Monferato affine al re Pietro e strettamente legato a Genova e al suo grande Doge Simone Boccanegra (22). Anche in questa sede le trattative per un volontario accordo sono lunghe e laboriose, la procedura complessa e lenta per le resistenze delle parti, specie del re aragonese, al quale in verità l'arbitro andava chiedendo i maggiori sacrifici, così l'abbandono di Alghero, caposaldo militare e politico tra i maggiori della Sardegna, acquistato a prezzo di lunghe e sanguinose lotte (23). Le conseguenze più importanti dei lunghi negoziati e dell'arbitrato sono: 1°) lo stabilimento di successive tregue quinquennali che si prolungano dal 1358-59, ossia dagli inizi del procedimento arbitrale, fino alle ostilità del secondo decennio del XV secolo; 2°) il perpetuarsi della situazione di fatto

territori "usurpati", in Corsica, questa volta (1356) si dichiarasse disposto a cedere la Corsica e persino il titolo "adeo quod comune Janue ipsam insulam Corsicae totam possit in feudo gentile ab ecclesia seu Duo nostro Papa recipere et concordare de censu sive tributo et investitura". Genova rifiutava di discutere sulla legittimità del suo possesso dell'isola che durava da tempo immemorabile, tuttavia rispondeva di non voler tener l'isola "nisi ad honorem ipsius domini... regis". Ciò si ricava dai documenti dell'Archivio di Stato di Genova (Mat. pol. mazzi 8 e 9) citati da ASSERETO, *ibidem* pp. 205-206.

(21) Cfr. *Cod. Dipl. Sard.*, cit I, p. 783 sg.

(22) *Ibidem*.

(23) Il Marchese aveva avuto facoltà di dirimere tra le parti ogni controversia, così di "dare, tradere, donare, adjudicare", ogni terra o luogo controverso (cfr. *Liber iurium reipublicae Genuensis*, (II), (Mon. Hist. Patr., IX) p. 681; ma la pretesa di dare Alghero ai Genovesi era un po' forte: se ne lamentava amaramente Francesco de Perilionibus procuratore del re: cfr. *Cod. dipl. Sard.*, cit., I, p. 806. Della procedura e dei verbali arbitrali, redatti da Stibioto Stibio, pubblico notaio e cancelliere del Marchese, esistono ampi documenti negli Archivi di Stato di Torino e di Genova. Di un codice pergameneo all'oggetto esistente presso la Biblioteca universitaria di Cagliari (sala piccola 6-5-4), ci ha dato cortese notizia il prof. Ersilio Michel.

già esistente in Corsica al tempo delle trattative davanti ai Cardinali. Questo punto richiede qualche ulteriore chiarimento.

Si è ricordato come, nel 1356, Genova e il re aragonese fossero venuti ravvicinando i loro rispettivi punti di vista sulla questione della Corsica, fino quasi ad ammettere un dominio nominale aragonese (24). Le trattative preliminari innanzi al Cardinale fiorentino si erano concluse, per la parte relativa alla Corsica, con l'impegno di mantenere lo stato di fatto e perciò, in pratica, col riconoscimento della pozziorità dei diritti genovesi. Il posteriore arbitro, Marchese di Monferrato, non aveva trovato di meglio che di ordinare "quod de negociis insule corsice et factis ipsius insule fiat et fieri possit et debeat prout et sicut inter dominos cardinales florentinum et alium sive alios cardinales ordinatum fuit", (25).

La situazione che ne conseguiva era, dal punto di vista giuridico, abbastanza singolare: i Pontefici pretendevano nel 1360 che Genova, già investita in feudo di una metà dell'isola, riconoscesse il loro dominio sull'isola e pagasse ora il censo anche per l'altra metà da poco ottenuta (26); nel 1364 poi, senza che nessun cambiamento fosse intervenuto ossia senza che lo *status quo* fosse in alcun modo stato mutato, Urbano V citava davanti a sè Pietro d'Aragona perchè si giustificasse della quasi decennale mora nel pagamento dell'annuo censo, e minacciava la sua decadenza dal regno di Sardegna e di Corsica (27). In seguito, mentre i sovrani aragonesi continuano sempre a intitolarsi re di Corsica, Genova manda nell'isola uomini e armati, vi nomina Governatori, podestà ed altri ufficiali; la infeuda infine alla compagnia della Maona (1378).

La sovranità corsa dei re aragonesi è dunque un nome vano, una vana formola, cui non bastano a dare contenuto i ripetuti

(24) ASSERETO, *lc. cit.*

(25) *Liber iurium*, *cit.* (II) p. 681, doc. del 2 febbraio 1360.

(26) RAYNALDI, *Annales ecclesiastici ab anno MCXVIII*: ad annum 1360, n. II; ASSERETO, *cit.* p. 210.

(27) RAYNALDI, *cit.*, anno 1364, n. 20. Il precedente omaggio e tributo era stato offerto in Avignone ad Innocenzo VI, *cfr.* RAYNALDI, *cit.*, anno 1353, n. 9 e ad annum 1355 n. 24.

omaggi e richieste di aiuto dei signori còrsi turbati nell'esercizio delle loro prepotenze dai legati genovesi (28).

A dar corpo all'ombra penserà Alfonso il Magnanimo.

3. — *Alfonso V d'Aragona e la sua impresa còrsa.*

L'inizio del secolo decimoquinto segna per il regno aragonese un periodo di rifiorimento e di espansione, specialmente commerciale e marittima, una nuova spinta verso il prossimo oriente mediterraneo e verso l'Italia in specie. Genova esce allora abbastanza malconcia dalla grave crisi che l'aveva asservita ai Visconti e alla Francia. La Corsica, alla quale aveva dato un pò d'ordine Arrigo della Rocca - partigiano almeno tendenziale di parte aragonese, che però muore nel 1401 -, vive nel suo perenne turbamento e nelle sue secolari divisioni. La Sardegna, venuta a morte Eleonora d'Arborea ed estinta la linea retta della sua dinastia giudicale, non è più l'indomabile ribelle della seconda metà del secolo precedente. Gli Aragonesi pensano ora più seriamente alla conquista e questa, un pò per le arti belliche e un pò per le arti di pace, ossia attraverso i compromessi diplomatici e finanziari coi Visconti di Narbona succeduti ai Giudici arborensi, sembra sempre più vicina.

Conquista della Sardegna e conquista della Corsica sono due imprese che gli Aragonesi desidererebbero condurre di pari passo. Nel 1396 essi avevano ancora una volta ricevuto da Bonifacio IX l'investitura del duplice regno (29). Nel 1412, durante lo scisma che precede il Concilio di Costanza, il nuovo sovrano eletto dal congresso di Caspe, Ferdinando di Castiglia, rende omaggio e chiede l'investitura dei reami della Corona, tra essi Sicilia, Sardegna e Corsica, tanto al Papa spagnolo Benedetto XIII (30) quanto a Papa Giovanni XXIII (31).

A questo punto la politica aragonese in Corsica ha già un nome, quello di Vincentello d'Istria, figura eroica e quasi romanzesca di condottiero, il quale con molto senno, con molto ardire e con

(28) Cfr. A. AMBROSI, *Histoire*, cit., p. 151 sg.

(29) G. MORONI, *Dizionario di erudizione storico-ecclesiastica*, vol. XVII, pag. 270.

(30) BOFARULL y BROCA cit., t. V. p. 228.

(31) MORONI, *ibidem*.

pochi mezzi si era reso nel nome aragonese signore di gran parte dell'isola (32).

Discendente di un altro leggendario personaggio corso del XIII secolo, Sinucello Giudice di Cinarca, Vincentello era, per tradizione familiare, nemico dei della Rocca. Ond'è che, quando il figliolo d'Arigo, ereditata la potenza paterna, si fu legato ai Genovesi accettando di diventarne il vicario nell'isola, egli si dette alla fuga, armò qual che naviglio con cui offendere e predare le navi genovesi e si recò anche in Spagna, dove fu assai favorevolmente ricevuto ed ottenne anche qualche aiuto e grande incoraggiamento alla lotta contro i Genovesi. Tornato nell'isola, un pò con le armi e un pò con la persuasione, (e per il malcontento dei còrsi, insofferenti, contro la signoria genovese) vi acquistò una posizione fortissima. Una numerosa assemblea di Còrsi di qua e di là dei monti lo nominava allora (1408 o 1409) conte di Corsica, titolo già portato dal rappresentante della Maona genovese Leonello Lomellini (33). Non molto dopo, nel 1408, si reca in Sicilia da re Martino il Giovane e anche da lui ha aiuti, consigli e promesse. Nel 1409 manifesta la sua devozione agli Aragonesi combattendo al loro fianco a Sanluri contro i Sardi. Tornato poi in Corsica alza le bandiere di parte aragonese. La sorte non gli è sempre prospera, per le ostilità coi Lomellini e coi della Rocca e, specie durante la vacanza del regno aragonese, ben pochi soccorsi può sperare (34).

Nel 1415, la sua esigua flotta è battuta da una squadra genovese. Egli fa nuovi viaggi in Spagna, onde mostrare ai re aragonesi il loro dovere di soccorrere i loro partigiani e di venire a prendere possesso del regno. Meglio di ogni altro lo intende Alfonso V, salito al trono nel 1416, giovane animoso e di grandiose aspirazioni.

(32) Di lui parlano ampiamente i vari storici còrsi, specialmente Giovanni della Grossa, che ne fu una specie di segretario, nelle sue *Croniche* pubblicate dal Letteron in "Bull. ", cit., XXVII (1910) e A. AMBROSI, *Un épisode de la guerre entre Gènes et Aragon au XV siècle: Vincentello d'Istria*, in "Bull. ", cit., XXXI (1911), p. 5-64.

(33) Ne aveva avuto concessione, insieme con la Signoria feudale dell'Isola, nel 1407 da Carlo IV re di Francia, allora signore di Genova: DE FRIESS-GOLONNA, *Storia e descrizione della Corsica*, Venezia, 1858, p. 33.

(34) Si ricorda la concessione di due galee, nel 1412, a suo fratello Giovanni: cfr. *Colección de documentos inéditos del Archivo general de la Corona de Aragon*, Barcelona, 1847 sg., t. II, p. 553, t. III, p. 21.

Il 10 febbraio 1418, Vincentello è nominato vicerè di Corsica e investito di pieni poteri (35). Ripudiata la politica precedente la quale comportava almeno formalmente, attraverso la rinnovazione delle tregue quinquennali con Genova il disinteressamento per gli affari della Corsica e data a Genova la colpa di tale cambiamento per la ripetuta violazione degli accordi da parte sua, Alfonso aveva con tale atto affermato la sua decisione di essere re di Corsica non solo di nome ma anche di fatto. Davanti alle Cortes Catalane egli il 4 maggio 1419 affermava la necessità di provvedere ai disastrosi affari della Sardegna e della Corsica, troppo a lungo rimaste in Stato di ribellione (36).

Re Alfonso s'imbarcava con grande apparecchio di uomini e di armati a destinazione della Sardegna nella primavera del 1420. Giunto, dopo una lunga sosta a Mahon, in Alghero egli ha qui la fortuna di poter definire le lunghe trattative già in corso coi Visconti di Narbona, allo scopo di ottenere da questi la rinuncia, previa indennità, alle pretese che essi vantavano sulla Sardegna quali di eredi dei Giudici di Arborea. Apprestata quindi un'ingente quantità di artiglierie, di armi in genere e di vettovaglie egli fa vela verso la Corsica, dove intende stroncare le ultime resistenze dei due centri o colonie genovesi nell'isola, Calvi e Bonifacio.

La forza dei suoi armamenti è tale che Calvi si arrende dopo un assedio di pochi giorni ed egli riceve allora nella città da poco conquistata l'omaggio e il giuramento di fedeltà di Vincentello, del Vescovo di Mariana e di numerosi signori isolani. Poco più di un mese dopo il 21 ottobre (1420) egli assaltava Bonifacio, la fedelissima di Genova, cui la posizione naturale e la indefettibile fedeltà alla Dominante dovevano permettere una resistenza ben maggiore di quella fino ad ora trovata dagli Aragonesi. La città si era difesa nonostante l'intenso bombardamento che aveva diroccato le torri e i cittadini avevano sempre opposto la più viva resistenza. I Boni-

(35) V. il testo della cedola di nomina, nella traduz. franc., in AMBROSI, *Un épisode*, cit., p. 27-28. Così la Corsica ha un vicerè prima della Sardegna. Il primo vicerè della Sardegna non viene nominato se non nel settembre 1418. Confermiamo così, sulla scorta dei doc. 378, 379, 380 riportati dal LIPPI (*L'Archivio Comunale di Cagliari*, 1897, p. 210) l'opinione di M. PALLONE, *Notizie storico-giuridiche sul Vicerè di Sardegna*, Sassari, 1932, p. 6.

(36) *Cortes de los antiguos reinos de Aragon, Valencia y principado de Cataluna* publicadas por Real orden, Madrid, 1896 sgg.: t. XIII, p. 68.

facini scrissero pagine gloriose di valore e di coraggio, nè, a dire il vero, gli Aragonesi furono loro da meno. La penuria dei cibi e la mancanza di armi costrinsero però gli assediati a richiedere un armistizio, cui si addivenne ai primi del dicembre: con la promessa dei Bonifacini di arrendersi al re qualora non fossero stati soccorsi da Genova entro il primo gennaio successivo.

4. — *La convocazione del Parlamento.*

Sicuro ormai della vittoria la quale poneva in sue mani l'ultimo baluardo della resistenza genovese, Alfonso vedeva coronata dal successo l'aspirazione degli avi e sua al dominio non solo nominale ma anche effettivo del Regno. Egli diramava quindi tra i sudditi la seguente convocatoria parlamentare :

“ Alfonsus etc... Nobili et consiliario dilecto Comiti Vicentello
“ Distria militi, salutem et dileccionem. Quoniam incolis regni Cor-
“ sicae parlamentum generale ut in inibi juramentum fidelitatis et
“ homagium nobis prestant et quedam utilitatem augmentum atque
“ quietis dulcedinem sacre reipublice dicti regni Corsice clare tan-
“ gencia pertractentur et plene ad finem perobatum, dante Dominio,
“ deducantur. In castro et villa de Bonifacio secunda dia mensis
“ feuruarrii instantis de proximo intendimus celebrare, vobis dicimus
“ et mandamus expresse et de certa sciencia quetenus ad predicta
“ celebranda atque fienda in curia supradicta. In castro et villa
“ predicta die jam dicta ad istud prefixa infallibiliter intersitis. Nos
“ enim in ipso castro et villa tunch erimus, Altissimo permittente,
“ circa promptam et utilem exequcionem premissarum soliciter in-
“ tenturi. Datum in obsidioni Bonifacii sub nostro sigillo secreto
“ xui die Decembris anno a Nativitate Domini MCCCCvicessimo,
“ Rex Alfonsus ,,,

Simile convocatoria egli mandava :

“ Nobili et, dilecto nostro	Ranuco Daleca ,,
“ ” ” ”	Paulo di la Rocha ,,
“ ” ” ”	Johanni Distria ,,
“ ” ” ”	Matheo de Brando ,,
“ ” ” ”	Johanni de Tienca ,,
“ ” ” ”	Scorchello Dornacio ,,
“ ” ” ”	Simoni de Mari ,,
“ ” ” ”	Judiello de la Rocha ,,

“ Nobili et, dilecto nostro Carolo Darnacio „
“ ” ” ” ” Mariano de Petrillacata „

Inoltre :

“ Venerabili in Christo patri N. Episcopo de Sahona „
“ ” ” ” de Leris „
“ ” ” ” de Nevio „
“ ” ” ” „ Chacho „
“ ” ” ” „ Marrana „
“ ” ” ” „ Dampunyana „
“ Fidelibus nostris potestati, ancianis et consilio et universitati „
“ Sancte Mariae de Calvi salt. et dil „
“ Fidelibus nostris capitaneis, officialibus et populo de Tavanya, Mo- „
“ riave et Campoloraverde „
“ Fidelibus nostris potestati, oficialibus et populo terre de Nyolo „
“ Fidelibus nostris capitaneo, oficialibus et populo terre de „
“ ” ” „ Ampunyana et Cassacove „
“ ” ” „ Doretza et Alexane „
“ ” ” „ Tarxene et Veneto „
“ ” ” „ Cossio et de la Sera „
“ ” ” „ Ronya „
“ ” ” „ Castello, Carrsa et Coasina „
“ ” ” „ Banyunica „
“ ” ” „ Ballanya „
“ ” ” „ Rustino et ville Rusti „
“ ” ” „ Cassinca „
“ ” ” „ Hebro „ (37)

Nella convocatoria si scorge già *in nuce* il Parlamento che Alfonso aveva inteso convocare, vi si scorgono cioè i tre Ordini o Stati, militare, ecclesiastico e delle università, che sono la caratteristica normale delle assemblee parlamentari del tempo, in ispecie del parlamento catalano, e dei parlamenti delle altre due grandi isole italiane, pure soggette alla Corona aragonese, Sicilia e Sarde-

(37) L'originale, o copia autentica, di mano del segretario regio " Francesco Darinyo „, sta in ARCH. GEN. COR. ARAG. di Barcellona, reg. 2671, f. 131.

gna. Lo scopo era duplice, ossia la prestazione del giuramento di fedeltà al sovrano con l'atto di possesso del regno da parte sua, e quello, assai più vasto, della trattazione delle questioni d'interesse e di utilità generali. L'invito regio è anch'esso redatto nella formula consueta, e come tale non porta minaccia di sanzioni a carico degli assenti (37); non vi appare quella leggera differenza che si notava nelle formule dirette agli ecclesiastici rispetto a quelle dei militari e dei rappresentanti delle università nel Parlamento siciliano (38): differenza che non si riscontra neppure nelle convocatorie del Parlamento sardo (39).

È superfluo correre a supposizioni sugli effetti che la convocazione parlamentare avrebbe potuto produrre nel paese: probabilmente conseguenze buone, dovendosi pensare che la presenza e l'autorità del re sarebbero potute servire a moderare e a comporre gli inevitabili dissensi, a dare la sensazione della esistenza di un potere superiore e non arbitrario e anche della unità del paese, troppo a lungo diviso. Da tale assemblea poteva derivare un *novus ordo*, una sistemazione politica e giuridica, anche definitiva, del paese; potevano derivare la creazione di uno Stato che fino ad allora non era esistito: la successione di assemblee generali periodiche poteva costituire quasi la valvola di sicurezza, per gli eccessi di pressione politica consueti nell'isola.

L'assemblea parlamentare doveva essere utile anche al re, sia per meglio conoscere tutti i maggiori esponenti della vita del paese e per farsi conoscere, alla sua volta, da essi: sia per indurli a riconoscere l'esistenza della superiore autorità sua e della Corona, sia per deliberare con essi intorno ai bisogni immediati e anche permanenti, sia per ottenere quei soccorsi finanziari che invano egli aveva mandato a chiedere fino ad allora per i vari territori (40).

Gli auspici dovevano essere ed erano per ogni verso eccellenti. Ma la realtà fu un'altra.

(37) Cfr., in argomento, A. MARONCIU, *I parlamenti di Sardegna nella storia e nel diritto pubblico comparato*, Roma, 1932, pp. 75, 76, 96, 107 n. 214; J. COROLEU Y PELLA, *Las Còrtes Catalanas*, Barcelona, 1876, pp. 42, 63.

(38) A. MONGITORE, *Parlamenti generali del regno di Sicilia*, Palermo, 1749.

(39) Cfr. ARCHIVIO DI STATO DI CAGLIARI, *Atti dei Parlamenti o Cortes di Sardegna*, vol. 30, fol. 5ll verso.

(40) DE FRIESS-COLONNA, cit., p. 35; PETRI CYRNEI, *De rebus corsicis*, ediz. Letteron, Bastia, 1884, p. 167-168.

5. — *Il fallimento dell'iniziativa.*

Inviati bonifacini, sfuggiti alla vigilanza della flotta nemica e recatisi a Genova, avevano saputo così bene descrivere la loro situazione e il loro attaccamento alla Medrepatria che i Genovesi, per quanto riluttanti, si indussero a muovere con una squadra navale in loro soccorso. La cruenta battaglia seguitane proprio sotto Bonifacio non riuscì a liberare il paese dall'assedio, ma valse a galvanizzare gli animi e le forze degli assediati che sembravano già ridotti agli estremi (41) e a persuadere Alfonso della impossibilità di una sollecita decisione; sicchè egli, non potendo più oltre trattenersi nell'isola anche perchè istantaneamente chiamato a Napoli da quella regina, Giovanna II, di cui doveva diventare il successore, si decise finalmente a desistere dall'impresa (42). Partiva affidando la difesa dei diritti della Corona al fido Vincentello, contro il quale si sollevavano immediatamente Calvi e vari signori e aprivano direttamente le ostilità anche i Genovesi. Il vicerè non si perse però mai d'animo e per quanto non soccorso come sarebbe stato necessario (43), si resse un pò con le armi, e un pò con gli accordi fino al giorno in cui veniva sorpreso sulle stesse coste dell'isola, mentre stava per recarsi in Sardegna a chiedervi soccorsi, da una squadra genovese, quindi condotto a Genova, giudicato reo di tradimento e decapitato (27 aprile 1434).

Alfonso, pur tra le numerose e gravi cure dei suoi vasti possedimenti, non dimenticò mai lo scottante insuccesso: nel 1426 patteggiava col Duca di Milano, patrono di Genova, la rinuncia genovese a ogni

(41) La regina Maria, moglie di Alfonso, scriveva, il 2 gennaio 1421 al Consigliere regio conte di Pallars di avere ricevuto da poco lettere dal marito con cui si annunciava che Bonifacio stava per essere presa da un momento all'altro: "es presumidor que a les hores dara segons lo tenor de les dites letres et ço quens ha dit P. Gencar portador de aquellas, que la dita vila es a ma del senyor Rey", A. GIMENEZ SOLER, *Retrato histórico de la Reyna D.^a Maria*, in Bol. R. Acc. Buen. Letr. Barcel., I (1901), p. 81.

(42) Havendo occasione di fare cose d'impresе grande si determinò subito di lassare le miserie di Corsica: „ DELLA GROSSA, *Croniche*, cit., p. 281

(43) Tentando la vendetta del fratello, il principe Pietro d'Aragona, attraversando lo stretto, sbarcava improvvisamente nel porto di Bonifacio e ne tentava con rapida azione la occupazione: ma fu, sebbene a stento, respinto (1424): *Annali di Banhero antico Podestà di Bastia*, manoscritto inedito pubbl. dal Letteron in "Bull.", cit. 1887, p. 27.

diritto sulla Corsica, Bonifacio e Calvi comprese; successivamente, mentre si teneva sempre in contatto con Giudice d'Istria, da lui nominato Conte di Corsica, e con altri signori còrsi, tentava accordi coi Pontefici per impedire che essi assumessero direttamente il governo dell'isola (44).

Nel 1442 papa Eugenio IV dichiarava i sovrani aragonesi decaduti da ogni loro diritto sui regni di Sicilia, di Sardegna e Corsica. L'anno seguente, invocato dal Vescovo d'Aleria e da vari Caporali, prendeva possesso dell'isola a mezzo di un commissario munito di pieni poteri, il cui governo - come pur quello dei successori - doveva essere tutt'altro che pacifico. Nel 1451 invece il suo successore, Niccolò V, rinunciando all'infelice esperimento da lui stesso per qualche tempo proseguito del governo dell'isola da parte del governatore apostolico e revocata ogni concessione fatta per l'addietto ai Genovesi, rimetteva Alfonso nello *statu quo ante*. E il sovrano ne approfittava subito spedendo nell'isola in qualità di Vicerè Giacomo d'Imbisora, con uomini e mezzi. L'Imbisora doveva però piuttosto combattere, difendersi e patteggiare che governare: la Corsica appariva allora contemporaneamente posseduta dal vicerè aragonese, cui succedeva nell'ufficio il di lui proprio nipote, e dal governatore di Genova o del Banco di San Giorgio cui la Repubblica, trovandosi in cattive acque, l'aveva da poco ceduta (45).

La conquista turca di Costantinopoli, imponendo la pacificazione di tutti i potentati cristiani porta poi, per iniziativa pontificia, alla pace tra i contendenti. Navi catalane imbarcano l'Imbisora e il suo seguito (46). Così ha fine (1454) il regno aragonese di Corsica, del quale non resta ormai più che il titolo.

ANTONIO MARONGIU

(44) Su questi atti cfr., in relazione anche al tentativo del Cardinale Garampi XVIII sec.) di un "Codice Diplomatico di Corsica", P. PECCHIAI, *Vecchio schema d'un "Codice Diplomatico della Corsica"*, in "Archivio", cit., X (1934) n. 1.

(45) Cfr. intorno a questo periodo della storia dell'isola particolarmente G. P. LIMPERANI, *Istoria della Corsica*, Roma, 1780, p. 178 sgg. e A. FILIPPINI, *La historia di Corsica nella quale si narrano tutte le cose seguite da che si cominciò habitare insino all'anno 1594*, Tournon, MDXCIV, p. 136 sgg.

(46) Che si sia trattato di un atto volontario lo ricorda re Alfonso in una sua lettera al Doge genovese (1456) dicendo: "Precibus vestris demum factum est ut Calixtus Pontifex nos ad indutias seu, ut vulgo dicitur, treguam vobiscum ineundam compulerit.... Praesidium quod in terra Corsica habebam revocavi"; P. BIZARI, *Senatus populique genuensis rerum domi forisque gestarum historiae atque annales*, Antuerpiae, 1579, p. 287.

I CONTROLLI SULL'AMMINISTRAZIONE DEL PATRIMONIO ECCLESIASTICO NEL DIRITTO DELLO STATO

I. Il controllo dello Stato sugli enti patrimoniali della Chiesa come rapporto fra soggetti contrapposti, ma appartenenti a due ordinamenti diversi. Difetto nello Stato di un potere disciplinare sugli organi amministrativi della Chiesa. I principii ispiratori del controllo statale. — 2. Il potere di controllo dello Stato su tutti i corpi morali. La limitazione dell'ar. 30 del Concordato in confronto agli enti ecclesiastici. Portata e contenuto di questa limitazione. — 3. Tre direzioni ed orientamenti nel controllo amministrativo dello Stato sugli enti ecclesiastici. Contrasto dei principii ispiratori. — 4. L'interesse dello Stato per i fini proprii della Chiesa. Il controllo interno della Chiesa ed il controllo esterno dello Stato sono qualitativamente diversi. Rinvio. L'alto potere di vigilanza dello Stato. — 5. In particolare: del controllo sugli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione degli enti beneficiari. Enti congruati ed enti congruabili. Fattispecie. — 6. Ripartizione degli organi controllanti. I soggetti controllati ed i soggetti incontrollati dallo Stato. — 7. Classificazione degli istituti del controllo amministrativo in generale: controlli ordinari e straordinari; controlli sulle persone e sugli atti; controlli preventivi e repressivi; di legittimità e di opportunità. — 8. La prima fase dell'attività di controllo, la conoscenza, l'informazione: comunicazioni e notificazioni; intervento in atti; formazione d'inventari e redazione di verbali. — 9. L'autorizzazione all'acquisto. Le norme dispositive. La natura giuridica dell'autorizzazione. Limiti obiettivi dell'autorizzazione. Limiti in ordine ad altre circostanze. Effetti della mancanza dell'autorizzazione. Procedimento. Ricorsi. — 10. L'autorizzazione per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione. Le norme dispositive. Forme di esplicazione. Limiti soggettivi. Limiti oggettivi. Principii generali dell'autorizzazione a stare in giudizio: rinvio. Autorizzazione o riconoscimento dell'imposizione di pensioni? Effetti della mancanza dell'autorizzazione. Procedimento. Ricorsi. — 11. Controlli repressivi e controlli repressivi e sostitutivi insieme. — 12. L'approvazione. — 13. Il riconoscimento può essere atto di controllo? — 14. I controlli sulle fabbricerie e sulle confraternite. — 15. Il controllo della Chiesa ed il controllo dello Stato: differenze;

proposizione del tema: quale sia il rapporto fra i due controlli. — 16. L'art. 30 del Concordato. L'interpretazione del suo contenuto: rinuncia dello Stato ed abbandono alla Chiesa di una parte dei poteri di controllo. Carattere eccezionale della rinuncia, nei confronti dello Stato. Affermazione del principio di libertà della Chiesa. — 17. Il coordinamento fra il controllo dello Stato ed il controllo della Chiesa. Distinzioni e locuzioni diverse. Natura ed indole di questo coordinamento. Teorie diverse. La nostra opinione. — 18. Necessità di una legittimazione dell'attività giuridica degli organi rappresentativi delle persone morali di fronte ai terzi. Tutti gli enti ecclesiastici debbono risultare controllati. — 19. Esigenza e necessità di tale sindacato di legittimità anche da parte di ufficiali dello Stato — 20. Ma non tutti gli altri controlli della Chiesa hanno efficacia giuridica. Analisi dei singoli istituti di controllo canonico e della loro compatibilità con l'ordinamento giuridico dello Stato. Varie ipotesi: A) Non esistono istituti di controllo concorrenti; ma il solo istituto di controllo statale; B) Esistono istituti statuali di controllo, concorrenti con quelli canonici; C) Non esistono istituti statuali concorrenti, ma i soli istituti canonici. Hanno efficacia civile? Profonde divergenze di forma e di sostanza fra il controllo della Chiesa ed il controllo dello Stato. 21. — Difficoltà di creare un sistema che costruisca il rapporto fra i due controlli. Posizione di quesiti diversi. La sfera di libertà della Chiesa ed i *subditi legum*.

1. — Il controllo dello Stato, sull'attività degli organi rappresentativi degli enti patrimoniali della Chiesa, non è rapporto fra soggetto controllante e soggetto controllato appartenenti ad unico ordinamento. Si tratta invece di ordinamenti distinti, e, sugli organi degli enti ecclesiastici, lo Stato non ha mai un potere disciplinare. Questo controllo si può dire, in generale, s'ispira ai principii che dirigono, disciplinano e regolano i rapporti fra lo Stato stesso e la Chiesa.

Interessano allo Stato gli enti della Chiesa per i fini che esplicano e a cui mirano, come se quei fini fossero, in parte od in tutto, anche proprii? Allora si dirà che il controllo miri a far conseguire agli enti quei fini stessi. Non interessino allo Stato, meglio, lo Stato se ne disinteressi, sia pure che non si mostri agnostico rispetto alla religione cattolica; oppure si riconosca o si dichiari incompetente ad interpretare, valutare quei fini; o si ritenga incapace a raggiungerli o a collaborare a raggiungerli? Allora quei fini sono lontani, remoti nell'ordinamento dello Stato, e questi nulla fa direttamente per conseguirli o farli conseguire; seppure talora possa anche predisporre condizioni esteriori favorevoli al loro raggiungimento.

Riconoscere se i fini religiosi siano o rientrino fra quelli proprii dello Stato o non vi rientrino, è rilevante per stabilire quale sia la

natura giuridica del rapporto generato dal controllo. Giacchè il controllo, propriamente detto, è quello che tenda a far raggiungere agli enti controllati i fini loro proprii, come se fossero fini anche della compagine statale, e quindi interessino, per questa coincidenza, anche lo Stato. Se invece il controllo prescinda dai fini proprii degli enti controllati, e tenda solo a preservare lo Stato da pericoli che minaccino la sua compagine per il prevalere, in qualsiasi modo o per qualunque direzione, di quelli; oppure miri a custodire e preservare lo Stato da nuovi aggravii finanziari derivanti dall'obbligo legale da esso assunto di sopperire alla deficienza dei redditi beneficiari, in ispecie parrocchiali, allora non è controllo amministrativo, nel suo senso proprio e tecnico, ma piuttosto frazione o, meglio, sottospecie di quel controllo.

Ma tutta questa materia dei controlli statuali, dopo il Concordato, è un pò sorda ed aspra ad essere sciverata e sistemata. Ci si vorrà quindi perdonare se, per caso, la trattazione non raggiunga intero il suo scopo della più cristallina chiarezza e delle conclusioni del tutto positive. Forse il nostro è soltanto, per ora, un tentativo.

2. — Lo Stato esercita il controllo su tutti i corpi morali esistenti nel proprio territorio. Ma questo è un principio generalissimo che avrebbe bisogno di ulteriori determinazioni. Comunque lo Stato potrebbe esercitare sugli enti ecclesiastici patrimoniali qualunque controllo che esso volesse. Ed infatti lo ha esercitato in passato, amplissimo, così da disconoscere che potessero esistere organi della Chiesa che lo esercitassero analogamente, paralizzando quasi ovunque, almeno di fatto, gli organi proprii di lei.

Ma l'art. 30 del Concordato afferma che: "la gestione ordinaria e straordinaria dei beni appartenenti a qualsiasi istituto ecclesiastico od associazione religiosa, ha luogo sotto la vigilanza ed il controllo delle competenti autorità della Chiesa,.". Questo articolo, nonostante la sua larga dizione, ha subito, nelle leggi esecutive del Concordato, notevoli limitazioni. Cioè le facoltà di vigilanza e di controllo abbandonate alla Chiesa non sono praticamente poi così ampie, come potrebbe a prima vista sembrare.

Intanto l'attributo "qualsiasi,," è pleonastico, almeno tale si è rivelato in seguito. Da questi qualsiasi istituti sono stati eccettuati le confraternite (per le quali al comma lett. c) dell'art. 29 si dice che dipendono dall'autorità ecclesiastica, per quanto riguarda il fun-

zionamento e l'amministrazione; e, con la parola amministrazione, si è voluto intendere soltanto amministrazione ordinaria e non anche amministrazione straordinaria; e allora per le confraternite stesse si è dettata la disciplina dell'art. 17 della legge n. 848 e art. 52 e segg. del regolamento n. 2262); e sono state sottratte le fabbricerie (per queste si volle adottare un'interpretazione estensiva del comma secondo lett. a) dell'art. 29 del concordato e le si vollero escludere, come del resto anche le confraternite, dalla dizione "istituti ecclesiastici", dell'art. 30 del Concordato - il quale, essendo eccezionale, doveva essere interpretato restrittivamente -, per sottoporle al controllo dello Stato con gli artt. 15-16 legge n. 848 e gli art. 33 e segg. del regolamento n. 2262, non come enti ecclesiastici in senso stretto, bensì come enti ecclesiastici laicali); e, per il comma terzo dello stesso art. 30 del Concordato, sono stati sottratti i benefizi congruati; infine, mediante interpretazione governativa, anche i benefizi congruabili.

Ma qual'è la portata ed il contenuto dunque di questo articolo? Lo Stato apporta una limitazione ai proprii diritti, al proprio potere di controllo, abbandonando alla Chiesa il controllo stesso laddove non lo riservi a sè. Ed infatti lo riserva soltanto per determinate categorie d'interessi o di enti. È necessario compiere quindi la revisione dei principii ispiratori delle nuove norme e delle conseguenze che ne derivano sul modo di concepire la natura e l'indole di questo controllo residuale che lo Stato a sè riserva. Giacchè è necessario stabilire se, sia pure mutilato e ridotto, sia sempre il vecchio controllo che lo Stato conservi, od invece, mutando i criteri ispiratori, i nuovi e diversi controlli si orientino ciascuno verso finalità non così prima qualificate.

3. — Tre sono i tipi di controllo particolare, tre le direzioni, gli orientamenti di vigilanza che lo Stato si è riservato sull'amministrazione del patrimonio ecclesiastico. Essi controlli si esercitano secondo finalità diverse.

In una prima direzione, lo Stato si volge a vigilare sul possibile depauperamento degli enti beneficiari, in ispecie di quelli parrocchiali, più numerosi, per impedire un più rilevante onere delle proprie finanze: sono, questi, gli enti congruati o congruabili. Negli obiettivi dello Stato non v'è quello generale della conservazione del patrimonio ecclesiastico, a prescindere dal proprio interesse finanziario. Infatti lo Stato potrebbe largamente consentire, in ipotesi,

vendite di beni ecclesiastici per miglioramenti di fondi rustici, o costruzioni di case coloniche, senza che, come si vedrà in appresso, queste alienazioni, pur diminuendo la sostanza del patrimonio redditizio, almeno nominalmente, potessero apportare nuovi e più gravi oneri sulle sue finanze; limitare al contrario quelle altre alienazioni che questo novello aggravio adducessero.

Anche la Chiesa ordina, nella sua propria legge, che gli amministratori dei beni beneficiari si provvedano dell'autorizzazione governativa per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione. Dall'obbligo così imposto, potrebbe scaturire l'espansione del principio del controllo statale dal fine particolare ad un fine più generale? L'autorizzazione preventiva per gli atti eccedenti servirebbe così ad un tempo ai fini particolari dello Stato ed ai fini generali della Chiesa? Ma questa coincidenza si ha invece soltanto riguardo agli enti beneficiari, non riguardo a tutti gli altri. Allora non si verifica questa espansione. La Chiesa al contrario ottempera alla norma assunta nel Concordato, per consentire, a favore dello Stato, l'esercizio di quel controllo che lo Stato stesso reclama in relazione alla limitazione dei proprii oneri finanziari. Non dunque, ci pare, l'intervento dell'autorità dello Stato, per mezzo dell'autorizzazione a compiere gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, mira ad accertare che i benefizi e le chiese provvedano legalmente ed opportunamente in modo da conservare nel miglior modo il loro patrimonio e non si impegnino in liti manifestamente infondate ed inopportune. Lo scopo finale del controllo, e quello diretto, è sempre di garantire il peso finanziario dello Stato.

In una seconda direzione lo Stato è volto a vigilare, col mezzo dell'autorizzazione preventiva, sull'incremento della consistenza del patrimonio ecclesiastico. Gli elementi di questo intervento erano dati prima: 1°) di fronte a tutti i corpi morali in generale: a) dalla preoccupazione economica della manomorta, dalla preoccupazione del concentramento della proprietà fondiaria presso gli enti morali, concentramento più o meno pericoloso a seconda delle condizioni sociali, dei criteri politici dei varii tempi, dei caratteri della persona giuridica: b) rispetto agli acquisti, a titolo gratuito, dallo scopo di evitare che l'impulso delle liberalità verso enti morali faccia dimenticare i vincoli del sangue e trascurare, oltre ogni misura, gli interessi della propria famiglia; c) ma questi due scopi e particolarmente il secondo, attraverso lo svolgimento storico dell'autorizzazione,

sarebbero rimasti soverchiati e assorbiti dal più ampio scopo di portare un pieno riesame sulla opportunità degli acquisti, ed, in questa sede, crediamo, forse, anche farne un esame di opportunità dal punto di vista della specialità dei fini che ogni ente singolarmente si proponga; 2°) in particolare di fronte agli enti ecclesiastici: d) dall'idea che il potere politico della Chiesa sia strettamente connesso con la sua ricchezza; e) dal concetto, scaturito dai principii dell'89, che i beni ecclesiastici siano beni nazionali; f) che la coscienza dei fedeli non resti turbata da questo intervento statale. Tale controllo pertanto si esercita sopra tutti gli enti ecclesiastici, senza distinzioni; ma non saremo persuasi ora, dopo il Concordato, che tutti questi vecchi elementi, ed in ispecie quelli segnati alla lett. d) e) f) rimangano intatti nelle nuove relazioni fra lo Stato e la Chiesa. Ad ogni modo è, questo, il controllo statale più largo in senso estensivo.

In una terza direzione, lo Stato si volge a controllare alcuni enti di asserita istituzione laicale, come le fabbricerie e le confraternite. E questo controllo, di cui si parlerà in appresso, è il più profondo in intensità di ogni altro. Neppure il controllo sugli enti congruati e congruabili perviene alle estreme conseguenze del controllo sostitutivo ed ispettivo, quale si ha sulle fabbricerie e sulle confraternite.

Non invece ci pare rientri, nella funzione di controllo dello Stato, il potere di riconoscimento degli enti morali. In istretto senso questa funzione non rientra nella serie dei controlli; perchè si tratta dei controlli disposti sopra una concreta attività delle persone esistenti; non invece di controllo sulla loro nascita. La nascita, agli effetti giuridici, di una nuova persona, dipende o da un fatto naturale, come la nascita della persona fisica, al quale fatto naturale la legge attribuisce conseguenze giuridiche; oppure da un fatto sociale, come nella persona giuridica, a cui la legge stessa conferisca, sotto particolari forme, pure effetti giuridici. In ogni caso, lo Stato, in entrambe queste sue operazioni, che sono entrambi legislative e non amministrative, non controlla nulla all'esterno, ma controlla se stesso e la propria volontà, se voglia cioè questa sua propria volontà riconoscere quei particolari effetti giuridici che dalla nascita della persona si verificano.

Per questo, dei quattro controlli, in senso lato, dei "quattro istituti fondamentali di alto controllo dello Stato...", secondo l'es-

pressione del Ministro Rocco, soltanto tre sono qui presi in considerazione, mentre il riconoscimento delle personalità delle persone morali forma un capitolo a sè, non solo nella trattazione del diritto patrimoniale della Chiesa, ma anche nel diritto pubblico dello Stato.

V'è dunque un controllo di carattere generale, quello stabilito sugli acquisti, il quale è comune a tutti i corpi morali, laici od ecclesiastici; e vi sono due interventi particolari che si biforcano per fini diversi, ciascuno seguendo la propria via. Le finalità che valgono per il primo gruppo, non valgono per gli altri e viceversa. I principii si escludono reciprocamente. Questo spiega le divergenze che si riscontrano nelle direzioni del diritto statale, per cui, ripetiamo, soltanto rispetto agli acquisti, tutti gli enti ecclesiastici sono controllati, mentre rispetto agli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, sono controllati soltanto gli enti beneficiari. Anzi potrebbe sembrare che il controllo sull'incremento della manomorta e quello contro il depauperamento, operino in senso inverso, in senso statico, così da vedere rispettato lo *statu quo*. Tuttavia ciò non è, perchè ci sono nuovi enti che possono acquistare oggi, mentre non lo potevano prima: le religioni. Neppure lo è, perchè mentre lo Stato vedrebbe molto di buon occhio l'incremento della sostanza degli enti beneficiari, che sono congruati e potrebbero cessare dall'esserlo, forse non altrettanto di buon occhio vedrebbe l'incremento eccessivo del patrimonio delle religioni.

4. — Resta a sapersi se lo Stato, pur abbandonando alla Chiesa ed agli organi di lei l'esercizio del controllo, salvo le accennate riserve, abbia interesse a che gli enti ecclesiastici siano controllati, in modo diretto o indiretto, negli atti della loro vita economica, così da assicurare, coi mezzi temporali, il raggiungimento dei fini spirituali. D'altra parte ancora resterebbe a sapersi se la Chiesa abbia interesse di fare a meno talora o sempre della forza e delle cautele conservative dello Stato, in queste materie.

Ma tanto più peraltro dovrebbe ritenersi limitato l'orizzonte delle finalità che si propone lo Stato nell'esercizio del riservato controllo, quando si ammetta, non solo, com'è, che lo Stato medesimo abbia abbandonato alla Chiesa il controllo su alcuni enti e che il raggiungimento degli scopi propri di questi enti sia lasciato pienamente alle facoltà di lei; ma inoltre che questo controllo degli organi della Chiesa non possa conseguire efficacia giuridica nello

Stato (vedremo in seguito con quali riserve). Si avrebbe un ordine chiuso, quello della Chiesa, nella quale i capi vigilano e controllano i sudditi, persone fisiche od enti, senza ingerenze od interventi di organi esterni. Cosicchè lo Stato astrattamente ed in generale non si occupi dei fini proprii interiori dei singoli ecclesiastici e lasci che questi oltre che determinati, siano altresì dalla Chiesa stessa controllati e difesi. Soltanto se lo Stato espliciti, sì, un controllo, questo sia diretto a fini proprii che non sono comuni con quelli della Chiesa. In tal caso, mentre il controllo esercitato dalla Chiesa può chiamarsi tutela, nel senso tradizionale di protezione degli interessi e dei diritti soggettivi dell'ente; pel controllo esercitato dallo Stato non sarebbe idonea ed appropriata una tale parola, nè tanto meno legittima l'assimilazione tra la tutela del diritto civile ed il controllo amministrativo di diritto pubblico.

I controlli esercitati dalla Chiesa e dallo Stato avrebbero quindi fini diversi e sarebbero qualitativamente diversi. Ma questa diversità qualitativa non produrrebbe tante differenziazioni nelle forme del controllo, quante invece ne produrrebbe nel contenuto dei provvedimenti. Esteriormente e nelle manifestazioni di esercizio i due controlli sarebbero talvolta apparentemente uguali, invece i principii ispiratori sono sostanzialmente diversi.

Il rapporto però o l'interdipendenza del controllo della Chiesa e di quello dello Stato non può essere posto e risolto subito qui. Occorre prima esaurire la materia dell'uno e dell'altro controllo per darsene la risoluzione definitiva, o il tentativo di questa definizione (sui controlli amministrativi nel diritto canonico, vedasi il nostro scritto nella rivista " *Il Diritto ecclesiastico*, 1935, p. 1 ss.).

Ad ogni modo non è possibile negare che, anche all'infuori e al di sopra del campo patrimoniale, lo Stato abbia la vigilanza su tutta la vita della Chiesa; ma questa suprema vigilanza, ai fini proprii, statuali, è generica e politica, a confini non precisabili a priori, i quali debbono piuttosto essere lasciati alla discrezione, alla delimitazione contingente dell'autorità di governo.

Il primo comma dell'art. 30 del Concordato è stato interpretato nel regolamento n. 2262, come non privante lo Stato del suo generico ed alto potere di vigilanza. "Spetta - dice questo articolo 60 del regolamento - agli Uffici per gli Affari di Culto di assicurarsi che tutte le istituzioni di culto, comprese nella circoscrizione territoriale delle rispettive Prefetture, esercitino la loro attività conformemente

alle leggi ed ai regolamenti. Quando vengano a conoscenza di irregolarità in proposito, ne riferiscono prontamente al Ministro dell'Interno e possono adottarsi i provvedimenti conservativi consentiti dalle leggi „.

Secondo le norme generali del diritto pubblico, questo generico potere di vigilanza è attribuito proprio dello Stato. La vigilanza generica è una conseguenza del riconoscimento giuridico in base al quale lo Stato assume la protezione giuridica dell'ente. Non si potrebbe peraltro asserire che lo Stato vegli direttamente pure affinché i fini dell'ente vengano raggiunti, perchè questo interessamento va escluso nello Stato, come oggetto di una sua immediata attività.

Qualcuno potrebbe peraltro osservare che la norma dell'art. 60 contraddica e distrugga *bruscamente e in gran parte* il principio affermato nell'art. 30 del Concordato; che almeno nello stesso articolo 60 si sarebbero dovuti distinguere gli istituti sui quali non può avere luogo alcuna ingerenza dello Stato, da quelli sui quali esso Stato continui ad esercitare la sua ingerenza.

Ma è dato rispondere che il generico potere di vigilanza dello Stato è assunto da un punto di vista più alto ed esso sia comprensivo di un controllo all'infuori del campo patrimoniale; che si estenda a tutti gli istituti ecclesiastici, senza distinzione di sorta, tra enti controllati ed enti non controllati. Tuttavia, essendo incerti e vaghi i confini di questo potere di controllo e di vigilanza, come abbiamo detto, l'applicazione, nella prassi amministrativa, ne potrà dettare il regime, secondo le contingenze politiche. Così l'Amministrazione potrebbe dichiarare di volere limitare questa alta vigilanza, che si svolge anche sopra gli enti non beneficiari, soltanto a quelli che esplicano un'influenza religiosa e morale sul popolo, così, per esempio, sui seminari, e non perchè seminari, ma perchè possessori ed amministratori essi di una chiesa ufficiata ed aperta al culto. Questo è uno fra gli esempi diversi.

5. — Se il controllo dello Stato sugli acquisti apparisce generale e normale; quello sugli atti di straordinaria amministrazione, od in occasione di vacanza o di cattiva gestione, apparisce particolare ed eccezionale. Ed è interpretazione estensiva quella della Circolare del Governo 15 luglio 1929 sull'art. 30 del Concordato terzo comma (cui non pare contraddire l'autorità ecclesiastica; cfr. art. 42 §2 della circolare 20 giugno 1929 e 30 giugno 1934

art. 10; cfr. anche gli artt. 12-14 della legge 27 maggio 1929 n. 848) che così si può esprimere: "Lo Stato interviene nella gestione patrimoniale di tutti i benefici appartenenti alle categorie per cui si dà obbligo legale dello Stato di supplire le eventuali deficienze di redditi „.

Lo Jemolo ritiene che sembra parimenti sostenibile un'altra interpretazione, cioè: "Lo Stato interviene nella gestione patrimoniale di quei singoli benefici per cui supplisce in fatto la verificatasi deficienza di redditi". Ma solo la prima è stata accolta dal Governo. Neppure un ricorso alla *ratio legis* fornirebbe - continua lo Jemolo - un criterio decisivo di scelta tra le due interpretazioni. A favore della tesi, che è prevalsa, si può osservare che è giusto lo Stato s'interessi della vita patrimoniale di tutti quegli enti che oggi non hanno integrata dal suo tesoro una deficienza di redditi, ma che l'avrebbero domani ove il loro patrimonio fosse male amministrato, sì da non dare più un reddito superiore al minimo legale; è ovvio l'interesse dello Stato ad impedire una cattiva amministrazione ed un depauperamento di cui esso farebbe le spese. A favore dell'interpretazione opposta, si può osservare che, una volta stabilita la regola della non ingerenza dello Stato, non può essere sufficiente una semplice eventualità per derogarvi; che si danno benefici parrocchiali e mense vescovili ricchi, per cui è sommamente improbabile lo Stato debba mai intervenire a supplire la deficienza dei redditi; che alla base del regime concordatario c'è una reciproca fiducia, che implica anche fiducia dello Stato nella capacità ad amministrare dei preposti ad enti ecclesiastici, e nella capacità di sorveglianza dei superiori ecclesiastici: sicchè per tutte queste ragioni sarebbe senza una reale giustificazione un intervento dello Stato nell'amministrazione di enti che nulla ricevono da esso, per il semplice fatto della loro appartenenza al novero degli "enti congruabili„. Devesi però soggiungere che non avendo l'autorità ecclesiastica opposto alcuna eccezione alla interpretazione data dal Governo, la questione non ha pratica importanza. Sin qui lo Jemolo.

A queste osservazioni, pro e contro l'interpretazione del Governo, altre ne aggiungiamo, nel senso di attenuare ancor di più l'interesse che può annettere la Stato al controllo sugli enti congruabili o già congruati.

Lo Stato, si dice, ha interesse di controllare la gestione dei benefici congruati, perchè il loro depauperamento potrebbe portargli

un aggravio. Questo non è sempre vero. Infatti l'art. 77 della legge sulle congrue r. d. 29 gennaio 1931 n. 227 prescrive che non possa essere modificata la liquidazione definitiva di congrua per diminuzione del reddito beneficiario, dipendente da alienazione di cespiti per miglioramento di immobili del beneficio, compresa la casa canonica e l'episcopio. Le alienazioni a questo scopo di miglioramento sono quasi sempre quelle e soltanto quelle che vengono di fatto compiute. Quindi non si darà, per questa causa, mai motivo di revisione della liquidazione. Il controllo apparirebbe in questi casi superfluo.

Ancora lo Stato, si dice, ha interesse di controllare i benefizi congruabili, perchè il loro depauperamento potrebbe portare un aggravio finanziario per nuovo titolo. Anche questo non è sempre vero.

Ci sono dei benefizi parrocchiali i quali portano fin dall'origine e dalla loro fondazione la rinuncia al diritto di conseguire la congrua o aumenti di congrua. Si sa che all'atto della fondazione di un nuovo beneficio parrocchiale, sulla domanda del vescovo per il riconoscimento civile della relativa bolla di erezione, il Governo esige, per comune prassi, che la dotazione rappresenti almeno i due terzi dell'importo della congrua, in qualche caso, provvedendo all'altro terzo mediante l'assegnazione di un corrispondente supplemento di congrua. Allora viene stabilito negli atti di fondazione appunto la rinuncia a conseguire un eventuale aumento del supplemento stesso.

Un altro caso potrebbe essere quello in cui un parroco ceda ad altra parrocchia un proprio cespite prebendale, venendogli così a diminuire la rendita; d'altro lato si accrescano le rendite dell'altra parrocchia che riceve quel cespite; entrambi gli enti sono già congruati; ed entrambi, negli atti modificativi delle rispettive dotazioni, si obbligano, attraverso i rispettivi organi, assistiti dagli Ordinari, a non chiedere revisioni delle loro rispettive congrue.

Ora, come in questi atti di dotazioni o di modificazione di dotazioni, si contiene tale rinuncia, non potrebbe un titolare qualsiasi di beneficio rinunciare a qualsiasi diritto a congrua il quale potesse verificarsi in futuro? Si dice che il titolare attuale di un beneficio non possa che impegnare se stesso e non la volontà o l'iniziativa dei suoi successori indefiniti. Sta bene. Ma come l'Ordinario diocesano ha poteri di erezione di benefizi, i quali siano riconosciuti con effetti civili, parimenti esso ha poteri di modificazione dei benefizi già esistenti. Onde pare che la dichiarazione dell'Ordinario,

che faccia rinuncia a qualsiasi diritto di congrua futura, apporti una modificazione strutturale dell'ente che potrebbe pensarsi bastevole a sottrarre il beneficio al controllo dello Stato. Le situazioni pertanto sarebbero singolari e ci sarebbero, pur osservando l'interpretazione governativa, benefici non congruati soggetti o non soggetti al controllo statale.

D'altronde quali sarebbero le sanzioni cui incorrerebbero i benefici i quali, profittando dell'eventuale difetto di vigilanza dello Stato, non sottoponessero i loro atti eccedenti l'ordinaria amministrazione al controllo statale, salvo, nel solo interesse degli enti, la conseguenza delle nullità od annullabilità degli atti? La perdita del diritto a conseguire la congrua? O quale rimedio contro l'alienazione di fatto? La questione si presta a delle domande ulteriori, e cioè: se questa fosse la sanzione, potrebbe l'omissione dell'assoggettamento al controllo statale, essere non soltanto colposa, ma intenzionale e voluta di proposito? Si potrebbe parlare allora di diritto ad assegno di congrua che resti condizionato al controllo? Come vedesi, il problema non appare di facile risoluzione. E non pare che il problema stesso sia di scarsa importanza pratica, in quanto l'autorità ecclesiastica non abbia opposto eccezioni all'esercizio da parte dello Stato di quel controllo. Giacchè la circolare della Congregazione del Concilio del 20 giugno 1929 non poteva risolvere tutti i casi particolari, ed i casi possono essere singolari e diversi, come siamo appunto venuti significando.

6. — I soggetti del controllo statale sull'amministrazione del patrimonio ecclesiastico, sono: a) organi locali o decentrati: le prefetture ed i prefetti; b) organi centrali: il ministero, il ministro e il sottosegretario all'Interno, i due direttori generali dei Culti e del Fondo per il Culto; c) organi consultivi: il Consiglio dei Ministri (art. 20 regolamento n. 2262) e il Consiglio di Stato (art. 9 secondo comma legge n. 848 e art. 19 regolamento n. 2262).

Vi sono poi dei soggetti controllati; ma vi sono anche dei soggetti incontrollati e ciò diversamente che nel diritto canonico, dove tutti gli enti sono controllati. Non vi sono invece soggetti che restino incontrollati riguardo agli acquisti.

Sono soggetti incontrollati riguardo agli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione: 1) gli enti centrali della Chiesa, indicati nell'Anuario Pontificio (art. 11 del Trattato); 2) le basiliche della Santa

Casa di Loreto, di San Francesco in Assisi, di Sant'Antonio di Padova con gli edifizii ed opere annesse (art. 27 del Concordato: "eccettuate le opere di carattere meramente laico, le altre saranno cedute alla Santa Sede e la loro amministrazione spetterà liberamente alla medesima „); 3) altri enti gestiti dalla Santa Sede in Italia, di qualsiasi natura (art. 27 del Concordato: "saranno parimenti liberi da ogni ingerenza dello Stato); 4) i collegi di missioni (art. 27 del Concordato); 5) gli istituti ecclesiastici qualsiasi, secondo la dizione dell'art. 30 del Concordato primo comma; ma la locuzione è stata, nelle successive leggi e regolamenti, interpretata, come si è detto, in senso ristretto e cioè come non comprensiva degli istituti aventi carattere laicale, tali le fabbricerie e le confraternite, ed esclusi altresì i benefizi congruati e congruabili; cosicchè vi rientrerebbero soltanto i seminari, le prelature senza giurisdizione, i Santuari, le chiese in generale non beneficiarie, ecc.; 6) le associazioni religiose (art. 30 del Concordato); 7) le mense vescovili della diocesi di Roma e suburbicarie, i capitoli e le parrocchie di Roma e delle dette diocesi (art. 30 del Concordato, ultimo comma, e art. 12 legge 27 maggio 1929, n. 848).

7. — Con rinvio ai concetti generali, che qui non è opportuno ripetere, tentiamo una classificazione dei controlli statuali.

a) Anche per gli organi controllanti dello Stato esistono delle forme di *controllo ordinario* e delle forme di *controllo straordinario*. Sono forme di controllo ordinario quelle che si esplicano mediante comunicazioni, avvisi, notificazioni di nomine, di acquisti, assistenza o partecipazioni in atti, redazione e comunicazione d'inventarii, redazione di verbali di consegna e di riconsegna di beni, controllo di merito sui conti (bilanci e rendiconti), autorizzazioni agli acquisti, ed agli atti di straordinaria amministrazione, approvazioni.

Sono invece controlli straordinari quelli che si compiono mediante la nomina di coadiutori o di diversi amministratori o provvisori rappresentanti in caso di rifiuto o di trascuranza, il sequestro, provvedimenti conservativi, altre forme di controllo ispettivo e di controllo repressivo e repressivo - sostitutivo.

b) *Controlli sulle persone e sugli atti*. Potrebbe sembrare che lo Stato non avesse controlli sulle persone, perchè le persone fisiche che siano organi di enti ecclesiastici sono indipendenti dalla sua subordinazione gerarchica. Ed infatti lo Stato non ha poteri di no-

mina, di sospensione, di revoca degli amministratori, e neppure poteri disciplinari sopra di essi, che importino applicazioni di pene.

Tuttavia rientra, in questa categoria di controlli, l'obbligo, che è imposto, della comunicazione delle nomine dei vescovi e degli altri ecclesiastici (anche religiosi). Queste comunicazioni rappresentano soltanto un mezzo del quale lo Stato si serve, in caso di necessità, per provocare dall'autorità ecclesiastica i provvedimenti opportuni.

Lo Stato esplica poi dei controlli sugli atti, come l'autorizzazione, l'approvazione, di cui si parlerà in appresso.

c) *Controlli preventivi e repressivi.* Lo Stato esercita controlli preventivi, come l'autorizzazione, l'approvazione; controlli repressivi, come la sostituzione di un coadiutore, il sequestro.

d) *Controlli di legittimità e controlli di opportunità.* Nei testi che riguardano le fabbricerie e le confraternite, si parla e si distingue esplicitamente la vigilanza dalla tutela. Nell'art. 30 del Concordato invece si distingue l'amministrazione ordinaria dall'amministrazione straordinaria, a cui pare si faccia corrispondere rispettivamente la vigilanza e il controllo: è la norma nella quale si dichiara che entrambi questi poteri spettano alla Chiesa, salvo alcune riserve. Il riferimento alla tutela, nei testi, è esplicito e chiaro nella legge 27 maggio 1929 n. 848, e nel regolamento 2 dicembre 1929 n. 2262. Di vigilanza da parte dello Stato non si parla espressamente negli stessi testi. Soltanto nell'art. 60 del regolamento n. 2262, se ne chiarisce il contenuto. Noi evitiamo la parola tutela, per la ragione detta, e per preoccupazioni di carattere dottrinario e dogmatico. Però crediamo che il controllo di legittimità corrisponda alla "vigilanza,, del testo, mentre la "tutela,, corrisponda al controllo di opportunità e di merito.

8. — Lo Stato reclama il diritto di essere informato mediante:

a) *Comunicazione delle vacanze.*

La vacanza, per qualsiasi causa, di un beneficio ecclesiastico è dall'Ordinario Diocesano comunicata, entro otto giorni, all'Ufficio per gli affari di culto. Uguale notizia al medesimo Ufficio deve dare il podestà del comune in cui ha sede il beneficio, non appena venga a conoscenza della vacanza. Tale notizia ha per iscopo che l'Ufficio per gli affari di culto (presso le prefetture) prenda subito gli accordi necessari con l'Autorità ecclesiastica per assistere alle operazioni di

consegna dei beni beneficiarii (art. 31 regolamento 2 dicembre 1929 n. 2262).

b) *Avviso di donazioni, eredità, legati.*

I notari ed altri pubblici ufficiali che abbiano notizia di alcuna delle disposizioni contemplate nell'art. 9 legge 27 maggio 1929 n. 848 a favore di istituti ecclesiastici o di enti di culto di qualsiasi natura (donazioni, eredità, legati), ed i procuratori del Registro, ai quali sia fatta denuncia di atti contenenti qualche liberalità a favore degli enti medesimi, devono, entro trenta giorni dalla seguita apertura e pubblicazione del testamento o dall'avvenuta denuncia, darne avviso al rappresentante dell'ente, o, se questi ancora non esiste legalmente, all'Ufficio per gli affari di culto e all'Ordinario diocesano. Questa disposizione si trova in relazione a quella generale che sottopone tutti gli enti ecclesiastici all'autorizzazione per l'acquisto (art. 21 regolamento citato).

c) *Notificazione degli acquisti per i quali non occorra l'autorizzazione.*

Non è necessaria l'autorizzazione per l'acquisto dei beni di un debitore, fatto dall'ente in seguito ad aggiudicazione e subasta. Tuttavia il seguito acquisto deve, a cura di chi rappresenta l'ente, essere notificato entro il termine di un mese all'Ufficio per gli affari di culto (art. 22 regolamento citato).

d) *Notificazione della nomina dei vescovi.*

Prima di procedere alla nomina di un arcivescovo o di un vescovo diocesano o di un coadiutore *cum iure successionis*, la Santa Sede comunicherà il nome della persona prescelta al Governo Italiano per assicurarsi che il medesimo non abbia ragioni di carattere politico da sollevare contro la nomina (art. 19 del Concordato e art. 1°, legge 27-5-29 n. 848). Le obbiezioni che il governo può sollevare possono essere solamente d'indole politica. Una volta seguita la nomina, lo Stato non possiede più, a termini del Concordato, alcun diritto a proporre misure contro il vescovo, a chiedere ad esempio il suo trasferimento ad altra sede. Beninteso lo Stato, ove abbia ragione di dolersi dell'atteggiamento politico del Vescovo, potrà rivolgere alla S. Sede una richiesta siffatta; ma non avrà diritto ad ottenere che essa sia accolta, nè presa in particolare considerazione (Jemolo). Potrebbe sembrare che da questa vigilanza politica esuli qualunque controllo di carattere patrimoniale; ma questo noi non crediamo. Il Vescovo ha un largo potere patrimoniale sulla sua

diocesi e il suo indirizzo amministrativo potrebbe assumere anche rilevanze politiche. In questo caso analoga richiesta potrebbe rivolgersi alla S. Sede il Governo.

e) *Comunicazione della nomina degli investiti dei benefici parrocchiali, e degli amministratori dei benefici vacanti.*

Le nomine degli investiti dei benefici parrocchiali sono dalla autorità ecclesiastica competente comunicate al Governo Italiano e non possono avere corso prima che siano passati trenta giorni dalla comunicazione. In questo termine, il Governo Italiano, ove gravi ragioni si oppongono alla nomina, può manifestarle riservatamente all'autorità ecclesiastica, la quale, permanendo il dissenso, deferirà il caso alla S. Sede. Sopraggiungendo gravi ragioni che rendano dannosa la permanenza di un ecclesiastico in un determinato Ufficio parrocchiale, il Governo Italiano comunicherà tali ragioni all'Ordinario, che d'accordo col Governo prenderà entro tre mesi le misure appropriate. In caso di divergenza fra l'Ordinario ed il Governo, la S. Sede affiderà la soluzione della questione a due ecclesiastici di sua scelta, i quali d'accordo con due delegati del Governo Italiano prenderanno una decisione definitiva (art. 21 del Concordato; art. 2 della legge 27 maggio 1929 n. 848).

Lo Stato non ha più alcun diritto di iniziativa nella nomina dei parroci. Ma mentre per i vescovi il Governo non può sollevare obiezioni che non siano d'ordine politico, allorchè si tratta della nomina di parroci sono ammesse obiezioni per *gravi ragioni* di qualsiasi genere; ed anzi l'art. 2 della legge 27 maggio 1929 n. 848 chiarisce che le gravi ragioni possono essere "anche soltanto relative all'esercizio del ministero pastorale in una determinata residenza,,. Parimenti, mentre, come si è detto, per i vescovi lo Stato non può chiedere la loro rimozione ed il loro trasferimento, per i parroci dispone lo stesso art. 21 che questo provvedimento potrebbe anche essere richiesto dal Governo. Crediamo che tra le gravi ragioni potrebbe comprendersene taluna anche di carattere patrimoniale.

f) *E ci sono delle norme che riguardano indistintamente vescovi e parroci.*

Cesì l'art. 22 del Concordato stabilisce che non possono essere investiti di benefizi esistenti in Italia ecclesiastici che non siano cittadini italiani.

Lo Stato vuole conoscere i funzionarii ecclesiastici. L'art. 26 del Concordato impone che la nomina degli investiti dei benefizi

maggiori o minori e di chi rappresenta temporaneamente la sede e il benefico vacante ha effetto dalla data della provvista ecclesiastica, che sarà ufficialmente partecipata al Governo.

Lo Stato ha bisogno, per esercitare la sua vigilanza, di conoscere i titolari degli enti, quali amministratori; li vuol conoscere bensì anche come semplici titolari di un ufficio il quale compia una funzione spirituale ed espliciti una influenza morale; ma questo lato a noi qui non interessa.

Lo Stato si riserva quindi un potere di controllo, attraverso le persone dei funzionari ecclesiastici, sulla vita patrimoniale della Chiesa. Esso continua, come nel precedente diritto ecclesiastico, a prendere in particolare considerazione tra gli ecclesiastici i titolari dei benefici, per le stesse ragioni per cui li prendeva in considerazione prima (Jemolo).

La posizione degli ecclesiastici di fronte allo Stato è profondamente diversa, libera da controlli e da sanzioni o soggetta a questi, secondo che essi siano o meno titolari o rappresentanti di benefici. Per i titolari di benefici stabilisce dati requisiti e vuole essere informato delle loro persone. Si tratta degli organi più rilevanti per il diritto statale, cioè degli organi principali della gerarchia, che danno vita, per la più gran parte a persone giuridiche, organi a cui la legislazione statale espressamente riconosce ad effetti civili i poteri accordati loro dal diritto della Chiesa; a cui dà garanzie economiche, e correlativamente a queste si riserva poteri di controllo sull'amministrazione delle persone giuridiche cui il loro ufficio dà vita (Jemolo).

Anche le persone le quali rappresentano giuridicamente e di fatto gli ordini e le congregazioni, le province e le case religiose, di nuovo riconoscimento, debbono documentare la loro cittadinanza italiana e il loro domicilio nel regno, e pure ogni mutamento delle persone di questi rappresentanti deve essere comunicato al Ministero (art. 8 e 9 regolamento n. 2262).

g) *Assistenza del Governo in occasione della vacanza e redazione d'inventario e di verbale.*

In caso di vacanza, la consegna dei beni sarà fatta con la presenza di un rappresentante del Governo, redigendosi analogo verbale. Non sono soggetti a questo inventario le mense vescovili delle diocesi suburbicarie ed i patrimoni dei capitoli delle parrocchie di Roma e delle dette diocesi (art. 30, 3° e 4° comma del Concordato; art. 31, 32 e 62 del regolamento 2 dicembre 1929 n. 2262).

Per questa presa di possesso della temporalità deve compilarsi un regolare processo verbale, dal quale risultino il particolareggiato elenco dei beni e lo stato, accertato, ove occorra, anche con perizia, in cui essi si trovino, nonchè l'elenco degli arredi sacri, delle suppellettili e delle scritture. Questo processo verbale è redatto in triplice esemplare, uno dei quali è conservato presso l'Ufficio degli affari di culto.

Questa norma è, nell'art. 30 del Concordato, messa in relazione con il controllo dei benefizi congruati e congruabili.

h) *Redazioni d'inventarii e di verbali per prese di possesso e riconsegne di benefizi sottoposti a sequestro.*

Analoghe disposizioni sono stabilite in questi casi (art. 66 e 74 del regolamento 2 dicembre 1929 n. 2262); vedasi anche art. 12 regolamento n. 2262: verbale inventario di consegna di chiese appartenenti ad enti soppressi, nuovamente riconosciute con personalità giuridica.

i) *Redazione di un inventario generale e completo di tutto il patrimonio ecclesiastico esistente nel territorio dello Stato.*

L'art. 22 della Legge 27 maggio 1929 n. 848 prescrive che entro tre anni dalla entrata in vigore della legge stessa dovrà essere compilato, a cura degli uffici per gli affari di culto, il registro inventario contenente gli stati patrimoniali degli istituti ecclesiastici e degli enti di culto di qualsiasi natura esistenti nella rispettiva circoscrizione. Il registro inventario deve essere tenuto perfettamente aggiornato mediante le annotazioni di tutte le variazioni che si verificano nella consistenza patrimoniale dei singoli enti, e che risultino, sia dal raffronto del verbale di consegna, sia per atti di alienazione o di acquisto (cfr. anche art. 62, 63, 64, 65, del regolamento 2 dicembre 1929 n. 2262).

Questo inventario riguarda così i beni immobili, come i beni mobili degli istituti ecclesiastici e degli enti di culto di qualsiasi natura, siano o non siano soggetti a tutela, però soltanto quelli che siano riconosciuti come persone giuridiche agli effetti civili.

Ma come le Prefetture potranno procurarsi i verbali di consegna e gli atti di alienazione circa il patrimonio di enti per cui a termini nell'art. 30 del Concordato è escluso ogni intervento dello Stato nella loro amministrazione? (Jemolo).

Queste norme confermano peraltro la esigenza di quel generico ed alto potere di vigilanza che lo Stato si è riservato su tutto il

patrimonio ecclesiastico del Regno ed al quale non ha rinunciato negli accordi Lateranensi.

Probabilmente a questo inventario, oppure agli inventarii particolari dei singoli enti, si riferisce la norma contenuta nell'art. 18 del regolamento 2 dicembre 1929 n. 2262 e la clausola che la domanda per l'autorizzazione ad acquisti dovrà essere corredata dai *documenti necessari*.

Tuttavia se alla norma la quale impone agli uffici di culto la formazione di questo inventario sia stata già data o si stia dando applicazione, l'amministrazione vi procederà con moderazione, coi migliori possibili riguardi e non ricorrendo ad indagini vessatorie.

9. — Occorre a tutti gli enti ecclesiastici, sia nazionali che stranieri, l'autorizzazione all'acquisto dei beni:

a) quando si tratti di acquisto di beni immobili, a qualsiasi titolo, oneroso o gratuito; b) di acquisto di beni, sia beni immobili che beni mobili, a titolo gratuito, così per atto tra vivi, come per atto di ultima volontà.

Dice l'art. 30 del Concordato: "Lo Stato italiano riconosce agli istituti ecclesiastici ed alle associazioni religiose la capacità di acquistare beni, salvo le disposizioni delle leggi civili concernenti gli acquisti dei corpi morali,„. E ripete l'art. 9 della legge 27 maggio 1929 n. 848: "Gli istituti ecclesiastici e gli enti di culto di qualsiasi natura non possono acquistare beni immobili, nè accettare donazioni, eredità, legati, senza essere autorizzati,„. E fanno eco altri testi. L'art. 11 del Trattato così suona: "Gli enti centrali della Chiesa cattolica sono esenti da ogni ingerenza da parte dello Stato italiano (salvo le disposizioni delle leggi italiane concernenti gli acquisti dei corpi morali) ... "E l'art. 27 del Concordato:„ Le basiliche della Santa Casa di Loreto, di San Francesco in Assisi e di Sant'Antonio in Padova, come gli altri enti di qualsiasi natura gestiti dalla S. Sede in Italia, nonchè i Collegi di missioni, pure liberi da ogni altra ingerenza dello Stato, restano tuttavia, in ogni caso soggetti alle leggi italiane concernenti gli acquisti dei corpi morali,„. Lo Stato ripete, laddove potrebbe insorgere dubbio, e cioè in rapporto agli enti centrali, di carattere universale, o gestiti direttamente dalla S. Sede, l'obbligo dall'autorizzazione all'acquisto: cosicchè questo permane di fronte a tutti gli enti, di qualsiasi natura, esistenti nel territorio del Regno. Si aggiungano gli art. 932 del Codice Civile: "Le eredità

devolute ai corpi morali non possono essere accettate che coll'autorizzazione del Governo da accordarsi nelle forme stabilite da leggi speciali.». E l'art. 1060 del Codice Civile: "Le donazioni fatte ai corpi morali non possono essere accettate, se non coll'autorizzazione del Governo menzionata nell'art. 932.». Anche la circolare del Concilio 20 giugno 1929, art. 42 § I e quella della Concistoriale del 30 giugno 1934 art. 10 prescrivono che gli enti ecclesiastici inferiori ed anche le mense vescovili siano tenute a fornirsi dell'autorizzazione civile per acquistare beni immobili e per accettare donazioni, eredità, legati riguardanti beni immobili o mobili.

Si premette che l'autorizzazione agli acquisti è un controllo sull'attività dell'ente che non si rivolge nè spiega effetto diretto sulla volontà del disponente. L'autorizzazione spiega la sua influenza sulla dichiarazione unilaterale di volontà dell'acquistante (accettazione di lasciti); sulla dichiarazione di volontà dell'organo dell'ente che intervenga in una donazione o in un contratto oneroso, quando l'acquisto segua per atto o negozio bilaterale (Forti).

A proposito della natura giuridica dell'autorizzazione, sono state affacciate dalla dottrina e dalla giurisprudenza diverse opinioni: che l'autorizzazione ponga un limite alla capacità dell'ente, ed una volta intervenuta, costituisca un requisito di capacità; che dia vita quindi ad una speciale categoria di soggetti incapaci di ricevere; che limiti non la capacità giuridica in senso generico, ma la *capacitas capiendi*, e cioè l'autorizzazione non sarebbe necessaria all'ente per ricevere la liberalità, ma solo per conseguire effettivamente il vantaggio; la donazione sarebbe accettata validamente dai rappresentanti del corpo morale, mentre l'autorizzazione servirebbe solo perchè l'ente possa pretendere i beni; che abbia carattere di concessione secondo la terminologia del diritto finanziario, o come atto che conferisca facoltà; che possa essere qualificata come condizione sospensiva dell'acquisto.

Ma queste teoriche danno all'autorizzazione il contenuto e l'effetto di creare il diritto dell'ente; mentre questo sorge invece dall'atto di donazione o dal testamento.

Il preciso significato tecnico della parola autorizzazione sta invece nella funzione di rimuovere un limite che la legge pone all'esercizio di facoltà che si appartengono ai singoli, con l'espressa riserva, appunto, che esso possa venire rimosso caso per caso dall'autorità amministrativa (Ranelletti), previo esame dell'attività che il singolo si propone di compiere e raffronto di questa attività con

l'interesse generale a tutela del quale l'amministrazione interviene (Forti). Deve dunque ritenersi che l'ente non manchi della capacità a fare tali acquisti, ma che i singoli atti di esercizio di tale capacità siano sottoposti al vincolo dell'autorizzazione. L'ente potrebbe validamente compiere senza autorizzazione atti che trovano sufficiente fondamento giuridico in quella generica capacità: come per esempio, non occorrerebbe autorizzazione per sostenere in giudizio la validità del legato, mentre non potrebbe l'ente stesso, senza autorizzazione, agire in giudizio per ottenere la consegna (Forti). L'autorizzazione è un requisito di legittimità, in quanto essa rende legittimo per il soggetto il suo futuro comportamento concreto, rimuovendo i limiti all'esercizio di diritti frapposti in vista di interessi generali. L'autorizzazione è una dichiarazione di volontà da parte degli organi governativi che esercitano la tutela di determinati interessi, la quale si aggiunge alla volontà dell'ente, affinché questa spieghi la sua efficacia. L'ente non autorizzato può compiere da sè l'atto e questo atto è valido, ma esso non diventa perfetto, finchè non intervenga la volontà autorizzante; si tratta di un negozio sospeso, in attesa di svolgere la sua efficacia (Ferrara).

L'autorizzazione trova qualche limite nell'applicazione, dal punto di vista dell'oggetto dell'acquisto?

I testi hanno una sola norma al riguardo, quella dell'art. 22 del Regolamento 2 dicembre 1929 n. 2262: "Non è necessaria l'autorizzazione per l'acquisto dei beni di un debitore, fatto dall'ente in seguito ad aggiudicazione o subasta „. Ma tale acquisto deve essere notificato al prefetto (cfr. l'analogia con le vecchie leggi del 1864 e 1896). Ma la pratica e la dottrina, anche prima della legge e del regolamento del 1896, avevano desunto dallo spirito stesso della legge regolatrice del 1850 che l'autorizzazione non si dovesse richiedere in tutti quei casi in cui l'utilità dell'acquisto di un immobile risultasse già dalle circostanze di fatto e di diritto che l'accompagnano, e venisse pertanto a cadere il bisogno di un apposito giudizio sulla convenienza dell'atto (art. 7 del regolamento 26 luglio 1896 n. 361); per gli atti d'acquisto indispensabili per tutelare il patrimonio coi mezzi imposti dalle leggi vigenti; per gli acquisti cioè necessari, così per l'esercizio del riscatto nella vendita, la devoluzione di fondi enfiteutici, ecc. La disposizione comprende ogni acquisto di immobili a titolo di proprietà; ma non potrebbe applicarsi anche all'acquisto di diritti reali immobiliari. Neppure,

in ordine all'acquisto a titolo gratuito di beni mobili, si rinviene nella legge un limite fondamentale alla necessità dell'autorizzazione. Il regolamento del 1896 articolo 3 prescriveva l'autorizzazione per gli acquisti a titolo gratuito "che importino aumento del patrimonio „; per modo che essa non occorreva per accettare oblazioni o lasciti di cose mobili e danaro con la condizione che siano da consumarsi integralmente. Neppure sarebbe necessaria l'autorizzazione per ricevere doni di tenue valore, o doni manuali in genere, come oblazioni, elemosine, proventi di questue, soccorsi per restauri di edifizii od acquisti di arredi sacri. Il criterio per apprezzare tali doni è relativo e variabile, ma in genere può partirsi dal concetto che valgono come doni manuali quelli che importino un accrescimento delle rendite e non un aumento della sostanza del patrimonio (Ferrara). (cfr. per le collette l'art. 2 del Concordato, ultimo comma).

L'autorizzazione trova limiti in ordine ad altre circostanze che possono accompagnare l'atto di acquisto? Potrebbe darsi parzialmente, e cioè per una sola parte dei beni che sono in questione? Le opinioni sono contrastanti. L'autorizzazione potrebbe essere condizionata, vale a dire sottoposta all'assunzione di determinati oneri o condizionarsi in altro modo analogo? Prevalgono le opinioni contrarie.

Quali sono gli effetti della mancanza dell'autorizzazione? Non può dirsi che, mancando l'autorizzazione, manchi la capacità; e quindi anche senza autorizzazione possono validamente compiersi tutti quegli atti che nella generica capacità di acquistare hanno sufficiente fondamento giuridico.

Coerentemente a questi principii l'art. 11 della legge 27 maggio 1929 n. 848 dispone: "Pendente il procedimento per ottenere l'autorizzazione, i rappresentanti dell'ente debbono compiere gli atti che tendono a conservare i diritti „ (cfr. reg. 26 luglio 1896 art. 12). Ed anzi l'art. 11 stesso sancisce: "La domanda del rappresentante dell'ente diretta ad ottenere l'autorizzazione ad accettare una liberalità, rende irrevocabile la dichiarazione del donante „. L'autorizzazione agli acquisti è infatti requisito essenziale per la validità dell'atto; in mancanza di essa gli acquisti e le accettazioni anche fatti per interposta persona, sono nulli e la dichiarazione di nullità può essere promossa in ogni tempo dal pubblico Ministero e da chiunque vi abbia interesse (art. 10 legge 1929 n. 848). Quindi l'accettazione non può validamente emettersi se l'autorizzazione non sia intervenuta. E pare che non vi sia la possibilità giuridica che

l'ente accetti prima di esservi autorizzato, nè la possibilità pratica, nel senso che si tratti di annullabilità la quale possa essere sanata, se l'autorizzazione intervenga.

Il procedimento di autorizzazione, fissato nell'art. 9 della legge 1929 n. 848 e art. 18 del regolamento 1929 n. 2262, non contiene le larghe e minuziose statuizioni della legge 21 giugno 1896 n. 218 e regolamento 26 luglio 1896 n. 361.

Contro il decreto reale che neghi l'autorizzazione è dato ricorso per incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge, secondo i principii generali, al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. La legge 21 giugno 1896 n. 218 sugli acquisti degli enti morali concesse alle provincie, comuni ed istituzioni di pubblica beneficenza anche il ricorso di merito. Il Concordato ha equiparato il fine di culto e di religione a quello di beneficenza e di istruzione, ma esplicitamente soltanto agli effetti tributari; mancando una speciale concessione della legge, resta solo applicabile l'art. 26 del T. U. 26 giugno 1924 il quale accorda contro gli atti ed i provvedimenti amministrativi il solo ricorso di legittimità e non anche quello di merito.

10. - L'art. 30 del Concordato stabilisce: "Lo Stato italiano, finchè con nuovi accordi non sarà stabilito diversamente, continuerà a supplire alla deficienza dei redditi dei benefizi ecclesiastici con assegni da corrispondere in misura non inferiore al valore reale di quella stabilita dalle leggi attualmente in vigore: in considerazione di ciò, la gestione patrimoniale di detti benefizi, per quanto concerne gli atti e contratti eccedenti la semplice amministrazione, avrà luogo con intervento da parte dello Stato italiano. Questo controllo, con successiva circolare amministrativa, è stato esteso non soltanto agli enti ora di fatto congruati dallo Stato, ma a tutti i benefizi, essendo sembrato che tutti i benefizi siano potenzialmente congruabili. Non sono soggetti all'intervento suddetto le mense vescovili delle diocesi suburbicarie ed i patrimoni dei capitoli e delle parrocchie di Roma e delle dette diocesi (art. 30 Concordato quarto comma).

L'art. 12 della legge 27 maggio 1929 n. 848 ripete: "I rappresentanti legali dei benefizi ecclesiastici contemplati nell'art. 30, secondo capoverso, del Concordato, (eccettuate le mense vescovili della diocesi di Roma e suburbicarie, i capitoli e le parrocchie di

Roma e delle dette diocesi), non possono compiere atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, senza l'autorizzazione governativa.,.

Resta ferma quindi, nel nuovo diritto, il disposto dell'art. 434 del Codice civile: "I beni degli istituti ecclesiastici sono soggetti alle leggi civili e non si possono alienare senza l'autorizzazione del Governo", con limitazioni peraltro relativamente ai soggetti passivi.

Questo controllo sui benefici si esplica: a) non soltanto con l'obbligo dell'autorizzazione o dell'approvazione di determinati atti di straordinaria amministrazione; b) ma anche con l'intervento dello Stato in occasione della vacanza del beneficio; c) ed infine con l'intervento dello Stato nel caso di cattiva amministrazione, mediante la nomina di un coadiutore o il sequestro.

L'ingerenza invece dello Stato sulle fabbricerie e sulle confraternite è più larga e complessa e solo in parte comune alla tutela degli enti beneficiari, come vedremo in seguito.

Essendo il controllo sugli atti eccedenti limitato agli istituti aventi carattere beneficiario, dei quali lo Stato sia o possa essere tenuto, in base alle norme vigenti, a integrare le deficienze dei redditi, siano o non siano congruati, rientrano nel controllo stesso: 1) i benefici curati e parrocchiali; 2) le prebende canonicali; 3) i capitoli cattedrali, il cui patrimonio sia costituito da una massa comune e le relative rendite siano erogate in modo fisso tra i membri del capitolo medesimo *ratione servitii*; 4) le mense vescovili ed arcivescovili, le prelature ed abbazie nullius. E sono soggetti altresì al controllo dello Stato, ma per altro titolo, cioè perchè considerati come istituti laicali: 5) le fabbricerie; 6) le confraternite.

Limiti oggettivi dell'autorizzazione sono: quelli dati dell'elenco degli atti eccedenti contenuto nell'art. 13 della legge 27 maggio 1929 n. 848. "Si comprendono - esso dice - fra gli atti e contratti eccedenti la ordinaria amministrazione, oltre le alienazioni propriamente dette, le affrancazioni volontarie di censi e di canoni, i mutui, gli atterramenti di piante di alto fusto, le esazioni e gli impieghi di capitali, le locazioni ultra novennali d'immobili, le liti, sia attive che passive, attinenti alla consistenza patrimoniale degli enti.,. È questa una dizione diversa da quella dell'art. 1 del R. D. 3 giugno 1924, il quale regolava prima la materia, ed è anche una più rigorosa formulazione; ma lascia sempre aperta la controversia sulla questione: quali siano le liti attinenti alla consistenza patrimoniale degli enti. L'opinione prevalente era prima quella che l'autorizza-

zione non occorresse quando l'ente difendeva un diritto già esistente nel proprio patrimonio o mirava ad aumentare il patrimonio stesso (Falco).

Si può ricorrere ai principii generali per quanto riguarda le altre peculiarità relative all'autorizzazione a stare in giudizio.

L'imposizione di pensioni è da considerarsi come atto eccedente l'ordinaria amministrazione? L'art. 4 della legge 27 maggio 1929 n. 848, nell'ultimo comma, contempla la imposizione di pensioni. In questo articolo si parla del riconoscimento civile degli istituti ecclesiastici, e di ogni mutamento sostanziale nel fine, nella destinazione dei beni e nel modo di esistenza degli istituti ecclesiastici. Infine si aggiunge: "Trattandosi di enti ecclesiastici, per i quali lo Stato è tenuto ad integrare la deficienza dei redditi, tale riconoscimento è necessario altresì per la imposizione di pensioni anche temporanea „.

C'è contrasto tra la materia del terzo comma e quella del quarto comma dell'articolo in parola; in uno si parla di destinazione dei beni, nell'altro di destinazione di rendite. E tuttavia entrambi i provvedimenti sono collocati sotto l'unica norma che riguarda il riconoscimento civile degli istituti e delle loro forme e variazioni strutturali.

Per ipotesi, il provvedimento che impone una pensione non dovrà andare soggetto piuttosto all'autorizzazione che al riconoscimento? Oppure potrebbe ammettersi che, nella serie dei controlli statuali sulla gestione del patrimonio ecclesiastico, esista anche questa forma di riconoscimento della pensione agli effetti civili?

L'art. 32 del Concordato parla così dei riconoscimenti, come delle autorizzazioni: I riconoscimenti e le autorizzazioni previste nelle disposizioni del presente Concordato e del Trattato avranno luogo con le norme stabilite dalle leggi civili, che dovranno essere poste in armonia con le disposizioni del Concordato medesimo e del Trattato „. Ma questo articolo non risponde direttamente alle nostre domande.

Si potrebbe osservare: l'imposizione di una pensione non modifica il modo di esistenza dell'ente; neppure se perpetua, perchè il modo di esistenza può essere variato soltanto da mutamenti strutturali. Altri potrebbe rilevare: che non è tuttavia un semplice atto di gestione. Lo Stato accorda il riconoscimento a determinate condizioni, tra le quali è compresa l'esistenza per l'ente di una certa dotazione; se, avvenuto il riconoscimento, vengono com-

più atti di disposizione di tale dotazione, si modifica il modo di esistenza dell'ente, e si rende, di conseguenza, necessario il riconoscimento civile degli atti stessi. L'imposizione di pensioni, diminuendo i redditi degli enti, potrebbero importare, per quelli di essi, ai quali lo Stato assicura un minimo di rendita, la necessità di una integrazione dei redditi stessi. Non potrebbe ammettersi che da un atto di disposizione dell'autorità ecclesiastica provenga danno all'amministrazione dello Stato, e per questo s'impone il riconoscimento di tali atti. Appare infatti questo il prevalente concetto nella formulazione della legge. La norma apparirebbe quindi male collocata? Essa non dovrebbe trovare il suo posto fra gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione? No, perchè non vanno soggetti ad autorizzazione gli atti di giurisdizione dell'autorità ecclesiastica; nè esiste la figura del riconoscimento come atto di controllo, e lo vedremo in appresso.

Effetti della mancanza dell'autorizzazione sono: che gli atti possono essere annullati sull'istanza dell'ente ecclesiastico; mentre la mancanza dell'autorizzazione a stare in giudizio rende improcedibile l'azione. In tutti i casi in cui l'ente sia sottoposto all'autorizzazione dell'autorità di controllo, per il compimento di determinati atti, se il negozio è concluso prima dell'autorizzazione, il negozio è esistente, ma imperfetto, e quindi potrà farsi annullare da colui nel cui interesse è ordinata la formalità, cioè dell'ente, mentre l'altro resta vincolato. Egualmente se è necessario l'autorizzazione per stare in giudizio e l'ente intraprende o propone un atto giudiziale prima che l'autorizzazione intervenga, il giudizio o l'atto giudiziale è regolarizzabile e convalidabile retroattivamente per l'autorizzazione intervenuta anche posteriormente. Il difetto di autorizzazione è proponibile soltanto dall'ente, ma la parte contraria può eccepire l'illegittimità di veste nell'altra parte all'effetto di ottenere la regolarizzazione del giudizio. Ma non intendiamo approfondire l'indagine sulle attività processuali, per le quali abbiamo, già qui sopra, fatto rinvio ai principii generali.

Sorvoliamo sul procedimento per conseguire l'autorizzazione il quale è fissato negli art. 23 e segg. del regolamento 2 dicembre 1929 n. 2262. Sorvoliamo altresì sulle consuete clausole adottate nei decreti di autorizzazione a vendere e ad erogare i prezzi ricavandi (esecuzione, erogazione, reimpiego, reintegri, eccedenze di spese a carico dell'amministratore - usufruttuario, decadenze) le quali potreb-

bero dare luogo talora a casi e discussioni interessanti (sono talora ignoti alla dottrina, ma qui non è possibile occuparsene).

Ricorso al Ministero dell'Interno, entro trenta giorni dalla ricevuta notificazione, è concesso agli interessati contro i provvedimenti delle Prefetture (art. 28 regolamento n. 2262).

11. — Sono controlli repressivi o repressivo-sostitutivi quelli che si esplicano dopo che un'attività amministrativa è stata compiuta e contro un particolare manifestato atteggiamento.

Ci sono controlli che sono repressivi e sostitutivi nello stesso tempo: a) la nomina di altra persona quale rappresentante dell'ente, nel caso che l'investito del beneficio rifiuti o trascuri, di compiere qualche atto che si ritenga vantaggioso per l'ente stesso e per il quale occorre l'autorizzazione governativa (art. 14 della legge 27 maggio 1929 n. 848); il ministro dell'Interno, presi accordi con l'autorità ecclesiastica, può disporre che altra persona assuma la rappresentanza dell'ente, nei limiti e per la definizione di tali atti. b) Il sequestro delle temporalità beneficiarie, in caso di cattiva gestione (art. 26 Concordato; art. 30, 62 lett. d) e 66 e segg. regolamento 2 dicembre 1929 n. 2262) (vedasi nostro scritto in rivista "Il Diritto Ecclesiastico", 1934, p. 541 ss., n. 9-14). c) Gli uffici per gli affari di culto "quando vengano a conoscenza di irregolarità nello svolgimento delle attività delle istituzioni di culto, ne riferiscono prontamente al Ministro dell'Interno e possono anche adottare i provvedimenti conservativi consentiti dalla legge. Nei provvedimenti conservativi ci pare di scorgere atti di controllo sostitutivo (art. 60 regolamento n. 2262).

Ci sono controlli invece che appare incerto se debbano essere classificati fra i controlli soltanto repressivi o fra quelli repressivi e sostitutivi: così la nomina di un coadiutore aggiunto nel caso di accertata cattiva amministrazione del patrimonio di un beneficio (art. 30 r. d. 2 dicembre 1929 n. 2262).

Non sono atti di controllo invece i seguenti: a) la nomina di altra persona quale rappresentante dell'ente in caso di conflitto di interessi fra il beneficio e l'investito (art. 14 della legge 27 maggio 1929 n. 848). b) Ai fini dell'autorizzazione agli acquisti, se l'istituto non abbia ancora ottenuto il riconoscimento agli effetti civili, la domanda per accettare può essere presentata anche dall'Ufficio per gli affari di culto presso la Prefettura (art. 18 regolamento 2 dicem-

bre 1929 n. 2262). Questi sono provvedimenti che tendono a formare la rappresentanza effettiva dell'ente e non provvedimenti di controllo repressivo. Il secondo è però provvedimento sostitutivo.

12. — L'approvazione, perchè interviene prima che l'atto acquisti efficacia, è pure una forma preventiva di controllo all'atto di gestione. L'art. 29 del regolamento 2 dicembre 1929 n. 2262 dispone: " Gli atti e contratti indicati nell'art. 13 della legge 27 maggio 1929 n. 848, prima dell'esecuzione, debbono essere trasmessi alla Prefettura per l'approvazione. Per gravi motivi di interesse pubblico o dell'ente, il Ministro dell'Interno può, con proprio decreto, sentito l'Ordinario, negare l'approvazione ai detti atti e contratti quantunque riconosciuti regolari „. Potrebbe sembrare eccessiva la facoltà concessa al Ministro di annullare gli impegni dell'ente verso i terzi, i cui diritti resterebbero sospesi per un tempo indefinito. Ma la disposizione è stata riprodotta dal regolamento sull'amministrazione del patrimonio e della contabilità generale dello Stato. È facoltà corrispondente a quella che hanno tutti i ministri per i contratti dei loro ministeri ed i prefetti per quelli dei comuni. Ha carattere eccezionale e tende a prevenire la possibilità di lesioni all'interesse dell'ente ed al suo patrimonio sino al momento dell'approvazione del contratto. La materia dei contratti con lo Stato e con gli enti pubblici é regolata da norme speciali e diverse dal diritto comune e chi contratta con tali enti corre il rischio del diniego dell'approvazione del contratto già stipulato. Non era fatta prima del Concordato questa assimilazione.

13. — C'è una forma di controllo che possa chiamarsi " riconoscimento „? Non il riconoscimento della personalità di nuovi enti, secondo gli art. 31 e 32 del Concordato, e 4 e segg. della legge 27 maggio 1929 n. 848; bensì il riconoscimento dell'imposizione di pensioni a carico di enti ecclesiastici per i quali lo Stato sia tenuto ad integrare la deficienza dei redditi (art. 4 ult. comma della legge 27 maggio 1929, n. 848). La legge accomuna l'uno all'altro riconoscimento; ma l'attività che lo Stato spiega nell'esercizio dell'uno, non equivale a quella dell'altro. Di fronte alle pensioni l'attività dello Stato potrebbe apparire vera attività di controllo in quanto l'imposizione di pensioni corrisponde a costituzione di debito. Ma, se ben si riguarda, si scorge che, in questo caso, non è controllato

l'ente ed il suo amministratore, nè si tratta di un atto di gestione compiuto da questo amministratore, bensì sarebbe controllato un provvedimento dell'autorità superiore all'ente stesso. Questo sindacato dello Stato è dell'identica natura di quello che si esercita sugli atti di erezione di nuovi enti morali.

Non è, questo riconoscimento, forma di controllo; e neppure possono essere qualificati quali controlli tutte le altre attività amministrative (o anche giurisdizionali) dello Stato, eventualmente dirette a sindacare (se sindacato esista) atti, provvedimenti (ed anche sentenze) emanate dall'autorità ecclesiastica ed ufficialmente comunicate alle autorità civili, circa persone ecclesiastiche o religiose e concernenti materie spirituali o disciplinari (art. 23 del Trattato): così, per esempio, non sarebbe attività di controllo, e per le stesse ragioni, quella dello Stato diretta eventualmente a sindacare un provvedimento di rimozione motivato da cattiva amministrazione, emanato dall'autorità ecclesiastica e comunicato all'autorità civile a norma dello stesso art. 23, se questa fosse materia di sindacato.

14. — Le fabbricerie, poichè furono considerate come istituti laicali, non si ritenne che potessero essere comprese nel primo comma dell'art. 30 del Concordato, nè, secondo il Codice canonico, che fossero provviste di personalità giuridica (ma su ciò facciamo la nostra riserva). Fu allora stabilito che "la vigilanza e la tutela sull'amministrazione delle chiese aventi una fabbriceria sono esercitate dal Ministro dell'Interno, d'intesa con l'autorità ecclesiastica (art. 16 della legge n. 848).

Non c'è bisogno di alcuna partecipazione della nomina dei componenti i consigli di amministrazione di queste fabbricerie perchè lo Stato compie esso la nomina d'intesa con l'autorità ecclesiastica (art. 29 lett. a) secondo comma del concordato).

La costituzione di queste fabbricerie è statutale. Infatti la costituzione dei consigli è determinata con regio decreto d'intesa con l'autorità ecclesiastica (art. 33 regolamento n. 2262); anche i loro regolamenti sono approvati con decreti reali, d'intesa con l'autorità ecclesiastica. In mancanza di regolamenti queste fabbricerie sono rette da norme contenute negli art. 34 e segg. del detto regolamento. I regolamenti vigenti debbono essere riveduti (art. 34 citato). I membri di questa fabbricerie, non di diritto, sono nominati d'intesa con l'autorità ecclesiastica con decreto ministeriale o degli uffici di

culto (art. 35 regolamento citato). La nomina del Presidente è fatta dal Ministro d'intesa con l'autorità ecclesiastica (art. 42 regolamento citato).

Sono soggette alla vigilanza ed alla tutela del Ministero dell'Interno e delle Prefetture, da esercitarsi d'intesa con l'autorità ecclesiastica, salvi i casi d'urgenza (art. 47 regolamento n. 2262). Tale vigilanza e tutela è analoga a quella degli enti beneficiari, e cioè impone l'autorizzazione per gli acquisti e quella per gli atti eccedenti (art. 50 regolamento citato).

Ma il controllo è ancor più largo e complesso.

C'è un controllo di merito sul bilancio preventivo e sul rendiconto (art. 46 regolamento citato).

Un controllo ispettivo, poichè la vigilanza, dice l'art. 47 del regolamento n. 2262, include la facoltà di ordinare e promuovere visite ed ispezioni ed altri provvedimenti convenienti.

Un controllo repressivo, l'annullamento, perchè, dice l'art. 51 dello stesso regolamento, il Ministro, sentita l'autorità ecclesiastica, può far dichiarare con decreto reale, udito il Consiglio di Stato, la nullità di atti o deliberazioni di una fabbriceria, che contengano violazioni di leggi o di regolamenti.

Un controllo repressivo e sostitutivo, perchè - dice l'art. 48 dello stesso regolamento - quando siano accertate gravi irregolarità nell'amministrazione, o la fabbriceria non sia in grado di funzionare, l'ufficio per gli affari di culto ne riferisce al Ministero. Può, d'intesa con l'autorità ecclesiastica, nominare un commissario temporaneo con l'incarico di procedere a regolarizzare l'amministrazione, ad accertare in via amministrativa gli eventuali danni a carico dei fabbricati, o promuovere i provvedimenti conservativi necessari.

E l'art. 49 dello stesso regolamento: il ministro, d'intesa con l'autorità ecclesiastica, udito il Consiglio di Stato, può sciogliere la fabbriceria, e affidare l'amministrazione a un commissario straordinario.

Le confraternite si distinguono in due tipi: a) quelle che hanno scopo esclusivo o prevalente di beneficenza; b) quelle che abbiano scopo esclusivo o prevalente di culto.

Le prime soggiacciono alle leggi e regolamenti ora in vigore (art. 17 legge n. 848), Per l'art. 91 della legge 17 luglio 1890 n. 6972 sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, sono equiparate a queste istituzioni, assoggettate a trasformazione, fatta ecce-

zione per il caso che provvedano al culto necessario ad una popolazione o agli edifici necessari al culto o degni di essere conservati. Tuttavia non possono essere considerate alla stessa stregua degli enti di assistenza o di beneficenza, in quanto dipendono dalla Direzione Generale dei Culti ed è fatta salva l'ingerenza dell'autorità ecclesiastica per quanto riguarda gli scopi di culto (art. 17 legge n. 848). Sono soggette per la vigilanza e la tutela alle stesse norme stabilite per le fabbricerie, limitata l'intesa con l'autorità ecclesiastica a quanto concerne gli scopi di culto (art. 17 legge n. 848 e art. 54 regolamento n. 2262). C'è un controllo di merito sul bilancio preventivo e sul rendiconto (art. 53 regolamento citato).

Le seconde continuano ad osservare le norme regolatrici della loro struttura, vigenti secondo il diritto della Chiesa, poichè la legislazione concordataria nulla ha disposto al riguardo. Sono infatti rette da proprii statuti - dice l'art. 16 ultimo comma del regolamento n. 2262 - approvati con decreto reale.

Salvo il disposto degli statuti stessi, sono sottoposte agli stessi controlli ed autorizzazioni governative come tutti gli altri enti ecclesiastici. Debbono dipendere dall'autorità ecclesiastica per quanto riguarda il loro funzionamento e l'amministrazione (art. 29 lett. 6 del Concordato). Per "amministrazione", si deve intendere soltanto amministrazione ordinaria.

15. — La Chiesa stabilisce un controllo degli organi superiori sull'attività degli organi inferiori. Lo Stato, a sua volta, prescrive un controllo sopra le attività di alcuni soltanto degli amministratori o per la difesa di determinate categorie d'interessi. Sono aree diverse.

Il controllo dello Stato è frammentario e parziale, ha eterogenea varietà di norme regolatrici, l'unicità dell'assenso è soltanto per gli acquisti. Il controllo della Chiesa invece è, per area e per intensità, vasto, profondo, ed anche continuo, ininterrotto, omogeneo di fronte a qualsiasi ente.

Si ha duplicità di controlli i quali percorrono sovente lo stesso cammino, talvolta cammini diversi, talora gli uni conoscendo gli altri, tal'altra ignorandosi a vicenda.

Ci sono infatti enti ecclesiastici o materie soggette in pari tempo al controllo concorrente degli organi superiori della Chiesa e degli organi dello Stato; enti o materie subordinate al solo controllo canonico. In quale rapporto giuridico si dispongono i due

controlli, nel primo caso? Procedono essi, fra loro, autonomi, indipendenti, slegati, divergenti, senza coordinamento, correlazione, interferenza? O sono paralleli, coordinati, simultanei, si sovrappongono, s'integrano, valgono entrambi, o c'è un controllo accessorio, subordinato, ed altro principale, l'uno preventivo all'altro? Oppure si escludono, sovrasta l'uno sull'altro? E nel secondo caso, vale ed ha efficacia giuridica, nell'ordinamento giuridico dello Stato, il controllo della Chiesa, e, in caso affermativo, entro quali limiti ciò avverrebbe? Sarebbe facile e semplice dire che comunque lo Stato vuole, per sua volontà positiva, che abbiano efficacia le norme del diritto della Chiesa sui controlli. Ma, se si confronti l'art. 23 del Trattato e l'art. 30 del Concordato, si trova una diversa fattura. Nell'art. 30 non si parla di efficacia giuridica senz'altro, nè di comunicazione all'autorità civile. Quindi dov'è questa volontà positiva? È possibile cacciare via ogni dubbio?

16. — S'invoca l'art. 30 del Concordato, già più volte menzionato. Ma qual'è il contenuto di questo articolo? C'è in esso la rinuncia da parte dello Stato del proprio potere di controllo ed il semplice abbandono del medesimo alla Chiesa? O c'è invece una delegazione dello Stato alla Chiesa? O infine piuttosto un riconoscimento dell'efficacia civile del controllo della Chiesa?

Lo Stato non trasferisce, non delega nulla alla Chiesa; limita soltanto i proprii poteri di controllo comuni a tutti i corpi morali e, rinunciando a questi poteri di controllo, li abbandona necessariamente alla Chiesa, poichè, cessata la compressione della legge statale, il diritto della Chiesa naturalmente si espande. Se lo Stato si è spogliato del proprio potere di controllo, non vi ha rinunciato però così che questi enti sottratti a lui potessero restare liberi da ogni controllo patrimoniale sulla loro gestione. Se la norma è contenuta in un testo, in cui interviene la Chiesa, vuol dire che lo Stato ha rinunciato ad un proprio potere e diritto e lo ha abbandonato alla Chiesa. Non lo Stato presuppone che quegli enti restino abbandonati a se stessi e negletti, bensì che quel controllo sia raccolto dalla Chiesa.

16. — Così non sarebbe esatto dire senza ulteriori eventuali chiarimenti: lo Stato riconosca la vigilanza ed il controllo essere esercitati dalle competenti autorità della Chiesa; meglio e più preciso

è dire intanto: lo Stato li abbandona alla Chiesa. Cioè questa è una rivendicazione della libertà della Chiesa, che si attua attraverso il Concordato, e costituisce, la norma, un'affermazione della Chiesa e non un'attribuzione dello Stato alla Chiesa. Quanto al riconoscimento, bisognerà distinguere, come faremo in seguito, tra riconoscimento del controllo della Chiesa e riconoscimento di alcuni soltanto dei suoi effetti giuridici.

Intanto nei riguardi dello Stato, la norma ha carattere eccezionale, poichè è un'eccezione al principio generale per cui allo Stato spetta, per diritto proprio, il controllo sull'amministrazione di tutti i corpi morali che vivono sul suo territorio. Ed alla Chiesa non appare affatto necessario, se esista un controllo dei propri organi, che sia attuato, da parte dello Stato, un ulteriore controllo civile. Non ha per lei importanza la considerazione che il controllo esercitato dallo Stato possa ridondare a beneficio della Chiesa stessa che si sente alleggerita ed esonerata eventualmente dall'onere che esso controllo importa. Teoricamente lo Stato potrebbe esercitare ingerenza o intervento soltanto quando ne fosse richiesto dalla Chiesa.

Ma se la norma è un'eccezione alla regola generale del diritto pubblico italiano, appare subito la difficoltà di farvi entrare il riconoscimento degli effetti giuridici di qualsiasi controllo esercitato dalla Chiesa. Perchè il controllo canonico possa avere efficacia giuridica anche nell'ordinamento dello Stato, bisognerebbe che ciò fosse riconosciuto in tutti i suoi singoli e particolari effetti. Ma questo invece non è. La legge civile ha contemplato espressamente e spesso in quali occasioni debba stabilirsi un contatto, una cooperazione tra le autorità dello Stato e quelle della Chiesa, e questi casi sono stati indicati, per lo più, se riguardino la gestione del patrimonio ecclesiastico. Ma il riconoscimento di tutti gli effetti giuridici non sarebbe stato chiesto, nè sarebbe stato concesso dallo Stato.

17. — Ci sono però due questioni nettamente distinte e indipendenti l'una dall'altra.

Diverso è affermare che nel diritto della Chiesa ed in quello dello Stato esistano istituti o strumenti idonei ad operare un certo coordinamento tra gli organi del controllo dello Stato e gli organi del controllo della Chiesa. E diverso è chiedersi se il controllo esercitato dagli organi della Chiesa abbia efficacia giuridica nell'or-

bita del diritto dello Stato ed in confronto a tutti i cittadini che siano sudditi dello Stato, ma non subordinati alla Chiesa. La prima questione riguarda il rapporto tra gli organi dei due ordinamenti; la seconda riguarda invece il rapporto tra gli organi della Chiesa e tutti i sudditi dello Stato.

In vari articoli dell'uno e dell'altro diritto si trovano norme di coordinamento mediante la richiesta di informazioni, di pareri, ecc. Si dà il caso che gli organi della Chiesa debbano essi richiedere il parere dello Stato; ma le specie sono diverse ed anche la relativa struttura dogmatica. Dobbiamo invece considerare il rapporto inverso: che siano gli organi dello Stato ad interpellare ed interrogare gli organi della Chiesa.

Bisogna allora distinguere: a) i casi nei quali vi sia scambio di semplici notizie, informazioni, avvisi dall'uno all'altro organo (art. 26 Concordato; art. 21 regolamento n. 2262); b) i casi nei quali vi sia collaborazione dell'organo dello Stato nell'attività di controllo dell'organo della Chiesa, collaborazione da questa richiesta (art. 32 regolamento n. 2262 penultimo comma); c) i casi in cui sia richiesto che l'organo dello Stato debba procedere dopo avere soltanto "intesa", o "udita", o "sentita", l'autorità ecclesiastica (art. 18 regolamento n. 2262; art. 29 stesso regolamento); d) i casi nei quali l'organo dello Stato debba procedere previo il "parere" dell'organo della Chiesa (art. 23 regolamento n. 2262); e) i casi ancora in cui l'organo dello Stato deve procedere "d'intesa", e "d'accordo", o "previi accordi", con l'organo della Chiesa (art. 21, 26 del Concordato; art. 14 legge n. 848; art. 30 e 31 regolamento n. 2262).

Escludiamo subito che gli organi della Chiesa possano essere considerati come semplici uffici d'informazione dello Stato. Gli organi di controllo della Chiesa non possono essere messi alla pari degli uffici subalterni ed esecutivi dello Stato medesimo. Una subordinazione siffatta non esiste. Si tratta di organi forniti di supremazia nell'ordinamento della Chiesa e di quella supremazia eminente che si esplica nell'esercizio degli atti di controllo. Ma non sono neppure organi consultivi, come vedremo tra poco.

È stata già variamente, seppure sommariamente, considerata la natura e l'indole di questo rapporto creato dalle norme di riferimento dall'uno all'altro organo. Si tratterebbe di proposta dell'autorità ecclesiastica, non di parere, che è esplicazione di un'attività consultiva. Potrebbe esserci anche il profilo, d'altronde assai dispu-

tabile e tanto più in questo particolare campo, della partecipazione alla formazione di un'atto complesso. Si tratterebbe di una proposta che si deve seguire, quando sia richiesto l'accordo; di una proposta che non si deve seguire, quando sia richiesto soltanto il parere o sia fatto il semplice interpello.

Ma sembra che siano da escludere queste teorie, e soprattutto quella della proposta, concepite sul terreno proprio del diritto statale e nel suo ambito chiuso. La risoluzione nostra è assai più semplice. Le norme rispondono ad un bisogno di coordinamento, di informazione reciproca, di contatti amministrativi. Lo Stato, che è sempre competente, vuole, con questi mezzi, coordinare soltanto i propri provvedimenti con quelli degli organi della Chiesa. La parola "parere", va presa qui nel senso comune volgare, non nel senso tecnico che ha assunto nel diritto pubblico dello Stato. Infatti il parere è sempre attività di un organo consultivo e non si può, in verità, dire che l'autorità ecclesiastica sia organo consultivo dello Stato, o promossa a questa funzione. Se mai potrebbe parlarsi di patto consultivo fra Stato e Chiesa: ma non è chi non veda che si tratta di rapporto ben diverso. Lo Stato vuole chiedere agli organi della Chiesa il loro parere. S'intende che tale parere non sia vincolante per lo Stato, il quale non è tenuto ad uniformarvisi; ma tuttavia il parere stesso potrebbe avere, sul provvedimento dello Stato, un'importanza decisiva. Sono inoltre pareri di semplice carattere e valore amministrativo, che si esauriscono nella sfera amministrativa, senza conseguenze ulteriori, neppure rispetto ai terzi. Le norme sono poste soltanto per indicare all'organo competente dello Stato quale debba essere la procedura della istruttoria che esso debba seguire: ciò non perchè il terzo abbia diritto che l'autorità della Chiesa sia realmente intesa. Gli accordi preventivi certo impegnano più concretamente lo Stato: però neppure vincolano ed hanno effetto presso i terzi cui restano ignoti. In tutti i casi in cui il provvedimento dello Stato sia preso previo interpello o parere o accordo con gli organi della Chiesa, l'esercizio del controllo degli organi superiori della Chiesa sopra i propri organi inferiori rimane nella penombra giuridica. Non è il caso di parlare di efficacia giuridica degli effetti di questo controllo. Il coordinamento tra le due attività non è riconoscimento dell'efficacia giuridica del controllo della Chiesa incondizionatamente. Lo Stato infatti presume che la Chiesa controlli e sempre bene i propri soggetti; arrivi a controllare prima dello Stato; sia la più

diligente e la più interessata a questo controllo; quindi non esso sospetta mai che un ente possa restare incontrollato o negletto dalla Chiesa, la quale ha mezzi molteplici ed organi appositi ed immediati. La Chiesa sarà sempre in grado di fornirgli dati, ma solo dati, intimamente inerenti al provvedimento che dovrà esso prendere.

18. — Vediamo adesso l'efficacia giuridica che il controllo canonico possa esplicare verso i *subditi legum*.

Il controllo canonico non influisce - come del resto neppure quello civile - sulla capacità della persona; nè sulla di lei organica rappresentanza. Influisce invece sull'esercizio dei diritti, poteri, facoltà dell'organo rappresentativo della persona giuridica. Sono atteggiamenti, comportamenti, atti della persona che vengono regolati direttamente o indirettamente dal controllo. Ma anche se si dovesse affermare che il controllo esercitato dai competenti organi superiori della Chiesa sia rilevante, in qualche caso, nell'ordinamento giuridico dello Stato, questo non equivarrebbe ad affermare che il controllo della Chiesa possa riuscire rilevante in tutti gli altri casi.

Vediamo dapprima l'efficacia giuridica del controllo sulla legittimazione dell'attività dell'organo rappresentativo della persona giuridica.

Si domanda: come si contiene il terzo di fronte alle persone fisiche incapaci, di fronte ai rappresentanti delle persone giuridiche di carattere civile e laico, di fronte per esempio ai direttori od amministratori delle Casse di Risparmio, Consorzi Agrari, Società commerciali, quando gli organi rappresentativi di queste persone si pongano a stipulare con lui? Il terzo - si risponde - ha interesse ed è tenuto ad indagare sulla legittimazione della rappresentanza per garantirsi della legittimità della stipulazione. E non v'è dubbio che tale garanzia abbia interesse e potere di chiedere il terzo stipulante in confronto anche dei rappresentanti degli enti ecclesiastici. Il terzo sa precisamente che la persona giuridica ecclesiastica (in largo senso), è sempre, come ogni altra persona giuridica, soggetta a controllo, e quindi vorrà richiedere la giustificazione e la prova della legittimità dell'azione esplicita, la quale prova verrà fornita o dall'autorità civile o da quella ecclesiastica. La prova di questa legittimazione non potrà mai mancare. E per questo esame di legittimità varranno le norme del diritto canonico, quale statuto personale dell'ente ecclesiastico, quando questo vada soggetto allo

esclusivo controllo degli organi della Chiesa. Tale statuto personale avrà rilevanza nell'ordinamento dello Stato, come presupposto di esso.

Quindi si dovrà dire che un controllo è obbligatorio anche per gli enti abbandonati al libero controllo della Chiesa. E se questo esame di legittimità possa essere compiuto e costituire una pretesa del terzo, esso impone e vincola gli organi della Chiesa alla osservanza delle norme canoniche relative alla rappresentanza legittima, alla legittimazione ad agire, all'intervento del controllo. Il suddito dello Stato ha interesse e diritto di esigere che siano osservate le norme canoniche relative al controllo, affinché l'atto giuridico appaia possedere i suoi perfetti requisiti e poter conseguire i suoi normali e regolari effetti giuridici, nè debba il terzo trovarsi esposto a nullità che infirmino la validità dell'atto. Ripetiamo: l'abbandono del controllo da parte dello Stato, non stà a significare anarchia, licenza; invece ragionevole e cosciente abbandono alla Chiesa dell'esercizio di questo controllo, verso il quale lo Stato resta in fiduciosa attesa. Non perchè ci sia libertà della Chiesa, gli enti subordinati esclusivamente al controllo di lei, possano ritenersi esonerati dall'onere di dare la prova della loro legittimazione ad agire. Tutti gli enti debbono risultare controllati, quali dallo Stato e quali dalla Chiesa. Non potrebbe mai affermarsi che, rispetto agli enti esenti, controllo non esista e che ogni loro atto sia completo e perfetto da sè quando sia compiuto da un qualsiasi amministratore; che lo Stato sia agnostico in questa materia, ignori cioè l'ordinamento della Chiesa, secondo il quale, sarebbero posti degli organi di controllo superiori, ignori la funzione specifica di questi, o ne prescinda. Lo Stato s'interessa all'esistenza, alla necessità, all'obbligatorietà di questo controllo della Chiesa. Qualora venisse, per caso, a mancare, lo Stato riassumerebbe nell'interesse dell'ordine giuridico, per sè i poteri una volta rinunciati.

19. Tutto ciò potrà meglio persuadere se si porti anche qualche altro esempio calzante. Non soltanto il terzo, semplice suddito dello Stato, ma anche organi dello Stato potrebbero trovarsi a dover sindacare la legittimazione della rappresentanza e la legittimazione ad agire.

Il Conservatore delle Ipoteche come dovrà comportarsi in relazione ad atti che si domandi vengano trascritti (per esempio, l'atto di vendita che il vescovo abbia fatto di beni del Seminario), a con-

sensi a cancellazione di ipoteche, e che riguardino enti ecclesiastici non soggetti al controllo civile? Giacchè per questi ultimi esso esaminerà il contenuto dell'autorizzazione civile. Ma per quelli che restano soltanto soggetti all'autorizzazione ecclesiastica, il Conservatore delle ipoteche e delle trascrizioni deve compiere l'esame di legittimità degli atti di autorizzazione ecclesiastica? Deve anzi esigere che questi atti di autorizzazione accompagnino sempre atti soggetti alla trascrizione o che portino consenso a cancellazione di garanzie reali, compiuti da enti ecclesiastici esenti? E per compiere questo esame di legittimità, il Conservatore delle Ipoteche deve rifarsi al diritto della Chiesa, conoscere ed applicare il diritto della Chiesa? In altre parole, deve indagare se l'atto notarile sia stato stipulato da un amministratore che abbia una legittima rappresentanza; se l'amministratore sia stato legittimamente autorizzato?

Questo compito non potrebbe essergli demandato dalle leggi della Chiesa. Poichè la Chiesa crea un proprio diritto e dei mezzi di vigilanza e di controllo valevoli nel proprio seno e attraverso proprii organi. La Chiesa non potrebbe esigere che il Conservatore delle ipoteche del Regno d'Italia ottemperi alle di lei leggi. Nè potrebbe trovare conveniente tale ingerenza.

La posizione degli istituti ecclesiastici viene posta allo stesso livello delle persone giuridiche di diritto privato o di diritto pubblico che posseggono statuti e regolamenti di amministrazione. Allo stesso modo come di fronte a qualunque altro ente morale il Conservatore debba considerare gli statuti e regolamenti interni che attribuiscono la rappresentanza e conferiscano poteri legittimi; parimenti il Conservatore deve considerare gli enti ecclesiastici, esenti e non esenti, e deve quindi compiere questo esame di legittimità. E il Conservatore deve considerare il diritto canonico come statuto interno dell'ente ecclesiastico esente. Esso non va ancor più in là, non deve risolvere ulteriore quesito. Bensì la dottrina può andare al di là, rilevando che di fronte al Conservatore non c'è il singolo istituto ecclesiastico ma l'ordinamento della Chiesa la quale ha ordinato, con un codice di leggi, la vita delle persone giuridiche ed ha stabilito sopra di esse degli strumenti di vigilanza e di controllo. In tal caso dovrebbe pensarsi che questo diritto della Chiesa diventi rilevante per l'Amministrazione dello Stato e per le sue leggi.

20. — Ma detto, che, si, valgano i controlli della Chiesa, quando

siano espliciti sopra enti che sfuggano al controllo dello Stato ed in questi casi, non equivale a dire senz'altro che il controllo della Chiesa possa avere piena efficacia civile in tutti gli altri casi. Si tratta di istituti, di organi, di procedure, di poteri di controllo i quali sono estranei all'ordinamento dello Stato, non solo nel riguardo della struttura degli organi, ma altresì nel riguardo delle forme delle procedure, delle qualificazioni e finalità dei poteri, dei caratteri delle concezioni direttive. Tuttavia queste sono osservazioni e rilievi puramente astratti. E si potrebbe obiettare che tutto ciò non possa ostacolare, in particolari casi, l'efficacia concreta del controllo canonico nell'ordinamento dello Stato.

È quindi opportuno discendere sul terreno concreto dell'analisi degli istituti particolari del controllo canonico e della compatibilità loro con la esistenza degli istituti concorrenti dello Stato.

Si possono fare varie ipotesi.

A) Non esistono istituti concorrenti, ma il solo istituto di controllo statale. Esempio: il sequestro. Qui non c'è discussione. Mancano norme concorrenti; i due ordinamenti s'incontrano in una norma coincidente; l'istituto del sequestro è statale ed esclusivo; non ci può essere sequestro se non dello Stato. Ciò si deve anche al suo energico carattere repressivo e coattivo, una specie di *brachium seculare*. È dunque l'istituto statale quello cui fa riferimento la norma concordataria e le leggi esecutive della Chiesa.

B) Esistono istituti statuali di controllo, concorrenti con quelli canonici. Esempi: a) il controllo di merito sui conti delle fabbricere e delle confraternite; b) il controllo ispettivo ed inquirente sulle fabbricere e sulle confraternite; c) l'autorizzazione agli acquisti; d) l'autorizzazione agli atti eccedenti, soltanto degli enti beneficiari; e) i controlli repressivi e cioè la sospensione dell'amministratore, od anche la nomina di un *vicarius*; la rimozione d'iniziativa dell'autorità civile; f) il *defectus* o la *neglegentia* (vedasi il nostro scritto in rivista "Il Diritto Ecclesiastico", 1935, p. 14 ss., n. 19-21).

I controlli statuali quasi sempre prevalgono, sono principali ed esclusivi; quelli canonici sono subordinati e: a) o non hanno alcuna funzione, sono *mere ecclesiastici*, si esauriscono nell'interna sfera canonistica, senza riflessi esterni; b) o hanno una funzione pregiudiziale di preparazione preliminare, la quale però si svuota d'ogni contenuto nel momento stesso del provvedimento statale; c) od hanno una funzione di coordinamento. È più spesso situazione o

rapporto puramente statico, coincidenza di fatto, non funzione giuridica

Non ha efficacia il controllo canonico che si espliciti nell'esame di merito dei conti preventivi e consuntivi e neppure quello inquirente od ispettivo sulle fabbricerie e sulle confraternite.

Qui come per l'autorizzazione all'acquisto e agli atti eccedenti, il controllo principale, assorbente ed esclusivo è quello dello Stato, e solo occasionale, se puranco coordinato, quello della Chiesa. Per il controllo repressivo della sospensione ed anche della nomina di un *vicarius adiutor*, c'è una norma statutale concorrente; c'è un coordinamento tra i due controlli, salvo la non concordante terminologia; anzi più che coordinamento è coincidenza; soltanto rimarrebbe a risolversi quale delle due norme debba prevalere, se quella statutale o quella canonica; la risoluzione avrebbe la sua importanza; ma la legge non la offre e dovrebbe, almeno in sede amministrativa e di esecuzione, nelle singole occasioni o provvedimenti, essere data di volta in volta, (vedasi nostro scritto in rivista "Il Diritto Ecclesiastico", 1934 p. 541 ss., n. 9 e ss.)

Quanto alla rimozione, invece, dei beneficiati, che voglia promuovere il Governo, la rimozione stessa resta di competenza dell'autorità ecclesiastica, e questa potrà prendere il provvedimento a richiesta del Governo; ma c'è, nella legge, il patto compromissorio di deferire, in caso di divergenza, la soluzione della questione a una commissione paritetica di delegati della Santa Sede e del Governo (art. 21, ultimo comma, Concordato). Questo è l'unico caso in cui il controllo dello Stato, nelle materie in cui è stabilito, non potrebbe raggiungere il suo effetto finale se non quando sia maturato l'accordo con l'altra autorità; e l'unico caso in cui i due controlli dovrebbero integrarsi e quindi sono posti sullo stesso piano con pari efficacia giuridica; ciò avviene perchè il Governo non è mai competente a prendere un provvedimento di rimozione.

Il "defectus", (mancanza od anche rifiuto) o la "neglegentia", dell'amministratore, che, nel diritto canonico, sono contemplati soltanto in occasione di liti (ma, per analogia, potrebbero essere rilevabili anche nell'amministrazione), mentre il "rifiuto", e la "trascuranza", nel diritto statutale, sono contemplati genericamente in qualunque attività dell'amministratore, possono essere considerati come equivalenti, concorrenti, paralleli: e tuttavia il solo istituto statutale è esclusivo ed assorbente e ciò anche perchè più vasto e comprensivo.

C) Non esistono istituti statuali concorrenti, ma i soli istituti canonici. Esempi: a) il controllo di merito sui conti di tutti gli enti, esclusi le fabbricerie e le confraternite; b) il controllo ispettivo ed inquirente su tutti gli enti fuorchè le fabbricerie e le confraternite; c) l'autorizzazione sugli atti eccedenti degli enti non beneficiari (vedasi retro n. 6); d) la rimozione d'iniziativa dell'autorità ecclesiastica.

Non sembra che il controllo di merito sui bilanci e sui conti consuntivi possa avere efficacia nello Stato. Si tratta di materia ove l'aspetto disciplinare si fonde intimamente o forse prevale su quello amministrativo. Ma la protezione di un tale rapporto non rientrerebbe nell'ordine giuridico statale, se non quando la potestà disciplinare terminasse in un provvedimento il quale, debitamente e ufficialmente comunicato al Governo, acquistasse con ciò senz'altro piena efficacia giuridica nei casi dell'art. 23 del Trattato.

Quanto alla rimozione, quando fosse dichiarata, su iniziativa unilaterale dell'autorità ecclesiastica, e il relativo provvedimento fosse stato comunicato ufficialmente all'autorità civile, a norma dell'ar. 23 del Trattato, come provvedimento disciplinare, sia pure causato da cattiva amministrazione, anche esso avrebbe senz'altro, come dice la legge, piena efficacia giuridica, senza bisogno di alcun atto di riconoscimento, o di approvazione, o di assenso, o di formula esecutiva da parte dello Stato; e senza altresì possibilità di alcun sindacato sia di merito che di legittimità da parte di organi statuali.

Infine quanto all'autorizzazione per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, essa è, in questi casi, sola ed esclusiva (gli enti sono quelli indicati retro al n. 6). Può valere questo controllo in confronto coi terzi? Un vescovo abbia venduto, senza autorizzazione, uno stabile di un seminario; potrebbe il suo successore invocare l'annullamento della vendita di fronte all'acquirente? O questi invece possa eccepire l'inefficacia della norma canonica che porti all'annullamento dell'atto di vendita per difetto dell'autorizzazione? Abbiamo già risolto questo quesito in senso affermativo, basandoci sul principio della necessità e dell'obbligatorietà della legittimazione ad agire dell'organo della persona giuridica esente. Infatti l'attività qui è illegittima e può farsi valere il diritto canonico, il quale, in questo caso, ammette una causa di nullità o di annullabilità identica a quella dal diritto civile stabilita rispetto all'attività analoga degli altri enti morali.

Ma sarebbe opportuno e lecito ammettere che questa autorizzazione abbia efficacia in tutti i suoi effetti, e in tutti i casi, nel diritto dello Stato, quando manchi una norma peculiare *in iure condito*, e quando profonde divergenze si rilevino fra questa autorizzazione e quella dello Stato, pure per gli atti eccedenti?

Divergenze, fra molte, sono le seguenti.

a) Le finalità del controllo dello Stato e quelle della Chiesa sono diverse; se anche si constatino norme di coordinamento, tuttavia le divergenze permangono intatte come caratteristica essenziale.

b) Mancherebbe agli enti esenti il diritto al ricorso gerarchico contro il diniego dell'autorizzazione.

c) L'inosservanza dei controlli porta, nel diritto canonico, una differenziazione fondamentale di norme (a parte l'imprecisione nel determinare se si tratti di nullità o di annullabilità): perchè manca la prescrizione della improcedibilità della lite, a causa del difetto di autorizzazione; perchè c'è la sostituzione del superiore all'inferiore, nell'impugnativa degli atti compiuti senza licenza preventiva, ecc..

d) Ma soprattutto non si capisce, infine, per quale motivo, in un certo settore, dovrebbe avere attuazione il controllo della Chiesa, a fini ampii, profondi, con strumenti precisi e specifici e immediati, e, pur mancando alcun coordinamento fra i due diritti, il controllo della Chiesa avere piena e diretta efficacia giuridica nell'ordinamento dello Stato; mentre, in altro settore, dovrebbe predominare soltanto il controllo dello Stato a fini più ristretti, più superficiali, con strumenti meno precisi e meno idonei, dandosi alle norme di coordinamento fra i due diritti soltanto un contenuto di parere non vincolante.

Il problema dovrebbe allora porsi così: se si attribuiscono conseguenze giuridiche al controllo della Chiesa sugli organi non controllati dallo Stato, non v'è ragione per cui si debba escludere che abbia efficacia, in pari grado, giuridica anche il controllo più ampio e più intenso che la Chiesa esercita sugli altri enti controllati dallo Stato. Il problema sarebbe totalitario. Il controllo della Chiesa dovrebbe avere efficacia giuridica su tutti i settori ed essere più ampio e più intenso in ogni campo.

21. — Da ciò si vede come, quando fosse affermata la piena efficacia giuridica del controllo della Chiesa, i due controlli dovrebbero essere posti sullo stesso piano ed anche la sistematica dovrebbe

riuscire diversa. Di fronte agli enti, rispetto ai quali lo Stato non riservi il proprio controllo, si parlerebbe tuttavia di vero controllo e di necessità giuridica di tale controllo, ma con forme, organi e sostanza diversi. Quale ne sarebbe il rapporto giuridico? Non si saprebbe trovare una definizione adeguata.

Comunque pare che si debbano distinguere le tre seguenti questioni.

a) Quale espansione possano trovare le norme del diritto canonico, relative ai controlli amministrativi, nell'ordinamento dello Stato; se, cioè, ed in quale ed eventuale misura, le norme stesse possano spiegare effetti giuridici nell'ordinamento statale; e se, spiegando tali effetti, siano i provvedimenti relativi soggetti al sindacato di merito o di legittimità da parte di organi dello Stato.

b) Se, pur non avendo o non potendo avere tutte queste norme, o soltanto alcune di esse, efficacia giuridica nell'ordinamento dello Stato, ed operino quindi esse nella pura sfera canonistica, cioè non ostante sia ammissibile, genericamente ed in astratto, e, se mai, in quale misura ed entro quali confini, un sindacato amministrativo o giurisdizionale degli organi dello Stato sull'attività amministrativa di controllo, o sull'attività giurisdizionale conseguente ad un controllo amministrativo degli organi della Chiesa.

c) Se, ed entro quali limiti - ed è questo il problema più imbarazzante - organi dello Stato o semplici *subditi legum* (chiamiamo, ci si consenta la convenzione, *subditi legum* coloro che possano invocare la legge dello Stato e debbano sottostare ad essa; e *subditi canonum* coloro che possano invocare e debbano sottostare alla legge canonica) possano affermare la pretesa di richiedere operativo l'esercizio del controllo amministrativo degli organi della Chiesa a particolari effetti.

E si potrebbe rispondere.

Ad a). Hanno efficacia giuridica le norme del diritto canonico, laddove la legge statale lo consenta: e lo consente espressamente infatti, e senza alcun limite di sindacato statale, secondo noi, l'art. 23 del Trattato: „Avranno... senz'altro piena efficacia giuridica, anche a tutti gli effetti civili, in Italia le sentenze ed i provvedimenti emanati da autorità ecclesiastiche ed ufficialmente comunicati alle autorità civili, circa persone ecclesiastiche o religiose e concernenti materie spirituali o disciplinari,.. Queste sentenze e questi provvedimenti, quando siano emanati in materia disciplinare. potrebbero

anche sostanziare atti di controllo sulle persone, quali amministratori.

Non parla altrettanto esplicitamente l'art. 30 del Concordato: "La gestione ordinaria e straordinaria dei beni appartenenti a qualsiasi istituto ecclesiastico od associazione religiosa ha luogo sotto la vigilanza ed il controllo delle competenti autorità della Chiesa, escluso ogni intervento da parte dello Stato italiano. . . .", - Qui manca il riferimento a particolari atti dell'autorità ecclesiastica, il riferimento ai soggetti passivi di questi atti, il riferimento alla condizione della comunicazione degli atti stessi alle autorità civili. Tanto meno contiene la clausola e la dichiarazione di volontà del legislatore: "*Hanno senz'altro piena efficacia giuridica, anche a tutti gli effetti civili*„. E sembra poco? Come opererebbe l'efficacia giuridica ipso iure?

Ad b). Non pare che si possa esplicitare alcun concreto sindacato statutale sull'atto di controllo degli organi della Chiesa, quando questo operi nella pura sfera canonistica; ma soltanto la generica ed alta vigilanza dello Stato, diretta ad accertare se, nell'interesse del vasto ordine giuridico, esista e funzioni il controllo prescritto dai canoni della Chiesa.

Ad c). Organi dello Stato e *subditi legum* possono, in taluni casi, accampare la pretesa che sia osservato l'esercizio attivo e passivo del controllo degli organi della Chiesa allo scopo di creare determinate situazioni di diritto che corrispondano ad analoghe situazioni del diritto comune statutale. Se infatti tali *subditi legum* siano tenuti a subire gli effetti di determinare norme canoniche, relative a controlli amministrativi, quando questi effetti fossero analoghi a quelli creati da norme del diritto comune statutale (per es: l'amministratore debba essere autorizzato alla vendita), allora è legittimo che i *subditi legum* possano pretendere questa osservanza.

Ma gli effetti dell'inosservanza delle norme relative ai controlli canonici, gli effetti della inosservanza delle norme relative agli atti di straordinaria amministrazione sui beni ecclesiastici (fra i quali, secondo la stessa legge canonica, occorre comprendere anche gli acquisti - vedasi altro mio scritto sui controlli amministrativi nel diritto canonico, nella rivista "*Il Diritto Ecclesiastico*, 1935 p. 15 n. 23) sono molteplici e diversi.

La mancanza della giusta causa (c. 1530 § I n. 2) e l'inosservanza delle prescritte formalità (c. 1530 § I n. 1: perizia; c. 1531 § I § 2: pubblicità degli incanti); come pure il mancato reimpiego (c. 1531 § 3) inducono la responsabilità di chi ha compiuto l'atto;

cosicchè all'ente danneggiato spetta l'azione personale contro di lui e contro i suoi eredi (c. 1534 § I; vedasi anche il c. 2347). A proposito delle liti senza licenza, la norma è soltanto amministrativa: la lite conserva la sua validità, però può essere reclamato il risarcimento del danno a carico di quegli amministratori i quali senza il prescritto consenso o consiglio abbiano agito in giudizio (c. 1635 § 4).

Invece nel caso che l'atto sia avvenuto senza autorizzazione, esso è invalido (c. 1530 § I n. 3; c. 1527 § I), vale a dire, annullabile, perchè l'ente non è tenuto a rispondervi (c. 1527 § 2), e l'atto può essere impugnato dall'amministratore stipulante, dal suo superiore, dai loro successori nell'ufficio ed anche da ogni chierico addetto alla chiesa danneggiata dall'atto stesso (c. 1534 § 2); l'azione è reale e può essere mossa contro qualunque possessore per la restituzione della cosa, salvo il diritto del compratore verso l'alienante o stipulante (c. 1534 § I).

Il repudio della donazione senza licenza dà luogo, se del caso, al risarcimento del danno o alla restituzione *in integrum*, ma questo è atto giurisdizionale e non amministrativo (c. 1536 § 3).

Può trovare quì applicazione la distinzione che abbiamo fatta tra *subditi legum* e *subditi canonum*.

Ci sono dei terzi estranei al rapporto giuridico generato dal controllo. Il rapporto giuridico generato dal controllo intercorre tra l'organo controllante e l'organo controllato. L'uno e l'altro sono *subditi canonum*. Terzi sono tutti coloro che restano estranei a questo rapporto e che vengano in considerazione in un momento successivo: e cioè, per esempio, gli acquirenti di beni ecclesiastici, gli eredi degli amministratori. Abbiamo visto che, secondo il diritto canonico, possono esplicarsi azioni di risarcimento contro gli amministratori e loro eredi, come pure azioni reali di restituzione verso acquirenti di beni ecclesiastici. Non solo: ma possiamo supporre che gli eredi degli amministratori abbiano delle ragioni di rivalsa da far valere contro le relative amministrazioni, in dipendenza di determinati atti di autorizzazione. Questi terzi allora sono da considerarsi *subditi canonum*, come i loro danti causa, oppure come *subditi legum*? Si badi bene che noi parliamo e stiamo sempre sull'ipotesi che la causale di tutte queste conseguenze sia stato un atto di controllo puramente canonico, cioè operante in quella sfera canonicistica la quale è lasciata alle facoltà libere della Chiesa.

Vogliamo discendere a fare qualche esempio che ci è occorso sott'occhio? Eccoli.

Un caso che dottrinalmente ci ha preoccupato (e del quale abbiamo trattato in altro nostro scritto, in rivista "Il Diritto ecclesiastico", 1934, p. 555, n. 19) è il seguente: un parroco è stato sospeso dall'amministrazione beneficiaria (caso analogo potrebbe ripresentarsi in Roma e nelle diocesi suburbicarie, vedasi art. 30 del Concordato, ultimo comma e art. 12 della legge 27 maggio 1929, n. 848) dal suo Vescovo; il provvedimento del Vescovo è stato comunicato al Governo, il quale l'ha fatto proprio, emanando altro decreto mediante il quale era nominato come coadiutore al parroco sospeso la stessa persona nominata dal vescovo ed in conformità al provvedimento vescovile. Sostanzialmente i diritti e doveri del coadiutore erano stati fissati nel provvedimento vescovile, ed in esso si diceva, fra l'altro, che il coadiutore temporale doveva presentare i rendiconti della gestione della temporanea coadiutoria non al parroco coadiuvato o sospeso, nè ai suoi familiari, ma al Vescovo. Il parroco sospeso dopo alcun tempo muore. Qui si aggiunge l'applicazione della norma secondo la quale "l'amministrazione e il godimento delle rendite, durante la vacanza, sono disciplinati dalle norme del diritto canonico", (art. 26 del Concordato). Non c'è soluzione di continuità: la sospensione del beneficiato o la sua coadiutoria, motivata da un atto di controllo, e la gestione di vacanza si regolano entrambi secondo le norme del diritto canonico. E qui si domanda: quali diritti hanno gli eredi in rapporto al rendiconto di gestione periodo della coadiutoria? Hanno diritto di chiedere questo rendiconto ed hanno altresì diritto di esaminarlo, e di opporsi eventualmente ad esso? Sono *subditi canonum* o *subditi legum*?

Altro esempio: un beneficiato (non dicasi che casi di beneficiati non si presentino più, perchè i beneficiati congruati e congruabili vanno soggetti sempre al controllo assorbente degli organi dello Stato; casi si ripresentano, come abbiamo detto sopra) è stato autorizzato a far proprii alcuni cespiti e capitali del beneficio con l'obbligo di eseguire certi lavori, mettendo peraltro a suo carico personale ogni eccedenza di spesa. Dopo qualche anno, e troppo presto, questo beneficiato muore, subentrano gli eredi, i quali sono terzi in relazione al rapporto giuridico generato dal controllo. Questi eredi debbono rispondere del debito contratto dal loro dante causa per quell'eccedenza di spesa? Potrebbe sembrare che l'obbligazione

di debito fosse oramai entrata nel patrimonio privato del beneficiato e che quindi, come tutto il suo patrimonio privato, si trasferisca agli eredi. Ma è proprio vero questo? Quell'onere dell'eccedenza di spesa invece non si fondava sul presupposto che il beneficiato godeva ed avrebbe presumibilmente continuato a godere per un certo lasso di tempo, in avvenire, le rendite beneficali? Il problema non è da scartarsi senz'altro, ma è da pensarci sù. Ricordiamo un caso in cui gli eredi resistettero e si venne ad una, sia pure modesta, transazione. Ma l'autorità superiore centrale insisteva a voler riconoscere gli eredi come terzi estranei al rapporto beneficale. E se questo diritto di terzo estraneo al rapporto beneficale potesse riconoscersi, putacaso, fondato, allora gli eredi non sono *subditi canonum*, ma *subditi legum*.

Altro esempio ancora e poi abbiamo finito. Un beneficiato viene autorizzato a far proprio un edificio del beneficio in cambio di certe spese e lavori che egli aveva eseguiti. Il parroco stesso viene a morire, senza aver fatto proprio lo stabile. Gli eredi avrebbero diritto di far proprio lo stabile. È, questo, un caso meno saliente dei precedenti; ma, comunque, l'eredità è da considerarsi *subditus legum* o *subditus canonum*?

Ci sono atti sindacabili o non sindacabili dai *subditi legum*, perchè questi *subditi legum* siano estranei alla sfera dell'ordinamento canonico o non estranei ad esso? Se ci si pone dal punto di vista che il controllo esclusivamente canonico è un'affermazione di libertà della Chiesa, di fronte a questa sfera di libertà possono venir contrapposti soggetti che diventino antitetici ad essa perchè non sudditi di essa? Posizioni di soggetti che possono restare o non voler restare passivi? I terzi estranei hanno da opporre eccezioni e possono esplicitare una difesa contro l'esistenza, in loro pregiudizio, di effetti giuridici che siansi prodotti nella pura sfera canonica?

Vi sono lacune e silenzi nel sistema positivo di questi controlli, nati gemini nel Concordato, che attendono esplicitazioni teoriche e pratiche ulteriori o, meglio, una modifica legislativa o almeno un'interpretazione autentica. A nostro avviso, il riconoscimento diretto o indiretto del controllo canonico trova limiti soprattutto quando gli effetti si allarghino alla sfera del diritto dei terzi che siano *subditi legum* e non *subditi canonum*.

Molti altri aspetti potrebbe presentare la posizione del terzo, anche nel regime dell'amministrazione dei beni ecclesiastici, ma la dottrina non li ha ancora indagati. E la disamina non potrà progredire, nè potrà sollevarsi ad un più alto livello se non, da una parte, discendendo allo studio di dettagli teorici e di effetti pratici minuti e più sostanziosi, e, d'altra parte, risalendo, fisso lo sguardo ad altri fenomeni analoghi del diritto concordatario, verso problemi più vasti e dottrine più generali.

GIUSEPPE FORCHIELLI

Professore nella Regia Università di Macerata

Direttore responsabile: Luigi Renzetti

Coi tipi dello Stabilimento Tipografico Editoriale Urbinato - Urbino

RECENSIONI

GIOVANNI LEONE: *Del reato abituale, continuato e permanente*,
Napoli, Jovene e C. Ed. 1933 - XI, pagg. 581.

In questo ampio volume sono raccolte tre monografie su argomenti che presentano difficoltà non lievi dal punto di vista teorico: esse non sono tra di loro slegate perchè il valoroso autore sa assergere sempre alla visione unitaria dei problemi e all'inquadramento sistematico delle dottrine. Questo è il pregio maggiore del cospicuo e meditato lavoro. L'Autore è informatissimo della nostra come della letteratura straniera, specie tedesca e francese: egli sa cogliere quanto di buono queste hanno prodotto e sceverare tutto quello che non può servire all'interpretazione e sistemazione delle disposizioni legislative contenute nel nostro codice penale. La giurisprudenza è tenuta pure presente e vagliata al lume dei principi. Ci troviamo indubbiamente di fronte ad una delle migliori opere uscite nel nostro campo nello scorso anno, che è stato così ricco di lavori pregevoli e originali.

Il reato abituale non era stato ancora tra di noi particolarmente esaminato; solo alcuni accenni molto rapidi si potevano trovare nei vari trattati.

Esso è quel reato alla cui consumazione è necessaria non una pluralità di atti come nel reato plurisussistente, ma una pluralità di azioni che isolatamente prese potrebbero di già costituire ciascuna un reato. Bisogna, all'uopo, distinguere, per non generare delle confusioni di concetti, tra reati necessariamente abituali e reati eventualmente abituali. Alla configurazione dei primi è necessaria la ripetizione di più azioni, perchè questa pluralità è considerata dalle norme come elemento costitutivo del reato (es. sfruttamento di pro-

stituite), per i secondi la ripetizione di più azioni costituisce solo - come generalmente si ritiene - una circostanza aggravante (es. relazione adulterina). Il LEONE dedica in modo particolare la sua attenzione alla prima figura del delitto abituale, a quella che richiede una pluralità di azioni. In questo reato le singole azioni prese isolatamente prima del compimento dell'azione conclusiva non hanno rilevanza ai fini penali. Vi è incertezza sulla loro qualificazione giuridica: esse potranno assumere carattere antigiuridico solo se sarà compiuta l'azione conclusiva. Nei loro confronti il LEONE applica il concetto della situazione giuridica elaborato particolarmente dai privatisti, ma pure idoneo a spiegare molti fenomeni nel campo del diritto pubblico e in quello penale. Questo concetto è inteso a "identificare lo stadio nel quale il diritto soggettivo statale di punire non sia ancor sorto, ma si trovi in divenire, in quello stato di perplessità, di fronte al quale non si può dire se tale diritto sorgerà o non sorgerà,.. Nel delitto abituale non si può, quindi, parlare di un iter criminis, perchè questo postula la rilevanza giuridica di ogni singolo atto in cui si può scomporre un processo esecutivo. Questa rilevanza, invero, manca alle singole azioni che concorrono a formare il reato abituale, per cui esso non è passibile di realizzazione imperfetta nella forma del tentativo.

Occorrono, quindi, più azioni identiche: quest'identità si determina in base all'identità del bene o interesse che dall'azione viene aggredito. Il LEONE combatte la tesi che nega costituire la pluralità di azioni un elemento costitutivo del delitto abituale mentre basterebbe anche una sola azione che rivela un particolare carattere del colpevole. Il Tatbestand del reato abituale si caratterizza, invece, dalla commissione di una pluralità di azioni la cui abitualità non va psicologicamente intesa, ma interpretata nel senso di ripetizione, reiterazione.

Al reato abituale è necessaria anche una pluralità di eventi, i quali però hanno un significato particolare, intermedio tra quello naturalistico e quello giuridico, perchè l'evento " nel senso squisitamente giuridico interviene nel momento finale e conclusivo, quando, cioè, si sarà costituita quella serie di azioni che si richiede per la integrazione del reato. Ma esso, però, si porge come la risultante dei singoli eventi, come il complesso dei singoli momenti effettuali,.. Il LEONE accetta la teoria giuridica dell'evento per cui esso consiste nella lesione del bene o dell'interesse tutelato, ma forse non si avvede che questa con-

cezione non si concilia con la dottrina del Tatbestand (somma degli elementi materiali che caratterizzano un tipo di reato) che l'Autore accoglie alle soglie del volume. Qualora si dia all'evento (che fa parte del fatto) una colorazione giuridica, sparisce inesorabilmente quella tripartizione degli elementi del reato (fatto, illiceità, colpevolezza) che rappresenta una sicura conquista della moderna dogmatica giuridico-penale.

Il momento esecutivo del reato abituale coincide con l'evento conclusivo. Il LEONE passa, quindi, ad esaminare il problema del dolo e dopo di avere acutamente messe a confronto le teorie di MANZINI e MASSARI sui rapporti tra dolo e processo esecutivo del reato, conclude che il dolo deve stare alla base di ogni azione che concorre alla formazione del reato abituale "pena la sua amputazione dal complesso organismo prasseologico". Il dolo, però, a differenza di quanto avviene nel delitto continuato, è unico ma complesso. "L'unicità del dolo è data dall'unicità dell'evento che è la risultante dei singoli eventi consecutivi alle singole azioni".

A differenza del reato abituale, il reato continuato è stato ampiamente trattato nella nostra letteratura anche per il lungo passato che questo reato ha dietro di sé. Il LEONE, però, non ha fatto opera vana, non si è limitato a ripetere e catalogare quanto altri prima di lui avevano detto, perchè, con l'acume e la chiarezza che lo distinguono, ha cercato di inquadrare l'interessante fenomeno nella teoria generale del concorso di reati. Egli ha il merito di aver dimostrato come la figura del reato continuato possa estendersi, nonostante la contraria lettera della legge, anche al caso di più violazioni della stessa disposizione di legge compiute con un'unica azione od omissione, caso che finora era stato considerato come un'ipotesi di concorso ideale di reati. L'argomentazione in proposito è persuasiva. Si sarebbe potuto avvertire come la ragione ultima sta forse in ciò: nel concorso ideale ci troviamo sempre di fronte ad un unico evento naturalisticamente inteso, mentre nel reato continuato c'è sempre una pluralità di eventi intesi in senso naturalistico. L'asse della discussione va, quindi, spostato dal campo dell'azione in quello dell'evento: al reato continuato non è necessaria una pluralità di azioni (come sinora si era ritenuto), ma una pluralità di eventi che possono scaturire anche da una sola azione od omissione.

Si richiede la violazione della stessa disposizione di legge: il LEONE dimostra come per stessa disposizione di legge debba inten-

dersi la stessa oggettività giuridica del reato, la lesione cioè dello stesso bene o interesse tutelato, per cui è possibile ammettere la continuazione tra reato tentato e consumato, semplice e circostanziato, e via dicendo.

L'esame del disegno criminoso porta l'autore ad escludere che per disegno criminoso possa intendersi il dolo, perchè ideazione e risoluzione sono concetti diversi: ogni singolo reato deve essere animato dalla propria risoluzione, ma le più risoluzioni devono essere tra di loro legate dallo stesso disegno criminoso, che il LEONE fa consistere in un desiderio che spinge un soggetto ad ideare una serie di atti delittuosi contro lo stesso bene o interesse tutelato. La diversità dei soggetti passivi dei vari reati in continuazione non spezza l'unità del disegno criminoso.

Qual'è la natura giuridica del reato continuato? La domanda è importante, perchè una risposta o l'altra trae seco delle conseguenze giuridiche tra loro diametralmente opposte. Si tratta di vedere se la finzione giuridica opera radicalmente sulla pluralità dei reati sì da trasformarla in una unità oppure se essa lascia anche giuridicamente sopravvivere a certi effetti la pluralità dei reati; in altre parole se si tratta di una finzione illimitata che trasporta senza restrizione alcuna sul fatto base tutte le conseguenze giuridiche del fatto-finto o di una finzione limitata ad alcuni effetti particolari. Il LEONE sostiene che la finzione (la quale non può venir negata perchè la tenuità del disegno criminoso non è tale da fondere in un reato unico una pluralità di reati) è limitata, in quanto riguarda solo la pena. Dall'unificazione legale " non nasce quindi un nuovo reato, pur inteso come la risultante o il complesso degli altri singoli reati. Questi, invece, conservano la loro indipendenza, logica e strutturale, e concorrono alla formazione di una fittizia entità unica, solo ai fini dell'applicazione di una pena minore „.

Per l'esatta comprensione del reato permanente il LEONE avverte come non si possa prescindere dalla natura del bene che viene leso dall'azione delittuosa: ci sono dei beni materiali e dei beni immateriali. La norma che tutela i primi, in quanto non sono suscettibili di compressione, si esaurisce nel momento in cui l'agente viene a contatto con il bene; la norma, invece, che tutela i secondi si scinde in due diversi distinti imperativi: quello che comanda o vieta un determinato comportamento e quello che impone al soggetto che ha agito in apposizione al primo la rimozione dello stato antigiuridico

cagionato. A questa duplicità di imperativi corrispondono due diverse fasi della condotta nel reato permanente: una prima fase che può essere tanto di azione come di omissione, e una seconda fase che è sempre di omissione. Ma perchè questa seconda fase abbia luogo e sorga così la figura del reato permanente, è necessario che la rimozione dello stato antiggiuridico sia in facoltà dell'agente; altrimenti non avrebbe ragion d'essere il secondo imperativo che intanto ha un valore in quanto il destinatario abbia la possibilità morale e fisica di agire o non in sua conformità.

La volontà deve estendersi a tutte e due le fasi della condotta: non basta che essa sorregga la prima fase e la seconda sia imputata in base ai criteri di imputabilità dell'*actio libera in causa*. Il LEONE rigetta questa opinione e conclude che è essenziale alla seconda fase del delitto permanente la volontà di mantenere o di non rimuovere lo stato antiggiuridico cagionato. Il delitto permanente si caratterizza per la permanenza dell'evento, non delle conseguenze che dall'evento possono derivare. L'evento si inizia "quando si verifica la lesione del bene giuridico, lo stato di compressione del bene medesimo", e si esaurisce quando per una causa qualsiasi si interrompe la condotta dell'agente.

Mi pare inutile insistere sul fatto che il LEONI sottopone ad ampio ed accurato esame le principali figure di reato abituale e di reato permanente. Anche i riflessi processualistici sono esaminati specie in riferimento alla querela, alla contestazione e al giudicato. Ma su ciò avremo presto occasione di parlare a lungo.

GIUSEPPE BETTIOL

