

ANNO XI - N. 1-2 — MARZO-GIUGNO 1937 - XV

STVDI VRBINATI

RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE

DIRETTA DA

UGO TOMBESI

prof. di dir. finanz. e scienza delle fin.
preside della facoltà di giurisprudenza

CANZIO RICCI

prof. di medicina legale e delle assic.
rettore dell'Università

LUIGI RENZETTI

presid. della R. Accademia Raffaello



S. T. E. U. - VRBINO

IN VRBINO: PRESSO L'UNIVERSITÀ DEGLI STVDI

SOMMARIO

PIO FEDELE, <i>Appunti di diritto concordatario</i>	pagg. 1
MARIO STOLFI, <i>La disciplina convenzionale della produzione e della vendita</i>	63
GIUSEPPE BRANCA, <i>La legittimazione passiva del possessore nell'azione possessoria Giustiniana</i>	98
GIUSEPPE BRANCA, <i>Il pegno pretorio</i>	105

COMITATO DI REDAZIONE

I professori dell'Università di Urbino: Giuseppe Branca, Tite Carnacini, Tullio Delogu, Pio Fedele, Ugo Mancinelli, Antonio Marongiu, Canzio Ricci, Lino Salis, Mario Stolfi, Ugo Tombesi, Renato Treves.

COLLABORATORI

Gli ex-professori dell'Università di Urbino: Luigi Abello, Alberto Asquini, Guido M. Balbi, Claudio Baldoni, Giulio Battaglini, Arnaldo Bertola, Giuseppe Bettiol, Walter Bigiavi, Pompeo Biondi, Gian Piero Bognetti, Guido Bonolis, Giacinto Bosco, Ugo Brusich, Antonio Butera, Francesco Calasso, Valentino Caposci, Mario Casanova, Giovanni Cristofolini, Francesco D'Alessio, Giuseppe Menotti De Francesco, Arnaldo De Valles, Agostino Diana, Guido Donatuti, Francesco Ercoli, Giuseppe Ermini, Carlo Forta, Giuseppe Fèrrì, Eugenio Florian, Giuseppe Forchielli, Gian Carlo Frè, Camillo Giardina, Audrea Guarneri Citati, Carlo Girola, Nicola Jaeger, Eidero La Lumia, Lando Landucci, Mario Lauria, Ruggero Luzzatto, Teodosio Marchi, Rosario Mazzone, Guido Mengozzi, Francesco Messina, Roberto Montessori, Gaetano Morelli, Umberto Navarini, Oreste Nigro, Ferruccio Pergolesi, Raffaele Resta, Mario Ricca Barberis, Alfredo Rocco, Lanciotto Rossi, Mario Rotondi, Giovanni Salemi, Francesco Santoro-Passarelli, Guglielmo Sabatini, Roberto Scheggi, Antonio Scialoja, Manfredi Siotto Pintor, Siro Solazzi, Cesare Tamedei, 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.

APPUNTI DI DIRITTO CONCORDATARIO (*)

I. SULLA NATURA GIURIDICA DEL CONCORDATO

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali. Il mio punto di osservazione. — 2. Sintesi e valutazione critica delle varie teorie. — 3. I principi della c. d. dottrina del potere indiretto in relazione al diritto concordatario. — 4. Loro riscontro nella odierna realtà storica. — 5. La dottrina del potere indiretto nella formazione e nel regime del concordato. — 6. La dottrina del potere indiretto e la clausola *rebus sic stantibus*. — 7. Denuncia pontificia *absque causa* del concordato. — Osservazioni pratiche. — 8. Dichiarazioni pontificie. Rilievi dogmatici. — 9. Invalidità della denuncia pontificia *absque causa* del concordato. — 10. Incoerenza dei fautori della teoria contrattualistica. — 11. Pretesa coincidenza della teoria privilegiaria e della teoria contrattualistica. — 12. Il momento formativo del concordato. — 13. Il regime del concordato. — 14. Conclusione.

1. — È stato giustamente rilevato che il problema della natura giuridica del concordato - che, forse, costituisce il punto centrale e più critico di tutto il diritto concordatario - presenta diverse impostazioni e soluzioni, secondo che lo si consideri o dal punto di vista dell'ordinamento giuridico canonico, o in relazione ai vari ordinamenti giuridici statali, o dal punto di vista dell'ordinamento giuridico internazionale, o rispetto alla teoria generale del diritto (cfr. JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Città di Castello, 1933, p. 44).

(*) All'indole di questi appunti non s'addiceva un largo apparato bibliografico. Ho soppresso quindi le note ed inserito nel testo le brevi e non molte citazioni. Non riuscirà difficile al colto lettore moltiplicare alcune di esse.

Ma, anche se considerato nell'ambito di un determinato territorio, il suddetto problema offre svariate configurazioni. Così, nel campo dell'ordinamento canonico, varie sono le teorie messe innanzi per determinare la natura giuridica del concordato, varie le figure che ci offrono le diverse epoche storiche. Di vero, nello stesso *ius publicum ecclesiasticum*, il concordato per alcuni è manifestazione della sola volontà della Chiesa, per altri è manifestazione della sola volontà dello Stato, per altri ancora è manifestazione dell'una e dell'altra volontà; per alcuni il concordato ha soltanto efficacia morale, per altri ha anche efficacia giuridica.

Dato questo stato di cose, si comprende come sia sempre stata ardua impresa quella di farsi a ricercare, in questa materia, un unico principio informatore capace di regolare tutte le varie configurazioni del medesimo problema, in un modo perfettamente logico ed uniforme.

Quando, poi, si pensi che non soltanto l'incrocio di diversi ordinamenti giuridici - dal canonico allo statuale ed all'internazionale - o il contrasto di diverse costruzioni teoriche, in seno ad uno stesso ordinamento giuridico, ma anche l'evoluzione storica del diritto concordatario ha fatto, di volta in volta, prevalere l'una o l'altra tendenza, sotto il movente di motivi eminentemente politici, meglio ancora si potrà intendere quanto difficile riesca sottoporre ad analisi critica tendenze opposte, o credute tali, e decidere quale di esse debba dominare. Che anzi, non sembrerà strano il dire che sarà sempre possibile spiegarsi le opposte tendenze, ove si consideri che, mentre l'una potrà aver trionfato per determinate esigenze politiche, l'altra potrà essere prevalsa in un'epoca storica in cui esigenze diverse erano sentite; l'una potrà trovar fondamento su ragioni e finalità proprie di un determinato ordinamento l'altra potrà appoggiarsi con egual fondamento logico e giuridico su ragioni e finalità peculiari di altro ordinamento.

Tutto ciò vale a spiegare come le costruzioni teoriche abbiano trovato in questa materia il terreno più adatto per sorgere e svilupparsi. Non credo di esagerare affermando che non c'è territorio, forse, dello *ius publicum ecclesiasticum* o del c. d. diritto internazionale ecclesiastico in cui, come nel presente, la costruzione sia stata opera di speculazione, a volte anche terribilmente dialettica, la dimostrazione di una tesi abbia significato assoluta demolizione

di un'altra e il processo critico sia riuscito più brillante, per quanto, il più delle volte, niente affatto convincente.

L'indirizzo speculativo, che nel presente territorio predomina sicuramente più che altrove, può, almeno in parte, trovare la sua giustificazione nel fatto che là dove elementi, principî e norme sono o sembrano in contrasto tra di loro, è giocoforza informare una costruzione giuridica a criteri d'ordine generale, pur nella convinzione di non poter riuscire ad una costruzione armonica e comprensiva di tutti i coefficienti da cui risulta il fenomeno giuridico che si intende a studiare.

Ma il male si è che, troppo spesso, giovandosi dei risultati della speculazione e della critica dell'altrui tesi sol per fare prevalere la propria, si è da più di uno scrittore cercato di armonizzare, con indicibili sforzi di dialettica, a tutto scapito del buon senso e della logica, le categorie astratte con le singole parti del regime positivo. Mai, forse, come in questo caso, sarà stato opportuno ripetere quanto proprio sul tema attuale si è osservato, che cioè il diritto deve costruire le sue figure alla stregua dei fatti, e non può costringere questi a piegarsi e a deformarsi per rientrare nell'ambito delle figure già formate; chè altrimenti si riesce necessariamente non già ad una sistemazione organica e logica dei fatti, sibbene ad un travisamento della loro natura (cfr. JEMOLO, *op. cit.*, p. 50).

L'ultimo scrittore, a mia notizia, che ha interloquito, nella vetusta ed insigne disputa sulla natura giuridica dei concordati nello *ius publicum ecclesiasticum*, dopo aver compiuto un riesame critico generale della dogmatica giuspubblicistica ecclesiastica attuale sulla natura, sul valore giuridico, sui caratteri e sugli effetti propri del concordato, ed aver fatto, dirò così, il bilancio di tutti gli argomenti a favore e contro le tesi finora difese, ha potuto concludere che i concordati devono essere considerati - sulla base della teorica giuspubblicistica ecclesiastica, alla quale l'indagine era limitata - quali semplici concessioni o privilegi, che la Chiesa elargisce allo Stato (D'AVACK, *La natura giuridica dei concordati nel ius publicum ecclesiasticum*, in Studi in onore di F. Scaduto, Firenze, 1936, vol. I, p. 181). Senonchè, questo scrittore non ha potuto disconoscere che tale concezione rappresenta un vero anacronismo e che, anzi, è una vera incomprendione giuridica attribuire ai concordati una siffatta natura ed un tale valore assolutamente in contrasto con la loro ragion d'essere, i loro caratteri ed il loro scopo. Perocchè, se da una parte

c'è il potere diretto ed indiretto della Chiesa, dall'altra parte c'è lo Stato moderno che non sa nè può adattarsi in un piano di inferiorità rispetto alla Chiesa, ma intende entrare con questa in rapporti da pari a pari, "con la convinzione che dall'atto concluso debba discendere un effettivo vincolo giuridico non solo per esso, ma anche e soprattutto per la Chiesa,, (cfr. D'AVACK, *Studi Scaduto*, cit., p. 159). Ond'è che non a torto taluno ha potuto scrivere che, ridotti i concordati a indulti o privilegi sempre revocabili dalla S. Sede, sempre obbligatori, per contro, per lo Stato, "l'ère des concordats serait close, car il n'y aurait nulle part un gouvernement tellement imprévoyant, tellement dépourvu de dignité qu'il consentit à s'obliger sans qu'on soit lié envers lui,, e soggiungere queste parole alquanto dure: "Alors, par la faute de Rome, il ne resterait plus, pour trancher les difficultés nées entre l'Eglise et l'Etat, qu'un moyen, la force. La force morale du côté de l'Eglise, la force matérielle du côté de l'Etat., (OLLIVIER, *L'Eglise et l'Etat au Concile du Vatican*, Paris, 1877, vol. I, p. 89).

Premesse queste considerazioni generali, nel riprendere in esame un tema così vecchio, sul quale pur di recente altri ha versato con rara competenza (D'AVACK, *op. cit.*) mi corre l'obbligo di precisare, innanzi tutto, il mio punto di osservazione.

Scettico riguardo al valore assoluto ed esclusivo di una tesi piuttosto che di un'altra, fra le tante messe innanzi e strenuamente difese; contrario agli eccessi così della rigorosa logica formale dei principî sulle ragioni pratiche, come di queste su quella; alieno da proposizioni troppo radicali che rischiano di portare ad un significato assurdo, o eretico addirittura, tesi largamente diffuse tra autori valentissimi ed ortodossi; io prenderò in considerazione non già l'intera dottrina o la pratica del diritto concordatario e neppure tutti gli aspetti che può presentare il problema della natura giuridica dei concordati - alcuni dei quali, per vero, eccederebbero addirittura i limiti dello stesso diritto concordatario ed internazionale -, ma sì quei temi, che, a mio giudizio, debbono riguardarsi come i punti critici di tutte le discussioni che vivacemente si agitano in questo territorio del diritto pubblico ecclesiastico, come i punti (è utile spiegare) al cui vaglio si saggia non soltanto la bontà di una conclusione su una determinata questione, ma anche la forza di resistenza di tutto il sistema concordatario.

Rinunciando ad un esame completo della legislazione, della

dottrina e della pratica concordataria, io dirigo la mia indagine verso quei postulati dogmatici (quale, in primo luogo, la superiorità della Chiesa sullo Stato e quindi il suo potere indiretto, in relazione al principio fondamentale vigente in materia "pacta sunt servanda",), che più mi sembrano atti a vagliare le possibilità delle tendenze vecchie e nuove, estremiste e intermedie, circa la natura giuridica del concordato, ed a rivelare, da un canto, quale sia la tendenza che meglio riesca a conciliare le esigenze inderogabili del dogma e della logica con le non meno inderogabili esigenze di un dato momento storico, e quali siano le condizioni politico-sociali più adatte al trionfo di una tendenza piuttosto che di un'altra; d'altro canto, se il regime concordatario, dati gli inderogabili principî su cui poggia, pur ammesso che realizzi l'*optimum* nel sistema delle relazioni tra Stato e Chiesa, debba riguardarsi come un regime stabile e definitivo, sia pure da un punto di vista astratto, ovvero debba considerarsi come un regime per sua natura labile, cioè destinato a cadere, non dico nei casi di cambiamento di governo da parte dello Stato concordatario - chè ciò appare evidente - o nei casi in cui la clausola "rebus sic stantibus", entri in giuoco a limitare la forza del principio "pacta sunt servanda", ma sì tutte le volte in cui il Pontefice si trovi nella necessità di far valere la sua qualifica di giudice supremo di tutte le obbligazioni assunte, qualifica, che egli ha non per sua volontà ma per divino precetto e della quale, pertanto, non può assolutamente spogliarsi.

2. — Il quadro delle varie teorie è noto: la teoria cosiddetta legale, la teoria contrattualistica e la teoria privilegiaria, con tutte le loro rispettive filiazioni più o meno dirette - teoria dell'atto extragiuridico, sostenuta dallo Stutz; teoria del contratto di diritto pubblico, sostenuta dal Falco; teoria mista del Wernz; teoria dei privilegi convenzionali (*Scheinvertragstheorie*); teoria del trattato *sui generis*; teoria dell'accordo interpotestativo o del trattato di diritto intersovrano; teoria del trattato quasi internazionale; teoria delle convenzioni diplomatiche. (Si veda un'accurata esposizione di queste teorie in H. WAGNON, *Concordats et droit international*, Gembloux, 1935, pp. 2-13).

È un argomento, il nostro, in cui dai fautori delle tre famose teorie, legale, privilegiaria e contrattualistica, sino ai seguaci delle teorie eclettiche che, più o meno, delle tre principali tesi ri-

producono i criteri e gli schemi, o con opportuni temperamenti o con lievi sfumature poco più che formali, gli scrittori possono dividersi in due schiere, secondo che essi, pur muovendo da presupposti diversi, aderiscano alla tendenza che vede nelle figure giuridiche schemi fissi ed immutabili entro i quali adattare o costringere i fatti, magari a costo di snaturarli, ovvero diano maggior peso alla realtà giuridica, sociale e politica, e ritengano possibile ampliare o restringere, secondo i casi, i tipi astratti per ospitare in essi l'infinita varietà del reale pratico.

I seguaci della prima tendenza si ispirano, naturalmente, a motivi d'ordine prevalentemente razionale e speculativo e, a volte, pur di non sacrificare la rigorosa logica formale delle loro costruzioni, tradiscono e deformano la realtà, persino quando le più manifeste ragioni pratiche postulino proprio l'opposto, cioè l'abbandono di schemi e tipi fissi. I seguaci della seconda tendenza, per contro, si ispirano a motivi di carattere contingente, quali, soprattutto, sono i fattori politici di un determinato momento storico e, a volte, pur di far prevalere i criteri di opportunità che la molteplice realtà suggerisce, sembrano anche disposti a porsi a tergo la logica, anche là dove le esigenze di questa sembrerebbero non ammettere vie di uscita.

Non c'è una successione storica fra le varie teorie. Ma è certo che oggi il dissenso è più vivacemente dibattuto tra la teoria del contratto e quella del privilegio. Ed è certo, altresì, che se vi ha teoria da respingere senz'altro, senza neppure indagare se essa si ispiri all'una o all'altra delle sopradescritte tendenze, è indubbiamente quella legale o giuridica con tutte le sue filiazioni più o meno dirette ed appariscenti. Innanzitutto, essa è anacronistica, perchè anacronistici sono i principî ai quali essa si ispira. Di vero, se nel secolo passato andarono in voga concezioni estremiste e giurisdizionalistiche, che al solo Stato riconoscevano sovranità ed indipendenza, nell'attuale ora storica queste concezioni radicali possono considerarsi del tutto abbandonate. Oggi nessuno pretende più di ignorare le qualità essenziali della società ecclesiastica, qualità che la pongono su un piede di parità con lo Stato, dal punto di vista della capacità giuridica spettante al potere laico ed al potere religioso. In secondo luogo, il principio-base della tesi regalistica che la Chiesa è un ente compreso ed operante nello Stato è ignorato così dal

diritto della Chiesa come dal diritto dello Stato (cfr. JEMOLO, *op. cit.*, p. 134).

Non potendosi raggiungere, nell'organismo del regime concordatario, una perfetta armonia di linee ed essendo, perciò, necessario utilizzare quei motivi che meglio appaiano conciliabili, o meno in contrasto con le singole parti da cui esso risulta formato coi molteplici aspetti che esso presenta - è una pura illusione, forse credere che si possa trovare una teoria la quale riassume ogni aspetto del sistema concordatario -, io ritengo che, in definitiva, non abbiano ragione le difficoltà ed i dissensi vivaci in cui si dibattono gli scrittori allorchè si accingono a ricercare il fondamento ed il valore del diritto concordatario. Poichè versiamo in un territorio in cui, più che altrove, la più manifesta praticità della vita suggerisce o addirittura impone l'interpretazione più opportuna; onde questa, sul terreno della realtà acquista la massima libertà di fronte alle ragioni logiche ed astratte.

La verità fondamentale è che al di là di tutte le sfumature, più o meno apprezzabili, di pensiero o di formulazione, mentre la teoria privilegiaria presenta una maggiore aderenza a quelli che, nella soggetta materia, possono chiamarsi i motivi razionali o dommatici, la teoria contrattualistica trova una più poderosa efficienza nella vita.

Nondimeno, avrebbe sicuramente torto chi pensasse che questa seconda teoria, pur di non snaturare i fatti e tradire la realtà sociale e politica, riesca ad un totale disconoscimento degli elementi e dei principî cui la prima tesi si ispira. Mi sembra, anzi, a questo proposito, quanto mai significativo il fatto che, recentemente, si sia affermato una totale coincidenza di presupposti tra le due dottrine in parola; onde, essendo i presupposti della tesi privilegiaria quelli stessi da cui parimenti muovono gli assertori della tesi contraria, i concordati nella loro sostanza giuridica effettiva, "quale che possa essere la loro forma di redazione e l'apparenza esteriore dell'atto in cui risultano consacrati, non potrebbero essere altrimenti considerati, sulla base della teoria giuspubblicistica ecclesiastica - s'intende appunto anche di quella contrattualistica - che quali semplici concessioni o privilegi che la Chiesa elargisce allo Stato,, (cfr. D'AVACK, *Studi Scaduto*, cit., p. 181). Come a tale estrema conseguenza non sia possibile arrivare, si vedrà più innanzi; per adesso basti constatare che questa conseguenza,

anche se inaccettabile, dimostra che la dottrina contrattualistica è ben lungi dal sacrificare ogni ragione dommatica e logica pur di far trionfare fattori e coefficienti di indole eminentemente pratica. Il che segnerebbe davvero il fallimento di una teoria, la quale, pur senza pretendere di aver un valore assoluto e rigorosamente scientifico, aspiri nondimeno ad avere una base non esclusivamente empirica.

3. — Se obiettivamente si considerino le varie teorie sulla natura giuridica del concordato, astenendosi da ogni dichiarazione in favore dell'una o dell'altra, o, meglio ancora, se più che ai vari schemi costruiti si abbia riguardo alla sostanza delle cose, non si durerà molta fatica ad accorgersi che tutte le difficoltà e tutti gli imbarazzi degli scrittori derivano, direttamente o indirettamente, in modo palese o nascosto, dal fatto che qui è in campo un elemento, dirò così, perturbatore della logica pura e dell'armonia della nuda costruzione giuridica, un elemento che provoca gravi contrasti in tutto il regime teorico e positivo concordatario, sì da rendere molto problematica, se pur non impossibile, la conciliazione degli interessi in conflitto e da metter quindi a dura prova la forza di resistenza di un istituto, che, per quanto in questi ultimi tempi sia andato assumendo uno sviluppo sempre crescente ed un'importanza veramente singolare, e per quanto si voglia riguardare come l'istituto classico ed usuale per il regolamento generale dei rapporti fra Stato e Chiesa - significativo esempio il pontificato di Pio XI ricco di ben dieci concordati, - segna nondimeno, anche secondo i canonisti contemporanei, se non l' "extremum remedium malis extremis", - donde l'adagio famoso, non molto confortante per la nostra epoca: "historia concordatorum, historia dolorum", (FERRARI, *Summa institutionum canonicarum*, Genuae, 1877, vol I, pag. 20) - un necessario "remedium perspecta iniuria temporum et politicae auctoritatis indole", fino al punto da riflettere in sè "stigma relationum imperfectarum quae haberi possunt cum societate laicismi, liberalismi et statolatriae principiis devicta", (OTTAVIANI, *Institutiones iuris publici ecclesiastici*, Romae, 1926, vol. II, n. 359, p. 261) e da esser dichiarato "le dernier mot de la Révolution sur les rapports de l'Eglise et de l'Etat (OLLIVIER, *Nouveau manuel de droit ecclésiastique français*, Paris, 1885, p. 556). L'elemento a cui mi riferisco consiste nella superiorità della Chiesa sullo Stato, cioè nella

subordinazione indiretta dello Stato alla Chiesa, nel potere indiretto di questa su quello.

Si è osservato: “La doctrine du pouvoir indirect admise comme point de départ, il me paraît difficile de contester au cardinal Tarquini et à M. de Bonald la conclusion à la quelle ils la poussent. On ne peut échapper à l'entreinte de leur logique qu'en néant résolument, comme je l'ai fait, le point de départ et en refusant au Pape tout pouvoir indirect sur le temporel., (cfr. OLLIVIER, *L'Eglise et l'Etat au Conc. du Vatic.*, II, p. 587, citato dal D'AVACK, *Studi Scaduto*, cit., p. 176). Ora, io penso che non si possa porre questo dilemma: o si accoglie la teoria privilegiaria, o si nega l'esistenza nella Chiesa del cosiddetto potere indiretto. Di vero, non per fare qui pesare il principio di autorità a scapito della logica, bensì per un doveroso ossequio verso una foltissima schiera di canonisti, per la massima parte ecclesiastici, io mi chiedo se i fautori della teoria contrattualistica - i più, ripeto, ecclesiastici - raccolti sotto la scuola del Pontificio Ateneo di S. Apollinare (vedili citati in OTTAVIANI, *op. cit.*, n. 383, p. 301), abbiano mai pensato che per sostenere la loro tesi, essi dovevano disconoscere i principî del potere indiretto, vale a dire, abbiano mai sospettato di difendere, ed accanitamente difendere, una tesi eretica, dal punto di vista teologico, quale sicuramente sarebbe quella che come suo punto di partenza avesse la negazione dei suddetti principî, ai quali la stessa autorità suprema della Chiesa non potrebbe rinunciare, senza con ciò stesso venir meno ai suoi inderogabili doveri, violare, in una parola, un precetto di diritto divino.

Non occorre tener qui lungo discorso per illustrare i principî a cui si ispira la dottrina del potere indiretto della Chiesa sullo Stato. Ben noti son questi principî ai cultori della nostra disciplina. Su di essi, peraltro, sono state, da ultimo, scritte ottime pagine (cfr. D'AVACK, *Chiesa, S. Sede e Città del Vaticano nel jus publicum ecclesiasticum*, Firenze, 1937, pagg. 45,55 sgg.; 62 sg.; 69 sg.; 177; il quale tiene conto largamente di tutta la letteratura giuspubblicistica ecclesiastica sull'argomento). Mi limito a qualche breve rilievo, che più direttamente tocca il tema attuale.

Fuori del vero andrebbe chiunque pensasse che i concetti di sovranità ed indipendenza dello Stato e l'idea di subordinazione indiretta dello Stato alla Chiesa si debbano necessariamente escludere a vicenda. In vero, come dal fatto che non ci sia confusione

tra Stato e Chiesa non è lecito argomentare un sistema separatista, così dal fatto che lo Stato e la Chiesa siano due enti indipendenti e sovrani, ciascuno nel proprio ordine - temporale il primo, spirituale l'altra - non si può trarre argomento che tra Stato e Chiesa si dia un sistema di mera coordinazione. Perocchè questo sistema è inconcepibile, in relazione a due enti la cui finalità sia diversa. Rispetto a questi due enti, non si può parlare che di subordinazione. Ma, occorre immediatamente aggiungere, di subordinazione indiretta, non diretta; dacchè l'ente con fine temporale non si pone, rispetto all'ente con fine spirituale, nella relazione di mezzo a fine, ma solo nel rapporto di causa indiretta, nel senso che, da un lato, non dev'essere di impedimento - subordinazione indiretta meramente negativa - d'altro lato, deve rimuovere ogni impedimento pel raggiungimento del fine superiore - subordinazione indiretta positiva. Il che significa che lo Stato deve rinunciare al soddisfacimento delle sue esigenze e quindi subire un danno, quante volte ciò sia richiesto dal fine spirituale che la Chiesa persegue, obbedendo così al monito evangelico "Quid enim prodest homini, si mundum univ-ersum lucretur, animae vero suae detrimentum patiatur?", (MATTH., XVI, 26). Ma questa dipendenza, appunto perchè indiretta, non intacca menomamente gli attributi di sovranità e di indipendenza dello Stato; poichè tali attributi trovano piena esplicazione nell'ambito delle cose temporali, se ed in quanto queste non divengano accidentalmente spirituali "propter causam - per usar le parole di Leone XIII - ad quam referuntur,, (Enciclica *Immortale Dei*, § 27).

Questa dottrina del potere indiretto, fondata sull'esistenza dell'ordine soprannaturale, avvalorata dall'autorità dei SS. Padri, dei Concilî, e dei Pontefici, esposta brillantemente da scrittori insigni (BELLARMINO e SUAREZ) rappresentata dai canonisti medioevali nelle similitudini delle relazioni naturali reciproche tra l'anima e il corpo, tra il sole e la luna, tra il bronzo e il piombo, tra la statua ed il piedistallo, è così sicura e comune tra gli scrittori di giuspubblico ecclesiastico, da esser posta addirittura al di fuori del campo dell'opinabile e dichiarate eretiche o quanto meno assurde le dottrine contrarie.

Dicevo più sopra che la stessa autorità suprema della Chiesa non si potrebbe obbligare a non valersi del potere indiretto; questo,

oltre che un suo diritto, rappresenta un suo dovere al quale essa non si può sottrarre, sotto pena di incorrere in una grave violazione di un precetto di diritto divino; sul quale diritto nulla può il Pontefice, trovando il suo potere appunto nel diritto divino il suo limite naturale ed insuperabile. Pertanto, nessun mutamento, per avventura determinato da eventi storici, politico - sociali, è concepibile nella dottrina del potere indiretto; la quale non può subire variazioni di sorta, il suo fondamento essendo sopra un diritto assoluto, non mutabile da nessun umano potere.

Queste brevi riflessioni sono sufficienti a far bollare senz'altro di eresia una dottrina sul tipo di quella sostenuta pur da taluno, che al fine di spiegare la natura giuridica dei concordati, ha preteso disconoscere il potere indiretto della Chiesa (vedi l'osservazione dell'OLLIVIER riferita più sopra) e sono sufficienti, altresì, a dimostrare come siano stati considerati implicitamente eretici, o quanto meno tutt'altro che ortodossi, i fautori della teoria contrattualistica, da quelli scrittori che per il trionfo di questa teoria, ritengono necessario porre come *conditio sine qua non* l'abbandono e il disconoscimento della dottrina del potere indiretto.

4. — Ma, se da un punto di vista astratto la dottrina del potere indiretto non dà luogo ad alcuna difficoltà, essa richiede per la sua concreta realizzazione condizioni di non facile attuazione e presenta difficoltà pratiche di non lieve momento. Anzitutto, perchè tutti i suoi principî possano trovare piena ed incondizionata applicazione nella realtà, presupposto indispensabile è che venga in considerazione uno Stato cattolico. Ora, se con questa espressione si vuole aver riguardo ad un criterio quantitativo, cioè al numero dei cittadini che professano la religione cattolica - criterio che indubbiamente ha un grande rilievo nella determinazione della religione dello Stato - molti degli stessi Stati moderni corrispondono a questo concetto. Ma se, invece con l'espressione Stato cattolico si vuole intendere - come a mio giudizio si deve ritenere - uno Stato che faccia completa adesione ai dogmi, alle credenze ed alla disciplina della fede cattolica, nè più nè meno che una persona fisica che segue i dettami di questa fede per conquistarsi la salvezza eterna, allora è difficile, se non impossibile, trovare fra gli Stati moderni uno Stato che corrisponda perfettamente a questo ideale di Stato cattolico, quale risulterebbe dagli insegnamenti della Chiesa. Dappoichè - come è

stato opportunamente rilevato (cfr. JEMOLO, *op. cit.*, p. 26 sgg., che in queste considerazioni ho seguito) - l'adesione dello Stato moderno ad una data confessione religiosa non segue negli stessi modi e nelle stesse forme con cui essa seguiva in regimi di altre epoche storiche, nei quali lo Stato era considerato piuttosto oggetto che soggetto di sovranità e la religione dello Stato era qualcosa di sostanzialmente identico a quel ch'è il sentimento religioso di una persona fisica ed a quelle che sono le manifestazioni di tale sentimento, un fenomeno cioè identificabile a quello di una persona fisica che accetta tutti i dogmi e le credenze di una fede religiosa, si sottopone alle sue leggi ed alla sua disciplina, pensando a procurare la propria salvezza eterna. Invero, nello Stato moderno non può pensarsi ad una religione dello Stato come adesione completa ai dogmi, alle credenze, alla disciplina di una determinata religione e soprattutto come preoccupazione di conquistare la salvezza eterna; che anzi la esistenza di una religione dello Stato non è tanto un omaggio reso alla verità della religione, quanto all'attività etica dell'organizzazione che la impersona, ed anche a quella che può essere la cooperazione di questa organizzazione con lo Stato per il raggiungimento di finalità d'ordine politico.

Ora, se si ponga mente a questi e ad altri giustissimi rilievi fatti sullo Stato moderno, quanto al fenomeno religioso, da un nostro insigne cultore di diritto ecclesiastico (JEMOLO, *op. cit.*, *loc. cit.*), si vedrà come la impostazione e risoluzione pratica del problema del potere indiretto della Chiesa incontri gravissime, forse insuperabili difficoltà.

Nondimeno, l'obiettivo constatazione delle difficoltà pratiche non può portare al disconoscimento dei principî sui quali quel problema è radicato. Sarà da vedere - e questa è questione d'indole prettamente politica - come nel modo più conveniente possano essere superate quelle difficoltà; se sia possibile, considerate tutte le circostanze di tempo e di luogo, ritener sciolto lo Stato da quegli obblighi che una rigida applicazione dei principî importerebbe - e tale giudizio sulla possibilità o meno di attuare in pieno il regime corrispondente a quelli che la Chiesa ritiene suoi diritti, spetta alla Chiesa, sempre in virtù del suo potere indiretto -. Ma va da sè che questi inconvenienti d'ordine pratico non intaccano minimamente la verità dei principî che presiedono alla dottrina del potere indiretto.

Ho creduto opportuno fermarmi alquanto su questa dottrina e



sulle pratiche difficoltà che nello Stato moderno possono opporsi alla sua piena ed incondizionata applicazione, perchè il regime concordatario è il territorio in cui, più che altrove, questa dottrina viene in considerazione e queste difficoltà si fanno sentire.

D'altronde, se lo Stato moderno realizzasse l'ideale dello Stato cattolico, quale risulterebbe dall'insegnamento della Chiesa, il regime concordatario non avrebbe nessuna ragion d'essere; giacchè il concordato è appunto, secondo i canonisti cattolici, un necessario "*remedium, perspecta iniuria temporum et politicae auctoritatis indole* „ (OTTAVIANI, *op. cit.*, *loc. cit.*). Ma, dato che lo Stato moderno, per le considerazioni fatte poc'anzi, è ben lungi dal realizzare quell'ideale, occorre subito rilevare che, se le difficoltà d'ordine pratico, che si oppongono alla perfetta realizzazione dei principî cui s'informa la teorica del potere indiretto, fossero davvero insuperabili, nel senso che questi principî non trovassero nella dottrina e nella prassi della Chiesa nessun temperamento - compatibile, s'intende bene, col diritto divino, - il regime concordatario attuerebbe un sistema di relazioni tra Stato e Chiesa quanto mai critico.

5. — La tesi privilegiaria rappresenta l'interpretazione politicamente meno congrua, come quella che, per essere storicamente anacronistica, si pone in aperto contrasto con quelle che sono le esigenze e le idealità dello Stato moderno, infinitamente diverse da quelle che erano le esigenze e le idealità dello Stato confessionale di altri periodi storici. Ora, poichè il nostro argomento è di quelli in cui la politica, se pur non prevale sul diritto, influisce in modo decisivo sulle conclusioni giuridiche, io mi chiedo, se convenga stare aderenti ad una così rigorosa applicazione di postulati dogmatici, che fatalmente mette capo a qualcosa che, se pure utilizzabile come dato scientifico, è praticamente inutile, anzi dannoso; o se non piuttosto convenga procedere all'applicazione dei principî con quegli opportuni temperamenti che, mentre non intaccano la verità del dogma, tengono nel debito conto le esigenze della realtà, in guisa da riuscire ad un risultato teoricamente accettabile e praticamente fruttuoso.

Io non esito a dichiararmi favorevole al secondo sistema. Si tratta, ora, di vedere in cosa consistano quei temperamenti; se essi siano reclamati, oltre che da necessità pratiche, anche dal fatto che i principî della teoria del potere indiretto debbano subire limita-

zioni o modificazioni per il concorso di altri principî della stessa natura; se quei temperamenti imposti da esigenze di ordine pratico e dommatico ad un tempo, siano di tale portata da generare inconciliabili contrasti coi principî di un ordinamento superiore - diritto naturale o diritto divino - e quindi, in quanto tali, debbano senz'altro considerarsi indebiti e illegittimi, come quelli che tendono a far prevalere coefficienti di pratica convenienza su criteri immutabili che fanno capo a postulati dogmatici d'ordine superiore.

Nel regime concordatario possono distinguersi tre momenti, come del resto in qualsiasi fenomeno della vita giuridica ed a simiglianza di qualsiasi fenomeno della vita naturale: la nascita, la vita, la fine.

In uno di questi tre momenti la volontà della suprema autorità della Chiesa - a questa soltanto occorre qui aver riguardo, non anche a quella dello Stato, chè il problema viene studiato in funzione della dottrina del potere indiretto - entra in campo: quello della formazione del concordato. È questo l'unico momento in cui la volontà del Pontefice si determina con assoluta libertà. Invero, il Pontefice ha dinanzi a sè due vie, che egli può liberamente seguire: o la via di emanare dei precetti per lo Stato, a cui questo, almeno in astratto, dovrebbe obbedire per la sua subordinazione indiretta alla Chiesa, quale sopra è stata illustrata; o la via di entrare in trattative con lo Stato. L'una e l'altra via egli preferirà secondo che le convenienze politico-sociali del momento e il bene delle anime gli suggeriscano.

Nell'attuale ora storica, data quella concezione dello Stato moderno, che più innanzi ho descritto, è tutt'altro che probabile che il Pontefice si decida a seguire la via della imposizione di precetti ad uno Stato, come il moderno, che si rifiuta - giova ribadire quanto si è scritto precedentemente - di riconoscere limitazioni al suo ordinamento giuridico, al proprio diritto d'impero, derivanti da un ordinamento superiore.

Orbene, se di fronte ad uno Stato simile, che non intende assolutamente abdicare ad avere un'etica propria cui ispirare la sua attività quotidiana, il Pontefice, avuto riguardo alle esigenze del buon governo della Chiesa in relazione alle esigenze politiche, preferisce alla via del comando, (possibile soltanto di fronte all'ideale di Stato cattolico, che, se pure in altri periodi storici attuato, sembra oggi molto lontano) quello che per la Chiesa rap-

presenta non altro che un necessario "*remedium perspecta iniuria temporum et politicae auctoritatis indole* „, cioè il concordato, è evidente che dinanzi a questo atto non possano tirarsi in campo i principî propri della dottrina del potere indiretto, poichè questi principî esulano dal momento formativo del regime concordatario.

Chi, dinanzi a questa conclusione, pretendesse sostenere che il Pontefice non può rinunciare a valersi del suo potere indiretto, senza con ciò stesso venire meno ad un suo imprescindibile dovere e quindi incorrere in una grave violazione del diritto divino, in quanto egli non può spogliarsi di un potere che non dipende dalla sua volontà ma in quel diritto ha la sua fonte, mostrerebbe di confondere due cose che vanno tenute essenzialmente distinte: i principî astratti circa i rapporti tra Chiesa e Stato e la soluzione concreta che col concordato Chiesa e Stato hanno inteso dare a questi rapporti. Non può, nè deve, il teorico versare nella singolare contraddizione di ostinarsi a considerare un atto, quale il concordato, servendosi di criteri e schemi mentali che sono estranei al sorgere dell'atto stesso.

Pertanto, è al di là di ogni principio astratto che si esplica la libertà del Pontefice nel momento formativo del concordato. In questo momento, la dottrina del potere indiretto non viene in considerazione.

Gli altri due momenti, nei quali il sistema concordatario può essere studiato, sono, invece, caratterizzati dall'azione del potere indiretto. La volontà del Pontefice, che nel primo momento liberamente si determina secondo l'indirizzo più congruo, in relazione alle condizioni dell'ora storica ed al raggiungimento delle finalità della Chiesa, qui non entra affatto. I principî che reggono la dottrina del potere indiretto hanno un'applicazione integrale e non lasciano adito ad alcun temperamento.

Non può il Pontefice, pur valendosi di tutta la sua autorità, spogliarsi di quella veste di superiorità che lo innalza al grado di giudice supremo delle obbligazioni assunte dall'una e dall'altra parte, sia che venga in giuoco una questione circa la loro interpretazione, sia che debba decidersi della loro cessazione. È bensì controverso come si esplichino il potere - dovere, che, in tema di interpretazione di disposizioni dubbie o di cessazione del regime concordatario, il Pontefice ha di valersi della sua qualità di giudice supremo, che per lo stesso diritto divino gli compete: se esso sia

libero di esplicitarla finchè non trovi un impedimento nel veto dell'altra parte; se debba esplicitarla d'accordo con questa; se debba valersene con assoluta indipendenza, come innegabilmente comporta l'applicazione integrale delle regole in tema di potere indiretto. Ma è certo che il Pontefice ha il dovere, imprescindibile, non il solo diritto, di operare in conformità di un attributo che non conosce confini e limitazioni in nessun altro umano potere, come quello che direttamente gli deriva dai principî di un ordinamento incommensurabilmente superiore a qualsiasi altro ordinamento giuridico.

Mentre nel primo momento - quello della nascita del regime concordatario - il Pontefice col fatto stesso di trattare con lo Stato dimostra che sono fuori causa i principî della teoria del potere indiretto; negli altri due momenti in esame, il Pontefice col fatto stesso di imporre o proporre quella interpretazione che egli ritiene più congrua per la realizzazione dei fini spirituali della società ecclesiastica, ovvero di denunciare un concordato che si riveli in contrasto con quei motivi che ispirano tutta l'attività della Chiesa, mostra di valersi del suo potere indiretto; nè potrebbe fare a meno di valersene, quante volte si diano situazioni caratterizzate da quello che nell'economia della società ecclesiastica costituisce il fattore che non ha l'uguale, il *periculum animarum*.

Ma alcune importanti differenze devono qui mettersi in evidenza tra il secondo ed il terzo momento del regime concordatario. Invero, nel secondo momento sono i principî della dottrina del potere indiretto che vengono in considerazione nella loro purezza ed integrità: la decisione che il Pontefice emette, in caso di conflitto di interpretazione, è una diretta filiazione di quei principî. Il terzo momento, invece, è caratterizzato dall'applicazione di due principî di diritto naturale: la clausola "rebus sic stantibus", e la regola "pacta sunt servanda". Quella clausola è un principio non meno necessario di questa regola, in quanto di questa rappresentanza un limite naturale; onde giustamente si è detto che la clausola "rebus sic stantibus", è "la soupape de sûreté", del principio "pacta sunt servanda", del quale costituisce realmente il temperamento razionale ed indispensabile. (R. GENET, *Le problème de la clause rebus sic stantibus*, etc., in *Revue générale de droit international public*, 1930, p. 291.)

6. — Ma non è su questi temi, sui quali non vedo come pos-

sano ragionevolmente nascere fondate discussioni, che intendo trattenermi. A me qui preme piuttosto considerare la clausola “*rebus sic stantibus*”, e il principio “*pacta sunt servanda*”, in relazione ai principî della teoria del potere indiretto, giacchè mi pare che i punti, per così dire, critici del diritto concordatario risiedano proprio nello studio di questi temi.

Per quanto concerne la relazione della clausola “*rebus sic stantibus*”, colla dottrina del potere indiretto, è opportuno fare le seguenti considerazioni.

Non occorre nessuna dimostrazione per provare che l'applicazione della clausola in discorso è assorbita pienamente dalla dottrina del potere indiretto.

Si tratta, invero, di due cose perfettamente fungibili: varia il nome, ma la sostanza è la medesima. Infatti, la clausola “*rebus sic stantibus*”, si risolve, per la Chiesa, in clausole del seguente tenore: “*si bonum publicum Ecclesiae aliud exigit*”, “*si vergat in detrimentum animarum aut dispendium salutis aeternae*”; ed è cosa, risaputa che è appunto in relazione a queste eventualità che entra in giuoco la teoria del potere indiretto.

Ma v'è un campo, nel presente argomento, in cui questa teoria riprende la sua autonoma configurazione, nel senso che solo i suoi principî vengono in considerazione. È il campo in cui la clausola “*rebus sic stantibus*”, entra in funzione, non nei riguardi della Chiesa, ma nei riguardi dello Stato.

Nessun dubbio che anche lo Stato possa invocare a suo favore questa clausola, quante volte si diano le condizioni per la sua applicabilità. Ma nessun dubbio, del pari, che lo Stato per valersi degli effetti della clausola in parola ha bisogno del consenso della S. Sede, in forza appunto dei principî della teoria del potere indiretto; altrimenti l'opera sua è illegittima.

Il Pontefice, a cui l'altra parte abbia fatto presenti le difficoltà che essa incontra nell'adempimento delle obbligazioni assunte, a causa del mutamento della situazione, ed i pregiudizi che da questo adempimento derivano al bene comune che esso persegue, potrà aderire all'invito di procedere ad una revisione del concordato per adattarlo alla nuova situazione. Ma, se questa adesione riesca in qualche modo d'impedimento al raggiungimento delle finalità soprannaturali della Chiesa? Se il bene spirituale, quella *salus animarum* che non può trovare ostacoli in nessun umano potere, esiga l'os-

servanza del concordato, anche se da questa osservanza derivi un danno sicuro al bene temporale che lo Stato ha di mira? Ebbene, in questo caso, sono i principî della dottrina del potere indiretto che entrano necessariamente in campo e postulano l'assoluta illegittimità della denuncia del concordato da parte dello Stato. "Civica potestas auctoritatem non habet rescindendi, declarandi ac faciendi irritas solemnes conventiones (vulgo concordata) super usu iurium ad ecclesiasticam immunitatem pertinentium cum Sede Apostolica initas sine huius consensu, immo et ea reclamante,," (PIUS IX, Encicli. *Quanta cura*, 8 dicembre 1864; PII IX, *Syllabus complectens praecipuos nostrae aetatis errores*, prop. XLIII, in *Acta Sanctae Sedis*, 1867, pag. 167; PIUS IX, alloc. *Multis*, 17 dicembre 1860; cfr. VECCHIOTTI, *Institutiones canonicae*, Augustae Taurinorum, 1875, vol. I, c. IV, § 69, p. 141).

Certo, non si deve arrivare all'ipotesi estrema che la S. Sede, informata dallo Stato delle nuove condizioni del momento ed avute le proposte di un componimento diplomatico, rifiuti, per partito preso, senza nessuna ragione, di tener conto di quelle condizioni e di ascoltare tali proposte. Perocchè in questa ipotesi, mancano i presupposti della dottrina del potere indiretto, la quale, per vero esige che sia in giuoco il *bonum publicum Ecclesiae*, cioè il *dispendium salutis aeternae*. Ma quando si esca fuori da questa ipotesi, tanto inverosimile quanto inutile per trarne qualsiasi conclusione, e si ipotizzi, invece, il caso in cui ricorrano gli estremi per l'applicabilità della teoria del potere indiretto, io non vedo come il Pontefice potrebbe provvedere alla realizzazione dei fini della Chiesa altrimenti che non valendosi di questo potere; al quale, peraltro, egli non può rinunciare, in caso di necessità - e se ricorra questo caso egli solo è giudice - senza con ciò stesso venir meno ad un suo imprescindibile dovere e quindi incorrere nella violazione del diritto divino.

Si è creduto vedere un contrasto inconciliabile tra questa conclusione e la teoria contrattualistica sulla natura giuridica dei concordati - e si vedrà più innanzi se è il caso di parlare di inconciliabile contrasto -; onde, non volendosi abbandonare questa teoria e d'altronde non intendendosi disconoscere i principî della dottrina del potere indiretto (il che avrebbe suonato rifiuto di norme inderogabili di diritto divino), si è corso ai ripari, al fine di salvare questi principî armonizzandoli con quella teoria.

Ma non si è riuscito nell'intento. Si è detto, tra l'altro: riconoscere allo Stato il diritto di fare appello alla clausola "rebus sic stantibus,, - e s'intende valersi degli effetti di questa clausola anche contro la volontà della S. Sede, chè questo contrasto fa sorgere il problema - non priva affatto la Chiesa dei mezzi che le sono necessari per la realizzazione del suo fine. E ciò perchè, una volta caduto il concordato in seguito alla denuncia unilaterale da parte dello Stato, questi sarebbe tenuto ad adempiere tutte quelle obbligazioni che il diritto naturale o il diritto divino positivo gli impongono di adempiere nei riguardi della società ecclesiastica, indipendentemente da ogni concordato ed alla Chiesa spetterebbe il diritto di richiamare lo Stato all'osservanza di queste obbligazioni (WAGNON, *op. cit.*, p. 308).

Ora, questo ragionamento non fa che spostare le difficoltà di ordine pratico derivanti dall'applicazione dei principî propri della dottrina del potere indiretto. Si vuole, in sostanza, escludere questa dottrina dal campo d'azione del regime concordatario per sostenerla al di fuori di questo regime. Ma, è facile osservare, la cessazione di questo regime dipende o dal fatto che non è stato possibile raggiungere un accordo tra l'una e l'altra parte, o dal fatto che la dottrina del potere indiretto non ha potuto trovare applicazione nei confronti dello Stato. Orbene, come potrebbe tale dottrina trovare attuazione dopo che, con la scomparsa del regime concordatario, i rapporti tra Stato e Chiesa sono più che mai tesi? Non è forse una vana illusione parlare di obbligazioni superstiti a carico dello Stato e di un diritto della Chiesa di esigerne l'adempimento, o anche - come si è arrivato ad affermare (WAGNON, *op. cit.*, *loc. cit.*), - di emanazione da parte del Pontefice di una legge ecclesiastica, valevole nei confronti dello Stato che ha denunciato il concordato, colla quale la Chiesa potrebbe imporre allo Stato l'osservanza delle obbligazioni assunte nel concordato, se le supreme esigenze della salvezza delle anime ciò richiedessero?

Di fronte a simili utopie - chè altro non sono - è lecito chiedersi se valga la pena accrescere le difficoltà pratiche dell'applicazione di una dottrina, quale quella del potere indiretto, che già per sè stessa si presenta così difficilmente realizzabile in un regime come quello concordatario, che, se non attua certo l'*optimum* dei sistemi di relazione tra Stato e Chiesa, pone in essere un periodo di minor tensione tra il potere spirituale e quello temporale.

Si è detto ancora: se fosse vero che allo Stato non può essere riconosciuto, in modo incondizionato, il diritto di invocare a suo favore gli effetti della clausola "rebus sic stantibus", - quando vi osti, ripeto, la contraria volontà dell'altra parte, - bisognerebbe considerar come non scritta la clausola di denuncia unilaterale, che in alcuni concordati si trova contenuta. Perocchè, anche in tal caso l'applicazione della dottrina del potere indiretto potrebbe portare al mantenimento ed alla osservanza di alcune disposizioni concordatarie, laddove lo Stato vorrebbe valersi del suo diritto di denuncia scritto nel concordato (WAGNON, *op. cit.*, p. 307).

Rispondo: logicamente, nessuna differenza può farsi tra il caso in cui la clausola di denuncia si trovi espressamente inserita nel concordato ed il caso in cui non vi si trovi contemplata e funzioni la clausola "rebus sic stantibus"; in entrambi i casi, la dottrina del potere indiretto, dato che si verifichino le condizioni del suo funzionamento, deve operare in modo integrale. Praticamente, però, bisogna riconoscere che la S. Sede, di fronte ad una clausola esplicitamente aggiunta col suo consenso, sarà più restia ad opporre allo Stato il suo netto rifiuto, se non altro, in virtù del principio fondamentale "pacta sunt servanda", che in tal caso viene in giuoco.

Ma, a parte queste considerazioni, la migliore dimostrazione che lo Stato non può, valendosi degli effetti della clausola "rebus sic stantibus", sottrarsi, almeno in astratto, all'azione del potere indiretto da parte della Chiesa, viene data proprio da chi sostiene la tesi contraria (nel regime concordatario non poter operare il potere indiretto per impedire gli effetti della clausola in parola a favore dello Stato), allorquando, di fronte alla obiezione: lo Stato non avere alcuna competenza per apprezzare la situazione della società ecclesiastica, in relazione al raggiungimento dei fini della medesima; soltanto alla Chiesa spettare di giudicare se le decisioni prese dal potere civile siano di ostacolo al fine ch'essa persegue, cioè se queste decisioni siano conciliabili coi precetti della legge morale, cui la Chiesa ispira la sua attività quotidiana e di cui è sola interprete autentica; si crede di poter superare, d'un colpo, queste considerazioni affermando, *tout court*, che qui si tratta non già di discutere il valore dei principî, bensì di valutare mutamenti sopravvenuti nella situazione di fatto, ed ingenuamente si domanda perchè si dovrebbe riservare all'autorità pontificia il giudizio sulla realtà

di questi mutamenti e sulla loro influenza sul bene comune che lo Stato persegue. (WAGNON, *op. cit.*, p. 309).

Invero, s'io non m'inganno, qui è proprio il valore dei principî che viene in giuoco, saggiato alla stregua di situazioni di fatto; chè non è possibile, nel presente argomento, studiare le situazioni di fatto indipendentemente dai principî che rispetto ad esse vengono in considerazione.

Quando, poi, si pongono domande del seguente tenore: perchè al Pontefice sia riservato il giudizio sull'essersi o meno verificate determinate condizioni di fatto, perchè la decisione dell'autorità ecclesiastica, nella soggetta materia, debba ritenersi irrevocabile, se lo Stato per avventura dimostri che essa si basa su di un erroneo apprezzamento dei fatti; viene spontaneo il dubbio che o si ignorano o si finge di ignorare, pur di sostenere un punto preso, i principî ai quali è informata la dottrina del potere indiretto.

Dire, infine, che, dovendo in questa materia regnare i concetti di buona fede, lealtà ed equità, per poco che la condotta dello Stato si ispiri a questi concetti astenendosi da ogni abuso, non sarà difficile raggiungere un accordo fra le parti in causa (WAGNON, *op. cit.*, p. 309), significa esprimere un voto, che ognuno - non certo escluso chi scrive - si augura di veder sempre realizzato, ma non significa sicuramente risolvere una questione di principio, ardua come quella considerata, riguardandola al metro delle insorgenti difficoltà pratiche, che è desiderio di tutti veder felicemente risolte, ma a nessuno è dato eliminare, *a priori*, dal quadrante della storia.

7. — Mi sono occupato finora del rapporto tra la clausola “*rebus sic stantibus*,” e i principî della teoria del potere indiretto. Passo ora a considerare il principio “*pacta sunt servanda*,” nei confronti della S. Sede.

Si è già avuto occasione di rilevare che il suddetto principio trova il suo limite naturale e necessario nella clausola “*rebus sic stantibus*,” incondizionatamente, rispetto alla Chiesa (per la quale tale clausola, sostanzialmente e per la maggior parte delle sue pratiche esplicazioni, è assorbita dalla dottrina del potere indiretto), con salvezza e riserva dei principî cui tale dottrina si ispira, rispetto allo Stato. Non mette, dunque, conto considerar qui il rapporto tra il principio “*pacta sunt servanda*,” e la teoria del potere indiretto, poichè questo rapporto si risolve, in definitiva, nel-

l'altro tra quel principio e la clausola "rebus sic stantibus", e di tale rapporto già si è tenuto parola.

Qui si vuole unicamente studiare la questione, se il principio fondamentale "pacta sunt servanda", oltre al limite suo naturale e necessario, costituito, così per la Chiesa come per lo Stato - per questo ultimo, ripeto, in quanto sia compatibile con la dottrina del potere indiretto, - dalla clausola "rebus sic stantibus", debba soffrire altre limitazioni, nei riguardi della S. Sede, poichè è certo che nei confronti dell'autorità civile non ci sono altre limitazioni.

La questione, che ora passo a considerare, investe, come si comprende facilmente, il grave problema del valore del diritto concordatario, dacchè tale problema si concentra sostanzialmente in ciò: se il Pontefice sia tenuto alle obbligazioni assunte col concordato, ove naturalmente non venga in considerazione la clausola "rebus sic stantibus", o qualche altro motivo idoneo a legittimare una denuncia unilaterale del concordato, quale il principio altrettanto sicuro, quanto quella clausola, "frangenti fides, fides iam non est servanda". In altri termini, si tratta di vedere se il Pontefice possa lecitamente e validamente far cadere, quando che voglia, il concordato, senza che la sua denuncia unilaterale sia giustificata da una ragionevole causa, senza, cioè, che a determinare questa denuncia, da parte dell'autorità suprema della Chiesa, vengano in giuoco i principî della dottrina del potere indiretto o altri principî e motivi idonei a render valida e lecita una denuncia unilaterale del concordato.

Questa, che *prima facie* può sembrare una questione di portata abbastanza limitata, o quanto meno una questione circoscritta ad un tema particolare del diritto concordatario, costituisce, invece, a mio modo di vedere, un punto cruciale di questo diritto, e, in ogni caso, il vero *punctum dolens* della teoria contrattualistica circa la natura giuridica del concordato. Perocchè, mentre gli altri punti critici, al cui vaglio conviene misurare la forza di resistenza di questa teoria, possono ritenersi perfettamente conciliabili con tale teoria, il punto in considerazione, non già sotto un profilo sostanziale - chè, come fra poco si vedrà, questo è salvo - ma sì piuttosto sotto un profilo formale, cioè a dire per talune asserzioni fatte dai fautori della tesi contrattualistica, può offrire buon giuoco agli avversari di questa dottrina, onde sarebbe anche giusto dire, come non ha mancato di fare osservare un acuto scrittore (d'AVACK,

Studi Scaduto, cit. pag. 180 sg.), che attraverso le stesse affermazioni della teoria contrattualistica si riesce alla distruzione di tutta questa teoria; poichè i ripari a cui i suoi fautori ricorrono per salvarla non giovano punto, come quelli, che non costituiscono solidi argomenti, ma si risolvono in meri espedienti.

Ma vediamo, prima di esprimere qualsiasi giudizio, quale sia la vera impostazione da dare al problema e se sia possibile decidersi per un'interpretazione che ad un tempo s'armonizzi perfettamente coi principî e soddisfi appieno le esigenze della realtà.

Anzitutto, giova premettere qualche considerazione suggerita dalla più manifesta praticità della vita reale.

Non è chi non veda come sia estremamente improbabile, per non dire praticamente inverosimile, che il Pontefice si decida, in modo quanto mai inconsiderato ed avventato, a denunciare un concordato, senza che a questo passo estremo lo spinga una sufficiente ragione; tanto vero che da tutti si dà atto che questa così strana eventualità non si è mai verificata. La realtà è che il Pontefice, in tanto si decide a far cadere il concordato, in quanto a ciò sia indotto dai principî che regolano la dottrina del potere indiretto. Infatti, se si pensa che questi principî non sono circoscritti entro un determinato campo della attività quotidiana della Chiesa, ma si estendono a tutta questa attività, nelle sue molteplici manifestazioni - dalla *potestas ordinis* alla *potestas iurisdictionis* - di carattere spirituale, o temporale ma incidentalmente spirituale, apparirà oltremodo difficile configurare un caso in cui nessuno dei motivi che provocano l'applicazione della dottrina del potere indiretto entri in campo a giustificare l'iniziativa presa dal Pontefice. Larghissimo, per vero, è il motivo che fa capo al *periculum animarum*, come larghissimi ed elastici sono i concetti di utilità e di necessità di ovviare a tale pericolo; onde l'ipotesi di una denuncia del concordato *absque causa*, da parte della S. Sede, appare praticamente impossibile.

Pertanto, la limitazione della *iusta causa* è più teorica e formale che pratica, in quanto della interpretazione e valutazione di essa il Pontefice solo è competente e ne risponde direttamente verso Dio.

Ma v'è anche un'altra considerazione d'indole pratica da fare. Dato e non concesso che il Pontefice senza un fondato motivo - valutabile, come ora si diceva, secondo il suo insindacabile giudizio

discrezionale, chè questa è una materia in cui l'errore non potrebbe essere corretto da nessun umano potere - potesse denunciare il concordato, non sarebbe certamente facile trovare, nell'attuale periodo storico, uno Stato disposto ed entrare in trattative con la Chiesa. Sicchè, così, andrebbero perdute anche quelle reciproche utilità - per quanto, a volte, molto relative e labili - che dal regime concordatario derivano all'autorità civile ed a quella ecclesiastica. Non a torto, pertanto, un illustre giuspubblicista ecclesiastico poteva concludere, su questo tema, che la Chiesa non denuncia i concordati, se non quando concorra una rigorosa necessità, cioè quando conservare in vita il concordato significherebbe incorrere in un peccato (CAVAGNIS, *Institutiones iuris publicis ecclesiastici*, Romae, 1882, vol. I, n. 662, p. 416).

8. — Premesse queste riflessioni di carattere pratico, passiamo a discutere la pura questione di principio. La quale può impostarsi in questi termini, cari alla letteratura canonistica e moralistica: se il Pontefice non ha uno *ius practicum* - cioè non esercitato in passato e, con ogni probabilità, non esercitabile in avvenire - ha quanto meno uno *ius theoricum* di denunciare *absque causa* un concordato?

Per discutere questo punto, tanto delicato quanto importante, sebbene puramente astratto e speculativo, prendo le mosse, - e a ciò m'induce la natura stessa del tema, nella cui impostazione e risoluzione, sotto il profilo giuridico, incidono elementi e motivi di carattere eminentemente dogmatico - da tre dichiarazioni provenienti dalla S. Sede. La prima, contenuta nel titolo XVII del concordato stipulato tra Leone X e Francesco I re di Francia nell'anno 1516, è del seguente tenore; "irritum et inane quidquid super his a quoquam, quavis auctoritate, etiam per nos (Leone X) et successores nostros scienter aut ignoranter contingerit attentari"; ad essa fa perfetto riscontro un'altra, contenuta nel titolo XXV del concordato fra Benedetto XIV e Ferdinando VI re di Spagna. (Per l'una e per l'altra dichiarazione, cfr. CAVAGNIS, *op. cit.*, n. 647, p. 404). La seconda di Giulio III (1550-55) che suona così "Nos attendentes concordata praedicta (con la Germania) vim pacti inter partes habere, atque ex pacto constant, absque partium consensu abrogari non consuevisse nec debere..., statuimus iuxta ipsorum concordatorum continentiam et tenorem...", (riferita dal D'AVACK, *Studi Scaduto*, cit. p. 155, nota 52). La terza, contenuta nella nota diretta dal card. Anto-

nelli, segretario di Stato della S. Sede, a nome di Pio IX, al Governo del Wurtemberg il 3 agosto 1861, è concepita in questi termini: "Puis donc qu' il est démontré que la convention a vraiment le caractère bien déterminé d'un contrat obligéant les deux parties, Votre Excellence (il Ministro Hugel) devra bien avouer que le contrat n'a point pu perdre sa force et sa valeur par un décret émané d'un seul des deux corps politiques, qui étaient appelés à donner leur suffrage, comme si l'une des deux parties contractantes pouvait, sans même consulter l'autre, se croire en droit de déclarer la convention nulle et non existante,, (riferiscono queste parole il MOULART, *L'Eglise et l'Etat ou les deux Puissances*, Louvain, p. 636, e il WAGNON, *op. cit.*, p. 282).

Se le riferite dichiarazioni hanno un carattere giuridico, oltre che politico, esse dimostrano come sia possibile che la S. Sede assuma, di fronte allo Stato, l'obbligazione di non denunciare unilateralmente il concordato. Ora, questa obbligazione è possibile, in tanto in quanto la denuncia del concordato non si imponga al Pontefice, in virtù dei principî della dottrina del potere indiretto. Quante volte questi principî siano fuori causa, io non vedo - e, ciò affermando, mi baso, esclusivamente per ora, sulle dichiarazioni più sopra riportate - quale ostacolo vi sia a che la S. Sede si obblighi a stare ai patti, a rispettare il principio supremo "pacta sunt servanda,,. Di vero, solo una rinuncia a valersi del potere indiretto sarebbe impossibile - come non ho mancato di rilevare a suo luogo -, come quella che è incompatibile con l'osservanza della stessa legge divina dalla quale al Pontefice deriva direttamente quel potere. Ma qui non si tratta di questo; chè, come si diceva, è fuori questione, in ipotesi, ogni motivo che, direttamente o indirettamente, faccia capo alla dottrina del potere indiretto.

Il passaggio che a questo punto intendo fare è perfettamente logico e conseguente. Se il Pontefice può concordatarialmente obbligarsi - come stanno a dimostrare, in modo manifesto, le dichiarazioni di Leone X, di Giulio III e del Card. Antonelli - a non far cadere, di suo arbitrio, un concordato, di guisa che debba considerarsi non soltanto come illecita ma anche come invalida qualsiasi violazione delle obbligazioni assunte, è giuocoforza ritenere che, come nell'assunzione delle predette obbligazioni non v'è nulla che sia incompatibile coi principî - se sussistesse tale incompatibilità, come avrebbe potuto la S. Sede addivenire a così esplicite dichia-

razioni, come quelle riferite? -, così non v'è nulla che sia incompatibile coi principî nel negare che il Pontefice possa denunciare unilateralmente un concordato, senza che a ciò sia indotto da una giusta causa, quale, ad es., il richiamarsi a motivi facienti capo al *periculum animarum*, i quali motivi, poi, dal punto di vista della società ecclesiastica, sono, sotto molti riguardi, tutt'una cosa coi motivi che determinano l'applicazione della clausola "rebus sic stantibus".

Ammesso, dunque, che nessuno ostacolo, soprattutto teologico-dogmatico, si opponga ad ammettere la possibilità di una tesi che neghi al Pontefice il potere di denunciare il concordato *ad libitum*, tale tesi può essere fondatamente difesa - e così da un'impostazione del problema meramente negativa si passa ad un'impostazione positiva - in base alle seguenti considerazioni.

Anzitutto, siccome la materia sulla quale versiamo ha carattere dogmatico prima che giuridico, l'argomento principe per sostenere una tesi si deve trarre dallo stesso insegnamento della Chiesa, quale è stato espresso, attraverso i secoli, dai suoi Capi supremi. Dappoichè è chiaro che, se questi hanno manifestato il loro pensiero in un determinato senso, nessun principio generale di diritto varrebbe ad intaccare l'autorità di siffatta manifestazione. Di vero, nessun dubbio che il Capo supremo della Chiesa conosca la forza e il valore di un principio generale; se egli interpreta in un determinato modo un principio generale, alla di lui interpretazione bisogna stare e falsa si deve considerare ogni altra interpretazione.

Se queste riflessioni sono fondate, si comprende su quali solide basi poggi una tesi, come quella che io vado sostenendo, la quale ha dalla sua parte un pensiero così esplicito come quello che trovasi espresso nelle richiamate dichiarazioni di Leone X, Benedetto XIV, Giulio III e di Pio IX, per bocca del suo Segretario di Stato, Card. Antonelli (come pure, esplicitamente o implicitamente, in molti concordati, dai quali parimenti risulta il carattere contrattuale del concordato: concordato del 1516 tra Leone X e Francesco I; concordato napoletano tra Pio VII e Ferdinando I; concordato bavarese tra Pio VII e il re Massimiliano di Baviera; concordato spagnuolo del 1753 tra Benedetto XIV e Ferdinando VI; concordato dei Paesi Bassi del 1827 tra Leone XII e Guglielmo I; concordato austriaco, art. 36; concordato col Württemberg, artt. 12, 13; concordato badese, artt. 23, 24). Pensiero non

pure favorevole, in modo manifesto, alla teoria contrattualistica, ma anche, in modo non meno manifesto, rivolto a negare qualsiasi valore ad una denuncia unilaterale del concordato, proveniente sia dallo Stato sia dalla Chiesa, salvo per quest'ultima, ben inteso, la condizione "ex ipsa rei natura et lege divina semper subintellecta", come scrive un illustre giuspubblicista ecclesiastico, "nisi vergat in detrimentum animarum", sulla quale condizione questo autore giustamente insiste quasi ad ogni passo della sua lucida trattazione sulla natura giuridica del concordato (CAVAGNIS, *Institutiones iuris publici ecclesiastici*, cit., vol. I, n. 658, p. 413; n. 639, p. 399; n. 642, p. 402; n. 647, p. 404; n. 650, p. 406; n. 653, p. 408; n. 655, p. 410; n. 657, p. 412; n. 658, p. 413; n. 660, p. 413; n. 662, p. 416).

9. — Ma, oltre le esplicite dichiarazioni pontificie - dalle quali a nessuno è lecito prescindere, in un territorio, come il nostro, ai confini del dogma - sono gli stessi principî di diritto naturale che postulano la tesi qui difesa. Di vero, il principio fondamentale "pacta sunt servanda", che si può ben dire riempia di sè tutta la soggetta materia, è un principio giuridico, oltre ad essere un principio morale. Infatti, se così non fosse, bisognerebbe negare ai concordati ogni carattere giuridico, laddove sta di fatto che i "contraenti" li stipulano con la coscienza e la volontà di sottomettersi a norme di diritto e non a precetti di diversa natura; d'altra parte, non si scorge in che cosa differisca dal diritto la cosiddetta morale, che pone norme positive sui rapporti fra la S. Sede e gli Stati e impone ai contraenti di adempiere le vicendevoli obbligazioni assunte per regolarli, (cfr. FALCO, *Corso di diritto ecclesiastico*, Padova, 1933, I, pag. 57). Dunque, la presente materia è dominata da un precetto giuridico, da un precetto - giova subito specificare - di diritto naturale.

I fautori della tesi privilegiaria non sono di questo avviso: per essi le concessioni fatte dalla Chiesa allo Stato devono di fatto conservarsi, senza che però vi sia nessun obbligo giuridico, ma soltanto "ex ratione convenientiae seu sapientiae et benignitatis legislatoris", (TARQUINI, *Iuris publici ecclesiastici institutiones*, Romae, 1898, p. 71 sg.). I seguaci della teoria contrattuale affermano bensì che le obbligazioni assunte dal Pontefice devono osservarsi "vi pacti seu promissionis solemniter factae ob reciprocam repromissionem et acceptatae", rilevano bensì la differenza che corre tra il parlare

di “ratio convenientiae, sapientiae et benignitatis”, ed il parlare di “vis pacti”; ma poi, quando sono al punto di determinare in che cosa quella differenza si concreti, la sminuiscono tanto da ridurla a ciò, che, mentre la “ratio convenientiae”, fa sì che il Pontefice denunciando il concordato senza giusta causa agisca non soltanto validamente ma anche lecitamente, per quanto “minus sapienter”; la “vis pacti”, fa sì che il Pontefice denunciando il concordato senza giusta causa agisca validamente, per quanto non solo “minus sapienter”, ma anche “iniuria”, secondo le formule preferite (si veda, per tutti, OTTAVIANI, *op. cit.*, n. 388, pag. 315 sg.).

Confesso che, se veramente le cose stessero in questi termini, si dovrebbe dar pienamente ragione a chi, in base alle stesse asserzioni dei fautori dell'una e dell'altra tesi, conclude che “in sostanza tutta la divergenza fra le due scuole si riduce semplicemente alla liceità o meno, non alla validità, dell'atto pontificio di deroga o revoca *absque causa* del concordato”, (D'AVACK, *Studi Scaduto*, cit., pp. 169, 170); onde lo stesso scrittore, dopo aver avuto facilmente buon giuoco di tutti i ripari a cui i difensori della teoria contrattualistica ricorrono per salvare la loro tesi molto pericolante, finisce quasi coll'aderire al pensiero di un insigne canonista che ha finito col ridurre a pure e semplici questioni terminologiche i problemi del diritto concordatario intorno ai quali pur si dibattono i più vivaci dissensi (cfr. D'AVACK, *Studi Scaduto*, cit. pagg. 163, 181; CAPPELLO, *Summa iuris publici ecclesiastici*, Romae, 1932, n. 426, p. 436).

Ma, per parte mia, io sono d'avviso che i fautori della dottrina contrattuale cadono necessariamente in una singolare incoerenza quando, da un canto, difendono il punto che non è una semplice “ratio convenientiae, sapientiae et benignitatis”, che qui opera, come vorrebbero i fautori della dottrina contraria, ma è una vera e propria “vis pacti”; d'altro canto, distruggono questa “vis pacti”, ammettendo che validamente, per quanto non lecitamente, il Pontefice possa, quando che voglia e senza che ve lo induca una giusta causa, considerarsi libero dalle obbligazioni assunte, a sicura garanzia delle quali pur si poneva il principio “pacta sunt servanda”. Così, per vero, sfuma il problema del valore del diritto concordatario e da un campo strettamente giuridico si fa passaggio ad un campo puramente morale; una questione di validità diventa una questione di liceità.

Evidentemente, in questi termini non si può porre il problema

dell'efficacia del principio "*pacta sunt servanda*...". Il problema è un'altro. Consiste esso nel vedere se il Pontefice, che *absque causa* denunci un concordato, incorra in qualche violazione ed, in caso affermativo, in quale violazione incorra. Si vedrà, più innanzi, se tale violazione dia luogo ad un atto invalido o semplicemente illecito. Ma, prima di ogni cosa, è necessario risolvere il punto, veramente focale, in questa materia così pervasa dal dogma, se l'immutabile pienezza ed integrità del potere supremo primaziale del Pontefice debba qui soffrire qualche limite.

Si ricordino, innanzi tutto, i presupposti da cui partimmo: il momento formativo del concordato essere caratterizzato da un principio di libertà; in quel momento, entrare in campo e liberamente esplicarsi la volontà dell'autorità suprema della Chiesa; il Pontefice tra la via di imporre comandi allo Stato e la via di stipulare con esso un concordato, scegliere la seconda, come la più adatta a realizzare le finalità della Chiesa e la più consona al governo della Chiesa stessa in una determinata ora storica; in una parola, non cadere in considerazione, nel momento formativo del concordato, i principî della dottrina del potere indiretto. I quali principî, invece, dominano durante il regime del concordato - cioè a dire, quanto alla interpretazione, alla revocabilità o derogabilità del concordato, quanto al modo generale di farlo valere, insomma - e debbono trovare piena attuazione, quante volte si verifichino determinate condizioni di fatto. Che se queste condizioni non si verifichino, è il principio "*pacta sunt servanda*..", che deve trovare piena attuazione.

Perocchè questo principio una sola limitazione subisce, quella derivante dalla clausola "*rebus sic stantibus*..", che per la Chiesa è tutt'una cosa col funzionamento dei principî della teoria del potere indiretto. Pertanto, ove il Pontefice, senza che questi principî vengano in giuoco, vada contro il principio "*pacta sunt servanda*..", denunciando unilateralmente il concordato, incorre sicuramente nella violazione del principio in parola, il quale doveva essere rispettato fino al momento in cui si fosse verificata la condizione "*ex ipsa rei natura et lege divina semper subintellecta si vergat (il concordato) in detrimentum animarum*..", (CAVAGNIS, *op. cit.*, n. 659, p. 413). Al di fuori del verificarsi di questa condizione, è ben possibile una violazione, da parte del pontefice, del principio "*pacta sunt servanda*...". E poichè questo principio ha forza giuridica,

oltrechè morale, ne deriva che la violazione di esso produce conseguenze giuridiche, oltrechè morali.

Prevedo l'obiezione: il potere supremo primaziale del Pontefice non poter soffrire limitazioni di sorta; e rispondo: senza dubbio, ma si deve trattare di limitazioni derivanti dal diritto umano; che se, invece, si tratti di limitazioni derivanti da principî di un ordinamento superiore, a cui lo stesso Pontefice sia sottoposto, quale è il diritto naturale o divino, lo stesso supremo potere primaziale del Papa non può assolutamente ad esse sottrarsi. Perocchè, una cosa è certa, ed è che la suprema autorità ecclesiastica non può porsi al di sopra del diritto naturale o divino, sì che lo possa abrogare o comunque modificare. Ebbene appunto un principio di diritto naturale qui è in campo. La cui violazione, peraltro, è peccato mortale ed anche i più convinti fautori della tesi privilegiaria riconoscono esser grave colpa per lo scandalo dato al Capo dello Stato ed alla sua nazione, per i gravissimi danni che deriverebbero alla stessa società ecclesiastica (cfr. CAPPELLO, *Summa*, cit., n. 431, p. 449). E se ci si rechi a mente il fatto, che sembra storicamente sicuro, che il principio dell'obbligatorietà dei patti nudi trova fondamento, per il diritto della Chiesa, in un concetto di natura prettamente morale, al di fuori di ogni giustificazione di carattere strettamente giuridico, vale a dire, nella colpa, nel peccato di colui che viene meno al suo impegno, non adempie il patto conchiuso, e non già nell'efficacia creatrice del *consensus*, dell'accordo delle volontà dei contraenti, come elemento costitutivo dell'obbligazione; ci si convincerà come qui sia impossibile distinguere, con una linea netta, il diritto dalla morale, giacchè è proprio sulla questione morale e di coscienza che poggia la costruzione giuridica, è proprio la morale che pone norme positive sui rapporti fra la S. Sede e gli Stati e impone ai contraenti di adempiere le vicendevoli obbligazioni assunte per regolarli (cfr. FALCO, *op. cit.*, vol. I, pag. 57). Pertanto, dalla morale deriva non più un mezzo non avente efficacia se non per il foro interno, ma un vero e proprio rimedio giuridico, quanto dire, non la semplice illiceità dell'atto posto in essere in violazione del principio "pacta sunt servanda", ma la invalidità dell'atto stesso. Perocchè è il concetto di invalidità, non quello di illiceità, che logicamente corrisponde a quella "vis pacti", di cui parlano i sostenitori della teoria contrattualistica.

Ma, poi, quando dai fautori della opposta tesi si dice che l'ob-

bligazione del Pontefice “corroborata et aucta vi pacti, i. e. per interpositionem fidei publicae,, non solo “ex principio theologiae moralis urget sub gravi,, e, quindi, la sua violazione costituisce peccato mortale, ma da questa violazione derivano alla Chiesa gravissimi danni (CAPPELLO, *Summa cit.*, n. 431, p. 448), non si viene, forse, con ciò stesso, ad addurre un'altro argomento a favore della nostra tesi?

Per vero, quando autorevolmente si è scritto che “per nullum contractum potest Pontifex a se abdicare supremam potestatem spiritualement ad disponendum ea, quae ad convenientem Ecclesiae gubernationem pertinent,,; (SUAREZ, *Defensio fidei*, IV, cap. 34, citato dal D'AVACK, *Studi Scaduto*, cit., p. 177, nota (105) ed altri autori quivi citati) e si è affermato: “Licet resistere Pontifici invadenti animas vel turbanti rempublicam, et multo magis si Ecclesia destruere videretur, licet inquam ei resistere non faciendo quod iubet, et impediendo ne exequatur voluntatem suam,, (BELLARMINO, *De Romano Pontifice*, lib. II, cap. 29); questo appunto si è voluto significare, che il supremo potere ecclesiastico si estende fin dove il suo esercizio sia compatibile col governo della Chiesa, tutto rivolto al bene delle anime. Che se l'esercizio di quel potere riesca non ad una “conveniens gubernatio Ecclesiae,, ma ad una “destructio Ecclesiae,, non al perseguimento del fine della salute eterna, ma ad una “invasio animarum,, allora diventa lecito persino non eseguire ciò che il Pontefice comanda, impedire, anzi, in modo positivo, che la di lui volontà abbia esecuzione. Pensiero, questo, veramente notevole e non certo sospettabile di eresia, data l'autorità dei due scrittori che lo hanno esplicitamente manifestato.

Ora, nel caso attuale, sono gli stessi sostenitori della tesi privilegiaria che riconoscono che dal comportamento del Pontefice che *absque causa* denunci un concordato deriva non soltanto uno “scandalum datum Principi eiusque nationi,, ma anche “damna gravissima in praeiudicium Ecclesiae,, (CAPPELLO, *op. cit.*, *loc. cit.*). Di fronte a tanto, io non esito più a ritenere che l'atto pontificio di revoca o di deroga *absque causa* del concordato sia non soltanto illecito ma anche invalido.

Del non incorrere, con questa conclusione, in nessun errore teologico, m'è sicura garanzia la parola chiara di due dottori (SUAREZ e BELLARMINO); in questa conclusione, inoltre, mi conferma il fatto che un insigne canonista moderno, in relazione al nostro tema,

abbia ritenuto opportuno rilevare che un grande moralista e canonista (DE LUGO, *Disputationum de iustitia et iure tomus secundus*, Lugduni, 1642, disp. XXIV, n. 312, p. 227) “disputans de commutatione ultimarum voluntatum, omnino negat et falsam habet illam sententiam quae tenet Romanum Pontificem absque iusta causa posse valide derogare pactis cum Ecclesia initis”, (WERNZ, *Jus Decretalium*, Romae, 1905, tom. I, tit. VIII, § 5, n. 171, p. 234).

Ma, a parte qualsiasi autorità, contro chi vegga nel presupposto dogmatico del potere primaziale assoluto del Pontefice un ostacolo insuperabile per affermare la invalidità oltre che la illiceità della denuncia del concordato *absque causa* da parte della S. Sede, si può opporre la seguente argomentazione, la quale è molto semplice: invero, l'affermazione del suddetto presupposto dogmatico è in relazione al *bonum commune Ecclesiae* (cfr. SOGLIA, *Institutiones iuris publici ecclesiastici tomus primus*, Laureti, 1853, c. III, § 60, p. 148; VECCHIOTTI, *Institutiones canonicae*, Augustae Taurinorum, 1875, vol. I, c. IV, § 69, p. 140); la denuncia del concordato *absque causa* da parte della S. Sede arreca grave pregiudizio alla Chiesa stessa, oltre che grave scandalo allo Stato; dunque, essendo fuori causa il *bonum commune Ecclesiae*, è fuori causa parimenti il presupposto dogmatico del supremo potere primaziale del Pontefice, che con quel bene è in relazione, non già col suo contrario.

10. — Quella data è, a mio modo di vedere, l'unica soluzione che, mentre perfettamente s'armonizza coi principî giuridici e teologici vigenti in materia, pienamente corrisponde alle esigenze della realtà. Ed è l'unica soluzione - occorre aggiungere - che elimina quello che più sopra ho chiamato il *punctum dolens* della teoria contrattualistica, in quanto evita il pericolo di cader nella grave e manifesta incoerenza - nella quale pure molti fautori di questa tesi sono caduti - di parlare, da un lato, di una “vis pacti”, e di ammettere, dall'altro, la possibilità, per il Pontefice, di agire *absque causa* validamente, per quanto illecitamente, contro il concordato, il cui valore, nondimeno, su quella *vis pacti* si intende far risiedere. Incoerenza logica e giuridica, codesta, che, com'è facile comprendere, distrugge alle basi tutta la teoria contrattualistica sulla natura giuridica dei concordati. Perocchè non vale ricorrer subito ai ripari per salvare, ad ogni costo, tale teoria, una volta che così palesemente se ne distruggono i presupposti. Ed invero, invano si tira in

ballo la famosa distinzione tra diritto ed esercizio del diritto, per affermare che il Pontefice si lega “ non quoad validitatem actuum „, ma soltanto “ quoad modum exercitii „, che cioè l’obbligazione derivante dal patto verterebbe “ circa modum, formam, tramitem, exercendi iuris „ (OTTAVIANI, *op. cit.*, n. 388, p. 314 sg., cfr. anche SOGLIA, *op. cit.*, cap. III, § 60, pp. 147, 148; VECCHIOTTI, *op. cit.*, *loc. cit.*).

Di vero, è stato osservato (cf. D’AVACK, in *Studi Scaduto*, cit., p. 179) che, ragionando così, “ lo Stato, nell’esercizio dei suoi diritti, a lui riconosciuti dalla Chiesa nei concordati, non figurerebbe mai come il loro effettivo titolare, ma si presenterebbe come un semplice delegato, come un esecutore materiale di diritti propri della Chiesa „. E questa osservazione è, a parer mio, esatta, per quanto non si debba negare che anche nel rapporto tra sovrano e suddito - qual’è appunto il rapporto che si costituirebbe fra la Chiesa e lo Stato sulle basi della suddetta distinzione fra diritto ed esercizio del diritto (ved. D’AVACK, in *Studi Scaduto*, cit., p. 180) - possa sorgere una vera e propria obbligazione giuridica: così, nel caso di privilegio concesso dal sovrano al suddito, “ princeps tenetur servare pacta etiam cum subditis facta, quia haec obligatio nascitur ex naturali iustitia, quae etiam principem obligat, ut per se est clarum „ (SUAREZ, *Opera omnia*, Parisiis, 1856, tom. VI, lib. VIII, cap. XXVII, n. 5, pag. 406).

Ma, a prescindere da tutte queste considerazioni, è certo che con la suddetta distinzione non si riesce ad eliminare l’incoerenza di ammettere la possibilità di un valido, per quanto illecito, atto pontificio di revoca del concordato, dopo che si era presupposta esistente una “ vis pacti „, e non una semplice “ ratio convenientiae, sapientiae et benignitatis „. Infatti, anche del patto, di cui si parla, “ circa modum, formam, tramitem exercendi iuris „, s’impone la giuridica obligatorietà.

Nè, peraltro, la incoerenza può dirsi superata dalla distinzione che alcuni canonisti fanno tra “ potestas agendi valide „, e “ potestas agendi licite „: tutto dipendere dalla volontà dei contraenti, nel senso che essa può impedire l’una o l’altra potestà o soltanto la seconda (OTTAVIANI, *op. cit.*, n. 388, p. 316 sg.)

Non occorre qui soffermarsi sugli esempi addotti per sostenere un tale assunto; esempi tratti da ipotesi molto lontane dalla presente materia e, comunque, non immuni da vizî logici e da equivoci.

Basterà rilevare che a base della distinzione tra “ potestas agendi valide „ e “ potestas agendi licite „ - distinzione tirata in campo per giustificare la possibilità del Pontefice di agire validamente, per quanto illecitamente, contro il concordato - si pone proprio ciò che dovrebbe esser provato: la volontà delle parti, che hanno stipulato il concordato, aver avuto presente, nell'atto del suo determinarsi, la suddetta distinzione.

L'esistenza di una volontà in questo senso dovrebbe essere appunto dimostrata, come quella che rappresenta un'eccezione al principio generale di diritto, secondo cui due soggetti che assumono obbligazioni reciproche in un contratto bilaterale hanno la coscienza e la volontà di sottostare a norme di diritto e non a precetti di diversa natura (cfr. FALCO, *op. cit.*, vol. I, pag. 57), quanto all'adempimento delle obbligazioni assunte.

Nè, infine, vale osservare che, se il Pontefice violi, per avventura, il patto - sempre, s'intende, *absque causa* - lo Stato non è più tenuto giuridicamente ad adempiere le obbligazioni assunte nel concordato (WAGNON, *op. cit.* p. 285). Perocchè questo rilievo giustifica bensì il principio generale di diritto espresso nelle formule “frangenti fidem, fides iam non est servanda„ (reg. 75, *De regulis iuris*, in VI), “inadimplenti non est adimplendum „, secondo il quale principio la parte lesa dalla revoca di una convenzione può considerarsi liberata dalle sue obbligazioni e denunciare, a sua volta, la convenzione; ma è senz'altro insufficiente, come quello che ha riguardo soltanto ad una delle due possibilità derivanti dall'applicazione del suddetto principio, considera, cioè, l'eventualità di una denuncia della parte lesa, non anche la eventualità che la parte lesa, piuttosto che la via della denuncia, scelga quella di richiamare l'altra parte al rispetto delle obbligazioni assunte, esigendo l'osservanza del patto in cui esse sono contenute. Data la quale facoltà alternativa, è manifesto che con la semplice affermazione che lo Stato possa considerarsi sciolto dalle obbligazioni assunte verso la S. Sede, non si adduce nessun argomento a favore della tesi che quest'ultima possa validamente, per quanto illecitamente, denunciare *absque causa* un concordato. Resta, invero, pur sempre da dimostrare perchè per lo Stato vi sia l'impossibilità di esigere dall'altra parte denunciante l'adempimento delle obbligazioni, e si dia soltanto la possibilità di denunciare, a sua volta, il concordato; giacchè è fuori dubbio che l'esclusione di tale alternativa costituisce un'eccezione alla regola

generale che concede alla parte lesa dalla ingiustificata inesecuzione di una convenzione la facoltà di scegliere o la via della denuncia della convenzione o la via di richiamare la parte inadempiente all'osservanza della medesima.

Dimostrata così l'inanità dei ripari a cui si è ricorso, per salvare la teoria contrattualistica, minata alle fondamenta dai suoi stessi fautori, allorchè in sostanza, - forse senza neppure averne sentore, - ammettendo la possibilità di una denuncia pontificia *absque causa* del concordato, essi riducono a zero il valore giuridico del concordato stesso (onde giustificati appaiono i rilievi del D'AVACK, in *Studi Scaduto*, cit., pag. 168 sgg.) non resta che riaffermare questo valore sulla base - così profondamente scossa da quelli stessi autori che avrebbero dovuto difenderla - della obbligatorietà giuridica del concordato, in virtù del principio "*pacta sunt servanda* „, anche nei riguardi del Pontefice, salvo il limite naturale costituito dalla condizione, fondamentale ed imprescindibile, per il diritto della Chiesa, "*nisi vergat in detrimentum animarum* „, comune denominatore, dato lo spirito ecclesiastico e date le finalità spirituali della società religiosa, di tutti i motivi che possono provocare l'applicazione della clausola "*rebus sic stantibus* „; valvola di sicurezza, questa, del principio "*pacta sunt servanda* „.

11. — I punti sui quali abbastanza diffusamente mi sono soffermato sono tali da far seriamente dubitare che si dia una dottrina la quale tutti li riassume, e che quindi si possa costruire il sistema concordatario come un organismo perfettamente armonico nelle sue singole parti. Di qui il sorgere, accanto alle teorie estreme più antiche, quali la regalistica, la privilegiaria e la contrattualistica, di teorie eclettiche sulla natura giuridica del concordato, quali la teoria del Wernz e quella dei privilegi convenzionali, intermedie, tra la tesi privilegiaria e la tesi contrattualistica, la teoria del trattato *sui generis* nelle sue molteplici forme, la teoria del trattato quasi internazionale ed infine la teoria delle convenzioni diplomatiche, basate sostanzialmente sui medesimi principi della teoria contrattualistica.

Ma, volendo ora fare, per così dire, il bilancio delle idee, piuttosto che delle formule, messe innanzi da ogni singola dottrina, si potrebbe con sicurezza concludere che sono stati i principi fondamentali della teoria contrattualistica a riscuotere un maggior numero di suffragi. Di fronte a questa teoria, dato che si debba porre fuori

causa la dottrina regalistica, con le sue più o meno dirette filiazioni, rimane la teoria privilegiaria.

È stato, di recente, sostenuto che queste due teorie muovono dagli stessi presupposti e negli effetti pratici si equivalgono, per quanto gli autori tra loro si combattano. Si tratterebbe, in definitiva, di una pura e semplice questione terminologica, posto che le due dottrine classiche, del contratto e del privilegio, coincidono perfettamente nell'ammettere la supremazia della Chiesa sullo Stato e la conservazione integrale dei poteri primaziali della S. Sede. E siccome questi due presupposti dogmatici escluderebbero - sempre secondo quanto, ultimamente, è stato rilevato (D'AVACK, *Studi Scaduto*, cit., pag. 163 sgg.; pag. 172 sgg.) " fin l'idea che tra questi due enti (Chiesa e Stato) possa giuridicamente porsi in essere un atto che veramente rivesta non solo la forma esteriore, ma la vera sostanza di un contratto o patto bilaterale inteso anche nel senso più lato dell'espressione „, si dovrebbe concludere che è assolutamente impossibile, pur con la migliore buona volontà, considerare i concordati non solo come trattati internazionali o come contratti, ma anche come convenzioni o patti sinallagmatici, intesi anche nel senso più lato e meno tecnico della parola. Pertanto, non resterebbe in piedi se non la teoria privilegiaria la quale, pur apparendo storicamente anacronistica, non sarebbe che una logica necessaria conseguenza delle premesse poste circa la posizione giuridica della Chiesa nello *jus publicum externum* e circa il sistema di relazioni che deve reggere i suoi rapporti cogli Stati, quanto dire dei presupposti dogmatici che alla Chiesa spettano la " *potestas directa in rebus spiritualibus* „ e la " *potestas indirecta in rebus spiritualibus sub respectu spirituali* „, e che il potere supremo primaziale del Pontefice deve sempre ed immutabilmente conservarsi pieno ed integro.

Io, modestamente, penso che non si possa ridurre ad una pura e semplice questione terminologica un problema intorno al quale tanti illustri scrittori, laici ed ecclesiastici, hanno esercitato il loro perspicace ingegno. Al di là di ogni discussione sulla terminologia, resta pur sempre da risolvere il punto, se e quale obbligazione derivi dal concordato per l'una e per l'altra parte; se la superiorità della Chiesa sullo Stato ed il potere supremo del Pontefice siano veramente tali da escludere la possibilità di parlare di convenzione, anche intesa questa parola nel senso più lato.

Contro la tesi contrattualistica, intesa nel suo senso più lato,

non sembra possano invocarsi i due presupposti dogmatici della superiorità della Chiesa sullo Stato e della conservazione dei poteri primaziali del Pontefice. Perocchè questi presupposti dogmatici, se bene interpretati, non dico in relazione alle contingenze dell'epoca storica in cui viviamo, ma in relazione ad altri motivi dogmatici, da un lato, ed a particolari momenti del regime concordatario, dall'altro, una cosa sola rivelano, che cioè il concordato non è certo una convenzione parificabile od anche paragonabile alle altre del diritto obbligatorio patrimoniale, alle convenzioni, insomma, intese in senso tecnico, ma non sono davvero tali da eliminare l'idea di convenzione.

12. — Occorre, a questo punto, tornare a quella divisione di momenti, che più sopra ho creduto necessario fare nel sistema concordatario. Secondo quella divisione, infatti, si svolge la mia linea di pensiero.

Per quanto riguarda il momento formativo del regime concordatario, caratterizzato, come già si disse, dalla libera determinazione della volontà del Pontefice, dare il bando alla tesi contrattualistica non altro significherebbe che ignorare o fingere d'ignorare quella che è la realtà dei fatti. Perocchè, al di sopra di ogni categoria o schema mentale già bello e formato (a non voler tener conto della forma, per aver riguardo unicamente alla sostanza delle cose), questa realtà consiste in ciò, che il momento costituito dalle dichiarazioni della Chiesa e dello Stato di volersi accordare su determinati punti interessanti entrambi, in quanto lo si possa considerare a sè, cioè, staccato dagli altri momenti critici che per avventura seguiranno, non può non considerarsi come un accordo di volontà, cioè come una convenzione.

Pertanto, io non vedo come si possa abbandonare (sempre avendo presente il momento formativo del concordato) la visione contrattualistica del fenomeno, ben s'intende attribuendo alla parola contratto, non quel valore, tipico direi, che essa ha nel campo dei diritti patrimoniali, bensì quello più ampio di negozio giuridico bilaterale, suscettibile di venire in considerazione e trovare applicazione nelle più svariate branche del diritto privato e pubblico. Contro la visione contrattualistica del concordato, nello stadio della sua formazione, non si possono far valere quei presupposti dogmatici della superiorità della Chiesa sullo Stato e dell'immutabile potere primaziale del Pontefice, sui quali pure trovano il

punto di partenza ed il fondamento comune tanto la teoria privilegiaria quanto quella contrattualistica.

Infatti, quando contro la tesi contrattualistica si adduce l'argomento che la Chiesa, per essere superiore allo Stato, non può verso di questo assumere obbligazioni, non si pone mente al fatto (già a più riprese rilevato, ma sul quale è bene insistere ancora) che, se la volontà del Capo della Chiesa, pienamente libera al momento della formazione del concordato, ha preferito indirizzarsi verso questo istituto ed in questo senso è stata dichiarata, vuol dire che il Pontefice non ha ritenuto opportuno, considerate tutte le circostanze del momento, mettere in opera quei mezzi che la sua superiorità comporta, vuol dire, in altre parole, che esso ha inteso, astenendosi dall'usar quei mezzi, astenersi dal far valere la sua superiorità. Data questa astensione, nulla più si oppone a che egli si obblighi verso l'altra parte in quei limiti ed a quelle condizioni che la considerazione del fine della società ecclesiastica gli consenta e gli suggerisca.

Che tutto ciò non significhi affatto andar contro un presupposto dogmatico, mi sembra quanto mai manifesto. Di vero, chi potrà considerare illecito e contrario a qualsiasi presupposto dogmatico il comportamento del Pontefice che, per meglio e nel modo più congruo realizzare i fini della Chiesa, assume la veste di contraente e con ciò stesso abbandona quella di superiore? Il che egli può ed in certo modo deve: può, perchè non è in giuoco nessun motivo che gli imponga di avvalersi della sua veste di superiorità; deve, perchè dal fatto stesso che egli stipuli un concordato si deve logicamente argomentare che siano in giuoco motivi che, pel raggiungimento delle finalità della Chiesa postulano l'abbandono di quella veste.

Questo è il vero punto cruciale della questione. Ma s'io non m'inganno, proprio su questo punto i sostenitori della tesi privilegiaria cadono in una petizione di principio, onde tutto il loro pensiero risulta inficiato da un vizio logico manifesto. Essi, infatti, affermano: i presupposti dogmatici della superiorità della Chiesa e dell'immutabile supremazia del potere pontificio, tutte le volte che entrano in campo, devono operare senza subire alcun mutamento. D'accordo. Ma bisogna dimostrare appunto che quei presupposti dogmatici vengono in considerazione al momento in cui nasce il concordato. Ora, è proprio questo che deve escludersi: i presupposti

dogmatici all'atto della formazione dell'accordo tra la potestà ecclesiastica e quella civile sono fuori causa. Non si menomano, dunque nè si disconoscono, quei presupposti, per la semplice ragione che essi non entrano affatto. Perocchè i presupposti - mi si perdoni il bisticcio verbale - perchè entrino in funzione i predetti presupposti dogmatici, non ricorrono nel momento formativo del concordato. Mancano, per vero, in questo momento, quei motivi di fronte ai quali la stessa volontà del Pontefice deve arrestarsi, sotto pena di incorrere nella violazione di precetti di diritto divino; mancano, insomma, quei motivi sinteticamente riassunti dalla condizione "*nisi vergat in perniciem animarum*", che necessariamente determinano il Pontefice, senza possibilità per esso di sottrarsi, ad applicare il principio della superiorità della Chiesa ed il suo potere primaziale, principio che si manifesta in modo precipuo, per non dire esclusivo, nell'applicazione della dottrina del potere indiretto. Ma, a parte queste considerazioni, che non vedo come possano essere superate, il discutere se nel momento formativo del concordato entrino in campo i presupposti dogmatici della superiorità della Chiesa sullo Stato e dell'immutabile potere primaziale del Pontefice, e se lo Stato, di fronte all'affermazione di questi presupposti, figuri come un suddito che riceva una concessione, significa porre un problema esclusivamente teorico, la cui soluzione potrà consigliare alla Chiesa o allo Stato l'una o l'altra maniera politica di regolare i loro reciproci rapporti, non già un problema di diritto positivo. Questo, per vero, è già risolto col fatto stesso che si ragiona del momento formativo del concordato. Perocchè una cosa è certa, a mio modo di vedere, ed è che l'essere la Chiesa e lo Stato divenuti al concordato è già un sicuro indizio che il regolamento dei loro reciproci rapporti non si vuol fondare nè sulla base della superiorità dello Stato sulla Chiesa nè sulla base della superiorità della Chiesa sullo Stato. Impostando il problema sull'una o sull'altra base, invano si cerca un vero e proprio fondamento giuridico del concordato, poichè si riesce ad una confusione di criteri propri del diritto astratto con una materia di diritto positivo, come la presente.

In conclusione, quando la Chiesa ha preferito il concordato per dare una soluzione ai suoi rapporti con lo Stato, obbedendo alle esigenze del fine che essa persegue nonchè alle politiche contingenze, è una strana ed inesplicabile contraddizione quella dello

studioso che si ostina a considerare il concordato alla stregua di quei criteri estremi da cui il concordato, appunto perchè tale, volle prescindere al momento della sua formazione.

Sul quale momento voglio aggiungere un'ultima, significativa considerazione.

È veramente notevole il pensiero espresso da alcuni canonisti, che cioè, qualora si ammettesse che la S. Sede, contrariamente alle sue dichiarazioni esplicite, in più d'una occasione solennemente ribadite (*retro*, n. 8) ed a ciò che formalmente appare, intendesse, nell'atto di stipulare il concordato, fare una pura e semplice concessione di privilegi revocabili *ad libitum* e *absque causa*, lo Stato, che sicuramente, da parte sua, intende impegnarsi giuridicamente, assumendo vere e proprie obbligazioni verso l'altra parte, potrebbe bene muovere a questa il grave appunto di mancare di onestà e di sincerità (VAN HOVE, *Prolegomena ad Cod. iur. can.*, Mechliniae-Romae, 1928, p. 69.)

Ma si è andato - e, a mio avviso, con pieno fondamento - anche più in là. Si è detto, infatti, da taluno che, se si nega al concordato natura contrattuale, è giuocoforza concludere che ogni concordato è nullo, come un accordo viziato da *error in substantia*. Il quale errore consisterebbe appunto nel fatto che, mentre la Chiesa non intendeva contrarre vere e proprie obbligazioni verso lo Stato, lo Stato intendeva obbligarsi verso la Chiesa con un vero e proprio patto bilaterale; sicchè mancherebbe l'incontro delle due volontà ed il concordato dovrebbe considerarsi nullo (BILLOT, *De Ecclesia Chiristi*, Romae, 1922, tom. II. p. 128.)

La teoria privilegiaria, se vuole essere logicamente conseguente e coerente, non può rifiutarsi di ammettere così gravi, assurde e paradossali conclusioni.

Pertanto, anche in un argomento che può dirsi *per absurdum* trova una conferma la linea di pensiero fin qui seguita, secondo la quale il carattere di superiorità della società ecclesiastica, con tutte le sue logiche conseguenze, non viene in considerazione nel momento formativo del concordato.

13. — Ma, ove si abbia riguardo, non più al momento formativo dell'accordo, bensì al regime del concordato, si vedrà come i momenti che caratterizzano questo regime debbano necessariamente subire quelle limitazioni, che, invece, sono affatto estranee all'atto

della conclusione del concordato; limitazioni, che derivano dai presupposti dogmatici della superiorità della Chiesa sullo Stato e del supremo potere primaziale del Pontefice. Perocchè, è appunto nel regime del concordato che questi presupposti vengono in considerazione, quante volte si verifichino determinate condizioni di fatto.

Ora, è ben naturale che quando operano quei presupposti fortemente s'attenui la visione contrattualistica, che, invece, interamente domina il momento costitutivo dall'accordo. S'attenua, bensì ma non scompare; posto che l'elemento decisivo per determinare la natura giuridica del concordato non è già il suo regime, ma soltanto il momento in cui il concordato stesso viene posto in essere.

La considerazione che i due momenti caratteristici, direi critici, nei quali il regime del concordato si scinde, quello dell'interpretazione e quello della cessazione, si sottraggono al principio di libertà, caratterizzante il primo momento, quello della nascita, per sottostare ad un principio di necessità, quale postulano i presupposti dogmatici che in essi entrano in giuoco, non è tale da portare a disconoscere nel concordato la natura contrattuale, ma significa soltanto che la volontà di una delle parti non può determinarsi se non nei limiti insuperabili segnati dall'ordinamento superiore, dal diritto divino.

Certo, non si può negare che l'esclusione della natura contrattualistica trovi qui un'apparente giustificazione, non fosse altro, perchè lo Stato viene a trovarsi nella condizione di dover subire quei limiti ai quali, peraltro - si noti bene -, imprescindibilmente deve obbedire anche la volontà (se pur di volontà è qui il caso di parlare) della stessa suprema autorità ponteficia; oltre a trovare un'apparente giustificazione nel fatto che non è possibile scindere il momento formativo del concordato (dove, ripeto, l'elemento contrattuale chiaramente emerge) dal regime dell'istituto che da esso prende origine.

Ma, a considerare a fondo la sostanza delle cose, non si può neppure disconoscere che questa inscindibilità del concordato *in fieri* dal concordato *in facto esse* - per usare espressioni in voga nella letteratura canonistica matrimoniale - non postula l'abbandono della visione contrattualistica del fenomeno.

Invero, i limiti che operano nel regime del concordato non sono tali da alterare, qualitativamente, la natura contrattualistica di questo istituto, emergente nel suo momento formativo.

In primo luogo, la inscindibilità del momento formativo del-

l'accordo dall'accordo già costituito fa sì che la nozione di convenzione che qui si assume non abbia carattere tecnico, al pari di quelle che sono le convenzioni per eccellenza nell'ambito del diritto patrimoniale, ma non porta ad escludere la nozione di contratto in senso lato.

Inoltre, nella superiorità della Chiesa sullo Stato e nel supremo potere primaziale del Pontefice null'altro si può vedere se non dei limiti naturali di una volontà che però all'inizio liberamente, sciolta da ogni limite, si è determinata nella scelta del mezzo più idoneo pel raggiungimento di imprescindibili finalità. E in questi limiti si deve vedere, non già un ostacolo insuperabile alla visione contrattualistica dell'istituto in esame, ma soltanto un'applicazione di principî comuni a tutto il campo del diritto delle obbligazioni, secondo i quali la volontà di una o di entrambi le parti contraenti può liberamente determinarsi nei confini segnati dal legislatore. Il fatto, poi, che il legislatore qui non sia umano, ma divino, non fa sì che quei principî non possano trovare più applicazione. Questa sarà limitata alla parte rispetto alla quale entrano in funzione i predetti limiti. L'altra parte non potrà che subire le manifestazioni connesse a quei limiti. E ciò perchè lo Stato, allorchè stipulava il concordato, non poteva ignorare che la condizione della Chiesa deve necessariamente imporsi durante il regime concordatario, quante volte si verifichino determinati presupposti, i quali, come più volte si è ripetuto nel corso del presente lavoro, si riassumono in quei motivi che fanno capo alla salvezza eterna delle anime.

Infine, le obiezioni mosse contro la tesi contrattualistica, derivanti dall'interpretazione e della revocabilità o derogabilità del concordato per parte della S. Sede, si superano facilmente considerando che, quando si afferma che il concordato ha la natura e l'efficacia di una convenzione, non solo non si vuol parlare di convenzione in senso tecnico, *stricto sensu*, ma non si vuol neppure affermare che il concordato ha la natura e l'efficacia di una convenzione di diritto privato. Invero, l'oggetto del concordato e la qualità dei soggetti che lo stipulano stanno a dimostrare, in modo manifesto ed indubbio, che si è di fronte ad una convenzione di diritto pubblico. Ond'è che i momenti del regime concordatario relativi all'interpretazione ed alla revocabilità o derogabilità del concordato da parte della S. Sede si spiegano, non già negando senza più la natura contrattuale del concordato, ma negando soltanto che il concordato è un contratto di diritto privato.

14. — Concludendo. Nel Concordato è presente l'elemento essenziale di ogni convenzione: l'“ in idem placitum consensus „. “ Si qui principes rerum publicarum (scriveva Leone XIII nella enciclica *Immortale Dei* del 1 novembre 1885) et Pontifex Romanus de re aliqua separata in idem placitum consenserint... „. E, commentando queste parole del grande Pontefice, un illustre canonista scriveva: “ Quibus ex verbis nequit deduci concordata esse stricta pacta bilateralia. Nam omne pactum bilaterale est sane duorum consensus in idem placitum, at non vicissim omnis consensus duorum in idem placitum est strictum pactum bilaterale; secus confunderentur notio quaedam generica conventionis cum notione specifica stricti pacti bilateralis „ (WERNZ, *op. cit.*, tom. I, n. 121 pag. 232, nota 99).

Ecco, pertanto, la natura giuridica del concordato: è quella di una convenzione per cui è necessario e sufficiente l'“ in idem placitum consensus „, non già quella di una convenzione per cui l'“ in idem placitum consensus „ è necessario ma non sufficiente.

Conclusione certo non nuova, codesta, come ognuno ben vede. Ma non a prospettare una soluzione nuova del problema tendevano le precedenti considerazioni, sibbene a risolvere alcuni punti critici e ad eliminare alcune incoerenze della vecchia teoria contrattualistica sulla natura giuridica del concordato.

Invero, considerando talune asserzioni di questa teoria incompatibili con quella idea di convenzione che pure essa pretendeva di difendere, non è stato difficile ad un nostro perspicace scrittore (D'AVACK, *Studi Scaduto*, cit., p. 160 sgg.) dimostrare la iusostenibilità della tesi contrattualistica. Dopo la critica penetrante di questo scrittore, metteva conto di indagare se, tolte di mezzo non poche nè lievi contraddizioni della originaria formulazione di quella tesi, proprio non restasse posto ad una costruzione contrattualistica della natura giuridica del concordato, che pur intendesse muovere da quegli stessi presupposti dogmatici da cui muove la tesi privilegiaria; in altri termini, meritava di vedere se i giusti rilievi, fatti dal citato autore, che la dottrina giuspubblicistica ecclesiastica fautrice della tesi contrattualistica ha fatto posto ad elementi propri della tesi privilegiaria, fossero altrettanti motivi per abbandonare la prima, o se piuttosto fossero altrettanti motivi per rimeditarla purificandola delle sue manifeste incoerenze.

II. SUL VALORE DEL CONCORDATO NEL DIRITTO INTERNO

15. Il problema dei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno. — 16. Ordinamento giuridico concordatario e diritto interno della Chiesa e dello Stato. — 17. Critica della teoria monistica del primato del diritto concordatario sul diritto interno. — 18. Considerazioni sul can. 3 del *Codex iuris canonici*. — 19. Esempi tratti dalla prassi concordataria e dalla giurisprudenza ecclesiastica. — 20. La dottrina canonistica.

15. — Il problema del valore del concordato nel diritto interno della Chiesa e dello Stato - a differenza del problema, fin qui considerato, della natura giuridica del concordato - non può avere che una impostazione, quella, cioè, che i cultori del diritto internazionale hanno dato alla questione dell'efficacia di un trattato nel diritto interno degli Stati che lo hanno stipulato.

Ma, se una è qui l'impostazione da dare al problema, le soluzioni di questo possono essere varie. Anche qui il fattore storico non può considerarsi estraneo, nel senso che motivi di carattere politico, più che giuridico, esercitano la loro influenza sulle configurazioni del problema, facendo prevalere, a seconda del clima storico, quella o questa tendenza. Onde diverse tendenze possono spiegarsi e giustificarsi in relazione ai diversi momenti storici in cui si sono affermate. Anche il presente, dunque, non meno di quello fin qui considerato, è un territorio in cui, nella costruzione teorica la speculazione dialettica si trova necessariamente congiunta con considerazioni di convenienza politica. Opportunamente, del resto, se è vero che per non riuscire ad un travisamento della natura dei fatti, i fatti bisogna prendere come base, prima di far luogo alla costruzione di figure giuridiche.

Ben noto è il quadro delle costruzioni teoriche messe innanzi circa il problema dei rapporti fra diritto internazionale e diritto interno nella dottrina internazionalistica: teoria del primato del diritto interno; teoria del primato del diritto internazionale; teoria dualistica (per non dire della tesi dell'empirismo storico e di quella del parallelismo fra trattato internazionale e legge interna).

Esporre i termini e le ragioni dei dissensi vivacemente dibattuti sarebbe un fuor d'opera in questi appunti dedicati al diritto concor-

datario. Ai fini di questi appunti, basta tendere l'orecchio a quanto due scrittori nostri hanno, da ultimo, osservato in relazione al problema dei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno ed alle tre surricordate teorie.

“ La disputa così grossa e così ingrossatasi in questi ultimi anni (così il BALLADORE-PALLIERI, *Le dottrine di Hans Kelsen e il problema dei rapporti fra diritto interno e diritto internazionale*, in Riv. di dir. internaz., 1935, pag. 49, il quale continua a conservar fede alla dottrina dualistica, sia pure riveduta e corretta dopo le acute e giuste critiche cui essa era stata fatta segno dal KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, Tübingen, 1928) intorno ai rapporti tra diritto internazionale e diritto interno, è in buona parte una disputa vuota, perchè tutte e tre le teorie su cui si discute vanno, se si vuole essere logici, insieme sostenute. Ha altrettanta ragione il cultore del diritto internazionale che studiando questo ordinamento ne fa derivare come da lui dipendenti gli ordinamenti interni o se no esclude la giuridicità di questi ultimi, quanto ha ragione il cultore del diritto interno che in questo ricerca il fondamento del diritto internazionale, o se no nega a questo ultimo valore giuridico; e tutti e due hanno ragione perchè i diritti interni e il diritto internazionale costituiscono ordinamenti distinti, ciascuno dei quali appare sempre all'indagine giuridica unico ed esclusivo „

“ La questione (così il CAPOCRASSI, *Alcune osservazioni sopra la molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in Studi Sassaresi, serie II, vol. XIV, 1936, fasc. I, pag. 89, dopo aver acutamente dimostrato il suo punto fondamentale, che cioè “singolo ordinamento e molteplicità di ordinamenti sono cose che si implicano „) che è nata soprattutto negli ultimi tempi in termini di così viva consapevolezza, sopra i rapporti tra diritto internazionale e diritto interno anche essa si origina dalla intuizione che i singoli ordinamenti non possono in quanto tali non avere un comune fondamento, non possono non fondarsi sopra un unico fondamento. Forse quello che nuoce alle fondamentali trattazioni contemporanee di questo problema è appunto la considerazione di esso da particolari punti di prospettiva del singolo ordinamento o da quello dell'ordinamento internazionale. Visto il problema da queste prospettive particolari la sua soluzione presenta qualche cosa di arbitrario essendo arbitrario il mettersi o da questo o da quel punto di prospettiva particolare... Per una adeguata considerazione della realtà occorre uscire fuori da questo giuoco di ottica per cui

si opta di volta in volta per l'uno o per l'altro punto particolare e mettersi appunto dalla prospettiva della esperienza totale nella quale i singoli ordinamenti e l'ordinamento internazionale sono parti e momenti necessari dell'esperienza stessa „.

16. — Recentemente, si è osservato che “il concordato fra la Chiesa ed uno Stato instaura fra essi, quali soggetti unitarî, un nuovo ordinamento giuridico, diverso da quello proprio della Chiesa e da quello proprio dello Stato: è un terzo ordinamento giuridico il quale ha per soggetto la Chiesa e lo Stato e non i singoli, sud-diti dell'una e dell'altro „ (FORCHIELLI, *Teoria del diritto ecclesiastico concordatario*, in Studi in onore di F. Scaduto, Firenze, 1936, vol. I, pag. 394), e con gli schemi mentali e le categorie proprie degli internazionalisti si sono tracciate le linee di una teoria del diritto ecclesiastico concordatario.

Si tratta, indubbiamente, di un tentativo significativo e notevole, come quello che dà luogo a molte riflessioni, anche se qualche svolgimento in esso contenuto possa lasciare alquanto perplessi. Questo tentativo, nuovo ed importante, vuole essere qui richiamato, perchè il punto di partenza delle osservazioni che seguiranno consiste appunto nella affermazione dell'esistenza e dell'autonomia del diritto concordatario, sia pure in quel senso che fra poco spiegherò. È manifesto, invero, che altrimenti non avrebbe senso porre e discutere il problema del valore del diritto concordatario nel diritto interno.

Osservo subito che, a mio giudizio, si deve senz'altro considerare erronea o quanto meno incompleta, o l'uno e l'altro insieme, qualsiasi definizione, muovendo dalla quale si perviene alla negazione del diritto concordatario, nella sua autonomia, cioè a dire nella sua esistenza, in quanto lo si riguardi come una manifestazione del diritto interno della Chiesa e dello Stato.

Con ciò, peraltro (e passo così a determinare in che senso possa parlarsi, a mio giudizio, di diritto concordatario), sono ben lungi dall'affermare che l'ordinamento giuridico concordatario sia qualcosa di identico all'ordinamento giuridico internazionale, concepito, questo, come “l'ordinamento immanente della comunità degli Stati, che nasce con essa e da essa è inseparabile, che, prima che nelle singole norme risultanti da particolari accordi, bisogna ricercarlo nell'istituzione in cui si concreta la comunità medesima „, concepito, in

una parola, come “organizzazione o istituzione”, (ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, parte I, pag. 59). Invero, non esiste un ordinamento giuridico concordatario che si concreti nella comunità della Chiesa cogli Stati per l'ovvia ragione che questa comunità è esistita storicamente (seppure in essa si sia potuto mai ravvisare il carattere di istituzione), ma al presente non esiste. Pertanto, se come punto di partenza si deve prendere non già la comunità della Chiesa cogli Stati, intesa in senso ampio e nella sua integrale unità, ma tante comunità quanti sono i rapporti fra la Chiesa e i singoli Stati coi quali la Chiesa stipula un particolare accordo, esistono tanti diritti concordatari quanti sono i concordati. Ne consegue che il diritto concordatario non si pone con la stessa esistenza di un'ipotetica comunità della Chiesa cogli Stati - comunità che postulerebbe necessariamente un ordinamento giuridico che la costituisca e la regoli -, ma ha la sua fonte nella volontà della Chiesa e dello Stato col quale viene stipulato un concordato, manifestata nella forma del concordato stesso. E poichè il diritto concordatario non si afferma nel suo primo momento come istituzione ed organizzazione, come prodotto necessario di un'ipotetica comunità tra la Chiesa e gli Stati, il momento in cui sorge la sua prima pietra non è già nel sorgere di questa comunità, ma nel sorgere del concordato con un singolo Stato. Il che significa che i concordati non poggiano su un principio che si è posto col porsi di una *societas* tra la Chiesa e gli Stati, ma stanno ciascuno per sè, ciascuno traendo da sè la sua efficacia e costituendo il primo principio del diritto di cui sono fonte. In conclusione, non un diritto concordatario generale esiste, ma un diritto concordatario particolare risultante da ciascun concordato.

Concepito questo diritto concordatario particolare come ordinamento giuridico distinto dal diritto interno della Chiesa e dello Stato, il problema del suo valore nell'ordinamento giuridico interno della Chiesa e dello Stato può considerarsi ad un tempo posto e risolto. Perocchè, o io m'inganno, o non ha ragione d'essere il problema circa il primato del diritto concordatario sul diritto interno della Chiesa e dello Stato, una volta che l'ordinamento concordatario e l'ordinamento interno della Chiesa e dello Stato si considerino come separati l'uno dall'altro ed autonomi.

Su questo problema si è, pur di recente, lungamente versato rimettendo sul tappeto, in relazione ad esso, tutte le ormai viete

discussioni tanto vivacemente dibattute tra i cultori del diritto internazionale, e, con argomenti più o meno direttamente mutuati dai fautori della tesi monistica del primato del diritto internazionale sul diritto interno, si è accanitamente difeso il primato sul diritto concordatario sul diritto interno della Chiesa e dello Stato.

Senonchè, quelli argomenti, se potevano valere contro l'originaria formulazione della dottrina dualistica, si rivelano privi di ogni valore dopo che un nostro autorevole internazionalista, messo in guardia dalle finissime e giustificate critiche mosse da un capo-scuola dalla dottrina monistica contro la concezione dualistica, questa concezione ha riveduto e corretto, intendendola e svolgendola in modo coerente, purificandola di quanto di contraddittorio essa effettivamente conteneva e dimostrando come, in definitiva, la tesi monistica quale era stata difesa dal suo più degno rappresentante (KELSEN, *Das problem der Souveränität*, cit.) è in non piccola parte una tesi dualistica (BALLADORE-PALLIERI, *op. cit.*, pagg. 47,48). Perocchè, vi è per il giurista possibilità di scelta tra due o più ipotesi fondamentali solo in quanto vi siano due o più ordinamenti positivi, e "la teoria dell'equivalenza giuridica delle ipotesi del primato del diritto interno e del primato del diritto internazionale può intendersi ed ha un significato solo ove si ammetta l'esistenza dei diritti interni e dell'ordinamento internazionale come ordinamenti tra loro distinti ed indipendenti...". Onde a chi rilevava, con ragione, che la precedente dottrina dualistica non era immune da elementi monistici, si può osservare, con altrettanta ragione, che il suo sistema monistico è zeppo di elementi dualistici e non può essere compreso ove non si accolga una tesi dualistica (BALLADORE-PALLIERI, *op. cit.*, pag. 49).

Questo medesimo giudizio deve, a mio avviso, portarsi sul pensiero di chi (WAGNON, *op. cit.*, pag. 184 sgg.) ha creduto buon partito trasportare, quasi di peso, nel territorio del diritto concordatario il sistema monistico, quale era stato da altri costruito su poderose basi dottrinali e filosofiche (KELSEN, *op. cit.* e *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tom. XIV, 1926, IV, pagg. 227-331). Non mette conto, adunque, indugiare nella confutazione di una tesi che nessun elemento realmente nuovo aggiunge a quella originaria già da altri esaurientemente e felicemente confutata.

17. — Gioverà piuttosto prendere in considerazione quei nuovi elementi, tratti soprattutto dalla prassi concordataria, che si è creduto potere utilizzare per sostenere, sia pure con qualche temperamento e riserva di poco conto, il primato dell'ordinamento concordatario sull'ordinamento interno della Chiesa e dello Stato.

Nel convincimento che questa tesi sia priva di qualsiasi fondamento, così teorico come pratico, mi conferma non poco, innanzi tutto, il fatto che la tesi contraria (la quale, assumendo come autonomi e distinti l'ordinamento concordatario e il diritto della Chiesa e dello Stato, nega, in definitiva, la stessa ragion d'essere del problema, se debba prevalere il diritto concordatario sul diritto interno o questo su quello) io trovo difesa, con rara uniformità di vedute, dalla dottrina canonistica.

Ma è stato obiettato, sia pure in forma dubitativa, che i canonisti non si sono resi esatto conto dell'ampiezza del problema che, nella soggetta materia, si agitava, per non aver essi mai discusso *ex professo* nè la tesi monistica nè quella dualistica. E si è, altresì, affermato che i canonisti, pur professando una tesi schiettamente dualistica, generalmente rigettano i principî fondamentali di questa tesi, perchè essi, i canonisti, ponendo nel diritto naturale l'unico fondamento così del diritto concordatario come del diritto interno, non possono considerare l'ordinamento concordatario e l'ordinamento interno come distinti ed autonomi tra di loro (WAGNON, *op. cit.*, pagg. 187, 188, 196).

Ora, siffatta obiezione, colla quale si pretende accusare, sia pur timidamente (e non so con quanta convinzione), di manifesta incoerenza la dottrina canonistica, appare infondata.

Invero, occorre tenere ben distinta la costruzione di diritto positivo dalla indagine di diritto naturale, la conclusione corrispondente all'attuale realtà storica da quella che si vorrebbe che fosse realtà in un domani più o meno prossimo. Dappoichè, non si ripeterà mai abbastanza che il giurista, che tale voglia restare, alla realtà deve subordinare il concetto, non la realtà al concetto.

Nulla di illogico e di contraddittorio presenta per il giurista positivo il fatto che le norme concordatarie e quelle interne costituiscano positivamente ed attualmente ordinamenti giuridici autonomi e distinti. La contraddittorietà e la illogicità incomincia allorché lo studioso si spoglia della sua veste di giurista, per prendere quella di moralista. Senonchè, questa contraddittorietà non può essere

eliminata nell'attuale ora storica, nella quale non appaiono realizzati i principî su cui si fonda la tesi monistica. Giustamente, infatti, si è scritto che questa tesi, affermando il primato del diritto internazionale, considerando questo come il solo ordinamento giuridico esistente, e negando, per conseguenza, l'autonomia degli ordinamenti statali, "dà per compiuto un processo verso il quale si potrà tendere con ogni forza, ma che bisogna riconoscere non realizzato per ora che gli ordinamenti interni stanno a sè e si pongono come originari e indipendenti", (BALLADORE-PALLIERI, *op. cit.*, pag. 82).

Il che, peraltro, è costretto a riconoscere anche chi lungamente aveva insistito sulla contraddittorietà del sistema dualista (WAGNON, *op. cit.*, pagg. 193, 194, 196) là dove, non potendo superare l'obiezione principale, mossa dai fautori della tesi dualistica contro la tesi monistica, obiezione tratta dalla pratica giurisprudenziale degli Stati moderni circa l'osservanza degli impegni internazionali, pratica che dimostra nel modo più manifesto l'autonomia del diritto internazionale e del diritto interno, si limita ad auspicare l'evoluzione della pratica giurisprudenziale degli Stati in un senso favorevole ai principî della tesi monistica, cioè del primato del diritto internazionale sul diritto interno, e con ciò stesso dà atto che questi principî non trovano riscontro nella odierna realtà storica (WAGNON, *op. cit.*, pagg. 220, 221).

Una sola volta nella storia è esistita la cosiddetta repubblica delle genti cristiane, "la quale risultava da un complesso di enti politici, che da una parte non erano dipendenti gli uni dagli altri ma stretti fra loro da vincoli feudali, dall'altra erano tutti subordinati all'Imperatore germanico, che, erede dell'Impero romano, si considerava capo temporale della Cristianità, e al Pontefice, capo spirituale di essa", (ROMANO, *Corso di dir. internaz.*, Padova, 1929, pag. 15).

Quella sola volta fu realizzato l'ideale del generale ordinamento giuridico positivo, comprendente sia quelle che noi ora denominiamo norme internazionali, sia quelle che denominiamo norme interne (BALLADORE-PALLIERI, *op. cit.*, pag. 65). Ma, nella storia successiva al periodo della cosiddetta repubblica delle genti cristiane, gli Stati vennero a grado a grado affermando sempre più nettamente la loro personalità ed indipendenza. Onde, "al termine di questo processo gli ordinamenti statali non possono più dirsi derivati da quell'unico generale ordinamento cristiano, e non più in questo

rinvengono il fondamento giuridico delle loro norme, ma l'ordinamento di ogni città o regno si pone come originario e ricavante esclusivamente da sè medesimo il proprio valore giuridico „; „ dall'antico ordinamento cattolico e imperiale che assorbiva in sè ogni entità politica, si andavano dunque distaccando gli ordinamenti dei singoli Stati, ossia alla competenza di quel generale ordinamento del mondo cristiano venivano sottratte tutte le materie svolgentisi all'interno di ogni Stato e regolate ora da questi in modo originario e del tutto indipendente, per modo che materie di sua competenza restavano solo più quelle che ora diciamo internazionali „, (BALLADORE-PALLIERI, *op. cit.*, pagg. 97, 68).

La tesi secondo cui le norme concordatarie e quelle interne vanno considerate congiuntamente, come parti di un solo sistema giuridico, si giustifica bensì dal punto di vista del diritto naturale, ma appare in netto contrasto col processo degli eventi storici e coll'attuale ora storica. Perocchè, da un lato, „ venuta meno la repubblica delle genti cristiane, le unioni fra la Chiesa e gli Stati sono sempre unioni con uno Stato singolo alle quali rimangono estranei gli altri e si fondano mediante concordati „, „ d'altro lato, „ l'esistenza di una società religiosa, cui partecipano, in varia misura e modi, gli Stati, non è un pieno fatto storico presente „, (FORCHIELLI, *op. cit.*, pag. 396).

È bensì vero che „ questa concezione non è estranea alla Chiesa, poichè essa concepisce appunto dogmaticamente questa società religiosa nella quale non sono estranei gli Stati „; poichè „ Cristo si rivolse agli uomini, ma anche ai re della terra „, e che „ secondo questo dogma, la società religiosa comprenderebbe tutte le società civili, e, essendo universale, si sovrapporrebbe ed esse „, (FORCHIELLI, *op. cit.*, *loc. cit.*).

Ma fuori della realtà sarebbe chiunque volesse, oggi giorno, prevedere, dal punto di vista dello Stato moderno, l'avvento di un periodo in cui trovi piena attuazione un ordinamento generale cattolico ed imperiale, sul tipo di quello che una volta sola nella storia si è realizzato, nel periodo della cosiddetta repubblica delle genti cristiane. Un tale ordinamento si può auspicare, come quello in cui scomparirebbe lo *hiatus* indubbiamente oggi esistente tra la pura e logica costruzione positiva e la rigida concezione morale; ma non si può nè prevederne l'avvento nè, tanto meno, affermarne l'esistenza.

Ora, la tesi che sostiene essere attuale e positivo il primato del diritto concordatario sul diritto interno, dà come compiuto un processo verso il quale la Chiesa tende, ma gli Stati moderni sembrano tutt'altro che orientati.

Per contro, la tesi dualistica sostenuta consapevolmente, o inconsapevolmente, come taluno vorrebbe (WAGNON, *op. cit.*, pagg. 187, 188) dalla dottrina canonistica, mentre rappresenta il portato della reazione contro i principî che stanno alla base del primato del diritto interno (così come, in sede di discussione sulla natura giuridica del concordato, la teoria contrattualistica e, più ancora, quella privilegiaria costituiscono una reazione contro la teoria che considera il concordato nè più nè meno che una legge civile), dell'attuale realtà storica ha una visione perfettamente adeguata e nell'indagine storica trova una piena conferma. Un canone del *Codex iuris canonici* e la prassi concordataria, soprattutto, che si adducono per smentirla, costituiscono sue ulteriori riprove. Vediamo come e perchè.

13. — A dimostrare che l'ordinamento concordatario prevale sul diritto interno, si è fatto appello, tra l'altro, al can. 3 C. J. C. che suona: “*Codicis canones initas ab Apostolica Sede cum variis Nationibus conventiones nullatenus abrogant aut iis aliquid obrogant: eae idcirco perinde ac in praesens vigere pergent, contrariis huius Codicis praescriptis minime obstantibus.*” (WAGNON, *op. cit.*, pag. 240).

Senonchè, s'io non m'inganno, la presenza di questa disposizione nel *Codex*, anzichè una prova del primato del diritto concordatario sul diritto interno, costituisce una manifestazione del fenomeno perfettamente contrario, vale a dire, dell'autonomia dell'ordinamento concordatario rispetto all'ordinamento interno della Chiesa.

Se il can. 3 può interpretarsi nel senso che le norme del *Codex* non abrogano, qualora siano ad esse contrarie, non solo le norme concordatarie esistenti al momento della promulgazione del *Codex*, ma anche quelle future, può, a mio giudizio, ritenersi che, in virtù della riferita disposizione, si producono direttamente ed automaticamente nell'ordinamento canonico le variazioni necessarie per adattarlo a determinate norme concordatarie che siano con esso in contrasto. Onde, l'abrogazione delle norme canoniche esistenti, contrarie a quelle concordatarie, anzichè essere l'effetto

giuridico di un atto di produzione giuridica che si compie di volta in volta, è effetto che si produce in modo diretto ed autonomo in forza di una norma interna.

Deve, tuttavia, restar fermo quanto osservava un illustre cultore del diritto della Chiesa nel rilevare l'errore della opinione la quale pretende che i concordati abbiano per effetto l'abolizione di tutte le leggi derivanti dalle fonti di produzione del diritto canonico che fossero ad essi contrarie: "Ces traités particuliers (sc. i concordati) ne dérogent au droit universel que dans la mesure des dispositions qu'ils contiennent par rapport à des institutions déterminées. Pour tout le reste, ils lui laissent toute son autorité et sa force obligatoire", (PHILLIPS, *Du droit ecclésiastique dans ses principes généraux*, Paris, 1855, tom III, § clv, n. 7, pagg. 373, 374).

In virtù del richiamo fatto dal can. 3 al diritto concordatario (qualora, ripeto, esso valga così per i concordati anteriori al *Codex* come per quelli posteriori), mutano sia il valore formale sia i destinatari delle norme concordatarie richiamate, nel senso che queste divengono giuridiche in un ordinamento che non è quello nel quale ebbero vita, e destinataria di esse non è più la Chiesa del diritto concordatario ma la Chiesa del diritto interno, del quale diritto le norme richiamate sono entrate a far parte.

Dal procedimento automatico contemplato dal can. 3 (nel quale, dunque, non che una conferma della superiorità del diritto concordatario sul diritto interno della Chiesa, deve vedersi un riconoscimento legislativo esplicito della tesi dualistica che considera diritto concordatario e diritto interno come distinti tra loro ed autonomi) consegue, da un canto, che l'adattamento delle norme del *Codex* alle norme concordatarie ha luogo nel momento stesso in cui sono poste in essere le norme concordatarie che quell'adattamento postulano; d'altro canto, che questo adattamento è completo e continuo, nel senso che ad ogni variazione delle norme concordatarie segue istantaneamente una corrispondente variazione delle norme interne della Chiesa.

Pertanto, la funzione del can. 3, se è esatta l'interpretazione che ad esso si è data, assorbe e rende inutile ogni altro processo di produzione giuridica contemplato dall'ordinamento canonico per adattare le sue norme alle esigenze derivanti da determinate norme concordatarie.

19. — È così poco vero che il diritto concordatario prevale sul diritto interno della Chiesa e dello Stato che le norme di questo diritto non risultano *ipso iure* abrogate, qualora siano contrarie alle norme concordatarie - come pure postulerebbero i principî su cui è fondata la tesi del primato del diritto concordatario sul diritto interno -, ma a ciò è necessaria un'espressa disposizione che statuisca l'abrogazione di quelle norme di diritto interno che si rivelino in contrasto con quelle concordatarie (vedi gli esempi che il WAGNON, convinto fautore del primato del diritto concordatario, crede di potere addurre a favore della sua tesi, *op. cit.*, pag. 241 sgg.; pag. 231 sgg.).

Invero, se fosse corretto affermare che il diritto interno è subordinato al diritto concordatario, non vi sarebbe bisogno di disposizioni relative all'adattamento del primo al secondo; perocchè tale adattamento dovrebbe seguire necessariamente ed immediatamente, posto che la subordinazione di un ordinamento ad un altro implica che sia giuridicamente impossibile per l'ordinamento subordinato di incorporare o mantenere nel suo sistema norme contrarie a quello a cui è subordinato.

Invano si è cercato di togliere valore alla clausola normalmente inserita nei concordati del sec. XIX, la quale impone allo Stato di trasformare il contenuto delle norme concordatarie in leggi civili.

Quanto al concordato colla Baviera del 1817, la disposizione dell'art. 18, la quale, dopo aver stabilito che per effetto delle norme concordatarie devono ritenersi abrogate, qualora siano ad esse contrarie, tutte le norme di diritto interno, testualmente dichiara: "Praesens conventio lex Status declarabitur", è, in modo manifesto conforme ai principî della tesi dualistica (*contra* WAGNON *op. cit.*, pag. 230).

Ma non meno conformi a questi principî sono le clausole contenute in altri concordati del sec. XIX, le quali, dichiarando che il concordato varrà come legge dello Stato vogliono significare che lo Stato si obbliga a trasformare in diritto interno le norme concordatarie e ad adattare a queste le norme di diritto interno (*contra* WAGNON, *op. cit.*, pag. 231).

E quanto al concordato lateranense, che valore può avere, per sostenere il primato del diritto concordatario sul diritto interno, il fare appello all'art. 45, 3^o cpv. di quel concordato: "Per predisporre la esecuzione del presente concordato sarà nominata subito dopo

la firma del medesimo, una commissione composta da persone designate da ambedue le Alte Parti,, (WAGNON, *op. cit.*, p. 243), quando l'art. 1 della legge 27 maggio 1929, n. 810, usa la consueta formula dell'ordine di esecuzione: "Piena ed intera esecuzione è data, etc.,,?"

Soltanto i termini possono essere impropri. Ma, ad onta di qualsiasi improprietà di linguaggio, salva deve restare la sostanza delle cose. Non si sa forse - per addurre un esempio significativo tratto dal diritto internazionale - che l'art. 4 della costituzione tedesca del 1919: "Le regole generalmente riconosciute dal diritto internazionale valgono come parte integrante del diritto costituzionale tedesco,, e l'art. 9 della costituzione austriaca, che si esprime in termini pressochè identici, nonostante la loro impropria formulazione, sono stati (e giustamente) considerati come una manifestazione dell'autonomia dell'ordinamento internazionale rispetto all'ordinamento interno?

Una conferma della tesi del primato dell'ordinamento concordatario sul diritto interno si è voluta trovare in due decisioni della recente giurisprudenza ecclesiastica. Ma l'una e l'altra decisione, lungi dal costituire argomenti favorevoli alla tesi del primato del diritto concordatario, sono manifestazioni dell'autonomia di questo diritto rispetto al diritto interno della Chiesa?

Invero, il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica in data 31 marzo 1917, ad occasione di una controversia sul *ius sepulcri*, circa il valore delle leggi leopoldine del 7 marzo 1773 in seguito al concordato del 24 aprile 1851, dichiarò: "Istae leges (sc. leopoldinae) adhibitae opportunis correctionibus, necnon data ex parte gubernii, uti fieri solet in similibus conventionibus, aequa compensatione, in ipsum concordatum introductae sunt. Quo factum est, ut etiam ex parte Status, quamlibet vim obligandi, quoad veterem ipsarum formam amiserint, totamque iuridicam efficaciam, annuente Ecclesia, uti dispositiones concordatariae acquisierint,, (S. Signat. Apostol. Tribun., *Florentina, Jurium de sepulcris, sive nullit. sent. rotalis*, in *Acta Apost. Sedis*, IX, 1917, pag. 521 sg.). Il che vuol dire che le leggi leopoldine, sopravvenuto il concordato del 1773, in tanto cessarono di aver valore, in quanto, dopo opportune correzioni, furono incorporate nelle disposizioni concordatarie. Per effetto di tale incorporazione, mutò logicamente il valore formale delle leggi incorporate nel senso che queste divennero giuridiche in quell'ordinamento di cui entrarono a far parte. Nè più nè meno,

dunque, di quanto postulano i principî dell'autonomia tra diritto concordatario e diritto interno.

Nel *Votum cōsultoris*, in una causa decisa dalla S. Congregazione del Concilio in data 10 marzo 1923, al fatto che il *Codex* non abbia abrogato le disposizioni contrarie del concordato spagnolo del 16 marzo 1851, si trova data la seguente spiegazione: "Et ratio ea esse videtur, quia huiusmodi leges particulares legis simul ecclesiasticae et civilis rationem habent, quum originem traxerint ex conventionē inter utramque potestatem „ Ma che in ciò debba vedersi una manifestazione dell'autonomia tra diritto interno e diritto concordatario, piuttosto che una prova della superiorità di questo su quello, si è già detto più sopra ragionando del can. 3 C. J. C.

Per sostenere la tesi della superiorità dell'ordinamento concordatario sull'ordinamento interno ecclesiastico e statale, si è preteso anche far valere la considerazione che dopo la cessazione del regime concordatario non sopravvive una legge ecclesiastica o una legge civile, secondo che sia la S. Sede che non intenda accettare la denuncia del concordato da parte dello Stato o sia lo Stato che non intenda accettare la denuncia del concordato da parte della S. Sede. Segno evidente, questo, si dice, che non esiste una distinzione tra diritto concordatario e diritto interno ecclesiastico e statale.

Senonchè, dei due esempî che si adducono, l'uno ancora una volta sta a dimostrare la fondatezza della tesi dell'autonomia del diritto concordatario rispetto al diritto interno, l'altro non trova altra spiegazione se non quella derivante dai principî che governano la dottrina del potere indiretto.

Invero, sia il concordato col Baden del 1859 sia il concordato col Wurtemberg del 1857 caddero per una ragione che si trova in aperto contrasto coi postulati della teoria del primato del diritto concordatario sul diritto interno. Perocchè entrambi i suddetti concordati furono dichiarati privi di valore dai rispettivi governi, per non essere stati approvati dai rispettivi parlamenti (cfr. WAGNON, *op. cit.*, pag. 245): quello del Baden, perchè stipulato senza il consenso parlamentare richiesto dalla costituzione per ogni trattato che modifici la legislazione interna dello Stato (WAGNON, *op. cit.*, p. 134); quello del Wurtemberg, perchè il parlamento si rifiutò di trasformare in legge i progetti presentati dal governo, aventi lo scopo di adattare la legislazione interna alle norme concordatarie. Più esplicita conferma della tesi dualistica io non saprei davvero rin-

venire nella prassi concordataria, e non so proprio come taluno abbia potuto ravvisare elementi monistici nei due casi riferiti (WAGNON, *op. cit.*, p. 245).

In relazione al secondo esempio, nel quale pure vuol vedersi una esplicita manifestazione della tesi monistica, basti osservare che il fatto che il concordato austriaco del 1855, denunciato dallo Stato nel 1870, sia stato considerato dalla S. Sede sempre in vigore fino al 1918, anno in cui finì lo Stato austriaco, si spiega facilmente, sol che si pensi che la S. Sede, in virtù del suo potere indiretto, può considerare, almeno teoricamente e dal suo punto di vista, ancora in vigore un concordato che lo Stato considera come non mai avvenuto. Peraltro - occorre osservare - sembra più probabile che non il concordato del 1855 sia rimasto in vigore, per la S. Sede, fino al 1918, ma una legge ecclesiastica (in questo senso, infatti, VAN HOVE, *Prolegomena, Mechliniae-Romae*, 1928, n. 71, pag. 63, nota 1); il che costituisce un elemento di primo ordine a favore della tesi dualistica. Del resto, lo stesso autore che, in relazione al concordato austriaco, sostiene la sopravvivenza, per la Chiesa, delle norme concordatarie, ai fini di dare un colpo alla tesi dualistica (WAGNON, *op. cit.*, pag. 245 sgg.), altrove in via generale, considera lo Stato denunciante tenuto all'osservanza di quelle obbligazioni che la Chiesa, ove la salute delle anime lo esiga, crederà necessario far valere, non già invocando un concordato scomparso, ma sì in virtù del suo potere diretto o indiretto (WAGNON, *op. cit.*, pag. 308). Considerazioni, queste, per vero, puramente accademiche e senza riscontro nella realtà, come altrove ho rilevato, ma atte a dimostrare come tutt'altro che netta e sicura sia la linea di pensiero seguita da chi, da ultimo, ha scritto a favore del primato del diritto concordatario sul diritto interno, primato che io vado dimostrando infondato proprio alla stregua di alcuno degli esempi più significativi che si sono addotti per difenderlo anche sul terreno della realtà.

Il problema dei rapporti tra diritto concordatario e diritto costituzionale va risolto nel senso che le eventuali modifiche accessorie - chè per quelle sostanziali sorge un problema tutt'affatto diverso che qui non interessa - del diritto costituzionale non hanno influenza nei confronti del diritto concordatario.

Occorre appena rilevare che siffatto problema si pone soltanto nei riguardi delle modifiche che, per avventura, subisca il diritto

costituzionale dello Stato, poichè non ha senso parlare di modifiche rispetto alla costituzione della Chiesa, per sua natura immutabile, come quella che è fondata su principii di diritto divino positivo.

La soluzione data a questo problema - necessariamente, a mio avviso, unitaria, sia che si tratti di modifiche costituzionali sfavorevoli, sia che si tratti di modifiche favorevoli alla S. Sede (*contra* DE MEESTER, *Juris canonici et juris canonico-civilis compendium*, Bruges, 1921, vol. I, pag. 169, che pretende distinguere gli effetti favorevoli dagli effetti sfavorevoli per la S. Sede delle modifiche costituzionali dello Stato) - rappresenta, a mio modo di vedere, una diretta filiazione dei principî a cui si ispira la tesi dualistica. Eppure, non è mancato chi anche della suddetta soluzione si è valso come di un argomento favorevole alla tesi monistica del primato del diritto concordatario sul diritto interno (WAGNON, *op. cit.*, p. 234 sgg.).

Di vero, come le modifiche eventuali del diritto costituzionale dello Stato non esercitano alcuna influenza sull'ordinamento concordatario, così le eventuali modifiche di questo ordinamento non hanno influenza sul diritto costituzionale. Applicazione manifesta e sicura dell'autonomia del diritto concordatario rispetto al diritto interno ed in genere della distinzione e reciproca indipendenza degli ordinamenti giuridici; autonomia, distinzione e reciproca indipendenza verbalmente avversate, ma sostanzialmente riconosciute anche da chi lunga, ma vana fatica ha durato, per trovare argomenti che in qualche modo potessero suffragare la tesi monistica, che afferma il primato del diritto concordatario e concepisce, in definitiva, questo come il solo ordinamento giuridico esistente. Perocchè ad una conclusione opposta a quella ora accennata, cioè, alla conclusione che ad ogni modifica del diritto concordatario debba corrispondere una modifica del diritto costituzionale, avrebbe dovuto pervenire chi non si è peritato di affermare che il diritto concordatario domina il diritto costituzionale (WAGNON, *op. cit.*, p. 240, § 3).

20. — Concludendo. Il dualismo dei canonisti, lungi dal trovare una smentita sul terreno della realtà - come pur taluno vorrebbe (WAGNON, *op. cit.*, pag. 257) - trova una conferma ulteriore nella prassi concordataria. Per contro, la tesi ultimamente sostenuta, della prevalenza del diritto concordatario sul diritto interno della Chiesa e dello Stato rappresenta, nel diritto della Chiesa, un'opi-

nione isolata e destinata a non avere alcun seguito. Infatti, essa non ha dalla sua parte il pensiero di nessun canonista, antico o moderno o contemporaneo.

Invero, non vale fare appello (WAGNON, *op. cit.*, pagg. 255, 256), quasi a riassumere la tesi tanto lungamente quanto inutilmente difesa, alla seguente definizione di un illustre canonista moderno (WERNZ, *Jus decretalium*, Romae, 1905, tom. I, pag. 216), conforme a quella data da altro canonista meno recente, ma illustre del pari (SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, Romae, 1844, tom. III, pars. I, tit. V, n. 235): “Lex pontificia et civilis lata pro particulari quadam republica ad ordinandas relationes inter Ecclesiam et Statum circa materiam aliqua ratione utramque potestatem sive societatem concernentem; quae adiunctam habet vim pacti publici inter Sedem Apostolicam et illam rempublicam initi et utramque partem vere obligantis „. Perocchè, è lo stesso autore che dà questa definizione - nella quale si crede veder compendiata la tesi del primato del diritto concordatario sul diritto interno statale ed ecclesiastico - che scrive (WERNZ *op. cit.*, n. 171, pag. 232): “Et subditi quidem vi concordati, quatenus istud est consensus quidam duorum in idem placitum, directe et immediate non obligantur. Nam subditi ex neutra parte sunt subiectum concordatorum, sed proxime et directe auctoritas publica Ecclesiae et civitatis „; ed insegna che in tanto i *subditi legum* e i *subditi canonum* sono obbligati, in quanto il concordato “rite publicatur et etiam ut lex promulgatur „. Adunque, solo dopo la promulgazione nel diritto interno della Chiesa e dello Stato, il concordato diviene “lex pontificia et civilis „, e all’una e all’altra rispettivamente i *subditi canonum* e i *subditi legum* devono prestare osservanza.

Ora, è veramente molto strano che si sia voluto scorgere in tutto ciò una conferma, anzi una sintesi della tesi del primato del diritto concordatario sul diritto interno ecclesiastico e statale. In verità, se v’è un punto in cui più sensibile si manifesta il contrasto della realtà della vita con questa tesi, è proprio quello relativo ai destinatari del diritto concordatario e del diritto interno, in quanto, in virtù del mutamento, comunque attuato, del valore formale delle norme concordatarie, destinatari di queste sono non più la Chiesa e lo Stato, come persone giuridiche del diritto concordatario, sibbene la Chiesa e lo Stato, come persone giuridiche del diritto in-

terno. Punto, questo, fondamentale, sul quale saldamente poggia la tesi dualistica e contro il quale sono destinati ad infrangersi, in definitiva, tutti gli argomenti con cui si pretende sostenere la tesi monistica del primato del diritto concordatario sul diritto interno della Chiesa e dello Stato.

Infine, non meno strano appare che, pur riconoscendo l'influenza del dualismo degli internazionalisti sulla dottrina canonistica (WAGNON, *op. cit.*, pag. 255), si sia voluto distinguere il dualismo dei canonisti dal dualismo dei cultori di diritto internazionale (WAGNON, *op. cit.*, pag. 187), laddove non si saprebbe, io credo, immaginare più esplicito riconoscimento dei principî a cui è informata la tesi dualistica nel campo del diritto internazionale, di quello contenuto nelle seguenti parole di uno dei più illustri rappresentanti della scienza canonistica contemporanea (VAN HOVE, *op. cit.*, n. 71, pag. 63): "... obligatio subditorum directe oritur ex lege, non ex ipsa pactione; cessat autem per revocationem ipsius legis....". Il che vuol dire il che *subditus legum* non potrebbe rifiutare omaggio all'interpretazione data dallo Stato, attraverso il proprio organo, alla norma concordataria nella legge di attuazione del concordato, anche se, putacaso, la ritenesse non schietta applicazione del concordato; così come l'organo ecclesiastico non potrebbe dal canto suo rifiutare ossequio alle norme di applicazione date dalla Chiesa, anche se portasse alla sua volta analogo giudizio „ (JEMOLO, *Il matrimonio*, in Trattato di dir. civ. ital. del Vassalli, Torino, 1937, pag. 200). Pertanto, è il principio di autonomia, sul quale la tesi dualistica è fondata, che domina il momento finale del regime concordatario, come ogni momento intermedio, se è vero, come io ritengo, quanto, da ultimo, è stato scritto, che cioè, se dopo la legge di esecuzione del concordato "altra ne intervenga, la quale venga incontro all'interprete nel compito di ricavare le regole di diritto interno necessarie per l'attuazione, per quanto concerne lo Stato, della convenzione approvata e determini essa medesima queste regole, essa dirà l'ultima parola in proposito „ (JEMOLO, *op. cit.*, loc. cit.). E ciò vale per i *subditi canonum* non meno che per i *subditi legum*.

Dopo quanto si è detto fin qui, si comprende anche come un nostro illustre scrittore abbia potuto affermare che i concordati non sono fonti di diritto canonico, poichè "solo in quanto il concordato viene pubblicato come legge ecclesiastica territoriale, e non in quanto

è stato stipulato, sorgono diritti ed obbligazioni per i funzionari ecclesiastici e per i sudditi della Chiesa „ (FALCO, *Corso di diritto ecclesiastico*, Padova, 1933, vol. I, p. 61). Considerazione, questa, che, *mutatis mutandis*, vale anche per il diritto dello Stato.

PIO FEDELE

*Prof. inc. di diritto ecclesiastico
nella Università di Urbino*

INDICE - SOMMARIO

I. SULLA NATURA GIURIDICA DEL CONCORDATO

1. Considerazioni generali. Il mio punto di osservazione	pag. 1
2. Sintesi e valutazione critica delle varie teorie . . .	" 5
3. I principî della c. d. dottrina del potere indiretto in relazione al diritto concordatario	" 8
4. Loro riscontro nella odierna realtà storica	" 11
5. La dottrina del potere indiretto nella formazione e nel regime del concordato	" 13
6. La dottrina del potere indiretto e la clausola <i>rebus sic stantibus</i>	" 16
7. Denuncia pontificia <i>absque causa</i> del concordato. Osser- vazioni pratiche	" 21
8. Dichiarazioni pontificie. Rilievi dogmatici	" 24
9. Invalidità della denuncia pontificia <i>absque causa</i> del concordato	" 27
10. Incoerenza dei fautori della teoria contrattualistica	" 32
11. Pretesa coincidenza della teoria privilegiaria e della teoria contrattualistica	" 35
12. Il momento formativo del concordato	" 37
13. Il regime del concordato	" 40
14. Conclusione	" 43

II. SUL VALORE DEL CONCORDATO NEL DIRITTO INTERNO

15. Il problema dei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno	pag. 44
16. Ordinamento giuridico concordatario e diritto interno della Chiesa e dello Stato	" 46
17. Critica della teoria monistica del primato del diritto concordatario sul diritto interno	" 49
18. Considerazioni sul can. 3 del <i>Codex iuris canonici</i>	" 52
19. Esempi tratti dalla prassi concordataria e dalla giuri- sprudenza ecclesiastica	" 54
20. La dottrina canonistica	" 58

LA DISCIPLINA CONVENZIONALE DELLA PRODUZIONE E DELLA VENDITA

Lo studio giuridico delle convenzioni fra imprenditori, dirette alla disciplina della produzione e della vendita (1), particolarmente interessa sotto il profilo dogmatico in quanto, lasciato da parte l'esame delle varie clausole - le quali pure determinano problemi giuridici nuovi ed eleganti, - si tenti una sistemazione unitaria dei multiformi aspetti del fenomeno economico e si ricerchi la formulazione di principi generali e comuni.

In questo senso si è prevalentemente orientata l'elaborazione dottrinale italiana e non sono mancati tentativi notevoli di formulazione di una teoria generale (2). Se peraltro i risultati raggiunti

(1) Mi riferisco genericamente alle convenzioni dirette alla "disciplina della produzione e della vendita", in conformità della espressione usata nei testi legislativi (R. D. 16 giugno 1932 n. 83, e 16 aprile 1936 n. 1296), senza preoccuparmi, per il momento, di stabilire se tale espressione abbia identico significato alle altre usate dagli scrittori (disciplina della reciproca concorrenza, dell'attività economica, ecc.). Ciò formerà oggetto di successive considerazioni.

(2) Si vedano soprattutto ASCARELLI, *Consorzi volontari tra imprenditori*, Milano 1937 (rielaborazione dello studio "Note preliminari sulle intese industriali", in *Riv. it. per le scienze giur.*, 1933, pag. 90 e seg.); SALANDRA, *Il diritto delle unioni di imprese*, Padova 1934.

Degni di rilievo sono anche gli spunti del WEILLER, *Sui caratteri differenziali fra consorzi e società commerciali* (*Foro it.*, 1933, I, 1607 e seg.), e del MOSSA, *Diritto commerciale*, parte I, Milano, 1937, n. 36. Segue pedissequamente le tesi dell'ASCARELLI, l'AULETTA, *Il contratto di consorzio ed il suo regolamento giuridico* (*Foro it.*, 1936, I, 1086). Si consulti anche SCHEGGI, *Contributo allo studio dei Consorzi volontari*, Napoli 1935. Del lavoro del CAPUTO, *Consorzi di imprese*, non ancora pubblicato, ci risultano solo i riferimenti contenuti in ASCARELLI.

Su problemi particolari vedi anche FERRI, *Scioglimento di consorzio e diritto*

debbono ritenersi più che soddisfacenti in relazione alla novità dei problemi trattati (3), tuttavia essi non possono considerarsi definitivi e sicuri, come testimoniano le stesse diversità che esistono nelle concezioni dei singoli autori.

Forse la complessità del fenomeno economico, forse il desiderio di far assurgere la costruzione giuridica ad un carattere di generalità, forse la difficoltà stessa a svincolarsi dall'influenza che l'affinità economica fra più fenomeni può determinare nella indagine giuridica, hanno creato in misura più o meno accentuata e consapevole, squilibri di costruzione e vizi di formulazione, che sembra necessario eliminare (4).

dei terzi (*Foro it.*, 1934, I, 1113); *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936, n. 2.

La dottrina tedesca si è piuttosto preoccupata di differenziare il fenomeno da altri simili e di descriverne la organizzazione giuridica, ricavando il concetto dalla scienza economica (così esplicitamente, FLECHTHEIM, *Die rechtliche Organisation der Kartelle*, Bensheimer 1923, pag. 5; GEILER, *Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts*, Bensheimer 1922, pag. 27; CALLMANN, *Das deutsche Kartellrecht*, Berlino 1934, pag. 76 e seg.), o dalla considerazione dei tipi di convenzioni tenute presenti nella *Kartellverordnung*: così EGER, *Das Recht der deutschen Kartelle*, Berlino 1932, pag. 15.

Tentativi di costruzione generale sono quelli di HAUSSMANN, *Grundlegung des Rechts der Unternehmungszusammenfassungen*, Bensheimer 1926; FRIEDLAENDER, *Konzernrecht*, Bensheimer 1927; HERZOG, *Zum Problem der Kartellrechtsreform* (*Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, vol. 98, 1932, pag. 226 e seg.); LOERENBERG, *Kartellorganisation und Kartell Kündigung* (*ibid.*, vol. 89, 1926, pag. 296 e seg.); MUELLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, Tubinga 1928, pag. 407, ove ulteriori citazioni.

Per la bibliografia francese, cfr. per tutti TCHERNOFF, *Ententes économiques et financières*, 1933; MAZEAUD, *Le problème des unions de producteurs*, 1934.

(3) L'elaborazione dottrinale è infatti posteriore al 1930: anteriormente, eccetto qualche accenno in SRAFFA, *Sulla natura giuridica dei Sindacati* (*Riv. dir. comm.*, 1914, II, 845), le discussioni dottrinali riguardavano unicamente il punto della liceità di siffatte convenzioni, come risulta dagli scritti del FADDA, *Sulle clausole di concorrenza*; MARCHIERI, *Sindacati di difesa industriali* (*Riforma sociale*, 1898, pag. 312 e seg.); QUATTROCCHI BELTRAME, *Sulla validità dei contratti di sindacato industriale* (*Foro it.*, 1903, I, 1034); BARASSI, *Le coalizioni industriali e il diritto positivo* (*Foro it.*, 1901, I, 564); SUPINO, *Arch. giur.*, vol. 51, pag. 310; RICCA-BARBERIS, *I Sindacati industriali e la giurisprudenza* (*Riv. dir. comm.*, 1904, I, 458); BRUCI, *Sindacati leciti* (*id.*, 1911, II, 273).

(4) A questo proposito particolarmente interessanti appaiono i rilievi reciproci che l'ASCARELLI e il SALANDRA hanno fatto in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, 152 e 427.

Lo scopo della presente indagine è appunto quello di porre in luce i dubbi che suscitano le attuali formulazioni dottrinali, per giungere, se possibile, ad una sistemazione più precisa della materia.

In relazione a tale scopo, non si ritiene necessario attardarsi nella considerazione dei concetti economici: questi sono ormai sufficientemente conosciuti ed ampiamente esposti negli scritti di economisti e giuristi (5). D'altra parte, le distinzioni economiche hanno un ben limitato valore, da un punto di vista giuridico, specie quando si tratti di ricercare una sistemazione unitaria della materia. Sono infatti gli elementi comuni che devono essere considerati e precisati, e non anche gli elementi differenziali; cioè gli elementi essenziali che si riscontrano sempre e non quelli accidentali, che possono esistere come non esistere.

*
* * *

Le incertezze dottrinali, si può dire, si iniziano, con la terminologia: cartelli, sindacati, consorzi, intese industriali, unioni di imprese, sono termini usati per racchiudere in una formula la intera categoria di convenzioni, e ciascuna espressione ha goduto momentaneamente il favore degli studiosi.

La questione terminologica avrebbe di per sè poco rilievo, se tutto dovesse ridursi alla ricerca di una formula verbale. Ma la diversità di terminologia esprime talora una diversità concettuale, esprime cioè una diversa determinazione dell'ambito del fenomeno economico, che si intende considerare e unificare. Si tratta pertanto di questione, che merita ogni attenzione ai fini della nostra indagine.

È noto che la disciplina della produzione e della vendita può essere praticamente ottenuta attraverso due procedimenti diversi: cioè sia operando all'interno delle singole imprese, attraverso la subordinazione (economica) di più imprese alla volontà di un unico imprenditore; sia operando all'esterno delle singole imprese, mediante accordi fra i vari imprenditori limitanti e regolanti l'attività economica di ciascuno.

È noto altresì che il primo procedimento dà luogo al fenomeno

(5) Si possono utilmente consultare in proposito VITO, *Sindacati industriali*, Milano 1932; LIEFMANN, *Cartelli, gruppi e trusts* (nella *Nuova collana di Economisti*, Utet, 1934, vol. VII); oltre le opere già citate dell'ASCARELLI e del SALANDRA.

economico di gruppo (*Konzern*), e che il secondo dà luogo al fenomeno di cartello o di consorzio (*Kartell*) (6).

Orbene la espressione unione di imprese (*Unternehmungen Zusammenschlüsse*) è usata per indicare complessivamente il fenomeno di gruppo e quello di cartello o di consorzio; mentre le altre espressioni (intese industriali, cartello, consorzio, sindacati) hanno un contenuto più limitato e vogliono indicare solo quel fenomeno in cui la disciplina della produzione e della vendita si attua mediante accordi fra imprenditori.

La terminologia è tratta dagli economisti, ma nel linguaggio giuridico essa ha assunto un significato tecnico, e vuole esprimere dei concetti giuridici e non anche semplicemente economici.

Chi parla di unione di imprese (HAUSSMANN, SALANDRA) intende affermare con ciò la possibilità di una concezione unitaria, che, al di sopra delle differenze singole, abbraccia tutto il fenomeno della integrazione economica; mentre chi parla di intese industriali, cartelli, consorzi ecc. parte già dalla negazione della possibilità di una tale più ampia ricostruzione unitaria, e questa limita al più ristretto fenomeno economico di cartello.

Da ciò deriva la necessità di un primo ordine di precisazioni: è possibile dare una concezione giuridica unitaria delle unioni di imprese?

Lo hanno sostenuto in Germania l'HAUSSMANN e in Italia il SALANDRA, sia pure con argomentazioni diverse.

Lo HAUSSMANN ha trovato nell'elemento predominio (*Beherrschung*) la base di una costruzione unitaria del fenomeno di unione di imprese. Tale elemento sussisterebbe nei cartelli non meno che nei gruppi; e costituirebbe una *rechtliche Parallelerscheinung* del

(6) Adopero le espressioni usate dagli economisti più recenti (VITO, LIEFMANN) in relazione ai fenomeni economici considerati. Evidentemente la diversità del fenomeno economico non è di per sé un criterio decisivo per escludere la unità del fenomeno giuridico: può esserlo in determinati casi e non esserlo in altri. Su queste basi appunto il WEILLER, in *Foro It.*, 1933, I, 1607 distingue i contratti in *contratti di ordine inferiore* e *contratti di ordine superiore*: e la distinzione, a parte la terminologia, è sicuramente esatta in quanto si voglia distinguere quei contratti che permettono il raggiungimento di un risultato economico fisso da quelli (società), che permettono di ottenere una molteplicità di risultati economici. Si tratterà di vedere se tale distinzione abbia un valore giuridico o soltanto un valore economico.

diritto dei cartelli e dei gruppi, la quale sebbene si attui, nelle due ipotesi in un campo diverso (predominio nei rapporti esterni, per i cartelli; predominio nei rapporti interni, per i gruppi), permetterebbe tuttavia un *Oberbegriff* delle unioni di imprese (7).

La tesi dell'HAUSSMANN, per ciò che concerne i cartelli, trae spunto da una concezione, abbastanza diffusa in Germania, secondo la quale il predominio monopolistico nel mercato costituirebbe un carattere essenziale del cartello (8). Concezione questa che pretende trovare la sua base legislativa nella *Kartellverordnung* stessa, la quale, com'è enunciata nel suo stesso titolo (*Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen*), si propone appunto la repressione degli abusi conseguenti alla posizione di predominio e contiene disposizioni che appunto sono dettate in considerazione di tale elemento (così la norma del § 1, che porta una esemplificazione degli accordi tendenti al predominio nel mercato e regolati appunto dalla ordinanza; così quella del § 4, la quale tende ad impedire gli eccessi di tale predominio; così infine quella del § 8, che consente il recesso unilaterale quando il predominio diventa intollerabile per la eccessiva limitazione dei partecipanti al cartello).

D'altra parte, la tesi dello HAUSSMANN si basa sul rilievo che il predominio si riscontra anche nei gruppi, dato che gli scopi del gruppo in tanto possono essere raggiunti, in quanto la società capogruppo abbia il potere di imporre nelle assemblee delle singole società raggruppate la volontà e gli interessi del gruppo, in quanto cioè goda di una posizione di predominio sulle singole imprese.

Se peraltro le considerazioni dello HAUSSMANN possono avere un qualche fondamento dal punto di vista economico, esse appaiono oltremodo fragili nel campo giuridico.

Già nel campo economico il predominio monopolistico dei

(7) Cfr. HAUSSMANN, *op. cit.*, pag. 81.

(8) Questa tendenza si ricollega al LIEFMANN, *op. cit.*, pag. 645, il quale ricomprende nel concetto di cartello "le libere convenzioni fra imprenditori autonomi concluse allo scopo di un dominio monopolistico del mercato".

Tale concezione è accolta dal FLECHTHEIM, *op. cit.*, pag. 5, e dai commentatori della *Kartellverordnung*: cfr. ISAY-TSCHIRSCHKY, *Kartellverordnung*, Bensheimer 1925, pag. 125; LEHNICH FISCHER, *Das Kartellgesetz*, 1924, pag. 81; HAUSSMANN HOLLAENDER, *Kartellverordnung*, Monaco 1925, pag. 18, 19.

cartelli è piuttosto la espressione di una tendenza che non la rappresentazione di una realtà; questa tendenza monopolistica può essere attuata attraverso i cartelli o consorzi obbligatori, non anche, o per lo meno non sempre, nei cartelli o consorzi volontari. Porre a base del concetto economico di cartello il predominio monopolistico nel mercato, significa pertanto restringere oltremodo tale concetto, ed avere una visione soltanto parziale del fenomeno.

Ma, ai fini della costruzione di un concetto giuridico unitario, l'elemento predominio è del tutto irrilevante. Tale elemento infatti riguarda unicamente il risultato pratico conseguibile: e sicuramente non possono accomunarsi più fenomeni solo perchè tutti praticamente perseguono tale risultato, come non possono distinguersi fenomeni solo perchè tale risultato raggiungono in modo meno perfetto. La possibilità di ottenere un predominio monopolistico nel mercato dipenderà soltanto da circostanze di fatto: così ad esempio potrà dipendere dal numero delle imprese che partecipano all'accordo o di quelle esistenti nel mercato, dalle possibilità finanziarie delle imprese partecipanti, dalla politica di prezzi attuata; ora nessuno potrà affermare che un accordo di identico contenuto possa assumere una natura giuridica diversa, solo perchè vari il numero dei partecipanti, la loro capacità, il loro piano di azione.

La natura giuridica dell'accordo deve stabilirsi in base alla sua causa giuridica, e non anche *a posteriori* in base al risultato pratico che tale accordo può avere e neppure al risultato che le parti sperano in via di presunzione di potere raggiungere. Tale risultato pratico potrà anche avere una influenza sulla vitalità dell'accordo e cioè sulla sua durata, ma non può avere influenza sulla costruzione giuridica dell'accordo (9).

Nella mente dello HAUSSMANN deve avere assunto, a questo proposito, un rilievo decisivo il fatto che nella *Kartellverordnung* sia stato preso in considerazione l'elemento predominio. Che la legge consideri sotto un determinato profilo e a determinati fini un complesso di fenomeni non significa affatto che questo complesso di fenomeni faccia capo ad un concetto giuridico unitario: si può

(9) Esattamente l'ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 18, in nota 10, osserva che giuridicamente è solamente la causa tipica del negozio che può offrire un sicuro criterio distintivo, ed è solo attraverso di essa che elementi economici possono servire di base per distinzioni giuridiche.

soltanto affermare che più fenomeni possono, in determinate circostanze, produrre effetti giuridici comuni, ma non anche che i fenomeni sono gli stessi (10).

Nel caso concreto, la *Kartellverordnung* considera i vari accordi fra imprenditori sotto il profilo del predominio monopolistico nel mercato e detta opportune norme in proposito: ma il predominio del mercato è considerato come situazione di fatto e quindi a prescindere dalla considerazione dei mezzi attraverso i quali esso viene realizzato. Basta del resto considerare la varietà degli accordi tenuti presenti nel § 1 della Kvo per convincersene.

D'altra parte, anche nel fenomeno di gruppo l'elemento predominio (nei rapporti interni) non è un elemento essenziale, neppure da un punto di vista economico. Nel fenomeno di gruppo si fanno infatti rientrare dallo HAUSSMANN le *Interessengemeinschaften* (cointeressenze), e in esse non si verifica nessuna posizione di predominio nell'ambito delle singole imprese, dato che manca addirittura una società capogruppo (11).

Quando poi nel fenomeno di gruppo si richiede una posizione di predominio da parte della società capogruppo rispetto alle società affiliate o controllate, il concetto di dominio o di controllo è un concetto economico e non anche un concetto giuridico. Il fenomeno giuridico infatti si esaurisce, in questi casi, nella partecipazione azionaria, e la posizione di predominio è solo una conseguenza pratica che deriva dal fatto che alla partecipazione azionaria sono connessi i poteri di gestione della società (12).

Naturalmente il dominio o controllo sarà tanto più completo,

(10) Già il GIERKE, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, vol. 94 (1929), pag. 310, aveva notato la impossibilità di ricavare un concetto giuridico unitario dalla simultanea considerazione che *ad un dato effetto* fa una determinata legge di più fenomeni: "in base a leggi di carattere non formale (*Steuerrecht, Kartellrecht*) si può giungere a un concetto unitario, mentre il contrario avviene in base a leggi di carattere formale (*Handelsrecht*)".

(11) Vedi FRIEDLAENDER, *Die Interessengemeinschaft als Rechtsform der Konzernbildung*, Berlino 1921. L'HAUSSMANN, *op. cit.*, pag. 126, parla di *Zusammenfassung mit Koordination*.

(12) Sulla inesistenza di un concetto giuridico di controllo o di dominio, cfr. FINZI, *Società controllate* (*Riv. dir. comm.*, 1932, I, 462); FERRI, *Vendita con esclusiva* (*Dir. e pratica comm.*, 1933, pag. 281, nota 1); *Osservazioni sulle proposte di C. Vivante per la riforma delle società anonime* (*Foro it.*, 1936, IV,

quanto più forte sia la quota di partecipazione della società capogruppo nel patrimonio delle società controllate, ma è una situazione di puro fatto e non anche una situazione giuridica (13). Anche a questo proposito è appena il caso di notare che la situazione di fatto importa il sorgere di concetti giuridici, sol perchè la legge la consideri in qualche disposizione: perchè la legge considera il fenomeno delle società controllate non significa affatto che il concetto di controllo sia un concetto giuridico.

A prescindere da questi rilievi che negano la stessa esistenza di quell'elemento in base al quale l'HAUSSMANN fonda la sua costruzione, l'unità concettuale si infrange già per il fatto che il concetto di predominio viene ad assumere un significato diverso, a seconda che si riferisca ai gruppi o ai cartelli. Per questi il predominio sarebbe lo scopo della organizzazione; per quelli il predominio sarebbe il mezzo per il raggiungimento di uno scopo diverso. Ora basta rilevare tale diversità per rendersi conto della impossibilità di operare una unificazione fra queste due grandi categorie di unioni di imprese. Se lo stesso elemento unificatore si risolve in una pluralità di elementi, è evidente che tale elemento è una base inconstante e malsicura di una costruzione unitaria (14).

Di ciò si è reso perfetto conto il SALANDRA, il quale ha cercato impostare la sua costruzione su basi più solide e più schiettamente giuridiche (15). Direi anzi che il SALANDRA ha cercato di dare una formulazione giuridica al nebuloso ed impreciso tentativo dell'HAUSSMANN.

Il SALANDRA infatti abbandona la considerazione del risultato pratico, che importava una necessaria deviazione della costruzione nel campo economico, e si è preoccupato di considerare il mezzo tecnico-giuridico di realizzazione di tale risultato.

81); ASCARELLI, *Problemi preliminari nella riforma delle società anonime* (Foro it., 1936, IV, 31); SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKI-OLDER, *Verordnung über Aktienrecht*, pag. 40. Contra però SALANDRA, *op. cit.*, pag. 131.

(13) Può essere interessante a questo proposito il prospetto che delle varie gradazioni di dominio fa l'HAUSSMANN, *op. cit.*, pag. 125 e segg.

(14) Contro questa tesi, vedi in Germania GIERKE, *op. cit.*, pag. 310; in Italia, SALANDRA, *op. cit.*, pag. 67 e segg.

(15) Cfr. SALANDRA, *op. cit.*, pag. 70 e segg. La teoria del SALANDRA, è molto vicina alla teoria del FRIEDLAENDER, *Konzernrecht*, Bensheimer 1927, sulla quale vedi le critiche del GIERKE, *op. cit.*, pag. 306 e segg.

Tale mezzo presenterebbe caratteri giuridici costanti in ogni unione di imprese: e l'elemento comune consisterebbe appunto in ciò che sempre vi sarebbe una organizzazione collettiva della attività economica, la quale attività peraltro verrebbe esercitata individualmente.

Precisamente il SALANDRA definisce le unioni di imprese "vincoli giuridici stabili, volontari o forzosi, cui gli esercenti di una attività economica che abbia carattere di impresa si sottopongono o vengono sottoposti nell'interesse comune, e il cui oggetto consiste nella disciplina totale o parziale, a mezzo di una organizzazione collettiva, della suddetta attività, che viene esercitata individualmente", (16).

Tale definizione del SALANDRA vuol precisare due concetti: un concetto positivo, che cioè le unioni di imprese rientrano tutte nel campo delle associazioni; un concetto negativo, che le unioni di imprese non sono società commerciali. Il primo concetto si esprime attraverso la essenzialità della organizzazione collettiva; il secondo attraverso l'esercizio individuale della attività economica da parte delle singole imprese.

Se questi concetti del SALANDRA potessero accogliersi, si sarebbe in realtà raggiunto un primo interessante risultato; senonchè proprio a questo proposito sorgono dubbi molto gravi.

Non sembra infatti che possa dirsi che esista sempre una organizzazione collettiva delle imprese, come non può sempre escludersi che quando questa organizzazione collettiva sussiste essa non abbia la natura e i caratteri del contratto di società.

Non esiste sempre una organizzazione collettiva nel fenomeno di cartello, a meno che non si voglia dare a tale espressione un significato anormale. Nei cartelli di ordine inferiore o senza accentramento di vendita, ove il contenuto dell'obbligo assunto è solo quello di limitare la propria libertà in relazione al prezzo di vendita dei prodotti, o in relazione alla zona di vendita o in relazione alla produzione dei prodotti ecc., non si ha una organizzazione collettiva (17). Una limitazione dell'attività dei singoli imprenditori reciprocamente assunta non può considerarsi come creazione di una

(16) SALANDRA, *op. cit.*, pag. 84.

(17) Cfr. in questo senso ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 98 in nota.

organizzazione collettiva: finchè si rimane in un atteggiamento negativo non vi è collaborazione come non vi è associazione.

Una organizzazione collettiva vi è sicuramente nei cartelli con accentrimento di vendita, ma anche qui di organizzazione collettiva può parlarsi solo in senso economico e non come equivalente della espressione tecnica "associazione", la coordinazione dei vari intenti può essere ottenuta attraverso un mandato, come attraverso una associazione, come attraverso una società. L'organizzazione collettiva è un fenomeno costante da un punto di vista economico, ma che assume, da un punto di vista giuridico, una struttura variabile nelle varie ipotesi; e sotto questo profilo la unità economica si scinde in una pluralità che non consente sicuramente la unificazione (18).

Ma i dubbi più gravi sorgono rispetto al fenomeno economico di gruppo. Il collegamento fra più società può attuarsi come è noto mediante due procedimenti: o mediante un procedimento di filiazione (società a catena) o mediante un procedimento di raggruppamento (*holdings*). Nel primo procedimento una società (capogruppo) ne costituisce una nuova, questa a sua volta un'altra e così via, avendo cura di conservare la maggioranza del capitale sociale; nel secondo procedimento gli azionisti di maggioranza di più società apportano le loro azioni in una nuova società allo scopo di coordinare le varie imprese sociali (19).

Ora basta tenere conto di tali procedimenti pratici per convincersi che nel procedimento di filiazione non si ha la creazione di una organizzazione collettiva, ma anzi un fenomeno di decentramento; che nel secondo procedimento si ha una organizzazione collettiva,

(18) A questo proposito appaiono oltremodo interessanti le considerazioni del WEILLER, in *Foro it.*, 1933, I, 1615, il quale rileva - e ciò in conformità di quanto aveva ritenuto la sentenza della Corte di Appello di Milano, 28 febbraio 1933 (*Foro it.*, 1933, I, 1607) - che la unità di azione da parte di qualunque collettività può conseguirsi anche nominando uno o più mandatari. Vedi anche le riserve che questo autore fa circa la tesi dell'associazione commerciale in senso lato, seguita dall'ASCARELLI.

(19) Cfr. oltre le opere citate del VITO e del LIEFMANN, HAUSSMANN, *Die Tochtergesellschaft. Eine rechtliche Studie zur modernen Konzernbildung, und zum Effektenkapitalismus*, Berlino, 1923; *Holdinggesellschaften, Investmenttrusts und verwandte Gebilde* (*Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, vol. 96, 1931, pag. 369 e seg.); FRIEDLAENDER, *Konzernrecht*, pag. 109 e seg.; SALANDRA, *op. cit.*, pag. 164 e seg.

la quale peraltro è giuridicamente un vero e proprio contratto di società.

Non solo, ma nel fenomeno di gruppo la organizzazione collettiva non si attua fra gli imprenditori e cioè fra le società, ma si attua fra i soci di queste società. Il fenomeno di collegamento fra le varie società non è pertanto un fenomeno giuridico, ma è un fenomeno economico, determinato dal fatto che una stessa persona (fisica o giuridica) ha la partecipazione azionaria maggioritaria contemporaneamente in più società. Nessun vincolo giuridico esiste fra gli enti: solo la contemporanea partecipazione a più società può essere l'effetto di un negozio giuridico, ma questo negozio si pone in essere fra i soci e non fra gli enti.

Economicamente siccome la società equivale ai soci, si può ancora parlare di accordi fra imprenditori, ma giuridicamente società e soci sono persone distinte e pertanto i vincoli giuridici dei soci non possono riguardarsi come vincoli giuridici della società (20).

Ma neppure nel suo contenuto negativo è possibile accogliere i principi formulati dal SALANDRA: affermare infatti che la organizzazione collettiva, quando esiste, non assume i caratteri di società commerciale solo perchè alla organizzazione non corrisponde una impresa collettiva, mi sembra volere restringere arbitrariamente il concetto di società commerciale, e volere ravvisare una dipendenza fra società commerciale e impresa, dipendenza che non sussiste menomamente nel nostro codice (21).

D'altra parte, talora l'organizzazione collettiva corrisponde anche

(20) Sui problemi che determina in relazione alla disciplina delle società tale collegamento, vedi VIVANTE, *La riforma delle società anonime. Le società a catena* (Riv. banc., 1931, pag. 350); *Contributo alla riforma delle società anonime* (Riv. dir. comm., 1934, I, 309); *Proposte per la riforma delle società anonime* (Foro it., 1935, IV, 1); ASCARELLI, *ibid.*, 1936, IV, 19; FERRI, *ibid.*, 1936, IV, 81. Vedi anche MESSINEO, *Le società di commercio collegate*, Padova, 1932; SALANDRA, *op. cit.*, pag. 190-198.

(21) Osserva opportunamente il WEILLER, in *Foro it.*, 1933, I, 1610, che l'esercizio di un'impresa è solo una delle ipotesi di società particolari prospettate dal codice civile (art. 1705 e 1706), per quanto subito dopo mostri di ritenere che il concetto di società commerciale sia più ristretto e ponga fra i caratteri propri delle società commerciali l'esercizio di un'azienda commerciale. Ma così facendo si varia il contenuto dell'art. 76 cod. comm., perchè l'esercizio di atti di commercio può non corrispondere a esercizio di una azienda commerciale.

ad una impresa collettiva sia pure che questa impresa collettiva sia di natura diversa da quella delle singole società organizzate: sarà una impresa di commissione rispetto a imprese di produzione, ma è evidente che questa diversità non avrebbe una rilevanza giuridica (22).

*
* *

Se le precedenti considerazioni mostrano alla evidenza la insufficienza dei tentativi di una ricostruzione unitaria delle unioni di imprese fin ora seguiti, permettono anche di escludere con tranquillante sicurezza la possibilità di basare su altri elementi il procedimento di unificazione.

A parte ogni differenza ulteriore, vi è un primo punto di distacco essenziale fra i vari fenomeni, che si sogliono ricomprendere nel concetto di unione di imprese: cioè che in alcuni casi il fenomeno economico è l'effetto di un negozio giuridico fra gli imprenditori, mentre in altri casi è invece l'effetto di una situazione di fatto sia pure volutamente determinata. Ora, qualunque affinità economica si possa presentare, è pur certo che, dal lato giuridico, non è possibile unificare vincoli giuridici e situazioni di fatto, se pure queste emergano da vincoli giuridici posti in essere fra persone diverse dagli imprenditori.

Un vincolo giuridico fra gli imprenditori esiste sempre nel fenomeno di cartello, pur assumendo nelle varie ipotesi una diversa complessità: un vincolo giuridico non esiste nel fenomeno di gruppo, ove si eccettui la ipotesi di cointeressenza.

Ma, esclusa la possibilità di una concezione unitaria delle unioni di imprese, è almeno possibile costruire unitariamente quei fenomeni che hanno la loro base in un vincolo giuridico fra gli imprenditori?

Questa possibilità è stata affermata dall'ASCARELLI (23), il quale ha

(22) Più correttamente il WEILLER, *op. cit.*, col. 1611 e seg., e l'ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 75, hanno negato il carattere di società ai consorzi in base ad elementi diversi: su di che però vedi quanto si dirà in seguito.

(23) Cfr. ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 16 e seg.; AULETTA, in *Foro it.*, 1936, I, 1086.

A quanto risulta dai riferimenti dell'ASCARELLI, anche il CAPUTO è di questa idea. Non risultano però le argomentazioni di questo autore.

ritenuto che l'unificazione delle convenzioni fra imprenditori dirette alla disciplina della produzione e della vendita potesse operarsi in considerazione della causa, la quale sarebbe unica in tutti tali contratti. Questi infatti, qualunque sia la loro complessità e qualunque sia la natura delle prestazioni cui i contraenti sono tenuti, si propongono sempre uno scopo identico: quello della disciplina della reciproca concorrenza. Tale scopo economico, assurgendo a causa tipica del contratto, permette di fissarne la unità concettuale.

Il procedimento logico dell'ASCARELLI, ove si accettino le premesse, appare in realtà ineccepibile: la individualità giuridica di un determinato negozio è data dalla sua causa, ed è sicuramente questo l'elemento più significativo di ogni costruzione concettuale.

È solo nella premessa che i dubbi possono sorgere, ed infatti la premessa, per quanto dall'ASCARELLI sia posta come risultato di una semplice osservazione della realtà (24), si regge solo a patto che resistano alla critica alcune considerazioni ulteriori che l'ASCARELLI non manca di fare.

In realtà la disciplina della reciproca concorrenza è solo lo scopo pratico che le parti si propongono nelle convenzioni di cartello: questo scopo pratico può essere raggiunto - e viene in pratica raggiunto - attraverso una serie di schemi contrattuali. Le obbligazioni assunte da vari imprenditori possono essere le più disparate: talora si tratta di obbligazioni di contenuto negativo, tal'altra di obbligazioni di dare o di fare. Si tratta, è vero, in ogni caso di obbligazioni che impongono alle parti una determinata linea di condotta, una limitazione della propria libertà in un determinato campo della loro attività, limitazione che trova il proprio corrispettivo nelle limitazioni assunte dalle altre parti; ma si tratta sempre di obblighi precisi di dare, di fare o di non fare, mentre la disciplina della reciproca concorrenza non entra affatto nella economia contrattuale. Orbene, da un punto di vista giuridico la varietà delle prestazioni di volta in volta assunte non consentirebbe di considerare

(24) L'ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 18 osserva che causa tipica delle convenzioni tra imprenditori è la funzione economica che intendono assolvere; ma quando si dice che la funzione economica è la disciplina della reciproca concorrenza, tale espressione non è equivalente a quella di nocciolo economico, funzione economico-giuridica usata dal BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto* (Riv. dir. comm., 1908, I, 115).

i vari contratti dello stesso tipo e di attribuire ad essi una causa unica, ove questa debba stabilirsi unicamente in base alla natura e alla posizione assunta dalle varie prestazioni nel contratto.

Alla stregua di questi criteri, la disciplina della reciproca concorrenza costituirebbe solo l'intento empirico che le parti si propongono di raggiungere attraverso il contratto, e, come tale, lungi dall'assurgere a *causa giuridica* del negozio, dovrebbe essere relegato nel campo degli elementi giuridicamente irrilevanti.

Presupposto pertanto di tutto il ragionamento dell'ASCARELLI è che le convenzioni tra imprenditori possano classificarsi fra quei contratti, in cui anche lo scopo economico assume una rilevanza giuridica.

Contratti di questo genere non sono certo sconosciuti al nostro ordinamento giuridico: tale è, secondo la norma dell'art. 1697 cod. civ., il contratto di società, in cui il fine di dividersi i guadagni è un elemento rientrante nella causa del contratto; tali sono indubbiamente i contratti a tipo associativo, in cui le obbligazioni assunte dai singoli contraenti trovano la loro ragion d'essere non tanto nella assunzione di obbligazioni corrispettive da parte degli altri, quanto dal raggiungimento di un risultato economico ulteriore.

La dottrina ha cercato di elaborare categorie generali di tali contratti. Così il WEILLER (25) ha distinto due grandi tipi di contratto: contratti di *ordine elementare*, in cui il giuoco della volontà delle parti si esaurisce con la stipulazione (fra cui vanno ricompresi i contratti commutativi) e contratti di *ordine superiore*, in cui anche dopo la conclusione del contratto si forma ed agisce una volontà, diretta alla stipulazione di nuovi negozi (fra cui vanno ricompresi alcuni tipi di mandato, le società, le associazioni commerciali). Nei contratti di ordine elementare, lo scopo che le parti vogliono raggiungere non fa ordinariamente parte del negozio e si identifica con i motivi, ed anzi più precisamente, ciascuna delle parti persegue uno scopo diverso; nei contratti di ordine superiore invece lo scopo indica il terreno sul quale devono cadere i negozi futuri che saranno conclusi a seguito del contratto originario.

(25) Cfr. WEILLER, in *Foro it.*, 1933, I, 1607 e seg.

Così l'ASCARELLI (26) ha elaborato accanto e in contrapposto alla figura del contratto bilaterale quella del contratto plurilaterale, nel quale, a differenza di quanto avviene nel contratto bilaterale, pur verificandosi fra le parti una contrapposizione di interessi, tuttavia si attua una comunanza di scopo.

La elaborazione di questi concetti merita di essere attentamente considerata. Infatti la esattezza della impostazione data dall'ASCARELLI al problema qui studiato dipende anzitutto dallo stabilire l'ambito della categoria di contratti, in cui lo scopo ha una rilevanza giuridica, per vedere poi se in questa categoria di contratti sia possibile far rientrare le convenzioni di cartello.

La soluzione del problema teorico dipende essenzialmente dal ricercare la ragione per cui lo scopo economico assume una rilevanza giuridica: tale ragione è diversa secondo il WEILLER e secondo l'ASCARELLI.

Per il WEILLER la ragione consiste nella necessità di fissare il terreno, sul quale deve svolgersi la ulteriore attività delle parti; per l'ASCARELLI la ragione consiste invece nella comunanza di scopo tipica di questo genere di contratti, in contrapposto alla diversità di scopo che esiste nei contratti di scambio.

In realtà la tesi dell'ASCARELLI, per quanto formulata in termini più prettamente giuridici che non quella del WEILLER, si presta a delle critiche, le quali non sembra possono dirsi eliminate attraverso le ultime precisazioni dell'autore (27).

È stato già osservato (28) che, posta la natura contrattuale che secondo l'autore deve riconoscersi a siffatti negozi giuridici, di comunanza di scopo non si può parlare se non nel senso di comunanza del risultato economico complessivo del contratto: e che, ove di comunanza di scopo si parli in questi sensi, viene meno ogni ragione di diversificazione fra contratti commutativi e contratti plurilaterali, dato che anche nei primi il risultato economico complessivo è comune a tutte le parti: la diversità fra l'una e l'altra

(26) ASCARELLI, *La liceità dei sindacati azionari* (Riv. dir. comm., 1931, II, 256); *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale* (Foro della Lombardia, 1932, 439); *Appunti di diritto commerciale*, vol. II, pag. 20 e seg.; *Consorzi cit.*, pag. 37 e seg. Naturalmente si tiene conto dell'ultima elaborazione di questi concetti.

(27) *Consorzi*, pag. 37 e seg.

(28) FERRI, *Fusione*, pag. 89 e seg.

ipotesi sussisterebbe solo nel fatto che diverso sarebbe il risultato economico: e cioè scambio (in senso lato) nei contratti commutativi, collaborazione nei contratti plurilaterali.

Se poi si vuol dire che nella ipotesi di contratto commutativo le parti perseguono ciascuna un interesse diverso, mentre nella ipotesi di contratti plurilaterali perseguono un interesse identico, si dice cosa che appare in contrasto con la natura contrattuale riconosciuta a siffatti negozi: le singole volontà sarebbero parallele e non anche contrapposte, avrebbero tutte un contenuto identico. Si sarebbe perciò nella ipotesi di atto complesso e non anche in quella di contratto (29).

L'ASCARELLI richiama a suo favore la definizione legislativa della società, la quale indicherebbe chiaramente questo requisito. Senonchè l'art. 1697 cod. civ. non può essere portato a favore dell'ASCARELLI. Infatti, l'interesse perseguito dai singoli soci è il guadagno in quella proporzione che è fissata nel contratto; la messa in comunione è solo un mezzo per il raggiungimento di tale scopo, il quale è naturalmente diverso per ogni socio.

Ciò è riconosciuto esplicitamente dall'AULETTA (30), il quale osserva che "l'interesse del socio A ad avere una parte dei guadagni ha l'identico contenuto ma è diverso, anzi antitetico all'interesse del socio B„. Tuttavia questo autore crede di potere parlare per le società ancora di comunanza di scopo, in quanto la realizzazione del guadagno dipende dal raggiungimento di uno scopo mezzo, lo svolgimento della produzione sociale. Appare tuttavia evidente come in base a questi concetti, i quali secondo le intenzioni dell'autore vorrebbero rispondere alle critiche del FERRI, le obiezioni formulate da quest'ultimo crescano di vigore, dato che questo scopo mezzo è quello che appunto il FERRI chiama risultato economico complessivo. In definitiva, nei contratti commutativi la realizzazione dell'interesse contrattuale dipende dallo scambio, qui dalla collaborazione.

(29) In realtà l'ASCARELLI stesso mette in luce la sua perplessità, quando dopo avere riconosciuto ai contratti plurilaterali o associativi la natura contrattuale (pag. 32, nota 2), afferma a pag. 99 che "nell'associazione può forse, meglio che un contratto, ravvisarsi un atto complesso „.

(30) Cfr. AULETTA, *La comunanza di scopo e la causa nel contratto di società* (Riv. dir. civ., 1937, pag. 1 e seg.).

Se si parla di comunanza di scopo in questi sensi evidentemente non si giustifica perchè lo scopo ha rilevanza nel contratto di società e non l'ha invece nei contratti commutativi.

Nè evidentemente è sufficiente far richiamo alla disposizione di legge che attribuisce rilevanza allo scopo nel contratto di società (art. 1697 cod. civ.), perchè si tratta di vedere se tale rilevanza sia dovuta alla comunanza di scopo o invece a qualche cosa di diverso.

Neppure l'ostacolo si supera con il mettere in luce che in questi contratti, a differenza di ciò che avviene nei contratti di scambio, ove le parti non possono essere che due, normalmente si ha una pluralità di parti. perchè questa pluralità di parti non esclude menomamente che ciascuna di esse assuma una posizione autonoma e antitetica a quella delle altre. Se tre persone si obbligano reciprocamente a non compiere un determinato atto, siamo di fronte ad un contratto plurilaterale, in cui pure ciascuna delle parti persegue un particolare interesse e in cui lo scopo complessivo non assume sicuramente una rilevanza giuridica.

La tesi del WEILLER tocca forse più da vicino il punto cruciale della questione, per quanto la sua formulazione non sia molto felice.

Anzitutto appare inesatta, a parte ogni questione terminologica, la distinzione fra contratti in cui la volontà si esaurisce con la conclusione e contratti in cui persiste una volontà diretta alla conclusione di nuovi negozi, come è inesatta la inclusione del mandato fra quei negozi che egli chiama di ordine superiore.

Si confonde così lo scopo della società con il suo oggetto e si fa un parallelo che non è consentito fra scopo del contratto di società e contenuto del mandato.

In realtà nel mandato come nella società la volontà si esaurisce nella conclusione del contratto; successivamente persistono solo gli effetti del contratto e non anche la volontà. Ma nel mandato lo scopo per cui l'incarico è conferito rimane nel campo dei motivi, mentre nella società lo scopo per cui le obbligazioni vengono assunte rientra nella causa del contratto.

In realtà la soluzione della questione non può aversi se non avendo riguardo alla relazione che corre fra assunzione delle obbligazioni e realizzazione dell'interesse contrattuale (31).

(31) Cfr. in questo ordine di idee anche il WIELAND, *Handelsrecht*, vol. I, pag. 496.

Normalmente è sufficiente l'assunzione dell'obbligazione per il raggiungimento del risultato contrattuale: ciò avviene nei contratti di scambio, ciò avviene in quei contratti plurilaterali in cui ad esempio si assumono reciproche obbligazioni di non fare.

In taluni tipi di contratto invece l'assunzione della obbligazione non è sufficiente per il raggiungimento del risultato contrattuale, ma è solo il mezzo per preparare tale raggiungimento: ciò avviene ogni qualvolta il risultato contrattuale dipenda da una collaborazione.

Nel contratto di società l'assunzione delle obbligazioni di conferimento da parte dei singoli soci non è che il mezzo attraverso il quale si attua quella collaborazione, da cui dipenderà il raggiungimento dello scopo contrattuale. Lo scopo che le parti si propongono di raggiungere non è l'effetto diretto delle obbligazioni assunte, ma è l'effetto della collaborazione attuata fra i soci. Ora in siffatte circostanze appare evidente come sia rilevante nella volontà delle parti e come rientri nella struttura giuridica del contratto la considerazione dell'interesse che le parti si propongono di realizzare.

Appare evidente infatti che se l'interesse perseguito dalle parti non consiste nella prestazione dell'altra parte, ma consiste nella realizzazione di un determinato guadagno attraverso lo svolgimento di un'attività, la realizzazione del guadagno rientra nella causa tipica del contratto così come vi rientra il pagamento del prezzo nel contratto di compravendita. E si comprende altresì come di fronte alla preponderanza che tale interesse assume nella economia contrattuale, l'individualità del contratto si determini in base alla natura dell'interesse che si intende realizzare e non anche in relazione alla natura delle prestazioni delle singole parti.

Ci troviamo così sempre di fronte ad un contratto di società, sia che il conferimento sia in denaro, sia invece che sia fatto in natura, sia infine che consista nell'apporto della propria industria. Ciò non impedisce però che in relazione all'adempimento delle singole prestazioni oltre alla disciplina propria del contratto di società sia applicabile in quanto non contrastante la disciplina propria della prestazione, a cui la parte è tenuta (32).

(32) La rilevanza dello scopo importa altresì che la impossibilità di raggiungimento dello scopo stesso costituisce causa di scioglimento del contratto (arg. art. 189 n. 2 cod. comm.).

Quanto si è detto per il contratto di società vale per tutti quei contratti in cui la realizzazione dell'interesse dipende non dalla semplice assunzione della obbligazione, ma dallo svolgimento di una ulteriore attività: vale cioè per tutti i contratti associativi.

Precisati questi concetti teorici, occorre vedere in pratica se nei cartelli la realizzazione dell'interesse dei singoli contraenti dipenda dalla semplice assunzione delle obbligazioni o invece da fatti ulteriori.

La questione presenta difficoltà non indifferenti in pratica, data la diversa complessità che assume il fenomeno di cartello nelle varie ipotesi. La soluzione del problema presuppone pertanto una rassegna, per quanto rapida, dei vari schemi contrattuali.

La dottrina distingue normalmente due categorie di cartelli: cartelli di ordine inferiore, e cartelli di ordine superiore, con o senza accentramento di vendita (33).

La prima categoria di convenzioni si sostanziano nella assunzione da parte dei singoli imprenditori di obbligazioni di non fare: talora oltre alle obbligazioni di puro contenuto negativo prevedono obbligazioni di fare (osservanza di determinati prezzi o di determinate condizioni contrattuali o di determinati limiti di produzione o di zone di vendita o di rispetto della clientela). In ogni caso tutto il rapporto di cartello si esaurisce nella assunzione di limitazioni alla libertà personale dei singoli imprenditori in relazione alla attività economica oggetto della loro impresa.

Nei cartelli di ordine superiore, oltre ad obbligazioni importanti una limitazione della libertà dei singoli imprenditori in relazione alla loro attività economica, sussiste la creazione di una particolare organizzazione, la quale ha speciali compiti da esplicare e che può assumere a seconda dei casi una diversa configurazione. Anzitutto la organizzazione può essere creata per esplicare una

(33) Cfr. per più dettagliate notizie in proposito le opere già citate del VITO e del LIEFMANN. Si veda anche la raccolta dei contratti tedeschi del *WAGENFUEHRER, Kartellverträge*, Norimberga 1931. In Italia non esiste una raccolta del genere. Fra i vari contratti che ho potuto esaminare, ricordo tuttavia per la loro complessità e perfezione, il Patto consorziale fra i fabbricanti di contatori di acqua di Italia, per i consorzi senza accentramento di vendita; e il Patto del Consorzio Vetrario Italiano, per i consorzi con accentramento di vendita. I cartelli di ordine inferiore si compongono per lo più di poche clausole e non sono facilmente reperibili.

attività interna o invece può essere creata per esplicare oltre che una attività interna una attività nei confronti dei terzi. Possono cioè i singoli imprenditori nel momento stesso in cui assumono le limitazioni alla loro attività economica, creare un organo, che regoli lo svolgimento dei rapporti e controlli che gli obblighi assunti siano rispettati, attraverso ispezioni che vengono contrattualmente consentite; che modifichi quegli elementi che non possono essere predeterminati fin dall'inizio, in quanto risentono delle fluttuazioni del mercato e sono in relazione con l'efficacia stessa del cartello (34).

Naturalmente questo organo del cartello non ha una funzione stabile, ma saltuaria, la quale viene esplicata solo in quanto sia provocata dai membri del cartello stesso.

Possono invece gli imprenditori avere una organizzazione, la quale non soltanto abbia la funzione di regolare lo svolgimento dei rapporti fra i singoli membri del cartello, ma anche una funzione esterna, in quanto unicamente alla organizzazione venga attribuito il potere di stipulare contratti con i terzi. In questa ipotesi la organizzazione assume un carattere stabile.

La caratteristica di queste convenzioni consiste in ciò che i consorziati si obbligano a vendere o ad acquistare soltanto a mezzo del consorzio, il quale entra in rapporto con i terzi, clienti o fornitori, nell'interesse di tutti i consorziati e provvede al riparto delle ordinazioni fra loro in conformità dei sistemi prestabiliti nel contratto di consorzio. In questi consorzi pertanto la limitazione della libertà dei singoli imprenditori si attua non tanto attraverso l'assunzione di obbligazioni di contenuto negativo, quanto attraverso la obbligazione positiva di vendere o far vendere solo attraverso l'organizzazione consortile (35).

(34) Così, ad esempio, in un cartello di prezzi o di condizioni contrattuali, i prezzi e le condizioni contrattuali non possono essere identici per l'intera durata del cartello, ma dovranno variare col variare delle condizioni del mercato e anche le condizioni potranno essere rese più onerose per i clienti, quando l'azione del cartello abbia prodotto i suoi effetti.

(35) Sulla limitazione della attività economica derivante dai contratti di esclusiva, vedi FERRI, *Vendita con esclusiva* (*Dir. e pratica comm.*, 1933, pag. 79 dell'estratto). Cfr. anche KOHLER, *Bezugsverträge und § 138 B. G. B.* (*Archiv für bürgerliches Recht*, vol. 31, pag. 237).

Per la funzione dei patti di esclusiva nel fenomeno di cartello, vedi FERRI, *op. cit.*, pag. 11 e seg.; ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 19 e seg.

Questa organizzazione collettiva, chiamata ufficio vendita, assume una diversa struttura e in diverso modo si atteggia nei confronti dei consorziati e dei clienti; può essere costituita da persone fisiche o da una società commerciale di cui sono soci i singoli consorziati o di cui i consorziati hanno la maggioranza delle azioni e quindi la direzione amministrativa.

Può l'organo del consorzio presentarsi come mandatario dei singoli consorziati o come commissionario o come acquirente o venditore. Quando si tratta di una società commerciale, può essere utilizzata come ufficio vendita una società esistente o può esserne creata una all'atto della costituzione del consorzio. In questo secondo caso può essere costituita con atto distinto o invece le obbligazioni consorziali possono essere assunte nell'atto costitutivo della società.

Per lo più l'ufficio vendita provvede anche a funzioni di carattere interno: così determina concretamente le quote astratte di produzione fissate nel contratto; così provvede a che tali quote non vengano superate dai singoli consorziati, ecc. Appunto per tali funzioni, quando l'organo del consorzio è costituito sotto forma di società commerciale, i singoli consorziati, che sono anche i soci di questa società, si servono del meccanismo sociale per il funzionamento del consorzio. In questi casi, il consiglio di amministrazione della società provvede all'adempimento delle funzioni di carattere esterno, mentre l'assemblea adempie a funzioni di carattere interno. Il meccanismo della maggioranza, proprio delle società commerciali, viene utilizzato per la soluzione dei problemi che possono presentarsi durante la vita del consorzio, sempre però nei limiti fissati dal contratto di consorzio. Non è consentita invece l'applicazione del principio maggioritario nei casi in cui si tratti di variare le obbligazioni consorziali: per queste occorre il consenso esplicito di tutti i consorziati.

Da questa rapida rassegna, la quale non ha certo la pretesa di esaurire tutte le varie ipotesi di consorzio, ma di indicarne schematicamente i principali atteggiamenti, balzano evidenti le seguenti considerazioni:

a) che non sempre esiste una organizzazione collettiva dei consorziati;

b) che, quando questa organizzazione esiste, essa può assumere una diversa conformazione, come diversa può essere la natura dei rapporti correnti fra consorziati e organizzazione;

c) che in ogni modo l'organizzazione si presenta sempre come alcunchè di distinto e subordinato al contratto di consorzio, costituendo soltanto il mezzo per la migliore e più sicura realizzazione dei rapporti di consorzio (36).

Ciò importa che la natura giuridica del contratto di consorzio e la sua classificazione nei contratti associativi (37) non possono stabilirsi alla stregua di tale elemento che si presenta come accidentale ed accessorio, ma debbono unicamente fissarsi in relazione alle caratteristiche comuni a tutti i contratti di consorzio, e cioè considerando la natura e la struttura del vincolo giuridico assunto dagli imprenditori rispetto alla loro attività economica.

Il problema non è infatti quello di stabilire se si possa parlare di contratto associativo rispetto alla organizzazione creata a lato del consorzio (38) - ed anche a questo proposito il problema non potrebbe essere risolto in tutti i casi in senso affermativo, mentre in alcune ipotesi dovrebbe ulteriormente precisarsi la na-

(36) Lo stesso ASCARELLI, *Consorzi cit.*, pag. 98, esclude che possa parlarsi di contratto associativo rispetto ai cartelli senza accentrimento di vendita, ma di fronte alle critiche del CAPUTO, per cui tale osservazione varrebbe a mettere nel nulla l'affermata unità della natura giuridica dei cartelli, risponde che tale unità si ritrova nel fatto di essere tutti contratti plurilaterali. Ma è evidente che il riconoscere ai cartelli il carattere di contratti plurilaterali non importa affatto che identica sia la natura dei consorzi e dei cartelli; significa solo ricomprendere gli uni e gli altri in una ampia categoria contrattuale in relazione ad un elemento di ben limitato valore giuridico, quale è quello della pluralità di parti nel contratto.

(37) Parlo in genere di contratti associativi, ricomprendendo in tale termine anche il contratto di società, essendo irrilevante ai fini che mi propongo lo scendere a discutere se i consorzi siano più vicini alle associazioni o alle società.

(38) Per questo mi pare che sia male impostato il problema, quando si vuole argomentare (ASCARELLI, AULETTA) il carattere di contratto associativo dei consorzi, in contrapposto ai cartelli, rispetto ai quali tale carattere si nega, dall'esistenza di un organismo comune accanto al consorzio, senza preoccuparsi di stabilire la funzione pratica e giuridica di tale organismo e senza preoccuparsi di fissare i rapporti che corrono fra consorzio e organizzazione.

Ove ci si ponga dal punto di vista della organizzazione creata fra gli imprenditori consorziati, appare giustificato il più ampio concetto seguito dal CAPUTO (in ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 17), secondo il quale nel concetto di consorzio dovrebbero ricomprendersi anche le ipotesi in cui più imprenditori istituiscono un servizio nell'interesse comune. Esattamente invece tale più ampio concetto si respinge ove si abbia unicamente riguardo alle obbligazioni consorziali.

tura del contratto, il quale assume la natura di un vero e proprio contratto di società (39) - ma è quello di stabilire se possa classificarsi fra i contratti associativi il contratto di consorzio (40).

Posta la questione in questi termini, la soluzione negativa si impone. Sia infatti che le obbligazioni assunte dai consorziati assumano un contenuto negativo, sia invece che assumano un contenuto positivo di dare o di fare, è pur sempre sicuro che la realizzazione dell'interesse delle parti si ottiene già per effetto della assunzione delle obbligazioni consorziali e non dipende anche dallo svolgimento di una collaborazione (41). L'interesse dei singoli consorziati non è infatti quello di raggiungere la disciplina della reciproca concorrenza, di realizzare uno scopo ideale e spesso irraggiungibile, ma quello di ottenere in corrispettivo della limitazione posta alla propria attività economica, analoga limitazione degli altri contraenti. L'interesse dei singoli consorziati non è quello di perseguire uno scopo generico ed evanescente, ma quello di perseguire uno scopo specifico: e cioè l'assunzione di determinate obbligazioni di dare o di non fare da parte degli altri contraenti. E questo scopo specifico si realizza in virtù della assunzione delle singole obbligazioni, indipendentemente da qualsiasi collaborazione: la collaborazione, in quanto venga attuata, può riguardare solo un momento ulteriore, e cioè il momento dello svolgimento dei rapporti consorziali.

Una volta assunte le obbligazioni consorziali, può esservi ef-

(39) Questo spiega come l'ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 98 e seg., pur dopo avere insistito nel negare al contratto di cartello la natura di società, sia invece propenso a riavvicinare il consorzio alla società: è evidente a questo proposito la influenza che esercita la natura dell'organismo che viene creato a lato del consorzio. Tale influenza è poi nettissima nella ipotesi di consorzio costituito in sede di atto costitutivo della società: cfr. ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 120 e seg.

(40) Questo criterio, a mio avviso più esatto, è seguito dal SALANDRA, *op. cit.*, pag. 106 e seg., il quale riconosce che identico è lo scopo che si prefiggono i cartelli e i consorzi, ma afferma e qui non saprei condividere la sua tesi, la natura di società o quasi società, del cartello.

(41) Ciò non è sfuggito all'acutezza dell'ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 98, il quale rileva che "nel consorzio il vantaggio del singolo non deriva dal fatto di essere consorziato, quanto dalla circostanza che sono consorziati anche gli altri imprenditori". Ma se così è, come non può non essere, non sembra possibile alcuna analogia con la società o con l'associazione, nè può affermarsi una rilevanza dello scopo.

fettivamente una collaborazione dei consorziati per assicurare l'adempimento degli obblighi assunti nel contratto di consorzio, per permettere lo svolgimento dei rapporti consorziali, per dirimere le eventuali questioni che potessero sorgere in relazione a questi rapporti (42). In questa fase può assumere anche rilevanza giuridica lo scopo che i consorziati si propongono: ma si tratta di rapporti che si aggiungono a quelli di consorzio e che sono nettamente

(42) Che economicamente patti consorziali e organizzazione creata per la loro attuazione e osservanza costituiscano un fenomeno unitario non importa anche che debbano essere considerati come un tutto inscindibile da un punto di vista giuridico.

Giuridicamente conviene separare e distinguere i rapporti che corrono fra consorziati e fra questi e l'organizzazione. Solo così infatti si può avere una nozione esatta della realtà giuridica e possono essere convenientemente precisati i vari rapporti giuridici preordinati ad uno stesso fine economico.

Gran parte delle confusioni che sorgono quando si tratta di fissare il contenuto dei vari rapporti giuridici che si intersecano, dipendono da questa confusione iniziale, la quale è frutto di equivoci e di contraddizioni non indifferenti, quando si tratta di risolvere i singoli problemi pratici.

Basterà accennare, non essendo questo il nostro scopo, all'equivoco in cui si cade quando si ritiene che il rapporto fra consorziati e ufficio vendita funzionante da mandatario o da commissionario sia un rapporto di mandato o di commissione con esclusiva e irrevocabile (ASCARELLI, SALANDRA).

È perfettamente vero che gli intenti del consorzio non possono essere raggiunti, se il mandato è revocabile per volontà dei singoli consorziati e se questi sono liberi di vendere o direttamente o a mezzo di altri i loro prodotti. Ma l'obbligo di non revocare il mandato, come l'obbligo di non vendere se non per mezzo di quelle persone, non sono assunti nei confronti del mandatario ma nei confronti degli altri consorziati. Nei rapporti con il mandatario, il mandato può essere sempre revocabile senza dar diritto a risarcimento di danni, come pure i consorziati possono decidere di vendere i loro prodotti con persone diverse da quelle designate senza essere per questo tenuti a risarcimento nei confronti del mandatario: solo che la revoca del mandato o la vendita ad altri o per mezzo di altri, in quanto non consentita dagli altri consorziati, importa violazione degli obblighi assunti nel contratto di consorzio e la conseguente applicazione delle sanzioni previste per tale inadempimento.

Con questa retta impostazione del problema, sfumano altresì le questioni accennate dall'ASCARELLI: se cioè possa parlarsi di irrevocabilità assoluta o invece debba parlarsi di irrevocabilità relativa (su questa distinzione, vedi il mio lavoro su *La procura irrevocabile*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, pag. 324 e seg.).

Questo non è che un esempio delle varie deviazioni che in relazione ai problemi particolari determina il problema generale qui considerato.

distinti da questo, onde nessuna influenza possono esercitare nella costruzione giuridica del consorzio (43).

Il SALANDRA (44) si fa carico di questi rilievi ed obietta che anche un comportamento negativo (astensione dalla concorrenza) può essere considerato una forma indiretta di collaborazione, come si evincerebbe dalle disposizioni di legge che l'impongono come obbligo sociale nella società in nome collettivo e agli accomandatari.

Ma in base a questa argomentazione anche un atto di scambio può essere considerato come una forma indiretta di collaborazione, mentre le disposizioni di legge a cui si accenna si spiegano solo in quanto obbligo contrattuale è quello di collaborazione, e con tale obbligo non è compatibile la distrazione della attività del socio dalla società, ed anzi la esplicazione di una attività concorrente con quella della società. L'obbligo di astenersi dalla concorrenza è la conseguenza diretta dell'obbligo di collaborazione che incombe al socio. Finchè questo obbligo sussiste, esiste l'obbligo di non concorrenza; quando questo obbligo vien meno (scioglimento della società), viene anche meno l'obbligo di non concorrenza (45).

Nell'ipotesi di cartello un obbligo di collaborazione non esiste,

(43) Questa realtà non è sfuggita al WIELAND, *Handelsrecht*, vol. I, pag. 456, e al RUNDSTEIN, *Das Recht der Kartelle*, 1904, pag. 6, i quali osservavano che nel cartello, a differenza di quanto avviene nella società, „*fallen Leistung und Erfolg in eines zusammen* „; e il WIELAND precisava: „*Was ein Unternehmenverband darüber hinaus zu erzielen sucht... Beseitigung und Eindämmung der Konkurrenz bleibt unverreichbares Zweck, ist Motiv der Beteiligten, nicht aber rechtlich erheblicher Zweck, mithin für Betrachtung unwesentlich* „.

È interessante anche notare che pure quella parte della dottrina tedesca che considera fra i cartelli le convenzioni che disciplinano la reciproca concorrenza, non ritengono che tale scopo (economico) rientri nella causa giuridica del contratto e importi la unità della natura giuridica dei cartelli (cfr. FLECHTHEIM, *op. cit.*, pag. 144; CALLMANN, *op. cit.*, pag. 76 e seg.).

(44) SALANDRA, *op. cit.*, pag. 89.

(45) Cfr. per tutti DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale*, vol. I, § 116; NAVARRINI, *Trattato*, vol. IV, n. 1650; ASCARELLI, *Società ed associazioni commerciali*, pag. 209; SOTCIA, *La liquidazione delle società commerciali*, n. 19; GHIDINI, *Estinzione e nullità delle società commerciali*, Padova 1937, n. 28.

In giurisprudenza, nello stesso senso si consultino Cass. Firenze 3 agosto 1916 (*Foro it.*, 1916, I, 577) e App. Napoli 17 marzo 1922 (*id.*, 1922, I, 457), con ampia nota di richiami.

nè si può dire che si collabori con un puro comportamento negativo. Nè esiste una necessità di collaborazione, come invece esiste nel contratto di società, dato che la realizzazione degli interessi dei singoli è già raggiunta con la stipulazione del contratto, in base al quale si è acquisito il diritto a quel determinato comportamento passivo.

Vero è che, quando una collaborazione è prevista, normalmente nello stesso contratto di consorzio vengono poste le basi di tale ulteriore collaborazione, ed anzi talora le obbligazioni consorziali vengono assunte in sede di costituzione di una società. Ma sarebbe un errore non solo dal punto di vista della pratica, ma anche dal punto di vista teorico attribuire una importanza preponderante al contratto sociale e considerare le obbligazioni consorziali solo come accessorie e subordinate, e come rilevanti, da un punto di vista giuridico, solo in quanto non contrastino con la disciplina del contratto di società (46).

Parlare, come fa l'ASCARELLI, di negozio indiretto - a parte le riserve che può suscitare siffatto concetto - significa non solo dimenticare che praticamente la società è funzionalmente subordinata agli scopi del consorzio e non viceversa, ma significa parlare di negozio indiretto in una ipotesi in cui più convenientemente deve parlarsi di due distinti negozi giuridici (47), dei quali l'uno (contratto

(46) Nel senso del testo esattamente il SALANDRA, *op. cit.*, pag. 106-107, il quale osserva che la società non ha una ragione di esistere propria ed autonoma, ma è solo uno strumento creato per uso dei consorziati, una società ausiliaria meramente formale.

Non saprei però condividere la tesi della duplice natura del negozio, a seconda che si riguardi nei rapporti interni o nei rapporti esterni. Esattamente rileva l'ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 124 in nota, che non si può attribuire una duplice natura al negozio, dato che la distinzione tra il lato esterno e il lato interno di un negozio attiene agli effetti del medesimo. In realtà vi sono due negozi, ciascuno dei quali ha una propria disciplina: la diversità degli effetti dipende appunto dalla diversità dei negozi.

(47) Quando si parla di negozio indiretto e con ciò si nega la dualità dei negozi, si dà importanza decisiva ad un elemento che non è decisivo: cioè al fatto che consorzio e società vengano stipulati in un medesimo atto.

Sulla irrilevanza di tale elemento, cfr. ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione* (Riv. dir. comm., 1930, II, 495); *Il negozio indiretto e le società commerciali* (Studi per VIVANTE, vol. I, pag. 37); FERRI, *Vendita con esclusiva*, pag. 37; DONATI, *Il contratto di assicurazione in*

di società) è subordinato nella sua esistenza e nel suo svolgimento all'altro (contratto di consorzio) (48); significa pretendere di applicare principi propri di un determinato contratto a un contratto diverso e non suscettibile di analoga disciplina (49).

Lo stesso ASCARELLI si è trovato nella necessità di non spingere agli estremi la sua tesi; così spesso ha ammesso una duplicità di disciplina a seconda che si faccia riferimento ai rapporti consorziali o invece a quelli sociali (50); così altre volte è giunto a risultati analoghi a quelli che si ottengono attraverso la tesi qui seguita, ma in base a principi diversi e agevolmente criticabili (51).

abbonamento, pag. 88; REGELSBERGER, *Vertrag mit zusammengesetzten Inhalt oder Mehrheit von Verträgen* (Jherings Jahrbücher, vol. 48, pag. 497).

Lo stesso ASCARELLI proprio a proposito dei consorzi a pag. 127 nota 10 scrive che il patto di sindacato delle azioni, non ostante che sia contenuto nel contratto sociale, costituisce un contratto distinto da quello di società e non una clausola di quest'ultimo. Lo stesso e a maggior ragione dovrebbe affermarsi per il patto di consorzio.

(48) L'ipotesi del negozio indiretto può essere esatta rispetto alla società organo, ma evidentemente non si giustifica di fronte alla assunzione di obbligazioni ulteriori a carattere continuativo, che l'ASCARELLI stesso (*Consorzi cit.*, pag. 130) dichiara non essere incompatibili con la natura del contratto sociale.

Quando del resto l'ASCARELLI, *op. e loc. cit.*, afferma che gli obblighi consorziali sono disciplinati subordinatamente alle norme generali delle società, dalle norme proprie secondo il loro particolare contenuto, mostra piuttosto di avere presente l'ipotesi di negozio misto che quella di negozio indiretto e di applicare la teoria dell'assorbimento. E certo la ipotesi di negozio misto è più vicina alla realtà; qui infatti non si tratta o non si tratta soltanto di un contratto sociale che viene adoperato per una funzione diversa, ma si tratta di obbligazioni particolari che vengono assunte in aggiunta alle obbligazioni sociali.

(49) Nel senso del testo cfr. FERRI, in *Foro it.*, 1934, I, 1113.

(50) Si vedano ad esempio le considerazioni fatte a pag. 129 in nota, relativamente alla disciplina delle obbligazioni consorziali in sede di liquidazione della società; le altre considerazioni a pag. 131 relative alla duplicità di funzioni degli organi sociali.

(51) Così l'ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 132 ammette la impossibilità di modificazione da parte dell'assemblea, anche in via di modifica statutaria, delle quote fissate nel contratto, in base al rilievo che si tratti di diritti individuali e inderogabili (ma rinunciabili) dei soci, mentre tale conseguenza più opportunamente deve ammettersi in base alla considerazione che non sono applicabili al consorzio i principi delle società commerciali, ma il principio dell'art. 1123 cod. civ. Il diritto alla quota non è infatti un diritto derivante dal contratto di società,

La conclusione di questi ragionamenti è che i contratti di consorzio non possono classificarsi fra i contratti associativi. Manca infatti la caratteristica fondamentale di tali contratti, e cioè la non coincidenza fra prestazione e realizzazione dell'interesse contrattuale. Le prestazioni non servono ad apprestare i mezzi per attuare una collaborazione, attraverso la quale soltanto può realizzarsi l'interesse contrattuale perseguito da ciascuna delle parti contraenti: ma realizzano esse stesse l'interesse contrattuale, e la collaborazione, in quanto esista, serve appunto ad assicurare l'esatto adempimento delle obbligazioni assunte (52).

Lo scopo "disciplina della concorrenza", non assume quindi una rilevanza giuridica, ma si pone come fine ultimo, rispetto al quale l'assunzione delle obbligazioni sia il mezzo; non giuoca alcun ruolo nella volontà delle parti e non rientra nella causa contrattuale (53).

La impossibilità di raggiungere tale scopo non costituisce causa di scioglimento del consorzio, mentre invece, come si è visto, costituisce causa di scioglimento del contratto la irraggiungibilità dello scopo, ogni qual volta questo assuma una rilevanza giuridica nel

ma è un diritto derivante da un patto assunto in sede di costituzione di società; non potrebbe pertanto esattamente parlarsi di diritto individuale (così FERRI, *op. e loc. cit.*).

(52) La possibilità di più negozi che siano connessi e che si trovino in posizione di subordinazione è già stata ammessa dalla dottrina. Si vedano in proposito ENNECERUS, *Allgemeiner Teil*, in *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* di ENNECERUS KIPP WOLFF, vol. I, parte II, pag. 209, ove è enunciata una categoria di contratti collegati (*Verbindungen mit gegenseitiger oder einseitiger Abhängigkeit*). Cfr. anche FERRI, *Le polizze di abbonamento nelle assicurazioni* (Studi Urbinati, 1936, pag. 25 dell'estratto).

Nel caso concreto si avrebbe un rapporto di dipendenza unilaterale.

(53) Occorre osservare che la dottrina tedesca, la quale nella sua maggioranza ravvisa nei cartelli un contratto di società (in questo senso cfr. FLECHTHEIM, *op. cit.*, pag. 144; GEILER, *op. cit.*, pag. 28; CALLMANN, *op. cit.*, pag. 116 e seg.), non considera come scopo dei cartelli "la disciplina della reciproca concorrenza", bensì il predominio monopolistico del mercato. Ora rispetto a questo scopo le obbligazioni consorziali effettivamente si pongono come mezzo e valgono a realizzare l'interesse contrattuale, sicchè potrebbe discutersi se non possano ricomprendersi i cartelli nella categoria dei contratti associativi. Senonchè la discussione avrebbe poco interesse, dato che questo scopo, almeno in Italia, non corrisponde a quello perseguito attraverso i contratti di consorzio.

contratto. Non può parlarsi quindi dei consorzi come di un tipo contrattuale che abbia una propria individualità giuridica: la varietà delle prestazioni, data la irrilevanza dello scopo economico, non consente di unificare sotto un unico tipo contrattuale la molteplicità degli schemi contrattuali che la pratica offre. Si avrà una molteplicità di contratti diversi, a seconda della diversa natura delle prestazioni e a seconda del diverso modo di combinarsi fra loro.

*
* *

Tale diversa natura dei contratti di consorzio non toglie però che essi possano raggrupparsi in una categoria unitaria: in sostanza il contenuto di tutti tali contratti è identico, se pure diversa sia la loro conformazione.

La considerazione dei consorzi come categoria contrattuale, se permette di eliminare i dubbi fin qui rilevati, permette anche di cogliere gli elementi comuni, di porre dei concetti generali valevoli per tutti i tipi di contratto. Appunto nel rilievo di tali elementi comuni e di tali principi generali sta l'interesse preponderante della presente indagine, la quale dovrebbe considerarsi poco fruttuosa se dovesse risolversi in una semplice critica delle opinioni altrui (54).

(54) In realtà, nonostante la negata ammissibilità di un concetto unitario di cartello e nonostante la esclusione che il cartello possa farsi rientrare nel concetto di associazione in genere e in quello di società in specie, i risultati che si raggiungeranno non saranno molto diversi da quelli raggiunti dalla precedente dottrina.

In sostanza, quando il SALANDRA afferma che il contratto di consorzio è un contratto di società civile o qualche cosa di molto affine, vuole applicare ai consorzi i principi che sono propri dei contratti di durata e dei contratti posti in essere in considerazione di determinate qualità o attività personali del contraente. Orbene per raggiungere tale risultato il SALANDRA deve ritenere che il concetto di società commerciale non coincide con il concetto di società civile; che l'art. 1697 cod. civ. abbia carattere dispositivo e che pertanto non siano vincolanti per determinazione del concetto di società gli elementi previsti in tale articolo; che infine una collaborazione possa attuarsi anche con un comportamento puramente negativo.

Orbene appare evidente che la applicazione dei principi richiamati dal SALANDRA è possibile senza affrontare ostacoli così gravi e questioni così delicate

La identità del risultato economico che i consorzi perseguono influisce entro certi limiti anche nel campo giuridico (55).

Influisce sicuramente nella scelta dei mezzi giuridici: un determinato scopo pratico non può essere raggiunto se non attraverso determinati schemi giuridici, i quali, data la funzione unitaria cui adempiono, debbono presentare determinati elementi comuni, produttivi di effetti giuridici tipici.

a) Anzitutto i consorzi presuppongono la stabilità del rapporto giuridico: la limitazione della attività economica dell'imprenditore, sia che si attui attraverso obbligazioni negative sia che si attui attraverso obbligazioni positive di dare o di fare, non avrebbe in pratica nessun effetto se il vincolo giuridico non avesse una durata nel tempo. È necessario perchè lo scopo pratico possa essere raggiunto che gli effetti del contratto perdurino o si ripetano nel tempo con quella continuità o con quel ritmo che è previsto nel contratto nella ipotesi di obbligazioni positive.

Ciò importa che i contratti di consorzio sono dei contratti di durata (56) e che a tutti siano applicabili i principi che di questi sono propri. Naturalmente, la durata del contratto potrà essere indeterminata e, a seconda della ipotesi che si verifichi in pratica,

e senza ricorrere a concetti così approssimati, in base alla considerazione della struttura dei contratti di cartello.

La tesi del SALANDRA si adegua un po' a quella parte della dottrina tedesca (SILBERSCHMIDT, *Das gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnis*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 1916, pag. 465), la quale parla di *gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnisse* rispetto a negozi i quali, pur non avendo nulla in comune con il contratto di società, tuttavia sono improntati alla fiducia e alla durata.

(55) Osserva l'ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 18, che "non si deve dimenticare il parallelismo economico di istituti giuridici diversi, parallelismo spesso tutt'altro che irrilevante anche giuridicamente".

(56) Il concetto di contratto di durata non ha avuto nella dottrina italiana una specifica considerazione: si vedano tuttavia le considerazioni del FERRI, *Vendita con esclusiva*, pag. 21 e seg., ed ivi la contrapposizione fra contratti di durata e contratti ad esecuzione istantanea, sostanzialmente ripresa dal RAVÀ T., (*Foro it.*, 1937, I, 386). Fondamentale in proposito è il lavoro del GIERKE, *Dauernde Schuldverhältnisse* (*Jherings Jahrbücher*, vol. 64, 1914, pag. 356). Si vedano anche KRUECKMANN, *Einige Bemerkungen zu den dauernden Schuldverhältnissen* (*ibid.*, vol. 66, 1916, pag. 3); GSCHNITZER, *Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht* (*ibid.*, vol. 76, 1926, pag. 365).

si applicheranno i principi dei contratti a tempo determinato o a tempo indeterminato.

In conseguenza di questa loro caratteristica, l'inadempimento da parte di alcuno dei contraenti importerà lo scioglimento del contratto per giusti motivi, ogni qualvolta l'inadempimento sia talmente grave da non consentire l'ulteriore prosecuzione del contratto (57).

Lo scioglimento per giusti motivi, contrariamente a quanto si afferma da parte della dottrina (58), è possibile anche quando il contratto di consorzio sia contenuto nell'atto costitutivo di una società commerciale, la quale funzioni da ufficio di vendita. Come si è rivelato, un tal modo di formazione del contratto di consorzio non importa menomamente che questo non debba considerarsi come un contratto distinto ma invece come una appendice del contratto di società commerciale, del quale debbano applicarsi i principi, fra cui quello della impossibilità di scioglimento per giusti motivi.

Questa conseguenza non deriva dal fatto che il contratto abbia una pluralità di parti, essendo esplicitamente consentito lo scioglimento per giusti motivi rispetto alla società civile (art. 1735 cod. civ.), nè d'altra parte può essere precluso dalla esistenza di una società commerciale accanto al consorzio, non potendo la disciplina di quel contratto influire sulla disciplina del consorzio, rispetto al quale si trova in posizione di subordinazione (59).

(57) A questo proposito, agli autori citati alla nota precedente, *adde* OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza* (Riv. dir. civ., 1913, pag. 484 e seg.); DONATI, *Il contratto di assicurazione in abbonamento*, pag. 100 e seg.

(58) Cfr. ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 125, nota 7. Questo autore ammette uno scioglimento per giusti motivi del rapporto derivante dalle obbligazioni consorziali solo in sede di liquidazione della società. In realtà, se il vincolo sociale per effetto della liquidazione si trasforma e non si scioglie, non si vede come si possa sciogliere il rapporto consorziale quando si ritenga che le obbligazioni formino parte integrante del contratto sociale che rimane in piedi. Del resto, in pratica la liquidazione della società potrà essere una conseguenza dello scioglimento del consorzio, ma non anche questo la conseguenza della liquidazione della società.

(59) Piuttosto lo scioglimento del consorzio per giusti motivi determinerà altresì lo scioglimento della società creata per il migliore raggiungimento degli scopi del consorzio, data la connessione e la dipendenza sopra rilevata. Lo scioglimento della società non sarà però basato sulla esistenza di giusti motivi, bensì sulla impossibilità di raggiungere lo scopo sociale (art. 189, n. 2 cod. comm.).

b) Si tratta in secondo luogo di contratti stipulati in considerazione della attività economica dei singoli imprenditori: di contratti *intuitu rei* (60), come si dice in dottrina, per distinguerli dai contratti *intuitu personae*.

Nel contratto di consorzio non vengon infatti in considerazione le qualità personali intrinseche del contraente, ma viene in considerazione l'attività economica che il contraente svolge.

Non si può parlare di contratti di fiducia in senso tecnico (61), non può quindi affermarsi la intrasmissibilità del rapporto agli eredi come normalmente si ammette a norma dell'art. 1127 cod. civ. per i contratti di fiducia. Sarebbe tuttavia un errore assimilare i consorzi alle obbligazioni *propter rem*, come invece ritiene di poter fare il SALANDRA (62). Le obbligazioni vengono assunte in considerazione dell'esercizio di una impresa, ma si tratta di puri vincoli personali e non anche di vincoli che gravano sulla impresa e che insieme a questa passano a carico del nuovo titolare.

La caratteristica di contratti *intuitu rei* ha una rilevanza nel campo giuridico: la persistenza del contratto e la partecipazione al consorzio trovano la loro base nello svolgimento di quella determinata attività economica (63). La cessazione o la trasmissione dell'impresa importa cessazione del vincolo contrattuale e giusto motivo di scioglimento del consorzio o di esclusione di quel determinato membro.

(60) Cfr. in questo senso SALANDRA, *op. cit.*, pag. 81; FERRI, *Fusione*, pag. 231 in nota. L'ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 57 e seg. parla di contratti di categoria. Non manca però chi parla di contratti *intuitu personae*: così TCHERNOFF, *op. cit.*, n. 246, 247.

(61) Sui contratti di fiducia, vedi CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, pag. 2 e seg.; FERRI, *Vendita con esclusiva*, pag. 30 e seg.; RUMPF, *Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte* (*Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 119, pag. 3 e seg.); SILBERSCHMIDT, *op. cit.*, pag. 465.

(62) SALANDRA, *op. cit.*, pag. 80 e seg.

(63) Normalmente, essendo questo un punto vitale della disciplina dei cartelli, i contratti esplicitamente prevedono le conseguenze della cessazione o della alienazione dell'azienda. Ma, a prescindere da qualsiasi previsione, si deve arrivare alla conclusione che per effetto della cessazione della attività economica, in considerazione della quale il contratto fu posto in essere, si determina un giusto motivo di scioglimento del contratto.

Vedi per una particolare applicazione di questo concetto alla ipotesi di liquidazione, SOTCIA, *I contratti nella liquidazione*, pag. 45 e seg.; FERRI, *Fusione*, pag. 239.

In sostanza lo svolgimento della attività economica assume nella economia contrattuale lo stesso rilievo, che assumono le qualità personali del contraente nei contratti intuitu personae. Gli uni e gli altri hanno una comune disciplina, solo che diverso è l'elemento che nelle due ipotesi assume rilevanza giuridica (64).

c) Rispetto a talune ipotesi di consorzi (quelli senza accertamento di vendita) si è parlato di contratti normativi unilaterali (65). Di fatti con la convenzione di cartello le parti si obbligano ad osservare un determinato comportamento nei successivi contratti che esse concluderanno: si tratterebbe peraltro di contratti normativi unilaterali, perchè mirano non tanto a preconstituire la disciplina per i futuri rapporti che eventualmente si pongano in essere fra i contraenti, quanto ad imporre una determinata linea di condotta nei riguardi dei terzi.

Tutta la questione evidentemente dipende dal concetto che si ha di contratto normativo. Indubbiamente se per contratto normativo si intende qualsiasi contratto che imponga come norma un determinato comportamento, anche i cartelli vi rientrano (66), ma se tale espressione viene assunta in quel significato che solo può giustificare la creazione di una particolare categoria di contratti - e cioè nel senso di un contratto che mira a predisporre la disciplina di eventuali futuri rapporti, in modo che questi automaticamente vi vengano assoggettati, salva esplicita modificazione (67) - i cartelli evidentemente esulano da tale categoria.

(64) Vedi la conseguenza di tale diversità a proposito della fusione delle società commerciali in FERRI, *Fusione*, pag. 228 e seg.

(65) Sul concetto di contratto normativo, oltre al mio studio su *L'obbligo legale a contrattare* (Riv. dir. civ., 1932, pag. 106 e seg.), cfr. MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro* (Riv. dir. comm., 1904, I, 408 e seg.); COVIELLO L., *Contratto preliminare*, in *Enciclopedia giuridica*, pag. 73; BONELLI, *Della cambiale, dell'assegno bancario e del contratto di conto corrente* (Cod. comm. commentato del Vallardi, pag. 849); SALANDRA, *I contratti di adesione* (Riv. dir. comm., 1928, I, 408); ASQUINI, *L'unità del diritto commerciale e i moderni orientamenti corporativi* (Studi per VIVANTE, vol. II, pag. 521); BARBERO, *Il contratto tipo nel diritto italiano*, pag. 69 e seg.; e, nella letteratura tedesca, HUECK, *Normenverträge* (Jherings Jahrbücher, vol. 73, pag. 40).

(66) In questo senso HUECK, *op. e loc. cit.*; ASQUINI, *op. e loc. cit.*; ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 33.

(67) In questo senso COVIELLO L., *op. e loc. cit.*; BONELLI, *op. e loc. cit.*; REDENTI, *I contratti nella pratica commerciale*, parte I, pag. 15 e seg.; SALANDRA, *op. cit.*, pag. 87.

E in verità ci sembra che solo in questa più ristretta accezione possa parlarsi di contratto normativo. È da un lato l'automaticità della applicazione della disciplina predisposta col contratto normativo ai futuri rapporti, d'altro lato la mancanza di un vincolo attuale che permettano di considerare separatamente tale categoria di contratti. E l'uno e l'altro elemento mancano nelle ipotesi di cartello: manca l'automaticità della applicazione, in quanto il comportamento fissato nel contratto riguarda i rapporti con i terzi e non anche i rapporti fra contraenti; manca la assenza di un vincolo attuale, dato che con il cartello si assume l'impegno di osservare quel determinato comportamento (68).

Ma anche a volere accogliere il concetto più ampio di contratto normativo, neppure sempre ne sussisterebbero gli estremi: di contratto normativo potrebbe parlarsi nei cartelli di prezzi e di condizioni contrattuali, ma non anche nei cartelli di zona, ecc. (69).

d) Si è parlato ancora - e questa volta a proposito di tutti i consorzi - di contratti di categoria. Da ciò si è voluto dedurre che i contratti di consorzio sono contratti aperti e possono assimilarsi ai sindacati operai e professionali (70).

A mio avviso, non troverei nulla a ridire se con la espressione contratti di categoria si volesse intendere solo la necessità di svolgimento di una determinata attività economica da parte dei singoli partecipanti. Ma, quando si paragonano i consorzi industriali ai sindacati professionali, si dice qualche cosa di più, che non mi trova consenziente.

Perchè tale paragone sia lecito, bisognerebbe potere affermare che l'azione dei consorzi industriali riguarda i rapporti fra categoria e categoria e non anche i rapporti interni di una unica categoria; bisogne-

(68) Il REDENTI, *op. cit.*, pag. 17, chiaramente distingue l'ipotesi in cui si mira a predisporre la disciplina di altri eventuali e futuri contratti, dall'ipotesi in cui vi è un impegno di ciascuno dei contraenti nei confronti di tutti gli altri a non derogare. In queste ipotesi, il regolamento preventivo dei rapporti eventuali e futuri diventa materia e presupposto della contrattazione di non derogare; ed al momento dell'accordo preventivo vi è già un intento economico attuale: quello di prevenire la conclusione di contratti disformi.

Naturalmente solo rispetto a queste ipotesi è possibile distinguere fra contratti normativi unilaterali e contratti normativi bilaterali.

(69) Cfr. anche SALANDRA, *op. cit.*, pag. 86.

(70) Cfr. ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 57 e seg.; SALANDRA, *op. cit.*, pag. 78 e seg.

rebbe potere affermare che i contratti di cartello mirano a imporre il monopolio nel mercato e non anche a disciplinare la reciproca concorrenza fra imprenditori. Ora la imposizione di un monopolio nel mercato potrà rispondere anche alla tendenza ultima dei consorziati, ma per i consorzi volontari non costituisce l'espressione di una realtà concreta.

In verità i consorzi non mirano ad imporre la volontà di una categoria ad un'altra categoria, ma mirano a disciplinare i rapporti di più imprenditori di una medesima categoria (71).

Basta infatti considerare un po' la pratica contrattuale per rendersi conto di come i consorzi volontari non realizzino menomamente l'interesse di categoria, ma realizzano solo l'interesse egoistico dei singoli membri.

Non si tratta di contratti aperti, i quali consentano la partecipazione di nuovi membri: l'ingresso di un nuovo imprenditore necessariamente determina una variazione nella quota e nella posizione raggiunta nella organizzazione consorziale, e questo vuole essere assolutamente evitato.

Il consorzio mira alla conciliazione su determinate basi dell'interesse antitetico dei singoli imprenditori, importa una posizione di compromesso e non anche la unione di più forze per il raggiungimento di un interesse comune.

Con ciò non si esclude che la evoluzione dei consorzi possa trasformarne la natura e farne dei contratti di categoria: si vuole solo rilevare che questa è piuttosto la espressione di una tendenza che la rappresentazione di una realtà.

MARIO STOLFI

Prof. inc. nell'Università di Urbino

(71) Di questo si è pur reso conto l'ASCARELLI, quando pone come causa dei cartelli e come loro funzione economica la disciplina della reciproca concorrenza; quando parla di contratti plurilaterali mentre per le associazioni parla di atto complesso, ecc.

LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA DEL POSSESSORE NELL'AZIONE NOSSALE GIUSTINIANEA

§ 1. Il problema della legittimazione passiva del possessore nell'*actio noxalis* è stato discusso principalmente in ordine alla responsabilità nossale dei classici. Il Lenel (1) sostenne che non si potesse chiamare in giudizio il possessore *bonae* o *malae fidei* e avanzò il sospetto di interpolazione di quei brani che affermano il contrario: D. 9, 4, 11 Ulp. VII ad ed., 13 Gai. XIII ad ed. prov., 28 Afric. VI quaest. Il Betti (2) ha accolto in sostanza la tesi, solo ammettendo che la legittimazione passiva del possessore di buona fede sia stata riconosciuta dai classici. Il Biondi (3) è agli antipodi del Lenel giacchè riconosce e sostiene la genuinità di quei tre fr.

La questione ha importanza non soltanto in sè stessa, ma in quanto permette di dedurre corollari precisi in ordine alla natura dell'*actio noxalis* ed alla struttura della *noxae deditio*. Io la tratterò brevemente per diritto giustiniano. Ammessa la legittimazione del possessore nel sistema dei classici sorgerebbe il problema di spiegare la presenza, nel Dig., di quel brano (D. eod. 22 § 1 Paul. XVIII ad ed.) che non legittima il creditore pignoratizio e il precarista appunto perchè "non... opinione domini possident.,: secondo la tesi del Biondi il fr. non è genuino poichè il credit. pign. e il precar., essendo possessori, nel diritto classico dovevano necessa-

(1) *Zeitschr. d. Sav. Stift.*, 47 (1927), p. 15 sgg.

(2) *Diritto romano*, I, 1935, p. 557 n. 8.

(3) *Le actiones noxales*, 1925, p. 287 sgg.

riamente poter essere chiamati in giudizio. D'altro canto, se il passo è bizantino, come si spiega quella motivazione che insiste sulla mancanza del possesso (*animo domini*), cioè sur un principio che si vuole eminentemente classico? La dozione nossale bizantina importa normalmente, secondo l'opinione del Biondi, il trasferimento del dominio: e allora perchè Giustiniano non ha interpolato in quel brano questo motivo, come avrebbe fatto in altri fr.? Il Biondi (4) sostiene che i giustinianeî, per forza d'inerzia, avrebbero accettato dai classici la legittimazione passiva del possessore (e in questo modo si spiegherebbe il parlare, ch'essi fanno nonostante tutto, di possesso), ma che veramente e normalmente risponderebbe il *dominus*.

Lo stesso fr. non è spiegato chiasamente dalla tesi del Lenel: la motivazione non può essere classica giacchè insiste sul possesso; ma allora se in base a questo brano interpolato, *is qui pignori accepit... non tenetur noxali actione*, che valore hanno quei testi che pur nella compilazione legittimano passivamente il creditore? Essi sono D. 9, 4, 26 § 6, 27 fr. e quindi anche D. 2, 9, 3.

Per risolvere il dilemma ho creduto di ricorrere alle fonti bizantine. I brani del Dig. sono quelli che sono, ma nei Bs. e sopra tutto negli scolii le idee nuove trionfano e gli avanzi della antica concezione dovrebbero sparire. Ebbene: ho notato che i greci si attardano ad insistere sul requisito del possesso come fondamento della legittimazione passiva almeno nei casi in cui non sia chiamato il *dominus*. Se ciò è vero, si dovrà respingere l'interpretazione del fr. 22 § 1 cit. data dal Biondi: gli scolasti e i traduttori greci non avevano interesse a ribattere quello stesso requisito soltanto per ossequio alle concezioni dei classici.

Che il possessore bizantino di buona o di mala fede sia legittimato pienamente risulta dai passi seguenti: Bs. 60, 5, 11 e sch. Hag. 60, 5, 22 e sch. *ἐν τῇ* eod. Nei primi tre brani si ritrovano affermazioni esplicite; negli altri il principio si ricava per assurdo ma con sicurezza.

Gli stessi brani rivelano ugualmente la possibilità di chiamare in giudizio il possessor indipendentemente da una eventuale chiamata del *dominus*; anzi, il primo dei testi riafferma la irresponsa-

(4) *Op. cit.*, p. 311 sg., 314.

bilità del *dominus servi* quando ci sia un possessore di buona fede, nei riguardi dell'*a. noxalis*, che pertanto si deve dirigere, contro quest'ultimo: D. 9, 4, 11 v'è tradotto alla lettera: nel caso l'acquisto immediato del dominio sullo schiavo è reso impossibile all'attore, che ha soltanto un'eccezione a sua difesa (5). Il requisito del possesso è condizione necessario, per convenire o condannare il *dominus* anche in Bs. 60, 5, 21 (D. 9, 4, 21 § - H., V. 353): "ὁ δεσπότης... οὐ καταδικάζεται, εἰ μὴ νέμεται ἢ ὅλον ἐπαύσατο „ Non si tratta, pertanto, d'un principio tramandato dai classici e conservato per ossequio o per forza d'inerzia, ma d'un concetto fresco e vitale. Lo sch. Hagioth. D. 9, 4, 11 (Bs. 60, 5, 11 cit) per giustificare la legittimazione passiva del poss. *Conae fidei* si richiama alla legittimazione indiscutibile del mero possessore: il requisito del possesso è un motivo dominante perfino negli scolii!

§ 2. Anche non volendo dar peso ai due brani che richiedono la qualità di possessore pur nel *dominus*, è almeno certo che quegli è legittimato in prima linea come il proprietario. Dato ciò, resterebbe il problema di vedere quale di quei due requisiti, cioè la qualità di proprietario o la qualità di possessore, si debba considerare dominante nel capitolo della responsabilità (6) nossale bizantina; il Biondi per es., come ho detto, ha affermato nettamente il predominio del primo requisito giacchè ritiene che soltanto il *dominus* sia responsabile vero e normale. Per risolvere il problema basterà vedere se ci siano o meno altre persone tenute di fronte all'*a. noxalis* e come venga giustificata, dai bizantini la legittimazione o l'esclusione di costoro; si tratta di osservare pertanto se i greci, nel caso, fanno giocare il requisito del dominio o quello del possesso.

Ebbene: la legittimazione passiva dell'usufruttuario e del cre-

(5) Il BIONDI *op. cit.* p. 286 sgg., 311 dice proprio il contrario poichè ritiene che l'*actio* spetti sempre contro il *dominus*, anche se non possiede, nel diritto giustiniano, mentre nel diritto classico sarebbe data sempre contro il possessore anche non *dominus*.

(6) Nel rapporto nossale la responsabilità è *sui generis* poichè il convenuto non può dirsi veramente obbligato ma piuttosto onerato cfr. il mio volume *Damno temuto* ecc., n. 101: in questo senso limitato affermo che è responsabile il *reus* nell'*a. noxalis*.

ditore pignoratizio risulta non soltanto da vari passi del Dig. (l. 3 D. 2, 9; 26 § 6, 27 D. h. t.), ma dalla chiara traduzione bizantina di quei brani e dai commenti degli scolasti: intendo riferirmi a Bs. 7, 15, 3; 60, 5, 26 e 27 e sch. 1, 6 (H., V, 363 sg.) nonchè ai tre scolii (7) dell'Hagioth. a Bs. 60, 5, 11; 21; 220. Un ultimo passo è anche più esplicito (sch. 19 Bs. eod. 17 - H. V, 351 sg.) poichè afferma, nei riguardi dell'usufruttuario, che “ εἰ γὰρ ὁ χληθεὶς οὐκ ἐδεφένδευσεν, ἐκπίπτει τῆς χρήσεως ». Tutto ciò esclude l'ipotesi che in materia ci siano sopravvivenze classiche prive di senso nel nuovo sistema.

Quanto dico, inoltre toglie ogni valore probatorio al fr. 22 § 1 D. h. t. cit., che è l'unico punto dove non si legittimi il creditore pignoratizio e che il Biondi riteneva della nuova concezione bizantina. Quel passo è un relitto storico che ammette una *duplex interpretatio* e il cui senso preciso è rivelato nella traduzione dei Bs. Il traduttore greco, dopo aver detto, rifacendo D. eod. 22 §, che, quando c'è un depositario o un comodatario del servo, si può agire nossalmente contro il *dominus*, continua:

Bs. 60, 5, 22 - D. h. t. 22 § 1: τὸ αὐτὸ καὶ περὶ τοῦ κατὰ παρά κλήσιν δοθέντος καὶ τοῦ ἐνεχυρασθέντος ἐὰν ἔχῃ ὁ δεσπότης χρήματα ἐλευθερώσαι τὸν ἐνεχυραθῆντα.

Si chiama in giudizio il proprietario se questi ha i mezzi necessari a riscattare dal vincolo del pegno lo schiavo: l'affermazione evidentemente non esclude la *legitimatio* passiva normale del creditore, anzi la riafferma. Invece nel brano parallelo del Dig. le possibilità di riscattare lo schiavo pignorato non giovava così decisamente nel campo della responsabilità nossale e non toccava pertanto il principio della mancanza di legittimazione del creditore affermata nello stesso fr.: segno che questo, era pure ritoccato, non ha richiamato l'attenzione dei compilatori così come gli altri brani che dicono il contrario che sono tradotti e commentati letteralmente nei Bs. Quindi ha ragione chi sostiene (Lenel, Betti) la genuinità sostanziale del fr. 22 § 1 cit.: solo la motivazione è itp.

Quegli stessi brani greci, quando vogliono giustificare la responsabilità del *fructuarius* e del cred. pign., e lo fanno di continuo,

(7) Poco importa se questi sch. hanno aggiunte posteriori quando è certo che queste si inquadrano facilmente nel sistema.

si richiamano precisamente al requisito del possesso. In Bs. 60, 5, 21, si dice che, mentre il proprietario e il poss. di b. fede (quindi anche il mero possessore) sono legittimati in pieno, gli altri difendono o possono difendere lo schiavo soltanto se è presente; e l'Hagioth. (sch. eod. H. V, 354) spiega appunto che questi altri sono l'usufr. e il cred. pign., i quali, benchè propriamente non siano possessori, si ritengono tali se lo schiavo è presente e pertanto sono legittimati all'azione. Lo stesso concetto risulta implicitamente da uno scolio più antico (alla medesima legge: sch. 7 eod.), dove, per quanto non si distingue tra usufr.-cred. e tutti gli altri (curatori, tutori ecc.), tuttavia si adduce il requisito del possesso come decisivo. Tale insistenza è tanto più sintomatica (e quindi prettamente bizantina) in quanto nel fr. commentato del Dig. è in quello parallelo dei Bs. non si accennava decisamente al motivo del possesso.

Per la stessa ragione l'usufr. e il cred. pignoratizio sono legittimati in seconda linea (rispetto al proprietario e al possessore). L'Hagioth. nello sch. cit. e in un altro (a Bs. 60, 5, 22 - H. V, 357) lo dice chiaramente: bisogna chiamarli solo dopo aver citato il dominus ecc. (o almeno, ritengo, insieme con lui) (8). Viceversa tutti gli altri non sono tenuti nemmeno in via subordinata e neanche se lo schiavo è presente, giacchè non hanno neppure una larva di possesso, ἀλλὰ φιλήν καὶ ἀμυδράν κατοχήν

La conclusione di tali rilievi è abbastanza evidente, ed è sintetizzata in uno scolio dei Bs. (sch. εἴτε Bs. 60, 5, 47 - H. V, 379), il quale afferma in linea di massima che nelle azioni nossali chi non possiede non ha la legittimazione passiva: μὴ νομόμενος τὸν οἰκέτην οὐ κατέχεται. Dalle annotazioni particolari degli altri brani assurgiamo con quest'ultimo scolio, a un principio generale: se si pensa che la l. commentata a quel modo trattava della responsabilità del proprietario e se si ricordano i passi citt. che discutono simultaneamente lo stesso problema, si raggiungerà la certezza sul fatto che il requisito del possesso sullo schiavo è il fondamento normale della responsabilità nossale.

Viceversa la qualità di proprietario del *servus* e l'obbligo rela-

(8) A questi risultati ero già pervenuto nella mia *op. cit.*, n. 93 indipendentemente dall'esegesi completa dei testi greci.

tivo di trasferirne il dominio all'attore sono posti nell'ombra dai testi bizantini; ciò che toglie ad essi qualunque valore di concetti dominanti (9): se invece l'una e l'altro fossero stati alla base del nuovo sistema, i meri detentori e gli pseudo possessori (usufr. e cred. pign.) non avrebbero dovuto avere la *legittimatio passiva* all'azione in quanto, non essendo proprietari, non potevano trasferire il dominio; o almeno i bizantini avrebbero cercato di inquadrare il nuovo regime nell'ambito di quei due concetti.

§ 3. I numerosi passi del Dig., gli scolii più antichi, i Bs., gli scolii più tardi, come quelli dell'Hagiot, corredati da aggiunte posteriori (10), rivelano tutta una corrente univoca e precisa che insiste sul medesimo concetto; quindi rappresentano non solo il diritto posteriore, ma lo stesso sistema giustiniano. Ricostruire nei particolari la legittimazione passiva nossale del VI sec. non è facile, ma intanto il fondamento del possesso è un principio sicuro.

Di qui non mi sembra ardito assurgere a un concetto assai più generale che riguarda la struttura di tutto l'istituto bizantino. Se è legittimato il possessore come tale e se questa può liberarsi dall'azione rinunziando allo schiavo, non ci troviamo di fronte a principî molto simili a quelli dell'*a. in rem*? La tesi del Biondi (che vede nell'istituto bizantino le caratteristiche dell'*a. in personam*, e quelle dell'*a. in rem* nel sistema dei classici) ne riceve un colpo evidente.

In questo senso mi basta citare uno scolio del sec. XIV che è stato scritto se non altro da persona la quale doveva conoscere il diritto bizantino meglio di quanto a noi non sia dato: lo scoliaste d'altra parte si richiama molto spesso a ffr. e schh. più antichi.

Sch. Bs. 60, 5, 11 (H, V, 346):... ἡ μὲν γὰρ νοξάλια πραγματικὴ τις ἐστὶν οὐδὲν ἀγωγὴ, καὶ κατὰ πάντα σχεδὸν ὅμοια τῇ σπενιαλία ἢ ῥέμ κινεῖται γούτ κατὰ μόνου νομέως... εἰ γούτ ὁ ἀπλῶς νομόμενος ἐνάγεται τῇ νοξάλια, ὥς πραγματικῇ τινὶ ἀγωγῇ πῶς οὐκ ἂν ἐναχθεῖν ταύτη καὶ ὁ καλῇ πιστῇ νομεύς ecc.(11).

Dunque la legittimazione passiva del possessore di buona e di mala fede si giustifica e si inquadra nella struttura reale dell'*a.*

(9) V. contra BIONDI *op. cit.*, p. 311 sgg.

(10) V. le note dell'HEIMBACH agli schh. medesimi.

(11) Lo sch. è riportato nei Bs. sotto il nome dell'Hagiotheod.

noxalis (quodammodo specialis in rem). Nel seguito del passo la responsabilità del creditore pign. è giustificata, sulla base del possesso, con lo stesso principio di *realità* dell'azione. Il quale, dunque, se si è sfermato nel diritto bizantino, era certo estraneo alle menti dei classici per lo stesso motivo per cui le caratteristiche di *personalità* dell'azione nossale contenute nel Dig. sono estranee al sistema bizantino.

GIUSEPPE BRANCA

IL PEGNO PRETORIO

1) La dottrina continua a distinguere anche per il diritto romano classico tre tipi fondamentali di pegno (1): il *pignus* vero e proprio che nasce per volontà dei privati (*datio e conventio pignoris*), il pegno tacito o legale, che si origina direttamente nella legge, e infine il *pignus, praetorium* che sorge per ordine del magistrato. Entro questo ultimo tipo si ricomprendono esclusivamente le immissioni nel possesso, e la ricomprensione ha una larga base testuale (2).

Tuttavia non è chi non veda come la figura generale dell'istituto, specialmente con l'aggiunta di quella terza categoria, venga ad essere svisata e confusa: ciò ammettono quegli stessi scrittori che pure non discutono sulla giustezza dell'insegnamento comune e sulla classicità delle tre forme (3).

L'unico autore che si sia posto contro corrente è precisamente il Solazzi (4), il quale, occupandosene a diverse riprese ma sempre di sfuggita, ha avanzato il sospetto d'un'origine postclassica del pegno pretorio: questo è quanto cercherò di dimostrare nel presente lavoro. Partendo dall'esame di quelli che sono i requisiti fondamentali del *pignus* vero e proprio dovrò semplicemente osservare se essi si trovino nelle *missiones in possessionem* e sotto quale aspetto. Una tale im-

(1) Tralascio di accennare a quel caso isolato di *pignus iudiciale* che è il p. in causa *iudicati captum* e che del resto rientra o può rientrare in certo senso nel p. pretorio.

(2) V. D. 13, 7, 26; 15, 1, 23; 27, 9, 3, § 1; 36, 4, 11, § 1; 41, 4, 12; 41, 5, 1 pr.; 42, 5, 35; 42, 6, 4 § 1; C. 6, 54, 3 e 5; 8, 17, 2; 8, 21 (22) nonchè numerosi passi dei Bs. Quanto alla dottrina cfr. i trattati o i manuali, per es., da WINDSCHEID *Pand.* I, 2, p. 361 sg. a PEROZZI, *Ist.*, I, p. 813 e il lav. del NABER *De praetorio pignore*, in *Mnemosyne* 1897.

postazione illuminerà e guiderà l'esegesi critica delle fonti in materia.

Intanto premetto una breve osservazione sull'aggettivo *praetorium* che ritorna nella rubrica e nei testi del Cod. 8, 21 (22) *de prae pignore*.

La parola si spiega benissimo nel diritto giustiniano quando essa ha, per così dire, un senso storico ed indica la fonte (magistraturale, giudiziale) del pegno, distinguendolo chiaramente dalle altre due forme; ma nel sistema classico non avrebbe avuto quel senso rigido e preciso che una tecnica giuridica perfetta richiede. Il *pignus* vero e proprio benchè sorga per volontà dei privati, è un istituto che vive nell'ambito del *ius honorarium* ed è tutelato da questo; quindi è già di per se stesso, *praetorium*: usare quest'aggettivo per distinguere la *missio in poss.* dal pegno vero e proprio, non era certo un servirsi d'una terminologia chiara e precisa.

Pretorio è e può chiamarsi l'*in bonis* o l'*actione teneri* nei riguardi del *dominio ex i. quir.* e dell'obblig. civile, ma nel vostro campo non c'era un istituto civile di contro al quale si dovesse e si potesse affermare la natura pretoria delle immissioni. Va bene che l'aggettivo, nel caso, indica la fonte di esse, ma lo fa appunto in un modo che era piuttosto atto a confondere, almeno a prima vista, che a distinguere i due tipi dell'istituto medesimo. I giuristi sono così legati al rigore terminologico da non riuscire, almeno normalmente, a indicare con le stesse parole neanche istituti perfettamente analoghi usato *dominio* e *in bonis* ecc.); quindi non possono aver un termine tanto ambiguo proprio per distinguere due figure giuridiche a ciascuna delle quali poteva applicarsi, sia pure con diversa portata, il medesimo termine.

Per questo affermo sin d'ora la non classicità dell'aggettivo. Esso è d'altronde rarissimo. In C. 8, 21 cit. lo usa Giustiniano e se questi lo attribuisce implicitamente, quando dice che quel pegno "*praetorium nuncupatur*...", a un uso anteriore, quest'uso non può essere, a mio avviso, che postclassico; in D. 41, 4, 12 Pap. X resp., il termine è invece interpolato (5).

(3) Cfr. per es. BACHOFEN *D. röm. Pfandrecht* p. 479 sg.

(4) *Arch. giur.* (89) 1923 p. 247, *La revoca degli atti fraudolenti*, 1934, p. 302 n. 2. V. anche SEGRÈ, *Studi Bonfante* III, p. 577 n. 209.

(5) Per l'itp., che è anche più vasta, cfr. SEGRÈ, *l. cit.*

2) I requisiti fondamentali del pegno vero e proprio si possono fissare agevolmente. Primo di tutti è l'elemento volontario, cioè quello che manca negli altri due tipi. Poi vengono: a) l'esistenza d'una cosa o tutt'al più (6) d'un diritto da dare in garanzia; b) un credito certo da garantire, anzi una vera e propria *obligatio*; sono escluse le obbligazioni naturali, mentre i crediti condizionati fanno sorgere il *pignus* solo al momento in cui s'avvera la *condicio* (7); c) l'accessorietà conseguente del pegno, che si origina a obbligazione già nata e muore col soddisfacimento (*solutio, satisfactio*, mora del creditore) di essa (8); d) la tutela *erga omnes*, che si attua con gli interdetti possessori nella *datio pignoris* e con l'a. Serviana nell'ipoteca; e) l'impero della regola "prior in tempore potior in iure", (v. D. 20, 4); f) la funzione satisfattiva, per cui il passaggio in proprietà della cosa pignorata o, come sembra normale dal tempo dei Severi (9), la vendita di essa sostituisce il pagamento del debito.

I casi di pegno legale, mentre pullulano nel sistema bizantino (10), sono molto rari nel diritto classico; non solo, ma quando i giuristi li vogliono inquadrare nell'istituto, non possono che richiamarsi ad una *fictio* di costituzione da parte dei privati, ad una tacita *conventio* (D. 20, 2, 3; 4; 6): l'elemento volontario, nella struttura del *pignus*, era dunque così rilevante che non ci si poteva del tutto staccare da esso (11). Meglio che di pegno legale si dovrebbe parlare, nel diritto classico, di *pignus tacitum*.

(6) Non sembra nemmeno che si potesse costituire un *ius pignoris* su qualunque diritto: v. PEROZZI *op. cit.* p. 823, ALBERTARIO *Il pegno della superficie* 1911, e lo stesso DERNBURG *Pfandrecht*, I, p. 488.

(7) Sul primo punto cfr. la letter. concorde e per tutti DERNBURG *op. cit.* p. 491, *Pandette*, I, 2, p. 407. Sull'esclusione dell'obl. natur. v. PEROZZI *op. cit.*, p. 811 n. 2 e *autt. citt.* nell'*Iudex It.* D. 20, 1, 5. pr., 14 § 1. Sull'ultimo punto cfr. VASSALLI *Bull. I. D. R.*, 1915, p. 232 sg. In dottrina s'è anzi, anche discusso a lungo se il pegno d'un credito futuro si perfezioni o no dal momento della sua costituzione (v. BONELLI *Arch. giur.*, 52, 1894, p. 136 sgg.).

(8) V. letter. cit. in CARRELLI *Sull'accessorietà del pegno*, 1934, p. 5. sg.

(9) Cfr., sull'affermarsi del *ius distrhaendi* come regola tacita costante, oltre ai manuali, MESSINA VITRANO *Per la storia del i distr. nel p.* 1910.

(10) Se ne v. l'elenco in WINDSCHEID *op. cit.*, p. 352 sgg., e in PEROZZI *op. cit.* p. 814 n. 1.

(11) Perciò non aderisco ai sospetti (d'itp. dei tre brani) avanzati dal KOSCHAKER *Festschr. Hanausek* p. 152 n. 3, il quale si pone contro l'evoluzione naturale dell'istituto.

Ad ogni modo gli altri requisiti fondamentali dell'istituto si ritrovano tutti anche in questa ipotesi, per così dire, aberranti. Che l'oggetto del pegno sia sempre una cosa, risulta da tutti i ffr. sul tema e specialmente da quelli contenuti in; D. 20, 2 cit.; che la *res* sostituisca l'eventuale mancato pagamento del debito è conseguenza necessaria; gli altri requisiti appariranno da sè a un rapido esame dei casi di pegno legale classico.

Nella fattispecie contemplata in Marc. D. 20, 2, 2 il pegno del locatore d'un fondo urbano sugli *invecta et illata* garantisce soltanto i *crediti* derivanti dal rapporto di locazione. Nel caso della l. Pomp. D. eod. 7 il locatore del fondo rustico ha una garanzia tacita sui frutti, la quale non va oltre i *crediti* derivanti dal contratto d'affitto (12). In Pap. D. eod. 1, l'edificio garantisce la restituzione d'una somma data a prestito; lo stesso si dica riguardo al pegno tacito del pupillo impubere sulle cose acquistate a nome altrui col suo danaro (13). Il credito certo (v. sub *b*), anzi la pecunia, è il presupposto necessario del sorgere del *pignus*; quindi anche l'altro requisito dell'accessorietà ne discende in conseguenza.

Poichè si tratta di casi i quali fanno capo all'esempio tipico degli *invecta et illata*, cioè all'ipoteca, non doveva mancare la tutela *erga omnes* con l'*actio* Serviana (14). Infine l'impero della regola "prior in tempore ecc.", si può argomentare, se non altro, direttamente o analogicamente da Ulp. 20, 4, 7 pr. e da Gai, eod. 11 § 2. Quindi non v'è niente di strano che pure in questi casi si parli di pegno, mentre, contemporaneamente, è sintomatico che lo si faccia con molta cautela. Del resto perfino nel secolo IV, introducendo una quinta figura di pegno legale, lo stesso imperatore Costantino (15) si mostra assai circospetto: egli si limita a dire (nei riguardi dei soggetti passivi del rapporto) che sono "*tantumquam pignoris titulo obligati* „.

Resterebbe il così detto pegno del Fisco, sorto a quanto pare con i Severi a garanzia dell'imposte e dei crediti nascenti da con-

(12) V. DERNBURG *op. cit.* p. 430, WINDSCHEID *op. cit.*, p. 354.

(13) Cfr. D. 27, 9, 3 pr., C. 7, 8, 6 ecc.

(14) La formula di quest'*actio* (su cui LENEL, Ed. Perp. p. 494 sg.) contiene l'indicazione della *pecunia debita*, cioè d'un credito certo.

(15) C. 5, 37, 20, (a. 314) e si v. WINDSCHEID *op. cit.* p. 356 n. 3.

tratto coi privati (16). Qui l'anomalia nei riguardi dell'istituto vero e proprio è anche più grave poichè non c'era bisogno dell'*a. Serv.*, mentre poi non è *obligata* una singola *res* ma tutto intero il patrimonio del privato. Appunto quest'ultimo rilievo dimostra come non si tratti realmente di pegno, ma soltanto d'un diritto di precedenza sugli altri crediti di cui è soggetto passivo la stessa persona ch'è debitrice del fisco.

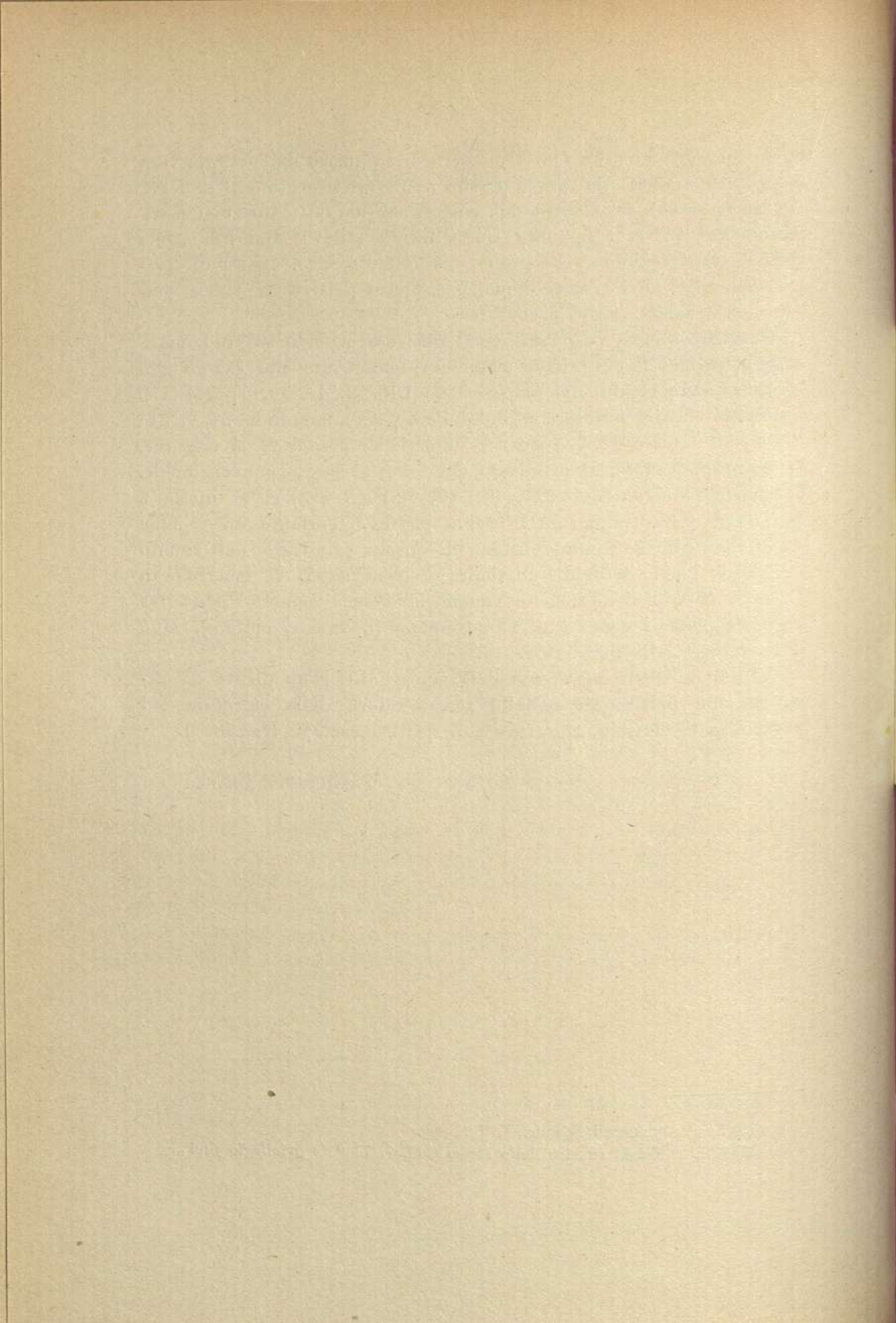
Poichè questo può escutere il debitore, agendo sul suo patrimonio, prima d'ogni altro, siamo evidentemente nel campo più vasto e meno rigido del *privilegium* (Ulp. D. 49, 14, 6; 33) (17). I giuristi classici non lo confondono col pegno, anzi in D. 57, 9, 21; 28 e nello stesso 22 § 1 quando si parla di *pignus* ci si riferisce, in contrapposizione al privilegio del fisco, al pegno convenzionale. In due costituzioni del 213, 214 (C. 8, 14, 1 e 2) ci si limita a parlare di "*vice pignorum*," "*veluti pignus*,". Pertanto ho ragione di credere che la ricomprensione di questo privilegio nell'ambito del pegno legale si debba attribuire ai postclassici. Va bene che in D. eod. 46 § 3 si afferma nettamente: "*Fiscus semper habet ius pignoris*," ma il passo è di Ermogeniano (l. VI iur. epitom), cioè d'un autore della decadenza.

Ecco un altro argomento dell'impossibilità d'un diritto di pegno sur un patrimonio e dello scarso valore della categoria del pegno legale classico, ridotto a soli quattro esempi. (*continua*).

GIUSEPPE BRANCA

(16) Si v. DERNBURG *Pfandr.*, I, § 41 sgg.

(17) Cfr. anche la rubrica dello stesso Cod. 7, 73 "*de privilegio fisci*,".



STVDI VRBINATI

ERRATA CORRIGE

- a pag. 99 linea 30 dopo sch. aggiungere: Hag.; 60, 5, 13 e sch. 1;
60, 5, 21 e sch. Hag.; sch.
a pag. 99 linea 31 dopo eod aggiungere 47.
a pag. 101 linea 5 invece che 220 leggere 22.
a pag. 101 linea 13 dopo *riteneva* aggiungere il *Destinatario*.
a pag. 101 linea 26 *giocava* leggi *giocava*.
a pag. 101 linea 29 *era* leggi *sia*.



S. T. E. U. - VRBINO

IN VRBINO: PRESSO L'VNIVERSITÀ DEGLI STVDI