

STUDI IN ONORE DI CARLO FADDA

14-C-9/4

Idhf



127/5/I

STUDI GIURIDICI

IN ONORE DI

CARLO FADDA

PEL XXV ANNO

DEL SUO INSEGNAMENTO

VOLUME QUARTO

Inv. Cls.: 37

Sign: 7

G. ARANGIO-RUIZ - F. ATZERI - E. BESTA - C. CAILLEMER -
F. DEGNI - G. DE MONTEMAYOR - Q. DE VINCENTIIS -
C. F. GABBA - E. GIANTURCO - A. MINOZZI - F. NITTI -
F. RUFFINI - F. SCADUTO - L. WENGER.

NAPOLI

LUIGI PIERRO, TIP. - EDITORE

1906

Proprietà letteraria

INDICE DEL VOLUME

| | |
|---|--------|
| GIANTURCO E. L'influenza dell'Imperatrice Teodora nella legislazione giustiniana | Pag. I |
| CAILLEMER R. Le retrait lignager dans le droit provençal. » | 13 |
| GABBA C. F. Intorno alla definizione del possesso legittimo nel codice civile italiano | » 71 |
| WENGER L. Die Zession im Rechte der graeko-aegyptischen Papyri | » 79 |
| ARANGIO-RUIZ G. Intorno alla rappresentanza di diritto pubblico | » 99 |
| DE MONTEMAYOR G. I principii del diritto penale . . | » 119 |
| ATZERI F. Dell'errore sulle qualità della persona nel contratto di matrimonio | » 173 |
| DEGNI F. L'autorità del diritto consuetudinario nella legislazione italiana | » 199 |
| RUFFINI F. Della novazione in materia di decime sacramentali | » 227 |
| SCADUTO F. Competenza vescovile o civile per la decadenza dal « titulus patrimonii » ? | » 269 |
| BESTA E. Un sigillo inedito di Leone l'Isaurico . . | » 287 |
| DE VINCENTIIS Q. Della patrimonialità della prestazione nelle obbligazioni contrattuali | » 311 |
| MINOZZI A. Il foglio in bianco come accettazione anticipata nei giudizi arbitrali | » 385 |
| NITTI F. Studi sulla Sardegna | » 411 |

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY UJEP
STARÝ FOND 04163
Č. inv.:

L'INFLUENZA
DELL'IMPERATRICE TEODORA
NELLA LEGISLAZIONE GIUSTINIANA

NOTA

DI

EMANUELE GIANTURCO

PROFESSORE NELLA R. UNIVERSITÀ DI NAPOLI

Nota è la storia del folle amore di Giustiniano per la figlia di Acacio, e come egli, vincendo ogni ostacolo, dopo la morte dell'Imperatrice Lupicina (che pur nata da una famiglia di barbari, si era virilmente opposta ad un tal parentado), spezzando il cuore di sua madre, che di lì a poco ne morì di dolore, pubblicasse la legge che abolì l'antico divieto fatto ai Senatori di sposare *mulieres scenicae, libertinae, tabernariae* (1).

(1) C. 1, Cod. de naturalibus liberis ecc. 5, 27. *Imp. Constantinus A. ad Gregorium* — Senatores seu perfectissimos vel quos in civitatibus duumviralitas, vel sacerdotii, id est phoenicarchiae vel syriarchiae, ornamenta condecorant, placet maculam subire infamiae et alienos a Romanis legibus fieri, si ex ancilla vel ancillae filia, vel liberta vel libertae filia, vel scenica vel scenicae filia, vel ex tabernaria vel ex tabernariae filia, vel humili, vel abiecta, vel lenonis aut arenarii filia, vel quae mercimonia publice praefuit, sceptos filios in numero legitimorum habere voluerint, aut proprio iudicio aut nostri praerogativa rescripti, ita ut, quidquid talibus liberis pater donaverit sive illos legitimos seu naturales dixerit, totum retractum legitimae soboli reddatur aut fratri aut sorori aut patri aut matri.

La legge abolitiva è riferita nella Novella 117, Capo 6° «... Constantini vero piaie memoriae legem ad Gregorium scriptam, eiusque interpretationem a Marciano piaie memoriae factam, per quas mu-

Nè alla validità del matrimonio con Teodora provvide soltanto: egli volle perfino attribuirle dignità e titoli che il diritto pubblico dell'Impero non aveva mai riconosciuti alla moglie dell'Imperatore, dettando in fine della Novella 8^a una formula di giuramento strana e grottesca, la quale forse, nel pensiero di Giustiniano, avrebbe dovuto obbligare i sudditi verso l'Imperatrice, anche in caso di vedovanza. — La formula è la seguente:

« Iuro per deum omnipotentem et filium eius unigenitum Iesum Christum, deum nostrum et spiritum sanctum, et per sanctam gloriosamque dei genitricem et semper virginem Mariam, et quatuor evangelia, quae manibus meis teneo, et per sanctos Archangelos Michaellem et Gabrielem, me puram conscientiam et ingenuum servitium sacratissimis et piissimis dominis nostris Iustiniano et Theodoraë, coniugi eius, in magistratu a pietate eorum mihi tradito praestiturum, omnemque laborem sine dolo et fraude in concessio mihi ab illis magistratu pro illorum imperio et republica suscepturum esse, ecc. ecc. ».

Ciò che forse non è abbastanza noto, è l'influenza dell'Imperatrice sulla riforma legislativa Giustiniana, e come Giustiniano si fece, per amor di Teodora, precursore, e non a parole soltanto, del femminismo e della emancipazione muliebre.

lierum coniunctiones, quas Costantini lex abiectas vocavit, cum quibusdam dignitatibus decoratis prohibentur, nullo plane modo valere permittimus, sed licentiam illis, qui volunt, praebemus, etsi quibuslibet magnis dignitatibus ornentur, tales mulieres instrumentis dotalibus factis sibi iungendi. Reliquis vero, praeter eos, qui magnis dignitatibus ornati sunt, liceat eiusmodi mulieres, sive scriptis voluerint, sive sola maritali affectione, in matrimonium accipere, modo liberae sint, et tales cum quibus nuptias contrahere permissum est.

Già nella costituzione 14 dell'anno 534, Cod. de legitimis heredibus, 6, 58, ispirandosi anche alle idee religiose cristiane, Giustiniano non aveva trascurato l'occasione di tributare elogio alla legge delle XII Tavole, « quae unam consonantiam tam in maribus quam in feminis legitimis, et in eorum successionibus, nec non et in liberis observandam esse existimavit, nullo discrimine in successionibus habito, quum natura utrumque corpus ediderit, ut maneat suis vicibus immortale, et alterum alterius auxilio egeat, et uno amoto et alterum corrumpatur ».

L'Imperatore tornò sul suo tema favorito, cinque anni più tardi, allorchè nella prefazione della Novella XXI deplorò che presso gli Armeni le donne fossero escluse dalla successione; nè presso gli Armeni soltanto, egli dice, essere invalsa una così barbara legge, ma anche presso altri popoli, i quali spregiavano la natura e il sesso muliebre, come se non fosse stato creato da Dio, e destinato alla conservazione dell'umanità.

E dopo così severa rampogna l'Imperatore prosegue nel capo 1^o della Novella stessa: « Sancimus igitur hac sacra lege, ut, quantum ad successionem feminarum eadem apud Armenios obtineant, quae apud nos, nec ulla sit differentia inter masculum et foeminam ».

Il femminismo dell'Imperatore non corrispondeva, certo, alle idee prevalenti nel mondo orientale, e neppure alla organizzazione della famiglia romana, alle idee religiose del paganesimo e al costume che teneva la donna, soggetta all'uomo non solo coi precetti del diritto, ma benanche con l'irresistibile forza delle abitudini e dell'educazione familiare.

Il Gibbon (1) nota acutamente che anche nella Roma imperiale, al tempo di Teodosio, esisteva un *sacellum viripla-*

(1) *Storia della decadenza e della caduta dell'Impero romano*, Tomo II, cap. 44.

cae (Valerio Massimo, lib. II, cap. I°), ma non esisteva, nè era mai esistito in Roma un *sacellum* a cui accorressero i mariti per placare le mogli corrucciate.

L' *uxorius* Imperatore, trasse da cotesto suo femminismo sentimentale e religioso insieme, molte e gravissime conseguenze nella sua opera riformatrice del diritto civile.

Infatti, con la citata costituzione 14 del 531, abolì la posposizione degli agnati *ex femina* rispetto ai maschi, correggendo il *novum jus*, che la *nimia subtilitas* degl' interpreti aveva introdotto col falsare il genuino concetto delle XII Tavole (1).

Nell'anno 528, col rescritto a Menna (Legge 12, Cod. de suis et legitimis liberis ecc., 6, 55), abolì il *praecipuum* dei nipoti agnatizii: « minime possint iidem agnati quartam partem hereditatis mortuae personae sibi vindicare, sed descendentes soli ad mortui successionem vocentur ». Sei anni più tardi (C. 15, Cod. de legitimis heredibus, 6, 58) col rescritto a Giovanni Prefetto del Pretorio, abolì ogni differenza tra fratelli e sorelle, fossero agnatizii o cognatizii nel diritto di successione (2).

(1) C. 14 Cod. de legitimis heredibus, 6, 58 — «legem duodecim tabularum sequentes et novum jus novissimo jure corrigentes etiam unum gradum pietatis intuitu transferre ab jure cognationis in legitimam volumus successionem, ut non solum fratris filius et filia secundum quod iam definivimus ad successionem patri sui vocentur, sed etiam germanae, consanguineae vel sororis uterinae filius et filia soli et non deinceps personae una cum his ad iura avunculi sui perveniant, et mortuo eo, qui patruus quidem est fratris sui filius, avunculus autem sororis suae suboli, simili modo ab utroque latere succedatur, tamquam si omnes legitimo iure veniant, scilicet ubi frater et soror superstites non sunt, his etenim personis praecedentibus et hereditatem admittentibus ceteri gradus remanent penitus semoti.

(2) C. 15. Cod. de legitimis heredibus, 6, 58 — «Cum

Nè qui si fermò l'opera riformatrice di Giustiniano in favore delle donne.

È risaputo che secondo le XII Tavole il testatore, pur potendo disporre di tutto il suo patrimonio in favore di estranei, aveva obbligo di *instituere aut exheredare* i *sui*, quei

igitur praetor filium emancipatum, licet subtili iure capite fuerat deminutus, attamen in patris successione sine ulla deminutione vocare manifestissimus est, non eodem autem iure ad fratrum suorum successionem ab eo vocabatur, sed nec filii eius iure legitimo suis patruis succedebant, necessarium duximus hoc primum porrigere et legem Anastasianam iusto incremento perfectam ostendere, ut emancipatus filius et filia non solum in paternis bonis ad suorum similitudinem succedant, sed etiam in fratrum vel sororum suarum successione, sive omnes emancipati sint sive permixti sui cum emancipatis, aequo iure invicem sibi succedant et non secundum legem Anastasianam parte aliqua deminuta, et haec quidem de filiis emancipatis sancire bellissimum nobis visum est. Sed nec fratrem vel sororem uterinos concedimus in cognationis loco relinqui, cum enim tam proximo gradu sunt, merito eos sine ulla differentia, tamquam si consanguinei fuerant, cum legitimis fratribus et sororibus vocandos esse sancimus, ut secundo gradu constituti et legitima successione digni reperti aliis omnibus, qui sunt ulterioris gradus, licet legitimi sint, praecellant; et haec quidem de secundi gradus successione satis abundeque nobis cum summa utilitate disposita sunt. Cum autem tertio gradui ex transversa linea fuerit locus, ubi patruis et filiis fratrum et sororum locum antiquitas dedicavit, una cum illis tam emancipati fratris quam emancipatae sororis filium tantummodo et filiam, sive emancipatos sive suos patribus constitutos, et neminem alium ulterius, nec non fratris uterini et sororis germanae vel uterinae filium et filiam tantummodo ex legitima linea invicem vocari censemus, sicut iam sanximus, ut omnes, qui vel ab antiquo iure vel a nostra liberalitate in legitimatorum quidem positi sunt praerogativa, eodem autem tertio gradu sunt, simili iure vocentur. Successionis videlicet iure et in hac parte servando, ut, si qui ex secundo gradu vocati re-

figliuoli cioè che, per la morte del genitore, erano affrancati dalla potestà patria. Che se il padre non avesse fatta nè l'una cosa nè l'altra, il suo testamento era nullo. Tale obbligo alternativo di *instituere aut exheredare* non costituiva un limite sostanziale e intrinseco al principio: *uti pater familias legasset, ita jus esto*; ma costituiva, di certo, un impedimento psicologico pel testatore, impedimento non privo d'importanza, sopra tutto al tempo del *testamentum calatis comitiis*, quando cioè il testatore doveva pubblicamente innanzi al popolo radunato nei comizii esprimere la sua volontà.

Che un padre di famiglia, osserva il Dernburg, respingesse dalla sua eredità il proprio figliuolo e la attribuisse ad altri eredi, era un fatto così sorprendente incredibile, secondo i Romani, che essi richiesero un' espressa dichiarazione perchè una tale volontà potesse ammettersi (1).

Pel diritto antegiustiniano, fra la diseredazione del figlio e quella della figlia o dei nipoti soggetti alla potestà del testatore, v'era perciò, sotto tale rispetto, una differenza no-

nuntiaverint hereditati et noluerint eam adire nullusque alius sit in secundo gradu, qui succedere et potest et vult, tunc hi, quos praesenti lege enumeravimus ex tertio gradu, in locum recusantium succedant. Illo etiam observando, ut successio non ad stirpes, sed in capita dividatur: ceteris omnibus successionebus secundum ius usque ad praesens tempus observatum procedentibus et nullo ex cognatis supra memoratos gradus ad iure agnaticii formam redigendo, sed suum ordinem suamque proximitatem tenente incorruptam. Quas autem personas ex iure cognationis in legitimas successiones transveximus, eas et tutelae gravamini vicissim supponimus, scilicet si et masculi sint et perfectae aetatis secundum nostrae constitutionis tenorem, ut non solum lucrum sentiant, sed etiam gravamini subingentur.

(1) Il DERNBURG respinge a ragione la spiegazione sino a poco addietro prevalente fra i romanisti, che cioè l' obbligo alternativo

tevole, quantunque a primo aspetto essa possa parere puramente grammaticale: i figli, infatti, dovevano essere diseredati *nominatim* (1); e invece la diseredazione della figlia o dei nipoti in potestate, poteva aver luogo con formula generica, *inter ceteros* (2).

Giustiniano giudicò che tale differenza fosse affatto incomportabile; e nel 531, riscrivendo a Giovanni, Prefetto del Pretorio, a proposito di questa e di un'altra preferenza attribuita ai maschi dalla legislazione allora vigente, riaffermava, con cavalleresca genialità, la sua tesi prediletta, che le donne dovessero reputarsi pari agli uomini: « Qui enim tales differentias inducunt quasi naturae accusatores existunt cur non totos masculos generavit, ut unde generentur non fiant ».

Giustiniano dispose perciò che anche *in scriptura testamentorum* le figlie fossero equiparate ai figli, e di questa sua innovazione assai si compiacque, siccome appare dal paragrafo 5 delle Istituzioni (l. 2, t. 13, de exheredatione liberorum) là dove si legge: « Sed haec quidem vetustas introducebat. Nostra vero constitutio, inter masculos et feminas in hoc iure nihil interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione similiter naturae officio fungitur, et lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod et praetores postea secuti esse videntur, ideo simplex ac simile ius

di *instituere aut exheredare*, fosse fondato sopra una specie di condominio domestico, e il padre fosse, per tale cagione, obbligato a privare i figliuoli di un tale condominio diseredandoli quando non avesse voluto istituirli.

(1) GAIO, *Istituzioni*, II, § 123: Item qui filium in potestate habet, curare debet ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet: alioquin si eum per silentium praeterierit, inutiliter testabitur.

(2) GAIO, *eodem loco*: Nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse est, sed licebat et inter ceteros hoc facere.

et in filiis et in filiabus et in ceteris descendantibus per virilem sexum personis, non solum natis sed etiam postumis, introduxit, ut omnes, sive sui, sive emancipati sint, vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur, et eundem habeant effectum, circa testamenta parentum suorum infirmanda et hereditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent sive iam nati sint, sive adhuc in utero constituti, postea nati sint ».

Felice coronamento dell' opera femministica di Giustiniano fu la famosa novella 118 che rifuse e riordinò tutto il diritto di successione, e abolì fin gli ultimi residui delle antiche differenze e preferenze tra maschi e femine, proclamando il completo trionfo della cognazione sull' agnazione, e l' abolizione di ogni privilegio della parentela maschile, rispetto alla parentela per mezzo di femine.

A tale equiparazione giuridica dei due sessi non poterono non contribuire le idee cristiane. La Chiesa militante fin dai primi secoli ha trovato fra le donne i militi più fervidi nell' apostolato della nuova fede; essa intese pienamente, ed è questa una delle più fulgide glorie del cristianesimo, l' intimo pensiero del Cristo diretto a rialzare la condizione giuridica e morale della donna.

Ma non si può escludere neppure che il fascino strano esercitato da Teodora sull' Imperatore debole e innamoratissimo, abbia contribuito ad alimentare il femminismo di Giustiniano e ad indirizzarne l' opera.

Ogni dubbio è rimosso dallo stesso Giustiniano il quale nel Capo 1.º della Nov. 8.ª ut magistratus absque ullo suffragio fiant, non esitò a dichiarar ciò solennemente: « haec omnia nobiscum perpendentes et coniugem piissimam a Deo nobis datam in consilium assummentem » ecc. ecc.

Molti fra gli antichi di ciò appunto gli mossero rimprovero; e il buon Eineccio si affrettò a scrivere una *defensio compilationis juris romani*, nella quale tentò di scagionare

Giustiniano con l' esempio di Augusto che, per testimonianza di Dione Cassio, avrebbe sostituito, per consiglio di Livia, la deportazione *in insulam* all' *interdictio aqua et igni*.

« Quis vero » esclama il buon Eineccio, « unquam ideo reprehendit prudentissimum principem, quod uxorem recte monentem, audiendam putavit? Quid ergo peccavit Justinianus, si aliquando Theodoram, quam ipse Procopius *γυναικα σοφωτάτην*, *sapientissimam foeminam*, adpellat, in Consilium adhibuit? »

Sulle tracce del Ludewig, il quale aveva tentato di dimostrare che le accuse infamanti di Procopio contro Teodora erano dimostrate false dallo stesso Procopio e dalle attestazioni di altri storici gravissimi, Eineccio si mostrò indulgente non solo per Giustiniano, ma anche per la sua bellissima ispiratrice.

Hoffmann, Silberadius e fra i meno antichi il Gibbon e il Berriat-Saint-Prix, pur rendendo omaggio al coraggio, all' ingegno della famosa Imperatrice, sono stati ben più severi verso di lei; non già ridandole il nome di *Daemonodora*, nel quale i nemici della odiata e temuta Imperatrice sollevano mutare, a bassa voce, il nome di Teodora; e neppure ricorrendo al linguaggio violento del Cardinal Baronio, che la chiamò *civis inferni*, *alumna daemonum*, *satanico agitata spiritu*, *aestro percita diabolico*, ma rinnovando la memoria del suo passato obbrobrioso sia per dissolutezza di costumi, sia per gl' intrighi, e le crudeltà; un passato tale, che San Sabba rifiutò di pregare Iddio perchè mandasse un figliuolo all' Imperatrice detestata.

Ma se grandi furono i torti di lei e molti i peccati, accordiamo almeno le circostanze attenuanti alla bella peccatrice, pel virile coraggio col quale sostenne in giorni difficili la smarrita coscienza dell' Imperatore, per la fedeltà incontaminata che gli serbò durante il matrimonio, anche a giudizio degli storici peggio prevenuti, per le molte opere

di pietà, che compì in Costantinopoli e altrove, ed anche per la influenza che ella seppe esercitare sul debole e nevrotico Imperatore, a fine di assicurare la vittoria di una nobile causa; vittoria, che non fu senza gravi effetti letterari, sociali e giuridici.

LE RETRAIT LIGNAGER
DANS LE DROIT PROVENÇAL

PAR

ROBERT CAILLEMER

PROFESSEUR AGRÉGÉ D'HISTOIRE DU DROIT
À L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

Tous ceux qui ont étudié quelque peu le droit de la France méridionale savent la place très large qu'y occupent des éléments coutumiers, étrangers au droit romain. Le retrait lignager est un de ces éléments, et nous voudrions essayer de retracer à grands traits l'histoire de cette institution dans le droit provençal.

Cette histoire est fort instructive, et, peut-être, les conclusions de notre étude débordront-elles sur plus d'un point le champ restreint des institutions de la Provence, et justifieront-elles l'insertion de ces quelques pages dans un recueil dédié à un des plus illustres maîtres de la science juridique italienne.

§ I.

La « Laudatio » des héritiers.

L'histoire du retrait lignager ne commence, en Provence, qu'à la fin du moyen-âge. On n'en trouve aucune trace pendant le haut moyen-âge, par exemple dans les actes des cartulaires des abbayes provençales, Saint-Victor de Marseille ou Lérins.

Pendant tout le haut moyen-âge, en Provence comme dans toute l'Europe romano-germanique, les intérêts de la famille ont été protégés, contre les actes individuels de disposition, par une autre garantie : la nécessité du consentement des

héritiers dans les aliénations immobilières; la possibilité, pour les hoirs, d'attaquer tout acte de disposition portant sur un immeuble, quel que fût cet acte, entre vifs ou à cause de mort, à titre gratuit ou à titre onéreux, dès que ces héritiers n'avaient pas apporté à l'acte leur *laudatio*, leur *consensus*. C'est ce que les auteurs allemands appellent le *formelles Beispruchsrecht*, parce qu'il constitue un système de protection entièrement formaliste, et ne correspond à aucune quote-part *matériellement* réservée aux héritiers. Sans leur concours, on ne peut rien aliéner du tout; avec leur concours, on peut aliéner indéfiniment.

Cette nécessité du concours des héritiers ne se présente pas, dans toute l'Europe occidentale, avec la même intensité, la même énergie. Il y a des cartulaires, comme ceux de Saint-Père de Chartres ou de Cluny, où, aux XI^e et XII^e siècles, la nécessité du concours des héritiers s'affirme avec la plus grande netteté; où presque tous les actes de disposition mentionnent ce concours; où de nombreux documents nous font assister aux conflits entre les acquéreurs d'immeubles, et les héritiers qui n'ont pas consenti à l'aliénation. En Provence, pendant ces mêmes siècles, l'institution ne se présente pas avec la même intensité. Cependant, les actes où des héritiers interviennent pour consentir à l'aliénation sont assez nombreux pour que l'on puisse affirmer sans crainte la nécessité de ce consentement pour la pleine stabilité des actes juridiques (1).

(1) V., p. ex., *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille* (éd. GUÉKARD), I, n° 20 (1030): « Hii omnes, filii Guillelmi vicecomitis (le donateur), et multi alii similiter firmaverunt »; n°s 24 (1045), 512 (1055); n° 513: « Ego A., cum consilio et voluntate uxoris mee et filiis meis, dono », n°s 521, 522, 523, 524, 525, 526, etc.: dans un très grand nombre d'actes, les enfants sont associés, comme coauteurs, aux actes de disposition de leurs parents. Ailleurs, ils interviennent, comme *laudatores* ou *firmatores*, à la fin de l'acte de

Ce système de la *laudatio*, en Provence comme dans d'autres pays, a survécu à la renaissance du droit romain; et cette renaissance a même eu pour premier effet de donner

donation ou de vente; n° 659 (tome II, p. 6), a. 1044: « Ego quoque V. et ego G., filii prefati B., hoc supradictum donum sive reddicionem, quam pater noster fecit, libenter ac voluntarie... propriis manibus firmamus, et subscriptos testes firmare mandamus. » — N° 662 (1060 env.): « F. amita sua similiter firmavit, et hereditatem sui nepotis sancto Victori roboravit »; — n° 664: confirmation de la mère et des frères du donateur (1040-1080); — n° 740 (1070), acte fait « cum voluntate uxoris mee et filiorum meorum »; — n° 743 (1035): « I., frater ejus, firmavit »; — n° 759 (1177): « Hanc transactionem ego P. B. confirmo et laudo, ... et fratribus meis et uxori mee hoc confirmare facio, et omnium istarum rerum defensor et adjutor pro posse meo ego P. B. bona fide et sine fraude existam »; — n° 702 (1156): Gaufridus, vicomte de Marseille, a donné en 1079 à Saint-Victor sa part dans le château de Six-Fours (I, n° 449); un de ses fils, Ugo, a repris les biens donnés par son père, et les a gardés un certain temps, puis les a restitués au moment de partir pour la terre sainte; mais alors d'autres héritiers sont venus troubler le monastère et reprendre les biens; enfin l'on transige, et le couvent rentre en possession des biens donnés; mais il abandonne, en échange, plusieurs immeubles. Parfois les héritiers reprennent les biens du vivant même du donateur: I, n° 452 (1050 env.): Foulques et sa femme ont fait une donation à Saint-Victor; leur neveu a repris les biens donnés: « diu male retinuit »; à la fin, sur les conseils de son père et d'autres parents, le neveu rend les biens à son oncle, qui les donne de nouveau au couvent, ajoutant des menaces à l'encontre de ses neveux récalcitrants. — V. encore les n°s 683, 684, 687, 689, 707, 711, ... 1082, 1084, 1092, 1093, actes faits conjointement par le père, la mère et les enfants; n°s 690, 766...: actes émanés d'une mère et de ses enfants; n° 694, acte d'une aïeule et de son petit-fils; n° 691, acte fait conjointement par le donateur, sa mère, sa femme, son fils; — n° 1069 (1047), acte fait avec le concours de nombreux héritiers: « Hanc donationem

plus de netteté, des contours plus accusés, à cette institution, non romaine, de l'intervention des héritiers. Les actes de la première moitié du XIII^e siècle sont particuliè-

non solum ego G. et domnus P. clericus, sed etiam omnes coeredes ejus (hi sunt...) donamus»; — n^o 1073 (1056), donation faite par deux sœurs, « cum consilio et consensu fratrum nostrorum », etc.

Les actes du *Cartulaire de l'abbaye de Lérins* (éd. MORIS et BLANC, I, 1883) sont tout aussi nets. — Dans de très nombreuses chartes, les parents figurent, comme coauteurs de l'aliénation, aux côtés de l'aliénateur : n^o 123 (env. 1056) : « Domnus G. G. et uxor sua F. et filii sui, videlicet senior G., qui nuper fuerat ordinatus episcopus, et R. juvenis, et puer A., cum consensu majorum sive minorum, ... donant... » De même n^{os} 149, 150, 153; 162 : « R. donat... cum filiis suis...; R. et filii ejus, datores... »; 165 (1061) : « Ego R. cum filiis et erediis meis, donatores et offertores »; 189 : « Ego G. M. et filii mei et fratres et nepotes mei donamus... »; 194; 199 : « Hanc donationem ego P. C. et U. filius meus et nepotes mei W. et P. donamus et firmamus »; etc. — Dans d'autres chartes, les parents apparaissent à la fin de l'acte, comme *laudatores* ou *firmatores*. N^o 38 : « Hanc cartam ipse domnus scribere fecit, atque uxori sue et filiis firmare precepit... I., frater ejus, firmavit »; n^o 122 : « Filii quoque eorum, G. scilicet et G., firmaverunt »; n^o 132 : « G. L., filius ejus, laudavit et firmavit »; le petit-fils du donateur reprend les biens donnés; mais, aux approches de la mort, il les cède à nouveau, avec le concours de ses fils; n^o 151 : « His itaque omnibus, sicut supratravimus, B., filius meus dilectissimus, clara voce firmavit »; n^o 158 : « Et B. filius meus firmat, donat et corroborat »; n^o 173 : « Insuper filii ejus... donaverunt et laudaverunt »; n^o 210 : donation faite par un évêque, avec le consentement de ses chanoines, « simulque consentientibus et laudantibus heredibus nostris »; n^o 223 : « S. I., et filii ejus, et heredes illorum »; n^o 239 : les fils d'un donateur se portent « testes et laudatores »; n^o 358 : le donateur « firmare rogavit, simulque et filiis suis... donare ac firmare in perpetuum jussit... M., frater ejus, firmavit »; n^o 359 : « signum...

rement intéressants à cet égard. Ils habillent d'une forme romaine, ou romanisante, ce qui n'est point romain. C'est dans les actes du XIII^e siècle que la nécessité du concours des héritiers aux aliénations se manifeste par les traits les

filiorum ejus, qui jussu patris donatores ac firmatores existunt ». — Quelques actes sont particulièrement caractéristiques; n^o 77 (1070) : un individu donne ses biens au monastère, « nullam spem alicui heredum meorum ulterius relinquens »; mais son fils est absent et ne peut consentir : « Et, quia non adest presens Ugo filius meus, in persona ejus et loco, hunc Guidonem nepotem meum eodem modo relinquere faciens... » — N^o 227 (1066-1102); deux époux, qui n'ont pas d'enfants, donnent tous leurs biens au couvent : « Quia caremus filiis et filiabus, heredes nostros facimus... monachos »; et ils s'efforcent d'écarter, comme injustifiables, les réclamations de leurs neveux : « Vetantes atque contradicentes nepotibus nostris atque omnibus parentibus, ... quia ipsa (bona) nichil ad eos pertinent; ipsi enim dotalicia matrum suarum separatim possident ». — La nécessité du concours des héritiers s'impose surtout pour l'acte au lit de mort, le *gadium*. Cf. n^o 137 (1131) : Foulques de Grasse fait une donation au lit de mort : « Paucis quoque diebus postea, P. de Misone, Fulconis ejusdem filius, Lirinum ingressus est; qui, super beati Honorati altare manum tenens, predictum patris gadium... laudasse... ac confirmasse... visus est ». Ici, l'acte de l'héritier est plus qu'une simple *laudatio*; c'est une véritable exécution de l'acte au lit de mort, en lui-même sans valeur juridique. R. CAILLEMER, *Origines et développement de l'exécution testamentaire*, 1901, p. 302 et s., 316 et s. — L'oblation d'un enfant au monastère se fait, de même, avec le concours des héritiers les plus proches; n^o 226 (1093) : un père offre son enfant et le dote de biens maternels; « Ego uxorque mea ac filii nostri... roboravimus »; l'acte est fait « cum consultu uxoris... et voluntate filiorum ». — V. aussi le *Cartulaire de l'ancienne cathédrale de Nice*, éd. CAIS DE PIERLAS, Turin, 1888, n^{os} 7, 9, 10, 15, 17; n^o 5 : signature des fils et des frères du donateur; n^o 96 : « Laudaverunt donationem istam filii sui, et propriis manibus suis super quatuor evangelia iureiurando firmaverunt » (1154).

moins équivoques, et avec une énergie que le haut moyen-âge n'avait pas connue. Tantôt les parents prennent la parole, après l'aliéneur, pour apporter expressément leur *laudatio*, promettant, par un *pactum de non petendo*, de ne pas inquiéter l'acquéreur, renonçant à tous les droits qu'ils pourraient invoquer contre lui, jurant sur l'Évangile de ne pas le troubler (1). Tantôt les parents interviennent après coup seu-

(1) MÉRY et GUINDON, *Histoire de Marseille*, t. I, p. 236 et s. — En 1213, Raymond des Baux et sa femme Aladacia vendent à Hugues de Fer le quart des leides de Marseille. A la fin, l'on trouve la clause suivante : « Et ego Rostagnus de Agout (le frère d'Aladacia)... supradictam venditionem factam a Raimundo de Bauccio, tibi Ugoni Ferro, omnia quae habuisti a Raimundo de Bauccio et ab Aladacia uxore ejus, sorore mea, laudo, concedo et confirmo in perpetuum, tibi Ugoni et tuis dono, cedo, et desempero, et pactum de non petendo a te ut tuis facio, renunciando specialiter minoris aetatis beneficio, et generaliter si aliquod jam (= aliquo jure ?) scripto, et legali et canonico, promulgato et promulgando, per quod contra praedicta venire possem, omnia supradicta me firma et illibata tenere et observare perpetuo, et contra eis non venire, aliqua juris subtilitate, ullo loco ut tempore, ego Rostagnus de Agout, non coactus, nec deceptus, sed de beneplacito meo, tactis sacrosanctis Evangeliiis, juro ». — De même, en 1229, à la suite d'une donation faite par Hugues des Baux au couvent de Saint-Victor, on trouve la confirmation de cet acte par les fils du donateur : « Ad hec nos Gisbertus de Bauccio et Baralus, filii dicti domini Hugonis de Bauccio, donationem factam ab eodem patre nostro ratam et firmam habemus et in perpetuum observabimus, et, quicquid juris ibi habemus vel habere debemus, illud omnino in abbatem et monasterium predictum transferimus et donamus ». *Cart. de Saint-Victor de Marseille*, II, n° 908. — En 1218, à la suite d'une concession à titre d'*acapte*, on trouve de même la *laudatio* des fils du concédant : « Ad hec ego Bertrandus de Rocadu, filius supradicti Guillelmi Bertrandi, supradictam concessionem... iterum laudo... Sed et ego Raimundus de Rocadu, filius dicti Guillelmi Bertrandi, hoc idem... laudo ». *Ib.*, II, n° 1000, —

lement, comme *laudatores*, dans un acte distinct, spécialement fait pour constater leur *laudatio* (1). De même encore, c'est dans des actes du XIII^e siècle que nous trouvons de nombreuses garanties prises, au moment des aliénations, pour assurer la *laudatio* des parents absents, ou encore trop jeunes pour consentir valablement; que nous voyons, notamment, les aliéneurs s'obliger par serment à procurer plus tard le consentement de leurs enfants encore mineurs. C'est ce que font Raymond des Baux et sa femme, lorsqu'ils vendent à la communauté de Marseille, en janvier 1225, leur seigneurie et leur juridiction sur cette ville (2). Cette nécessité du concours

V. encore n° 954, renonciation faite par Poncius de Lambesc, en 1209, à ses droits sur divers immeubles : « Omnia supradicta... voluntate filii mei Poncii... dimisi ».

(1) MÉRY et GUINDON, I, p. 241. A la suite d'un acte de vente émané de la même Aladacia au profit du même Ugo Ferrus, vient l'acte suivant, daté d'un autre jour et d'un autre lieu : « Nos... fratres Aladaciae, uxoris Raimundi de Bauccio, praedictam venditionem lesdarum, censuum, tretzenorum et laudimiorum factam tibi Ugoni Ferro a Raimundo de Bauccio et Aladacia, ejus uxore, sorore nostra, ut supra scriptum est, omnia et singula subscripta laudamus, confirmamus, affirmamus, et, si quoddam jus nobis esset in praedicta venditione ut in aliquid de praedictis, ei renunciamus ». Cet acte a pour but d'entourer de garanties l'acte de vente passé antérieurement. Les frères *laudatores* promettent de garantir l'acquéreur contre l'éviction, et, à cet effet, déclarent obliger tous leurs biens, présents et à venir. D'autres personnes, selon un usage courant alors, promettent de venir comme otages à Marseille, à l'ordre de l'acquéreur, si le contrat de vente est violé.

(2) MÉRY et GUINDON, I, p. 294 et ss. Ce document contient trois actes successifs : un acte de vente, émané de Raymond des Baux, de sa femme, et de leurs fils Bertrand et Guillaume des Baux ; — une confirmation de cet acte, le 1^{er} octobre 1226, par Raymond des Baux, sa femme, et ses fils Bertrand et Raymond ; — une autre confirmation, du 6 des nones d'octobre 1226, émanée

des héritiers s'affirme, plus impérieusement que partout ailleurs, dans les actes émanés des membres des grandes familles provençales, qui, comme la maison des Baux, avaient une situation sociale à sauvegarder, et sentaient le besoin de maintenir leur richesse foncière.

Cette exigence de la *laudatio* des hoirs, si vivace encore en Provence dans la première moitié du XIII^e siècle, ne disparut pas sans laisser de traces. Nous la voyons revivre artificiellement, au XIV^e siècle et au XV^e, sous l'effort des volontés individuelles. Des pères de famille, dans leur testament, défendent à leurs héritiers d'aliéner leur patrimoine sans le consentement des parents: clause que l'on retrouve jusque dans des actes de 1492 (1). Nous trouvons aussi une trace

de Guillaume des Baux. Or le premier de ces actes contient la clause suivante: « Item promittimus nos dicti Raimundus de Baucio et Adalascia, sub eodem sacramento, vobis domino Spyno dicto, nos effecturos quod omnes alii filii nostri, cum pervenerint ad puberes annos, predicta omnia laudabunt et concedent dicto communi ». — Il y a parallélisme entre cette clause et celle par laquelle un mari s'oblige à fournir plus tard le consentement de sa femme et sa renonciation à ses privilèges dotaux: v. *ib.* page 402 (1226): « Promittens insuper dictus Ugo de Baucio... se facturum quod domina Barrala uxor sua omnia supradicta approbabit et confirmabit, et cessionem faciat omnium...; quod praedicta domina Barrala omnia, de quibus factura est cessionem et remissionem, attendere et observare et contra non venire corporaliter jurabit, renuntiando juri quod prohibet fundi dotalis alienacionem, et omni alio juri, nunc ut etiam et in futurum, et imo faciet publicum instrumentum ». — *Cart. de Saint-Victor de Marseille*, II, n^o 908 (1229): « Promittentes vobis et dicto monasterio quod dictam donationem et oblationem uxor nostra Barrala ratam habebit, et eam firmam in posterum observabit ». — *Ib.*, n^o 930 (1212).

(1) Le désir de protéger leur fortune contre des aliénations et des démembrements a poussé de nombreux testateurs, au XIV^e et au XV^e siècle, à insérer, dans leurs testaments, des clauses d'ina-

curieuse des idées anciennes dans un statut du roi René, de l'an 1472, relatif aux donations, et qui exige, pour leur validité, la présence de deux parents du donateur; ceux-ci ne sont pas de simples témoins; ils viennent éclairer le donateur et approuver la donation; le statut exige, non seulement leur *presencia*, mais leur *conscientia* (1). Ce statut est fait surtout,

liénabilité. Cfr. CHARLES DE RIBBE, *La société provençale à la fin du moyen-âge*. Un acte de 1437 défend à l'héritier toute aliénation, sauf dans le cas de nécessité absolue: « pro necessitate sui corporis » (p. 401, note 3). Le testament le plus intéressant, à notre point de vue, est l'acte indiqué p. 400, note 3: (testament de Johan Matheron): certains biens seront perpétuellement inaliénables; d'autres ne pourront pas être aliénés, pendant la vie de certains parents, sans le concours de ces parents: « Item volo et ordino, tandiu quamdiu domina Annona mater mea, Renatus frater meus, et nobilis Ludovica uxor mea vivent, seu alter eorum vivet, dicti liberi et heredes mei de aliis bonis meis nihil vendere audeant seu presument, sine matris, fratris et uxoris seu alterius ipsorum licencia et consensu, ac ipsis seu eorum altero presentibus » (19 avril 1492).

(1) J.-J. JULIEN, *Commentaire sur les Statuts de Provence*, Aix, 1778, I, p. 182 et s., donne le texte latin du Statut. Celui-ci veut que les donations soient faites avec l'une des formes suivantes: « Videlicet, Viguerii seu Bajuli et judicis ordinarii, loci in quo fiet donatio, conscientia et approbatio, postquam agnoverit causam honestam faciendi et in eo fraudem cessare; — aut conjunctorum seu propinquorum vel affinium donatoris et saltem duorum, cum uno ex syndicis seu procuratoribus loci, presentia et conscientia; — aut (illis conjunctis, propinquis vel affinibus non extantibus vel absentibus a loco) syndicorum seu consulum et procuratorum loci illius qui pro tempore fuerint, una cum Bajulo vel ejus locum tenente ». Cf. *Statuta Provinciae Forcalqueriique comitatum, cum commentariis* L. MASSAE, Aix, 1598, p. 22; — *Statuts et coutumes du pays de Provence*, avec les gloses de L. MASSE, traduit et annoté par I. DE BOMY, Aix, 1620, p. 23; — JACQUES MORGUES, *Les Statuts*

comme le montre son préambule, pour protéger le donateur lui-même contre ses propres entraînements, pour prévenir les donations faites « inconsulte, sine causa, et intempestive », pour arrêter les querelles entre donateurs repentants et donataires ingrats. Mais, en même temps, le statut protège la famille du donateur. Ce n'est plus purement et simplement le vieux système de la *laudatio* des hoirs, car, d'après ce statut de 1472, c'est le donateur lui-même qui choisit les deux parents qui vont lui prêter leur concours (1); et même la présence de ces deux parents n'est pas absolument nécessaire, et l'on peut y suppléer en appelant, à leur place, des syndics, des consuls et des procureurs du lieu. Mais c'est au moins un débris et un souvenir de l'ancien système (2). Ce statut de 1472, en tant qu'il protège la famille contre les aliénations à titre gratuit, doit être rapproché d'un autre statut de 1469-1472, qui la protège contre les aliénations à titre onéreux, et que nous retrouverons longuement.

Dans les siècles suivants, cette disposition du statut tomba en désuétude, à mesure que l'on oubliait l'ancienne nécessité

et coutumes du pays de Provence, Aix, 1658, p. 57. — Archives des Bouches-du-Rhône, C, 2056, f^o 176, v^o, et s.

(1) « Decernentes electionem in his ad donatorem, de cujus prejudicio agitur principaliter, pertinere ».

(2) Ce statut provençal de 1472 doit être rapproché d'un édit rendu, pour le Dauphiné, en 1456, par Louis, Dauphin de Viennois (le futur Louis XI). Il y a une grande analogie entre ces deux documents, et, sans doute, l'acte provençal s'est inspiré de l'acte dauphinois. Ce dernier exige, pour la validité des donations, la présence du baile, du juge ou du châtelain du domicile du donateur, et, de plus, la présence de trois parents : « trium ex proximioribus consanguineis sive parentibus ipsius donatoris in dicta parochia existentibus ». A défaut de parents, on se contentera de *probi viri*. V. cet acte à la suite des *Decisiones* de GUIDO PAPAE, Genève, 1653, 2^e pagination, p. 69 et s.

de la *laudatio*, et Julien pouvait écrire (au XVIII^e siècle) que « la manière, en laquelle on observe ce statut, est que la donation entre-vifs soit faite en la présence du juge ordinaire et de l'un des consuls ou procureurs de la ville ou du lieu où l'acte est passé. *Ce n'est pas l'usage d'y appeler les parens du donateur* » (1).

§ 2.

*Premiers textes relatifs au retrait lignager,
en Provence et en Dauphiné.*

Le retrait lignager, en Provence comme ailleurs, se rattache à cette ancienne nécessité de la *laudatio* par des liens évidents. C'est, en somme, un système transactionnel entre l'indisponibilité absolue sans le concours des héritiers, et le droit individuel d'aliéner. Il se limite aux ventes foncières; il oblige l'héritier, qui veut reprendre l'immeuble aliéné, à rembourser l'acquéreur de ses déboursés. Malgré ces différences, la relation qui existe entre les deux institutions ne nous semble pas pouvoir être mise en doute. Leur but est le même. Il s'est produit, au moment de la renaissance du droit romain, une dislocation de l'ancien système de protection des héritiers. Au contact des idées romaines, la liberté d'aliéner a reparu, et en même temps sont apparues des institutions variées, tendant toutes à la protection des droits successoraux. Ce sont, dans la France coutumière, le retrait lignager, le douaire des enfants, la réserve des propres. Le midi de la France a connu alors la légitime, renouvelée du droit romain, et le retrait lignager.

Seulement, tandis que la légitime, consacrée par les lois romaines, fut admise par le droit provençal sans aucune dif-

(1) JULIEN, I, p. 185.

ficulté, et seulement avec des modifications en général peu importantes, le retrait lignager ne put s'établir immédiatement dans le droit commun de la France du Sud-Est. Il y eut, du XIII^e siècle au XV^e, une période d'hésitation, pendant laquelle l'idée familiale parut sombrer un instant sous la poussée des idées romaines, qui, par la légitime, ne garantissaient les héritiers que contre les actes de disposition à titre gratuit, et ne les protégeaient point contre les aliénations à titre onéreux. Ce n'est que peu à peu que l'on se rendit un compte exact de la lacune créée dans le droit par la disparition de l'ancienne exigence de la *laudatio* des hoirs, et que l'on prit conscience de la nécessité, pour la famille, d'une protection plus complète, à l'encontre des aliénations immobilières, que celle qui était fournie par la légitime. C'est seulement au cours du XV^e siècle que se produira, dans l'ensemble de la Provence, cette réaction contre les effets, trop absolus, de la renaissance du droit romain, et contre la pleine liberté des actes de vente. Jusqu'au XV^e siècle, le retrait lignager n'existera, en Provence, qu'à titre d'exception locale.

Comme nous le verrons plus loin, les premiers documents qui nous permettent de constater l'existence du retrait lignager dans le Sud-Est de la France remontent au XIV^e siècle, tout au plus à la seconde moitié du XIII^e. Mais, dès avant cette époque, dès le haut moyen-âge, on peut trouver bien des clauses qui l'annoncent, bien des actes qui lui préparent les voies. Le retrait lignager, c'est la reprise des biens aliénés, par les héritiers de l'aliénateur, à certaines conditions déterminées; c'est le droit de la famille ou des héritiers du disposant, réglementé et limité par la coutume. Or bien des disposants, dès le haut moyen-âge, avaient tenté de limiter, de restreindre à certains cas, ou de subordonner à certaines conditions la reprise, par leurs héritiers, des biens qu'ils aliénaient.

C'est ainsi que nous trouvons, dans les chartes provençales du haut moyen-âge, comme dans les documents d'autres pays, des clauses permettant aux héritiers du donateur de reprendre les biens donnés, dans certaines hypothèses déterminées, par exemple dans le cas où ces biens seraient détournés de leur destination première, seraient enlevés à l'usage collectif du couvent donataire. Ces clauses sont fréquentes, au XI^e siècle, dans les documents du Cartulaire de Saint-Victor de Marseille (1). C'est déjà un « retrait lignager » qui apparaît, très éloigné encore du retrait lignager véritable, puisqu'ici le retrait s'opère, sans bourse délier, dès qu'une condition de l'aliénation n'est plus observée.

D'autres actes nous rapprochent davantage du retrait lignager proprement dit. Ce sont les actes qui stipulent que les héritiers du disposant pourront reprendre les biens aliénés, en dehors de toute hypothèse particulière, mais à une condition : ils devront indemniser l'acquéreur, lui payer un

(1) *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, I, n^o 15 (1005), clause finale : « Hoc etiam inserere placuit michi Pontio episcopo ac fratribus meis..., ut, quecunq; de hereditate patris nostri vel (matris) nostre parentumque nostrorum huic monasterio a patre nostro et a parentibus nostris vel a nobis collatum est vel collatum fuerit, si aliquando surrexerit aliqua potestas, vel episcopus vel cujuslibet ordinis persona, qui aliquid ab eodem monasterio vel ab eisdem abbatibus vel monachis auferre vel abstrahere voluerit, hoc vindicare non valeat; quod si fecerit, heredes ac successores nostri liberam habeant potestatem resumendi ac recuperandi ea, que auferre vel abstrahere aliquis voluerit ». — N^o 488 (1012), donation émanée de deux époux : « Nulliusque ordinis persona aliquando eandem nostram donacionem vel elemosinam ab eadem congregatione abstrahere presumat, vel ab eadem comunia alienare; quod si presumpserit, liberam heredes nostri habeant potestatem resumendi ac recuperandi. » Le fils des donateurs signe l'acte, acceptant ainsi la limitation à un cas déterminé, et, en même temps, la consécration formelle pour ce cas, de son droit de reprise.

prix fixé d'avance, racheter, en somme, les biens aliénés par leur auteur. Ainsi, en 1272, Marguerite de Bourgogne reçoit de son mari Charles d'Anjou la permission de disposer de certains biens; mais ces biens pourront être rachetés, soit par Charles d'Anjou lui-même, soit par ses héritiers. Que l'on applique ce système, non plus aux actes à titre gratuit, mais aux actes à titre onéreux, et l'on aura le retrait lignager, au sens technique du mot (1).

Le premier document provençal relatif au retrait lignager, en prenant ce mot dans son sens restreint, remonte au début du XIV^e siècle. C'est un acte du comte de Provence Robert, consacrant, à la demande des gens de la ville d'Aix, le 12 octobre 1309, l'existence de ce retrait, à Aix, au profit des parents du vendeur d'immeuble, dans le délai d'un mois à dater de la vente. Cet acte se trouve, traduit en français et fort abrégé, dans divers recueils imprimés des franchises de la ville d'Aix, par exemple dans le recueil publié à Aix, en 1741, chez J. et E. David (2). La forme origi-

(1) PAPON, *Histoire de Provence*, t. III, Preuves, n^o 10: « Volumus insuper... quod capellam, cameram et jocalia vestra similiter, et cui et quibus volueritis, legare possitis, pro pretio videlicet... quingentarum librarum Turonensium; ita tamen quod liceat nobis et heredibus nostris illa redimere, si nobis et eisdem placuerit heredibus, pro pretio supradicto ».

(2) *Recueil de plusieurs pièces concernant les privilèges, statuts, droits, usages et réglemens particuliers à la ville d'Aix et son terroir*; Aix, J. et E. David, 1741, 4^o, p. 25: « Permission du retrait lignager dans le mois: Robert, par la grace de Dieu, Roy de Jerusalem et de Sicile, Duc de la Poüille, Comte de Provence, Forcalquier et Piedmont. A tous presens et a venir; Salut. Nous inclinans à la supplication à nous faite par les consuls, communauté et habitans de nôtre ville d'Aix, nos fideles sujets, voulons que lorsque lesdits habitans viendront à vendre ou aliener quelques terres, possessions ou censives en ladite ville et son terroir, le prochain en ligne de leur sang, étant de nôtre ville et nôtre sujet,

nale, en latin, nous est fournie par divers cartulaires municipaux manuscrits de la ville d'Aix. Cet acte figure, aux archives des Bouches-du-Rhône, dans le *Liber Rubei privilegiorum Aquensis*, composé au XVI^e siècle; — on le trouve, aux archives de la ville d'Aix, dans un cartulaire écrit en 1547 et intitulé *Les Privilieges de la ville et cité d'Aix en Provence*, et dans le recueil connu sous le nom de *Regestrum Catenae*, manuscrit du XVII^e siècle, où notre acte constitue le n^o 4. Cette dernière transcription est d'ailleurs très fautive. Nous donnons ici le texte du *Liber Rubei*, de beaucoup le plus correct (Bouches-du-Rhône, B, 1403, f^o 2). Comme on le verra, cet acte s'occupe aussi d'une autre matière, et décide que, quand un officier s'emparera d'un bien appartenant à un habitant d'Aix, il devra lui payer une juste et préalable indemnité:

Robertus Dei gratia Rex Hierusalem et Sicilie, ducatus Apulie et principatus Capue, Provincie et Forcalquerii ac Pedemontis comes, senescallis comitatum Provincie et Forcalquerii presenti[bus] et futuris, fidelibus suis, gratiam et bonam voluntatem. Ratio suggerit, et instinctus naturalis merito nos inducit, ut, si augeri rem publicam cupimus, ad fideles nostros nostrum intuitum dirigamus, conservationem eorum viis congruis et provisionibus circumspectis, more diligentis patris familias, in quantum possumus, procurantes. Supplicationibus igitur Universitatis hominum civitatis Aquensis, dilectorum fidelium nostrorum, benignius inclinati, volumus et fidelitati vestre presentium tenore mandamus, ut, si aliquis de civitate predicta vendere voluerit possessionem, censum seu servicia aliqua in dicta civitate vel eius territorio, in emptione possessionis, census seu serviciorum huiusmodi, pro eo justo precio quo sine fraude aliis vendi possent, proximiorum ei genere in linea sanguinis, dum-

puisse avoir et retenir lesdits biens aliénés, en offrant et payant le juste prix, qui sans fraude aura été mis. etc. Donné a Bedoin l'an mil trois cens neuf, et le douzième octobre et de nôtre Regne le premier ».

modo sit Aquensis subiectusque noster, portans onera cum aliis civibus dicte terre, et, infra mensem postquam bona ipsa venalia exponentur, illa pro se dictus proximior habere et retinere voluerit, et iustum pro eis precium vendenti solvere sit paratus, preferri ceteris faciatis officii vestri temporibus successive remittentes ad id cohercione qua expedierit compulsuri. Ad tollendum preterea viam gravaminis et nocuenti cuiuslibet, quod Universitati predictae seu alicui eiusdem per officiales Aquen[ses], qui per curiam statuuntur pro tempore, cuiuscunque condicionis existant, quomodolibet posset inferri, sicut interdum hactenus est illatum, subiungimus et iubemus quod ab aliquo officialium eorumdem vel familiarium suorum non permittatis rem aliquam de Universitate predicta auferri vel capi patrono invito, nisi prius iustum propterea precium solvatur eidem, audentes in contrarium per oportuna remedia compescentes, ita quod super hiis per nos scribi vobis ulterius non sit opus. Presentes autem litteras post oportunam inspectionem earum restitui volumus, presentanti efficaciter inantea valituras. Datum Bedonii, per magistrum Matheum Filmarinum de Neapoli, utriusque iuris professorem, locum tenentem prothonotarii scilicet regni Siciliae, in eius absentiam, dilectum consiliarium, familiarem et fidelem nostrum. Anno Domini millesimo CCC^o nono, die duodecimo octobris, octave indictionis, regnorum nostrorum anno primo.

Nous n'avons pas trouvé d'autres documents, relatifs au comté de Provence, et mentionnant l'existence, en dehors d'Aix, du retrait lignager, avant le statut de 1469 dont il sera question plus loin. Par contre, le retrait lignager fonctionnait, depuis le XIII^e siècle, dans certaines localités de la haute Provence, dans des pays qui avaient fait autrefois partie du comté de Provence, puis du comté de Forcalquier, et qui, lors du démembrement de ce comté, étaient passés sous le pouvoir des Dauphins de Viennois. A beaucoup de points de vue, le droit municipal de cette région se rapproche plus du droit des franchises provençales, que du droit consacré par les chartes de libertés de la région de Grenoble et de Vienne; et il nous semble intéressant de mentionner

ici plusieurs documents de la haute Provence qui parlent du retrait lignager, et qui doivent être rapprochés, à ce point de vue, de l'acte relatif à la ville d'Aix.

Ce sont d'abord les Statuts accordés à la ville d'Embrun par ses seigneurs, l'archevêque et le Dauphin, après la révolte de 1253. En cas de vente de terre, le plus proche parent peut reprendre la terre, en remboursant l'acquéreur dans le délai de dix jours, non compris le jour de la publication de la vente (1).

C'est ensuite la charte de coutumes de la communauté d'Aspres sur le Buëch, du 26 juillet 1302, qui établit le même retrait, dans le délai de quinze jours, pour toute vente, volontaire ou forcée, au profit du *proximior consanguineus* (2).

(1) *Bulletin historique et philologique du Comité des travaux historiques et scientifiques*, 1888, p. 45 et ss., acte publié par M. ROMAN. V. p. 57 : « Item statuerunt et concesserunt quod proximior possit terras venditas vel vendendas habere, eodem precio et eadem conditione qua vendita sint vel vendi possint, infra decem dies, die qua fit palam vinditio minime computata, sine prejudicio alicujus ». — M. ROMAN ajoute, en note : « Cette législation sur les terres riveraines, attribuées au voisin par voie de prélation, se retrouve absolument identique dans le droit musulman ». Mais le rapprochement de ce texte avec les autres textes de la haute Provence montre qu'il s'agit bien ici d'un retrait lignager, et non d'un retrait de vicinité : *Proximior* est ici le proche parent, et non pas le voisin du vendeur.

(2) *Bulletin de l'Académie Delphinale*, Série IV, t. XVI (1902), p. 301 et ss. L'article relatif au retrait lignager est l'article 39 (p. 326 et s.) : « Item statuimus et ordinamus quod, si aliquis vendiderit aliquam rem immobilem suam, vel eciam mandato curie venderetur pro aliquo debito vel condempnacione solvenda, quod proximior consanguineus illius, cujus erat res, possit rem illam emptam, eodem precio et eadem condicione, qua vendita est, possit retinere infra quindecim dies (vel) postquam palam facta fuerit venditio, restituendo laudimium et expensas primo emptori, si eas

Ce sont enfin des chartes briançonnaises. Les franchises générales du Briançonnais, confirmées par la cour de France après le traité de cession du Dauphiné de 1343, ne parlent pas du retrait lignager (1). Mais celui-ci figure, formellement stipulé, dans des franchises locales. Les communautés de Bardonnèche, de Beaulard et de Rochemolle, sises dans la partie du Briançonnais dont les eaux « pendent » vers l'Italie, obtinrent, dans la première moitié du XIV^e siècle, en 1330 et en 1336, deux chartes de franchises de leurs deux coseigneurs, le seigneur François de Bardonnèche et le Dauphin. Ces deux chartes admettent, dans toute vente foncière, le retrait lignager au profit du plus proche héritier, agnat ou cognat, dans le délai de sept jours à partir de la triple publication qui est requise par les coutumes dans les ventes foncières. Ce délai peut aller jusqu'à un an, lorsque l'héritier se trouve « hors de la terre » au moment de la vente; mais cet héritier doit, en tout cas, agir dans la quinzaine qui suit son retour au pays (2).

solvisset; alioquin laudimium solveret domino; ita quod dicte due vendiciones reputentur pro una, quantum ad laudimium solvendum ».

(1) Cet acte se trouve dans le Recueil des *Ordonnances des Rois de France* (Collection du Louvre), t. VII, et dans FAUCHÉ-PRUNELLE, *Essai sur les anciennes institutions autonomes ou populaires des Alpes Cottiennes-Briançonnaises*, t. I.

(2) Charte de franchises concédée par François de Bardonnèche, le 4 janvier 1330, dans FAUCHÉ-PRUNELLE, *op. cit.*, I, p. 374 et ss. Les gens de la seigneurie sont encore très près du servage et de la mainmorte; les successions sont limitées au second degré (de computation canonique), au degré de cousin germain; le testament n'est valable que s'il contient un legs du tiers de la fortune du testateur au profit du seigneur. Mais l'aliénation entre vifs est permise, sauf exercice du retrait lignager. Art. 33 (p. 385): « *Quod proximior possit rem emptam etc.* (sic). Item pacto convenit et concessit dictis hominibus, sindicis et notariis, recipientibus ut supra, quod illa libertate uti valeant, videlicet quod pro-

Le retrait lignager porte, dans ces actes, le nom d'*atagniamentum* ou d'*acagniamentum*, mot qui vient sans doute du verbe *atainher*, *atanher*, qui veut dire, en langue romande, *tenir à...*, *être parent à...* (1); cette expression doit être ajoutée à la longue liste des mots employés, au XIII^e siècle et au XIV^e, pour désigner le retrait lignager: challonge, devençière, rescousse, premesse, tenta. Ce retrait n'est point d'ailleurs une institution spéciale à la seigneurie de Bardonnèche; car, au début du XV^e siècle, Guy de la Pape signale le retrait lignager comme une coutume commune à tout le Brian-

pinquior consanguinitatis, jure agnacionis vel cognacionis, conjunctus alicujus vendentis aliquas res immobiles, possit ipsas vindicare et redimere ab emptore, causa *atagniamenti*, infra tres denunciaciones quas semper habeat facere emptor in ecclesia parochiali ubi extiterint res vendendae, per septem dierum intervalla videlicet, quum fuerit praesens in terra, et, si fuerit absens, infra annum proximum post dictas denunciaciones; restituendo precium verum et expensas justas inde factas, et ultra dictum tempus minime audiat. — Le 4 juin 1336, l'autre coseigneur de Bardonnèche, le Dauphin, confirma ces franchises (p. 389 et ss.). Art. 22 (p. 397): « *Capitulum de acagniamentis*: Item concessit quod dicti homines uti valeant libertate, videlicet quod propinquior consanguinitatis alicujus vendentis aliquas res immobiles possit ipsas res vindicare et habere ab emptore juris causa *acagniamenti*, in tres denunciaciones quas semper habeat fieri facere dictus emptor in ecclesia parochiali ubi fuerit res vendenda, per septem dierum intervalla, restituendo precium verum et expensas justas; absens vero vindicare possit modo praedicto in annum et diem, et ex quo venerit infra quindecim dies; ulterius vero minime audietur ».

(1) Le mot manque dans DU CANGE. Les formes *acagniamentum* et *atagniamentum*, que M. FAUCHÉ-PRUNELLE donne simultanément, se ressemblent au point de vue paléographique. Il faut, croyons-nous, écarter la forme *acagniamentum*. V. FR. MISTRAL, *Lou Tresor dou felibrige*, v^o *acagna*. Ce mot veut dire: rendre indolent; *s'acagna* signifie: se laisser aller à la paresse, s'accroupir; le mot

çonnais, avec des délais de dix jours entre présents, et d'un an et un jour entre absents (1).

Le retrait lignager est donc une institution assez répandue dans la haute vallée de la Durance. Dans la vallée de l'Isère, au contraire, on ne le trouve que très exceptionnellement, par exemple à Romans. Au nord du Briançonnais, il existe encore dans d'autres vallées alpestres, par exemple dans la vallée d'Aoste (2).

En tout cas, et alors même que l'exploration des archives ferait surgir de nombreux documents tels que ceux que nous venons de citer, il est certain que le retrait lignager, pas plus que jadis la nécessité de la *laudatio*, ne constituait pas, aux XIII^e et XIV^e siècles, une institution générale à toute la Provence. Et notamment, en ce pays comme ailleurs, ce n'est pas dans le droit des grandes cités commerçantes que l'on peut aller chercher des obstacles à la liberté de disposer. A Marseille, par exemple, aussi bien que dans les villes

vient du mot *cagno*, çienne; ce premier sens ne donne aucune explication rationnelle. Le verbe *s'acagna* signifie aussi, il est vrai, s'irriter, s'acharner, et alors *acagniamentum* pourrait vouloir dire: attaque, poursuite, et rappellerait l'expression *challonge* (calumnia). Mais il faut plutôt lire *atagniamentum*. Cf. MISTRAL, v^o *Atagne, atainher, atanher, atenher*; et HONNORAT, *Vocabulaire français-provençal*, v^o *Atainher, atanher, ataigner*; ces deux dictionnaires donnent comme sens: appartenir à quelqu'un, tenir à quelqu'un, toucher, concerner, et MISTRAL ajoute: être parent. Ils diffèrent seulement sur l'étymologie, MISTRAL rattachant le mot à *adtangere*, HONNORAT à *attinere*. Cf. le mot *premesse* ou *proissesse* (proximitas).

(1) GUIDO PAPAË, n^o 257: « Cavetur de consuetudine in patria Briansonii, quod proximior agnatus potest rem extraneo venditam, infra decem (dies) inter praesentes, vel infra annum et diem inter absentes, pro eodem pretio habere: utrum valeat talis consuetudo... »

(2) Cf. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, 2^e éd., t. III, p. 420 et ss.—Salvaing de Boissieu, *Usage des fiefs*, II^e P., ch. 87.

de la Flandre ou de l'Angleterre, le droit urbain, désireux d'affranchir de toute entrave les transactions commerciales, affirme la liberté de la vente et des autres modes d'aliénation de la terre. Les statuts de Marseille du XIII^e siècle nous disent que chacun peut vendre sa terre libre, son *honor liber*, sans demander le consentement de personne, pourvu que l'aliénation n'ait pas lieu au profit d'un établissement incapable d'acquérir (par exemple, établissement religieux). Les notaires pourront dresser des actes constatant ces ventes foncières, sans demander d'autorisation à qui que ce soit (1).

(1) Ces statuts du XIII^e siècle sont édités dans FRANÇOIS D'AIX, *Les statuts municipaux et coutumes anciennes de la ville de Marseille*, Marseille, 1655; et, d'une manière très incorrecte, dans MÉRY et GUINDON, *Histoire de Marseille*.—V. livre III, article 11 de ces statuts (D'AIX, p. 388; MÉRY et GUINDON, IV, p. 39): « De illis qui habent honorem liberum, quod libere possunt illum vendere. — Constituimus ut, quicumque habeat honorem liberum, honores vel possessiones, ex quibus in aliquo nemini serviat seu servire debet aliquid inde, valeat illos vel illas vendere libere et franchamen, vel distrahere, et quocumque modo volet ad alium vel alios quibus volet transferre (nisi in locis vel personis exceptatis vel prohibitis, ad quas eum vel eas possit nullatenus transferre, nisi sicut in his predictis vel subsequentibus capitulis continetur); nec teneatur inde predictus venditor consensum alicujus unquam requirere; et notarii cartas inde seu instrumenta possint libere facere, nullius, occasione majoris domini sive laudimii, (in) requisito consilio vel favore ».

Un autre texte, III, 6 (D'AIX, p. 378; MÉRY et GUINDON, IV, p. 34) concerne les ventes mobilières: il décide que, dès qu'il y a eu paumée, denier à Dieu, ou arrhes, le marché est définitif, même sans tradition de la chose vendue. Le vendeur peut réclamer le prix: « et similiter dicto emptori liceat ipsam rem emptam, sibi non vere traditam, petere a venditore *vel ab ejus heredibus*, velut suam, si eam habent vel detinent vel alius eorum nomine, nec liceat venditori referre domini questionem. Aut inde contra eundem *vel*

D'autres statuts, p. ex. ceux de Castellane, semblent dire la même chose, quoiqu'ils s'expriment en termes moins nets et semblent exclure plutôt la nécessité du consentement du seigneur (1). En tout cas ces statuts, ainsi que beaucoup d'autres, sont muets sur le droit des lignagers. Le retrait lignager, en Provence comme en Dauphiné, n'était, à la fin du moyen-âge, qu'une institution sporadique.

ejus heredes possit emptor, si maluerit, ad interesse agere, prout ei magis videbitur expedire ». Le droit marseillais cherche évidemment à assurer la liberté des transactions, et notamment des ventes, mobilières ou immobilières. Il écarte toute nécessité d'une *laudatio* d'un tiers, seigneur ou parent, pour les ventes foncières; et, pour les ventes mobilières, il ressuscite l'idée romaine de la vente consensuelle, parfaite dès que l'accord des volontés s'est exprimé clairement. — On peut rapprocher les dispositions de la vieille keure de Gand de la fin du XII^e siècle, qui, faite aussi pour un milieu commerçant, exclut toute idée d'une entrave à la liberté de disposer des immeubles. Le droit des villes marchandes tend vers la liberté de la terre tout autant que vers la liberté de la personne. — V., pour le droit bernois, HUBER, *Schweizerisches Privatrecht*, IV, p. 409; — pour Hambourg, Brême, etc., STOBBE, *Deutsches Privatrecht*, IV, 2^e éd., p. 94.

(1) Statuts de Castellane, dans PAPON, t. III, preuves, 76 (a^o 1252): « Item statuit quod, si quis domum vel possessionem suam vendere voluerit, *liberam habeat potestatem vendendi*, domini auctoritate nullatenus requisita, trezeno ejus bajulo persoluto, expressim laudimium dictis hominibus remittendo, quod dabatur de possessionibus jam dictis. Item statuit quod, si aliquis habens possessionem de praedictis hominibus, et eam alienare voluerit, *quod hoc libere possit facere*, et in sua securitate Castellanae remanere, vel libere cum suis rebus possit omnibus abire ». — Cf. aussi les Statuts de Manosque de 1206-1207: « Si quis honorem suum et hereditatem alteri vendere voluerit vicinus vel extraneus, *licenciam habeat, exceptis ecclesiis et domibus religiosis, salvo tamen jure domini* ». *Livre des privilèges de Manosque*, p. 8; cf. p. 14, 16, etc. (éd. ISNARD, Digne et Paris, 1894).

§ 3.

Généralisation et organisation du retrait lignager en Provence.

Ainsi le retrait lignager existait, au XIV^e siècle et au XV^e, en divers endroits de la Provence et du Dauphiné, sans qu'il y eût là une institution générale à tout le pays. Mais, tandis que le retrait lignager est toujours resté, en Dauphiné, une anomalie locale, ce retrait fut étendu à tout le comté de Provence (1) par un statut comtal de la seconde moitié du XV^e siècle.

Tous les auteurs, provençaux ou autres, qui, depuis la fin du XVI^e siècle, se sont occupés de l'histoire du retrait lignager, sont d'accord pour assigner à ce statut la date de 1472. Dès lors, on a pu voir, dans l'adoption de cette mesure, l'une des conséquences de la grande enquête faite, en 1471, en vue d'un nouvel affouagement. Cette opération est restée très célèbre en Provence, et le registre des commissaires du fouage, qui sont allés enquêter de localité en localité, constitue l'un des documents les plus curieux et les plus importants pour la connaissance de l'état social et de la condition du sol de la Provence au XV^e siècle (2). Cette enquête révéla une extrême division du sol; et, en 1472, les Etats de Provence proposèrent de remédier par diverses mesures à ce fâcheux état de choses (3). Ils demandèrent au

(1) Le statut s'appliqua seulement à l'intérieur des limites que la Provence avait alors. La vallée de Barcelonnette, cédée en 1713 par le traité d'Utrecht et réunie à la Provence, n'était pas soumise au statut de 1469, et le retrait lignager n'y avait point lieu. JULIEN, *Nouveau commentaire sur les statuts de Provence*, I, p. 264.

(2) Archives des Bouches-du-Rhône, B, reg. 200.

(3) CH. DE RIBBE, *La société provençale à la fin du moyen-âge*, 1898, p. 402 et s.

comte d'étendre à tout le comté des institutions qui n'avaient eu jusqu' alors en Provence qu'une existence locale.

Ce fut d'abord le principe de l'exclusion des filles dotées, principe en vertu duquel les filles ne devaient pas succéder à leur père, quand il y avait des fils, dès qu'elles avaient été dotées du vivant de leur père, et pourvu que leur dot fût au moins égale à leur légitime. Cette règle avait déjà été promulguée, pour tout le comté de Forcalquier, par un statut des comtes de Forcalquier de l'an 1169; elle était consacrée aussi par diverses chartes de coutumes locales (1). Les États demandèrent la généralisation de cette règle, « pour la conservation tant des maisons nobles que des autres maisons », et, le 3 août 1472, leur demande fut admise (2).

Les États réclamèrent, ajoute-t-on, la généralisation du retrait lignager. Ils proposèrent d'accorder le droit de retrait aux plus proches, « en affinité et parentelle », du vendeur d'immeubles. Le délai du retrait devait être d'un mois, conformément à la règle déjà établie pour la ville d'Aix en 1309. Enfin le retrait lignager ne devait être que subsidiaire. Il était primé par le retrait féodal, et la requête des États proposait de réserver formellement le droit du seigneur direct. Le comte accepta la requête, mentionnant expressément, dans sa réponse, le droit du seigneur féodal.

La vérité est un peu différente. Le statut, qui a généralisé le retrait lignager en Provence, date, non pas de la session des États de 1472, mais de la session précédente, tenue à Aix en janvier 1469. La demande des États et la réponse du comte se trouvent, sous le n° lxvii, parmi les

(1) *Livre des privilèges de Manosque*, n° 42 (1169); Statuts de Salon de 1293, dans GIRAUD, *Essai sur l'histoire du droit français*, II, preuves, p. 248.

(2) JULIEN, I, p. 433 et s. — Archives des Bouches-du-Rhône, B, 49, f° 344, v°.

chapitres de doléances présentés en 1469 au roi René (1). La généralisation du retrait est donc de deux années antérieure à l'affouagement de 1471; et cela prouve que, avant même cette opération et l'enquête à laquelle elle a donné lieu, l'on avait aperçu les inconvénients du morcellement excessif du patrimoine foncier des familles provençales, et l'on s'était déjà préoccupé d'y remédier. Ce qui est vrai, et ce qui a pu donner naissance à l'erreur commune, c'est que, lors de la session de 1472, les États demandèrent la confirmation formelle d'un certain nombre des *capitula* de 1469, et, parmi eux, figure précisément le chapitre relatif au retrait lignager (2).

(1) Archives des Bouches-du-Rhône, B, 49 (*Potentia*): les chapitres de 1469 se trouvent aux f°s 304 à 338; le chapitre relatif au retrait y figure f° 334, r°. — C, 2056, f°s 133 et s.: chapitres de 1469; f° 156, v°: chapitre relatif au retrait.

(2) Archives des Bouches-du-Rhône, B, 49 (*Potentia*): les chapitres de 1472, avec les réponses du comte en langue provençale, se trouvent aux f°s 340 et s.; le chapitre excluant les filles dotées de la succession paternelle y figure, f° 344, v°; mais il n'est pas question, dans ces *capitula*, du retrait lignager (cf. aussi C, 2056, f°s 159 et s.). Puis viennent, aux f°s 353 et s., quelques-uns des chapitres de 1469, avec le titre suivant: « Copia capitulorum aliquorum factorum in consilio generali trium statutum comitatuum predictorum, celebrato in ciuitate Aquens. m° iij° lxxix°, que fuerunt petita specialiter confirmari in dicto consilio generali celebrato in dicta ciuitate Aquens. m° iij° lxxij... »; le chapitre relatif au retrait y figure, f° 363, v°. C'est là que Masse vint, au XVI^e siècle, en prendre le texte, quand il réunit sa collection de statuts de Provence; il donna à notre statut la date de 1472, avec un renvoi au registre *Potentia*, f° 344 (f° 363 actuel): *Statuta Provinciae Forcalqueriique comitatum*, 1598, p. 39. — La collection de Masse fit autorité; les commentateurs des statuts de Provence, aux XVII^e et XVIII^e siècles, Morgues et Julien, se contentèrent de reproduire les textes réunis par Masse, sans vérifier ses dates ni ses références.

La demande des États et la réponse du comte ont été souvent, mais peu correctement, reproduits (1). Voici le texte que donne, aux Archives des Bouches-du-Rhône, le registre *Potentia* (B, 49, f^o 334, r^o, et 363, v^o) :

Requisitio. Item supplican los dichs senhors dels tres Estas a la dicha excellencia, que li plassa de statuir et ordonar que, totas et quantas vegadas sesdevendra en los dichs contas de Prouensa et de Forcalquier ho terras a elles adiacens, que si vendra alcuna possession, cayna que sia, que las personas plus prochanas en afinitat et parentella de tal vendent, en tal luec demorant, sian preferidas en fra ung mes, et puescan aver tal possession per lo pres que sera venduda, ou autrament, en cayna maniera que sia, sensa neguna contradicion; pagant lo pres d'aquella, en la maniera de tal comprador, senza preiudici del senhor diret.

Responsio. Quamquam jus comune repugnare videatur requisitioni, tamen, quia ex bono et equo, et in pluribus locis patrie ex observato procedit, fiat ut petitur, semper sine preiudicio maioris domini (2).

(1) MASSA, *Statuta*, p. 39; MASSE et BOMY, p. 47; MORGUES, p. 111; JULIEN, I, p. 261; BOURDOT DE RICHEBOURG, *Nouveau Coutumier général*, II, p. 1212.

(2) Le droit provençal connaît, outre le retrait lignager, trois sortes de retraits ou de rachats : le rachat conventionnel de la vente à réméré ; le retrait féodal ou droit de prélation ; enfin le rachat dit « statutaire », par lequel le débiteur, dont les immeubles ont été saisis et vendus aux enchères ou attribués au créancier par voie de collocation, peut les reprendre dans le délai d'un an. Ce dernier rachat doit son nom aux dispositions formelles des statuts qui l'ont consacré et organisé. Cf. JULIEN, I, p. 212, 221 et s. En Provence, le retrait lignager ne vient qu'après tous ces retraits, et n'est possible que si aucun d'entre eux n'est exercé. Cette solution est très naturelle en ce qui concerne le rachat conventionnel et le rachat statutaire, qui aboutissent à remettre les biens aliénés aux mains mêmes de leur ancien propriétaire. Par contre, en ce qui concerne le retrait féodal, la solution provençale

Et c'est ainsi que le retrait lignager a pris place dans le droit commun de la Provence, et est venu, à côté de la légitime, protéger les intérêts familiaux. Dans les siècles qui suivront, des jurisconsultes du Dauphiné regretteront que cette institution n'ait pas été, de même, généralisée dans leur pays. (1)

est différente de la solution ordinaire des coutumes françaises, qui préfèrent, en cas de conflit, le lignager au seigneur direct. La solution provençale s'explique par ce fait que le retrait lignager constituait une innovation, en 1469, pour la plus grande partie de la Provence, et qu'il eût paru injuste de dépouiller les seigneurs, dans certains cas, du droit de prélation qu'ils avaient jusqu'alors exercé.

Les solutions ne sont plus les mêmes lorsque le lignager qui veut exercer le retrait se trouve en concurrence avec des cessionnaires de ces autres droits de retrait. Ici, le lignager, qui agit pour son propre compte, leur est préféré. La question fut résolue, contre le cessionnaire du retrait féodal, par divers arrêts du Parlement au XVI^es : arrêt de règlement du 1^{er} avril 1569 (MASSE et BOMY, p. 49; *ibid.*, p. 61, note marginale; MORGUES, p. 125; JULIEN, I, p. 308); V. aussi un arrêt de la Cour des Comptes du 14 mars 1616 (MASSE et BOMY, p. 48). Cependant le cessionnaire du roi, c'est-à-dire celui auquel le roi, en qualité de seigneur féodal, a cédé son droit de prélation, passe avant le lignager. Arrêt du 9 décembre 1616 (MORGUES, p. 126; JULIEN, I, p. 309). — De même, la doctrine tranche au profit du lignager les conflits qui peuvent naître entre ce lignager et des cessionnaires du rachat statutaire ou du rachat conventionnel : cf. JULIEN, I, p. 226. — Le retrait lignager, en Provence, à la différence des autres rachats ou retraits, est rigoureusement incessible (détails dans JULIEN, I, p. 283 et s.); et, dès lors, la question née du conflit entre un cessionnaire du retrait lignager et un cessionnaire d'un autre droit de rachat, question qui se pose en d'autres pays, ne se pose pas en Provence.

(1) SALVAING DE BOISSIEU, *Usage des fiefs*, II^e Partie, ch. 87 : « Néanmoins ce n'est pas inutilement que dans la rencontre ie fais mention du retrait lignager, puisqu'il est reçu par une an-

*
**

L'organisation donnée ainsi, en 1469, au retrait lignager, ne parut pas assez claire; et, à plusieurs reprises, au cours du XVI^e siècle, les États de Provence se préoccupèrent d'assurer le fonctionnement de cette institution.

D'abord en 1520. Une double question, très pratique, était née au sujet de l'interprétation du statut de 1469. Ce dernier exigeait que le retrayant habitât « en tel lieu », et l'on pouvait se demander si le mot « lieu » était pris dans un sens restreint, désignant la localité, la communauté d'habitants où se trouvait l'immeuble vendu, ou si au contraire il fallait l'interpréter largement, et admettre au retrait tous ceux qui habitaient le comté de Provence et de Forcalquier. D'autre part, on pouvait se demander si le « mois » fixé pour intenter le retrait était un mois ferme à dater du contrat de vente, ou si au contraire le délai ne courait que du jour où les parents avaient eu connaissance de la vente.

Ces deux points furent tranchés par un statut de 1520 dans le sens le plus large et le plus favorable au retrait. Voici le texte de la requête des États, et de la réponse du « grand sénéchal et gouverneur » de Provence, telles que les donne le même registre *Potentia*, f^o 381 (anc.), v^o:

cienne coutume dans le bailliage de Briançon et dans la ville de Romans; et ie prevoy qu'un jour les Syndics de la Noblesse de Dauphiné se raviseront d'en rapporter des Lettres patentes du Roy, pour l'establir entre les gentils-hommes, par la raison que j'ay touchée en la question précédente. » Ceci est une allusion à une phrase du ch. 86: « Et neantmoins il importe à l'Estat que les biens se conservent dans les grandes Maisons, qui sont l'appuy de la Monarchie, principalement en Dauphiné, où l'establisement du cadastre fait apprehender que la plupart des heritages nobles passent avecque le temps en main roturiere ».

Requete. Item plaise audict Seigneur octroyer et parmectre la declaration par les Estats faicte sur le statut, par lequel est dict que, quant aucungs biens seront vendus, les plus prochains en affinité et agnacion soyent preferez, soyt du lieu ou seroit faicte ladite alienation, ou hors d'iceluy lieu, et ne puisse tumber en deffault, si ce n'est apres qu'il sera parvenu a sa notice et sçavoyr.

Response. Pour ce que le present article est raisonnable, Monseigneur ordonne qu'il soit entretenu et gardé (1).

(1) MASSA, p. 51; MASSE et BOMY, p. 63; MORGUES, p. 126; JULIEN, I, p. 262; BOURDOT DE RICHEBOURG, *l. c.* Sur la question du lieu, toute difficulté ne disparut pas, et l'on se demanda si un parent, demeurant hors du comté de Provence, pouvait intenter le retrait lignager, grâce à ce nouveau statut. La jurisprudence a varié. Un arrêt du 23 décembre 1530 (MASSA, p. 52; MASSE et BOMY, p. 65; JULIEN, I, p. 281) jugea qu'un parent, habitant hors de Provence, pouvait exercer en Provence le retrait lignager. Mais, à la fin du XVI^e siècle, ce fut la solution contraire qui prévalut. Le 28 janvier 1572, le Parlement refusa d'admettre au retrait lignager une personne domiciliée en Languedoc, Loys Rodulphe, sieur de Saint-Paulet (MASSE et BOMY, p. 49, 64; MORGUES, p. 119, 127; JULIEN, I, p. 281); et cette sentence peut être rapprochée de plusieurs autres manifestations, à cette même époque, du particularisme provençal. La jurisprudence et la doctrine sont restées incertaines. Un arrêt rendu en 1759 n'est pas décisif (JULIEN, I, p. 282 et s.). Un prêtre, Antoine Aubert, originaire de Digne, mais établi depuis vingt ans à Bourg-Argental en Forez, voulut exercer le retrait sur une maison située à Digne. Il fut débouté par sentence du lieutenant de Digne, du 26 janvier 1758. Il en appela, et la Grand' Chambre du Parlement d'Aix l'admit au retrait. Mais les motifs de cette sentence ne sont pas très nets. Parmi les juges, les uns tinrent compte de l'origine provençale du retrayant; les autres pensèrent qu'il avait encore son domicile à Digne, où il avait des biens et des droits successoraux. JULIEN est favorable à l'admission des parents domiciliés hors de Provence; mais il justifie cette solution par des arguments peu en harmonie avec les idées

Cette même question du délai, pendant lequel le retrait était possible, ne tarda pas à soulever de nouvelles difficultés. Le statut de 1520, en reculant, jusqu'au jour où le parent avait connaissance de la vente, le point de départ du délai d'un mois, favorisait l'exercice du retrait lignager. Or on pouvait se demander si cette faveur n'était pas excessive; longtemps après une vente, des parents pouvaient surgir, qui jusqu'alors avaient ignoré la vente, et qui intentaient valablement le retrait.

Le 9 février 1580, les États de Provence, réunis à Saint-Maximin, se préoccupent de la question; ils demandent aussi que, pour le lignager mineur, les délais fixés par les statuts ne commencent à courir que du jour de sa majorité; et ils prennent, sur ces divers points, la délibération que voici :

Le statut du droit linagier cause une infinité de procès en ce país, à occasion que le mois de pouvoir retraire ne se compte que du jour de la notice, laquelle est de fort difficile preuve, de sorte que on veoit, après des quinze, vingt, vingt-cinq ans, plusieurs intanter semblables retraits et obtenir les biens possédés par les tenenciers par l'espace de vingt-cinq et trente ans, vallant grosses sommes de deniers, pour sy petit pris, heu esgard au temps de l'acquisition; — dont seroit expédiant, suyvant ce que autres foys en a esté ordonné par Messieurs des Estatz, dresser article à Sa Majesté pour prescrire et deffinir certain temps dans lequel telle action de retraire deubst estre intantée; passé lequel temps, soubz prétexte de n'en avoir heu notice, aulcun ne feut depuis receu, soit par lettres ou autrement, à intanter semblables retraits.

politiques maintes fois exprimées en Provence. Il nous dit que « les Provençaux et les habitans des autres Provinces du Royaume » sont « citoyens d'un même État ». Comment concilier cette phrase avec l'affirmation réitérée des Provençaux, notamment des Parlements, que la Provence n'est pas un accessoire absorbé dans un autre corps politique, mais qu'elle a été unie au royaume de France « comme un principal à un autre principal » ?

Et néanmoins, pour aultant que les mineurs ne peuvent en ce estre comprins durant leur minorité, que led. temps leur coreust après les vingt-cinq ans, et qu'on eust esgard aux moïens et facultés que led. mineur pourroit avoyr lors de la vante, et non point du temps que voudront intanter telle action de retraire.

Finablement, de fere article à Sa Majesté, aux fins d'avoir extraictz de tous les estatutz quy sont aux archifz, profitables au país, pour iceulx fere imprimer avec les autres, à ce que personne n'en peult préthendre ignorance et s'en peult prévalloyr.

Sur lesquelles remonstrances et articles a esté conclud et arresté que pour l'impourtance led. sieur acesseur en communiquera avecques nombre de notables advocatz de la barre, et, suivant la résollution qu'en sera faicte, articles en seront dressés à Sa Majesté (1).

Aucun acte royal ne vint faire droit à ces remonstrances des États (2). Ce fut la jurisprudence du Parlement d'Aix, qui, de sa propre autorité, trancha la double question soulevée.

Dès avant 1580, cédant au besoin de restreindre dans des limites raisonnables l'exercice du retrait lignager, la Cour d'Aix avait posé en principe que, après dix ans écoulés depuis la vente, tout retrayant serait forclos, alors même qu'il

(1) *Archives des Bouches-du-Rhône*, C, reg. 3, f^o 158 v^o.

(2) Un édit de novembre 1581 décida que le retrait lignager aurait lieu, dans tout le royaume, dans le délai d'un an à dater de la vente, et, en décembre 1581, une déclaration royale créa des offices de greffes des notifications, où l'on devait notifier tout contrat susceptible de retrait. Isambert, *Anciennes lois françaises*, XIV, p. 505. Aucun de ces actes n'a été enregistré en Provence. — Au contraire, l'édit de Saint-Germain-en-Laye, du 14 novembre 1584, abolissant les greffes des notifications, et l'édit de Chartres, du 20 mai 1588, abolissant l'édit de 1581 sur le retrait, ont été enregistrés par le Parlement d'Aix, le 7 décembre 1584 et le 13 juillet 1588. *Archives des Bouches-du-Rhône*, Parlement de Provence, B, 3335 (*Lettres royaux*, 18), f^o 326, v^o, et s.; et B, 3336 (*Lettres royaux*, 19), f^o 80, v^o, et s.

eût, en fait, ignoré la vente; ou, ce qui revenait au même, elle avait admis que la *notice* de la vente se présumait chez le lignager au bout de dix ans (1): délai qui semble avoir été emprunté au droit romain, à la matière de la *praescriptio longi temporis*. (2)

Vis-à-vis des mineurs, le Parlement se montra plus rigoureux que les États. Tandis que les États voulaient que le délai du retrait ne courût contre les mineurs qu'à dater de leur majorité, le Parlement jugea que ce délai devait courir contre eux comme contre les majeurs et dès leur minorité. La Cour refusa de tenir compte de toutes les lettres de rescision que les mineurs pouvaient obtenir en semblable cas (3):

(1) Arrêts du 26 septembre 1569 (MASSE et BOMY, p. 58, en marge); du 23 février 1573 (*ib.*); du 4 octobre 1607 (MORGUES, p. 129); du 17 mai 1616 (MASSE et BOMY, p. 48; MORGUES, p. 129). — Cf. M. PASTOR, *Synopsis iuris feudalis et emphyteutici*, Aix, 1666, p. 138 et s.; p. 143: il rapporte un arrêt de décembre 1635, qui, après neuf ans et huit mois, admit en principe le retrait lignager, au profit de la soeur du vendeur, domiciliée dans un autre diocèse: « Cum... quidam nomine Commendaire in bonis sui debitoris Vitalis nuncupati fundum acquisiisset in territorio de Lorgues dioecesis Foroiuliensis; et soror debitoris habitans in ciuitate Sancti Maximini dioecesis Aquensi et alterius praefecturae seu senescalliae, post nouem annos et octo menses, iure retractus Commendaire in ius vocasset, et *litteras restitutionis* aduersus lapsum temporis obtinisset..., Senatus, non obstante praescriptione opposita, petentem admisit... » Mais l'acheteur troublé fut admis à prouver que la retrayante n'agissait que comme personne interposée.

(2) MORGUES, p. 128: « Après les dix ans, aucun lignager n'est receu, considéré que le droit Romain a presupposé que ce temps estoit capable pour assurer un acquereur par sa paisible possession. »

(3) Arrêts du 3 février 1565 (MASSE et BOMY, p. 48); du 13 février 1573 (*ib.*).

règle qui n'était pas spéciale au retrait lignager, et qui s'appliquait chaque fois qu'un délai était fixé par les Statuts (1). Comme le dit Morgues, « la Cour suit maintenant la commune maxime, laquelle M. Le Bret dit estre la maxime generale de la France: sçavoir que les Statuts et Coûtumes sont *in rem scripta*, et non *in personam*, et lient aussi bien les mineurs que les majeurs: n'estant le retraict (qui est une faueur par dessus le droict commun) octroyé, sinon aux termes et qualitez portées par les Coûtumes. » (2)

Sur ce dernier point, la jurisprudence du Parlement d'Aix ne se modifia plus. Au contraire, le délai maximum de dix années, accordé, par les arrêts du XVI^e siècle, à ceux qui, jusqu'alors, n'avaient pas eu *notice* de la vente, parut encore trop long. Permettre à un lignager, sous prétexte de son ignorance à l'endroit de la vente, de venir attaquer l'acte dix ans après sa conclusion, c'était laisser trop longtemps l'acheteur dans l'incertitude et l'insécurité (3). Au milieu du XVII^e siècle, le délai, dans lequel le retrait pouvait être intenté, fut grandement restreint: le 28 juin 1656, la cour fit le règlement suivant, qui fixait un délai maximum d'un an à dater de l'enregistrement du contrat de vente:

Déclare ladicté Cour qu'à l'advenir la nottice des contractz de vante ou eschanges sera entièrement présumée et acomplie par le tems d'une année, comptable du jour de l'enregistrement faicte au greffe du ressort où les biens quy changeront de main seront assis et situés, contre les parrants et allyés des vendeurs, tant pressants que absants du Royaume; lesquels, après ladicté année es-

(1) Ainsi le délai du « rachat statutaire » court contre les mineurs: MORGUES, p. 83; JULIEN, I, p. 222.

(2) MORGUES, p. 131 et s. Cf. JULIEN, I, p. 291.

(3) DU PERIER, *Œuvres*, n. éd., Avignon, 1759, t. I, p. 323: l'admission, par la jurisprudence, d'un délai de dix ans, est le résultat d'un « mauvais usage ».

cheue, ne seront plus reçus à tenter l'action de retrait lignager; — et sauf aux acquéreurs de faire notifier leurs contractz aux parants et allyés, auquel cas le temps du moys et jour porté par le Statut commencera à courir du jour de ladicte notification, sans pouvoir, après ledit temps respectivement passé, estre reçus à former ladicte action, pour quelque cause ou occasion que ce soit (1).

Un second arrêt de règlement confirma, en somme, cet arrêt de 1656, en tenant compte de l'édit du 22 décembre 1703 sur les insinuations, édit qui décidait que les délais, dans lesquels on pouvait tenter des retraits, lignager ou féodal, ne devaient courir que de l'insinuation ou enregistrement de la vente (2). Ce nouvel arrêt, du 30 juin 1747, décida, en

(1) JULIEN, I, p. 287. — Archives des Bouches-du-Rhône, B, Parlement de Provence, Dépôt d'Aix, Reg. n° 6 des *Arrêts d'État*. — C'est l'arrêt qui ordonne l'enregistrement des lettres patentes de décembre 1655, créant en Provence différentes charges, et notamment trente offices de « greffiers-notaires et enregistreurs ». La Cour accepte ces lettres patentes, sauf quelques réserves, et profite de cette occasion pour régler les effets de l'enregistrement des contrats. — Cf. H. DE BONIFACE, *Suite d'arrests notables de la Cour de Parlement de Provence*, Lyon, 1689, t. II, p. 685 et s. — Même après 1656, le délai de dix ans continue de fonctionner, quand il n'y a eu ni notification, ni enregistrement de la vente. Mais la jurisprudence se montre nettement défavorable aux retraits intentés tardivement; Arrêt du 21 novembre 1658, écartant un retrait intenté plus de huit ans après la vente; H. DE BONIFACE, *Arrests notables de la Cour du Parlement de Provence*, Paris, 1670, t. II, p. 23.

(2) Édit de décembre 1703, sur les insinuations laïques, art. 26: « Voulons que le temps fixé par les coutumes pour le retrait féodal ou lignager ne puisse courir, même après l'exhibition des contrats et autres tiltres de propriété à l'égard du retrait féodal, ou après l'ensaisinement à l'égard du retrait lignager, que du jour de l'insinuation ou enregistrement; et que ceux desdits

conséquence, que tout lignager serait forclos, après un an à dater de l'insinuation :

Et, faisant droit au réquisitoire du Procureur général du Roy, a ordonné et ordonne que l'Édit de 1703 et les Déclarations subséquentes sur le fait des insinuations seront exécutés selon leur forme et teneur; ce faisant, que la notice des contrats de vente sera entièrement présumée et accomplie par le temps d'une année, comptable du jour de l'insinuation, en conformité de l'art. 26 de l'Édit de 1703 et de l'arrêt de règlement de la cour du 28 Juin 1656, et que les parents et alliés des vendeurs, tant présents que absents du Royaume, après laditte année échue, ne seront plus reçus a tenter l'action du retrait lignager. (1)

nouveaux possesseurs, qui n'auront fait enregistrer leurs tiltres dans le temps de six mois, soient tenus de payer auxdits greffiers des insinuations le triple dudit droit d'enregistrement; à quoy faire ils pourront estre contraints à la diligence desdits greffiers par saisies des revenus desdits biens; faisons deffences à tous nos Juges de donner aucune mainlevée desdites saisies, qu'il ne leur soit aparu desdits droits. » Archives des Bouches-du-Rhône, B, Parlement de Provence, *Lettres royales*, Reg. n° 66, f° 770, v°, et s. Cette partie de l'édit manque dans Isambert, *Anciennes lois françaises*, XX, p. 438 et s. — Il fut enregistré à Aix le 13 mars 1704. Archives des Bouches-du-Rhône, B, Parlement de Provence, *Délibérations du Parlement*, Reg. n° 30.

(1) JULIEN, I, p. 288; — Archives des Bouches-du-Rhône, B, Parlement de Provence, *Arrêts à la barre*, Reg. n° 1003, f° 371, r°. Balthazard Ginette, chanoine de l'église d'Aups, avait acheté par acte notarié, le 4 août 1740, une maison et un jardin. Le 18 décembre 1745, Pierre Trigon, de Sillans, intente contre lui un retrait lignager. Le 4 mars 1746, le juge d'Aups rejette la demande en retrait, mais, le 27 août 1746, le lieutenant du sénéchal de Draguignan admet la demande de Trigon, après que Trigon et sa femme ont juré « n'avoir pas la notice de ladite vente depuis plus d'un mois avant la demande » (en retrait). La Cour d'Aix casse cette dernière sentence, décide que tout retrayant sera forclos au bout d'un an à

Ce ne fut point le dernier arrêt de règlement rendu par la Cour d'Aix en matière de retrait lignager. Nous en retrouverons un autre, qui enregistra, avec des modifications, une déclaration royale de 1770, et qui vint restreindre, à un autre point de vue, le champ d'application du retrait lignager. En somme, depuis la fin du XVI^e siècle, il s'était constitué, en Provence, un état d'opinion plutôt hostile, sinon au retrait lui-même, du moins à sa trop grande extension aux dépens de la sécurité des transactions; état d'opinion qui se manifestait déjà aux États de 1580, et qui contrastait avec les tendances, si nettement et si aveuglément favorables au retrait, du XV^e siècle et du début du XVI^e.

§ 4.

Caractères du retrait lignager provençal.

Le statut de 1469 et ceux qui l'ont complété ont eu de nombreux interprètes, et ont fait naître une abondante jurisprudence. Les questions bien connues, qui se posaient, à propos du retrait lignager, dans la France coutumière, se posaient de même en Provence. Pour les résoudre, les auteurs provençaux du XVII^e siècle et du XVIII^e invoquent l'autorité d'un grand nombre de jurisconsultes étrangers à la Provence. Leur bibliographie du retrait lignager est fort copieuse. Ils citent Ioannes Faber, Masuer, Mornac, Tiraqueau; quelquefois des juristes italiens, comme Decius ou Ioannes de Imola. Ils invoquent surtout, et cela est pour nous particulièrement intéressant, les jurisconsultes de la France coutumière, les commentateurs de la coutume de Paris ou des autres coutumes de la France du Nord : ainsi

dater de l'insinuation de la vente, et ordonne que son arrêt sera imprimé, distribué et publié par les soins du Procureur général.

Loisel, Guy Coquille, Dumoulin, d'Argentré, Loyseau, Brodeau, Le Bret, Le Brun, etc. (1)

Ces citations de jurisconsultes coutumiers ne doivent pas faire illusion. En réalité, le retrait lignager du droit provençal est nettement différent du retrait lignager de la France du Nord. Le droit provençal nous met ici en présence d'une institution aux traits accusés, d'un type particulier de retrait, qui s'oppose notamment au type parisien, le plus connu des historiens du droit français, et le seul que, à tort d'ailleurs, ils signalent le plus souvent.

Le retrait provençal s'oppose surtout, avec la plus grande netteté, au type parisien « classique », pourrions-nous dire; au type de retrait qui s'est dégagé, pendant le XIV^e et le XV^e siècle, dans la région parisienne, et qui y a triomphé lors de la rédaction des coutumes. Sans doute, si l'on remonte dans le cours des temps, on trouve, dans la France coutumière, des traces d'une autre conception du retrait, plus voisine, comme nous le verrons, de la conception provençale. Mais cette conception s'est peu-à-peu évanouie pour faire place à ce type « classique » très net du retrait lignager. Le droit parisien et le droit provençal nous donnent dès lors, du XVI^e au XVIII^e siècle, l'exemple de deux conceptions diamétralement opposées du retrait lignager; et nous voudrions ici, très brièvement, marquer leur antinomie.

Il y a une différence capitale, et dont dérivent toutes les autres, entre le retrait lignager de la Provence et le retrait lignager parisien :

Le retrait parisien est fait pour maintenir dans une fa-

(1) Voir, p. ex., les citations de JULIEN à propos du retrait lignager, I, p. 263 (LOISEL), 265 (LOISEL, DU MOULIN), 268 (D'ARGENTRÉ), 271 (LOYSEAU, BRODEAU SUR LOUET), 276 (LE BRUN, DUNOD), 278 (CHASSENEUZ), 279 (D'ARGENTRÉ, DU MOULIN), 285 (BRODEAU, DUNOD, DU MOULIN), 291 (COQUILLE, DU MOULIN), etc.

mille déterminée un bien déterminé qui s'y trouve depuis un certain temps.

Le retrait provençal emploie, pour sauvegarder les intérêts familiaux, un procédé différent. Sans tenir compte de l'origine de la fortune immobilière qui, à un moment donné, se trouve entre les mains des divers membres d'une famille, il applique des mesures de protection à cette fortune, en bloc, et cela au profit de l'héritier le plus proche: si bien que le retrait semble avant tout organisé comme une garantie pour le successeur *ab intestat*. Il se rapproche par là de la légitime romaine; il s'éloigne du retrait et de la réserve des coutumes parisiennes; il sert à protéger, moins l'intérêt collectif d'une famille déterminée, que l'intérêt individuel de l'héritier *ab intestat*.

Et de là découlent une série de conséquences, qui donnent au retrait provençal sa physionomie.

1°. Le retrait lignager s'applique aux immeubles conquêts comme aux immeubles propres. La distinction est inconnue du droit provençal, et l'on a étudié récemment la résistance de la Provence à l'encontre des tentatives faites par la royauté, au XVI^e siècle, pour y introduire une des applications de cette distinction, la règle *Paterna paternis* (1). Le droit provençal, comme le droit romain et comme le droit français moderne, ne se préoccupe pas de l'origine des biens pour en fixer la dévolution. Peu importe donc que le bien soit, depuis plus ou moins longtemps, dans la famille de l'aliénateur.

Le droit de la France du Nord n'avait pas toujours fait, lui non plus, la distinction du propre et de l'acquêt. La nécessité de la *laudatio* des hoirs s'était appliquée aux deux sortes de biens, et des coutumes archaïsantes, comme la cou-

(1) E. CAILLEMER, dans *Le Code Civil, Livre du Centenaire*, t. II, p. 1089 et s.

tume de Normandie, ont continué d'admettre pour les acquêts comme pour les propres la possibilité du retrait lignager (1).

Mais le droit de la région parisienne, dès la fin du haut moyen-âge, s'était engagé dans une autre voie, et avait restreint aux biens propres certaines des protections essentielles du droit successoral, le retrait lignager et la réserve des quatre quints (2).

2°. En droit provençal, tout successible peut exercer le retrait, qu'il appartienne ou non à la ligne dont vient l'immeuble. Le retrait provençal se conforme ici au régime successoral en vigueur en Provence, régime qui ne distingue pas entre les lignes, et appelle à la succession les héritiers les plus proches en degré.

Ici encore, le droit provençal est resté plus fidèle que le

(1) Cfr. le texte si net du Grand Coutumier de Normandie (*Summa de legibus Normannie*), éd. TARDIF, 116, 9: « Notandum autem est quod, si quis feodum aliquod adquisierit et illud vendiderit, de consanguinitate quilibet illud poterit revocare, dum tamen propinquoires taceant nec requirant. » Cf. aussi la pseudo-ordonnance de Jean II, dans VIOLLET, *Établissements de Saint Louis*, III, p. 209, art. 43, ou dans PLANIOL, *Très Ancienne Coutume de Bretagne*, p. 479, art. 45: en cas de vente d'un conquêt, « il y avroit premesse [en tant que] chacun doit succeder. »

(2) V., par exemple, les documents empruntés aux Cartulaires de Saint-Florent, de Vendôme, et de Saint-Père de Chartres, indiqués dans D'ESPINAY, *Les Cartulaires angevins*, 1864, p. 255, note 3; — et le document de 1115 cité dans VIOLLET, *Établissements de Saint Louis*, III, p. 256. Dans tous ces actes, l'aliénateur déclare que son aliénation est valable sans le consentement des hoirs, parce que le bien aliéné est un acquêt. Même, du temps de Beaumanoir, on se demandait s'il ne fallait pas deux dévolutions successorales pour que le bien fût susceptible de retrait lignager. *Coutumes de Beauvaisis*, éd. SALMON, n° 1357: un acheteur soutenait « qu'il n'i avoit point de retraite, quant li peres (du vendeur) l'avoit acquis. »

droit parisien des derniers siècles au vieux système de la *laudatio* des proches; car, parmi les *laudatores* du haut moyen-âge, figuraient des parents de toute sorte, sans distinction de lignes. Au contraire, le droit de la région parisienne, dès le XIII^e siècle, distingue entre les lignes, et n'appelle au retrait des immeubles que les parents du lignage d'où vient le propre.

3°. La dernière conséquence découle de la seconde, et est tout-à-fait caractéristique.

Quand un immeuble a été vendu, non pas à un étranger, mais à un parent, un autre parent plus rapproché du vendeur peut-il exercer le retrait lignager?

Sur ce point, le droit de la France coutumière a évolué. Primitivement les coutumes avaient admis la solution favorable à l'héritier le plus rapproché du vendeur. Il pouvait retraire contre un parent plus éloigné, car c'était lui, en première ligne, que le retrait protégeait; — et c'est peut-être l'un des points où le retrait lignager se rattache le mieux au vieux système de la nécessité de la *laudatio* des hoirs: faute de *laudatio*, c'est le plus proche hoir qui attaque l'acquéreur. Et même, dans les coutumes angevines, qui ont conservé très pur cet ancien système, un lignager, parent du vendeur au même degré que l'acquéreur, peut exercer contre l'acquéreur un retrait lignager partiel, dans la mesure de sa part héréditaire (1).

Mais, dans les coutumes de la région parisienne, ces solutions ont été peu à peu écartées; et cette transformation était inévitable, puisque le retrait parisien, restreint aux pro-

(1) V. JOBBÉ-DUVAL, *Retrait lignager*, p. 118 et s. — Ainsi, quand le vendeur et l'acheteur sont deux frères, un autre frère peut intenter le retrait lignager contre son frère acheteur, afin de partager avec lui le bien ainsi acquis. *Établissements de Saint Louis*, I, c. 168 (Viollet, t. II, p. 310 et s.).

pres, devenait une institution protectrice, non pas du droit successoral de l'héritier le plus proche, mais du droit du lignage d'où venait le propre. Le but de cette institution était atteint, dès que l'immeuble restait aux mains d'un lignager. Peu importait qu'il changeât de mains à l'intérieur du lignage.

L'on peut suivre, à travers les textes de la région parisienne, les étapes de cette transformation. Dès l'époque de Beaumanoir, un lignager du même degré que l'acquéreur ne peut plus intenter contre l'acquéreur un retrait partiel (1). Beaumanoir permet encore à un lignager plus rapproché d'exercer le retrait contre un lignager plus éloigné (2). Mais, un siècle après lui, cette solution est écartée à son tour, et le droit parisien arrive à la solution logique, commandée par sa conception du retrait: plus de retrait lignager contre un acheteur lignager (3).

Le droit provençal n'a jamais eu la même conception du but du retrait; et, dès lors, le droit provençal a maintenu la solution favorable à l'hoir le plus proche; car c'est l'héritier, et non pas le lignage, que l'on entend protéger.

(1) BEAUMANOIR, éd. SALMON, n° 1368, *in fine*; n° 1371, où il raconte un procès qui a surgi précisément dans l'espèce indiquée à la note précédente: trois frères, l'un vendeur, l'autre acheteur, le troisième qui veut exercer le retrait pour moitié contre son frère acquéreur. Les « sages hommes de la contée » de Clermont, consultés, écartèrent la demande en retrait.

(2) BEAUMANOIR, n° 1368: « Cil qui est plus prochains parens du vendeur que l'acheteres le puet rescourre. »

(3) JACQUES D'ABLEIGES, *Grand Coutumier de France* (éd. DUPIN et LABOULAYE), II, 34 (p. 328): « Il est requis que l'acheteur soit tout estrange du lignage du vendeur du costé et ligne dont il est venu; car, s'il en estoit, tant fut de loing, aultre plus prochain d'icelle mesme ligne ne d'aultre ne seroit pas receu a la retraire, secundum stilum praepositurae Parisiensis ».

Le premier commentateur du statut de 1469, Masse, avait hésité sur ce point. Citant, à l'appui de son opinion, les *Consilia* de Decius et Ioannes de Platea, il disait: « Ratio Statuti est, ut bona in familia remaneant. Non minus autem est de familia remotior quam propinquior; itaque intelligendum est Statutum: cum bona venduntur extraneo » (1). Mais la jurisprudence du Parlement d'Aix se prononça constamment en faveur du parent le plus proche, notamment par des arrêts de 1615 et de 1634. (2)

De même, et très logiquement, la jurisprudence provençale permet à un parent plus rapproché d'intervenir dans l'instance en retrait intentée par un parent plus éloigné, et de prendre le retrait pour son propre compte (3); tandis que le droit parisien, dans sa forme définitive, adjuge le retrait au lignager qui l'a demandé le premier, lors même que ce li-

(1) MASSA, *Statuta*, p. 45; cité dans JULIEN, I, p. 276 et s.; traduit dans MASSE et BOMY, *Statuts et coutumes du pays de Provence*, Aix, 1620, p. 56 et s.

(2) Arrêts du Parlement d'Aix du 22 mars 1615 (MORGUES, p. 118); du 19 octobre 1615 (*ib.*, p. 117 et s.): « Michel Courtin, escuyer d'Aix, ayant acquis de damoiselle Lotise Bardelin, sa parente, un heritage, lequel avoit esté partagé avec ses devanciers, pour unir cette portion avec l'autre qui luy avoit esté transmise par sedit devanciers; MM. Pierre Laget, avocat, et Barthelemy Laget, procureur en la Cour, freres, nepveux de ladite Bardelin, s'estants rendus demandeurs en retrait, comme estans parens de la demanderesse en degré plus proche que ledit Courtin: ils y furent reçeus par sentence du Lieutenant general dudit Aix, du 27 mars 1615; — de laquelle, ledit Courtin ayant appellé, la cause ayant esté plaidée solennellement... ladite cour, par son arrest du 19 octobre 1615, confirma ladite sentence. » — Arrêt d'audience du 3 décembre 1634, entre François Sylvestre et Antoine Maureau, dans JULIEN, I, p. 277.

(3) MORGUES, p. 119; JULIEN, I, p. 277.

gnager est d'un degré plus éloigné que les parents qui le demandent ensuite (1).

§ 5.

Le retrait lignager et les alliés du vendeur.

Jusqu'ici, nous avons trouvé le retrait lignager fonctionnant, conformément à une conception initiale, avec une certaine logique. Il nous reste à parler d'une curieuse extension du retrait provençal, extension que l'on ne retrouve que très rarement ailleurs, par exemple dans certaines coutumes locales de l'Italie (2): l'admission des alliés du vendeur à l'exercice du retrait lignager.

Ici nous nous écartons, non seulement de la conception coutumière du retrait lignager, mais même de l'idée qui sert de point de départ à la construction provençale de cette institution. On va admettre à l'exercice du retrait des gens qui ne sont point de la famille d'où vient l'immeuble, et qui ne sont même pas appelés à succéder normalement au vendeur.

(1) Coutume de Paris, art. 141: on préfère le parent « qui premier fait ajourner en retrait. » Au contraire, au XIII^e siècle, on retrouve, dans des jugements normands, la solution donnée pour le droit provençal: ainsi dans un jugement de l'échiquier de 1229 (MARNIER, *Établissements et assises de Normandie*, p. 154). Un arrêt d'une assise de Lisieux (*ib.* p. 98) décide que, quand un parent a déjà exercé le retrait, un autre parent, également éloigné du vendeur, peut venir à l'instance et partager le bien avec le premier retrayant. C'est la solution provençale: à égalité de degré, la priorité dans l'instance ne confère aucun privilège spécial: MASSE et BOMY, p. 56; MORGUES, p. 119; JULIEN, I, p. 277; PASTOR, p. 146.

(2) PERTILE, *Storia del diritto italiano*, 2^e éd., III, p. 424.

Cette extension du retrait paraît injustifiable, et cependant, pendant à peu près trois siècles, la jurisprudence provençale l'a consacrée sans hésitation. A en croire les auteurs, et, en somme, il n'y a pas de raison pour révoquer en doute leur affirmation, cette jurisprudence est née de l'interprétation littérale du statut de 1469. Celui-ci appelait au retrait « las personas plus prochanas en affinitat et parentela de tal vendent ». Les mots *affinité* et *parenté* furent considérés, non comme deux synonymes, mais comme deux termes ayant chacun leur sens propre, et appelant deux catégories distinctes de retrayants, les alliés à côté des parents.

Un auteur cependant, Masse, a essayé de justifier cette interprétation du statut de 1469, autrement que par des arguments de texte. Il lui cherche des motifs rationnels, et voici en quels termes curieux il commente les mots « affinité et parentelle » du statut de 1469: « Si nous considerons l'intention du Statut expliquée par les Docteurs dont nous auons fait cy dessus mention, disants que la cause d'iceluy est afin que les biens soient confirmez en la famille, il faudra prendre ces deux mots pour un mesme mot, en sorte que seulement ceux là soyent pris pour parents, esquels la famille est conseruée... Toutesfois ie croy que les mots doiuent estre entendus proprement que ceux qui sont du sang pourront premierement retraire, et à leur defaut les alliez... Et en c'este façon on prend la copulative (*et*) pour la distinctive (*vel*); car le Statut n'a pas voulu que l'une et l'autre qualité se rencontre, mais qu'une seule suffise. Doncques ceux du sang seront premierement receus, et en defaut d'iceux les alliez seront aussi admis à retraire, et par ainsi ceux qui ont statué n'ont pas seulement consideré la conseruation des biens en la famille, mais l'affection et mutuelle bienveillance qui est et doit estre entre ceux qui sont descendus d'un commun estoc, et ioints par alliance: de laquelle parentelle ou alliance les vendeurs estants stimulés, ils ayent

mieux aymé que les biens par eux vendus fussent plus tost transportés à leurs parents et alliez, que non pas aux estrangers: lesquels ils n'ont possible jamais connus, et desquels ils n'ont oncques receu aucun plaisir n'y courtoisie, et n'esperent d'en recevoir aucune » (1).

On voit à quelle nouvelle justification du retrait lignager aboutit cet auteur, dans le désir de légitimer l'admission des alliés au retrait. Il fonde cette institution sur une interprétation de la volonté du vendeur, qui aurait sûrement préféré vendre à un sien ami, parent ou allié, qu'à un étranger quelconque. Ce n'est plus ni l'intérêt familial, ni l'intérêt successoral que l'on entend protéger. Le retrait lignager, qui semble venir à l'encontre des intentions du vendeur, est au contraire, aux yeux de Masse, fait pour donner à ces intentions leur pleine réalisation...

Ce passage de Masse, si suggestif en lui-même, ne donne cependant pas une idée juste de la place que la jurisprudence provençale attribue aux alliés. Masse n'appelle les alliés au retrait qu'à défaut de parents: si bien que, dès qu'un parent, serait-il plus éloigné, intente le retrait, l'allié ne peut pas l'exercer. Et il y a eu, le 15 mai 1657, un arrêt en ce sens, où le cousin germain du vendeur a été préféré au beau-frère (2). Mais il y eut aussi des arrêts en sens contraire, qui adjugèrent le retrait à un allié plus proche, de préférence à un parent plus éloigné. Enfin d'autres arrêts, qui donnèrent la préférence à un parent sur un allié, ne la donnèrent qu'à égalité de degré entre eux (3).

(1) MASSA, *Statuta*, p. 45 et s.; MASSE et BOMY, *Statuts et coutumes*, 1620, p. 57 et s. MORGUES, p. 117, ne tente aucune justification semblable.

(2) DU PERIER, *Arrêts de la Cour de Parlement d'Aix*, R, n° 45 (*Œuvres*, 1759, II, p. 551); et un plaidoyer du même auteur, *ib.*, III, p. 470 et s.

(3) Cf. JULIEN, I, p. 274; — B. DEBÉZIEUX, *Arrêts notables*

Il n'y eut qu'un seul allié dont l'admission au retrait fit difficulté : ce fut le conjoint du vendeur. Une fraude était à redouter dans le cas où une femme voulait exercer le retrait des biens vendus par son mari. On pouvait craindre que, au fond, sous le nom de sa femme, ce ne fût le mari lui-même qui revint sur la vente qu'il avait conclue. Aussi la jurisprudence provençale ne permit à la femme d'exercer ainsi le retrait, que dans le cas où elle pouvait établir qu'elle avait des biens personnels (1).

*
* *

Dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, cette particularité de la jurisprudence provençale disparut presque entièrement, dans les circonstances suivantes :

de la Cour du Parlement de Provence, Paris, 1750, p. 234 : « Les anciens arrêts jugeoient et admettoient les parents contre les alliés, en quelque degré qu'ils fussent, comme il se voit par celui du 15 mars (mai) 1657 ; mais le contraire a été jugé depuis, au rapport de M. de Guérin, le 30 juin 1688, entre Anselme d'Éguilles et Albert de Marseille ; sur cette équitable considération, que le statut appelle les parens et les alliés promiscument et sans garder aucune différence ». — V. aussi, comme exemple de la facilité avec laquelle la jurisprudence provençale admet les alliés au retrait, l'affaire rapportée dans BONIFACE, *Arrests notables*, I, p. 520 et s. : le 22 décembre 1666, la Cour confirme une sentence du Lientenant de Draguignan, qui admet au retrait le mari de la tante de la femme du vendeur. Vainement l'appelant fait-il observer que, dans cette espèce, le retrayant n'est pas l'allié du vendeur, mais seulement l'allié de la femme du vendeur...

(1) Une question analogue se posait au sujet des enfants qui auraient voulu exercer le retrait sur les biens vendus par leurs parents. La jurisprudence leur permit de l'exercer, à condition qu'ils eussent des biens propres. Cf. MASSE et BOMY, p. 49.

En 1769, lors de l'assemblée générale des communautés de Provence, dans la séance du 26 octobre, M. Désorgues, assesseur d'Aix, procureur du pays, s'éleva contre la jurisprudence constante qui appelait les alliés au retrait. Il invoquait notamment les dispositions du statut accordé aux habitants d'Aix en 1309, statut qui ne concernait que les parents seuls, et il proposait de demander au roi une ordonnance afin d'exclure les alliés du bénéfice du retrait. L'assemblée se rangea aux conclusions de l'assesseur d'Aix, vota une délibération dans ce sens (1), et, à la suite de ce vote, après la session de 1769, les remontrances suivantes furent envoyées au roi :

Art. 5. — Par un statut particulier accordé par le roy Robert, en 1309, à la seule ville d'Aix, capitale de la Provence, ses habitants furent admis à exercer le retrait sur les immeubles situés dans la susd. ville et son terroir, qui seroient vendus par leurs parens et *plus prochains en ligne de leur sang*.

En 1472, les États de la province prirent occasion de ce statut pour demander que le retrait lignager fut admis dans toute l'étendue de la province. Néanmoins, sous le prétexte qu'il fut dit, dans la supplique des gens des trois États conçue en idiome du pays, que *las personas las plus prochanas dal vendour en affinita et parentella* seroient admises au retrait, on a cru dans l'usage et en interprétant ces mots : *en affinita et parentella* à la lettre, pouvoir admettre indifféremment au retrait les parents et les alliés du vendeur, sans considérer que ces deux mots ne furent regardés que comme synonymes et signifiant une seule et même chose, sans quoy, le statut auroit fait marcher et donné la préférence aux alliés sur les parents; que son motif ne fut et ne put être autre,

(1) La délibération du 26 octobre 1769 se trouve aux Archives des Bouches-du-Rhône, série C, reg. 88, f^o 97. Nous jugeons inutile de rapporter cette délibération, dont le contenu se trouve reproduit, souvent textuellement, dans les remontrances que nous publions ici (archives des Bouches-du-Rhône, C, 2078).

ainsi que le remarquent tous les auteurs du pays, que de conserver les biens dans la famille du vendeur; que les alliés ne sçauoient en faire partie; et que le comte de Provence, en accordant aux gens des trois États leur demande, quoique contraire au droit commun et à la liberté des contrats, si fort recommandée par la droit écrit observé en Provence, ne s'y détermina que parce que le retrait lignager étoit déjà observé en certains lieux du pays, sans néanmoins que les alliés y fussent admis dans aucun.

Toutesfois, cette extension du retrait en faveur des alliés a donné et donne tous les jours lieu à une foule de contestations et de procès de la part desd. alliés.

Les uns, se trouvant en concours avec les parents du vendeur, ont soutenu qu'ils devoient leur être préférés, parce qu'ils étoient dans un degré plus proche d'alliance; sur quoy il y a eu diversité d'arrêts; les derniers paroissent même avoir jugé que l'allié plus proche devoit être préféré au parent qui étoit dans un degré plus éloigné.

D'autres ont prétendu devoir être admis au retrait, quoy qu'ils ne fussent alliés qu'au dixième degré.

Il y en a, enfin, qui ont été assez inconsidérés pour soutenir que l'alliance subsistoit, quoique le mariage qui y avoit donné lieu eut été résolu.

L'assemblée générale des communautés de Provence, convoquée, Sire, par vos ordres, en octobre 1769, frappée de ces différentes contestations si contraires à l'intérêt public, au repos des familles, et à la liberté des contracts, si fort recommandée par les loix romaines qui forment le droit commun de la province, a cru, pour les saper d'un seul trait, empêcher, d'une part, que des alliés ne se servissent du statut requis en 1472 par les gens des trois États pour priver les parents du droit de retenir les biens vendus par leurs parents, ainsi qu'il est arrivé, et obvier, de l'autre, à cette foule d'inconvénients qu'il y a d'admettre au retrait d'autres personnes que les parents, a cru devoir revenir au véritable et seul motif du statut, qui ne fut autre que de conserver les biens dans les familles, en donnant aux parents, qui avoient l'espoir de les recueillir par succession, la faculté de les retenir en cas de vente, et supplier en conséquence Votre Majesté de vouloir bien

déclarer par une loy générale qu'il n'y auroit désormais que les parents des vendeurs qui seroient admis au retrait.

C'est dans cet objet, Sire, que cette assemblée, après avoir considéré que le véritable et unique motif du statut de l'an 1472, introductif du retrait lignager dans cette province, fut de conserver les biens dans les familles, et qu'on ne pouvoit l'étendre en faveur des alliés sans donner lieu à une foule d'inconvénients, nous a chargé, Sire, de supplier Votre Majesté, au nom de la province assemblée en corps, de vouloir bien ordonner par une déclaration ou arrêt du Conseil, revêtu de lettres patentes, en interprétant, en tant que de besoin seroit, le susd. statut, qu'il n'y auroit désormais que les parents du vendeur qui seroient admis au retrait lignager, sans préjudice néanmoins des arrêts ou sentences qui auroient passé en force de chose jugée, et des transactions ou actes par lesquels les contestations nées à ce sujet auroient été terminées, lesquels subsisteroient en leur entier, et seroient exécutées selon leur forme et teneur.

Nous osons espérer, Sire, qu'une pareille supplication sera accueillie d'autant plus favorablement que, d'une part, les alliés ne sont admis au retrait dans aucune province du royaume, quoique le retrait lignager y ait généralement lieu, et que, de l'autre, en prévenant par là une foule de procès, on obvie aussi à bien de fraudes. On ne sçauroit, en effet, disconvenir que la matière des retraits n'en soit fort susceptible, et c'est, en qqe façon, les favoriser, que d'augmenter la nombre des retrayants, contre l'objet et le motif de la loy introductive du retrait.

Ces doléances furent suivies d'effet. Le roi envoya au Parlement de Provence une déclaration faisant droit aux demandes des États. Comme on le verra, cette déclaration admettait cependant le mari à retraire les biens aliénés par la femme, et la femme, quand elle avait des biens adventifs, à retraire les biens aliénés par le mari. La déclaration fixait en même temps le rang de ce retrait exercé par un époux sur les biens de l'autre: le droit de l'époux primait le droit de tous es parents; seuls les enfants nés du mariage, et ayant un

pécule, pouvaient exercer le retrait sur le bien aliéné par l'un de leurs parents, de préférence à l'autre parent. Nous donnons ici le texte de cette Déclaration, tel qu'il figure dans les Archives du Parlement de Provence (Bouches-du-Rhône, Dépôt d'Aix, Série B, *Lettres royaux*, registre 129, f^{os} 116, v^o, et s.).

Louis, par la grâce de Dieu, Roy de France et de Navarre, comte de Provence, Forcalquier et Terres adjacentes, à tous ceux qui ces présentes lettres verront, Salut. Le Statut de l'an 1472, qui a introduit en Provence le retrait lignager, à la requête des gens des trois États, a excité des disputes parmi les jurisconsultes et donne lieu encore à des fréquentes contestations parmi nos sujets. La supplique mal rédigée, à laquelle il se rapporte, tendoit à faire admettre au retrait les personnes les plus proches en affinité et parenté; et l'on a prétendu que les mots, employés comme synonymes, s'appliquoient disjonctivement à deux ordres différents de personnes, qui tenoient au vendeur par le lien ou de parenté, ou de simple affinité, alternative contraire au statut du roy Robert pour la ville d'Aix de l'an 1309, et à la nature même de ce retrait, qui est fondé sur l'aptitude à recueillir la succession, et sur la proximité en lignage dérivant d'une souche commune. Cependant cette interprétation avoit tellement prévalu dans l'usage, que la préférence étoit communément adjugée à allié plus proche au degré sur le parent plus éloigné, et qu'on a vu des alliés intenter le retrait, lors même que l'affinité étoit totalement éteinte par la dissolution du mariage sans enfants. Et, comme il importe au bien de nos sujets de tarir, autant qu'il est possible, la source des procès, et de restreindre dans de justes bornes un retrait qui gêne la liberté du commerce, Nous avons reçu favorablement les supplications à Nous faites par la dernière Assemblée générale des Communautés de notre pays de Provence, aux fins qu'il Nous plaise interposer notre autorité pour fixer l'interprétation des statuts de 1472, et prescrire des règles certaines sur une matière si importante.

A ces causes, de l'avis de notre Conseil et de notre certaine science, pleine puissance et autorité royale, ayant égard à la re-

quête des Procureurs des gens des trois États de notre pays de Provence, et interprétant, en tant que de besoin, ledit statut de 1472, Nous avons dit, déclaré et ordonné, disons, déclarons et ordonnons que les parents du vendeur seront seuls à l'avenir admis au retrait lignager dans le temps légal; sans préjudice néanmoins des arrêts ou sentences qui auront passés en force de chose jugée, et des transactions ou actes par lesquels les instances mûes à ce sujet auroient été terminées, lesquels subsisteront en leur entier et seront exécutés selon leur forme et teneur;

N'entendons cependant confondre avec les simples alliés (que nous excluons de la faculté d'user du retrait lignager) le mari qui sera reçu à intenter sur les biens adventifs de sa femme, et la femme, ayant des biens adventifs, qui pourra l'exercer sur les biens aliénés par son mary, avec préférence sur tous les parents indistinctement, à l'exception des enfants qui useroient du retrait sur les biens vendus par leur père et mère, en payant le prix des deniers de leur pécule.

Sy donnons en mandement à nos amés et féaux conseillers les gens tenans notre Cour de Parlement d'Aix, que ces présentes ils ayent à enregistrer, et leur contenu garder et faire garder, observer et exécuter selon leur forme et teneur, cessant et faisant cesser tous troubles et empêchements à ce contraires. Car tel est notre plaisir. En témoin de quoy nous avons fait mettre notre scel à ces dites présentes.

Donné à Versailles, le quatre avril, l'an de grâce mil sept cent soixante dix, et de notre règne le cinquante cinquième.

Signé : Louis. *et plus bas* : Par le Roy, Comte de Provence, Philippeaux. *Dument scellées du sceau en cire jaune.*

Cet acte ne fut pas enregistré sans modifications.

Le 8 mai 1770, les Chambres assemblées, M. Le Blanc de Castillon, avocat général, annonça qu'il avait reçu cette Déclaration et les lettres de cachet, le tout adressé au Premier Président; il les remit au Président de Grimaldy, et en requit l'enregistrement pure et simple. Lecture faite de ces

divers documents, un arrêté en renvoya l'examen à des commissaires, selon l'usage (1).

Le 23 janvier 1771, dans l'Assemblée des Chambres, le Président d'Albert St Hippolyte annonça que, conformément à l'arrêté du 8 mai, les commissaires avaient examiné la Déclaration relative au retrait lignager ; il ajouta que les commissaires proposaient de l'enregistrer, mais avec une modification. Ils voulaient restreindre encore l'exercice du retrait lignager, ne plus l'autoriser en principe entre mari et femme, et ne l'admettre entre conjoints que dans le seul cas où il y avait des enfants nés du mariage (2).

Le Premier Président ayant pris les opinions, la Cour rendit l'arrêt suivant, qui prit place dans le recueil des Arrêts de règlement du Parlement d'Aix (3) :

Veu par la Cour, les Chambres assemblées, la Déclaration de Sa Majesté concernant le retrait lignager, donnée à Versailles le 4 avril 1770, signée : Louis, et plus bas : Par le Roy, Comte de Provence, Phéliepeaux, deurement scellée ; — ouï le Procureur général en ses conclusions verbales, qui en a requis l'enregistrement pur et simple, et le rapport de M^{ire} Joseph de Boutassy, marquis de Châteaularc, chevalier, seigneur de Rousset et de Fuveau, conseiller du Roy, doyen en la Cour ; — tout considéré :

Il sera dit que la Cour, les Chambres assemblées, a vérifié ladite Déclaration, ordonne qu'elle sera enregistrée aux registres de la Cour pour être exécutée suivant sa forme et teneur ; à la charge que la préférence accordée au mari exerçant le retrait sur les biens adventifs de sa femme, et à la femme qui (ayant des biens adventifs) exerce le retrait sur le biens de son mari, ne

(1) Bouches-du-Rhône, B (Parlement de Provence), registre n° 36 des Délibérations du Parlement, à la date du 8 mai 1770.

(2) Même registre n° 36 des Délibérations du Parlement, à la date du 23 Janvier 1771.

(3) Bouches-du-Rhône, B (Parlement de Provence), registre n° 15 des Arrêts d'État, à cette date.

pourra avoir lieu s'il n'existe point d'enfans de leur mariage ; — et que copies collationnées de ladite Déclaration et du présent Arrêt seront envoyées aux sénéchaussées du ressort, pour y être lues, publiées et enregistrées ; — enjoint aux substituts du Procureur général d'y tenir la main et d'en certifier la Cour au mois.

Délibéré, les Chambres assemblées, le vingt trois janvier mille sept cent soixante onze.

Des Galois de La Tour. — Bouttassy-Châteaularc, doyen.

Et c'est ainsi que, jusqu'à la Révolution, il demeura dans le droit provençal une trace de la curieuse jurisprudence qui s'était constituée sur l'interprétation du statut de 1469, et qui contribuait à donner au retrait provençal une physionomie propre (1).

CONCLUSION.

L'histoire du retrait lignager.

Dans l'un des derniers fascicules de ses *Untersuchungen*, Julius Ficker a soutenu, sur l'histoire du retrait lignager, une thèse originale (2). Constatant la présence de cette institution dans tous les pays qui ont subi l'action des coutumes germaniques, il explique l'analogie de leurs droits sur ce point par la haute antiquité du retrait lignager. Pour lui, ce retrait est né chez les Germains bien avant les invasions, avant même l'époque de César ou de Tacite. Il remonte à une période très ancienne, pendant laquelle la pro-

(1) Nous tenons à exprimer ici notre reconnaissance au personnel des Archives départementales des Bouches-du-Rhône, et en particulier à M. J. Fournier, pour l'aide qu'il nous a prêtée dans la recherche des documents.

(2) J. FICKER, *Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte*, V, 1, 1902, p. 244 et s.

priété foncière individuelle s'était déjà fortement constituée en Germanie. Plus tard, à la suite de migrations et de mouvements de peuples, cette propriété individuelle du sol disparut, et les Germains en arrivèrent au collectivisme agraire que César et Tacite nous ont dépeint. Par là même, le retrait lignager subit une éclipse ; mais son souvenir resta vivace dans l'esprit des populations germaniques, et, une fois les Germains établis dans l'Europe occidentale, et revenus à la propriété individuelle du sol, le retrait lignager put surgir partout de nouveau, présentant partout les mêmes traits essentiels.

Le savant auteur établit dès lors une antithèse très nette entre le retrait lignager, qui, dit-il, présuppose la pleine liberté de disposer, et les différentes institutions, réserve, douaire des enfants, etc., qui protègent la famille contre les aliénations à titre gratuit, et dont l'origine serait récente, remontant au haut moyen-âge où, tout au plus, à la période franque. Ces institutions changent de pays à pays, et leur variété contraste avec l'unité d'organisation du retrait. Elles sont nées quand il fallut réagir contre l'abus des donations pieuses, et garantir contre elles les intérêts familiaux. C'est parmi ces institutions, très distinctes du retrait lignager, que J. Ficker range le *Beispruchsrecht*, institution localisée, dit-il, dans quelques pays, tels que la Saxe et l'Artois.

Enfin l'auteur indique, sans avoir pu insister sur cette idée, qu'un lien étroit unit le retrait lignager à la saisine légale (*rechte Gewere*) d'an et jour. Ces deux institutions remonteraient, dans le droit germanique, à la plus haute antiquité.

L'étude que nous venons de faire pour la Provence est loin d'être favorable à ces conclusions. Pendant le haut moyen-âge, nous n'avons pas trouvé en Provence de retrait lignager. Celui-ci est une institution récente, et ce caractère récent du retrait, qui n'est pas douteux pour la Provence, pourrait

de même être établi pour bien d'autres pays. La variété même des termes employés pour désigner le retrait lignager prouverait déjà la spontanéité de sa formation dans les divers pays de l'Europe médiévale.

De plus, par une coïncidence remarquable, le retrait lignager apparaît seulement, dans le Sud-Est de la France comme ailleurs, au cours du XIII^e siècle et du XIV^e, c'est-à-dire au moment où s'affaiblit l'ancienne nécessité de la *laudatio*. Le lien entre les deux institutions n'est pas douteux. La nécessité de la *laudatio* des hoirs n'a pas été, comme M. Ficker le pense, une particularité locale, mais une institution générale à toute l'Europe romano-germanique. Partout, elle a précédé le retrait lignager, qui n'est en somme qu'un système transactionnel, fait pour concilier les intérêts des héritiers et la liberté individuelle de disposer. L'on ne doit pas plus contester le lien qui existe entre les deux institutions, que l'on ne conteste le lien de filiation qui existe, dans une matière analogue, entre l'ancienne nécessité de la *laudatio* du seigneur pour le vassal, et la forme plus jeune du droit seigneurial, le retrait féodal.

Enfin, mais c'est là une observation spéciale à la Provence, il n'y a aucun lien en droit provençal entre le retrait lignager et la saisine légale. Comme nous l'avons vu, le délai d'an et jour n'est apparu, en Provence, dans la matière du retrait lignager, qu'au milieu du XVII^e siècle.

La vérité est que l'on fait fausse route, lorsque l'on recherche très loin dans le passé, soit dans les coutumes germaniques, soit dans le droit romain, l'origine des mesures que les coutumes médiévales organisent pour la protection des héritiers. Nous avons signalé le caractère récent du retrait lignager; la même démonstration peut être faite pour d'autres institutions, par exemple pour le douaire des enfants. La floraison de ces institutions, au moyen-âge, s'explique, non comme une réminiscence du passé, mais comme une consé-

Fra i molti argomenti, rispetto ai quali, se un giorno si darà mano ad una revisione del Codice civile italiano, le formule di questo dovranno essere corrette, vi ha a mio avviso, il possesso.

Il nostro Codice civile ha distaccato bensì il tema del possesso da quello della prescrizione, col quale è confuso nel Codice civile francese. Del possesso trattasi nel nostro codice civile in un titolo (5° Lib. II art. 685-709 del Cod. civ. ital.) distinto e lontano da quello della prescrizione (Lib. III art. 2105-2147). Nessun Codice civile italiano anteriore aveva fatto lo stesso. Soltanto il Codice Albertino, nel mentre, ad esempio del *Code civil*, dedica al possesso un capitolo speciale del trattato della prescrizione (2° Lib. III art. 2363-2370), dà la nozione del possesso e regola gli interdetti possessori nel titolo, molto anteriore, della proprietà (Lib. II art. 445-448). Anche il Codice civile austriaco tratta del possesso come di un istituto a sè, al principio del Libro concernente i diritti sulle cose (§§ 309 e segg.); lo stesso è a dirsi dei codici germanici anteriori all'attuale, e di quest'ultimo (§§ 854 e segg.).

Non vi ha dubbio che i due temi del possesso e della prescrizione, come devono venir distinti, così anche devono venire a parte trattati. Il possesso ad *usucapionem* non è infatti il semplice possesso ad *interdicta*, ma è questo possesso coll'aggiunta di requisiti e condizioni estrinseche al concetto del possesso per sè medesimo considerato, sia che

questo si reputi diritto, o sia che semplice fatto, da cui emanano giuridiche conseguenze.

Ma tanto il legislatore italiano, quanto quello sardo, proponendosi di considerare il possesso da sè e per sè, non seppero, a mio avviso, appurarne il concetto, liberandolo da ogni mistura di elementi estrinseci ed accidentali, quali convengono al *possesso ad usucapionem*, e coi quali si trova confuso nel *Code civil*, e in molti altri che questo codice hanno imitato.

Tre sono fra i requisiti del possesso secondo il Codice civile italiano, quelli che, a mio avviso, giustificano l'anzidetta censura, e pei quali può dirsi che non sia esatta la definizione che dà questo codice del possesso in sè e per sè considerato, cioè del possesso interdittale, distinto affatto dal possesso *ad usucapionem*.

Sono essi la *pubblicità*, la *non interruzione*, e la *pacificità*, dicendo l'art. 686: « il possesso è legittimo quando sia continuo; non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco, e con animo di tener la cosa come propria », e richiedendo poi l'art. 694 che sia *legittimo*, cioè abbia tutti i caratteri enumerati dall'art. 686, il possesso che si vuol tutelare contro le turbative mediante l'azione di manutenzione.

Che per potere spiegare azione di manutenzione, perchè si abbia possesso interdittale, sia necessaria la *pubblicità* di esso, non è davvero ammissibile, nè in realtà fu mai insegnato nella scienza del diritto.

A parte la naturale infrequenza di casi di possesso clandestino, o non pubblico, quando pur tuttavia uno di questi casi verificarsi, egli è certo nella scienza che, se taluno questo possesso conosce e lo turba, può contro di lui venire spiegata dal possessore turbato l'azione di manutenzione. Che il possesso tolto clandestinamente da una persona ad un'altra, non possa venir protetto, ma debba invece venir restituito al possessore anteriore, al pari del possesso acqui-

stato colla violenza, è risaputo a datare da quando fu scritto nell'Editto del Pretore romano il canone che si legge nella l. 1 D. *uti possidetis*. Ma, oltrechè il possesso, clandestinamente acquistato, può diventar legittimo quando sia cessata la clandestinità, come lo può il possesso acquistato colla violenza, quando questa sia cessata (art. 689), non si deve confondere il possesso acquistato clandestinamente col possesso clandestino fin dall'origine sua. Suppongasi che due proprietari confinanti abbiano scavato insieme un sotterraneo sotto le loro case contigue, all'insaputa di ogn'altra persona, e che siano convenuti del limite fino al quale il sotterraneo spetti a ciascuno di loro, corrispondentemente alle sovrastanti loro case. Non è dubbio nella scienza, nè in Diritto romano, che, se uno di que' proprietari turbasse il possesso dell'altro nella parte del sotterraneo che gli spetta, questi potrebbe spiegare contro quello l'azione di turbato possesso, benchè nessuna terza persona quel sotterraneo conosca.

Nel diritto francese e italiano invece sembrami impossibile sostenere la stessa tesi di fronte alla esigenza della *pubblicità* tanto nel possesso *ad interdicta*, quanto nel possesso *ad usucapionem*. Soltanto l'azione di spoglio (art. 695) potrà venire intentata a difesa di un possesso non pubblico.

L'irrazionalità del requisito della pubblicità del possesso, per sè medesimo considerato, è stata avvertita da parecchi giureconsulti francesi, i quali affermano in generale che il vizio di clandestinità, come quello di violenza del possesso, è *relativo*, e non può essere opposto che dal proprietario, è cioè relativo a questo solo. (V. Beltjens, *Le droit civil*, etc. art. 2229). Altri, come Troplong (*De la prescription* n. 370), e Laurent (XXXII n. 8289), affermano la stessa cosa rispetto agl'interdetti possessori.

Al solo possesso *ad usucapionem* occorre la pubblicità. Dice benissimo il Laurent « che il concetto della *relatività* del « requisito della *pubblicità* è inammissibile nella teoria del

« possesso come fondamento della prescrizione. Esigendo
« che esso abbia certi requisiti, la legge non ha di mira
« l'interesse di colui contro il quale la prescrizione si fa,
« o almeno questo interesse non è condizione essenziale;
« in realtà la prescrizione non è istituita per ragioni di
« interesse privato; non è ricompensa che la legge accordi
« al possessore, nè pena di cui ella colpisca il proprietario
« negligente; gli è anzitutto nell'interesse della società che
« essa consolida i possessi, e dà preferenza al possessore
« sul vero proprietario. Ma affinchè il possesso possa e debba
« venir consolidato, egli è necessario che egli sia espressione
« di un diritto; ora il possessore che si nasconde dimostra
« con ciò di non aver diritto; epperò il legislatore non può
« nè deve mantenere il suo possesso a titolo di diritto ».

Al che si può aggiungere che la *pubblicità* del possesso è mezzo idoneo affinchè il proprietario non corra pericolo di perdere la proprietà, ignorando l'altrui impossessamento della cosa sua. E saggiamente il diritto italiano ha viemaggiormente guarentito la pubblicità del possesso *ad usucapionem*, esigendo anche la trascrizione del titolo del possesso (art. 2137 Cod. civ.).

La *non interruzione* del possesso, in sè e per sè considerato, cioè del possesso interdittale, è un altro requisito non necessario, il quale pure sembrami provenire da confusione fra quel possesso e il possesso *ad usucapionem*. In ordine a questo infatti lo richiede l'art. 2229 del *Code civil*, che il legislatore italiano trasferì e ripeté tal quale nello speciale trattato del possesso (art. 696).

Che per essere possessore, e giovarsi degli interdetti possessori, segnatamente dell'azione di manutenzione, bisogna possedere non interrottamente per un anno, statuisce il Codice civile italiano (art. 694), come l'Albertino (art. 845), e il *Code de Procédure civile* (art. 23). E da questo canone consegue

che, se il possesso è stato interrotto prima che fosse durato un anno, occorre che esso venga ripreso, e continuato per tutto l'anno successivo a datare dalla cessata interruzione, affinchè possa venir difeso coll'azione di manutenzione. Or se senza l'annalità non vi ha affatto possesso interdittale, egli è chiaro che la non interruzione di questo possesso è vero nonsenso, perchè nulla significa.

Nella dottrina della prescrizione invece è giusto che nel possesso richiedasi la non interruzione. Siccome il possesso *ad usucapionem* deve essere continuato per un certo numero di anni, egli è chiaro che il prescrivente, privato del possesso, e che ha lasciato che altri per un anno possedesse, debba riacquistare il possesso e ricominciare la prescrizione. Ciò appunto significa l'art. 2124 del Cod. civ. italiano (art. 2378).

E vi ha di più. Lo applicare al possesso interdittale il concetto di non-interruzione, proprio del possesso *ad usucapionem*, sembra significare che debba valere anche pel primo la distinzione fra l'interruzione naturale, e l'interruzione civile, propria esclusivamente dal secondo (art. 2123 Cod. civ. it.; art. 2377 Cod. Alb.; art. 2242 *Code civil*).

Si comprende infatti che, pendente una controversia intorno al diritto di possedere, non si possa reputar compiuta la prescrizione fino a che il giudice non abbia deciso a favore del possessore. Ma per questa cagione non si interrompe il possesso, per sè solo considerato. Al contrario, come il semplice possesso, da un anno durato, conferisce al possessore il diritto di essere convenuto, anzichè di farsi attore in una lite petitoria, così esso conserva codesta efficacia sua fino a che il giudice non abbia definito quella lite.

Anche il requisito della *pacificità* sembrami a torto trasferito dalla dottrina del possesso *ad usucapionem* in quella del possesso interdittale.

Possesso pacifico intendono i giureconsulti quello che nella

sua durata non è turbato da contrasti fra il possessore ed un terzo, senza che per questa causa possa dirsi cessato, e senza che il possessore abbia fatto uso della tutela interdittale. Or che un possesso cosiffatto non sia idoneo alla prescrizione, può ammettersi, osservando col Laurent (ib. 281) che, col non far uso degli interdetti, e col limitarsi a respingere colla forza la forza, il possessore rende dubbioso il proprio diritto di possedere. Ma il possesso turbato è ancor possesso; l'essere pacifico non è dunque requisito del possesso, in sè e per sè considerato, cioè del possesso interdittale.

Or se tanto la *pubblicità*, quanto la *non interruzione* e la *pacificità* non si possono reputare veri e propri requisiti del possesso interdittale; se cioè le precedenti mie osservazioni e critiche non sono infondate, non mi darà torto il lettore di concluderne che, come ho detto dappprincipio, se mai il Codice civile italiano verrà un giorno riveduto, fra gli oggetti di questa revisione dovrà essere la formula con cui l'art. 686 definisce il *possesso legittimo*, cioè il possesso per sè solo e per sè medesimo considerato, e, come tale, suscettivo di giuridica tutela.

DIE ZESSION IM RECHTE
DER GRAEKO-AEGYPTISCHEN PAPYRI

VON

LEOPOLD WENGER

PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT GRAZ

Der freundlichen Aufforderung, mich mit einem Aufsätze an der Festschrift zu beteiligen, die Italiens Romanisten einem ihrer Bannerträger, Professor Fadda, zu dessen Jubelfeste darbringen, vermag ich nicht in der Weise zu entsprechen, die Jubilar und Gratulanten mit Fug und Recht in Anspruch nehmen durften. Um aber trotz äusserer Hindernisse, die lange Zeit meine Arbeit erschwert, dennoch der Verehrung für die romanistische Forschung, die, alter Tradition entsprechend und würdig, Italiens Romanisten und unter ihnen an ragender Stelle Fadda pflegen, von der südlichsten deutschen Universitätsstadt aus bescheidenen Ausdruck zu geben, bin ich dankbar, wenn die folgende Miscelle in Fadda's Festschrift zum Abdrucke kommt. Es ist ein Einzelbild aus jener gewaltigen Rechtswelt, die vor unserem stauenden Auge in jüngster Zeit die Papyri entrollt haben: ein Beitrag zur griechisch-aegyptischen Rechtsgeschichte, an deren Erforschung sich Juristen und Historiker aller Kulturnationen, wahrlich nicht an letzter Stelle die Gelehrten jenseits der Alpen, in edlem Wettstreit beteiligen. Zwar ist, was ich dem romanistischen Publikum vorlege, in erster Linie nicht römisches Recht, zwar werden wir aus den Namen der handelnden Personen vorwiegend auf griechische oder gar aegyptische Nationalität schliessen und daraus wieder — das Personalitätsprinzip der antiken Rechtswelt uns vor Augen haltend — auf *graeco-aegyptische* und *nicht römische Satzung*, aber schon ist uns die Aufgabe klar geworden, an Stelle der römischen eine römisch-griechische oder lieber griechisch-römische und darüber hinaus eine *antike Rechtsgeschichte* zu

setzen (1). Gar manches Rechtsinstitut, welches das römische Recht zögernd und nur widerstrebend anerkannt oder auch gar nicht zugelassen hat, zeigt uns die Praxis der Papyri in wie selbstverständlicher Geltung. Manch befruchtende Anregung hat das römische Reichsrecht aus dem Volksrecht der östlichen Reichshälfte gewonnen und an manchem schönen Einzelergebnis detaillierter Spezialforschung haben sich die Sätze bewährt, die Ludwig Mitteis zuerst vor anderthalb Dezennien mit festen Strichen hingestellt hat (2). Griechisch war das Recht wie die Kultur des Ostens. Den Hellenismus im antiken Rechtsleben zu erforschen ist die schöne Aufgabe, sonnig schön wie alles, was die Kultur der Hellenen betrifft, selbst ihre Schattenseiten verklärend.

Bekannt ist die *langsame Entwicklung der Zession im römischen Stadtrecht*. Den ersten Versuch an Stelle des einen Gläubigers einen anderen zu setzen, macht man auf dem Umwege novatorischer Delegation. Das alte obligatorische Band wird zerschnitten und an seine Stelle ein neues gesetzt (3). Das kann aber nur mit Einwilligung des Schuldners geschehen. Die Obligation wird vom alten Recht als persönliches Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner aufgefasst, das keinen Personenwechsel verträgt (4). Indes verschloss sich auch das römische Recht nicht dem Bedürfnis des entwi-

(1) Näher ist dieser Gedanke, wie er mir vorschwebt, in meiner Wiener-Antrittsvorlesung ausgeführt. *Römische und antike Rechtsgeschichte*, 1905.

(2) *Reichsrecht und Volksrecht*, 1891.

(3) Gai. 2,38: « quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis. »

(4) Darin liegt viel Wahres. S. WINDSCHEID-KIPP, *Pandekten* II, 333^a. Vgl. auch daselbst N. 1.

ckelteren Verkehrs, die Forderung unabhängig von der Mitwirkung des Schuldners auf einen anderen Gläubiger übertragen zu können. Das *mandatum ad agendum*, kraft dessen der neue Gläubiger die Forderung des alten Gläubigers als *actio mandata* und zwar in der Eigenschaft eines *cognitor* oder *procurator in rem suam* geltend machte (1), stellte wiederum bis zur Litiskontestation den neuen Gläubiger prekär, da sein Mandat von Leben und Willkür des Mandanten abhieng. Erst die Kaisergesetzgebung hat die Entwicklung, wenn auch wiederum nur schrittweise, zum Abschluss gebracht. Zwar blieben zunächst die Klagen des Zessionars *actiones mandatae*, aber sie wurden gewahrt, auch wenn das Mandat erloschen war. Dann aber gab man dem Zessionar auch eine *actio utilis* ohne Rücksicht auf ein ihm erteiltes Klagemandat. So schützte zunächst Antoninus Pius den Erbschaftskäufer bezüglich der in der Masse enthaltenen Forderungen (2). Eine Konstitution der Kaiser Valerianus und Gallienus (3) bestätigte dasselbe Recht für den Käufer einer einzelnen Forderung und denjenigen, der eine Forderung als Dotalgut erhalten hatte. Die diokletianische Gesetzgebung fügte die *actio utilis* desjenigen hinzu, der eine Forderung *in solutum* erhalten hatte (4), sowie die entsprechende Klage des Legatars (5). Und erst Justinian

(1) Gai. 2,39: « sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri. »

(2) Ulp., Dig. 2, 14, 16 pr.

(3) Cod. Iust. 4, 10, 2 (a^o 260), allerdings nur schon bestehendes Recht bestätigend: « Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit nec litis contestatio subsequuta sit, utilem tamen marito actionem ad similitudinem eius qui nomen emerit dari oportere saepe rescriptum est. »

(4) Cod. Iust. 4, 15, 5 (a^o 294). Ueber eine Interpolation in der Stelle s. COSTA, *Storia del dir. rom.* II 321^o.

(5) Cod. Iust. 6, 37, 18 (a^o 294).

gewährte die Klage dem Beschenkten (1). Parallel mit dieser Entwicklung und den Schutz des Zessionars gegen Zahlung des Schuldners an den Zedenten erst vervollständigend geht die Normierung der Denuntiation, wodurch es der Zessionar in der Hand hat, jede Leistung an den Zedenten durch Mitteilung der Zession an den Debitor zu verhindern (2). So erst ist er Herr der ihm übertragenen Obligation geworden (3).

Freier, einfacher und formloser als das römische ist, soweit wir dies zu überblicken vermögen, das *griechische Recht* (4). Mit Grund möchte man deshalb *freie Zessibilität* der Forderungen für a priori wahrscheinlich erklären. Aber bei näherem Zusehen gewahrt man, dass die Frage auch für das griechische Recht aus den Quellen nicht mit wünschenswerter Sicherheit bejaht werden kann. Goldschmidt hat in seinem Aufsätze über Inhaber-, Order- und exekutorische Urkunden im klassischen Altertum (5) auch die Frage nach der Zession im griechischen Recht aufgeworfen (6) und dabei das Wenige was bishin darüber gesagt worden, revidiert. Wenn er und ebenso Beauchet (7) die Zulässigkeit der Zession für Athen in der Zeit der Redner bejahen, so tun sie dies, soviel ich sehe, vornehmlich auf Grund von Demosth. c.

(1) Cod. Iust. 8, 53, 33 (a^o 528).

(2) Reskript Gordians, Cod. Iust. 8, 31, 3 (a^o 239). Gleich der Denuntiation steht Annahme einer Teilzahlung.

(3) Zur ganzen Entwicklung vgl. die Darstellungen bei GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* 3. ed. p. 724-730, COSTÀ, *Storia* II, 317-324. Die juristisch dogmatischen Fragen betont und behandelt eingehend WINDSCHEID-KIPP, *Pandekten*, II, 332-367.

(4) BEAUCHET, *Histoire de droit privé de la République Atheniène*, IV, 537.

(5) *Zschr. d. Sav. Stift. Rom. Abt.* 10, 352 ff.

(6) A. a. o. 373-379.

(7) A. a. o. 540. Weitere Autoren, die sich im selben Sinne entscheiden, das. N. 1.

Apatur. §§ 7. 8 (1) und auf die sicherere Stelle desselben Redners pro Phorm. §§ 5. 6 (2) hin. Den Beweis der Zulässigkeit der Zession für ausserattische Rechtskreise leitet Beauchet aus den bekannten möglicherweise als Order- bzw. Inhaberklauseln zu deutenden Bestimmungen der Kontrakte von Orchomenos und Amorgos: *κἂν ἄλλος ἐπιφέρῃ ὑπὲρ Νικαρέτας* und *οὐδ' ἂν ἐπιφέρῃ, ὁ δανείσας ἢ οἱ πράσσοντες ὑπὲρ αὐτοῦ* (3) ab.

Nun ist es gewiss wertvoll, wenn wir abgesehen von diesen immerhin nicht über jeden Zweifel erhabenen und keineswegs genügend aufgeklärten Klauseln — die sich übrigens auch in den Papyri häufig finden (4) — im graeko-ägyptischen Rechtskreis Belege für Zessionen finden. Sie werden bei der Konformität des griechischen Rechts, wie sie Mitteis lebhaft betont, tatsächlich eine starke Stütze für die Richtigkeit der Annahme von der Zulässigkeit der Zession im attischen Recht zu bieten vermögen.

Mit allem Vorbehalt und nur mit Rücksicht auf die aus den folgenden Urkunden hervorgehende Zulässigkeit der

(1) Wo indes auch Novation geradesogut wie Zession angenommen werden kann, so DARESTE, *Plaidoyers civils de Demosthène* 203. 214³; GOLDSCHMIDT, 379⁴; BEAUCHET, 539.

(2) Auch hier ist der Schluss auf Zession nur ein indirekter, freilich, wie GOLDSCHMIDT meint, unabweislicher.

(3) Nachweise der Stellen im einzelnen bei GOLDSCHMIDT und BEAUCHET, a. a. O.

(4) GOLDSCHMIDT kannte sie in den Papyri noch nicht, a. a. O. 372. Aber bereits BEAUCHET verweist auf ihr Vorkommen in den graekoaegyptischen Urkunden. Der von ihm zitierte Par. 15, 59, f. (120 v. C.) gehört allerdings nicht hieher. Wir schalten die Untersuchung über diese Klausel hier ganz aus. Ihre Deutung im Sinne der genannten Forscher könnte das von uns anderwärts zu gewinnende Resultat für das Papyrusrecht nur bekräftigen, anderseits wird aber der Nachweis freier Zessibilität die Untersuchung dieser Klausel für das Papyrusrecht zu fördern vermögen.

Zession nenne ich hier als zeitlich früheste Urkunde Grenf. II 16 (137 v. C.) (1). Die Urkunde lautet im Auszuge:

Datum. (2) ὁμολογεῖ Πατοῦς Πατοῦτος καὶ Τακμηοῦς Πατοῦτος πεπρακέναι τὴν ὑπάρχουσαν αὐτοῖς συκᾶμινον Ζμενοῦτι Ψεμμώνθου χα(λκοῦ) (ταλάντου) α ᾽Δ, ἕκαστος (δραχμῶν) ᾽Ε, τὸν δὲ Πατοῦν ὑφειλήσειν [Τακμηοῦ]τι ᾽Ε, ἂ πα[ρα]δῶσειν ἐν μηνὶ Παχῶν τοῦ αὐτοῦ ἔτους. Konventionalstrafe für Nichterfüllung.

Die Geschwister Patous und Takmeous verkaufen den in ihrem Miteigentum stehenden Maulbeerfeigenbaum um 1 Talent 4000 Kupferdrachmen an Zmenous, jeder seinen Anteil um 5000 Drachmen (3). Der der Schwester gebührende Kaufpreis soll jedoch auch dem Bruder gezahlt werden und bei diesem als Darlehen der Schwester bis zum Rückzahlungstermin stehen bleiben. Man könnte nun den Fall juristisch so auffassen, dass die Schwester dem Bruder ihren Kaufpreisanpruch zediert, wobei als *causa cessionis* Begründung eines Darlehens des Zedenten an des Zessionar anzunehmen wäre. Da die Transaktion zwischen den beiden Kaufpreisgläubigern *in continenti* mit dem Kaufvertrage selbst erfolgt, so läge darin zugleich die Denuntiation an den Schuldner, der die 5000 Drachmen, welche aus dem Vertrage der Schwester gebühren, nicht dieser, sondern ihrem Bruder auszahlen müsste. Aber es sei wiederholt, dass diese Erklärung vielleicht zu kompliziert ist und die Annahme einfacher *solutionis causa adiectio* des Bruders — das interne Verhältnis zwischen den beiden Käufern kann auch so ganz gut dasselbe sein — viel-

(1) *New classical fragments and other greek and latin papyri*, edited by B. P. GRENFELL and A. S. HUNT. Oxford 1897.

(2) Korrektur von WILCKEN, *Arch. f. Papyrusforsch.* II, 378.

(3) 6000 Drachmen — 1 Talent.

leicht der antiken Denkform und insbesondere dem Gedankengange unserer Kontrahenten näher kommen mag (1).

Sicher aber auf Zession zu deuten sind zwei Oxyrhynchospapyri des 1. Jhd. der Kaiserzeit: Oxy. II 271 (a. 56) und Oxy. II 272 (a. 66). (2). Die erstgenannte Urkunde, 27 Zeilen lang, ist ziemlich gut erhalten. Ich setze den Text, da er nicht jedem Leser gleich zur Hand sein mag, in freier Zeilenfolge hieher:

Ἀντίγρα(φον). ἔτους δευτέρου Νέρωνος Κλαυδίου Καίσαρος Σεβαστοῦ Γερμ[ανικ]οῦ Αὐτοκράτορος, μηνὸς Καισαρείου ἐπαγο(μένων) Υ, ἐν ᾽Οξυρύγγ(ων) π[όλει] τῆς θηβαίδος. ὁ[μολο]γεῖ Ἡράκλεια Ἡρακλείδου ἀστὴ μετὰ [κυρί]ου Νικίππου τοῦ Ν[ι]λίππου Ἀλθαιέως Παποντῶτι Ἀφύγγιος τοῦ κ[αί] Ζωίλου τῶν ἀπ' ᾽Οξυρύγγων πόλεως ἐν ἀγυῖᾳ παρακεχωρημένοι αὐτῇ πρ[ᾶ]ξιν καὶ κομιδὴν ἀργυρίου Σεβαστοῦ καὶ Π[τολε]μαϊκοῦ νομίσμα[τ]ος δραχμῶν [δι]ακοσίων, ὧν καὶ αὐτὴ Ἡράκλεια τυγχ[άν]ει παρακεχωρημένη κατὰ [συν]χώρησιν τὴν τελειωθεῖσαν διὰ τῆς [ἐ]φημερίδος τοῦ καταλογεῖου τ[ῆ] Καίσαρείῳ μηνὶ τοῦ ἐνεστῶτος [[δευ]] δ[ε]υ[τέρ]ου ἔτους Νέρωνος Κλαυδίου Καίσαρος Σεβαστοῦ Γερμανικοῦ Αὐτοκράτορος, δανε[ι]σθεισῶν δὲ ὑπὸ Πνεφερ[ῶ]τι Παποντῶτος χρ[η]ματίσαντι Πέρ[ση] τῆς ἐπιγονῆς καθ' ἑτέραν σ[υν]χώρησιν τὴν τελειωθεῖσαν διὰ το[ῦ] αὐτοῦ καταλογεῖου ταῖς [ἐπαγομέ]ναις τοῦ Καισαρείου μηνὸς τοῦ πρώτου ἔτους Νέρωνος Κλαυδίου Καίσαρος Σεβαστοῦ Γερμανικοῦ Αὐτο-

(1) An nachträgliche Uebergabe des der Schwester ausbezahlten Kaufpreises an den Bruder möchte ich nicht denken, da ja dann der Käufer mit dem ganzen Geschäft der Geschwister nichts zu tun hätte, während aus der Aufnahme der Sache in den Kaufvertrag doch das Gegenteil hervorgeht.

(2) GRENFELL and HUNT, *The Oxyrhynchus papyri*. Part II. London 1899.

κράτορος· π[ρο]σπ[αρ]ακεχωρηθέναι δ' αὐτῷ ἑμ[ο]ίως ἦν καὶ αὐτῇ παρεκεχώρη[τ]αι· πράξιν δὲ τῆς εἰς αὐτὴν ὡς πρόκειται γεγονο[ί]ας συν[χω]ρήσεως τῶν τοῦ ἀργ(υρίου) (δραχμῶν) διακοσίων[ν, .] . . . κ[.]ν Πα[πο]ν[τ]ω[ν] . . . [.] συν[κεχ]ωρηθέναι αὐτὴν ἑαυτῷ τὴν π[ράξιν] καὶ κομιδὴν . . . [.] εἰς . . . των τοῦ ἀργ(υρίου) (δραχμῶν) Σ καὶ τῶν τόκ[ω]ν, καὶ τὰ ἄ[λλ]α εἰ[ς] τε[λ]ε[ί]ν καθὰ καὶ αὐτῇ καὶ τῷ Εἰρηναίῳ ἐξῆν, καὶ αὐτόθεν ἀναδέδωκεν τῷ Παποντῶτι τὰς εἰς αὐτὴν καὶ τὸν Εἰρηνη[αῖ]ον ὡς πρόκειται συνχωρήσεις δύο ἅς καὶ παρέξεται ἐνθέσμιους καὶ ἀπεριλύτους διὰ τὸ ἐξευλυτῆσθ[α]ι αὐτὴν ὑπ[ὲ]ρ τοῦ Παπ[ο]ντῶτος ταῖς τοῦ ἀργ(υρίου) (δραχμαῖς) διακοσίαις [κ]αὶ τοῖς τόκοις . τὴν δ' ἐπ[α]ρὰ ταῦτα ἐσομένην ἐφοδ[ο]ν ἄκυρον εἶ[ν]αι, ἔτι καὶ [ἐ]κτίνειν [Ἡ]ράκλειαν ἢ τὸν [π]αρ' αὐ[τῆ]ς ἐπελευσόμενον τ[ῷ] Παποντῶτ[ι] ἢ τοῖς [π]αρ' αὐ[τοῦ] καθ' ἐκ[ά]στ[η]ν ἐφοδον τό τε βλάβος[ς] καὶ ἐπίτιμον ἀργ(υρίου) (δραχμῶν) ἐκατὸν καὶ εἰ[ς] τὸ δ[ι]ημόσιον τὰς ἴσας, καὶ μ[ηδ]ὲν ἥσσον κυρία [ἡ] συγγραφῆ.

Die Urkunde enthält die Zession einer Forderung von 200 Drachmen. Herakleia ist Zedentin, Papontos Zessionar, Pnepheros der Debitor. Die *causa cessionis* ist Kauf der Forderung; die Zessionsvaluta beträgt, der Höhe der Forderung entsprechend, 200 Drachmen.

Nun ist aber Herakleia auch nicht die ursprüngliche Gläubigerin, sondern sie berichtet selbst, dass ihr die Forderung ebenfalls schon zediert worden sei. Der ursprüngliche Gläubiger scheint vielmehr Eirenaios gewesen zu sein: dessen Name in der Lücke vor Πνεφερ[ῶτι] gestanden sein dürfte (1).

(1) Die sprachlichen Schwierigkeiten bei dieser Ergänzung werden von den Herausgebern in gewohnt präzisier und vortrefflicher Weise gewürdigt und beurteilt. Das Resultat ihres Raisonements ist die im Texte akzeptierte Lösung. Freilich muss dann, wie auch GRENFELL-HUNT betonen, das καθ' ἑτέραν συγχώρησιν auf das ur-

Die zweite Zession, deren Kopie (ἀντίγραφον) uns vorliegt, ist ἐν ἀγυῖ, auf offener Strasse, dh. nicht in einem Urkundenamt erfolgt. Die erste Zession (des Eirenaios an Herakleia) ist hingegen sowie die ursprüngliche Darlehensurkunde (zwischen Eirenaios und Pnepheros) im öffentlichen Urkundenamt durch Einregistrierung (1) vollzogen worden. Der Gegensatz in der formellen Behandlung beider Zessionen zeigt wohl, dass es für die Zession keine Formvorschrift mit obligatorischer Wirkung gab, dass auch Handeln ἐν ἀγυῖ genügte. Ob die Einregistrierung auch hier gewisse stärkere Wirkungen erzeugte, muss dahinstehen. Bemerkenswert ist, dass die Zedentin ihre eigene Zessionsurkunde und die in ihren Händen befindliche Schuldurkunde des Pnepheros dem Zessionar überträgt. Dieser kann danndurch kombinierte Vorlage der drei Urkunden den Beweis seiner Gläubigerstellung erbringen. Sprachlich wird für zedieren παραχωρεῖν auch συγχωρεῖν, συγχώρησις verwendet. Ersterer Ausdruck scheint typischer zu sein (2). Es wird bei der Zession auch gleich das dem

sprüngliche Darlehen zwischen Eirenaios und Pnepheros bezogen werden, aber abgesehen von dem Moment, welches die Herausgeber für die Möglichkeit dieser Beziehung anführen, dass nämlich Oxy. II 268 συγχωρεῖν *is used in a sense approaching that of δμολογεῖν* heisst es, dass durch diese συχώρησις das Darlehen gegeben worden sei (so auch GRENFELL-HUNT) und wäre es endlich begreiflich, wenn der Urkundenverfasser bei der komplizierten doppelten Zession, die ihm von den Parteien mitgeteilt worden war und jedenfalls in erster Linie als der Betonung würdig vorschwebte, den Bericht über das neue Rechtsgeschäft dadurch etwas konfus gestaltet hätte. Keinesfalls tangiert indes diese Schwierigkeit der Erklärung die Beweiskraft unserer Urkunde.

(1) GRENFELL-HUNT, l. c. p. 250 n. 10.

(2) Vgl. die vorletzte Note. Indes ist das π[ρο]σπ[αρ]ακεχωρηθέναι auch auf die Auslieferung der ursprünglichen Schuldurkunde bezogen. Später heisst es im selben Sinne ἀναδέδωκεν τὰς συχω-

Zessionar zustehende Exekutionsrecht erwähnt (πράξις καὶ κομιδή) und man hält es beim Rechte des zweiten Zessionars (Papontos) ausdrücklich zu betonen für notwendig, dass dasselbe gleich dem der Zedentin und ferner konsequent gleich dem des ursprünglichen Gläubigers sein soll. Die Urkunde schliesst mit der Erklärung, dass jeder von der Zedentin oder ihren Rechtsnachfolgern gegen den Zessionar und seine Rechtsnachfolger gerichtete Angriff (ἔφοδος) ungiltig sein und die Pflicht zu Zahlung von Schadenersatz und privater sowie öffentlicher Busse zur Folge haben solle. Die Herausgeber bemerken, dass damit nur die *usual penalties for violation of contract* angehängt seien. Das ist richtig. Aber dieser Bestimmung darf hier vielleicht eine besondere Bedeutung beigemessen werden, wenn man sich daran erinnert, wie Rabel die analogen Klauseln beim Sachkauf behandelt hat (1). Der Veräußerer, der vertragsmässiges künftiges Verhalten verspricht, ist, wie Rabel mit Grund betont, auf primitiver Verkehrsstufe, eben derjenige, von dem Störung am ehesten zu befürchten steht. Nicht anders ist es beim Forderungskauf mit folgender Zession. Der Zessionar bedarf des Schutzes nicht bloss zur Durchsetzung der ihm zedierten Ansprüche, sondern, wie uns die Analogie aus der Geschichte der römischen Zession belehrt, auch gegen nachherige Zahlung an den Zedenten, gegen Einforderung der zedierten Obligation seitens dieser Person. Da haben wir in Rom die gordianische Konstitution eingreifen sehen: die Denuntiation ist in erster Linie Schutzmassregel für den Zessionar (2).

ρήσεις δύο. Παράχωρησις wird bekanntlich auch von der Abtretung des dinglichen Rechts gebraucht, z. B. C P R I, 1, 4 (a° 83-4). Die Dosbestellung κατὰ συγχώρησιν Oxy. II 281,7 ist arg. 268,10 wohl auch nicht auf Zession einer Forderung *dotis causa* zu beziehen.

(1) *Die Haftung des Verkäufers* I, 48 ff.

(2) In besonderer Weise betont die Denuntiation für das römi-

Freilich unserem modernen Denken gilt Zahlung nach dem Zessionsakt als Zahlung an den Nichtgläubiger und die Zulässigkeit der gültigen Zahlung vor der Denuntiation gilt als Billigkeitserfordernis gegenüber dem Schuldner: aber die römische Entwicklung zeigte, dass das Recht des Zessionars auch in der Kaiserzeit sich erst allmählig von der *actio mandata* emanzipiert hat, dass lange als der eigentlich Berechtigte doch der Zedent galt. Und das war, wenn wir wieder die analoge Entwicklung des dinglichen Uebertragungsgeschäfts vergleichend heranziehen, wohl auch beim griechischen Zessionsakt nicht anders. Darum gewinnt hier geschichtlich diese Klausel ihre besondere Bedeutung, sie soll den Zessionar gegen den Zedenten schützen: am naheliegendsten gegen ein vertragswidriges künftiges Verhalten desselben, das in Einforderung der Obligation durch den Zedenten nach und trotz der Zession bestünde. Freilich in unserem Falle halte ich diese Gefahr nicht mehr für aktuell: die Zedentin liefert ihre eigenen Beweisdokumente gegen den Schuldner dem Zessionar aus und der Schuldner wird ohne Auslieferung des Schuldscheins dem Zedenten nicht zahlen. Aber möglich wäre dies immerhin und das ist vielleicht in erster Linie mit dem ἔφοδος gemeint, dessen sich die Zedentin zu enthalten verspricht. Die Möglichkeit späterer Zahlung an den Zedenten hört auf, wenn dem Debitor gehörig denuntiiert worden ist. Aber naturgemäss liegt die Denuntiation zeitlich später als der Zessionsakt und so bleibt immer ein Spatium für die Gefahr einer Umgehung des letzteren. (1)

Ein zweites weniger vollständig erhaltenes, aber gleich-

sche und Pandektenrecht WINDSCHEID, *Pand.*, 340 f. Abweichende Ansichten daselbst 341⁸.

(1) Der oben besprochene Fall des Grenfell-Papyrus ist, wenn unsere Beziehung zutrifft, eine seltene Ausnahme. Man braucht nur den Tatbestand des Papyrus ins Auge zu fassen.

wohl auch für sich allein genügendes Beweisdokument für das Vorkommen der Zession im Papyrusrechte bietet P. Oxy. II 272 (a^o 66). Von den ersten 9 Zeilen sind nur die Anfänge erhalten, erst Z. 10 beginnt ein zusammenhängender Text. Er lautet:

ὕπερ τοῦ κα[. ἀργ]υρίου δ[ραχμῶν διακοσίων τεσσαράκοντα] ἐννέα εἰς [πλήρωσιν ἀ]ργ(υρίου) (δραχμῶν) ἐνακοσίων τεσσαράκοντα [ἐ]πτὰ ὀβ[ολ(ῶν)] δύο τῶν αἰρο[. σ]οι ἀνθ' ἧς πεποιή[καμεν] χρήσεως τοῦ κ[ατὰ] σὲ μέρους, ὁμολογ[ο]ῦμεν ἔχειν σε ἐξουσί[αν σε]αυτῆι τὴν ἀπ[αί]τη[σ]ιν ποιεῖσθαι παρὰ τοῦ Ἑρακλήρου τῶν προκειμένων ἀργ(υρίου) (δραχμῶν) διακοσίων τεσσ[α]ράκοντα ἐννέα, μενούσης κυρίας ἧς προεῖσαι ἡμεῖν ἀποχῆς, τῆς δὲ λοιπῆς τοῦ Ἑρακλήρου ὀφειλῆς οὔσης τῶν τριῶν κοινῆς καὶ τῆς λοιπῆς τῆς ὑφ' ἐτέρων ὑποτελῶν φανη[σο]μένης ἐχθέσεως τῶν ἐκ τοῦ νομοῦ ὡσαύτως οὔσης τῶν τριῶν κοιν[ῆ]ς, ἐφ' ᾧ οὐ καταλειφθήσεται τοῖς προγεγραμμένοι[ς] πᾶσι ἐπὶ τὸν ἕτερον λόγος περὶ οὐδενὸς ἀπλῶς τρόπῳ οὐδενί, μενόντων κυρίων τῶν προγεγραμμένων πάντων . κυρία ἦι χεῖρ . ὑπογρα(φῆς) ἀντίγρα(φον) (1). Διονύσιος Διονυσίου τοῦ καὶ Διδύμου τοῦ Διονυσίου μητρὸς Πτολεμαῆς τῆς Ἑρμίππου συνκεχώρηκα σὺν τῷ Σαραπίωνι τὴν πράξιν τῶν τοῦ ἀργ(υρίου) (δραχμῶν) διακοσίων τεσσαράκοντα ἐννέα, καὶ οὐδὲν ἐνκαλῶι καθὼς πρόκειται. ἑτέρα(ς) (2) ὁμοί(ως). Σαραπίων Διδύμου τοῦ Σαραπίωνος μητρὸς Διονυσίας τῆς Κλάρου συνκεχώρηκα σὺν τῷ Διονυσίῳ τὴν πράξιν τῶν τοῦ ἀργ(υρίου) (δραχμῶν) διακοσίων τεσσαράκοντα ἐννέα, καὶ οὐδὲν ἐνκαλῶι καθὼς πρόκειται. Datum.

Den Schlüssel zur richtigen Deutung des lückenhaft und in den erhaltenen Zeilen nicht genügend klaren Urkun-

- (1) Entsprechend dem m. p. in den Abschriften unserer unterschriebenen Urkunden. Im Original begann hier die 2. Hand.
 (2) Sc. ὑπογραφῆς ἀντίγραφον. Vorige Note. Im Original 3. Hand.

dentextes geben uns die den Inhalt der Urkunde kurz reproduzierenden Subskriptionen. Zedenten sind Dionysios und Sarapion. Zessionarin ist eine Frau, deren Name nicht erhalten ist. Debitor cessus ist Herakleos. Die übertragene Forderung beträgt 249 Drachmen. Die *causa* des Geschäfts ist nicht ersichtlich, ebensowenig eine Zessionsvaluta, doch war das Geschäft wohl ein entgeltliches. Die Forderung der beiden Zedenten gegen den Schuldner ist aber grösser, sie beträgt 947 Drachmen 2 Obolen. Nur eine Teilsumme ist also rein zediert, der übrige Teil soll nach dem etwas unklaren Text von allen Dreien — also den zwei Zedenten und der Zessionarin — gemeinsam eingefordert werden: damit wäre also Zession auch eines Drittels des Restes ausgesprochen. Indes ist, wie gesagt, da ja auch ein Teil der Urkunde fehlt, das nähere vermögensrechtliche Verhältnis zwischen Zedenten und Zessionarin nicht recht klar. Auch das interne Verhältnis der beiden Zedenten zu einander ist aus der Urkunde nicht ersichtlich. Doch mögen wir nicht fehl gehen, wenn wir beide als Korrealgläubiger des Herakleos betrachten. Der Inhalt des zedierten Rechts wird im Tenor der Urkunde mit ἔχειν σε ἐξουσίαν σεαυτῆι τὴν ἀπαίτησιν ποιεῖσθαι παρὰ τοῦ Ἑρακλήρου τῶν — δραχμῶν wiedergegeben, während es in den Subskriptionen sachlich gleich, sprachlich einfacher heisst πράξιν τῶν — δραχμῶν.

In beiden Urkunden waren die Parteien graeko-ägyptischer Nationalität. Die beiden Papyri beweisen also die Geltung der Zessibilität von Forderungen für den hellenistischen Rechtskreis Aegyptens.

Diese beiden Zessionsdokumente ergänzt in mehrfacher Hinsicht die eigentümliche Zessionsdenuntiation, wovon uns m. E. B. G. U. I 360 (a^o 198-9) eine Kopie vorliegt (1). Sie lautet:

- (1) *Aegypt. Urkunden aus d. kgl. Museen zu Berlin. Griechische Urkunden I. Band.*

Ἀντίγραφον ἐπιστολῆς. Εὐδαίμων φροντιστῆς (l. φροντ.) Κλαυδίου (l. - δίου) Ἀντωνίνου Ἐριεῦτι καὶ Παβοῦτι κ[αί] μετόχ(οις) γεωργαῖς κλήρων τοῦ περὶ Ἡρα[κλ]έαν ω (l. ὄ) ὑφίλεται ἐκφόριον τοῦ ἐνεστῶτος ι[β] (ἔτους) Τραιανοῦ Καίσαρος τοῦ κυρίου οὗ γεωργίτε τοῦ Κλαυδίου Ἀντωνίνου κλήρου, παρ[α]δέτε (l. - δότε) Πανεφρόμιμι καὶ Στοτοήτι ἀγορασταῖς τοῦ κλήρου. Datum.

Der Römer Claudius Antoninus hat an die Aegypter Panephrommis und Stotoëtis ein Grundstück verkauft, auf welchem Pächter sitzen, die noch den Pachtschilling schuldig sind. Diese Pächter werden nun durch den φροντιστῆς des Verkäufers angewiesen, ihr ἐκφόριον den Käufern auszuzahlen. Die Tatsache, dass der φροντιστῆς in Vertretung des Verkäufers handelt, für den er vielleicht auch den Vertrag mit den Käufern abgeschlossen hat, soll an anderer Stelle demnächst gewürdigt werden. Hier ist die Frage nach der juristischen Natur dieser Erklärung an die Pächter aufzuwerfen und da scheint mir folgende Auffassung die naheliegendste. Im Kaufvertrage wurde bestimmt, dass der noch aushaftende Pachtschilling, den Erieus und Pabous dem Verkäufer schulden, nicht diesem sondern dem Käufer ausbezahlt werden solle. Eine dies betreffende Klausel wurde vielleicht in den Vertrag aufgenommen. Damit zediert aber der Verkäufer seinen Anspruch gegen die Pächter an die Käufer und die vorliegende Urkunde stellt sich als eine der Zession, die mit dem Kaufvertrag verbunden war, folgende und aus ihr sich ergebende Denuntiation an die Debitoren dar. Die Denuntiation nimmt der Zedent, bzw. dessen Vertreter für ihn vor. Auch diese Tatsache ist nicht ohne Bedeutung für die Entscheidung einer alten Streitfrage aus dem Zessionsrecht. Windscheid hat für das gemeine Recht im Anschluss an das römische die Ansicht vertreten, dass die Denuntiation vom Zessionar ausgehen müsse und jede andere Kenntnisnahme

des Schuldners, insbesondere auch die durch Denuntiation des Zedenten geschehende, nicht genüge (1). Da in unserem Papyrus der denuntierende Zedent Römer ist, darf die Urkunde in der ohnehin aus den Quellen nicht sicher zu lösenden Frage wohl als starkes Indiz gegen Windscheid auch für das römische Recht in Anspruch genommen werden (2).

Auf einen eigentümlichen Fall der Zession einer Forderung führt uns der eine Vermögens auseinandersetzung zwischen fünf Schwestern und ihrem Bruder beurkundende P. Lond. II 360 (S. 216) aus d. 2. Jhd. (?) (1). Da verspricht der Bruder Stotoëtis (Z. 8 ff.):

ἀλλὰ συνχωρεῖ ταῖς ἀδελφαῖς ἐκάστη πέμπτον μέρος οὗ ἔχει δικαιώματος τῆς ὑπ[αρχ]ούσης τῇ μητρὶ αὐτῶν παιδίσκης δούλης ἧς ὄνομα Ταορσενούφειως ἀνεξαλλοτρῶτ[ον] κ(αί) ἀκαταχρημάτιστον εἶναι φυλάξειν τὴν μητέρα διὰ τὸ ἐπὶ τούτοις τὴν ὁμολογίαν γεγόνενα. Unterschrift und Signatur des Stotoëtis.

(1) *Pand.* II 343, wo Note 9 auch die *pro* und *contra* sprechende Litteratur und Praxis angeführt ist.

(2) Noch in einer anderen Hinsicht, die hier gleichfalls nur berührt werden kann, ist der Papyrus bedeutsam. Es scheint wie selbstverständlich, dass die Pächter fort auf dem Pachtgrund sitzen bleiben, dass also der alte Pachtvertrag als weiter bestehend angenommen wird und einfach der Käufer als Verpächter an Stelle des Verkäufers tritt. Der Papyrus erweckt den Eindruck, als sei das « Kauf bricht Miete » hier gar nicht in Geltung gewesen. Oder sollte sich hier gar schon — auf privatrechtlichen Grunde — ein Ansatz zum späteren Kolonatsrecht zeigen? Dann wäre dies beim frühen Datum des Urkunde umso bemerkenswerter. Aber ich möchte schon eher bei der früheren Deutung verbleiben.

(3) KENYON, *Greek Papyri in the British Museum*, II, London 1889. Auf die Urkunde verweist WILCKEN in seinem vortrefflichen Generalregister, *Arch.* I, 18. Der Papyrus ist stark fragmentiert. Von Z. 1-4 sind nur wenige Worte erhalten. Z. 5-7 bestätigt Stotoëtis (der Bruder) den Schwestern eine ihm geleistete Zahlung.

Wenn wir diese Urkunde juristisch analysieren, so zediert darin Stotoëtis seinen Schwestern und zwar jeder derselben zu einem Fünftel den ihm zustehenden Anspruch auf ein Sklavenmädchen, das in Eigentume der Mutter steht. Welcher Natur dieser Anspruch ist, ob dinglicher oder, was wahrscheinlicher scheint, obligatorischer Art, lässt sich aus den knappen Worten der Urkunde nicht ersehen. Es liesse sich sogar daran denken, ob nicht der Sohn bloss über einen erwarteten erbrechtlichen Anspruch noch vor dessen Entstehung und für diesen Fall verfügte, wengleich die reale Gegenleistung der Schwestern doch eher für eine der beiden erstgenannten Eventualitäten spricht.

Die beiden Zessionsurkunden aus Oxyrhynchos haben uns die *Bekanntschaft des hellenistischen Rechts im Aegypten der ersten Kaiserzeit mit dem Institute der Forderungsübertragung* erwiesen. Wir können daraus noch keinen allseits sicheren Schluss wagen, dass Römer in Aegypten über ihre Forderungen in ähnlicher Weise verfügten und solche Verfügungen von den römischen Gerichtsbehörden als gültige behandelt wurden, dass m. a. W. der Zessionar zur Klage zugelassen und — wodurch das Institut erst vollwirksam wird — der Zedent von derselben ausgeschlossen wurde. Wir dürfen also auf diese hellenistischen Urkunden hin noch nicht mit Sicherheit die Geltung der Zession in einer die stadtrechtliche Entwicklung so sehr überlügeln Weise für das römische Provinzialrecht behaupten. Aber immerhin liegt in jeder vorgeschrittenen provinziellen Rechtsbildung, die uns begegnet, ein starkes Indiz dafür, dass auch die römischen Behörden mit derselben bekannt geworden seien, zu ihr Stellung genommen und sie, wenn auch nicht ohne Zögern und Widerstand, in den Bestand der römischen Rechtsordnung aufgenommen hätten. Wie sich dann das Reichsregiment zu solchen Neuerungen gestellt, wie es dieselben bald bekämpft, bald stillschweigend geduldet, bald in das Reichsrecht übernommen hat,

wie aus den Konstitutionen, die gewisse Rechtsbildungen untersagen, gerade *a contrario* auf den Versuch geschlossen werden kann, ihnen zu gesetzlicher Anerkennung im Wege der Anfrage an das Kaisergericht zu verhelfen — all dies ist uns jetzt an mehr als einem Beispiele geläufig.

In unserem Falle spricht die Zessionsdenuntiation der Berliner-Urkunde aus dem Beginne des zweiten Jahrhunderts, wo ein Römer als Zedent erscheint für eine der stadtrömischen voraneilende Entwicklung auch dieses Instituts im Rechte der östlichen Reichshälfte. Auch hier wieder scheinen die griechischen Rechtsgedanken das Tempo der konservativen römischen Entwicklung beschleunigt zu haben.

Wie sich hier die Fäden ineinanderschlingen, was Rom gegeben und was Rom empfangen hat, das macht die Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in der östlichen Reichshälfte, zugleich aber auch die Rezeption des Hellenismus mit all seinen Quellen aus griechischem und orientalischem Boden durch das römische Reichsrecht aus. Uns winkt der Lohn auch einmal hier, wo wir noch in den Anfängen stehen, alles Detail so genau durchforschen und aus dem Detail einen Bau aufführen zu können, wie ihn die Pandektenwissenschaft für das gemeine Recht aufgeführt hat. Und so sei denn dies kleine Xenion aus einer zeitlich und räumlich fernabliegenden Rechtswelt Fadda dargebracht, ihm, der durch seine mit Bensa unternommene Übersetzung (1) von Windscheid's Pandekten auch deutscher Wissenschaft viel mehr als blossen Ehrendienst erwiesen hat.

(1) WINDSCHEID hat diese Übersetzung selbst als « vortrefflich » bezeichnet, *Pand.* I, 62, Note 2 (ex 60). Es ist Lob aus kompetentestem Munde.

INTORNO ALLA RAPPRESENTANZA
DI DIRITTO PUBBLICO

NOTA

DI

GAETANO ARANGIO-RUIZ

PROFESSORE NELLA R. UNIVERSITÀ DI MACERATA

L'indirizzo giuridico nello studio del Diritto di Stato porta ad elaborazioni nuove. Massime in Germania un tal movimento si è ampliato e vi ha fatto nascere l'applicazione del concetto di rappresentanza del Diritto privato al Diritto pubblico (1). Mentre però alcuni, sulla considerazione che gli incapaci e le persone giuridiche private hanno necessità della rappresentanza per volere ed agire, questa rappresentanza trovano similmente, senza eccezione, negli organi che vogliono ed agiscono per la persona giuridica pubblica, sia essa anche lo Stato, altri un tale rapporto di rappresentanza negano fra persona giuridica pubblica ed organi di sua volontà ed azione, creando invece una novella teoria organica, onde si desume un rapporto di *Organschaft*, rapporto speciale esistente fra la persona giuridica pubblica ed i suoi organi.

Tale teoria ha una duplice esplicazione. È per alcuni quasi una riproduzione formale della concezione organica dello Stato, trasportata dal campo sociologico a quello giuridico, recidendo però il legame fra Società e Stato: la persona giuridica pubblica è costituita dagli organi che vogliono ed agiscono per essa: l'organo giuridico è come l'organo fisico per l'individuo: la personalità dell'organo è pienamente assorbita nella persona giuridica; questa esiste; per costruire

(1) Il presente lavoro è una nota preliminare che espone i capisaldi e le conclusioni di un ampio studio intorno alla rappresentanza di Diritto pubblico. La indispensabile critica ad una recente teoria organica tedesca è, in proporzione, riuscita forse alquanto lunga perchè vivo ne è il dibattito. Per amore di brevità, si omette ogni citazione.

però i rapporti giuridici ad essa propri, bisogna astrarre dalle persone singole che pur esistono effettivamente in essa. È invece per altri — che si affermano i soli e veri sostenitori della teoria — quasi una riproduzione sostanziale della concezione politica dello Stato, trasportata dal campo politico a quello giuridico, e mantenuto, forse incoscientemente, il legame fra Politica e Diritto: la persona giuridica pubblica è distinta dagli organi che vogliono ed agiscono per essa: gli organi formano persone differenti da quella dell'ente: la personalità dell'organo è subordinata a quella dell'ente: la persona giuridica pubblica esiste effettivamente; ma essa è nella sua essenza costituita da una pluralità di membri, stretti l'uno all'altro e messi in rapporto, di guisa che la persona collettiva, da tale pluralità derivante, non è già la somma dei singoli membri, ma l'unità organica di essi.

Il criterio giuridico puro, si può dire anche rigido, è in favore del rapporto di rappresentanza fra persona giuridica pubblica rappresentata ed organi che ne manifestano la volontà o comunque ne svolgono l'azione. Il rapporto di *Organschaft*, che si vorrebbe a quello di rappresentanza sostituire, pur avendo, nel concetto di coloro che lo hanno escogitato e lo propugnano in Germania, una grande apparenza giuridica, o è un criterio politico o non significa niente. Noi italiani non possiamo neanche esprimerlo con una parola della nostra lingua! Senza dubbio, una qualsia persona giuridica non può volere ed agire senza che la persona fisica intervenga, e questa è un organo dell'altra. La parola « organo » vale ad indicare una quantità di stromenti, di membra o di mezzi atti ad ottenere un determinato effetto, e da che la parola è in uso, che val dire da tempo immemorabile, come in ogni dizionario si può leggere, con essa « si designa, per lo più, una persona di cui un superiore si serve per fare intendere la sua volontà ». L'importante è che l'organo abbia una funzione materiale, fisiologica, fisica, morale,

giuridica o politica, subordinata o coordinata, autonoma o esecutiva, ecc., da compiere, dalla natura della quale funzione si desume la natura del rapporto che passa fra la cosa o la persona e l'organo di essa.

In favore del rapporto di rappresentanza è altresì la elaborazione relativa fatta nel campo del Diritto privato, i cui principi, come quelli che scaturiscono da unica fonte, non possono venir trascurati dal Diritto pubblico, se non altro per vedere se, in quanto e fino a qual misura possano trovarvi applicazione.

Se non che, i sostenitori del rapporto di rappresentanza trascurano la più elegante e recente distinzione fra mandato e rappresentanza, e l'applicazione di quest'ultima esagerano, scoprendone il rapporto fra persona giuridica ed organo anche quando questo compie atti che non possono importare rappresentanza perchè quell'atto non vincola giuridicamente la persona rappresentata.

Secondo il Diritto privato, si distinguono il rappresentante, il mandatario, il semplice nuncio. Il rappresentante conclude un negozio giuridico in nome del rappresentato, di guisa che il negozio si considera come direttamente concluso dal rappresentato, il quale dalla conclusione trae diritti e assume obbligazioni. La rappresentanza è volontaria se una persona, che ha capacità giuridica di volere, trova di doversi avvalere dell'opera altrui; è necessaria quando la persona è incapace, o non è persona fisica: quella non ha la giuridica capacità di volere; questa non ha l'attitudine fisica alla funzione volitiva. La rappresentanza è singolare se si dà ad una sola persona; è collettiva se si dà a più persone perchè agiscano congiuntamente, sì che l'una non abbia la rappresentanza separatamente dalle altre, ma tutti i rappresentanti, o quel numero minimo richiesto dal contratto o dalla legge, riuniti, valgano come un solo rappresentante. Il mandatario, invece, non conclude, delibera soltanto l'affare, di

talchè il mandato si distingue nettamente dalla rappresentanza. Nel mandato si distinguono due cose del tutto differenti: il mandato come contratto, il mandato come rappresentanza che non è contratto. La rappresentanza rende possibile ad una persona di compiere, mediante un atto altrui, un atto proprio, di emettere, mediante una dichiarazione di volontà altrui, una dichiarazione di volontà propria. Il mandato non sostituisce una persona ad un'altra agli effetti della conclusione del negozio giuridico, bensì ai soli effetti della deliberazione, che attende la conclusione da parte di chi ha e conserva la potestà di manifestare la sua personale volontà. Il nuncio finalmente tratta, non delibera, non conclude.

È naturale che i tre momenti delle trattative, della deliberazione e della conclusione di un negozio giuridico possono essere confusi, possono essere distinti: il delegato che tratta, delibera e conclude è in un primo momento nuncio, in un secondo mandatario, in un terzo momento rappresentante: siccome nel più è incluso il meno, egli è un rappresentante, non già un nuncio od un mandatario; resta nuncio quando ha la sola facoltà di trattare *ad referendum*, resta mandatario quando ha la facoltà di deliberare, ma non quella di concludere. Così, sono nunci gli impiegati che trattano di un affare, ma solo per riferirne ad un impiegato più alto; sono mandatari gli amministratori di una società commerciale anonima, secondo l'art. 122 del cod. di comm. italiano, in quanto deliberano, non concludono; gli amministratori, invece, che, secondo il n. 8 dell'art. 89 dello stesso cod., hanno la firma sociale, mercè la quale creano i rapporti giuridici fra la società e i terzi, sono rappresentanti. Il tutore è rappresentante; organo deliberante (ma non costituito da mandatari) è il consiglio di famiglia, dal che si ricava che non soltanto il mandatario delibera; e la differenza innegabile fra deliberazione e conclusione nella creazione di un determinato rapporto giuridico non esclude vi siano organi deliberanti senza che

segua la conclusione di un rapporto giuridico, o perchè questo non è nel fine della deliberazione, o perchè la conclusione non si reca in atto. Il consiglio di famiglia delibera, ad esempio, sul luogo in cui il minore debba essere allevato e sull'educazione che convenga dargli (art. 278 cod. civ. ital.).

Questi concetti trovano nel Diritto pubblico applicazioni svariate: abbiamo infatti nel campo del Diritto amministrativo gli impiegati nunci che trattano per vedere se e a quali condizioni una concessione amministrativa può esser data, gli impiegati mandatari che la deliberano, la competente autorità amministrativa o governativa rappresentante dello Stato che la dà; abbiamo nel campo internazionale i plenipotenziari che deliberano un trattato di pace, e sono mandatari, il capo dello Stato che lo conclude, ed è rappresentante; troviamo ancora nell'interno dello Stato l'avvocato ed il procuratore, che difendono un Comune innanzi ai tribunali, e sono mandatari, il sindaco, che ha conferito il mandato, ed è rappresentante.

Una Camera legislativa, da altra parte, che è un organo deliberante dello Stato, allorchè in regime parlamentare vota la fiducia o la censura pel Ministero, non manifesta altra volontà che quella sua di organo; esercita una funzione di sua competenza, la quale potrà avere uno od un altro effetto giuridico, ma questo non è legato alla deliberazione, che è di natura politica, e non è rappresentativa dello Stato.

I propugnatori della teoria organica, per contrario, restringono il rapporto di rappresentanza esclusivamente al Diritto privato e limitatamente ai rapporti patrimoniali individualistici. Anche la tutela è, per essi, un istituto di origine sociale che dà luogo al rapporto organico: è soltanto la specificazione posteriore che fa trattare di questa materia nel Diritto privato, e in ogni modo vi si tratta di rapporti patrimoniali. Le società commerciali sono persone giuridiche private pel prevalente carattere patrimoniale, ma siccome sono

in esse le persone singole che determinano la persona collettiva, è anche qui un rapporto organico, non già di rappresentanza. Nelle persone giuridiche pubbliche non si discute neanche: non esiste rappresentanza.

Nella origine sociale della tutela, nella natura pubblicistica del Diritto di famiglia, si può convenire; ma che da ciò si debba trarre la negazione del rapporto di rappresentanza, o che questo si scorga soltanto allora in cui si tratti di rapporti patrimoniali, è un'esagerazione teorica, poichè rappresenta una persona, incapace giuridicamente di volere, chiunque per legge è chiamato a volere per essa, nè questo rappresentante, che crea rapporti giuridici del suo rappresentato, è diverso concettualmente dal rappresentante di una persona individua capace.

Quanto all'elemento dei membri costituenti la società commerciale, paragonato al popolo di un Comune o di uno Stato, onde nasce fra persona giuridica ed organi uno speciale rapporto, esso è un elemento politico, se il paragone si vuol fare e mantenere, estraneo, benchè intimamente gli sia connesso, all'elemento giuridico, nel quale ultimo esclusivamente si dee rintracciare il rapporto di rappresentanza che sia comparabile a quello del Diritto privato. E basterebbe la logica estensione del rapporto organico alle società commerciali per mostrare la fallacia di una teoria che vuol negare in queste persone giuridiche private l'esistenza di nunci, di mandatari e di rappresentanti.

Nondimeno, la teoria organica si infrange a dirittura contro il più forte scoglio della fondazione, che è indubbiamente persona giuridica pubblica, e manca dell'elemento individuale perchè astraе dalle persone singole. Una teoria giuridica sugli organi di manifestazione della volontà e dell'azione delle persone giuridiche deve esser generale, comprensiva di tutti gli enti, e di regola, per certi rispetti almeno, deve comprendere persone private e persone pubbliche, salvo a

portarvi le necessarie distinzioni e specificazioni per tutto ciò che le une differenzia dalle altre. Sia qual si voglia il subbietto della fondazione, la teoria organica non può essere applicata ad essa. Non quando il subbietto si riscontra nell'insieme delle persone che si servono dei suoi vantaggi, perchè queste non influiscono attivamente sulla volontà della persona giuridica, sì bene passivamente ne chiedono ed accettano i benefici. Non quando il subbietto si pone nel patrimonio, che astraе totalmente dalle persone ed è il mezzo di cui la fondazione si serve per raggiungere il suo fine. Non quando il subbietto si trova nel fine, per la stessa ragione che questo astraе dalle persone, ed è soltanto il bisogno umano collettivo che fa nascere l'ente e rende indispensabile la sua personalità giuridica. Non quando finalmente subbietto della fondazione si vuole che sia la volontà del fondatore, la quale ne costituisce il principio vivente e determinante.

La fondazione non è mai autoctona, è sempre creata dalla volontà di una persona fisica o giuridica; ad essa lo Stato riconosce la personalità pei necessari rapporti giuridici, e per tanto la fa sussistere nella vita giuridica per quanto il fine resta consono ai bisogni della Società. È un atto creativo, quale ogni madre compie nel dar vita a un essere che pensi e voglia; ma come quest'essere, distaccato dal grembo materno, ha il suo pensiero, la sua volontà, non più il pensiero o la volontà dei genitori, così la fondazione ha il suo proprio subbietto, che la volontà sua adatta ai tempi diversi pur mantenendo il fine, che il fine vede modificato allorchè i tempi sono radicalmente trasformati. Questo elemento attivo di trasformazione è fuori del subbietto di diritto, gli è estraneo, e deriva da quell'elemento politico che è nella persona corporativa o collettiva cui la fondazione serve, non è in essa; in essa sono immanenti fine e beni, uno dei quali o entrambi gli elementi cessando, la fon-

dazione cessa, nonostante che la volontà del fondatore, persona privata da secoli morta, non sia mutata.

La volontà del fondatore è attiva nel solo atto creatore: poi la fondazione è abbandonata a sè: la volontà del fondatore non costituisce l'elemento politico necessario a far rientrare l'ente nella teoria organica quand'anche si consideri immanente, poichè gli organi indispensabili alle manifestazioni della volontà dell'ente nè dalla volontà del fondatore sono influenzati nè la volontà del fondatore manifestano.

La fondazione è un organismo istituzionale, autonomo nella volontà sua di ente costituito, che dalla sua legge interna ha determinati gli organi del suo volere ed agire, organi che rappresentano la persona giuridica o semplicemente deliberano per essa o ne eseguono la volontà manifestata.

Non altrimenti avviene per ogni persona giuridica: l'atteggiamento e l'azione giuridica di essa sono concettualmente indipendenti dall'influenza politica che esercitano sugli organi del volere, siano le persone consociate, della cui collettività l'ente è la personificazione, siano gli organi deliberanti.

Benchè su questa conclusione ci si possa adagiare, è mestieri dare uno sguardo al nocciolo dell'argomentazione con la quale si nega l'applicazione del rapporto di rappresentanza al rapporto tra organi e persone giuridiche pubbliche. In sostanza, il diniego si vuol desumere dalla differenza fra i diritti e i doveri che nascono dai due diversi rapporti, dalla concezione della persona giuridica pubblica.

Si afferma che nei rapporti di rappresentanza individualistica diritti e doveri stanno di fronte trovandosi e nel rappresentato e nel rappresentante; nei rapporti tra la persona giuridica e l'organo invece si hanno solo doveri che danno diritti, diritti che danno doveri: il diritto, val dire, è dentro il dovere e viceversa: diritti e doveri sono coin-

cidenti. Questa distinzione però è arbitraria ed è figlia di una duplice confusione: fra la rappresentanza individualistica e il contratto di mandato; fra la rappresentanza a sè stante e il rapporto che unisce le persone fisiche costituenti l'organo con la persona giuridica.

Nel contratto di mandato si può utilmente dire che diritti e doveri stanno di fronte, mentre nella rappresentanza diritti e doveri sono coincidenti. Neanche pel fatto però che nel contratto di mandato diritti e doveri stanno di fronte si può escludere l'applicazione al Diritto pubblico di tale istituto, e abbiamo citato l'avvocato di un Comune. Se poi ci rivolgiamo col pensiero ai plenipotenziari di un trattato, potremo non dover parlare di contratto, ma non possiamo negare in essi la figura di mandatari, e che importa se troviamo coincidenti i diritti e i doveri? Lo stesso sarà nella rappresentanza della persona giuridica pubblica, e come non si esclude il mandato si deve non escludere la rappresentanza.

Ma ben più grave è l'altro aspetto della obbiezione. La coincidenza dei diritti e dei doveri nell'*Organschaft* risulterebbe non già dal rapporto fra rappresentante e rappresentato, si bene dal fatto che l'organo ha un diritto alla rappresentanza ovvero alla competenza sua stessa, competenza che mentre è dell'organo è altresì della persona giuridica pubblica. Se non che, tale affermazione è esatta, ma non ne consegue la distinzione fra rappresentanza ed *Organschaft*: ne consegue soltanto che fra persona giuridica pubblica ed organi del suo volere ed agire sono altri rapporti, e sono inoltre rapporti fra i vari organi che la persona giuridica può avere, variando anche il numero e l'entità giuridica di questi rapporti col variare della persona giuridica pubblica.

Da questo aspetto della obbiezione discendono varie questioni. Certo, quando l'ordinamento giuridico limita le sfere della volontà di persone fisiche, crea diritti subbiettivi;

quando limita la sfera della volontà degli organi di una persona giuridica, crea competenza ; ma crea anche in questo caso diritti subbiettivi ; e qua come là questa o quella persona fisica, trovandosi nelle ipotesi previste dal Diritto obbiettivo, ha determinati diritti subbiettivi. Nè muta ciò pel fatto che l'organo in tanto ha competenza in quanto questa è anche della persona giuridica, perchè la persona giuridica (poniamo la più alta : lo Stato) ha tutte le competenze di tutti i suoi organi, e ciascun organo ha la competenza sola ad esso attribuita. Avvien perfino che l'organo competente a concludere con un privato una fornitura di vestiario per l'esercito dà, con l'atto suo di volontà, il diritto allo Stato di ripetere la fornitura, o in mancanza i danni-interessi, e gli dà nello stesso tempo il dovere di pagare, gli dà il dovere di sottostare, per la esecuzione del contratto, alla decisione dell'organo statuale giudiziario competente a risolvere le controversie. L'organo dello Stato può sbagliare, perchè è fatale che gli uomini siano soggetti all'errore: altri organi sono creati per correggere, forse, più che per eliminare, per ridurre gli errori : non importa : anche il rappresentante di Diritto privato erra.

È qui rappresentanza vera e propria, e non è a dire che nell'addotto esempio trattasi di interessi patrimoniali, poichè rappresenta lo Stato così l'organo che conclude il negozio giuridico onde nascono diritti e doveri, come l'organo che interpreta ed applica le leggi alla singola controversia sia contro sia in favore dello Stato.

Rimontando in su, rappresenta lo Stato anche il corpo che ha adottato il Diritto obbiettivo : ogni norma giuridica è la pronunzia da parte dello Stato che qualche cosa è Diritto, e non è lo Stato, persona morale, che fa la pronunzia, sono i suoi organi composti di persone fisiche.

Se dallo Stato scendiamo al Comune o alla Provincia, ad una istituzione pubblica di beneficenza, ad una fondazione,

ad una società commerciale, mutano i rapporti, mutano la competenza della persona giuridica e la rispettiva competenza degli organi, non muta il fatto fondamentale: che la persona giuridica ha bisogno, per svolgere la sua attività, di nunci, di mandatari, di rappresentanti, di organi deliberanti senza che la deliberazione includa un vero rapporto di mandato o di rappresentanza della persona giuridica. Una teoria, ripetiamo anche qui, non ha valore se non comprende tutti i casi : gli organicisti confondono attività diverse di diverse persone giuridiche ; soltanto la teoria della rappresentanza, applicata con ponderazione, ha il merito di distinguere e spiegare con chiarezza tutte le diverse relazioni.

Un'altra differenza fra rappresentanza ed *Organschaft* sarebbe, per gli organicisti, questa : che, contrariamente a quanto avviene nel rapporto di rappresentanza, l'organo ha il dovere di compiere le sue funzioni organiche, la persona giuridica il dovere di pretenderne l'adempimento. E neanche ciò è sempre vero: l'organo elettorale non funziona sempre obbligatoriamente ; non è obbligatorio l'esercizio delle funzioni di deputato e di senatore, e, quand'anche si voglia discutere se questi siano rappresentanti dello Stato, non si può controvertere che siano dello Stato organi. Nel Comune è in un certo modo obbligatorio l'esercizio dell'ufficio di consigliere comunale, ma il Comune non ha il dovere di pretendere l'adempimento dell'ufficio. Il dovere di far valere questa pretesa può nascere per l'ente pubblico quando esiste il corrispettivo, anche qui non sempre, perchè, laddove l'indennità ai deputati si desse in forma di stipendio, non ne seguirebbe la obbligatorietà dell'esercizio della funzione come è per l'impiegato, per cui è obbligatorio che presti il suo servizio e per l'amministrazione pubblica che lo pretenda.

Dal dovere che ha l'amministrazione pubblica di pretendere i servizi che paga apparisce che la rappresentanza di Diritto pubblico si differenzia da quella individualistica, dal fatto che

in Diritto privato si può rinunciare a interessi patrimoniali cui l'ente pubblico non può rinunciare. Questo non può rinunciare al prezzo della vendita di un immobile fatta a un privato: per tal limite alla sua attività la vendita non è più una vendita? Parimenti, la rappresentanza resta sempre tale.

Tutto sta dunque a veder caso per caso quand'è che l'organo della persona giuridica pubblica è nuncio, quando è rappresentante, quando è mandatario, quando è semplicemente organo deliberante.

Molte ed eleganti ricerche possono essere fatte sul proposito. È rappresentativo dello Stato soltanto il capo dello Stato che promulga la legge adottata dagli organi competenti, o è anche rappresentativo dello Stato il potere legislativo da cui emana la legge?

Per noi, sono entrambi a diverso titolo rappresentanti. Le successive deliberazioni dei vari organi legislativi sono, isolatamente prese, atti di volontà di un organo: concorrendo tutte le deliberazioni nei modi e termini voluti dalla Costituzione, l'atto di volontà dello Stato è perfetto: soltanto, nel più dei casi, non è noto al pubblico: staccate il momento della sanzione da quello della promulgazione, e, come giuridicamente trovate due atti diversi, perchè la sanzione appartiene al potere legislativo, all'esecutivo la promulgazione, giuridicamente avete due differenti atti di rappresentanza dello Stato.

Per costruire la teoria della rappresentanza nella manifestazione della volontà dello Stato con la emanazione della norma giuridica, bisogna por mente al caso della Landesgemeinde dei quattro Cantoni svizzeri a Governo diretto, nei quali il voto dell'assemblea completa la legge, ed al caso di un disegno di legge, cui il presidente nord-americano abbia opposto il veto, e che sia votato da ciascuna Camera federale coi $\frac{2}{3}$ dei voti richiesti dalla Costituzione. I cittadini fanno, in ambo i casi, che la legge è fatta, e quand'anche,

in ipotesi assurda, la legge non venisse pubblicata, possono pretendere i diritti loro derivantini: è un fatto che non si verifica mai, ma il Diritto ne deve far l'ipotesi.

Da questi due esempi risulta altresì palese la differenza sostanziale fra il perfezionamento dell'atto legislativo e la promulgazione di questo, poichè all'atto legislativo approvato dopo il veto il capo dello Stato non contribuisce affatto nel Nord-America, non contribuisce all'atto legislativo con funzione specifica nel Cantone svizzero (1): qui, la promulgazione è decretata dal Regierungsrat, organo esecutivo, anch'esso, come la Landesgemeinde, presieduto dal Landammann.

Certo, l'organo esecutivo che promulga la legge è rappresentante dello Stato, ma non già in quanto ne manifesta la volontà nel campo del Diritto, sì bene in quanto impone l'osservanza della legge a tutti ed a ciascuno, e ne impone — quello che è più — l'esecuzione alle autorità dipendenti, poichè altro è che il cittadino, conscio della legge, reclami il diritto subiettivo a lui riconosciuto, altro che gli organi dipendenti dal Governo ricevano dallo Stato l'ordine di osservare e di fare osservare una norma giuridica.

Così, all'esempio già addotto del trattato debbono essere aggiunte alcune osservazioni: se il trattato è di materia devoluta dalla Costituzione al capo dello Stato, è questi che, senza alcun limite, lo conclude, e la sua conclusione impegna lo Stato, salvo, in Governo libero, il concorso di volontà dei ministri, giuridicamente necessario per la responsabilità; se, invece, il trattato, perchè possa valer come legge dello Stato, ha bisogno dell'approvazione del Parlamento, l'atto conclusivo è subordinato a questa condizione: lo Stato cioè non è impegnato che in seguito alla legge di approvazione, ma è sempre il capo dello Stato, col concorso dei ministri respon-

(1) L'essere il Landammann presidente della Landesgemeinde nulla toglie alla superiore osservazione.

sabili, che ha concluso il trattato ed ha rappresentato lo Stato: la legge approva il suo operato. Quando un organo del Parlamento disapprova, la conclusione è annullata: non è già che l'organo del Parlamento divenga per la sua deliberazione rappresentante dello Stato: questa costituisce un atto politico non rappresentativo della volontà statale: tale deliberazione ha però l'effetto giuridico di render come non avvenuta la conclusione del capo dello Stato.

Havvi qui, e in altri casi, quell'intreccio dell'influenza politica con l'ordinamento giuridico, per cui la persona dello Stato è giustamente chiamata dagli organicisti persona collettiva, come persona collettiva è il Comune, la Provincia, il Dipartimento, la Regione, un qualsiasi ente a base corporativa riconosciuto dallo Stato, una società commerciale; ma non è detto con ciò che fra organi di manifestazione del volere e dell'agire della persona collettiva e questa si costituisce uno speciale rapporto di *Organschaft*, soltanto perchè l'organo fa, a sua volta, parte della persona giuridica come parte della comunità giuridicamente organata, il che non avviene nella rappresentanza individualistica (e neanche però nella tutela nè nella fondazione). Ora, questa innegabile differenza non muta la sostanza delle cose, come già abbiamo visto che altra innegabile differenza non muta la natura privata di un contratto o di una obbligazione civile.

La persona giuridica ha una diversa complessità di struttura, quella pubblica in ispecie, lo Stato moderno in particolare.

Appunto per generalizzare utilmente la teoria giuridica della rappresentanza, bisogna por mente alla profonda diversità fra lo Stato assoluto e lo Stato libero: sono gli organi di questo che turbano i concetti semplici e fanno nascere le poco pratiche teorie organiche: l'aumento degli organi, non tutti nè sempre rappresentativi dello Stato, dovuto alla influenza sempre crescente dell'elemento politico, che viene dalla

partecipazione popolare alla pubblica cosa, dovuto alla necessaria specializzazione delle funzioni in condizioni sociali elevate, induce a vedere rapporti nuovi, laddove non si ha che uno sviluppo grandissimo di rapporti antichi. Poichè l'elemento politico è sempre e in ogni tempo nello Stato, la cui sovranità dee contener sempre la volontà popolare.

La influenza maggiore, e più o meno diretta, di questa volontà produsse i Governi, che si chiamarono con criterio politico rappresentativi e fecero sbocciare nel Diritto pubblico la teoria della rappresentanza politica, la quale si distinse dal mandato principalmente per respingere il mandato imperativo, teoria che oggi ha bisogno di un completo rifacimento.

La rappresentanza giuridica, necessaria allo Stato persona giuridica per svolgere la sua attività, è istituito radicalmente diverso dalla rappresentanza politica, necessaria al popolo per la partecipazione al Governo. Per la prima, la persona o le persone investite di un pubblico ufficio hanno il potere di manifestare la volontà dello Stato in guisa da dover ritenere come atto della persona giuridica statale l'atto degli organi secondo la competenza tassativamente determinata. Per la seconda, sono chiamate le varie tendenze sociali e politiche, a mezzo di rappresentanti, all'esercizio di funzioni e politiche e giuridiche, affinchè il Governo senta e subisca la pressione, più immediata possibile secondo le differenti condizioni sociali, della pubblica opinione. Tali funzioni politiche infatti, nel regime parlamentare, spettano in prevalenza a quell'assemblea che, per la sua composizione, più è atta a sentire le vibrazioni della pubblica opinione.

Anche i corpi elettorali delle circoscrizioni e politiche e amministrative sono organi o statuali o di Governo locale: esercitano i cittadini nei comizi elettorali un diritto che è nello stesso tempo una funzione, funzione politica e giuridica insieme: politica, perchè il corpo elettorale decide secondo

la tendenza sociale o politica che nella circoscrizione in quel momento prevale; giuridica, perchè designa in dati cittadini la capacità ad esercitare determinate funzioni, e mercè il voto li rende ufficiali pubblici in organi statuali, comunali, provinciali, dipartimentali, regionali, e via dicendo.

E non è strano che questi organi statuali elettivi, quando concorre la decisione conforme degli altri organi designati dalla Costituzione, manifestino anch' essi la volontà dello Stato nel campo del Diritto: tale volontà manifestano nei Cantoni svizzeri a Governo diretto le assemblee dei cittadini attivi, nelle quali vince direttamente la tendenza sociale o politica che nel momento prevale. E qui abbiamo insieme, nella stessa Landesgemeinde, la rappresentanza politica e quella giuridica. I cittadini attivi, siano essi chiamati soltanto ad eleggere, siano anche chiamati a deliberare, sono politicamente rappresentanti del popolo che non ha esercizio del diritto politico.

Nè è da meravigliare che questa rappresentanza politica possa dar luogo a rappresentanza giuridica nonostante che vi prendano parte gruppi avversi all' ordine politico e sociale. Questi gruppi si valgono dei diritti che la legge costituzionale riconosce nei cittadini, e non è dubbio che, col voto e con la partecipazione ai pubblici uffici, essi entrino, benchè avversi, nella Costituzione, poichè cooperano al suo funzionamento. Un qualunque partito politico, entrando nell'orbita della Costituzione, accetta l' esistenza dello Stato qual è, e contribuisce alla giuridica manifestazione della volontà statale: esso reputa e sostiene che lo Stato debba informar la sua azione e svolgere i suoi fini secondo i criteri da esso propugnati; criteri che possono essere monarchici in repubblica, e repubblicani in monarchia; possono essere socialisti, interventzionistici, individualistici — non negano mai lo Stato. Da qui il concetto giuridico, innestato nella rappresentanza politica, pel quale l'eletto rappresenta tutto il

popolo, non già il singolo corpo elettorale; da qui, la tendenza giuridica nuova, in assoluta antinomia col sorpassato mandato imperativo, della indennità dei deputati e della obbligatoria accettazione delle funzioni elettive.

Queste importanti questioni giuridiche, alle quali la Politica non è nè può essere estranea, sono semplicemente intravvedute dagli organicisti, e forse il non averle approfondite, l'aver voluto trarre forzatamente un'arida questione giuridica da fenomeni politici e sociali, è la cagione delle deplorate confusioni. Diritto e Politica debbono essere distinti ma coordinati.

I PRINCIPII DEL DIRITTO PENALE

OSSERVAZIONI

DI

GIULIO DE MONTEMAYOR

L'occasione di questo scritto, ch'è l'omaggio a un maestro del diritto romano, mi fa venire in mente per antitesi le parole sprezzanti con cui un innovatore del diritto, il Beccaria, ricordò nella prima pagina del famoso suo libro quella immane opera della sapienza di nostra gente: « Alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore, fatte compilare da un principe, che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia co' riti longobardi ed involte in farruginosi volumi di privati ed oscuri interpreti, formano quella tradizione di opinioni, che da una gran parte dell'Europa ha tuttavia il nome di leggi ». E in una con queste leggi il Beccaria gittava il diritto romano tra lo « scolo de' secoli i più barbari » ! (1).

Nè si può dire per attenuante che queste son le parole d'un giovane sui venticinque anni, quanti ne aveva il Beccaria quando scrisse il libro *Dei delitti e delle pene*; perchè è a tutti noto come quel libro nascesse.

« Il libro — scriveva Pietro Verri il 10 novembre del 1765 — è del marchese Beccaria.

« L'argomento gliel' ho dato io, e la maggior parte dei « pensieri è il risultato delle conversazioni che giornalmente

(1) *Dei delitti e delle pene*, Bassano, 1789. Il libro del Beccaria esprime un sentimento ch'era in tutti gli animi ai suoi tempi, come può vedersi nel DESJARDINS, *Les cahiers des Etats généraux en 1786 et la législation criminelle*, Paris, 1883.

« si tenevano fra Beccaria, Alessandro (l'altro fratello Verri), « Lambertenghi e me. Nella nostra società, la sera la passiamo nella stanza medesima, ciascuno travagliando. Alessandro ha per le mani la Storia d'Italia, io i miei lavori economici-politici, altri legge: Beccaria si annoiava e annoiava gli altri. Per disperazione mi chiese un tema, io gli suggerii questo, conoscendo che per un uomo eloquente e d'immagini vivacissime era adattato appunto. Ma egli nulla sapeva dei nostri metodi criminali. Alessandro, che fu il protettore dei carcerati, gli promise assistenza. Cominciò Beccaria a scrivere su due pezzi di carta staccati delle idee, lo secondammo con entusiasmo, lo fomentammo tanto che scrisse una gran folla d'idee; il dopo pranzo si andava al passeggio, si parlava degli errori della giurisprudenza criminale, s'entrava in dispute, in quistioni e la sera egli scriveva; ma è tanto laborioso per lui lo scrivere, e gli costa tale sforzo che dopo un'ora cade e non può reggere. Ammassato che ebbe il materiale, io lo scrissi e si diede un ordine e si formò un libro ».

Se il merito del libro non fu tutto del Beccaria, anche la sbrigativa condanna del diritto romano, con cui quel libro si apre, è da pensare dunque che fosse negli animi di tutto il celebre *Caffè milanese*.

Ma il tempo fa giustizia degli umani giudizi. E mentre il diritto romano, che i rivoluzionarii di Milano credevano aver superato, è ancor vivo e vegeto; perchè, organismo completo di tutela della libera proprietà borghese, s'attaglia ancora a maraviglia alla nostra vecchia società — per modo che un romanista insigne non è oggi solo uno storico del diritto ma anche un autorevolissimo giurisperito —: superato è invece il libro *Dei delitti e delle pene*, che pare sia oramai da rifare.

Non già perchè il libro abbia mancato il suo fine di colpire la pena di morte, i supplizii atroci, la tortura, le ver-

ghe e l'inquisizione; ma perchè appaion superate le ragioni per cui quell'abolizione esso invocava.

L'opera del Beccaria raggiunse pienamente, nel suo *secolo di lumi*, lo scopo di scuotere *gli animi sensibili e i direttori della pubblica felicità*, e concorse col gran clamore che levò, a produrre i grandi frutti, che oggi ancora godiamo, e che son soprattutto la certezza delle leggi penali, la pubblicità dei giudizi, e l'abolizione della pena di morte, della flagellazione e della tortura. Ma tali frutti essa conseguì più « con l'eloquenza e con le immagini vivacissime » elogiata dal Verri, e con l'opportunità e l'umanità dello scritto, che non con le ragioni. Tutto il fondamento scientifico del libro, tutta la parte di pensiero che è in esso, è caduta; e l'opera del Beccaria resta omai un'opera di propaganda e di sentimento. Ed io tenterò di mostrarlo.

Ma non si creda ch'io voglia già recar la testa del Beccaria sull'altare del diritto romano.

Diritto romano e Beccaria sono il punto donde movo per discutere il fondamento ed i limiti della difesa sociale.

Ha la facoltà un'accolta di uomini di prendere, legare, incarcerare e sottoporre a ogni sofferenza e privazione, e magari alla morte, un altro uomo? — La domanda involge il rispetto della libertà e della stessa vita umana, e non è dunque di lieve importanza. Ed essa può suddividersi in tre quesiti distinti: Può la società comprimere la libertà umana? Per quali fatti? E in qual modo?

* * *

Per rispondere al primo quesito occorre chiarir bene che cosa è società, e che cosa è diritto.

Io ho già cercato la risposta in qualche altro mio scritto (1),

(1) *La legge ingiusta e l'ufficio del Giudice*, Discorso inaugurale

e, non essendo qui il luogo di un' ampia discussione, non posso se non ripetere il già detto.

L' associazione umana — la società, il diritto — traggono la loro origine da un fatto di necessità, dalla convivenza umana. Gli uomini si trovano a vivere insieme sopra la terra, e questa condizione necessaria della loro esistenza, che non è ancora società, che è stato di fatto, direi quasi, e non ancora di diritto, diventa società quando gli uomini si scoprono uguali contro un nemico più forte e affermano e mantengono contro di esso la loro uguaglianza.

Il Vico l' ha così ben chiarito: il dominio genera la società. L' uomo — e dico uomo per dir tanto il despota quanto gli oligarchi o gli stranieri — va per istituire il suo dominio sugli altri con un fatto che è di lotta e di violenza, e crea invece la società umana perchè riunisce gli altri e li fa sentire eguali tra loro contro di lui. Vanno gli uomini per istituire *i feudi*, dice il Vico, ed istituiscono le società *civili*.

Ma non solo il timor della violenza umana crea la società, e non solo « primos in orbe deos fecit timor », ma anche « primas societates et civitates ». Fu:

..... L' orror, che, primo,
Contro l' empia natura,
Strinse i mortali in social catena.

E per natura bisogna così intendere non solo la natura esteriore, ma anche la natura interiore umana; non solo la violenza e gli agguati delle cose, delle belve e degli elementi, ma anche la violenza e le frodi degli uomini.

pronunziato il 7 genn. 1904 al Trib. di Sanremo, Sanremo, Biancheri, 1904; G. B. Vico e la concezione materialistica della storia del diritto, in *Atti del Congresso internaz. di sc. storiche*, Roma, 1903, vol. IX, pag. 375. Sez. V: *Storia del diritto*.

Così anche la società appare un fatto di necessità, un fatto di convenienza. — Ma questo fatto schiettamente economico ne fa poi nascere uno di natura diversa, che è il *diritto*.

La condotta umana s' ispira continuamente a due ordini diversi di sentimenti: il bene proprio e il bene altrui.

L' uomo conosce non soltanto se stesso e gli altri uomini, individui, ma conosce anche l' uomo, l' essere umano astratto: oltre ad avere l' *impressione* degli individui umani, ha l' *idea* dell' uomo. Ora quando agisce coscientemente, com' è sua natura, in vista del proprio *utile*, agisce — si dice — economicamente, per *convenienza*; quando invece agisce in vista del *bene* umano, agisce moralmente, per *dovere*, per quella virtù ch' è *sacrificio*, sacrificio illimitato del proprio *utile* o della propria convenienza al *bene* altrui.

Mentre dunque la condotta economica porta a sacrificar anche la vita altrui alla propria, la condotta morale porta a sacrificare invece anche la propria alla altrui.

Entrambe non hanno limite; e s' ispirano alla coscienza, la prima, dell' utile e del nocivo personale, e la seconda, del bene e del male umano.

Or, di qual natura è quella terza forma di coscienza direttrice delle azioni umane che s' esprime — noi sentiamo tutti i giorni — con la valutazione del giusto e dell' ingiusto nelle azioni umane, e che crea il diritto — la società, le leggi e la coazione?

Fra l' *io* e l' *uomo* c' è il simile — l' *uguale* —: fra il *bene proprio* e il *bene altrui* c' è il *bene comune*, — ch' è così proprio come altrui.

La coscienza dell' utile *comune* è quella che fa nascere il sentimento del diritto e del dovere, il sentimento del *dovere giuridico* verso gli *eguali* — il sentimento d' uguaglianza e di giustizia.

La società umana *nasce* dunque in seguito ad un giudizio di convenienza: al giudizio, che essa è più utile dell' isola-

mento, al giudizio della *vis unita fortior*, dell'unione che fa la forza, e che s' esprime in ogni uomo col convincimento che l'onestà è la cosa che più torna utile al mondo. Ma, nata sotto la spinta della necessità di combattere un comune nemico più forte, quando è poi *nata*, non è più un fatto economico, ma un fatto di natura diversa, perchè è *un' unione* per un fine *comune*, un implicito patto di *reciprocità*, un sacrificio della propria personalità limitato al conseguimento di quel maggior bene ch'è la propria sicurezza.

Il fine dunque della società umana è un fine economico: si vuole la società, l'unione, perchè è utile contro la maggior forza nemica, perchè risponde al proprio utile personale; ma la società stessa, quando si è voluta, quando è instaurata, è *un legame* posto tra gli uomini, è una rinunzia reciproca alla lotta fra consociati, è un dovere assunto di mutuo rispetto. Ciascuno mirando all'utile proprio, ha implicitamente mirato all'utile altrui; e quest' utile comune, conosciuto e posto alle proprie azioni, mentre da una parte fa esigere il rispetto della propria individualità, dà cioè il sentimento del proprio *diritto*, dall'altra impone il rispetto dell'uguaglianza altrui, e dà cioè il sentimento di un *dovere*.

Ma questo *dovere*, se ben si osservi, non è ancora *dovere morale*; perchè il bene *comune* non è il bene *altrui*, il bene *umano*.

Il *bene comune* non è ancora *bene*, ma è tuttora *utile*; perchè mette accanto al bene altrui il bene proprio, ch'è appunto ciò che noi abbiamo chiamato *utile*; e in tanto fa volere il bene altrui (che per ciascuno degli altri è del resto anche proprio *utile*) in quanto si accorda all'utile personale ed è implicito in esso.

Il dovere sociale è dunque limitato al proprio tornaconto, alla propria partecipazione al bene *comune*; mentre il dovere morale prescinde dalla propria convenienza e mira al bene

umano, pel quale può esser necessario anche il sacrificio della propria persona.

Il dovere sociale da noi distinto ha dunque un' evidente peculiarità pel fatto ch'è *limitato*, siccome osservarono parecchi pensatori, da Dante e dal Vico al Kant, allo Stuart-Mill e allo Stein; e tale limite noi abbiamo ravvisato nell'*utile comune*, che è l'obbiettivo di quel dovere che si è chiamato *giuridico*.

La condotta giuridica è perciò ispirata da una speciale forma di coscienza, che è quella dell'utile comune, — dal cosiddetto sentimento di *eguaglianza o di giustizia*.

Ma questa coscienza giuridica, come s'è visto, non nasce inerme: nasce sotto la pressione di una forza avversa, che è spesso la violenza umana; nasce, quindi, come lotta e difesa.

E, come più gli uomini vengono a contatto gli uni degli altri e *la convivenza* si estende, più la società si allarga e si consolida, e le sue armi divengono potenti e rivolte contro un più grande ed universale nemico: il male!

Il male, che per le originarie famiglie e per le disperse tribù era la fame, l'intemperie, l'aggressione ferina od umana delle più numerose e forti famiglie e tribù, divenne poi per le prime città la carestia, il terremoto, la peste, la guerra e la schiavitù; ed è oggi, per le nazioni, la concorrenza commerciale, l'infezione, la guerra europea o coloniale, la lotta di classe. Ma sempre in tutti i tempi, il nemico contro cui si è combattuta la lotta per l'esistenza umana, è la malignità della sorte e della stessa natura umana.

Non bisogna però confondere la lotta *esterna* con la lotta *interna*.

La lotta esterna è quella per cui il diritto sorge, è l'occasione e la causa per cui il diritto sorge; la lotta interna invece è il diritto stesso, è l'affermazione del diritto fra gli uomini per combattere quella lotta esterna, è la lotta per

l'eguaglianza umana affine di poter meglio combattere il nemico comune, la natura.

La distinzione non apparisce chiara finchè non esiste una società umana, ma esistono piccole associazioni umane per ciascuna delle quali anche l'altre parti dell'umanità sono nemico esterno e naturale.

Ma quando la società umana s'è allargata a tutto il mondo, allora non più ogni lotta contro il male è lotta per la giustizia; e ci diventa possibile distinguere la lotta contro il male esterno — la lotta contro la malignità della sorte, — dalla lotta contro la malvagità umana.

Pure di queste stesse due lotte, — ci si potrebbe osservare — la prima è combattuta nella società universale dalla scienza naturale, dall'economia e simili, e la stessa seconda lotta contro la malvagità umana è combattuta dalla moralità e dalla religione, che fan gli apostoli e gli eroi: qual'è dunque in una società evoluta la lotta che combatte il diritto?

Noi abbiám visto innanzi che, se il diritto nasce per la lotta contro il male comune, non è però costituito da questa; che non è quella lotta il diritto, ma il diritto è cosa diversa che nasce appunto per combatter quella lotta.

Che cosa è dunque il diritto? Noi l'abbiamo faticosamente chiarito: è *un legame* posto tra gli uomini, un patto di reciprocità e di mutuo rispetto, un patto di eguaglianza, che si esprime nello stato: nella legge, nei giudizi e nella coazione.

Il diritto non è dunque costituito dalla lotta che lo fa nascere, ma dall'unione che si conosce necessaria per combattere quella lotta.

Ora, unione *necessaria* è unione imposta, così a sè come agli altri: la coazione dunque è insita nella natura del diritto. Se dovere è autoimposizione, reciprocità è diritto d'imporsi agli altri. Il diritto dunque è anch'esso lotta; ma lotta armata e non inerme, come quelle che combattono la morale

e la religione. È difesa interna e paragonabile alla disciplina, ch'è in un esercito di fronte al nemico.

Ora, poichè la società nasce, come abbiám detto, dal seno della convivenza, quando essa diventa universale e si estende a tutta la convivenza umana, vi saran non più parti dell'umanità, nazioni e popoli contro nazioni e popoli, ma tutta l'umanità contro tutta l'umanità per imporre il rispetto del diritto; e le due lotte da noi distinte, della società contro la malvagità umana e contro la malvagità della natura, diverranno, la prima, la lotta per l'affermazione del diritto nel seno dell'umanità, e la seconda, la lotta dell'umanità contro la nemica natura; e, come in origine, la prima sarà coordinata alla seconda.

Ma, finchè l'umanità non sarà giunta a questa completa unificazione, il diritto non si presenterà già come unità di coscienza e di fini — e quindi in forma simigliante al suo aspetto universale ed astratto, — ma apparirà tra gli uomini nella forma concreta nella quale oggi appare di diritto positivo, e cioè di leggi molteplici e varie di nazioni e di stati.

Or la natura della legge positiva, ch'è legge di gruppi umani, pone scissioni e disuguaglianze tra gli uomini. Il frazionamento della legge scinde dunque la lotta pel diritto in lotta per la legge e lotta tra le leggi: in lotta pel rispetto e l'osservanza della legge, qualunque essa sia, in ciascun gruppo, da una parte; e in lotta pel mutamento e per l'eguaglianza delle leggi, fra i diversi gruppi, dall'altra.

Questa seconda lotta è politica e rivoluzionaria e non ha che fare con la prima: combatte la disuguaglianza umana e nasce dalla diversità delle leggi: presuppone quindi in entrambi i gruppi contendenti il rispetto *della* legge, se non di *quella* legge.

La lotta pel rispetto della legge si combatte invece pel solo fatto che la legge esiste, e qualunque essa sia. Non di-

scute la bontà della legge, ma ne impone il rispetto sol perchè è legge. Si combatte dunque non contro i desiderosi di legge diversa, ma contro i ribelli ad ogni legge.

Dalla lotta pel diritto in quest'ultimo senso, nel senso cioè di lotta contro la malvagità umana e di vera *difesa* del diritto, bisogna sceverare adunque le battaglie interne del diritto pel mutamento e per l'unificazione delle leggi. In questo sono a fronte le leggi positive e il sentimento di uguaglianza e di giustizia; mentre, nella lotta per la difesa del diritto, sono a fronte la società e la malvagità umana, l'ordine civile e la delinquenza.

Quali che siano le leggi positive, degne o no di esser conservate dalla coscienza umana del giusto, esse devono tutte mantenere e difendere l'ordine sociale e il patto di reciprocità tra gli uomini. Chi lo viola, dev'esser colpito e messo al bando dalla società.

L'umanità per combattere il male fuori di sè deve combatterlo anche nello stesso suo seno, reprimendo i malvagi istinti che l'intralciano nella sua opera di difesa esteriore.

La coazione dunque non solo è legittima, ma è *necessaria* all'esistenza stessa della società. È di necessità come la stessa società umana; e si esercita contro *la natura umana*, contro gli stessi uomini che alla natura ritornano, e si abbandonano cioè al cieco istinto della violenza, della frode e della incuria verso il danno altrui.

Nel diritto è dunque insita la *coazione* verso gli altri uomini. Finchè vi sarà un sol uomo che si ribellerà alla necessità della società umana, vi sarà la coazione della società contro di lui ed il diritto conserverà le sue armi. Il diritto però non cesserà già di esistere quando d'armi non avrà più bisogno; perchè la sua peculiarità non è in esse ma nel sentimento d'uguaglianza e di reciprocità che la lotta comune instaura tra gli uomini: quel sentimento d'uguaglianza, ch'è il sentimento della giustizia, seguirà sempre

a regolare i rapporti pacifici d'interesse tra gli uomini, anche quando tutti agiranno in conformità di esso; perchè anche col maggior rispetto del diritto si può errare nell'esercitare i proprii diritti. Epperò il diritto è immortale. E la coazione è necessaria conseguenza di esso, ma non ne è elemento essenziale, perchè è un elemento condizionato ad un inconveniente della sua vita che può anche sparire.

Noi siam venuti così a stabilire la legittimità e il fine della coazione: la coazione è la garanzia del rispetto del diritto comune e nasce dalla necessità di mantenere la società umana per combattere la guerra comune contro l'inimica natura.

* * *

Ma in due modi noi abbiamo visto la società esercitare la correzione delle azioni umane, e ciò perchè in due modi gli uomini possono violare la stabilita uguaglianza; o per dolo o per errore; — o ridiventando natura e quindi rompendola con la società, o errando nell'esercizio dei loro diritti e quindi rispettando la società.

Questi due ordini di violazione sono il fondamento della distinzione fra il diritto detto civile e quello detto penale; epperò contengono il criterio per distinguere le azioni umane che devono essere impedito e represse, da quelle che devono essere semplicemente riparate.

La coazione che s'impone pel primo ordine di azioni non è assolutamente necessaria pel secondo.

In effetti, chi viola l'altrui diritto per errore si rimette pacificamente all'autorità sociale per far definire la controversia nata, e quindi l'intervento di questa è *arbitrato* e non più *coazione*, facendo i contendenti liberamente omaggio alla sua sentenza e rispettando cioè il diritto e la società.

La coazione non è dunque essenziale al fatto del diritto;

epperò non ne costituisce, come alcuni hanno ritenuto, la peculiarità. E in verità, a ben riflettere, appar subito che non sarebbe possibile l'esistenza stessa del diritto se il maggior numero degli uomini non lo rispettasse spontaneamente e se tutti dovessero essere coatti a quel rispetto. Chi resterebbe più per applicare la coazione?

Dove non fosse diffusa la coscienza del diritto, regnerebbe l'anarchia.

La coazione è un *sussidio* soltanto della coscienza giuridica, legittimato dalla ribellione di una minoranza degli uomini al diritto. Quindi la necessità di mantenere la coazione solo pel primo ordine di azioni umane.

Nè si dica che in sostanza essa si deve mantenere anche per quelle del secondo ordine, per ottenere il rispetto delle sentenze pacificamente chieste: perchè dal momento che la coazione si rende necessaria vuol dire che quelle azioni non sono più lesive per solo errore del diritto, ma che chi ne chiese pacificamente il giudizio ora non lo accetta più e non rispetta più il diritto ma vi si ribella; epperò la sua ribellione è un'azione nuova in contrasto con la prima, e che si rende essa punibile e soggetta a coazione, perchè appartenente appunto al primo ordine di azioni che abbiamo dette dolose.

Resta così accertato che la coazione è destinata unicamente ad impedire le violazioni dolose dell'altrui diritto.

Quindi si manifesta la grandezza e la profondità della classica distinzione degli elementi costitutivi del fatto punibile o reato, che sono il *danno* e il *dolo*.

Perchè l'azione dannosa diventi delittuosa, occorre che sia effetto della malvagità umana, che sia compiuta in mala fede, col proposito cioè di offendere la giustizia e la legge, e contro il divieto di queste. È proprio dunque da questo divieto che in definitiva il delinquente vien costituito in dolo. L'obbligo del rispetto dell'altrui personalità, espresso e com-

pendiato nella legge, risultante delle singole volontà umane, rende responsabile delle sue azioni chi vi si sottrae. Questo concetto del dolo, nascente da violata *legge* e non da violata *coscienza*, rende possibile poi la punizione di azioni non intimamente *malvage*, ma solo *vietate* dalla legge, e il sorgere del concetto di *contravvenzione* accanto a quello di *delitto*. La malvagità implica anche il *danno*, perchè è trasgressione della legge e offesa agli altri.

Ora noi abbiamo accennato innanzi in quanti modi l'uomo possa esser malvagio. La distinzione immortale fu accolta da Dante nella distribuzione delle pene eterne (*Inferno*, canto XI).

Dante si fa infatti dir da Virgilio sulle soglie della città di Dite, per distinguer le colpe in essa punite:

D'ogni malizia ch'odio in cielo acquista,
Ingiuria è il fine, ed ogni fin cotale
O con forza o con frode altrui contrasta.

E, quando Dante domanda quale specie di colpe abbia dunque visto punite fuori della « città roggia », Virgilio gli risponde:

Non ti rimembra di quelle parole
Con le quai la tu' Etica pertratta
Le tre disposizion che 'l Ciel non vuole,
Incontinenza, malizia e la matta
Bestialitate? e come incontinenza
Men Dio offende e men biasimo accatta?

Or se la malizia e la matta bestialitate s'identificano con la frode e con la violenza, l'incontinenza, ch'è colpa a proprio danno (considerando qui Dante i delitti umani dal punto di vista morale, e cioè dell'anima umana), riferita invece al

punto di vista giuridico dell'altrui danno, può equipararsi benissimo, come negligenza, anch'essa alla colpa, l'altro riconosciuto fondamento, nel suo stretto senso giuridico, della pena.

I reati colposi sono stati sempre chiaramente distinti da tutti gli altri di diversa natura e contengono forse la distinzione più chiara nella scienza del diritto penale; ma anche per la distinzione fra colpa penale e colpa civile assai utile è la constatazione degli elementi costitutivi del reato colposo.

E quante contraddizioni non nascono dalla trascuranza di quella distinzione naturale e fondamentale dei reati!

S'incomincia dal dover lamentare la mancanza in tutti i trattati di diritto penale di una definizione del concetto di reato. La definizione, che d'ordinario si legge — pare incredibile: — è quella « ch'è reato ogni azione ch'è punita dalla legge », definizione, che s'aggira in un circolo vizioso, perchè non dice quali poi siano le azioni che la legge debba punire, e quindi non risponde al suo scopo dichiarativo. Mentre, stabilito il principio generale, che « è reato ogni azione dolosa che lede l'altrui diritto », ne deriva la definizione anche più precisa e chiara, che « è reato l'atto violento, frodolento o colposo che lede l'altrui diritto ».

Ma quante confusioni non ingenera, nella classificazione dei reati e nel proporzionamento delle pene, l'oblio di questa definizione!

Si può dunque a questo punto stabilire, che la lotta che la società combatte pel rispetto del diritto, è lotta contro la violenza, la frode e l'accidia umana, che tentano continuamente di violare l'uguaglianza stabilita tra gli uomini.

*
*
*

Accertato che la società ha il diritto di obbligare gli uomini al rispetto del diritto, e accertato quali azioni abbia il

diritto d'impedire, resta solo da vedere in qual modo abbia il diritto d'impedirle.

Impedire vuol dire prevenire. Questo è un punto capitale nella teoria del diritto penale.

Per lo più si dice che la società deve *reprimere* le azioni delittuose, dando l'intervento della società quasi per un *post factum*; mentre, a rigore teorico, bisogna invece porlo per un *ante factum*. La società deve intervenire prima, e non dopo che il fatto delittuoso è stato commesso; perchè altrimenti la lesione dell'altrui diritto, il danno altrui, è stato già compiuto e non ogni danno è riparabile, come la morte, il deturpamento, lo stupro ecc., mentre la società ha il dovere di garantire i consociati che il diritto rispettano, di garantire cioè se stessa, contro le ingiuste aggressioni della malvagità umana, e d'impedire che il rispetto del diritto diventi dannoso ai consociati e li ponga in condizione d'inferiorità rispetto ai ribelli, ai trasgressori.

Di qui nasce, come vedremo, la legittimità della *pena*: ed è questo il fondamento del diritto di *punire*.

Gli uomini non debbono violare l'altrui diritto: non già debbono essere puniti quando l'han violato.

Ecco la distinzione che noi qui recisamente poniamo: *punitur ne peccetur, non quia peccatum*.

E crediamo di riconoscere anche quale sia l'origine di questo errore fondamentale della teoria del diritto penale: la religione.

Noi abbiamo portato nella giustizia umana le condizioni di fatto della divina; abbiamo considerato la pena umana allo stesso modo della divina; abbiamo concesso un po' agli uomini gli attributi gradevoli della divinità.

Per la religione, Dio ha dato il libero arbitrio del bene e del male all'uomo: cioè, meglio, l'uomo se l'è rubato col peccato originale; per cui esso può commettere il male, e Dio non può impedirne finchè l'uomo vive. « Ma lo coglie

all'estremo sospir! »; e, quando è morto, gli fa scontare tutto il male che ha fatto; e così giustizia è compiuta.

Ma per la giustizia umana la faccenda non va allo stesso modo. Che cosa importa agli uomini che il reo sia punito dopo che ha fatto il male? L'essenziale è che non lo faccia, perchè il male, è il danno degli altri uomini, che, come abbiám visto, non sempre si ripara.

Mentre dunque per la religione la pena è *punizione*, ed *espiazione* del male commesso, per la società la pena è difesa, *minaccia* contro il male che non si vuol sia commesso.

La religione guarda al peccatore, mentre la società guarda a colui ch'è danneggiato dal peccato.

La pena divina non ha quindi nulla che vedere con l'umana ed è riuscita solo a turbarne il concetto fondamentale nella teoria giuridica

Per vero dire, poichè le stesse pene esterne sono stabilite per fini umani, e per questo rispetto la religione non è che il codice penale della morale, le stesse religioni hanno sentita la necessità di dare un valore di prevenzione alle pene divine, e quindi hanno obbligato gli onnipotenti Dei a promulgar *le loro leggi*, come miseri coronati della terra: leggi di cui le pene esterne son divenute la sanzione. Ma, se le religioni avessero lasciato ai loro numi seguir la logica della loro postuma onnipotenza e agli uomini il loro vero tornaconto, Jehovah sarebbe rimasto il Dio delle vendette ed avrebbe punito, come la natura ch'è muta, a male compiuto e senza bisogno di legge; e gli uomini avrebbero punito per difesa, per evitare che il male fosse compiuto e quindi con chiare e precise leggi.

Il fine dunque della lotta pel rispetto del diritto — della cosiddetta coazione giuridica — è la difesa della società; e non già la punizione, nello stretto senso della parola, del reo.

E questa difesa della società si compie con l'impedire

agli uomini le azioni violenti frodolenti o colpose a danno dei loro simili.

Or, poichè le azioni degli uomini non si possono sempre materialmente impedire, nasce la necessità di agire più che sull'azione, sulla volontà criminosa del delinquente: nasce la necessità *dell'intimidazione e della pena*, la necessità di fare agire sulla sua rea volontà la minaccia di una pena.

Si palesa quindi la grandezza della scuola rivoluzionaria italiana, rappresentata dal Beccaria, dal Filangieri, dal Romagnosi etc. che è la vera scuola classica, perchè risale ad Aristotile, che, primo, nella sua *Etica*, pose il fondamento della pena *nell'intimidazione del delinquente*.

Noi abbiám visto che l'uomo ispira le sue azioni all'utile proprio, all'utile comune o al bene umano. Ora è evidente che il delinquente ispira le sue azioni all'utile proprio; il motivo della sua rea condotta è un fine economico, la speranza di un vantaggio o un semplice diletto. E questo miraggio di gioia bisogna controbilanciare — *controspingere*, dice il Romagnosi — nella sua volontà, col timore di un maggior danno, col timor della pena.

Quindi la necessità di stabilir delle pene che rattengano i rei dal commettere le azioni dannose per gli altri uomini.

Il fine della pena è di rendere economico il dovere giuridico, che il reo non sente, e di adattare al suo sentimento personale i precetti della coscienza del giusto: rendere utile il bene comune e la giustizia un interesse.

Si fa così coi delinquenti, con gli uomini incoscienti ed incivili, quel che si fa con gli animali e coi bambini: si rende loro utile il dovere! E questa è la vera origine storica — allo stesso modo che razionale — delle leggi punitive. La pena è un mezzo di educazione e di correzione umana; e, se lo si dimentica, è per la gravità dei fatti che corregge e per l'apparato e pei mezzi atroci con cui spesso la si esercita. Ma la sostanza è quella.

Con gli animali e coi bambini, in cui può solo l'istinto, si usano il bastone e le piccole privazioni: coi delinquenti, nei quali può anche la riflessione, si usano le grandi privazioni della libertà e di tutte le gioie della vita. Così vien consacrata l'immortale verità della sentenza oraziana:

*Oderunt peccare boni virtutis amore :
Oderunt peccare mali formidine poenae*

La pena è dunque prescritta per l'intimidazione del reo; ed agisce così da freno diretto sulla sua mala volontà in difesa della società.

Ciò importa che il reo sconti la minacciata pena quando commette un delitto. E la pena scontata viene poi ad agire indirettamente anch'essa in difesa della società come freno della volontà tanto del reo come degli spettatori della sua pena, assumendo le due qualità di emendatrice ed esemplare.

Tali conseguenze della pena scontata non si possono però già assumere ad elementi costitutivi del diritto di punire senza intima contraddizione. Si verrebbe a porre l'effetto come causa.

È quindi manifesto l'errore di alcuni teorici del diritto penale, che sostennero essere l'*emenda del reo* (Roeder), o l'*esemplarità*, il fondamento della giustizia punitiva.

* * *

Ma a questo punto appare evidente l'errore anche della scuola classica del diritto Penale, che va dal Kant e dall'Hegel fino al Carmignani, al Rossi, al Pessina, al Carrara; i quali tutti, intuendo la natura spirituale della giustizia e ravvisando una forza brutta e indisciplinabile nella difesa che rivoluzionarii del diritto ponevano a fondamento della pena,

furono sviati nella loro ricerca dalla incapacità di distinguere e definire lo specifico contenuto spirituale del diritto; e quindi si fecero propugnatori della cosiddetta dottrina assoluta del diritto penale, che considera la pena come la giuridica retribuzione del reato e pone il fondamento della pena nella necessità di *reintegrare l'ordine giuridico violato*.

Queste parole di colore un po' oscuro vogliono esprimere il concetto che la pena deve imporsi per affermare la sovranità e la preminenza del diritto. Vi è stato un ribelle: bisogna ricordare ch'egli è un ribelle e che sopra di lui sta il diritto, che egli ha offeso.

Mirando a questo fine — diciamo pure, un po' trascendentale, — otteneva poi di fatto lo scopo d'intimidire ed emendare i rei.

Ora, se si osservi bene a fondo, questa teoria si risolve proprio nell'errore, innanzi combattuto, di porre l'esemplarità della pena a fondamento di essa. Che cosa è, infatti, l'affermazione del diritto se non un ammonimento agli uomini?

Che se poi si vuol mantenere a questa classica dottrina il suo senso assolutamente trascendentale, si viene a cadere in un errore più grave ancora; perchè si viene a distruggere la legittimità stessa della pena.

Che necessità v'è infatti di far patire il reo e di tenerlo in prigione, quando la sentenza non ha altro scopo che di far riconoscere a lui e agli altri ch'egli ha offeso il diritto? A questo scopo basterebbe la confessione. Basterebbe mettere un gran cero in mano al reo, come si faceva al buon Medio Evo, vestirlo d'un sacco e cospargergli il capo di cenere, e poi menarlo a confessare il suo fallo innanzi a un tribunale.

Ma questo bisogna lasciarlo fare in chiesa, dove si sa di quanta utilità sia per la correzione dei delinquenti la confessione! Questo basterà a Dio: siamo d'accapo! basterà

per la correzione della mala volontà finchè questa opera a danno proprio e non altrui; ma non basta agli uomini, ai quali occorre di star sicuri che il reo non si penta del suo pentimento e non privi della vita o dei beni i suoi simili.

Per aver dunque trascurato il concetto fondamentale della difesa, dai padri del diritto penale posto a base della giustizia punitiva, la scuola classica è venuta a poggiar nelle nuvole di una dubbia metafisica il diritto di punire, o a rendere puramente platonica la pena; ed è riuscita a non garantir più la società dagli attentati della malvagità umana sempre rinascete. All'errore della scuola classica di scorgere un antagonismo fra i concetti di giustizia e di difesa, quasi un inconciliabilità fra la natura spirituale della giustizia e quella materiale della difesa, ha certamente contribuito il vecchio pregiudizio del diritto divino, di considerare lo stato, che esercita la giustizia quasi come un potere a noi estraneo.

La scuola classica ha dimenticato che lo stato siamo noi, e che noi lo costituiamo; onde la giustizia è l'opera della nostra volontà e della nostra coscienza, e non già un'astrazione o un'imposizione assoluta.

Quando si riflette che ognuno di noi può oggidì entrare a far parte dello stato, sedendo nei parlamenti o esercitando il semplice diritto elettorale, appare evidente che siamo noi, che, mediante le leggi penali, esercitiamo la *giustizia* e la nostra *difesa* al tempo stesso; e l'antagonismo fra i due concetti sparisce come per incanto. E non c'è più bisogno d'andare a cercare il fondamento della giustizia punitiva in Dio o nell'ordine universale come l'illustre Carrara fa; a meno che Dio e l'ordine universale non vogliano poi prendersi per quel che effettivamente sono, e cioè per sinonimi di nostra coscienza e di spirito umano.

* * *

Contro l'errore della scuola *classica*, che avea menato all'universale impunità (si ricordi la teorica famosa della *forza irresistibile!*), ha reagito la cosiddetta scuola *positiva* o *antropologica*, rappresentata dal Lombroso, dal Garofalo, dal Ferri etc. (1); i quali hanno avuto il merito di rimettere il dritto penale sulla sua base originaria della difesa sociale.

Allarmata dal dilagare spaventevole della delinquenza, la nuova scuola si è levata a ricordare il pericolo sociale che l'impunità dei rei costituisce; ma, sebbene, riaffermando il principio della difesa, avrebbe dovuto di conseguenza ricordare il dovere della moderazione, pure, ripudiando il principio del libero arbitrio nel senso di escludere ogni lume di coscienza della condotta umana e scorgendo nelle azioni criminose un fatto di necessità originato da condizioni antropologiche (o interne), e fisiche e sociali (o esterne), perdè ogni criterio di modo nell'applicazione della repressione; e cadde quindi nel difetto contrario: nella ferocia reazionaria.

La scuola positiva distrusse così il frutto della sua conquista; cadendo in un equivoco e in un'ingenuità, che sono difetti usuali di tutti coloro che pretendono trattar le materie filosofiche coi criterii della storia naturale. Equivoco ed ingenuità di tale elementare evidenza che la fecero pietosamente naufragare nel ridicolo.

(1) LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, 1876; FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, Zanichelli 1881-84; *Diritto penale ed antropologia criminale*, in *Arch. di psych. e scienze pen.*, 1880; *La scuola positiva di diritto penale*, Siena, 1884; *Socialismo e criminalità*, Torino, 1884; GAROFALO, *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, 1880; *Criminologia*, Torino, Bocca, 1880.

L'errore fondamentale della scuola positiva fu di confondere *la coscienza morale con la determinazione cosciente*: nello stabilire cioè il caposaldo della sua teorica, la negazione del libero arbitrio, e nel valutare l'elemento antropologico, o interno, del fatto criminoso.

Sorgendo in contrasto della scuola classica, la quale dal libero arbitrio nel senso di coscienza morale deduceva la responsabilità del reo, la scuola positiva cadde nel vizio opposto, di ritenere le azioni delittuose incoscienti, istintive e quindi non imputabili alla volontà del reo. Da questo a concludere all'inutilità ed inefficacia della pena, — altro caposaldo della nuova scuola, — era breve il passo; e così la scuola positiva si ridusse a propugnare apertamente l'abolizione delle pene e la sostituzione dei manicomiali giudiziari alle carceri e dei psichiatri ai giudici criminali.

Or essa obliava che fra l'azione morale, che induce la piena responsabilità, e l'azione istintiva, che è completamente cieca, vi è una terza specie di azione, che è *l'azione economica cosciente*, alla quale si attaglia a meraviglia la pena (1).

La scuola classica presupponeva in ogni uomo l'esistenza del senso morale, della coscienza del bene e del male *umano* o *morale*; e quindi riteneva imputabile e punibile ogni uomo, che, sentendo di non dover fare l'altrui danno, lo commetteva, calpestando il suo dovere. La condizione del delinquente

(1) Il merito d'aver primo accertato la natura spirituale e l'autonomia della volontà economica spetta a BENEDETTO CROCE, che propugnò la nuova dottrina filosofica dell'economia negli scritti: *Sul principio economico*, lettera al professore Vilfredo Pareto, e polemica consecutiva nel *Giornale degli economisti*, del 1900 e del 1901: *Osservazioni sul principio di convenienza economica*, in *Atti dell'Acc. pontaniana*, 1901; *Estetica come scienza dell'espressione e linguistica generale*, Palermo, 1902, 2^a ed., 1904; vedi parte I, cap. VII. Cfr. dello stesso: *Materialismo storico ed economia marxistica*, Palermo, 1900, pagg. 109-112, 176-182.

si aggravava dunque innanzi alla scuola classica, perchè le sue azioni apparivano ispirate da una cosciente e mostruosa malvagità; ma quella mostruosità, implicando un fondo di senso morale, lasciava aperto l'adito a un pentimento, a un emendamento del reo.

La scuola positiva, invece, negando per reazione la coscienza morale nei delinquenti, negava loro addirittura ogni volontà e ogni possibilità di emenda, e li riduceva a schiavi di una fatalità invincibile.

La guerra mossa al libero arbitrio fece così obliare ai positivisti la differenza, che c'è fra volontà morale e mera volontà. Se per libero arbitrio s'intende volontà morale, essi hanno infatti ragione; ma, se per libero arbitrio s'intende — come effettivamente s'intende — *volontà cosciente*, senza distinzione del suo contenuto, etico, giuridico o economico, essi han torto.

Libero arbitrio vuol dire *volontà*, vuol dire *determinazione con coscienza di fine*; e questo fine ascende gradatamente, come abbiam visto in principio, dall'utile proprio all'utile comune e da questo al bene umano, creando la coscienza economica, la coscienza giuridica e quella morale. E in questo senso il determinismo ha il suo fondo di verità; l'immoralità è spesso fatale nell'uomo, quando esso è destituito di senso morale ed ha solo quello utilitario.

Ma la volontà economica non è *antigiuridica* e *immorale*, si bene *agiuridica* e *amorale*; senza però cessare mai di essere *volontà*, e cioè *coscienza*.

L'uomo si determina sempre in vista di un fine posto, conosciuto; sol che, talvolta, in luogo di determinarsi in vista dell'utilità comune o del bene altrui, si determina unicamente con la mira all'utile proprio.

Tale verità la scuola positivista non ha ravvisata. Così il Ferri per negare la libertà di determinazione umana dice col Ribot: « *L'io voglio* constata una situazione, ma non la co-

stituisce » ; senza avvedersi che se la deliberazione volitiva « non è altro che la coscienza del movimento che in noi si compie », e non mai la causa di esso, è pur quanto basta perchè, ponendoci a fronte della nostra stessa determinazione, ci permetta di valutarla e di mutarla secondo un criterio utilitario, giuridico o morale. E questo è ciò che distingue la volontà dal cieco istinto, e l'attività spirituale dalla materiale inerzia: la coscienza!

Or, se di fronte a questa volontà, che ha per guida solo il proprio vantaggio, o quel che l'equivale, il proprio piacere, noi poniamo il precetto morale o una legge giuridica, essa non li rispetterà di certo; e seguirà ad assumere a regola di condotta la propria utilità. Nè ciò per perversità o malignità d'animo, ma per semplice *cecità* o mancanza di coscienza giuridica e morale. Ma, qualora noi invece porremo a fronte del vantaggio che essa cerca, il timore di una *pena*, sarà perfettamente libera di scegliere fra il vantaggio e la pena, e la sua azione non sarà più *fatalmente* delittuosa, come pretende di far credere la scuola positiva, ma economicamente — a seconda del giudizio del delinquente — diretta al delitto o no. E questo è il principio immortale posto dell'Hobbes con le parole: « comparantes quod in crimine iucundum cum eo quod in poena molestum est, id quod sibi optimum esse putant necessarie eligunt ».

E ciò fu costretto a confessare, in un momento di spassionata chiaroveggenza, il Garofalo, quando rispondendo alla decisiva obiezione del Paulhan — perchè, se i criminali son dei folli, non si ghigliottinano anche i folli pericolosi ed incurabili, — mentre si dichiarava naturalmente pronto a mandare alla forca anche i miseri dementi, soggiungeva: « Esistono anche casi di *mania* in cui si commette un omicidio per effetto *casuale* di delirio, e qui non v'ha delitto perchè manca la coscienza dell'azione e quindi è impossibile attribuirle alle tendenze criminose dell'alienato. »

La coscienza, ecco dunque quel che distingue gli assassini folli dai criminali! Il folle non ha la scelta delle sue azioni, mentre il criminale l'ha fra l'azione delittuosa e la riprovazione umana, la legge e la pena!

Questa è dunque la giustificazione e il fondamento eterno e in-crollabile della pena; e questo sostennero con ammirabile acume sulle orme dell'Hobbes, del Leibnitz e del d'Holbach, gli enciclopedisti d'Italia, il Beccaria ed il Romagnosi, e poi lo Schopenhauer, lo Stuart-Mill, etc.

Sol per un grossolano errore il Ferri pose il Beccaria a capo della scuola cosiddetta *classica italiana*.

La scuola classica diceva: l'uomo è responsabile e punibile perchè fa il male che sente di non dover fare; e il Beccaria invece disse: l'uomo è punibile perchè agisce con coscienza: se il male altrui è per lui bene proprio e a lui si può farlo apparire come male anche proprio, mediante la pena, questa sarà efficacissima a non farglielo commettere più. In tal modo legittimò l'imposizione della pena, *motivo sensibile di onestà*, corrispondente alla *contropinta penale* del Romagnosi (1).

Del resto, se anche l'ottuso istinto degli animali cede alla disciplina delle pene, e fin le belve depongono la loro ferocia sotto la sferza del domatore, non so come si voglia considerare l'uomo da meno ancora delle bestie, e ritenere inefficaci soltanto per esso le pene che trasformano fino i più violenti istinti.

Cade dunque così anche il secondo caposaldo della scuola positiva; e cioè l'inefficacia delle pene per la repressione del delitto.

(1) Pel bisogno oggidì risentito dai teorici del diritto penale di porre una nuova base alla responsabilità umana di fronte alla legge punitiva, v. TERESA LABRIOLA, *Ragioni e sviluppo della giustizia punitiva*, Roma, Loescher, 1903, pagg. 9, 63 e 70-71, in cui è intravisto il nuovo principio da noi sostenuto.

Gli odierni criminologi han finto d'indurre tale inefficacia da dati statistici faticosamente raccolti; ma in sostanza quelle statistiche non sono state che la riprova da essi cercata alla conseguenza che logicamente deducevano dalla premessa, che il delitto fosse un fatto naturale e istintivo che non poteva indurre responsabilità nell'uomo, perchè questi non era libero di non commetterlo per pena grave che gli fosse minacciata.

Se essi avessero ammessa l'efficacia della pena per la correzione degl'istinti criminosi, si sarebbero contraddetti e avrebbero distrutta la loro premessa fatalistica dell'irresponsabilità umana. Ma, poichè essi erano *positivisti* e non ammettevano se non i *fatti*, vollero alla loro deduzione, sbagliata come la premessa da cui la cavavano, dare parvenza di costatazione di fatto, e sostennero che le statistiche dimostrassero la niuna influenza delle pene sulla repressione del delitto; mentre poi, in conclusione, si affannavano essi stessi a chiedere un rincrudimento delle pene contro l'aumento della delinquenza.

Questo punto, come si vede, è capitale in una teoria del diritto penale.

Noi v'insisteremo quindi un poco, sebbene, a dire il vero, l'affermazione della scuola positiva non sia tale da potersi prendere troppo sul serio.

Voler dimostrare l'inefficacia delle pene con le statistiche dei delitti è assurdo, appunto perchè dalle statistiche si vede dove *non ha agito* l'intimidazione della pena e non dove *ha agito*. È naturale che, in chi ha commesso un delitto, il timore della pena non ha agito; ma le leggi penali non si son mai proposte di annullare il delitto, sibbene soltanto di combatterlo; anzi, si applicano solo quando il delitto è stato commesso; c'è perciò un residuo di delinquenza assolutamente irriducibile.

Ma come sostenere che le pene non siano efficaci a rat-

tenere molti animi dal delitto, quando tutti i giorni noi udiamo la povera gente raccomandare, nelle sue contese, agli avversarii, di non insistere, perchè « essi non vogliono *andare in galera* per loro »! E quanta parte non hanno questa ed altre simili frasi ed espressioni nel linguaggio popolare a mostrar la minaccia paurosa, che è la legge penale, per la massima parte degli uomini!

Nè bisogna dimenticare che la legge penale agisce sugli animi non solo come minaccia, ma anche come aborrimento. Quante volte noi non udiamo gli umili vantare il nessun contatto avuto mai con la *giustizia*, il non aver mai fatto neppure da testimoniaio, l'ignorare come sia fatta un'aula di tribunale?

E, per le stesse classi più elevate, non è spesso un freno efficacissimo il pericolo dell'*inciampare nel codice penale*? Risulta tutto ciò dalle statistiche dei delitti?

Del resto, il Garofalo stesso si è preso la cura di fornirci la prova contraria alla tesi dell'inefficacia delle pene, dimostrando che la mitezza delle pene adottata dalla scuola classica ha prodotto un aumento della delinquenza.

Nè più utile è invocare i fattori esterni, fisici o sociali, che concorrono a produrre il fenomeno naturale della delinquenza, per provare che, se il delitto dipende da essi, non può la pena valer molto a frenarlo.

Dire, per esempio, che, se la carestia fa aumentare i reati di furto, vuol dire che è la carestia che induce alla delinquenza contro ogni freno di legge penale, è superar le premesse con le conseguenze, e dimenticare che, se la carestia inducesse necessariamente al furto, tutti ruberebbero in tempo di carestia; mentre, anche in tempo di carestia, non tutti hanno rubato. E perchè? Per virtù o per rispetto della legge, senza alcun dubbio.

Vi è dunque qualcuno che reagisce agl'impulsi di delinquenza: ora la pena è destinata appunto ad agire su quelli che all'occasione cadono nella delinquenza, o a far sì che

crezca il numero di quelli che vi reagiscono. Da qualunque parte si giri, torna sempre la causa della delinquenza dalle condizioni esteriori a riportarsi alle interiori.

Sorprende, ad esempio, veder come ragiona il Ferri (o. c. pag. 375 e seg.), quando propugna i suoi *sostitutivi penali*. Alcune donne sopprimono i loro bambini? fate diffondere ed applicare le teorie del Malthus e gli infanticidii diminuiranno. Vi sono dei contabili infedeli? perfezionate il sistema di contabilità e le loro frodi diverranno impossibili. Vi sono delle donne adultere, degli uomini bigami e uxoricidi? ammettete la legge del divorzio e tali reati diminuiranno. — Or tutto questo è esattissimo, ma è d'una ingenuità ammirevole! Sopprimete la proprietà privata e cesseranno i furti; sopprimete le dogane e cesseranno i contrabbandi; sopprimete i matrimoni e cesseranno gli adulterii; e così via. Si potrebbe andare con questo sistema all'infinito, ma non si giungerebbe che a sopprimere tutti i fatti della vita umana, e così, naturalmente, si verrebbe a sopprimere anche, infine, il delitto!

L'importante non è di sopprimere le occasioni del delitto, che sono infinite, e cioè tante quante sono le condizioni di fatto in cui l'uomo si trova; ma di porre l'uomo in condizione di reagire all'impulso della delinquenza sempre in tutti i fatti umani, giacchè, in ogni fatto umano, si può essere spinti alla delinquenza. E a questo è destinata eccellentemente la pena, la quale *in ogni fatto e condizione umana* agisce sulla volontà da quel fatto inclinata al male.

Con ciò io non voglio già dire che il delitto non sia anche effetto delle condizioni sociali. Certamente — e la cosa è vecchia e risaputa quanto le leggi e le pene — l'ambiente favorisce la delinquenza.

Niuno ha potuto sperimentarlo meglio di me, che per due anni ho seduto al posto dell'accusa nel tribunale della più civile cittadina della riviera figure.

In riva al mare, fra le palme e le nitide vie, era una cittadina, cosmopolita o socialista, sparsa intorno a centinaia di ville e ad oltre 35 alberghi, in tutto il decoro dell'agiatezza moderna, e da cui a mala pena usciva qualcuno a rispondere di frodi eleganti, diffamazioni politiche o falsi sottilissimi; e a tre ore o poco più di cavalcatura, sulle erte pendici alpine, perduti tra i boschi d'abete, eran paeselli selvaggi, dai quali eran tratti innanzi al tribunale uomini la cui delinquenza feroce era tale da riabilitare la denigrata Calabria. Io ricordava sempre, a quello stridente spettacolo di inuguaglianza umana, il detto di Silvio Spaventa a chi lo interrogava sul modo di reprimere il brigantaggio nel napoletano: « aprite delle strade! ». La prevenzione sociale dei delitti con la diffusione della civiltà non è stata inventata dai criminologi moderni, come crede il Ferri (o. c., pag. 355). Il Romagnosi espone, come ben nota il Garofalo, tutta una teorica della prevenzione del reato, prevenzione economica, morale e politica (*Genesi del Diritto penale*, § 1021 e seg.), e giunse fino a propugnare la fondazione di stabilimenti di *pubblico lavoro*, destinati a prestar lavoro pagato a chi ne domandasse e altrettanto necessarii quanto gli eserciti, perchè, « se questi ci difendono da nemici esterni e lontani, e che ci assaltano allo scoperto, gli stabilimenti di cui parliamo ci difendono da nemici interni e vicini, che ci assaltano di soppiatto e sempre ci tengono in una penosa ansietà ».

Al Romagnosi seguirono infiniti altri, che osservarono non esser la coazione penale se non *uno* dei mezzi di combattere la delinquenza, e in genere la lotta pel diritto.

E noi ne abbiam vista la ragione fondamentale quando più su abbiamo dimostrato che alla lotta contro la delinquenza si associa nell'interno della società la lotta pel rinnovamento e per l'unificazione della legge, che con la sua varietà crea divisioni e disuguaglianze tra gli uomini. È a questa seconda lotta che si appartiene la prevenzione indi-

retta del delitto: la prevenzione è infatti il grande argomento dei socialisti (1).

Ed è natural cosa che il delitto dipenda dalle condizioni economiche sociali, se abbiamo accertato che è la condotta economica degli uomini quella che genera il delitto. La difficoltà di risolvere il problema dell'esistenza fa crescere i delitti. Ma da ciò non si può dedurre l'inefficacia della pena ad agire da freno economico della delinquenza. Dato uno stato attuale d'inciviltà o di miseria, ad esso è nel presente applicabile la pena; salvo poi a migliorarlo nel futuro con provvedimenti economici e sociali.

Nè è da credere che, eliminata la miseria, sia eliminato il delitto, o che il fatto che il delitto dipenda dalla miseria valga a rendere irresponsabile il reo e responsabile la società del delitto e quindi illegittima la pena.

Anche l'agiatazza ha la sua speciale forma, meno rivoltante ma forse più perfida, di delinquenza, che ha la base nell'inesauribile egoismo umano; e la società è essa stessa una risultante di forze innumerevoli, che non può mutare assolutamente e improvvisamente le condizioni di esistenza che la costituiscono.

La società non domina il cammino della civiltà e non può quindi esser ritenuta responsabile di lasciar vivere in ambienti criminosi i consociati; così da esserle vietato di punirli quando poi li veda cader nel delitto. L'inciviltà è per lo più uno stato di necessità, e la civiltà non cammina così rapida da poter rendere responsabile la società dei reati che contro di essa si commettono.

Certo, cointeressare alla civiltà, ridestare con l'interesse la coscienza giuridica nelle plebi, è il miglior modo di prevenire il delitto; ma, quando fosse possibile di fare tutto ciò

(1) TURATI, *Il delitto e la questione sociale*, Milano, 1883.

a pieno, non vi sarebbe più necessità neppure di coazione e di leggi penali, di tribunali e di carceri!

È per giunger lentamente a questa faticosa meta che l'umanità si giova frattanto del sussidio delle pene. La responsabilità sociale non esiste dunque quando non esiste la possibilità per essa di compiere il riconosciuto dovere. Per la società è legittima la repressione con le pene. Così come per chi è messo alle strette e non può salvarsi con la fuga o col soccorso altrui è giusto e legittimo che si salvi con la reazione da una aggressione.

Non è dunque il fatto, che in date condizioni qualcuno cada nella delinquenza, quel che mostra l'inefficacia e l'illegittimità delle pene; anzi il fatto che *non tutti* vi cadono in quelle medesime condizioni, è prova che le pene han pure la loro efficacia, e che legittimamente si applicano contro i fiacchi o contro i protervi.

Perciò il problema della delinquenza torna sempre a circoscriversi nell'interno dell'uomo, in una speciale deficienza della volontà umana.

Torniamo dunque sempre al problema originario di curare nell'uomo, e non nelle condizioni ambientali, il fenomeno della delinquenza.

Ora è proprio qui, nell'indicare i mezzi di questa cura in sostituzione delle pene, che la scuola positiva scopre il suo lato ingenuo. Anche qui essa fa grande sfoggio di raccolta di dati positivi *antropologici*. Ma tutte le osservazioni antropologiche, per stabilire le stimmate fisiche della delinquenza, e riconoscere e sopprimere a prima vista il famoso *delinquente nato*, non ebbero altro risultato che di dimostrare quel che già sapevamo da un pezzo, e cioè che la gran massa dei delinquenti esce dalle classi inferiori della società!

In luogo dunque di provare, come si pretendeva, che essi rappresentavano una special forma di alienati, perfettamente irresponsabili e da tenere in cura nei manicomiali, provarono

che essi non erano che uomini selvaggi ed incivili; e si veda con quanta amena incoscienza della decrepitezza d'una tale verità essi si esprimano: « Codeste osservazioni somatiche e psichiche — scrive il Ferri (o. c., pag. 185), con « l'usato suo tono pontificale, — condussero gli antropologi « ad affermare e dimostrare che l'uomo delinquente, non « solo, come dicevano dapprima gli autori inglesi, può appartenere ad una « zona intermedia » fra l'uomo sano ed « il pazzo; ma costituisce propriamente, come ha mostrato « il Lombroso, e gli altri hanno confermato, una varietà « antropologica a sè, che nell'odierna società civile rappresenta le razze inferiori ed è affatto diverso dal tipo normale dell'uomo sano, adulto e civile ».

« E questa idea che l'uomo delinquente, massime nel suo « tipo più caratteristico, sia un selvaggio perduto nella « nostra civiltà, mentre fu già accennata tra gli altri, prima « del Lombroso, dal Despine e dal Lubbock, non si deve « prendere, com'era in questi autori, nel suo valore semplicemente letterario, ma *sibbene nel suo valore rigorosamente « scientifico*, in relazione al metodo darviniano o genetico « sperimentale come lo chiama il Vignoli, e in ordine a « tutto il principio naturale della evoluzione. *Ed è secondo « me, fra le maggiori benemeritenze scientifiche del Lombroso (!)* « e dell'antropologia criminale questa appunto di avere illuminato le ricerche sull'odierno uomo delinquente colla « idea che esso per ritorno atavistico o per degenerazione « o per arresto di sviluppo riproduce veramente i caratteri « organici e psichici dell'umanità primitiva.

« *Idea feconda, se altra mai*, perchè non solo essa ci spiega « il perchè ed il come dei più singolari caratteri del delinquente tipico, anormali per noi, uomini civili, ma comuni « e normali alle razze inferiori; ma essa ci guida inoltre « alla ricerca di sempre nuovi caratteri antropologici del

« delinquente, mostrandocene prima il modello nell'uomo « barbaro e selvaggio ».

« Nel selvaggio come nel fanciullo civile: perchè la legge « haeckeliana che, nel lato organico, lo sviluppo dell'individuo (ontogenia) riproduce in riassunto le fasi dello sviluppo delle specie ad esso precedenti nella scala zoologica « (filogenia), deve completarsi coll'osservazione di Lilienfeld, « Spencer ed altri, che ciò avviene altresì nel lato psichico.

« Ed è così appunto che il delinquente tipico, oltrechè « del selvaggio adulto, riproduce pure, in permanenza, quei « caratteri che nell'uomo civile sono proprii dell'infanzia e « quindi transitorii.

« Onde quello che si è giustamente detto dei selvaggi, « che essi sono dei grandi fanciulli si può veramente ripetere per i delinquenti ». Pei quali, domand'io, perchè non si devono poi usare quei castighi che s'usano anche coi fanciulli, soprattutto in vista della qualità un po' più pericolosa delle loro fanciullaggini!

Anche il Garofalo parla dei selvaggi: « Prendete l'abitante delle isole Viti e della nuova Zelanda, ed avrete l'omicida; prendete il negro africano, ed avrete il ladro » (o. c., pag. 96). E non s'avvedono, nè il Garofalo nè il Ferri, nè il Lombroso, dell'altro scoglio in cui urta la loro dottrina: perchè, se tutti gli uomini inferiori selvaggi e bambini sono uguali, non son tutti ugualmente delinquenti? L'angolo facciale, l'asimmetria e il prognatismo sono gli stessi: or come accade che vi son tra queglii stessi segnati degli uomini eccellenti?

Sol chi non ha esperienza d'aule giudiziarie può ignorare la rassomiglianza straordinaria fisionomica che vi è fra i delinquenti, gli offesi e i testimoni, che compariscono di solito nei processi. Un antropologo sarebbe bene imbarazzato a distinguerli!

Sotto quelle facce tutte ugualmente criminali si nascondono

d'ordinario uomini mitissimi e timidissimi della giustizia e vere vittime della malvagità dei loro fratelli di diametro bizigomatico.

La gravità dell'obiezione non è sfuggita al Garofalo, il quale si è visto costretto a concludere col Ferri (o. c., pag. 111) che, insomma, la osservazione di alcuni caratteri anormali nei delinquenti « ha un valore tutto relativo », e che « l'antropologia non può dunque prevedere il delitto; essa deve aspettare che questo fatto decisivo si manifesti ».

La bancarotta della scuola positiva è qui completa: essa ha confessata la sua incapacità a prevenire il delitto!

Abbiamo visto prima che i *sostitutivi penali*, che avrebbero dovuto prevenire il delitto agendo sull'ambiente, non riuscivano a spostare il problema della delinquenza dall'interno all'esterno dell'uomo, lasciando un residuo irriducibile di delinquenza; e ora costatiamo che neppure nell'animo stesso del delinquente la dottrina della scuola positiva è riuscita a causticare ad arrestare l'impulso criminoso.

L'antropologia lascia il problema della giustizia penale al punto in cui era; e bisogna tornare indietro, all'esperienza più volte millenaria dell'umanità, per risolverlo.

Il selvaggio così come il bambino non è certo da meno dell'animale; le pene sono dunque, per ciò solo, legittime ed utili alla repressione, alla correzione della delinquenza attuale. Ma noi abbiam provato che selvaggi, bambini e delinquenti son sempre uomini ed esseri coscienti; onde le pene sono su di essi anche più efficaci che sugli animali, i quali non son guidati che dal cieco istinto, mentre su di essi agiscono da preventivo; e non credo occorra qui ricordare la differenza fra *volontà*, che è determinazione cosciente in previsione anche di un utile o d'un danno semplicemente conosciuto, e *istinto*, che è determinazione incosciente in seguito a una lunga e ripetuta esperienza che a certi atti segue un piacere o un dolore.

La pena resta sempre il miglior rimedio contro il delitto.

Ed è ameno constatare quale sia stato il frutto pratico delle nuove dottrine: proprio l'opposto di quello che gli antropologi si proponevano!

Questi miravano a una più radicale ed efficace repressione della delinquenza, in contrapposto alla scuola classica che accusavano d'indulgenza e d'aver fatto crescere la delinquenza. Ma, avendo fondata la loro severità sull'arena infida dell'irresponsabilità, il buon senso dei giudicanti ha finito per accogliere le teoriche nuove come un ulteriore e più efficace pretesto per assolvere; e sulle perizie di anomalie mentali, epilessia etc., in luogo di concludere per la soppressione del delinquente, lo mandano a spasso, interpretandole per l'infirmità e la seminfermità di mente, previste dalla nostra legge penale.

Ecco il frutto dell'errore di confondere la pazzia incosciente con la volontà amorale ed agiuridica, ma economica e cosciente. Mentre la prima esclude la responsabilità e dà diritto alla pietà umana, la seconda condanna l'uomo.

Quando un difensore antropologo, criminologo e positivista invoca la mitezza dei giudici per l'irresponsabilità d'un delinquente nato, il giudice può bene rispondergli: — ma è proprio per questa gente che le pene sono istituite! — Ogni uomo, per abbruttito che sia, sa che ci sono i carabinieri che lo portano in carcere se ruba o ferisce; così come l'animale sa che c'è il bastone del padrone o la sferza del domatore, se gli disobbedisce o lo morde. Egli deve dunque rispondere delle sue male azioni.

E dove si palesa più a nudo la infondatezza della scuola positiva è appunto nella ferocia ripugnante delle sue conclusioni.

Fondato il principio della difesa non sulla coscienza spirituale del giusto, ma sul sentimento impulsivo della reazione i moderni criminologi furono condotti difilato alla magnifica-

zione della pena di morte, con un compiacimento tale da far dubitare della loro serenità di intelletto.

Il Garofalo ad esempio, pur essendo passato, come abbiamo visto, accanto alla verità, pur avendo intuito che è la coscienza sotto qualunque sua forma, anche in quella originaria d'economicità che rende imputabile e punibile il delinquente, si è spinto ad accettare la manomissione anche di quella cosa sacra alla nostra pietà ch'è l'infermità umana; e ha proposto, con un sorriso, che certo non può rispondere all'intimo suo sentimento, la soppressione dei dementi pericolosi. Come questi uomini non si sono arrestati innanzi a simili conseguenze, e non han subito ripudiate con orrore le dottrine che ve li conducevano?

E così, da oltre un quarto di secolo, noi assistiamo, nella terra del Beccaria, alla riabilitazione della pena di morte, in nome dello stesso principio della difesa sociale pel quale fu inabissata.

Ed è giusto.

La difesa impulsiva non trova nessun limite in se stessa, come osservava la scuola classica; e quindi non può generare la moderazione delle pene; onde, se il sentimento di giustizia non le dà lume, colpisce ciecamente, e non glie se ne può far carico. L'impulso difensivo non avrebbe certo fatto dire al generale Hugo, come il grande poeta narra con filiale orgoglio, allorchè un ferito spagnuolo che egli dicea al suo ussaro di soccorrere, gli scaricava contro la sua pistola: *Donne lui tout de même à boire!*

D'altra parte, non si può fondare un sentimento di commiserazione per la bassezza umana dei delinquenti sulla negazione della volontà cosciente. Se gli uomini sono irresponsabili, incoscienti — che è quanto dire animali, — non meritano maggior compassione, quando sono feroci, delle belve o delle serpi o di tutti gli altri animali nocivi che l'uomo creca di distruggere sulla faccia della terra per scongiurarne

il perenne pericolo. La pena di morte è quindi la logica e inevitabile conseguenza delle moderne teorie criminologiche.

A qual prò in effetti tenere in vita o alimentare o custodire degli esseri nocivi e che non han nulla di umano? Il Garofalo ha calcolato anche quanto ciò costa ad esempio all'Italia: un milione e mezzo all'anno! (o. c., pag. 427, nota).

Ma sopra tutto, la scuola positiva cade, nell'invocare la soppressione dei delinquenti più temibili, in una patente contraddizione scientifica. Essa ha accertato che la delinquenza non è frutto solo di umiltà di grado di sviluppo, ma anche di degenerazione; non solo di mancanza di *progresso* delle razze umane, ma anche di regresso. Or è noto che il fondatore della nuova scuola criminale è anche il propugnatore della dottrina della degenerazione del genio: ho nominato il prof. Lombroso. Dalle razze estremamente affinate nascono le anomalie umane così evolutive che degenerative; nascono i geni e gli apostoli, gli idioti e i delinquenti. Il perpetuarsi delle stirpi umane, come tutte le cose del mondo, par che tocchi un limite oltre il quale per legge economica inesorabile di natura l'uomo si trasforma, e si affina o decade. La frequenza della follia, come di tutte le altre malattie ereditarie, della delinquenza come di tutte le altre degenerazioni intellettuali e morali — idiotismo e crudeltà, perversimenti sessuali e prostituzione, — è stata sempre osservata nelle più illustri famiglie, in quelle cioè che hanno dato i maggiori uomini alle loro razze e nazioni.

Il Garofalo ha osservato la passione dell'orgia nei delinquenti, e vi ha riscontrati tutti i vizii degli eleganti — l'ozio, il giuoco, i rischi, le contese e la lascivia (o. c., 106-110).

Quando dunque la scuola positiva si proponeva di strozzare in fasce tutti i delinquenti nati, quelli divenuti tali per degenerazione non meno che gli altri così rimasti per inciviltà, dimenticava che tra quei degenerati si leva spesso il raro fiore umano del genio, così come dalla selvaggia flora

umana delle classi umili la lenta opera della coltura trarrà un giorno fiore e frutti di spirito.

La scuola positiva nel rievocare le atrocità del passato cade nel medesimo errore degli Spartani, che gittavano i fanciulli deformati dall'alto del Taigeta. Da quei deformati s'ebbe la Grecia, poi, Tirteo, Socrate ed Esopo, e l'umanità spiriti altissimi in ogni tempo. Ma gli Spartani, se non altro, eran logici perchè volean soldati, e gli antropologi sono in contraddizione con loro stessi, perchè pretendono di voler migliorare l'uomo e ritengono il genio una degenerazione.

La dottrina positiva ha lasciato aperto il problema della repressione del delitto, ed è rimasta una dottrina critica; ha demolito senza ricostruire. Negata la responsabilità umana, ha tolta così la ragione come il modo alla legge penale ed è ricaduta nei più vietati errori.

Stabilito invece che fondamento della pena è la difesa della società, che si compie mediante l'intimidazione dei rei ed affine d'impedire i danni della loro violenza, frodolenza ed incuria del male altrui, si mostra evidente che il criterio supremo della penalità è il *moderamen inculpatæ tutelæ*, la moderazione delle pene.

* *

E solo con questo supremo criterio — mi si vorrà consentire — è giuridicamente possibile di mostrare l'illegittimità delle pene corporali e di ogni maltrattamento e sevizia che s'usi ai rei, purtroppo non ancora completamente abolite (1).

Anzi tutto, i supplizii non son necessari alla difesa so-

(1) Chi sia curioso di aver notizia dell'imponente letteratura che ha avuto in Italia la questione dell'abolizione della pena di morte, veda: ORAZIO VIOLA, *Bibliografia italiana della pena di morte*, Catania, 1902.

ziale, perchè lo scopo di rendere inoffensivo un delinquente incorreggibile è già raggiunto dalla segregazione perpetua: quindi le atrocità dei supplizii dovrebbero rigettarsi e considerarsi illegittime, pel solo fatto che eccedono la necessità della difesa.

Ma, inoltre, mirando la difesa alla repressione degli atti violenti dolosi e colposi che si ritengono delitti, non deve venir meno al suo scopo trascendendo essa stessa in delitto.

E si noti la squisitezza giuridica di quest'intima coerenza *del concetto di difesa, ch'è offesa opposta ad offesa*, e che quindi dev'essere proporzionale all'offesa cui reagisce: coerenza, che s'esprimeva rudimentalmente con la legge del taglione.

Se fine della pena è di combattere la violenza, la frodolenza e l'accidia rea, mal si combattono questi vizi umani perpetuandoli in coloro che dovrebbe difenderne sè e gli altri.

Di qui apparisce tutta l'altezza morale del precetto della non resistenza al male, in cui riassume tutto il suo apostolato di scrittore il grande romanziere della disgraziata Russia. È la dottrina di Gesù, che a Pietro di Galilea che snudava la spada in sua difesa, disse: « riponi la spada nella sua guaina; chi di spada ferisce di spada perisce », e andò docile a morir sulla croce, lasciando agli uomini l'immortale ammaestramento del « porgi l'altra guancia a chi ti schiaffeggia », che davvero sarebbe bastato alla redenzione dell'uomo.

Ma agli uomini non può imporsi l'eroismo; e al precetto morale va sostituito il precetto giuridico *dell'inoffensiva difesa*, che, se non la stessa altezza, ha pure la stessa squisitezza spirituale.

E in questo precetto è la vera cagione dell'illegittimità della pena di morte, dei tormenti, delle pene corporali e di tutte le nefandezze del vecchio diritto punitivo.

La pena di morte e le pene fisiche in genere implicano degli esecutori: dei boia, degli aguzzini, degli altri uomini

cioè violenti, crudeli e malvagi in una parola, che, se oggi prestano il loro braccio alla giustizia, dimani lo volgeranno contro di essa, o direttamente o indirettamente perpetuando nei figli i loro malvagi istinti. Inoltre, la stessa pretesa esemplarità dei supplizii non è altro che uno spettacolo corruttore.

Gli uomini, in luogo di esserne atterriti, ne sono allettati nei loro più bassi istinti, in quegli istinti atavici in cui la voluttà si mesce alla ferocia, e che risalgono al diletto dell'altrui sofferenza prodotto dalla originaria lotta pel possesso della femmina o della preda, — la libidine del sangue.

Quando si parla dell'esemplarità dei supplizii, non bisogna dimenticare il grido romano *panem et circenses*, il fatto che in origine i supplizii eran dati in spettacolo alle plebi: non bisogna dimenticare la voluttà con cui i Romani correvano al circo, gli Spagnoli si affollano oggi alle *corride* e gl'Inglesi si appassiano alle lotte dei galli.

Quando si volle che la legge punisse il maltrattamento degli animali, si mirò a correggere appunto la crudeltà di chi quei maltrattamenti infligge; il danno si vide non nella sofferenza degli animali, ma nel malesempio e nella corruzione ch'essi ingenerano. Per questo io potei una volta, per vincere la riluttanza del Tribunale a punire una contravvenzione di tal genere, sostenere scherzosamente il paradosso: che le *società protettrici degli animali*, che quelle contravvenzioni con pochissimo favore pubblico rilevano, sono *società umanitarie*!

Se pure uno spettacolo di supplizio rende poi esitante qualche assassino, rende certo assassini quelli che l'eseguono e inclina all'assassinio le migliaia d'uomini che vi assistono.

Così l'umanità diventa peggiore e si educa alla ribellione al diritto invece di educarsi all'ossequio di esso, e ricade nella barbarie in luogo di liberarsene.

Da questo concetto fondamentale prendon lume ed efficacia le belle parole del Beccaria:

« I paesi e i tempi de' più atroci supplizii furono sempre quelli delle più sanguinose ed inumane azioni: perchè il medesimo spirito di ferocia che guidava la mano del parricida e del sicario, sul trono dettava leggi di ferro ad anime atroci di schiavi che ubbidivano, nella privata oscurità stimolava ad immolare i tiranni per crearne dei nuovi. »

« A misura che i supplizii diventano più crudeli, gli animi umani, che come i fluidi si mettono sempre a livello cogli oggetti che li circondano, s'incalliscono; e la forza sempre viva delle passioni fa che dopo cent'anni di crudeli supplizii, la ruota spaventa tanto quanto prima la prigione. »

« L'impunità stessa nasce dall'atrocità dei supplizii. Gli uomini sono racchiusi fra certi limiti, sì nel bene come nel male; ed uno spettacolo troppo atroce per l'umanità non può essere che passeggero furore, ma non mai un sistema costante, quali debbono essere le leggi, che, se veramente son crudeli, o si cangiano, o l'impunità fatale nasce dalle leggi medesime. »

« Non è utile la pena di morte, per l'esempio d'atrocità che dà agli uomini. Se le passioni, o la necessità della guerra, hanno insegnato a spargere il sangue umano, le leggi moderatrici della condotta degli uomini non dovrebbero aumentare il fiero esempio, tanto più funesto, quanto la morte legale è data con istudio e con formalità. Parmi un assurdo, che le leggi, che sono l'espressione della pubblica volontà, che detestano e puniscono l'omicidio, ne commettano uno esse medesime e che per allontanare i cittadini dall'assassinio, ne ordinino uno pubblico. »

E, poichè dal Beccaria siam mossi, come dal padre della moderna scienza del Diritto penale, ed al Beccaria siam tornati, sarà bene mostrare quanta parte della verità gli enciclopedisti d'Italia avessero già conquistata un secolo e mezzo fa.

Si veda ad esempio di quanta luce s'illumini per le premesse speculative, rigorosamente poste innanzi, questa mirabile pagina del grande milanese:

« Consultiamo il cuore umano, e in esso troveremo i principii fondamentali del vero diritto del sovrano di punire i delitti.

« Nessun uomo ha fatto il dono gratuito di parte della propria libertà in vista del bene pubblico: questa chimera non esiste che nei romanzi. Se fosse possibile, ciascuno di noi vorrebbe che i patti che legano gli altri, non ci legassero; ogni uomo si fa centro di tutte le combinazioni del globo.

« La moltiplicazione del genere umano, piccola per sé stessa, ma di troppo superiore ai mezzi che la sterile ed abbandonata natura offriva per soddisfare ai bisogni che sempre più s'incrocicchiano tra di loro, riuni i primi selvaggi. Le prime unioni formarono necessariamente le altre, per resistere alle prime; e così lo stato di guerra trasportossi dall'individuo alle nazioni.

« Le leggi sono le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra, e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla; essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità. La somma di tutte queste porzioni di libertà, sacrificate al bene di ciascheduno, forma la sovranità di una nazione; e il sovrano è il legittimo depositario ed amministratore di quelle. Ma non bastava formare questo deposito, bisognava difenderlo dalle private usurpazioni di ogni uomo in particolare, il quale cerca sempre di togliere dal deposito non solo la propria porzione, ma usurparsi ancora quella degli altri. Vi volevano dei motivi sensibili che bastassero a distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergegere nell'antico Caos le leggi della società.

« Questi motivi sensibili sono le pene stabilite contro gl'infrattori delle leggi. Dico sensibili motivi, perchè l'esperienza ha fatto vedere che la moltitudine non adotta stabili principj di condotta, nè si allontana da quel principio universale di dissoluzione che nell'universo fisico e morale si osserva se non con motivi che immediatamente percuotono i sensi e che di continuo si affacciano alla mente per contrabilanciare le forti impressioni delle passioni parziali che si oppongono al bene universale; nè l'eloquenza, nè le declamazioni, nemmeno le più sublimi verità sono bastate a frenare per lungo tempo le passioni eccitate dalle vive percosse degli oggetti presenti (cap. II):

E in una nota soggiungeva:

« Osservate che la parola *diritto* non è contraddittoria alla parola *forza*; ma la prima è piuttosto una modificazione della seconda, cioè la modificazione più utile al maggior numero. E per *giustizia* io non intendo altro che il vincolo necessario per tenere uniti gl'interessi particolari, che senz'essi si scioglierebbero nell'antico stato d'insociabilità.

« Bisogna guardarsi di non attaccare a questa parola *giustizia* l'idea di qualche cosa di reale, come di una forza fisica, e di un essere esistente: ella è una semplice maniera di concepire degli uomini; maniera che influisce infinitamente sulla felicità di ciascuno: nemmeno intendo quell'altra sorta di giustizia che è emanata da Dio e che ha i suoi immediati rapporti colle pene e ricompense della vita avvenire ».

La necessità del metodo introspettivo per lo studio dei fatti della coscienza o dello spirito, la natura spirituale del sentimento di giustizia, il fondamento utilitario ed economico della coscienza giuridica, il suo ridestarsi pel fatto inevitabile della convivenza umana, il suo fine di combattere le difficoltà naturali, la necessità della coazione nell'interno della società, la necessità di rendere economico il dovere giuri-

dico fondamento della pena, la differenza fra la giustizia divina e l'umana, fra la sanzione del fatto morale e quella del fatto giuridico: tutte queste immortali verità sono contenute, salvo la diversità d'espressione, nella mirabile pagina da noi riportata.

Ponete *coscienza* dov'è scritto *cuore*, *bene altrui*, dov'è *bene pubblico*, *convivenza* dov'è *moltiplicazione del genere umano*, *malvagità* dov'è *usurpazione*, *utile ed economico* dov'è *sensibile*, *coscienza* dov'è *maniera di concepire*; e vi parrà di rileggere quant'io sono andato faticosamente accertando innanzi. Tant'è vero che per procedere nelle materie spirituali bisogna rifarsi alle fonti, rifare ogni volta il cammino.

Dov'è dunque l'errore del Beccaria, pel quale io ho detto, da principio, scientificamente superato il suo libro?

Nell'aver adottato la teoria del contratto sociale senza alcuna critica; e più ancora, a mio avviso, in una evidente incertezza mostrata nella legittimazione della pena e della sua moderazione.

La giustificazione della pena è nella pagina recata innanzi, in cui il Beccaria pone, come si vede, il fondamento della pena nella difesa sociale — nella necessità di conservare il deposito della salute pubblica, — e il fine della pena si fa consistere nell'*intimidazione* del reo, nel bisogno « di controbilanciare le forti impressioni delle passioni parziali che s'oppongono al bene universale ».

Ma, quando va a dedurne la mitezza delle pene, questo concetto si oscura.

Nel cap. XII è detto: « Qual'è il fine politico delle pene? « il terrore degli altri uomini... Un male già fatto, ed a « cui non v'è rimedio, non può esser punito dalla società « politica, che in quanto influisce sugli altri colla lusinga « della impunità »; dove si vede che il fine della pena è stato posto nell'*esemplarità*, che ne è solo una conseguenza, e non

più nell'adempimento dell'*intimidazione*, che altrimenti si renderebbe vana ed inefficace.

Similmente nel cap. XV si legge: « egli è evidente che « il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un « essere sensibile, nè di disfare un delitto già commesso. « Può egli in un corpo politico, che, ben lungi di agire per « passione, è il tranquillo moderatore delle passioni partico- « lari, può egli albergare questa inutile crudeltà, stromento « del furore e del fanatismo o dei deboli tiranni? Le strida « di un infelice richiamano forse dal tempo che non retro- « cede, azioni già consumate? »

« Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far « nuovi danni ai suoi cittadini, e di rimuovere gli altri dal « farne uguali. Quelle pene dunque, e quel metodo d'inflig- « gerle deve essere prescelto, che serbata la proporzione, farà « una impressione più efficace e più durevole su gli uomini, « e la meno tormentosa sul corpo del reo ».

E in questo secondo brano è evidente che il fine della pena è posto in entrambe le sue conseguenze dell'*emenda* del reo e dell'*esemplarità*, mentre in origine era stata acutamente posta nell'impedire il reo dal far *danni* e non già *nuovi* danni, e però nell'*intimidazione*. Poco dopo si legge nello stesso cap. XV: « Perchè una pena ottenga il suo effetto, basta « che il male della pena ecceda il bene che nasce dal de- « litto; e in questo eccesso di male dev'essere calcolata l'in- « fallibilità della pena, e la perdita del bene che il delitto « produrrebbe: tutto il di più è dunque superfluo e perciò « tirannico ».

Una certa incoerenza nella dottrina del Beccaria c'è dunque, e in modo palese. La preoccupazione della difesa dei rei gli ha fatto dimenticare la difesa della società.

Ma peggio gli accade quando, dimenticando le premesse della difesa e dell'*intimidazione*, crede invece dedurre dal contratto sociale la mitezza delle pene.

Ecco come si esprime nel II capitolo :

« Fu dunque la necessità, che costrinse gli uomini a ceder
« parte della propria libertà : egli è dunque certo, che cia-
« scuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la
« minima porzione possibile quella sola *che basti ad indurre*
« *gli altri a difenderlo*. L'aggregato di queste minime por-
« zioni possibili forma il diritto di punire. Tutto il diritto
« di più è abuso, e non giustizia; è fatto e non già diritto.

« Le pene che oltrepassano *la necessità di conservare il*
« *deposito della salute pubblica*, sono ingiuste di lor natura ».

Or questo ragionamento implica una contraddizione. Il Bec-
caria non si avvede che, anche ammesso il contratto sociale,
chi fa con pravo animo l'altrui danno, viola il diritto, e si
pon fuori della società : non ha dunque più facoltà d'invo-
care a suo vantaggio il contratto sociale o il corrispettivo
della propria parte di libertà, che non ha ceduta, dal mo-
mento che all'occasione non s'è interdetto di rubare, stu-
prare o ferire ! Il contratto sociale non è sufficiente a giusti-
ficare la invocata mitezza delle pene.

Questo errore del Beccaria è fondamentale, perchè fa crol-
lare tutto il valore logico e scientifico del suo trattato.

Dove egli dovea porre a base la difesa e l'intimidazione
dei malvagi, ha posto il patto sociale, l'esemplarità e l'e-
menda.

L'errore si manifesta più evidente nel cap. XVI: *Della*
pena di morte, dove ripete :

« Quale può essere il diritto che si attribuiscono gli uo-
« mini di trucidare i loro simili ? Non certamente quello da
« cui risulta la sovranità e le leggi. Esse non sono che una
« somma di minime porzioni della privata libertà di cia-
« scuno. Esse rappresentano la volontà generale ch'è l'ag-
« gregato delle particolari.

« Chi è mai colui che abbia voluto lasciare ad altri uomini
« l'arbitrio di ucciderlo ?

« Come mai nel minimo sacrificio della libertà di ciascuno
« vi può essere quello del massimo tra tutt'i beni, la vita ?
« Non è dunque la pena di morte un *diritto*, mentre ho di-
« mostrato che tale esser non può ; ma è una guerra della
« nazione con un cittadino perchè giudica necessaria o utile la
« distruzione del suo essere.

« Ma se dimostrerò non essere la morte nè utile nè ne-
« cessaria, avrò vinto la causa dell'umanità ».

Ora, anche qui è chiaro che il Beccaria dimentica che
non può invocare il patto di reciprocità sociale chi lo viola,
e pretendere il rispetto della società chi se n'è messo fuori
col reato : cade, dunque, anche l'ingiustizia della pena di
morte che il Beccaria ne deduce, e non vien distrutto il diritto
che la società ha d'applicarla ai ribelli.

E allora, ridotta la discussione all'*utilità e necessità* della
pena di morte, il Beccaria si trova nella condizione di dover
ammettere la legittimità della pena di morte almeno in un caso:
in quello del tirannicidio. La sua dottrina perde così la sua
assolutezza, e di conseguenza ogni efficacia perchè ammette
che, in casi di necessità, la pena di morte possa applicarsi.

Or perchè non dovrebbe essa applicarsi anche ai nemici
incorreggibili della società, quali sono i delinquenti nati della
scuola positiva ? Certo, non è il contratto sociale che potrà
impedirlo ! Franca la spesa di custodirli con perenne pericolo
e conservarli in vita ?

Tutto il valore scientifico della propaganda del Beccaria per
l'abolizione delle atrocità della legge penale è così distrutto,
e sovr'altra base bisogna oggi fondarla, se si vuole efficace-
mente combattere quelle atrocità sempre rinascenti.

Ma, tra gli eccessi e le incoerenze della scuola classica e
della positiva, al Beccaria bisogna pur risalire per ritrovare
i saldi principii della giustizia punitiva, che egli riconobbe
ed accertò, lasciandosi poi fuorviare da una dottrina transalpina
di moda al suo tempo.

Nè si dica, con una conclusione scettica circa l'utilità della scienza, che, se il libro del Beccaria fondato sopra un errore scientifico mise a rivoluzione il mondo, poco giova il rigor della scienza oggi che rivoluzioni non son più da fare: la verità ha un interesse proprio, da parte l'efficacia delle propagande sentimentali. Anzi, questa è appunto la potenza delle grandi verità, di essere intuitive e di farsi strada negli animi anche se sostenute da cattive ragioni; ma di diventare poi invincibili quando hanno il sostegno delle buone. La forza intrinseca della verità non deve mutarsi in argomento di sfiducia verso i filosofi.

* * *

Ma è poi proprio vero che i frutti del libro del Beccaria siano assicurati per sempre?

Mi si permetta di non crederlo.

La nostra vecchia società borghese è in isfacelo; la lussuria e la ferocia sono i segni del suo decadimento. Un vento di follia par che s'abbatta sopra la terra e che una nuova barbarie la minacci.

Più che i folli armamenti e gl'immani macelli delle guerre coloniali, di Manciuria e del Sud Africa, atterrisce il compiacimento con cui a quelle guerre si mira e l'apoteosi che orgogliosamente ogni giorno si fa del dominio e della violenza. La guerra trova oggi esaltatori e fanatici come non mai prima. Grandi parole pretensiose, che dovrebbero ammonire col ricordo di atrocità e di decadenze famose al mondo, allettano con le lusinghe della moda cervelli vuoti di naufraghi d'esami, vanitosi di ascender dalle colonne dei giornali ai ritrovi della mondanità galante; ed imperialismo, militarismo, individualismo e lotta di razza infettano di sanguigni sogni le menti corrotte da una letteratura di degenerati e da una scienza, che trae le leggi della vita umana da quella degli animali.

Le forche son senza dubbio il fiore di questa coltura di sangue; e già è molto signorile rimpiangerle ed invocarle.

Che ritegno può infatti aversi dell'uccisione d'un uomo quando si è usi a vederne massacrar le migliaia sui campi di battaglia?

Può impressionare la fucilazione d'un soldato ribelle, quando il dar o il trovar la morte è il mestiere del soldato? E si può pretendere che non usi maltrattamenti la sbirraglia, quando la violenza — per quanto legale, — contro i delinquenti, è il lor mestiere?

E se il Beccaria dovè pur ammettere il tirannicidio, perchè non dovrebbe la misera società moderna combatter con l'armi la nuova tirannia delle plebi?

Così le ragioni umane si offuscano a grado a grado nelle nostre menti. Nè è a dire che occorra un troppo gran passo indietro per tornare alle ferocie repressive di un tempo.

La pena di morte non è stata ancora abolita in molte nazioni. La ghigliottina è ancora grato spettacolo fin nella precorritrice Francia; e tutte le nazioni hanno serbata la fucilazione ne codici militari.

E come obbliar gli orrori della sedia elettrica e dei linciaggi americani? come i raccapriccianti racconti russi dello knut e della Siberia? Fino in questa patria del Beccaria, a una lunga serie di esecuzioni militari è seguita un'altra ben più triste serie di repressioni sanguinose per tumulti inermi di lavoratori.

La prigione è ancora come ai tempi del Beccaria con le sue catene, col suo mutismo, con la sua malsania omicida, « piuttosto un supplizio che una custodia del reo », e sono stati troppo frequenti anche in Italia i casi Frezzi di misteriose morti, fino a quella del marinaio D'Angelo nelle carceri di Roma, per far credere che certe soppressioni criminose siano la favola dei tempi in cui i governi erano « la negazione di Dio ».

Nè le condizioni della giustizia sono più liete. Gli assassini nei duelli signorili ridiventan frequenti, come in tutti i periodi di violenza e di militarismo; e, tranne che nella veramente signorile Inghilterra, sono puniti con pene ridicole, nè pur mai applicate, che rendono il codice penale una legge di classe con evidente violazione dell'uguaglianza umana. Ma a questo riparano i signori giurati, assolvendo anche gli assassini dei duelli plebei.

I più atroci delitti quasi non trovano più punizione: non per una falsa ed eccessiva pietà verso i rei, ma per un intimo e pervnrsso assenso alle loro opere di sangue. Tutte le più opposte ragioni sono buon pretesto ai giurati per assolvere. Le teorie d'irresponsabilità della scuola positiva, che dovrebbero menare alla segregazione perpetua, se nosocomica, dei delinquenti, quando non alla morte, con la connivenza scandalosa di psichiatri illustri che non han ritegno di mettere a prezzo la contraddizione dei loro principii scientifici, ottiene il risultato opposto di mandar liberi a spasso assassini, come il macellatore della moglie, Olivo.

Le sedotte, che si fan giustizia con le loro mani degli amanti che le abbandonarono, trovano l'impunità in nome del matrimonio; così come i loro amanti rapitori e stupratori la trovano in odio al matrimonio.

E in nome del matrimonio vanno tutti i giorni assolti gli uxoricidi, dimentichi sempre tutti, assassini e giudici loro confortatori, che nessun danno dell'onore e dell'interesse è privazione tale da autorizzare a privar della vita chi spesso non ci tolse neppure i mezzi di menarla innanzi, ma solo ci offese — lo si dica aperto — nella nostra vanità e nel nostro orgoglio.

Gli è che della vita umana, per frutto della nostra *grande* civiltà, si è perduto il sacro rispetto, e che, per lo sfrenarsi del « dispotico animo di ciascun uomo, principio universale di dissoluzione l'umanità imbestia ».

Si dimentica quel che la commovente ingenuità della fede religiosa, con un simbolico lavacro rilevava e celebrava in ogni nuovo venuto al mondo: in nome di una falsa scienza si cerca soffocare negli animi la coscienza che in ogni essere umano, in qualunque condizione e stato, e comunque digradato, permane sacro al nostro rispetto un segno o semenza di spirito. Ben venga dunque il soffio di rivoluzione che dai campi sanguinosi di Russia ci reca più efficace ed umana la stessa alta parola.

« Si vive per il meglio » — ci ammonisce, per bocca di un uomo perduto « nei bassi fondi », un apostolo di uguaglianza che è anche stato al suo posto alla prova dell'azione (1):

« Si vive per il meglio, caro! ».

« Ecco una famiglia di falegnami, dove tutti per anni ed « anni vengono su senza valore; ma ecco da essi nascere un « falegname meglio del quale la terra non ha visto niente. « Ed egli dà un'impronta speciale alla sua semplice arte, e « la spinge, l'anticipa di un vent'anni. Così pure gli altri, « calzolai ed altri lavoratori, e tutti i contadini, e pure i signori, tutti vivono pel meglio. Ognuno crede che vive per « sè: invece vive pel meglio.

« La gente talvolta vive — succedendosi l' un l' altro — « per cent'anni prima di mettere fuori un uomo migliore. « Tutti caro, tutti assolutamente vivono per il meglio.

« Perciò bisogna rispettare ogni uomo! non si sa dunque « chi è colui, perchè è nato e che cosa potrà fare: forse è « nato per la nostra felicità, o forse ci potrà essere utile « molto. Specialmente bisogna rispettare i bimbi: per i ragazzi ci vuole spazio. Non li impedite di vivere: rispettate! Lascia, non toccare, non offendere! se una volta « mi hanno offeso, è per tutta la vita. Come fare? Perdonare? Non far niente — a nessuno.

(1) Si veda *Nei bassi fondi*, di MASSIMO GORKI.

La questione, se l'errore sulle qualità della persona, con cui si contrae un matrimonio, attribuisca al coniuge indotto in errore azione per chiederne l'annullamento, fu in questi ultimi anni ripresa con calore dagli scrittori (1) e decisa in vario senso dai nostri Tribunali (2).

Non ripeterò tutti i precedenti storici della questione, nè tutte le diverse teorie sostenute al riguardo. Il lettore potrà vederli nelle opere citate del Dusi, Roberti, Soleri, Di Giuseppe e Sorrentino.

Mi fermerò però sulle discussioni fatte dalle Commissioni legislative per dedurne quale sia stato il significato che il nostro legislatore ha inteso dare alle parole — *errore nella persona* — che si leggono nell'art. 105 del nostro codice civile, nelle quali sta tutto il nodo della *vexata quaestio*.

(1) DUSI, *L'error virginitatis, come causa di nullità del matrimonio* nella Legge 1904 557; *Della nullità del matrimonio per cagione di errore o di dolo* nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche* volume 54, Torino Roma 1902; ROBERTI, *L'error virginitatis nel matrimonio*, Napoli 1905. Marghieri; SOLERI, *Nuovamente dell'errore e del dolo nel matrimonio* in *Archiv. giur.* 1904; DI GIUSEPPE, *L'error virginitatis* nel *Filangieri* 1900 n. 3; SORRENTINO, *Della nullità del matrimonio per errore sulla persona, in specie dell'errore virginitatis* in *Foro ital.* 1904, I, 877.

(2) Tribunale Napoli 10 luglio 1903, Paone c. di Gennaro, *Filangieri* 1903 131; Tribunale Roma 30 Novembre 1903, Tedeschi c. Cavaliere, Legge 1904-557; App. Torino 5 giugno 1900 col. 1098 colla nota del GABBA.

L'art. 105 è così concepito:

« Il matrimonio può essere impugnato da quello degli sposi, del quale non sia stato libero il consenso.

« Quando vi fu errore nella persona, l'azione di nullità può essere promossa da quello degli sposi, che fu indotto in errore ».

La questione verte tutta sul significato delle parole « *errore nella persona* ». Si domanda: l'errore nella persona contemplato in quest'articolo, comprende il solo errore che cade sull'identità fisica della persona, che s'intende sposare, ovvero si estende anche a quello che cade sulle qualità fisiche, morali o sociali della stessa?

Un breve riassunto delle discussioni parlamentari, che hanno preceduto la compilazione di quest'articolo, servirà a meglio far conoscere la *mens* del nostro legislatore.

* * *

Nella seduta dell'8 Dicembre 1850, discutendosi l'art. 10 del *progetto* DEFERRARI *sul contratto di matrimonio* così formulato:

« Non c'è consenso in colui che erra sulla identità della persona: l'errore sulle qualità e condizioni di essa non distrugge il consenso ».

« Sembrò a qualche membro superfluo di ritenere la parola *identità*, aggiunta a quella di persona, essendo in questa solo bastantemente *compresa l'idea che si volle esprimere mediante il qualitativo di identità*: anche nel codice di Napoli e in altri codici non fu adoperato che il solo vocabolo « *persona* ».

« Alcuno poi trova che, se qualche censura potrebbe farsi all'uso della parola « *identità* » associata a quella di persona, deriverebbe piuttosto da che, logicamente analizzando il significato che ne emerge, esso tende a dare un concetto tutto fisico dell'identità personale, per cui *ne verrebbe ad essere*

escluso quell'errore che si vuole invece contemplare in questa disposizione di legge. In conformità di essa potrebbe forse sostenersi che chi sposi la persona presentatagli innanzi al Sindaco o da lui vista in quel punto e non rifiutata, non possa più invocare l'errore, abbenchè provi che vi fu sostituzione e che egli credeva di prestare il suo consenso a *persona fisicamente diversa*.

« In risposta a tali osservazioni l'autore del progetto dichiara *avere adoperato la frase identità della persona, sebbene non adottata in generale dai codici, all'oggetto di maggiormente specificare la natura dell'errore, cui accenna in questo caso la legge*, ed anche trascrivendo la proposta che la Corte di Cassazione di Francia aveva emessa nell'anno 1802.

« A lui pure si era affacciata l'ultima delle riflessioni accennate dai preopinanti ed in seguito alla medesima aveva in principio redatto questa parte dell'articolo nel modo seguente: — « Non vi è consenso in colui che erra sulla persona, che intende sposare ».

« Con queste parole egli intendeva di far conoscere « *che avrebbe potuto soltanto invocarsi per errore la sostituzione non voluta di una ad altra persona* »: ma dopo più matura considerazione si persuase: « che fosse abbastanza rimosso ogni dubbio sull'errore di cui si tratta, facendo uso delle parole « *identità della persona* ».

« Se per altro era intendimento della Commissione, siccome sembrava averne il desiderio, di recare in questa dicitura una qualche modificazione, atta a rendere con maggior chiarezza il concetto che deesi esprimere, egli non avrebbe mancato di studiare nuovamente questo punto e di riferirne poscia alla Commissione medesima (1).

(1) *Studi relativi ad un progetto di legge per regolare il contratto di matrimonio*. Lavori preparativi del Codice civile — vol. I, (2. ed. pag. 103).

Tanto nel progetto di legge sul matrimonio compilato dall'autore del primitivo progetto in esecuzione delle deliberazioni della Commissione, quanto nell'altro preparato dal ministro di grazia e giustizia De Foresta, l'art. 10 sovra trascritto fu mantenuto identico.

E presso che identico fu pure conservato nel progetto compilato dal ministro di grazia e giustizia Gio. Filippo Galvagni, nel quale all'art. 3 si legge:

« Non vi è matrimonio, se non vi è consenso. L'errore sull'identità della persona esclude il consenso.

Art. 23. *Quando vi fu errore nella persona*, l'azione in nullità compete soltanto allo sposo che fu indotto in errore ».

È evidente che le parole « errore nella persona » adoperate in quest'articolo non potevano avere altro significato, che quello fatto palese dal citato art. 3, giusta il quale « il solo errore sull'identità della persona esclude il consenso ».

« Nel disegno di legge sul contratto di matrimonio presentato alla Camera dei deputati nella seduta 12 giugno 1852 dal ministro di grazia e giustizia Boncompagni gli art. 3 e 28 furono egualmente mantenuti identici a quelli del Galvagni: ma nella seduta del 1.º luglio 1852 il deputato Bellono, discutendo l'art. 3 soggiunse: « Io propongo l'aggiunta di una sola parola nel principio dell'articolo e quindi la soppressione dell'ultimo alinea: vi ha somma correlazione fra queste due disposizioni:

« Non vi è matrimonio, se non vi è consenso.

« Il consenso al matrimonio non ha forza legale, se fu estorto per fondato timore.

« Per giustificare l'aggiunta alla prima parte dell'articolo dirò una parola sull'ultimo alinea.

« L'accennare che il consenso non ha forza legale quando sia stato estorto per timore fondato e non dire di più, mi pare meno proprio, poichè l'influenza legale del timore sull'efficacia del contratto, è sempre, non in ragione della gra-

vità del medesimo; quindi se si mantenesse questo alinea, sarebbe, a mio avviso, indispensabile il dire « *fondato, grave timore* ».

« Ma mi pare, che, senza necessità di mantenere questo alinea, basti aggiungere alla prima disposizione dell'articolo la parola « *libero* » dicendo:

« Non vi è matrimonio, se non vi è libero consenso ».

« Spetta poi, per rapporto a questo contratto, come per rapporto ad ogni altra convenzione, all'apprezzamento del giudice di conoscere, quando vi sia stato timore o violenza od altro vizio nel contratto, il quale abbia escluso il consenso.

« Quindi io propongo, in aggiunta alla prima disposizione dell'articolo, le seguenti parole:

« *Non vi è matrimonio, se non vi è libero consenso* » (e che ad un tempo si sopprima l'articolo).

« La proposta dopo lunga discussione venne approvata ».

Cosicchè nel testo del disegno di legge, dopo le modificazioni ad esso apportate in seguito alla discussione fatta nella Camera dei deputati, l'articolo 3 venne così formulato.

« *Non vi è matrimonio, se non vi è libero consenso* ».

« *L'errore sull'identità della persona, esclude il consenso* ».

Nel disegno di legge preparato dalla Commissione del Senato incaricato di esaminare il progetto presentato dal Governo, quest'articolo venne conservato identico. Però nel testo di revisione del cod. civ. albertino presentato alla Camera dei deputati addì 16 giugno 1860 e a quella del Senato li 21 detto dal ministro G. B. Cassinis, l'art. 3 — che prese nel testo definitivo il numero 184, — fu così formulato:

« Il matrimonio contratto senza il libero consenso degli sposi e di uno di loro, non può essere impugnato che dagli sposi o da quello di essi, il cui consenso non è stato libero.

« Quando vi fu *errore essenziale nella persona*, l'azione di nullità compete soltanto allo sposo che fu indotto in errore (1).

« Il sig. Presidente Lanzilli (2) — leggesi al riguardo nei lavori preparatori del codice civile — osservava, che trattandosi di errore, che valga ad annullare il matrimonio, *debba versare sulla persona medesima*, se taluno che credea di sposare Maria ha sposato Giovanna; *non esser così l'errore sulle qualità personali*, le quali, essendo accessorio, non possono menare all'annullamento, siccome chi, credendo sposare donna ricca e nobile, sposi orfana e povera, *senza sostituzione di persona*. Dicea questo concetto, non che giuridico, essere sorretto altresì da idee morali, rimuovendo le antiche differenze di casta e di privilegio; per tanto avvisava doversi in senso di chiarimento togliere la voce « *essenziale* ».

« Il signor Maltese opinava che qui non si trattava del matrimonio, *in cui vi fosse scambio assoluto di persone, poichè in tal caso, non essendosi consentito a sposare che una persona diversa, si verserebbe nella ipotesi, non già di un consenso viziato e di un matrimonio annullabile, ma di un matrimonio inesistente per difetto di consenso*. Di ciò esser prova:

1° l'art. 86 del progetto, che in modo generale stabilisce, che non c'è matrimonio, ove non è consenso;

2° il trattarsi d'errore nella persona, che mostra essere la diversità di qualità nel medesimo individuo;

3° il supporre che l'errore abbisogni del tempo per riconoscersi, il che non avviene nel caso d'identità;

4° Infine l'essersi ammessa la ratifica in un certo tempo, che esclude il matrimonio inesistente, il che vale insanabile.

« Tale essendo lo scopo dell'articolo, bisogna vedere —

(1) Vol. III p. 662.

(2) Lavori prepar. del Cod. civ. Vol. II pagina 68, 2ª edizione.

soggiungea — se sia da mantenersi: or a ciò risponde il concetto e giuridico e morale ad un tempo, che vi sono talune qualità essenziali di persona, che altri disse costituire la persona *civile* o *sociale*, le quali, sebbene non mutino la identità materiale, importano una diversa persona; così chi credea sposare una donna onesta e povera scovre nella medesima donna una prostituta; chi credea unirsi ad un uomo di considerazione sociale, e scovre aver dato la mano ad un forzato liberato ed impostore.

« Con questa intelligenza, s'è vero che vi sono di tali qualità, che quasi importano la persona medesima, *il lavoro del legislatore doveva dare una norma, perchè si distinguessero le qualità gravi e quelle di minor valore*: a ciò, concludeva, aver provveduto a suo avviso la voce « *essenziale* », quasi guida al magistrato, per non trovare un errore nelle qualità accessorie e lievi, aggiungendo che, senza tali spiegazioni, l'art. 86 rimarrebbe inutile: votava quindi pel testo ministeriale ».

« Il signor Presidente aggiungeva, dietro cotali chiarimenti, *che reputando ei di non esservi errore, il quale porti seco l'annullamento del matrimonio, se non cada sulla persona, era questa ragione più che grave per eliminare la parola « essenziale »*. Ed il signor Di Marco, aderendo alle medesime idee, proponeva di sostituirsi le parole « *errore nella persona, il quale emendamento era accettato dalla Commissione, toltone il signor Maltese* ».

La soppressione dell'aggettivo « *essenziale* » fu in seguito approvata anche dalla Commissione Senatoria « *con l'intendimento, che il solo errore, il quale cade sulla identità della persona di uno dei contraenti, dia luogo all'annullamento del matrimonio. L'errore sopra qualunque qualità fisica o morale o sociale della persona non dovrebbe mai costituire un motivo di nullità del matrimonio* » (1).

(1) *Relazione Vigliani* p. 45.

Questi erano i principii fondamentali, che ispiravano le disposizioni relative agli effetti dell'errore nella persona nel contratto di matrimonio, allorquando fu pubblicata la legge 2 aprile 1865 n. 2215 nella quale all' art. 2 si statuiva:

« Il Governo del Re avrà facoltà di introdurre nei codici e nelle leggi indicate nell' articolo precedente (fra cui il codice civile) *le modificazioni necessarie per coordinare in ciascuna materia, sì nella sostanza, che nella forma, col sistema e coi principii direttivi adottati, senz' alterarli* ».

Se non che la Commissione di Coordinamento, nominata in esecuzione di questa legge, senza punto modificare nè la sostanza, nè la forma dell' attuale articolo 105, e mantenendone la soppressione dell' aggettivo essenziale, già approvata dalle Commissioni legislative, dichiarò, dietro l' osservazione fatta dal Precerruti, di approvare tale soppressione, ma *di non poter consentire nel motivo che di questa soppressione aveva data la Commissione senatoria*, imperocchè questo motivo restringerebbe troppo la portata della disposizione di questo articolo, limitandola alla sola identità della persona ed escludendo qualunque altro errore essenziale, quantunque possa viziare il consenso, il che sarebbe contrario al vero concetto del medesimo articolo e della giurisprudenza ».

Ora è chiaro, che, in quanto l' articolo rimase tale e quale fu approvato dalle Commissioni legislative e in quanto la Commissione di coordinamento non poteva modificare il sistema e i principii direttivi già adottati dalle Commissioni legislative, quell' opinione manifestata dalla Commissione di coordinamento, essendo contraria a tali principii direttivi, non poteva avere il potere di alterarli e rimase perciò, al pari di quella del Maltese, come un' opinione personale dei membri componenti la Commissione di coordinamento.

La storia dell' art. 105 prova adunque inconfutabilmente il senso restrittivo che alle parole « *errore nella persona* » ha inteso dare il nostro potere legislativo e, cioè, che il solo

errore che cade sull'identità della persona fisica, non anche quello che può cadere sulle qualità fisiche, morali e sociali della persona, può, a termini dell' art. 105, costituire motivo di nullità del matrimonio.

Qualunque interpretazione estensiva dell' art. 105 è adunque arbitraria, perchè contraria alla volontà del nostro legislatore.

*
**

Dimostrato quale fu la mente del nostro legislatore nel dettare l' art. 105, passo all' esame del contenuto di esso.

« Quando vi fu errore nella persona, l' azione di nullità può essere promossa da quello degli sposi che fu indotto in errore ».

Quest' articolo, come chiaramente si deprende dalle ultime parole « *da quello degli sposi che fu indotto in errore* », contempla il caso, in cui l' errore nella persona sia determinato dal dolo dello sposo che si sostituì al vero sposo, facendosi credere tale. Di fatti una sostituzione involontaria da parte di chi si sostituisce al vero sposo, facendosi credere tale, sarebbe impossibile: e che il legislatore non abbia a ciò pensato, sibbene al caso, — possibile a verificarsi (1) per quanto anche esso raro, date le cautele richieste per accertare l' identità degli sposi — di sostituzione fraudolenta, si desume dal ri-

(1) Il caso sarebbe possibile tra due sposi che non si fossero visti fino al giorno del matrimonio, dato che tutti o alcuni dei testi ne attestassero la identità. È noto poi, che il primo caso di errore nella persona viene fornito dall' esempio classico riferito nella storia del vecchio testamento, che è l' equivoco di Giacobbe colle figlie di Lebano, allorquando quegli, credendo sposare Rachele, sposò invece Lia, che a quella erasi sostituita *dolosamente*. — *Genesi* n. 29.

fito dell'azione di nullità fatto al *falso* sposo: tale rifiuto gli viene comminato, perchè egli stesso non possa trarre profitto dalla sua frode, mentre non sarebbe assoluto, se il legislatore avesse ritenuto possibile qualche caso di sostituzione involontaria anche da parte del falso sposo, perchè in questo caso non ci sarebbe stata ragione per negare anche a questo il rimedio dell'annullamento del matrimonio.

Dunque non è esatto ciò che sostengono molti scrittori seguendo l'esempio del Pothier (1), che il matrimonio non possa essere annullato per causa di dolo. No. Anche il matrimonio può essere annullato per causa di dolo, ma nel solo caso in cui il dolo abbia determinato l'errore sull'identità della persona, che fraudolentemente, sostituendosi a quella, che s'intese e si è dichiarato di voler sposare, si fece creder tale.

Da ciò chiaro emerge, che l'efficacia giuridica del dolo e dell'errore nel contratto di matrimonio è molto più ristretta, che negli altri contratti ordinari della vita.

In questi, l'errore sulle qualità dell'altro contraente, quantunque non determinato da dolo, è motivo sufficiente per chiedere l'annullamento del contratto, sempre quando la considerazione di tali qualità sia stata la causa principale del contratto; nel matrimonio, invece, il solo errore, che può essere assunto come motivo di nullità, è quello che cade sull'identità fisica della persona.

Negli altri contratti ordinari, anche l'errore che cade sulle qualità non essenziali della persona dell'altro contraente può

(1) *Traité du mariage* n. 310; TOULLIER I n. 517; DEMOLOMBE III n. 255; DEMANTE I 262-11; AUBRY et RAU V. 2. 462, V. n. 65 n. 1; VALLETTE, *Esplíc. somm.* p. 106; DURANTON, n. 60; MARCADÉ I art. 180 n. 639; BEUDANT I n. 225; Glasson n. 135; PACIFICI-MAZZONI id 2^a ed. II, 107; RICCI, *Diritto civile* I, 154; DE FILIPPIS, *Diritto civ.* IX, 83; BIANCHI, *Dir. civ.* V, I n. 69 p. 239; BUNIVA, *Delle persone*, I p. 147.

essere invocato come motivo di nullità, quando sia stato determinato dal dolo: mentre qualsiasi errore, che cada sulle qualità della persona dello sposo, rimane — per quanto s'attiene all'annullamento del matrimonio — improduttivo di effetti giuridici, quantunque determinato dal dolo dall'altro sposo.

Per ciò le regole degli art. 1108, 1110, e 1115 del codice civile non possono estendersi anche al contratto di matrimonio.

La grandezza dello scopo che il contratto di matrimonio si propone; le diverse conseguenze che per ciascuno degli sposi e per l'intera società ne derivano, imponendo una salutare ed estrema prudenza, hanno indotto il legislatore a sottrarlo alle regole comuni agli altri contratti ordinari della vita e a sottoporlo alle regole speciali che si trovano raccolte nel tit. V del libro I del nostro codice civile.

Ora è chiaro che se il legislatore avesse voluto, che le norme dettate per regolare gli effetti giuridici dei vizi del consenso nei contratti ordinari, dovessero valere anche pel contratto di matrimonio, non avrebbe avuto bisogno di dettare per questo le norme che si leggono negli art. 105, 106, 107. Se il nostro legislatore ha dettato queste norme speciali pel contratto di matrimonio, fu perchè ha voluto restringere l'efficacia del dolo e dell'errore al solo caso che abbiano indotto uno degli sposi nella falsa credenza, che la persona che ha sposato fosse quella che intendeva e ha dichiarato di sposare, mentr'era una persona fisicamente diversa.

*
**

L'intento di assicurare la stabilità dei matrimoni consigliava infatti di non abbandonare la sorte di questo contratto, ch'è il più solenne della vita, ai numerosi frequenti casi

d'annullamento degli altri contratti. Che questi possano essere rescissi nei casi di dolo, è imposto dalla necessità del rispetto, che in tutte le contrattazioni deve alla buona fede; rispetto che porta per necessità ad impedire, che nessuno possa in qualunque modo trarre lucro dalla sua frode, mentre dalla rescissione dei medesimi nessun danno irrimediabile può derivare, nè alla vittima della frode, la quale è ad ogni modo arbitra di valersi o no del rimedio che a tutela dei suoi diritti accorda la legge: nè tanto meno alla società, alla quale anzi interessa, che sia rispettato e fatto rispettare il principio della buona fede, per rendere più facili e più spedite le contrattazioni.

Può dirsi altrettanto del contratto di matrimonio?

Il matrimonio tocca strettamente gl'interessi più elevati della società, essendo la sorgente legittima delle famiglie, che sono la pipiniera dello Stato.

La coabitazione degli sposi, che n'è la conseguenza immediata, produce per uno degli sposi conseguenze più gravi e irrimediabili, che per l'altro. È un avvenire fosco di dolori e di miserie che spesso spalancherebbe alla sposa abbandonata l'annullamento del matrimonio. Essa dopo l'abbandono non si trova più nelle condizioni di prima e diverrà per ciò per lei più problematico un altro collocamento, necessario spesso per assicurarle i mezzi indispensabili per un onesto sostentamento. Più sovente diverrà un essere sperduto nel buio, che la fame, il disonore patito spingeranno nella via del vizio e dell'immoralità.

Se poi la coabitazione avrà lasciato delle tracce, quale sarà la posizione dei bambini che nasceranno da questo vincolo funesto? Dovranno essere condannati a gemere d'una colpa, cui sono estranei e rimanere orfani prima di nascere, quantunque concepiti sotto l'egida d'un vincolo autorizzato dalla legge e benedetto dalla religione? E questi bimbi, che, distrutta la famiglia legittima in cui sono nati, non

possono più trovare in seno alla stessa, nè l'affetto che addolcisca i loro sentimenti, nè la educazione, che li avvii sul sentiero della virtù, non diverranno spesso gli esseri più pericolosi per la sicurezza sociale?

È dunque per le tristi e irrimediabili conseguenze, che i frequenti annullamenti di matrimoni potrebbero produrre a danno della società, oltrechè degli sposi, che il legislatore ha creduto necessario di restringerne il più che fosse possibile i casi, limitando, fra gli altri, i casi di annullamento per vizio di consenso a quello di consenso estorto con violenza e a quello di sostituzione fraudolenta, che abbia indotto uno degli sposi in errore sull'identità della persona dell'altro sposo, che si sostituisca al vero, facendosi creder tale.

Riguardo al caso di violenza non era possibile alcuna distinzione fra il contratto di matrimonio e gli altri contratti ordinari della vita: giacchè tanto nell'uno, che negli altri, la sola violenza che può render viziato, e per ciò annullabile, il consenso è quella che toglie la libertà dello stesso.

Ma riguardo all'errore nella persona e al dolo, che può determinarlo, il legislatore ha creduto necessario, nell'interesse della stabilità dei matrimoni, di limitarne l'efficacia, al solo caso, in cui il dolo di uno degli sposi avesse determinato l'altro nell'errore di crederlo quello che intendeva e ha dichiarato di sposare, mentr'era una persona fisicamente diversa, e di non estendere per ciò l'efficacia dissolutrice del dolo e dell'errore — come negli altri contratti — anche agli altri casi, nei quali avesse avuto per effetto di offuscare l'intelletto di uno degli sposi relativamente alle sole qualità fisiche, morali o sociali dell'altro.

Mentre infatti la violenza non è suscettibile di gradazioni, giacchè o è tale da togliere la *piena* libertà di consenso e costituisce motivo di nullità: o non è tale, e non costituisce motivo di nullità; altrettanto non può dirsi dell'errore, che cade sulle semplici qualità.

Riguardo a queste anzi tutto l'errore non si presenta netto, facilmente controllabile, quando sia scoperto, come quello che cade sull'identità della persona. Se prendiamo ad es. l'errore sulla verginità, sul quale tanto si è discusso in questi ultimi tempi, quante incertezze non possono sorgere relativamente alla sussistenza o meno di essa e specialmente relativamente alle cause molteplici per cui può essere perduta?

Oltre a ciò l'errore che cade sulla identità della persona fisica non può essere che uno, di una sola specie e per ciò facilmente controllabile: quello invece che cade sulle qualità della persona, può essere molteplice, e assumere varie forme e gradazioni a seconda delle diverse qualità fisiche, morali o sociali, che possono essere prese di mira nel contrarre un matrimonio; quindi l'importanza dell'errore, potendo essere diversa a seconda della diversa condizione sociale degli sposi, del sesso, della età, il legislatore avrebbe dovuto determinare quali qualità si sarebbero dovute ritenere essenziali, quali no, per non abbandonare il giudizio di questa essenzialità — alla quale rimarrebbe affidata la stabilità dei matrimoni — all'esclusivo apprezzamento del giudice, creando così l'onnipotenza di questo in un istituto che tocca gli interessi più elevati dello Stato.

Se il legislatore non ha dato alcun criterio per distinguere le qualità essenziali della persona, dalle non essenziali — come domandava il Maltese in seno alla Commissione legislativa — fu precisamente perchè ha voluto che l'errore, che cade su qualsiasi qualità fisica, morale o sociale, non possa dar *mai luogo a nullità*.

Mai, nè pure nel caso che questo errore sia determinato dal dolo dell'altro sposo e ciò, non perchè abbia voluto favorire la frode di questo, ma perchè è costretto a tollerarla a motivo che si riconosce impotente a trovare una sanzione che possa frenare le frequenti frodi, — alle quali so-

gliono ordinariamente ricorrere gli sposi per vincere le prime esitanze e raggiungere il loro fine, — senza creare dei pericoli per la stabilità dei matrimoni.

Chi non conosce infatti le manovre, gli artifici, le simulazioni, a cui spesso si ricorre per assicurare la conclusione di matrimoni, che diversamente non si concluderebbero?

E quante volte del resto, anche senza che intervenga alcun artificio, uno sposo non si crea delle illusioni sulla sussistenza, nell'altro sposo, di certe qualità e poi, quando le dissipa il sole della realtà, pentito, si crede vittima d'un inganno, mentre non lo è che della propria immaginazione?

Per ciò la legge non ha osato di mettere freno contro queste frodi, vere o supposte, e seguendo l'antico adagio « *en mariage il trompe qui peut* » (1) si è completamente affidato alla prudenza degli sposi, i quali, prima di decidersi all'atto più solenne della vita, devono prendere le più diligenti precauzioni per assicurarsi, se sussistano o meno nello sposo, col quale devono unirsi, le qualità per le quali si decidono a sposarlo: si affida all'affetto e all'esperienza dei genitori, che, sapendo quali tristi conseguenze possono derivare dai matrimoni conclusi per inganno, quando questo viene scoperto, mentre, per amore dei loro figli, si asterranno essi stessi dal ricorrervi, prenderanno tutte le precauzioni, perchè i loro figli non ne rimangano vittime.

L'ammettere un diverso sistema, se riuscirebbe, in qualche caso eccezionale, a restituire la libertà a qualche sposo tradito, potrebbe nella maggior parte dei casi vulnerare quel principio della stabilità dei matrimoni, per assicurare la quale il nostro legislatore non ha creduto opportuno di ammettere, in casi non meno gravi, l'istituto del divorzio. Se si vuole infatti assicurare l'indissolubilità del matrimonio, bisogna pre-

(1) LOYSEL, *Ist. Coutumier* lib. I tit II n. 3.

servarlo gelosamente da tutte quelle cause che possono presentar frequente il pericolo di vulnerarlo. Ora l'estendere, anche all'errore sulle qualità fisiche, morali o sociali dello sposo, l'azione di nullità aprirebbe senza dubbio una breccia troppo pericolosa nella muraglia dell'indissolubilità, sia per la molteplice e svariata quantità di casi, cui potrebbe dar luogo, sia per la difficoltà di stabilire a priori le qualità essenziali per distinguerle dalle accidentali, e sia infine perchè lascierebbe troppo aperto il campo ad eludere la legge, spesso collo stesso accordo degli sposi, i quali, pentiti spesso di un matrimonio fatto per capriccio, — e perciò non meno voluto — troverebbero nel supposto errore di qualche qualità il rimedio facile per spezzare il vincolo contratto. Per cui inutilmente il nostro legislatore avrebbe chiuso le porte al divorzio, per meglio assicurare l'indissolubilità del matrimonio, se avesse lasciato aperto l'adito dell'annullamento per errore sulle qualità della persona.

È dunque conforme al sistema del nostro codice, che si limiti l'efficacia giuridica dell'errore nella persona, in cui sia indotto uno degli sposi, al solo errore che cade sull'identità della persona, come quello che, oltre ad essere più difficile e per ciò più raro a verificarsi, non può dar luogo, quando si verifichi, a dubbi nell'accertamento, nè tanto meno a frodi.

L'unica qualità fisica, del difetto della quale il legislatore si è occupato, è la potenza generatrice. Per questa il legislatore ha creduto, anche per risolvere il dubbio sorto in Francia a proposito dell'art. 180 (1), corrispondente al nostro 105, di dettare l'art. 107, ove ha disposto:

(1) V. DURANTON n. 69 e 70; TOULLIER I n. 525 e 526; DELVINCOURT I p. 361 che negano possano essere causa di nullità: — MERLIN Rep. V^a Impuissance n. 2; VAZEILLE n. 93; CHARDON, *Dol et fraude* I n. 225 bis IV et 262 bis III; DEMOLOMBE III n. 254; MASSÉ ET VERGÈ I p. 171 note 9; RICHEFORT,

« L'impotenza manifesta e perpetua, quando sia anteriore al matrimonio, può essere proposta come causa di nullità del matrimonio ».

Ora la necessità di occuparsi della mancanza di questa qualità, che ciascuno degli sposi suppone nell'altro pel solo fatto che si decide al matrimonio, serve vie maggiormente a dimostrare che il nostro legislatore non ha voluto accordare nessun'azione di nullità per la mancanza di qualsiasi altra qualità fisica, morale o sociale degli sposi. Se l'art. 105 si potesse in fatti estendere anche all'errore sulla qualità della persona, quale più della potenza generatrice si sarebbe dovuta ritenere essenziale agli effetti dell'annullamento del matrimonio?

Invece appunto perchè l'art. 105 non fu dettato per l'errore che cade sulle qualità della persona, ma solo per quello che cade sulla totalità della persona fisica, il legislatore ha creduto necessario di occuparsi nell'art. 107 del difetto di questa qualità fisica, dimostrando anche con ciò che il difetto di ogni altra qualità, supposta o anche dichiarata dolosamente da uno degli sposi, non può costituire per l'altro motivo di annullamento del matrimonio.

*
**

Contro queste deduzioni, che logiche scaturiscono dalla storia dell'art. 105 e da tutto il sistema seguito dal legislatore nella materia, le principali obiezioni, che si fanno da quelli che vorrebbero estesa l'azione di nullità anche all'errore, che cade sulle qualità essenziali della persona civile o sociale, possono ridursi a due: la prima, la quale obbietta, che, se l'art. 105 dovesse intendersi nel senso restrit-

Elat des fam. I n. 16; MARCADÈ, *Append. au ch. I du tit. du Mariage* n. 7, che l'ammettono.

tivo dianzi esposto, allora non di matrimonio semplicemente annullabile potrebbe parlarsi, ma di matrimonio assolutamente inesistente (1).

La seconda, che fu per la prima volta messa innanzi dal Borsari (2), fu recentemente sostenuta con nuovi argomenti dal Dusi, e tende a dimostrare che nelle parole « consenso non libero » di cui nella prima parte dell'art. 105, si comprende anche il caso, in cui tale mancanza di libertà sia dovuta al dolo di uno degli sposi (3).

La prima obiezione fu fatta dal Maltese, sin da quando si discuteva in seno alla Commissione legislativa, se dovesse o no la disposizione dell'art. 105 estendersi anche all'errore che cadeva sulle semplici qualità della persona, ovvero limitarsi al solo errore che cade sull'identità della persona: ma prevalse in seno alla Commissione l'opinione contraria al Maltese, che fu pure approvata dalla Commissione senatoria, di limitare, cioè, l'errore alla sola identità fisica della persona. Per cui quest'obiezione ha contro di sé lo stesso testo della legge.

A parte ciò, quest'argomento o proverebbe troppo, o proverebbe nulla.

Proverebbe troppo, perchè escluderebbe dall'art. 105 il caso dell'errore che cade sull'identità della persona, mentre lo stesso Precerruti, all'osservazione del quale fa capo l'interpretazione estensiva dell'art. 105, voleva che quest'articolo comprendesse tanto l'errore che cade sull'identità della persona fisica, quanto quello che cade sulle qualità che costituiscono la persona civile o sociale.

Proverebbe nulla, perchè, dato che l'art. 105 comprendesse, tanto l'errore che cade nella persona fisica, quanto quello

(1) V. per tutti BIANCHI l. c.

(2) BORSARI, *Comm. Cod. civ.* I art. 105, § 278.

(3) Op. citata.

che cade sulle qualità che costituiscono la persona civile, è chiaro che, tanto nell'uno, che nell'altro caso, per espressa disposizione dell'art. 105, il diritto di domandare l'annullamento del matrimonio, competerebbe solo allo sposo indotto in errore. Questi potrebbe dunque, sì nell'uno, che nell'altro caso, rinunciando a far valere l'azione relativa accordatagli dall'art. 105, lasciar sussistere il contratto di matrimonio, ciò che non sarebbe possibile, se il legislatore avesse riconosciuto che in questo caso il matrimonio dovesse ritenersi inesistente.

Oltre a ciò, il legislatore, stabilendo nell'art. 106 del cod. civ. che « la domanda di nullità per le cause suesprese non è più ammissibile, se vi fu coabitazione continuata per un mese dopo.... conosciuto l'errore », non farebbe distinzione fra il caso, in cui l'errore cadesse sulle qualità della persona e quello in cui cadesse sull'identità della persona: dunque anche quando l'art. 105 dovesse ritenersi estensibile all'errore sulle qualità, come opinava il Precerruti, dovrebbe egualmente applicarsi al caso di errore nella persona fisica e per ciò anche in questo caso il matrimonio rimarrebbe inoppugnabile, se vi fosse stata coabitazione continuata per un mese dopo conosciuto l'errore.

La disposizione dell'art. 105 contiene in vero una deroga alla regola generale sancita dall'art. 1310 cod. civ., giusta il quale non possono sanarsi con verun atto confermativo i vizi d'un atto nullo in modo assoluto per difetto di formalità. Il rigore dei principii, infatti, richiederebbe, nel caso di matrimonio contratto con una persona diversa da quella che si è dichiarato di sposare, che quando lo sposo ingannato, dopo scoperto l'errore, decidesse di rinunciare ad impugnarlo, si dichiarasse nullo il primo matrimonio e se ne contraesse un altro, il quale non potrebbe produrre effetti giuridici, che dal giorno della sua celebrazione. Ma il legislatore, per meglio assicurare la stabilità dei matrimoni, in omaggio al

principio « *matrimonia contrahenda prohibentur, contracta non dissolvuntur* » deroga al rigore dell'art. 1310 e dispone che, per effetto del consenso che *tacitamente* si manifesta colla coabitazione continuata per un mese dopo la scoperta dell'errore, debba ritenersi, *ora per allora* validamente contratto un matrimonio che sino a quel momento era nullo per difetto di consenso.

In base agli stessi principii il legislatore, derogando alla stessa regola dell'art. 1310, nell'art. 104, non ostante trattisi di un matrimonio radicalmente nullo, perchè contratto innanzi un ufficiale incompetente, riconosce come sanata questa nullità, quando la relativa domanda non venga proposta entro l'anno dalla sua celebrazione. Eppure non v'ha dubbio, che la mancanza di giurisdizione nell'ufficiale incaricato della celebrazione del matrimonio, rende questo radicalmente nullo: pur non di meno, sempre in omaggio al principio « *matrimonia contrahenda ecc.* » il legislatore, trascorso un anno dalla celebrazione di quest'atto, derogando all'art. 1310, ritiene *ora per allora* valido un matrimonio che fino ad allora era colpito d'una nullità assoluta.

* * *

Il Dusi, — che pur sostiene energicamente la tesi che l'errore, di cui parla il capoverso dell'art. 105, si riferisca al solo errore, che cade sull'identità della persona fisica, — crede, invece, che il dolo per se medesimo e in linea di principio debba parificarsi, anche per ciò che concerne il matrimonio, all'errore ed alla violenza e che possa, al pari di essa, agire, come causa di nullità per sè stante.

Quest'opinione crede il Dusi — come già il Borsari (l. c.) — di poterla fondare nell'ampiezza della dizione della prima parte dell'art. 105, la quale, accordando l'azione di nullità a quello degli sposi, del quale non sia stato libero il con-

senso, e, togliendogliela dopo un mese, da che ha riacquistata la *sua piena libertà*, dimostra di comprendere, in questa mancanza di *piena libertà*, anche il dolo, che cagiona un difetto di libertà in senso morale.

« Il dolo è vero — soggiunge il chiarissimo scrittore — agisce direttamente sulla conoscenza (1) e non sulla volontà, mentre la violenza agisce direttamente sopra quest'ultima; ma anche il dolo, offuscando l'intelletto, turba implicitamente la libera e spontanea formazione della volontà. Chi aveva l'obbligo di lasciarmi completamente libero nel risolvermi in questo senso o in quello, mi avvinse con la sua frode e col suo inganno: quindi la mia volontà e il mio consenso non furono liberi, nè psicologicamente, nè socialmente. Nella non libertà e più ancora nel difetto di piena libertà, ond'è parola negli art. 105 e 106, sono adunque compresi ad un tempo la violenza e il dolo; ma non l'errore, che colpisce ed elimina bensì la libertà interna e psicologica, ma non quella giuridica e sociale. »

Questo sottile ragionamento se dimostra tutta l'acutezza dell'ingegno del suo autore, si presenta però contrario alla storia dell'art. 105 e allo stesso testo di questo.

Ricorderò che nella seduta del 1° luglio 1852 il Deputato Bellono, discutendo l'art. 3 del disegno di legge sul matrimonio, presentato alla Camera dei Deputati dal ministro Boncompagni e ch'era così formulato:

« Non vi è matrimonio, se non vi è consenso. Il consenso al matrimonio non ha forza legale, *se fu estorto per fondato timore.* »

propose di sostituire le parole « *se fu estorto per fondato timore* », colle altre « *se non vi è libero consenso.* »

Per ciò l'articolo, essendo stata accettata la proposta del Bellono, fu così modificato:

(1) V. su ciò anche BIANCHI l. c.

« Non vi è matrimonio, se non vi è libero consenso. » il quale, mantenendosi sempre le parole *libero consenso*, invece di *consenso estorto per fondato timore*, fu successivamente formulato, come attualmente si legge:

« Il matrimonio può essere impugnato da quello degli sposi, di cui non sia stato libero il consenso. »

Da ciò appare manifesto che l'aggettivo « *libero* » fu dal legislatore aggiunto unicamente per indicare l'esenzione da violenza.

Ciò risulta anche dal confronto fra l'art. 105 e l'art. 106.

Art. 105. Il matrimonio può essere impugnato da quello degli sposi, del quale non sia stato libero il consenso.

« Quando vi fu errore nella persona, l'azione di nullità può essere promossa da quello degli sposi che fu indotto in errore.

Art. 106. Non è più ammissibile la domanda di nullità per le *cause espresse* nell'art. precedente, se vi fu coabitazione continuata per un mese *dopo riacquistata la piena libertà o conosciuto l'errore.* »

Ora dal confronto di questi due articoli risulta, che il legislatore ha adoperato due espressioni diverse corrispondenti, la prima alla violenza che toglie la libertà di consenso, la seconda all'errore che toglie la conoscenza; allo stesso modo che nell'art. 1108 si adoperano tre diversi aggettivi corrispondenti ciascuno ai tre diversi vizi del consenso; l'errore (*dato per*), la violenza (*estorto*), il dolo (*carpito*).

« Non è più ammissibile la domanda di nullità, se vi fu coabitazione continuata per un mese dopo che lo sposo ha riacquistato la *sua piena libertà o conosciuto l'errore.* »

La conoscenza dell'errore adunque segna il momento, in cui cessa questo vizio del consenso: il riacquisto della piena libertà, segna quello, in cui cessa il vizio della violenza.

Nello stesso senso troviamo nell'art. 1300 cod. civ.; « questo tempo non comincia a decorrere nel caso di violenza,

dal giorno in cui è cessata — che coincide con quello in cui, chi patì la violenza, riacquista la piena libertà; — nel caso di errore o di dolo, dal giorno in cui furono scoperti — che coincide con quello, in cui, chi fu indotto in errore, viene a conoscenza del medesimo.

Da questa uniformità di espressioni, oltre che dalla genesi dell'art. 105, si desume adunque che il nostro legislatore colle parole « libero consenso » ha inteso indicare il solo consenso « libero da violenza », o, come prima si diceva nel testo ministeriale, il solo « *consenso non estorto per fondato timore.* »

La premessa poi da cui parte il Dusi — che l'art. 105 non contemplerebbe diversamente il caso di dolo, e per combattere la quale egli fa gli sforzi ingegnosissimi di dimostrare, che anche il dolo, offuscando l'intelletto, turba implicitamente la libertà e la spontanea formazione della volontà — io credo d'averla già dimostrata errata.

In quanto l'art. 105 ha accordato l'azione di nullità per il solo errore che cade sull'identità fisica della persona, — ciò che si verifica, quando una persona fisicamente diversa si sostituisce al vero sposo facendosi credere tale — il caso che contempla il legislatore non può essere che un caso di dolo, come ho precedentemente dimostrato.

Dunque se il legislatore contempla nell'art. 105 anche il caso di dolo e lo limita al solo caso, in cui esso abbia avuto per effetto d'indurre l'altro sposo nell'errore sull'identità fisica di chi si è, sostituendosi al vero sposo, fatto credere tale, è arbitrario voler estendere ad altri casi gli effetti del dolo.

L'art. 105 contempla, adunque, come motivi di nullità, la violenza, il dolo e l'errore: ma dispone che questi due ultimi vizi non possano produrre effetti giuridici se non quando il dolo abbia indotto uno degli sposi nell'errore, di credere il vero sposo, la persona che allo stesso si sostituì fraudo-

lentemente: donde logica la conseguenza, che un dolo, che non abbia avuto quest' effetto, rimane improduttivo di conseguenze giuridiche, allo stesso modo che un errore, che non cade sull' identità della persona fisica, ma sulle semplici qualità della stessa, sia o no determinato da dolo, non può essere, nel contratto di matrimonio, produttivo di effetti giuridici.

L'AUTORITÀ
DEL DIRITTO CONSUETUDINARIO

NELLA LEGISLAZIONE CIVILE ITALIANA

MEMORIA

DEL

D.^r FRANCESCO DEGNI

SOMMARIO: 1. La consuetudine e la legge nella storia del diritto. — 2. Diritto Romano. — 3. Diritto intermedio. — 4. Epoca moderna. — 5. Limiti di questo studio. — 6. Gli aspetti che la consuetudine assume di fronte alla legge scritta. — 7. A) La *c. secundum legem*. — Ragione della sua autorità. — 8. B) La *c. contra legem*. — La sua autorità nella storia del diritto. — 9. La dottrina moderna: Germania, Francia, Italia. — 10. Ragioni per cui non può ammettersi, nell'epoca moderna, l'autorità del diritto consuetudinario come fonte giuridica indipendente ed autonoma. — 11. L'influenza che la consuetudine esercita sulla legislazione. — 12. La *c. contra legem* nei contratti e nelle relazioni commerciali. — 13. C) La *c. praeter legem*. — Casi nei quali può formarsi. — La sua autorità nella storia del diritto. — 14. La dottrina moderna: Germania, Francia, Italia. — 15. L'autorità che, nella legislazione civile vigente, può avere la *c. praeter legem*. — 16. La consuetudine quale mezzo d'interpretazione del diritto. — 17. Continua. — 18. Conclusione. — La giurisprudenza.

1. Il diritto, come ogni altra norma del vivere sociale, è produzione naturale e spontanea dello spirito del popolo, di cui deve governare le relazioni ed i rapporti. Esso, però, nella sua manifestazione estrinseca e concreta, si è rivelato, storicamente, prima, nella forma, più spontanea e immediata, della consuetudine, poi, in quelle, mediate e riflesse, della giurisprudenza e della legge. La storia giuridica di tutti i popoli ne offre la prova di questo processo logico.

Nella più alta antichità, in fatti, in Oriente e in Grecia, il diritto si rivela, dapprima, nelle antiche costumanze, rivestite di forma poetica, custodite dalla tradizione, consacrate dalla religione, celebrate con cerimonie e forme solenni, dai sacerdoti, per l'origine divina che ad esse si at-

tribuiva, e, solo più tardi, fecondate dalle dottrine dei sapienti, le consuetudini avite furono sanzionate nella scrittura.

2. La storia del diritto italiano contiene la manifestazione dello stesso svolgimento delle fonti giuridiche.

A Roma antica, i *mores majorum*, che erano insieme norme morali, giuridiche e religiose, e da cui si originarono le consuetudini propriamente dette, riflettenti, cioè, in esse, il sentimento giuridico del popolo (1), regolarono esclusivamente tutte le manifestazioni della vita pratica e, anche quando furono emanate le prime *leges* (2), le consuetudini furono sempre considerate come la fonte giuridica più importante e più estesa. Quando, dopo le lotte sociali, il popolo reclamò, a garanzia dei suoi diritti, leggi scritte, le XII tavole furono, appunto, ispirate alle antiche consuetudini, pur modificandole e sviluppandole per adattarle ai nuovi bisogni.

La legislazione decemvirale fu, a sua volta, in seguito, il punto di partenza di tutta la magnifica evoluzione del diritto romano, e le nuove istituzioni accanto alle antiche si collocarono anche quando miravano non soltanto a modificarle, ma a correggerle e sostituirle. Nuove fonti dell' *ius scriptum* sorsero, e si sovrapposero le une alle altre, ma se la consuetudine vide, gradatamente, limitare il suo campo, conservò la stessa efficacia. Anche quando al diritto popolare non fu più sufficiente la sua manifestazione immediata, sicchè fu necessaria la costituzione di nuovi organi, rappresentanti lo spirito giuridico nazionale, la forza obbligatoria della consuetudine fu poggiata sull'antica considerazione che, essendo la legge, manifestazione della volontà del popolo, è indifferente se questa si manifesti espressamente o per il ta-

(1) FORTI, *Ist. civili*. Lib. I. cap. II, § 17, 1840, p. 19.

(2) Molti hanno attribuito queste prime *leges* ad una leggenda, ma la critica storica più autorevole e più recente ha dimostrato la esistenza reale almeno di alcune fra esse.

cito consenso del popolo stesso: « quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? » (1).

E, nell'ultimo periodo del diritto romano, non venne meno l'efficacia della consuetudine, come è attestato dal fatto che le istituzioni e le costituzioni giustinianee fanno, più volte, menzione di antiche leggi abrogate per desuetudine (2).

La consuetudine, dunque, è la prima fonte del diritto romano, ma ad essa tende a sostituirsi gradatamente lo *ius scriptum*, e vi si sostituisce, in fatti, ma non interamente. La legge è la forma ordinaria in cui si manifesta il diritto, mentre la consuetudine, vivendole accanto, si manifesta come forma eccezionale e straordinaria. Di essa si dice: « pro lege... custoditur » (3), « pro jure et lege... observari solet » (4), « vim legis obtinere debere » (5), « legem imitatur » (6).

3. Nella storia del diritto intermedio, lo stesso processo si rivela.

(1) Fr. 32, D. 1, 3.

(2) §§ 9, 11, I., 1, 2; c. 1, Cod. 8, 52 [53] interp. in fr. 27, 4, D. 9, 2; c. 1, Cod. 6, 51. La celebre cost. di Costantino 2, 8, 52 [53] secondo alcuni costituisce una vera antinomia coi testi citati. Sulla sua interpretazione si è molto disputato e varie conciliazioni sono state proposte. Cfr. specialmente, fra gli scrittori moderni in Italia, LANDUCCI, *Una celebre cost. dell'imperatore Costantino* in « Atti dell'Acc. di Padova » 1885, e SCIALOIA, *Della c. 2 q. s. l. c.*, negli stessi Atti, 1886. Questi lavori sono i più importanti, in Italia, e contengono una ricca bibliografia.

(3) Fr. 32, D. 1, 3.

(4) Fr. 33, D. h. t.

(5) Fr. 38, D. h. t.

(6) § 9, I., 1, 2; cfr. 1, 3; Cod. 8, 52 [53].

Quando i primi barbari invasero l'Italia, il loro diritto era tutto nelle consuetudini popolari, severamente custodite, tramandate, con religiosa venerazione, da padre in figlio, insegnate ai giovani dagli uomini più eminenti. Ma, più tardi, essi riconobbero che la scrittura, meglio che la tradizione orale, si prestava a conservare il diritto, e quando, trovandosi a contatto della civiltà romana e cristiana, le loro istituzioni dovettero adattarsi ai nuovi elementi di cui si circondava la loro vita, la redazione in iscritto delle antiche consuetudini s'impose come una necessità inevitabile. Le nuove leggi, però, conservarono l'impronta di un diritto popolare, tanto nella sostanza, contenendo il diritto che era derivato immediatamente dalla vita pratica, che nella forma, giacché il popolo ne rimaneva sempre l'autore, se non più coll'insieme di quelle manifestazioni da cui sorge la consuetudine, con la libera e solenne approvazione nelle pubbliche assemblee.

In seguito, poi, accanto al diritto che scaturiva dal popolo, si costituì quello derivante dall'autorità regia, che ebbe la prevalenza, sicché la consuetudine rimase come fonte giuridica secondaria ed eccezionale, capace di supplire la legge, ma non di sostituirsi ad essa. « Placuit inserere, è detto in un capitolo longobardo di Pipino, ubi lex deest praecellat consuetudo, et nulla consuetudo superponatur legi » (1).

Ma, non appena, nella società medioevale, penetrarono nuovi elementi che ne mutarono le basi, quando, sciolta l'unità dell'Impero, ad essa si sostituì la varietà dei feudi e dei Comuni e nuove istituzioni si fondarono, le leggi che erano venute formandosi mal si adattavano alle mutate condizioni politiche e sociali. Un nuovo diritto si costituiva e trovava la sua prima espressione nella consuetudine, la quale

(1) SCHUPFER, *Storia del dir. it.*, Le fonti, 1895, p. 141, 144.

si sovrappose alla legge (1) e fu la prima fonte della legislazione feudale e degli Statuti comunali.

Quando, però, il potere centrale, rivendicando le sue attribuzioni, trasse nella sua orbita tutti gli altri poteri, e quindi, ai vari diritti territoriali che si erano venuti formando, si sostituì il diritto che emanava dall'autorità sovrana, la legislazione, nei vari Stati d'Italia, riprese il suo corso. Accanto alla legge coesisterono le altre fonti di diritto, ma tutte coordinate ad essa, in guisa da darle quel carattere di prevalenza che, in seguito, mai più doveva perdere e che raggiunse il suo più alto grado con le codificazioni dell'epoca moderna.

4. La storia giuridica degli altri paesi non è diversa, a questo riguardo, dalla nostra. Salvo per l'Inghilterra, dove, per le condizioni particolari di quel popolo, il diritto consuetudinario (*common law*) conserva, sotto certi aspetti, una larga autorità, e che i giudici giurano di rispettare fedelmente, si può dire che l'ordinamento giuridico, negli Stati moderni, poggia, con prevalenza, sulla legge.

Ragioni politiche e sociali hanno determinato, nell'epoca attuale, la necessità di una norma giuridica precisa, certa nel contenuto e nella durata, dichiarata e sancita dagli organi costituzionali a ciò adatti. Ma il diritto consuetudinario, d'altro canto, non ha perduto tutta la sua importanza. Se non è più fonte immediata e diretta, esso conserva il carattere che gli è proprio, di essere, cioè, manifestazione della coscienza giuridica del popolo, e, come tale, esercita una notevole influenza sulla legislazione, pur rimanendo a questa subordinato.

5. L'indole di questa pubblicazione, nella quale ho l'onore di collaborare, pel desiderio vivissimo di rendere omaggio al Maestro insigne, onore della scienza giuridica

(1) La Tav. di Amalfi definisce la legge *sanctio sancta* e la consuetudine *sanctio sanctorum*.

italiana, non mi consente di svolgere, in tutti i suoi lati, lo interessante argomento dell'autorità del diritto consuetudinario nella legislazione vigente. Epperò, prescindendo anche dalle discussioni teoriche sul fondamento razionale della consuetudine e da tutte le altre questioni relative agli elementi costitutivi di essa ed ai suoi effetti generali, limito la mia indagine ad una parte soltanto di questa teoria, all'efficacia, cioè, che il diritto consuetudinario conserva in rapporto alla nostra legislazione civile.

6. La consuetudine, di fronte alla legge scritta, assume tre aspetti :

a) o è considerata dalla legge stessa, e da essa espressamente richiamata (*c. secundum legem*);

b) o sorge in contraddizione della legge esistente (*c. contra legem*), in quanto si propone di regolare un determinato rapporto giuridico con norme diverse da quelle che la legge medesima stabilisce (*c. abrogatoria*), o in quanto tende alla non applicazione di essa (*desuetudo*) (1);

c) o si presenta soltanto come un mezzo d'interpretazione, come un complemento della legge scritta, per colmarne le lacune e regolare quei rapporti giuridici non contemplati dal testo, o per precisarne il senso nei casi dubbii (*c. praeter legem*) (2).

(1) Ho mantenuto questa distinzione fra le due forme della *c. contra legem*, per non allontanarmi, qui, dall'uso generale, ma non vi aderisco, giacchè essa è soltanto apparente e non ha, in fatto, alcuna importanza. Ma di ciò dirò meglio in seguito.

(2) Sulla terminologia, in genere, non vi è perfetto accordo. Il VANNI (*Della cons. nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, 1877, p. 124) ad es., dice *c. secundum legem* quella che interpreta il diritto scritto e *c. praeter legem* quella che lo completa, o per sè stessa o perchè la legge espressamente vi si riferisce. Il FILOMUSI-GUELFI (*Encicl. Giurid.*, 1904, 512, nota 4, p. 74) dice *c. secundum legem* quella che supplisce o interpreta

Consideriamo questi tre aspetti della consuetudine nel diritto civile vigente.

7. A. — *Consuetudo secundum legem*. Quando il codice civile espressamente si richiama alla consuetudine (e i casi sono parecchi e già molto noti) non v'ha dubbio che questa ha la stessa autorità della legge, non già per virtù propria, ma in forza della legge medesima che, anzichè ripeterne il contenuto, vi si riferisce soltanto, e, con ciò, lo fa suo e lo comprende, quindi, nelle sue disposizioni, sicchè, in tal caso, si può dire che la norma di diritto consuetudinario è divenuta una norma di legge e gode della stessa posizione di questa, anche quando siasi formata dopo la pubblicazione del Codice civile (1), il quale, riferendovisi astrattamente, non ha voluto sanzionare solo le consuetudini già esistenti al tempo della sua promulgazione, ma anche quelle di nuova formazione. Il concetto del legislatore, a questo riguardo, non può intendersi in altro senso che in quello di aver voluto dare, in certe determinate materie, autorità di legge alla consuetudine, come meglio rispondente agli scopi dello ordinamento giuridico. Ed in ciò è evidente che il tempo della formazione della consuetudine non può avere alcuna influenza.

Parimenti hanno la stessa autorità della legge, e come tale devono considerarsi, le consuetudini anteriori alla codificazione e che, dal diritto allora vigente, erano considerate come fonte giuridica. Esse conservano tutta la loro efficacia, non solo pei rapporti già divenuti perfetti, in omaggio al principio della irretroattività, ma anche per quelli in ordine ai

il diritto scritto, e *c. praeter legem* quella a cui la legge si riferisce. Ho preferito la terminologia più generale, che è anche più conforme al senso stesso delle parole.

(1) BIANCHI, *Principii generali sulle leggi*, 1888, n. 29, p. 106.

quali la consuetudine non può dirsi abrogata, espressamente o tacitamente, dalla nuova legislazione (1).

L' autorità del diritto consuetudinario, in questa ipotesi, non lascia luogo a dubbii ed è, anzi, espressamente riconosciuta dal legislatore medesimo (art. 48 disp. trans.).

8. B. — *Consuetudo contra legem*. Più complessa, invece, è l'indagine in rapporto alla consuetudine contraria alla legge.

Considerata quale fonte di diritto, come la legge, la conseguenza più logica e più semplice sarebbe che la consuetudine dovrebbe avere la stessa efficacia di questa. Tale, infatti, fu la conseguenza a cui, come abbiám visto, anche negli ultimi tempi, pervenne il diritto romano, la quale, avvalorata dal diritto canonico, si mantenne nel medio evo.

9. Verso la fine del sec. XVIII, in Germania, sotto l' influenza del principio che ammetteva *a priori* l' onnipotenza esclusiva della legge scritta, si cominciò a formare una corrente d' opinione decisamente avversa alla consuetudine abrogatoria della legge (2) e, soltanto, come già aveva fatto Donello, si tendeva a riconoscere l' efficacia della *consuetudo abrogatoria (sensu stricto)*, non anche della semplice desuetudine, sulla considerazione che il solo tempo non poteva avere tanta efficacia (3). Questa distinzione fu, giustamente, criticata da Savigny (4), come quella che disconosce la vera essenza della desuetudine, giacchè è evidente che questa contiene, implicitamente, una norma contraria alla legge, come ogni consuetudine contraria è, per sè stessa, una desuetudine.

(1) FADDA e BENSA, *Note al Windscheid*, I, 1902, *h*, p. 112.

(2) GLUECK, *Ausf. Erläut. der Pandekten*, I, 1797, p. 425, p. 453, p. 472, p. 515.

(3) SCHWEITZER, *De desuetudine*, Lipsiae 1801; HUEBNER, *Beichtigungen und Zusätze zu Höpfner*, p. 139.

(4) SAVIGNY, *Tr. de dr. rom.* (Trad. Guenoux) I, 1840, p. 189.

Contro queste idee, sfavorevoli al diritto consuetudinario, le quali avevano trovato ripercussione nelle legislazioni contemporanee (1), si determinò una reazione, per opera della scuola storica, la quale, ponendo la base del diritto positivo nella coscienza popolare, doveva essere, naturalmente, condotta a dare la prevalenza alla consuetudine, e quindi conchiudeva che, il diritto consuetudinario, avendo autorità indipendente dalla legge, debba avere la forza di abrogarla (2). Savigny cercò di temperare questa conseguenza a cui era pervenuto il suo più grande discepolo e, pur affermando, in massima, che la consuetudine ha, per sè, il potere di abrogare la legge, negò che una consuetudine locale potesse abrogare una legge generale (3), e fu seguito, in questa idea, dal Windscheid (4). Ma la dottrina posteriore aderì piuttosto alla teorica assoluta del Puchta, ammettendo che la consuetudine ha sempre la forza di abrogare la legge quando sia ad essa posteriore (5), e purchè ciò non sia vietato formalmente da una disposizione legislativa espressa (6), sebbene qualche scrittore affermi che una tale proibizione, ap-

(1) *Allgemeines Landrecht für die Preuss. Staaten*, Einleitung, § 60, cfr. §§ 3-4 e Patent publikation vom 5 Febr. 1794, art. VII; *Badisches Landrecht* del 1809, art. 6 d.; *Cod. civ. austr.* del 1811, art. 10; *Joseph. Gesetzbuch*, 1786, I, §§ 9 e 25.

(2) PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, II, 1837, p. 201.

(3) SAVIGNY, op. cit. p. 190.

(4) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (traduzione italiana di FADDA e BENSA) I, 1902, § 18, p. 59.

(5) WAECHTER, *Württemb. Privatrecht*, II, 1842, p. 39; DERNBURG, *Pandekten*, 1896, I, § 28, p. 63; EISELE, in *Archiv für die civ. Prax.*, 1886, vol. 69, p. 297; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 1895, § 20, p. 173.

(6) REGELSBERGER, *Pandekten*, I, 1893, p. 103; WINDSCHEID, op. cit. § 19, n. 3 p. 60; HEILFRON, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, I, 1897, p. 27.

punto per la natura della consuetudine, non potrebbe avere alcuna efficacia (1).

Queste idee della scuola storica furono combattute da Ihering (2) e non furono accettate dai compilatori del primo progetto del Codice. Infatti, sulla considerazione, che ragioni di opportunità e di pratica consigliavano di subordinare il diritto consuetudinario alla legislazione (3), l'autorità della consuetudine fu ammessa soltanto quando la legge espressamente vi si riferisse (§ 2 del 1° progetto). Però questa disposizione non fu riprodotta nel progetto definitivo; e sebbene la questione sia rimasta insoluta perchè nessun articolo del Codice Germanico si riferisce direttamente all'autorità del diritto consuetudinario, dai motivi del 2° progetto appare che si volle, piuttosto, adottare, limitatamente, il concetto della scuola storica, dandosi al diritto consuetudinario il carattere di fonte parallela alla legge, almeno per colmare le lacune (4), ed anzi molti commentatori tendono anche oggi ad ammettere sinanche l'efficacia della *c. contra legem* (5).

In Francia, con la legge del 30 ventoso a. XII (21 marzo 1804) furono abolite tutte le consuetudini che vigevano intorno alle materie contemplate dal Codice, salvo quelle a cui il Codice stesso espressamente si riferisse, inaugurandosi, così, quel sistema seguito, poi, da quasi tutte le codificazioni posteriori.

(1) EISELE, op. cit.

(2) IHERING, *Geist des römischen Rechts*, 1880, II, I, § 25 p. 27.

(3) *Motive zu dem Entwurfe eines B. G. für das d. R.* 1888, I, p. 3.

(4) *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G.*, von Achilles, 1897, p. 3-4.

(5) ACHILLES, *Das Bürgerliche Gesetzb.*, 1896, p. 1; PLANCK, *Bürgerl. Gesetz.* 1897, I, p. 35; HEILFRON, op. loc. cit.

Non mancarono scrittori, però, i quali sostennero che il diritto consuetudinario potesse sempre avere l'autorità di abrogare la legge (1), ma la dottrina più recente, in massima parte, uniformandosi ad una pratica quasi costante della giurisprudenza, gli nega tale autorità (2).

In Italia, gli scrittori di diritto comune riconobbero, quasi unanimemente, la consuetudine quale fonte di diritto uguale alla legge (3). Ma, dal principio del secolo XIX s'è af-

(1) MERLIN, Rep. v. *Désuétude, Usage*, § II, n. III; TOULLIER, *Le dr. civ. franç.* 1839, I, n. 162-163, p. 128; DURANTON, *Cours de dr. franç.* 1844, I, n. 107-108, p. 69; TROLLEY, *Cours de dr. administrat.*, I, 21. Lo stesso Portalis aveva affermato: « Les lois conservent leur effet tant qu'elles ne sont pas abrogées par d'autres lois, ou qu'elles ne sont pas tombées en désuétude. Si nous n'avons pas formellement autorisé le mode d'abrogation par la désuétude ou le non-usage, c'est qu'il eût peut-être été dangereux de le faire. Mais peut-on se dissimuler l'influence ou l'utilité de ce concert indélébile de cette puissance invisible, par laquelle sans secousse et sans commotion le peuple se fait justice des mauvaises lois, et qui semble protéger la société contre les surprises faites au législateur, et le législateur contre lui-même ? » (Discours prélim.)

(2) DALLOZ, Rep. v. *Lois*, n. 528-532 e Suppl. v. *Lois*, n. 452; DUVERGIER SUR TOULLIER, *Le dr. civ. franç.* 1844, I, n. 162; DEMOLOMBE, *Cours de Cod. Napol.* I, n. 35; ESCHBACH, *Introduct. génér. à l'étude du droit*, 1856, n. 21, p. 35; MARCADÈ, *Cod. Napol.* (traduzione italiana) 1857, I, p. 27; LAURENT, *Avant projet de révision du Cod. Civ.*, I del Comm. 1882, p. 199; HUC, *Comm. théorique et pratique du Cod. Civ.* 1892, n. 49-50, pag. 58-59; AUBRY e RAU *Cours de dr. civ. franç.* I, 1897; FOUcart, *Droit administratif*, I, p. 88; GENY, *Méthode d'interp. et sources en droit privé positif*, 1899, n. 129, p. 358. Contra: BEUDANT, *Cours de dr. civ. franç.* Introd., 1896, n. 54-56 p. 61-65; BOISTEL, *Revue générale de dr.*, 1879, III, p. 176.

(3) SABELLI, *Summa divers. tract. v. Consuetudo*, 1748; RICHERI, § 391 e segg.; SUAREZ, S. I., *De Legibus etc.*, Lib. VIII c. XIII.

fermata una tendenza decisamente sfavorevole al diritto consuetudinario, la quale trovò eco nei Codici preesistenti (1), e fu mantenuta nel Codice vigente all' art. 5 delle dispos. prelim. Di fronte a questa disposizione tassativa, la maggioranza dei nostri scrittori ha affermato che la *c. contra legem*, nel nostro sistema giuridico positivo, non debba avere alcuna efficacia (2). Anche da noi, però, la dottrina della scuola storica ha trovato fautori. Ad essa aveva già aderito il Pepere, prima della pubblicazione del Codice civ. (3), e la mantenne anche dopo (4). « Le leggi non sono tali, egli diceva, e non possono per altra ragione ottenere autorità *quam quod iudicio populi receptae sunt*. Per la qual cosa, se il progresso intellettuale e morale di un popolo lo ha condotto a riconoscere un principio giuridico superiore a quello

(1) Cod. parm. art. 4; Cod. estense art. 2.

(2) BOLAFFIO, *Nozioni elementari di dir. civ. patrio*, 1882, pag. 10; COLAMARINO, *Elementi di dir. civ.*, 1884, I, pag. 40; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di dir. civ. ital.*, annotate da Venzi, 1903, n. 4, p. 24 e nota 6, pag. 31; RICCI, *Tratt. teorico-pratico di dir. civ.*, 1886; FIORE, *Disposizioni generali del dir. civ.*, 1886, n. 1016, p. 605; MORELLI, *La funzione legislativa*, 1893, § 23, p. 186; LOMONACO, *Ist. di dir. civ.*, 1894, I, n. 5, p. 99; GIANTURCO, *Sistema di dir. civ. ital.*, 1894, § 2, p. 9; GREGO, *Le fonti sussidiarie del diritto civile*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », 1893, p. 328; FERRINI, *Consuetudine*, in « Enc. giur. del Mancini », p. 628; FADDA e BENZA, *op. cit.*, p. 113; MELUCCI, *Ist. di dir. civ.*, Lezioni, 1904, p. 53; CHIRONI e ABELLO, *Tratt. di dir. civ. ital.*, 1904, p. 51; FILOMUSI - GUELFI, *op. cit.*, p. 63; BRUGI, *Ist. di dir. civ.*, 1905 § 2, p. 30.

(3) PEPERE, *Encicl. del Diritto*, 1864, pag. 111.

(4) PEPERE, *Encicl. e metod. del Diritto*, 1878, c. IX, p. 84. Sopra tutto notevole è l'opinione del Pepere in quanto rappresenta l'adesione della scuola filosofica del diritto ad una delle teorie più essenziali della scuola storica.

formulato dal suo codice, ed è, per tal guisa, penetrato nella comune coscienza, da essere giudicato il solo rispondente al buono, al giusto ed all'utile, per il che lo traduce in consuetudine, questo principio rivendicherà al luogo dello scritto precetto del Codice, una naturale e legittima autorità legislativa ».

Ed altri autorevolissimi nostri giuristi hanno sostenuto che l'art. 5 delle disp. prel. non vieta che, nel nostro sistema giuridico, la consuetudine contraria alla legge, almeno nella forma di desuetudine, possa avere autorità di abrogarla. Il Vanni (1), il Borsari (2), il Saredo (3), il Fiore (4), il Landucci (5) affermano, appunto, che, quando una legge, per molto tempo non si applica senza che il legislatore e le autorità vi si oppongano, sicchè s'ingenera la coscienza che essa non abbia più vigore, deve ritenersi tacitamente abolita, giacchè, si dice, sarebbe pericoloso richiamare in vita leggi di cui s'ignorava sinanche l'esistenza, e l'errore, qui, sarebbe scusabile, appunto per la generale inosservanza della norma legislativa: *error communis facit ius*.

L'esame critico della teoria di questi scrittori mi condurrebbe troppo lontano dal compito che mi sono proposto.

(1) VANNI, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, 1877, p. 133-134. È questo il lavoro più completo che in Italia abbiamo sulla consuetudine e col quale il compianto Vanni, troppo presto rapito alla scienza, iniziò la sua luminosa carriera scientifica.

(2) BORSARI, *Comm. del Cod. civ.* I, § 45.

(3) SAREDO, *Tratt. delle leggi*, num. 152-175. Deve notarsi, però, che l'eminente giurista modificò più tardi, in senso contrario, la sua opinione. *Digesto ital. v. Abrogazione delle leggi*, I, p. I, p. 124.

(4) FIORE, *op. cit.*, n. 1017, p. 607.

(5) LANDUCCI, *Versione italiana dello Zachariae*, (Aubry e Rau), 1900, I § 99 p. 287-291.

Ma è necessario, prima di esporre le ragioni per cui io credo che, nella nostra legislazione civile, la *c. contra legem* mai possa avere efficacia diretta, di rilevare uno dei più gravi difetti dell'opposta dottrina.

Per limitarla alla desuetudine, i fautori di essa pongono una distinzione fra l'abrogazione della legge e la sua inefficacia, sostenendo che la desuetudine, se non può abrogare la legge, può, per lo meno, renderla inefficace. Ora, tale distinzione non è meno sofistica di quella fra consuetudine abrogatrice (*sensu stricto*) e desuetudine, che, pure, uno di quegli autori, il Landucci, nettamente respinge. Si tratta di parole, ma la sostanza è identica, perchè alle stesse contraddittorie conclusioni si perviene.

Il Borsari, ad es., mentre da un canto afferma che « l'uso contrario alla legge, non può sostituire una legge nuova diversa e contraria alla prima, e quindi non partorire una vera abrogazione, perchè la tolleranza del governo, dell'autorità, del potere esecutivo non può fare una legge nè distruggerla », d'altro canto sostiene che, invece, « si può ritenere che una legge può per uso contrario lunghissimo perdere la sua efficacia » (1); ed il Fiore, dopo di aver detto: « bisogna ritenere come massima sicura che nessuna legge dello Stato possa ritenersi abrogata in forza della desuetudine » soggiunge « quando con una serie di prove concomitanti e concorrenti si arrivi a stabilire la generale comune convinzione del cessato vigore di una legge e del non sentirsi obbligati ad osservarla, si può ragionevolmente in tal caso ammettere che, senza essere abrogata, abbia potuto perdere la sua efficacia » (2).

Ora, simile ragionamento non mi sembra per niente diverso da quello che distingue la consuetudine contraria dalla

(1) BORSARI, op. cit. pag. 80.

(2) FIORE, op. cit. pag. 80.

desuetudine. Quando si ritiene che la desuetudine possa avere l'autorità di rendere inefficace, e, quindi, non obbligatoria una legge, che non è stata altrimenti abrogata, non si afferma, in sostanza, che la desuetudine ha abrogata la legge?

10. Ma, indipendentemente da tale contraddizione, la dottrina che riconosce autorità alla *c. contra legem*, per quanto possa apparire seducente e conforme alla natura stessa del diritto, considerata di fronte allo stato della nostra civiltà, è inaccettabile.

Non v'ha dubbio che, teoricamente, la consuetudine e la legge dovrebbero avere eguale autorità e, quindi, potrebbero indifferentemente sostituirsi l'una all'altra. Ma se ciò era possibile quando le istituzioni fondamentali della società moderna erano in via di formazione, quando, essendo più ristretta l'unità politica dello Stato, più intima era la coesione fra quelli che formavano l'unità del gruppo in cui si svolgeva la consuetudine, quando i rapporti sociali erano più semplici e meno rapidi, ai tempi nostri, non esistendo più tutte queste condizioni favorevoli allo sviluppo del diritto consuetudinario, se questo si ponesse a paro dalla legge scritta, potrebbe dar luogo ad arbitrii, ad incertezze, ad ineguaglianze nell'ordinamento giuridico che il legislatore aveva il dovere d'impedire, e lo ha fatto dando la prevalenza alla legge, in guisa che nessun'altra fonte giuridica ad essa potesse sostituirsi o per modificarla o, addirittura, per abolirla.

11. E si noti che questo sistema non contraddice all'essenza del diritto, nè alla natura delle cose. Infatti, se, nei tempi nostri, si formasse una consuetudine in antitesi colle norme dettate dalla legge, questa nuova convinzione giuridica, manifestata dalla vita pratica, dalla giurisprudenza, dalla scienza, non tarderà ad imporsi ai legislatori, per trovare, quindi, la sua completa ricognizione nell'ordinamento giuridico positivo che, nelle forme politiche che ci

reggono e nello stato della nostra civiltà, non può non essere l'espressione della coscienza giuridica della collettività, che s'impone e si fa valere.

Basta rendersi conto dell'essenza della funzione legislativa negli Stati costituzionali moderni, per persuadersi che i dubbi sollevati da quegli scrittori che sostengono l'autorità della *c. contra legem* non hanno alcuna seria giustificazione. E per vero. La *c. d. onnipotenza legislativa*, non è che una parvenza, una falsa idea del liberalismo dottrinario. Il legislatore moderno, nell'esercizio della sua alta funzione, non ha un potere illimitato, ma trova il suo limite, non prestabilito, ma non, perciò, meno efficace, nello scopo medesimo che si propone: la dichiarazione del diritto. E siccome questo egli non lo crea, ma lo trova già formato nella coscienza popolare, è chiaro che, necessariamente, a tale coscienza deve informarsi se vuole evitare una reazione che potrebbe compromettere l'esistenza stessa dello Stato. Quindi, se si forma una convinzione giuridica che reclama una norma diversa da quella sancita dalla legge o se, addirittura, questa non risulta più conforme agli scopi cui dovrebbe provvedere, indubbiamente, la legge sarà modificata od abolita dagli stessi organi costituzionali che l'avevano sancita.

Data questa condizione, è evidente che, oramai, non v'è più ragione per riconoscere alla consuetudine l'autorità di fonte giuridica autonoma ed indipendente, capace, quindi, di sovrapporsi alla legge.

Pur riconoscendo l'influenza che il diritto consuetudinario esercita sulla legislazione, tutto esige che a questo esso sia sottoposto e coordinato.

12. V'ha, però, un campo in cui la consuetudine, nel codice civile, può sostituirsi alla legge, ed è nella sfera delle contrattazioni private. Ma questa non è una deroga al principio generale, sibbene una conseguenza del sistema adottato dalla nostra legislazione, di dare, cioè, una maggiore

libertà agli individui nel regolamento dei loro rapporti privati, sicchè le norme dettate dalla legge siano suppletive e sussidiarie a quelle che le parti reputassero di stabilire, come meglio conformi ai loro interessi e agli scopi che intendono conseguire, salva restando l'obbligatorietà delle disposizioni dalla legge stabilite nell'interesse generale, ed a cui la volontà individuale non può derogare.

Parimenti, le disposizioni del Codice civile possono essere vinte da una consuetudine contraria, quando si tratta di regolare un rapporto giuridico di natura commerciale e per il quale il codice di commercio non contiene una espressa disposizione. In tal caso, il legislatore, preoccupandosi delle esigenze dei rapporti commerciali che, per loro stessa natura, presentano una grande varietà di situazioni che mutano quasi ogni giorno, e che sono spesso legate a condizioni particolari topografiche ed economiche, ha voluto che, in preferenza del diritto civile, si applicasse la consuetudine mercantile (art. 1 cod. di comm.) come quella che è più rispondente agli scopi delle relazioni commerciali. Se ben si consideri, però, qui non si tratta che di una *c. secundum legem*, la quale, quindi, rientra, implicitamente, nella stessa legge commerciale, dalla quale riceve autorità e, come tale, è logico che prevalga, nelle materie regolate dal codice di commercio, alla legge civile.

13. E — *Consuetudo praeter legem*. Per quanto una legislazione possa sembrare completa, non è possibile che contenga il regolamento di tutte le relazioni sociali che si manifestano nella vita pratica e che sono il prodotto di nuove condizioni, di nuove idee, di nuova civiltà. Può, quindi, avvenire che, nella disciplina di questi nuovi rapporti, si formi una convinzione giuridica comune la quale abbia tutti i caratteri della consuetudine. Può questa, almeno in tali casi, essere considerata come fonte di diritto, che s'imponga, quindi, con carattere obbligatorio, come la legge?

Che la consuetudine abbia conservata l'autorità di fonte suppletiva del diritto anche negli ultimi tempi del diritto romano, è ammesso non solo, implicitamente, dai frammenti citati, ma anche dalla cost. di Costantino.

E nel diritto intermedio, la consuetudine cui si riconosceva l'autorità di abrogare la legge, doveva necessariamente essere ritenuta anche capace di supplirla o interpretarla.

Ma, nei tempi nostri, in cui, come abbbiam visto, la legge ha un carattere di prevalenza, può la consuetudine essere considerata, come fonte di diritto, quando la legge non contiene la norma regolatrice di taluni rapporti, o, per lo meno, quando lascia luogo a dubbii?

14. La gran maggioranza della dottrina tedesca, coerentemente al concetto che ha della consuetudine, non poteva non risolvere questo dubbio in senso affermativo, riconoscendo che uno dei compiti più essenziali della consuetudine, considerata quale fonte di diritto, è, appunto, quello di colmare le lacune della legge (1).

In Francia, gli scrittori che negano alla consuetudine l'autorità di fonte giuridica in quanto contraddice al diritto scritto, ammettono, in gran parte, che essa possa considerarsi come tale per supplire o interpretare la legge (2).

In Italia, quasi tutti i civilisti sostengono che, nemmeno nei rapporti non regolati dalla legge, la consuetudine possa essere considerata come fonte di diritto per supplire alle lacune della legge, nè per interpretarne le disposizioni nella

(1) SAVIGNY, op. cit. § 13, p. 41, § 18, p. 81, § 30, p. 188; WINDSCHEID, op. cit. § 18, p. 59; GIERKE, op. loc. cit.; REGELSBERGER, op. cit. p. 104; HEILFRON, op. cit. p. 26.

(2) DALLOZ, op. loc. cit. e n. 536.; MAILHER DE CHASSAT, *Tr. de l'interp. des lois* § 53, p. 253.; DELVINCOURT, *Cours de dr. civ.* I, p. 11; LAURENT, *Principes de droit civil.*, I, n. 256-257 p. 226-230; GENY, op. cit. n. 129, p. 356 e segg..

risoluzione dei casi dubbii (1), mentre altri affermano che la consuetudine debba essere considerata quale fonte giuridica in tutte quelle materie che non trovano il loro ordinamento nella legge (2).

Io credo che le stesse ragioni le quali vietano che, nel nostro ordinamento giuridico positivo, la consuetudine possa avere l'autorità di opporsi alla legge scritta, ci conducono a non poterla nemmeno considerare quale fonte di diritto, suppletiva e sussidiaria. E per vero. Se la consuetudine potesse, anche oggi, essere, di per sè, fonte autonoma e indipendente di diritto, non sarebbe logico ammetterla solo come fonte sussidiaria, per colmare le lacune della legge o per interpretarla, ma le si dovrebbe riconoscere anche l'autorità di sostituirsi, quando ne fosse il caso, alla stessa legge, col potere di abrogarla. Tale conseguenza, però, come ho dimostrato, sarebbe in antitesi con le condizioni politiche e sociali dell'epoca moderna, contraddirebbe al nostro sistema costituzionale che, necessariamente, ha dovuto dare la prevalenza alla legge scritta, considerando questa come l'unica fonte del diritto positivo.

15. Non si può disconoscere, però, che la *c. praeter legem* ha una speciale importanza nell'interpretazione dei contratti, dove se, come abbbiam visto, alle parti è lasciata una sfera di autonomia più vasta, sino a rendere la loro volontà superiore alla legge stessa, è logico, ammettere che le consuetudini, specialmente locali, siano uno dei mezzi più au-

(1) BIANCHI, op. cit. n. 30, p. 117; PACIFICI-MAZZONI, op. loc. cit.; FIORE, op. cit. n. 1002, p. 593.; FERRINI, GIANTURCO, FADDA, BENZA, GREGO, CHIRONI e ABELLO, FILOMUSI-GUELFÌ, BRUGI, opp. II. citt.

(2) SAREDO, VANNI, MORELLI, opp. II. citt.; LONGO, *Della cons. come fonte di diritto pubblico*, in « Archivio di diritto pubblico », 1892, II, 239.; LANDUCCI, op. cit. p. 210.

torevoli per indagare l'intenzione dei contraenti, ed alle quali la legge vuole che l'interprete si riferisca (art. 1124, 1134, 1135) anzi, in questo senso, può dirsi che la consuetudine interpretativa sia *secundum legem* (1). In ogni modo, è evidente che, in tal caso, la consuetudine non agisce per propria autorità, ma come elemento della volontà delle parti.

16. In rapporto all'autorità che, nel nostro ordinamento giuridico positivo, deve avere la consuetudine, la questione dev'esser posta su altra base. Non si tratta di considerarla come fonte giuridica, parallela alla legge, ma piuttosto bisogna considerarla come un autorevolissimo mezzo d'interpretazione del diritto.

Infatti, nell'interpretazione della legge, la consuetudine può valere, innanzi tutto, come elemento storico il quale serve a indicare la coscienza giuridica del tempo della promulgazione della legge stessa, per intenderne il concetto e fissarne il contenuto.

Ma può anche avvenire che, in una materia contemplata dal codice civile, si formi una convinzione giuridica comune che, senza alterare il sistema generale della legislazione vigente, dia al regolamento giuridico dei rapporti contemplati dalla legge, una nuova orientazione, in guisa da adattarlo alle necessità pratiche della vita e che sia rispondente alle esigenze reali ed ai nuovi bisogni, a cui non provvederebbe la disposizione legislativa, intesa nel suo senso letterale, e, come, forse, per lungo spazio di tempo, è stata applicata. Evidentemente, nella interpretazione della legge, il giurista ed il giudice non potranno non tener conto di questa consuetudine che si rivela come l'espressione della coscienza giuridica moderna, adattando ad essa la norma, contenuta

(1) VIVANTE, *Degli usi mercantili*.

(2) FADDA e BENZA, FERRINI, opp. II. cit. — BIANCHI, op. cit., n. 30, p. 416.

nella legge. Che, anzi, questa è una conseguenza logica dell'interpretazione evolutiva del diritto, che, oramai, si può dire ammessa universalmente, come quella che soddisfa a tutte le esigenze della vita pratica, in quanto tende a far penetrare nella legge, senza alterarne il sistema o coartarne le disposizioni, tutte le nuove concezioni giuridiche, in guisa che essa non sia, nella sua apparente immobilità, l'espressione fossilizzata di un ordinamento giuridico astratto ed arcaico, ma sia, invece, l'espressione vera e feconda della vita del diritto, che continuamente si evolve e si modifica. Ora, quando, nell'applicazione della legge scritta, si tien conto della consuetudine che s'è venuta formando in rapporto ad una determinata materia, e questa si fa valere, è evidente che non si esce dalla sfera dell'interpretazione.

E lo stesso io credo di poter affermare quando si tratta di dare la disciplina giuridica ad una materia che non sia addirittura contemplata dalla legge scritta, quando si tratta di rapporti che, essendo il prodotto di nuove condizioni, di nuove idee, di nuova civiltà, trovano piuttosto il loro ordinamento in una convinzione giuridica comune intorno ad essa e che abbia i caratteri della consuetudine. Nemmeno in tal caso questa, io credo, può valere, come reputa il Landucci (1), quale fonte giuridica, autonoma e indipendente. E, infatti, delle due, l'una. O la consuetudine, da cui deriva il nuovo ordinamento giuridico, è contraria al sistema generale della legge, ed allora, per la prevalenza che questa deve avere nell'epoca moderna, tale consuetudine non può valere in alcun modo; o la consuetudine non contraddice ai principii generali a cui è ispirato il nostro ordinamento giuridico positivo, e allora essa non sarà altro che l'applicazione dei principii generali del diritto vigente alle nuove esigenze della vita pratica che reclamano legale ordinamento. La di-

(1) LANDUCCI, op. cit. p. 210.

sciplina giuridica dei nuovi rapporti, insomma, non dipende dalla consuetudine, considerata quale fonte di diritto, ma dai principii generali del nostro sistema giuridico positivo, i quali, appunto, dal legislatore sono indicati come un mezzo d'interpretazione del diritto (art. 3 disp. prel.).

E, così intesa, è chiaro che la *c. praeter legem* può anche formare oggetto di ricorso in Cassazione, rientrando, appunto, nel sistema generale della legislazione positiva vigente, dalla quale soltanto essa deriva la sua efficacia.

17. Sull'autorità che può avere la *c. praeter legem*, sia pure considerata come mezzo d'interpretazione, gl' illustri annotatori del Windscheid ponevano un dubbio, senza risolverlo, per non essere d'accordo nelle opinioni. E il dubbio era questo: Se la consuetudine (*praeter legem*), uniformandosi nei criteri al sistema legislativo, stabilisce modalità particolari, che non potrebbero essere il risultato di una semplice costruzione giuridica, può essere ritenuta obbligatoria? Il dubbio era troppo interessante e posto da fonte troppo autorevole per non richiamare l'attenzione degli studiosi. E due fra i nostri maggiori giureconsulti l'hanno risolto; ciascuno, però, seguendo una via opposta, in conformità delle idee rispettive intorno all'efficacia generale del diritto consuetudinario nella legislazione vigente. Mentre, infatti, il Landucci afferma che, trattandosi di un istituto regolato dal Codice o da altra legge, la consuetudine non possa avere forza obbligatoria, e, piuttosto, bisogna ricorrere ai principii generali del diritto e che, trattandosi, invece, di un istituto non regolato da alcuna legge, la consuetudine deve avere autorità di fonte giuridica (1), il Filomusi Guelfi ritiene, in ogni caso, il contrario, perchè, secondo lui, le modalità stabilite dalla consuetudine costituirebbero un *novum ius*, e, secondo

(1) LANDUCCI, op. loc. cit. nota 8.

il sistema del nostro Codice, non è riconosciuta alla consuetudine una funzione creatrice (1).

A me pare che queste due opinioni, disconoscendo la vera funzione che, in tal caso, compie la consuetudine siano eccessive.

Non è vero che la consuetudine, regolando materie non contemplate dal cod. civ. o da altra legge, assume l'autorità di fonte giuridica, come crede il Landucci, poichè, anche in questa ipotesi essa non vale se non come mezzo d'interpretazione, non è, come ho detto innanzi, che la rivelazione di quei principii generali del diritto che l'interprete deve ricavare dai criterii generali che informano tutto il sistema giuridico vigente e che possono avere, appunto, la loro espressione nella consuetudine. Sicchè, questa, anche quando riesca a stabilire modalità particolari, non costituisce un *novum ius*, giacchè è sempre vero che l'interprete non può discostarsi dai principii generali della legislazione positiva. Ma, d'altro canto, da ciò non può derivare che egli sia vincolato, nell'applicazione della legge, a tutte le conseguenze rigorose derivanti da tal sistema.

Uno dei maggiori difetti del metodo giuridico tradizionale, nell'interpretazione della legge, è quello, appunto, di rimanere legato alle c. d. costruzioni giuridiche, derivandone entità astratte, che, forse, possono essere il risultato di una logica rigorosa e di una tecnica formalistica, ma non già l'espressione della vita reale e delle necessità più urgenti della vita sociale. Il sistema delle costruzioni giuridiche, di cui si è fatto, pur troppo, tanto abuso, è pericolosissimo, perchè sostituisce agli elementi veramente sostanziali della vita del diritto, ai motivi morali, psicologici, economici, politici e sociali che reggono il mondo giuridico, nozioni tecniche, astratte, rigide e prive di realtà feconda. Dell'interpretazione del diritto

(1) FILOMUSI-GUELF, op. cit., p. 64; cfr. GREGO, op. loc. cit.

s'è fatto, così, un sistema di formole e categorie pure che, combinate con l'eccesso dell'influenza attribuita alla codificazione moderna, ha reso la giurisprudenza scientifica non solo sterile, ma, spesso, irremediabilmente ribelle al progresso (1).

È desiderabile, quindi, che, nell'applicazione pratica del diritto, più che alla costruzione giuridica, si miri a dare a tutti i rapporti sociali quell'ordinamento che, senza discostarsi dai principii informativi della legislazione vigente, sia anche conforme alle esigenze reali ed ai bisogni concreti; epperò, all'interprete dev'esser data una certa libertà nel regolare le modalità particolari degli istituti, purchè si mantenga fedele ai criterii fondamentali del sistema giuridico positivo.

Ora, se, appunto, queste modalità, nella disciplina giuridica di un istituto, siano stabilite dal diritto consuetudinario, anche in opposizione alle conseguenze a cui si perverrebbe con una costruzione giuridica, ma in modo conforme allo spirito generale della legislazione, essa dev'essere riconosciuta ed applicata, e sarà, anzi, uno dei mezzi più efficaci per una sana e razionale interpretazione della legge. S'intende, però, che l'interprete, nel riconoscimento e nell'applicazione di siffatta consuetudine, deve procedere con molta cautela ed avvedutezza, per evitare arbitrii pericolosi ed esagerazioni del sistema che potrebbero condurre alla violazione della legge.

18. Sicchè, concludendo, a me pare che la consuetudine, nel sistema della nostra legislazione civile, mai possa essere considerata come fonte giuridica autonoma e indipendente, capace, quindi, di sostituirsi alla legge o di abrogarla. Essa può valere soltanto, o in quanto la legge espressamente la richiama, o in quanto serve quale mezzo d'inter-

(1) GENY, op. cit., n. 69, p. 133.

pretazione della legge stessa o del contratto, considerandosi come elemento dell'una o dell'altro. Questa, come ho detto, è la dottrina che, giustamente, in Italia prevale e che, oramai, si può dire universalmente ammessa dalla patria giurisprudenza (1).

(1) Cass. di Firenze: 8 maggio 1873 (*Legge*, XIX, I, 673); 20 marzo 1890 (*Giurisp. ital.*, 1890 I, 1,530); Cass. di Torino: 5 marzo 1880 (*Giurisp. tor.*, XVII, 353); 4 aprile 1883 (*ibid.* XX, 500); 25 marzo 1904 (*Giurisp. ital.*, 1904 I,782); Cass. di Napoli: 4 dicembre 1892 (*Foro ital.* XVIII, 1893 I, 201); App. Catanzaro: 13 maggio 1868 (*Giurisp. ital.* 1868, 2, 389); App. Genova: 7 luglio 1894 (*Il Giurista* III, 283).

In senso contrario a questa giurisprudenza si possono citare soltanto due sentenze della Cass. di Firenze: 2 aprile e 2 luglio 1869 (*Ann.*, I, 1,52) ed una della Cass. di Torino: 27 giugno 1883 (*Legge*, 1883. II, 514), contraddette, del resto, dalla giurisprudenza posteriore delle stesse Corti. Esse, quindi, non vietano di ritenere che la giurisprudenza, oramai, nega ogni autorità alla consuetudine che non sia conforme alla legge. Non è fondata, perciò, la censura d'inesattezza data dal Landucci (op. cit., p. 287 n. 8) a coloro che questo affermano.

Riguardo alla giurisprudenza prevalente dobbiamo, però, notare che la massima affermata nell'ultima sentenza della Corte Torinese è, forse, eccessiva, e quindi non interamente accettabile. Essa, infatti, stabilisce che « colla consuetudine non si può stabilire l'esistenza di una convenzione, mentre essa può avere autorità soltanto come mezzo d'interpretazione della legge e della verosimile volontà delle parti, in ordine alla loro contrattazione, *quando la legge espressamente vi si riferisce* ». In tal modo, la Corte disconosce anche l'autorità delle *c. praeter legem*, e ciò non mi pare esatto.

DELLA NOVAZIONE
IN MATERIA DI DECIME SACRAMENTALI

MEMORIA

DI

FRANCESCO RUFFINI

PROFESSORE NELLA R. UNIVERSITÀ DI TORINO

I.

L'obbligo della prestazione delle decime fu sottoposto nella sua durata più volte secolare alle trasformazioni più varie. Delle quali ha creduto di dovere occuparsi, almeno in una certa misura, il legislatore italiano, allorchè abolì con la legge delli 14 luglio 1887 le decime sacramentali.

Di fatti con lo scriver che fece nell'articolo 1 di questa, che tali decime si dovevano tenere come abolite ancorchè si trovassero « convertite in prestazione pecuniaria », esso tolse ogni rilevanza, almeno per il diritto nostro, ad una fra le più frequenti di tali trasformazioni, in cui la anteriore nostra giurisprudenza, così giudiziale, come amministrativa, aveva creduto di poter ravvisare un caso di novazione reale od oggettiva, per sostituzione cioè di uno ad un altro oggetto della obbligazione (1).

Ancora : esentando dalla soppressione le decime sacramentali passate in mano di laici, persone giuridiche o persone fisiche (art. 1 e 3 combinati), il legislatore nostro tolse in pari tempo ogni rilevanza giuridica ad un' altra specie di trasformazione, in cui si poteva ravvisare un caso di novazione soggettiva, o di delegazione, e cioè di sostituzione di un nuovo creditore all' antico (2).

(1) Vedila in CAUCINO, *Il Capitolo metropolitano di Vercelli ed il Comune di Desana*, Torino 1890; ed in *Rivista di diritto ecclesiastico*, Vol. I, p. 538, nota 3.

(2) Cfr. CASELLI, *Le Decime*; II: *Passaggio delle decime sacramentali in mani laiche*, in *Riv. cit.*, I, p. 305 sgg.

Ma il legislatore nostro non si occupò affatto della novazione soggettiva, derivante dalla sostituzione di un nuovo debitore all'antico (della cosiddetta *expromissio* dei Romani); figura giuridica, che ebbe per contro ad affacciarsi, subito dopo promulgata la legge, alla giurisprudenza nostra, allorchè essa dovette decidere di numerosi casi di decime assunte, in vece e in nome dei parrocchiani, dalle Comunità, sia per convenzione sia semplicemente di fatto. In tali casi i difensori degli enti ecclesiastici, intesi al disperato salvataggio delle decime abolite, tentarono di aggrapparsi all'artificioso appoggio di una pretesa novazione trasformatrice dell'antico rapporto decimale.

Ma resistette concorde qui la nostra giurisprudenza (1). E con pieno diritto. La giurisprudenza ecclesiastica rigurgita invero di esempi, in cui si riconobbe la identità dei parrocchiani e delle comunità in rapporto alla decima, e queste si ammisero a trattare coi decimanti in luogo di quelli nelle forme più svariate; senza che pur lontanamente si accennasse a ravvisare nè in tale intromissione, nè nelle diverse posizioni giuridiche da quella intromissione create, gli effetti di una novazione qualunque, e tanto meno poi gli effetti di una novazione distruggitrice del carattere spirituale della decima (2). Solevasi dire dai dottori della Rota in tali casi, che la de-

(1) Cfr. Corte di App. di Torino, 3 giugno 1890; 22 luglio 1895; in Riv. cit., I, p. 538; VII, p. 223; la quale decise retamente, che «i debitori della decima in natura si identificano e si confondono nel Comune», il quale non è «che la riunione di tutti i singoli originarii debitori della decima in natura».

(2) Cfr. p. e. le decisioni riportate dal PALLOTTINI, *Collectio omnium conclusionum et resolutionum quae in causis propositis apud Sacram Congreg. Cardin. S. Conc. Tridentini Interpretum prodierunt ab eius institutione* ao. MDLXIV ad aum. MDCCCLX, Romae 1880, Vol. VII, s. v. *Decima*, nn. 15, 26, 107, 138, 202, 221, ecc.

cima era pagata «*non a Communitate, qua Magistratu, sed a Communitate, qua Populo*» (1).

Il silenzio, o almeno l'ambiguo parlare del legislatore italiano fu di gran momento invece per rispetto a una quarta figura di novazione, e cioè alla cosiddetta novazione del titolo, per mutata causa della obbligazione.

È accaduto invero, che in molti casi, nei quali gli obnoxii, i parrocchiani, e per essi le Comunità, avevano stipulata con i decimanti non la semplice trasformazione della prestazione in natura in prestazione pecuniaria della decima, ma addirittura la sostituzione contrattuale alla prestazione della decima di una tutt'altra prestazione; è accaduto, dico, che la nostra giurisprudenza tutta quanta (2), ad eccezione di una

(1) Diverso era il caso in cui i comuni affittassero, per pura speculazione, la decima dai decimanti; poichè essi come qualunque altro affittuario, o arrendatore, come spagnolescamente usava dire nel Napoletano, figuravano *uti tertia persona*. Cfr. per tutto questo: *Decis. S. Rotae Rom. coram Rusconi*, Romae 1826; Dec. LXXIV, 31 marzo 1805; p. 150 sgg. Lo stesso si dica del caso, assai frequente esso pure, che i comuni si facessero cedere dai decimanti la decima, con l'intenzione di esigerla poi per conto loro dagli obnoxii. Poichè, in tale caso, non di *expromissio*, ma di vera *delegatio* sarebbe questione. Cfr. sotto § VIII, e in genere FADDA, *Sulla dottrina della Novazione*, Cagliari 1880, § 25, p. 59 sgg.

(2) Così, con giurisprudenza costante, massimamente la Corte di Cassazione di Torino (2 aprile 1894, 31 marzo 1903, in *Riv. di dir. eccles.*, IV, p. 352; XIII, p. 623). La Corte di Cassazione di Roma, pur negando che nei casi da essa decisi fosse intervenuta novazione (cfr. p. e., 31 marzo 1892, 27 giugno 1894, 11 febbraio 1896, 31 dicembre 1896, 24 gennaio 1898; in *Riv. cit.*, III, p. 368; IV, p. 610; VI, p. 258; VII, p. 79; VIII, p. 241) ha però ammessa la teorica possibilità di questa; il che per noi, come vedremo, torna ad un medesimo.

sola voce (1), asserisse essere intervenuta col nuovo negozio giuridico una novazione del titolo, una novazione dell'antico rapporto decimale, una conseguente estinzione della antica decima sacramentale; e per ulteriore conseguenza assegnasse carattere dominicale alla nuova prestazione sostituita alle decime, così da sottrarla alla abolizione sancita dalla legge del 1887.

Orbene, nulla vi può essere di più errato in fatto di decime. Si tratta di un errore, che può fare veramente il paio con quello che altra volta io segnalai a proposito delle così dette decime contrattuali (2). E si tratta di un errore ugualmente nocivo, perchè anch'esso ha concorso a frustrare quasi pienamente, massime in Piemonte, la efficienza della legge del 1887, ricacciando tra le pastoie decimali molte comunità, a buon diritto fidenti nella virtù liberatrice della legge nuova.

Ma l'errore anche in questo caso si può fortunatamente, come già nell'altro, chiarire in modo così luminoso, e cioè con la semplice allegazione dell'insegnamento recisamente, esplicitamente contrario della dottrina e della giurisprudenza ecclesiastica, che proprio mette conto di farlo. E tanto più il farlo si mostra ora opportuno, in quanto nessuno dei numerosi progetti di legge interpretativa di quella del 1887, e neppure quello ultimo, votato nello scorso anno dalla Camera e sottoposto ora al Senato, ha stimato di dover rilevare tra gli altri inconvenienti della legge anche questo gravissimo.

(1) Cfr., oltre alle sentenze succitate della Corte di Appello di Torino, non però perfettamente esplicite per noi, almeno nelle motivazioni, quella di gran lunga più consapevole e significativa della Corte di Appello di Genova, 20 giugno 1904, in *Contenzioso ecclesiastico*, V, p. 248.

(2) RUFFINI, *Decime contrattuali o costituenti la dote di un beneficio*, in *Giurisprud. italiana*, Vol. LIV, parte IV, col. 177.

II.

Di pattuizioni, in forza delle quali alla prestazione delle decime furono sostituite altre prestazioni di vario genere, fondi fruttiferi, rendite garantite, somme di denaro, è cenno di già in una decretale di Alessandro III, di incerta data, inserita dapprima in quella raccolta di Extravaganti, che ha nome *Appendix Concilii Lateranensis*, passata poi da essa in parecchie posteriori collezioni di decretali fino alla collezione di Bernardo da Pavia, alla prima cioè delle cosiddette *Quinque Compilationes antiquae*, ma non accolta da ultimo nel corrispondente titolo *De Decimis* della collezione definitiva di decretali, cioè nelle Decretali Gregoriane (1).

Ad onta di tale omissione, essa esercitò sulla dottrina posteriore una tale influenza, ed è così esplicita e caratteristica, che merita di essere qui riferita, anche tenuto conto che essa non è da tutti facilmente rintracciabile.

Compilatio I, Lib. III, tit. 26, de *Decimis*, c. 5:

Intelleximus ex litteris tuis, quod R. tam diu, scilicet sex annis, decimam capellae suae tibi detinuit, asserens, quod in mutatione (altri testi: commutatione) ipsius decimae predecessori tuo redditus quorundam dederit villanorum (altri testi: quarundam dedit villarum), quos etiam tibi ipsi vult assignare. Quia vero decimae cum temporalibus non sunt commutandae, auctoritate tibi presertim inhibemus, ne prescriptos redditus in commutationem ipsius decimae presumas recipere, sed predictum R. ad restituendas tibi sublatas decimas et ad eas solvendas in posterum ecclesiastica districtione compellas » (2).

(1) IAFFÈ, *Regesta Pontificum romanorum*, 2ª ed., Tom. II, n. 13862; FRIEDBERG, *Die Canones-Sammlungen zwischen Gratian und Bernard von Pavia*, Leipzig 1897, p. 181.

(2) FRIEDBERG, *Quinque Compilationes antiquae*, Lipsia 1882, pag. 35.

Prescindiamo per un momento dalla proibizione, di cui il negozio giuridico, enunciato nella prima parte della decretale, è colpito nella seconda. Siccome la decretale, già lo dicemmo, non fu inclusa nella raccolta di Gregorio IX, e siccome nè in questa nè in alcun' altra delle raccolte formanti il secondo volume del *Corpus iuris canonici* si trova al tit. *De Decimis* una qualunque disposizione accennante a un negozio giuridico somigliante, così è accaduto, che *sedes materiae*, cioè punto di attacco e di appoggio di tutto il posteriore svolgimento dottrinale e giurisprudenziale di questo particolare aspetto della istituzione delle decime, siano stati due altri testi, non compresi nel titolo delle Decretali ad esse dedicato (tit. 30 del Lib. III), e cioè;

il c. *Ut super*, 8, *De rebus ecclesiae alienandis vel non* (III, 13);

il c. *Exhibita*, 9, *De rerum permutatione* (III, 19).

Nel primo di essi si fa cenno, molto confusamente a dire il vero, di possessioni date già da tempo in luogo di certe decime, e pare che tale commutazione non vi sia riprovata; nel secondo si parla di diecimila soldi offerti in luogo di una determinata decima, e si vieta recisamente che l'offerta venga accettata (1). I due testi sono ben lunghi però dall'aver

(1) Il divieto del pontefice si può qui spiegare anche con ciò, che nel caso speciale alle decime si voleva sostituire non già una cosa fruttifera, ma una somma di denaro. Ora bisogna considerare, che si era allora in un tempo, ove vigeva nella sua pienezza il divieto ecclesiastico delle usure, e cioè dell'intesesse del denaro. Questa circostanza ci spiega pure il perchè, in tutta la nostra susseguente trattazione vedremo sempre essere questione di fondi e beni fruttiferi e redditi certi sostituiti alle decime, e non mai più di denaro. L'ammettere una permuta di decime per denaro, avrebbe significato un vero riscatto delle decime, una affrancazione del diritto di decimare, il che, come vedremo, non si poteva fare. Quando la Chiesa smise il suo rigore primitivo in fatto di interessi del de-

il rilievo ed il nerbo della decretale di Alessandro III; la omissione quindi malamente si può spiegare (1).

Due notevoli passi sono per altro nella Glossa ordinaria ai due luoghi.

Il primo è la glossa *Possessiones*, che rimonta al decretalista inglese Alanus e dice:

« *Solent plerumque reges possessiones, et redditus certos dare Ecclesiis loco decimarum; et hoc satis potest fieri pro Decimis subtractis, sive retentis; sed pro futuris non videtur admittenda talis commutatio* ».

L'altro è la glossa *Secutum*, attribuita a Bernardo da Parma, e dice:

« *Ex hac Decretali solvitur quaestio, quae multum occurrit de facto: quandoque aliqui volunt certas possessiones tradere quoad proprietatem, vel usufructum Ecclesiis, quibus tenentur solvere decimas possessionum suarum, ut sic aliae possessiones liberae remaneant ab exactione decimarum: patet, quod hoc fieri non potest, et hoc idem habuimus in antiqua compilatione, de decimis, intelleximus, quae non debuit removeri* » (2).

Dai testi del *Corpus iuris canonici* e dalla Glossa non si possono quindi trarre elementi di giudizio in favore o contro la pretesa novazione; poi che lo stesso negozio giuridico novativo vi sarebbe proibito. La proibizione si ricollegava a quel più generale divieto, di introdurre per via di

naro allora fu praticamente e giuridicamente possibile una equiparazione dei capitali in moneta ai fondi e ai redditi garantiti con garanzia reale, che prima soli usavano sostituirsi alle decime. A ogni modo è bene avvertire, che nessuna rilevanza per il nostro intento ha la natura dell'oggetto, che sia stato per contratto sostituito alle decime, e se esso sia produttivo di frutti naturali o di soli frutti civili.

(1) Ciò osservava di già GIOVANNI DI ANDREA, *Novella in Decretales Gregorii IX*, al c. 9, *De rer. perm.*, n.º 8.

(2) È la decretale succitata di Alessandro III.

contratti mutazione alcuna nella primitiva assegnazione e ripartizione delle decime, che si faceva discendere dallo stesso diritto divino, e che io illustrai ampiamente nel § XI del mio studio più sopra citato.

Ma, come ivi appunto io ebbi occasione di far vedere che quel divieto generale fu rotto grado grado prima dalla pratica e poi dalla dottrina, così è facile pure dimostrare, che lo stesso avvenne di questa più speciale proibizione. Non già che da varie parti non si sia contrastato tenacemente il campo alla tendenza derogatrice, che sconvolgeva il regolare e tradizionale funzionamento delle decime. Un commentatore insigne delle Decretali, Enrico da Susa (*Hostiensis*), scrivendo nella prima metà del sec. XIII, riproduceva quasi alla lettera la seconda delle glosse sopracitate (1). La stessa cosa faceva, trattando della medesima questione due secoli più tardi, Andreas de Escobar, in una sua monografia sulle decime (2). Ma la corrente contraria travolse facilmente queste opposizioni, perchè aveva dalla sua le ineluttabili necessità della vita quotidiana e del commercio giuridico. Tant'è, che finì per piegarvisi ed acconciarvisi la stessa Curia romana; la quale anche da ultimo, e cioè in occasione della nostra legge italiana del 1887, ebbe a raccomandare ai vescovi di vedere di indurre i fedeli « *ad iustam decimarum redemptionem, vel etiam, ubi casus ferat, ad aequam super illis compositionem* » (3); il che è nient'altro poi, che il negozio giuridico un tempo così severamente vietato.

(1) *Lectura in Decretales Gregorii IX*, al c. 9, *De rer. perm.* n. 3.

(2) ANDREAS HISPANUS, *De Decimis*, § *Primum*, in *Tract. univ. iuris*, Tom. XV, par. 2, fol. 147 verso.

(3) RUFFINI, *Op. cit.* nota 116.

III.

Lasciamo quindi definitivamente in disparte la corrente negativa, nemica cioè di ogni maniera di convenzioni in fatto di decime; e vediamo invece di sorprendere le origini dell'altra corrente a questa contraria, della affermativa, amica cioè delle convenzioni, e di seguirne lo intiero svolgimento; poichè solamente in essa, come ognuno intende, ci sarà possibile di pescare qualcosa che faccia al caso nostro.

Per quel che si attiene alla pratica, le stesse glosse, più sopra trascritte, sono sintomatiche assai. « *Solent plerumque reges etc.* », dice l'una di esse; « *multum occurrit de facto etc.* », dice l'altra. Dunque si trattava di un costume assai seguito (1).

Ma non solo seguito, sì bene anche qua e colà esplicitamente permesso. Un sinodo provinciale di Worcester, del 1240 (2), e cioè di soli sei anni posteriore alla promulgazione delle Decretali Gregoriane, ebbe a sancire nel suo capo 46° quanto segue:

« *Si forte dixerint aliqui se pratium, quod ecclesia tenet,*

(1) Un esempio elegantissimo di tale uso ci è riferito da Matteo DE AFFLICTIS (*In utriusque Siciliae Neapolisque sanctiones novissima proelectio*), Lib. I, rubr. VII, n. 14; Venetiis, 1606: « *Quid dicam de ista Civitate Neapolis, ubi antiquo tempore, in cuius contrarium memoria hominum non existit, nunquam cives, et habitatores solverunt Archiepiscopo Neapolitano, vel alicui Ecclesiae neque decimas praediales, neque personales, an praescripserint istud ius non solvendi decimam? Audio tamen ex fama, per quam probantur facta antiqua, quod Turris Graeca, quae fuit casalis Universitatis Neapolitanae, pro tota decima praeterita et futura tradita fuit Maiori Ecclesiae Neapolitanae* ». Citato dal DE VITA, *De origine et iure decimarum ecclesiasticarum*, Roma 1759, p. 190, n. 1.

(2) HEFELE, *Conciliengeschichte*, 2ª ed., Tom. V, § 665, p. 1086.

dedisse pro decima, si hoc probare voluerint, audiantur. Quo probato, pro decima teneatur, nec amplius exigatur. Quod si forte non probaverint, pratum datum fuisse pro decima; quia pro dote datum fuisse praesumitur, decima per eos, qui decimare tenentur, integre pensonalvatur » (1).

Riservo a più tardi di trarre tutto il partito, che si conviene, da questa interessante contrapposizione del fondo dato *pro decima* a quello dato *pro dote*; e passo senz'altro ad un documento, dottrinale questo, anche più significante.

Intorno al medesimo anno 1240 si aggira la prima menzione, che nella dottrina si abbia, della tendenza derogatrice del divieto canonico; e si deve a un canonista di gran momento, a quel Bartolomeo da Brescia, che fu autore della redazione definitiva della Glossa ordinaria al Decreto di Graziano, e scrisse oltre a ciò certe *Quaestiones dominicales*, ove appunto è quella menzione che dicemmo (2).

Nella 49ª di tali questioni, sotto il titolo *De pactis*, egli pone questo caso, che gli doveva essere occorso nella pratica, come del resto tutti gli altri, dai quali sogliono prendere le mosse quelle sue lezioni straordinarie, tenute nei giorni di domenica (3):

« Cum quaedam ecclesia particulariter colligeret decimas, grave erat sibi et parochianis, qui tale pactum inter se inierunt: quod parochiani emerent vineam quandam capellano, de qua vinum reciperet capellanus usque ad decem annos, quod recipiebat ab eis pro decimis. Post quinque annos illa vinea chasmate periit. Quaeritur, an ecclesia possit repetere decimas suas, non obstante pacto ».

(1) MANSI, XXIII, p. 540 cfr. DE VITA, Op. cit., p. 191.

(2) SCHULTE, *Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts*, Vol. II, Stuttgart 1877, p. 86.

(3) BARTHOLOMAEUS BRIXIENSIS, *Quaestiones dominicales in Selectae Quaestiones iuris variae*, Coloniae 1570; Quaest. XLIX, *De pactis*, p. 116 sg.

Non mai è accaduto a me, e credo possa difficilmente anche ad altri accadere, che nel tracciare la storia di un dogma giuridico, siasi presentata nel punto stesso di partenza una più nitida, più univoca, più concludente formulazione della controversia. Nel caso riferito da Bartolomeo da Brescia solo elemento disturbatore è il termine; ma da esso possiamo per un momento prescindere, come del resto fecero — e lo vedremo — molti dei numerosi teoristi, che si sono durante più secoli venuti affollando intorno a questo suo passo caratteristico. Poichè l'esempio da lui immaginato, e cioè il caso della vigna perita *chasmate*, fu veramente il filo conduttore di tutto il successivo svolgimento della dottrina, e la pietra di paragone di tutte le teorie (1).

Il caso, giova ripeterlo, era dunque il seguente: Alcuni parrochiani convengono con il parroco di dargli in luogo della decima una vigna, da cui egli trarrà quel tanto che prima da essi esigeva a titolo di decima, la quale quindi non potrà più essere da essi pretesa. Ma la vigna precipita in una voragine. *Quid iuris*, si domandano i canonisti? A chi dovrà accollarsi il danno del caso fortuito? Si dovranno i parrochiani considerare come liberati per sempre dal vincolo decimale, ad onta che la cosa da essi data in luogo della decima sia perita; oppure, per contro, il parroco potrà, dopo perita la cosa sostituita alla decima, pretendere di bel nuovo la prestazione di quest'ultima ed esigerla?

Non v'è giurista che non vegga subito, come del prevalere dell'una o dell'altra soluzione dipenda irremissibilmente, incontrovertibilmente anche la soluzione del nostro quesito teorico. Se si dice invero: i parrochiani debbono conside-

(1) Erroneamente, sulla fede di alcuni monografisti della materia decimale che non fanno il nome di Bartolomeo da Brescia, ad altro autore io attribuii la paternità di questo insegnamento, nel mio lavoro già citato (§ XI, nota 171).

rarsi come liberati per sempre dalla decima, ad onta di quel caso fortuito; allora si dovrà anche dire, che quel certo loro patto stipulato con il parroco fu davvero un negozio novativo, che estinse l'antico titolo della prestazione, l'antica *causa debendi*, e cioè il *ius decimandi* del parroco. Se si dice invece: i parrocchiani sono tenuti a pagare di nuovo le decime, dopo l'intervento di quel caso fortuito; allora si dovrà anche dire, che il loro patto non fu assolutamente un negozio novativo, che non estinse cioè affatto il titolo primitivo della prestazione, l'antica *causa debendi*, vale a dire il *ius decimandi* del parroco.

Altro che novazione, in questo caso; neppure la sorella maggiore e più forte della novazione, e cioè la *datio in solutum* sarebbe da tanto da far breccia e da rompere la salda compagine del primitivo negozio giuridico!

IV.

Ebbene la soluzione, che — per intenderci — diremo antinovativa, fu appunto quella che prevalse; e di quanto!

Già lo stesso Bartolomeo da Brescia la formula; se pure in maniera non così netta come altri dopo di lui (e ciò per colpa di quell'elemento perturbatore ch'è il termine di dieci anni nella specie di fatto da lui riferita), tuttavia in maniera tale da non lasciare dubbio.

E di fatti, dopo una prolissa rassegna delle ragioni per negare che quel certo cappellano, il quale conchiuse coi parrocchiani suoi quel certo patto, potesse, perita *chasmate* la vigna, ripetere di bel nuovo le decime, e dopo una rassegna non meno prolissa delle ragioni a suffragio della opinione opposta, e cioè che il cappellano potesse riprendere invece le decime in seguito a quel disastroso evento, egli pone questa *solutio*:

« *Potest dici quod ante tempus praefinitum inter partes, nec*

capellanus, nec successor eius poterit contravenire, cum ecclesia tempore contractus laesa non fuerit: verumtamen tale pactum perpetuo factum, non valeret »

Il pensiero di Bartolomeo è adunque questo: durante il decennio, per cui fu stipulata la sostituzione della vigna alle decime, non potrà il decimante pretendere le decime, ad onta che la vigna sia perita dopo cinque anni; ma trascorso quel termine decennale le decime potranno di bel nuovo riscuotersi, poichè ogni patto contrario sarebbe invalido.

Che tale sia il suo pensiero, o quanto meno che tale pensiero sia stato da tutti in seguito ravvisato nelle sue parole, il che per noi fa lo stesso, risulta incontrastabilmente dalla formulazione, che il quesito e la relativa risoluzione ebbero in un'opera di divulgazione posteriore, ch'è il celebre *Dictionarium* di Alberico da Rosate (X 1346); ove è detto:

« *Quid si parochiani emerent praedium sacerdoti, ex quo percipere debet fructus loco decimae, ad quam tenebantur, et praedium casmate perit, an possit ecclesia petere decimam? Dic, quoc illi, qui fecerunt pactum, possunt petere seu successor. Sic, in quaestionibus Bar. Brix. q. 39, quae incipit: quaedam ecclesia » (1).*

E del resto — a ben guardare — non lo si poteva intendere diversamente.

I Decretalisti avevano innanzi a sè un testo di legge, che vietava per ragioni, che diremmo d'ordine pubblico ecclesiastico, ogni sostituzione di cose o di beni alla regolare e tradizionale prestazione della decima; avevano per altro ancora a sè dinnanzi un diffusissimo uso di tali sostituzioni, per molti versi sommamente giovevoli alla Chiesa, come e la frequenza loro e lo stesso parziale assentimento di alcuni sinodi e di alcuni autori dimostrano.

La via ad uscire d'impaccio fu per essi questa: dal ca-

(1) *Dictionarium iuris tam civilis quam canonici*, s. v. *Decimae*.

rattere illecito del patto non dedurne, a rigore di logica giuridica, la nullità assoluta, ma semplicemente la nullità relativa o la rescindibilità a favore della Chiesa, ogni qualvolta questa ne avesse a patire lesione.

Essi continuano bensì a sconsigliare ogni patto di tal genere; proseguono in dire che tale patto *non valet*; ma, mantenendo a tale espressione l'ambiguo significato, che non di rado essa ha nelle stesse Fonti romane, e che è del resto anche della corrispondente parola *nullità* del Codice nostro, intendono con ciò che il patto non è valido per la sola Chiesa, la quale se ne potrà svincolare quando lo stimi necessario od utile. E di ciò non è da meravigliare, data la notissima assimilazione costante della Chiesa ai minori, anche, per l'appunto, quanto al privilegio della *restitutio in integrum*.

Il trapasso fu agevolato dall'intromettersi di alcune distinzioni.

Prima quella, recata in mezzo qui da Bartolomeo, che un simile patto fosse valido se stipulato per un determinato tempo, non per contro se in perpetuo. Poi la distinzione, già adombrata dalla Glossa (gl. *Possessiones*), che il patto fosse valido se stipulato a proposito di decime *praeteritae*, e cioè scadute, non per contro se a proposito di decime *futurae*, e cioè ancora da esigersi.

A quest'ultima, di fatti, si riferiscono Giovanni di Andrea (✠ 1348), e, sulle tracce di lui, Pietro da Ancarano (✠ 1416) e Francesco Zabarella (✠ 1417) nel commento del c. *Ut super*, 8, *De rebus eccles. alien. vel non* (III, 12), ove per altro non è da essi fatto cenno dell'insegnamento di Bartolomeo da Brescia (1).

(1) IOH. ANDREAE, *Novella in Decretales Gregorii IX, ad c. cit.* n. 3; PETRUS DE ANCHARANO, *Commentaria in Decretales, eod. c.*, n. 1; FRANCISCUS DE ZABARELLIS, *Commentaria in V. libros Decretalium, eod. c.*, n. 3.

Il quale viene da tutti e tre i citati decretalisti ricordato unicamente nel commento al c. *Exhibita*, 9, *De rer. perm.* (III, 19); ma in modo assai fuggevole ancora, e cioè, più che non per altro, per esser egli l'autore di quell'opinione, che, ammettendo la validità del patto per un decennio, o in genere per un tempo determinato, contrastava al reciso divieto del testo e all'insegnamento della *Glossa*, che sopra abbiám riferito (gl. *Possessiones* e *Secutum*).

Dice, ad esempio, lo Zabarella:

« *De hoc per Brixiensem in dominicali* (i. e. quaestione) 49, *ubi tenet, quod si talis permutatio fieret temporaliter, ut ad decennium, tenetur ecclesia servare, etiam si res pro decimis permutata casmate pereat* ».

E null'altro aggiunge; nè altro pure è in alcuno degli autori più sopra citati (1). Ora dal loro modo di esprimersi parrebbe, che si possa dedurre con eguale ragione, tanto che una simile permuta stipulata senza termine sia nulla, come semplicemente invece che la Chiesa non sia tenuta ad osservarla, massime se la cosa permutata con le decime sia venuta a mancare.

Le due distinzioni: fra decime passate e decime future, fra decime permutate a tempo e decime permutate a perpetuità, si intrecciano e combinano in alcuni autori susseguenti, la cui opinione fu di gran peso per la dottrina più recente. Essi sono Giovanni da Imola (✠ 1436), Andrea Barbatia (✠ 1479) scolare di lui, e Nicola de Tudeschis (✠ 1453), più noto col soprannome di Panormitanus.

Riportiamo i rispettivi passi, perchè segnano una progressione assai significativa.

Giovanni da Imola, dopo aver riferita la opinione di Bartolomeo da Brescia, e di averla riferita alla maniera di Gio-

(1) ZABARELLA, *ad c. cit.* n. 6; IOH. ANDREAE, *eod. c.* n. 8; ANCHARANO, *eod. c.* n. 4.

vanni di Andrea, di Pietro da Ancarano ecc. osservando appunto che a ciò tali autori si erano acquietati, soggiunge:

« *Sed certe istud dictum non videtur procedere, si res fuit mutata pro decimis futuris: quia, sicut non potest ius decimarum futurarum ex toto perpetuo tolli pro re temporali, sic nec videtur quod ad tempus* » (1).

Conseguenza: ogni permuta di decime non vale, se non si tratta di decime già scadute; per esse sole sta il detto di Bartolomeo da Brescia, che la Chiesa sia tenuta ad osservare il patto, ancorchè la cosa data in luogo delle decime sia perita; ma trattandosi di decime future neppure un patto temporaneo è valido, nè la Chiesa sarebbe tenuta ad osservarlo.

All'opinione di Bartolomeo da Brescia oppone invece il Panormitano:

« *Sed tu dic quod toleratur pactum, quia videtur initum potius super fructibus, quam super iure decimandi. Nam videmus, quod pro fructibus praeteritis potest dari aliquod temporale. Hinc est quod locari possunt, quia fructus sunt quid temporale. Sed quando fit pactum in perpetuum, tunc videtur initum super iure decimandi, quod est spirituale, ideo fieri non potest. Et facit, quod dixi, si res data pro decimis perit casmate* » (2).

Qui il penultimo periodo parrebbe importare addirittura la nullità assoluta del patto; se per contro l'ultimo, applicando la teoria precedentemente svolta all'ipotesi che la cosa permutata sia perita, non aprisse l'adito alla soluzione meno rigorosa della semplice rescindibilità del patto; poichè il Panormitano, bisogna ben rilevarlo, non respinge, ma crede tollerabile la permuta stipulata anche sopra le decime future, purchè sia temporanea, poichè in tale caso si può ritenere siasi contrattato piuttosto sui frutti, che non sul di-

(1) IMOLA, *Commentaria in V Libros Decretalium, ad c. Exhibita*, n. 11.

(2) PANORMITANUS, *Lectura in Decretales, eod. c.*, n. 4.

ritto stesso di decimare, precisamente come nel caso di decime scadute.

Ma ogni dubbio fra nullità assoluta e semplice rescindibilità del patto scompare con Andrea Barbatia, che in due diversi luoghi dice:

« *Pulchre dixit Iohan. de Imola in dicto capitulo, quod si res permutata pro decimis casmate pereat, ecclesia tenetur servare pactum; quod procedit in decimis praeteritis non autem futuris* » (1).

E altrove, anche più nettamente:

« *Dicunt hic doctores, quod si res permutata pro decimis casmate pereat, ecclesia tenetur servare pactum si permutatio fuit facta super decimis praeteritis; secus si fuit facta super decimis futuris; et ita debet intelligi dictum Barth. Brixienensis qu. 49* » (2).

Qui non è più questione evidentemente se non di *servare pactum*, e cioè di semplice rescindibilità.

La gran parola viene finalmente fuori nel principe dei monografisti della materia decimale, nel francese Pierre Rebut (✠ 1557), il quale ha al riguardo un passo per ogni verso sommamente caratteristico:

« *Imola dicit, quod si domus, vel res temporalis data fuerit pro decimis futuris, et casmate perierit, tunc ecclesia non tenetur servare compositionem, sed decimam de novo exiget; sequitur Barbatia. Imo ipse, qui transegit, potest nomine ecclesiae agere ad RESCISSIONEM transactionis, ne occasio detur malis administratoribus dimittendi rem. Ed sic iudicavit Senatus Parisiensis pro curato de Chitri, contra Ludovicum de Fresnay, anno 1550, die X Maij* » (3).

(1) BARBATIA, *Commentaria super I, II et III librum Decretalium, ad c. Ut super*, n. 2.

(2) BARBATIA, *ad c. Exhibita*, n. 4.

(3) REBUFFUS, *Tract. de Decimis, Quaest XIII*, n. 34.

Il passo non potrebbe essere nè più esplicito nè più decisivo : netta asserzione del rivivente diritto ad esigere la decima nell'ipotesi che la cosa con essa permutata venga a mancare ; preciso obbligo del decimante di agire per la rescissione del patto, onde non ne segua danno alla Chiesa ; e finalmente quel prezioso giudicato della più famosa Corte giudiziaria civile del tempo, del Parlamento di Parigi; da cui risulta, che non ci troviamo qui di fronte ad una pura sottigliezza dottrinale oppure a una troppo parziale interpretazione di magistrati ecclesiastici.

Il Rebuf fece scuola anche in Italia. E basta ricordare il pieno assentimento che ad esso chiede, ripetendone quasi letteralmente il brano sopra trascritto, uno dei più celebri professori dell'Ateneo torinese, Anastasio Germonio (1), insignito poi dei più alti ufficii dalla Curia romana e dalla Corte torinese, autore per molti altri rispetti gravissimo in questo argomento delle decime (2).

Una sola voce di timido dissenso ci è riuscito di trovare, ed è nel milanese Pietro Moneta ; il quale, dopo riferito l'insegnamento del Germonio, si limita ad aggiungere : *de quo tamen dubito* (3).

V.

Di queste risultanze può meravigliare solamente chi, destituito di coltura storica e di coltura pubblicistica, non sappia ravvisare nella decima sacramentale, se non una obbligazione del diritto comune, o, tutt'al più, se si tratta di de-

(1) GERMONIUS, *De sacrorum immunitatibus*, Roma 1591, Lib. III, cap. XIX, num. 45, p. 410.

(2) Cfr. RUFFINI, Op. cit., note 121, 145 ecc.

(3) MONETA, *Tract. de Decimis*, 1599, Cap. V, quaest. VII, n. 130 in fine, ed. Roma 1621. p. 55.

cima prediale, uno di quegli oneri reali del diritto privato, quali sarebbero i censi.

Vere sono invece queste due altre cose : — che il diritto della decima sacramentale, lo *ius decimandi*, è sorto, si è formato e si è svolto per ragioni, con caratteri e in maniere così differenti dalle consuete cause e forme di obbligazione, che non può assolutamente paragonarsi a nessuna delle solite ragioni di credito del diritto comune ; e che se un avvicinamento qualunque, non per altro una equiparazione, di essa, e in particolare delle prediali, ad altre figure giuridiche affini si voglia tentare, ciò potrà solamente farsi in rapporto a quelle categorie di oneri reali di diritto pubblico, che sono i tributi.

Consideriamo la cosa, partitamente, dai due diversi punti di vista.

VI.

A. Dato il modo, con cui nell'Occidente cristiano durante il decimo secolo la Chiesa istituì e impose il diritto delle decime, del che trattai, come già dissi, in altro luogo, a cui rimando per brevità il lettore (1), conseguiva, che le sostituzioni di beni o redditi varii, che, come s'è visto, i parroci e gli altri decimanti, aventi cura d'anime, usavano stipulare con gli obnoxii, cozzassero contro tre fondamentali principii del diritto canonico :

1° che, ritenendosi quelle decime, che spettavano agli aventi cura d'anime (a differenza delle altre), prescritte dal diritto divino, non potesse assolutamente nulla mutarsi quanto ad esse in forza di convenzione ;

2° che, essendo lo *ius decimandi* una *res spiritualis*, esso non potesse assolutamente permutarsi contro una cosa puramente

(1) RUFFINI, Op. cit. § XI.

temporale, quali erano quei beni e quei redditi, dati in luogo delle decime;

3° che infine, non essendo in genere i laici capaci di esercitare diritti spirituali, ed essendo poi in ispecie proibito severamente dal Concilio Lateranense III del 1179 ogni passaggio di decime sacramentali in mano di laici, si violasse anche questo disposto di legge, ogni qual volta (il che avveniva sovente, ed accadde in realtà nelle due fattispecie decise dalla Corte di Cassazione di Torino con le due sentenze sopracitate (1)), si stipulasse, che, sostituiti, per lo più da parte delle Comunità, beni o redditi fissi alle decime, queste potessero poi ulteriormente levarsi dalle Comunità stesse sui comunisti o parrocchiani.

Le tre difficoltà furono superate con l'ausilio di una medesima distinzione, che si introdusse nel concepire il diritto delle decime, sceverandone l'entità giuridica fondamentale dal contenuto patrimoniale od economico. Altra cosa, si disse, è il *ius decimandi*, spettante al titolare delle decime, ed altra la *commoditas decimandi* o anche *emolumentum decimae*, che spettò a chi percepisce materialmente la decima stessa. La distinzione venne pure formulata in altre diverse maniere; per esempio: fra *ius decimandi* e *decima*, diritto il primo, oggetto del diritto la seconda; oppure fra *ius decimandi* e *facultas exigendi decimas* o *facultas percipiendi fructus decimales*, di cui il primo sarebbe il diritto astratto, virtuale, il secondo il diritto concreto ed effettivo; oppure ancora, come altre fonti ed altri autori dicono, fra *decima* considerata come diritto, e cioè quale istituto spirituale, e *decima* considerata come prestazione, cioè quale istituto temporale; oppure, infine (chè anche in questo modo fu da molti enunciata la distinzione), fra *ius decimandi*, inteso in senso stretto, in senso rigorosamente tecnico, come diritto nativo ad esigere le de-

(1) Cfr. sopra § I.

cime, come diritto per eccellenza o per antonomasia alle decime, e *ius decimandi* inteso in senso largo, in senso volgare, come quella qualunque potestà di esigere materialmente quella data quantità di cose, di frutti, di beni, in cui consiste la decima.

La distinzione medesima, guardata, diremo così, nel rovescio, e cioè non più dal punto di vista del decimante, e dei suoi diritti e commodi, ma del decimato od obnoxio, e cioè degli eventuali vantaggi derivanti ad esso da una liberazione dal diritto di decima, veniva pure enunciata così: altro è il *ius decimandi* ed altro l'*onus decimae* oppure la *exemptio a solutione decimarum*.

Comunque formulata, la distinzione conduce però sempre a un medesimo risultato:

1° Solamente la decima, intesa nel primo senso, è sancita, e quindi rigorosamente governata dal diritto divino; essa sola pertanto è immutabile, non trasferibile ed inestinguibile. La decima, intesa nel secondo senso, è di puro diritto umano, e quindi mutabile col mutare di esso anche in forza di convenzione (1);

2° Solamente la decima, intesa nel primo senso, è cosa spirituale, e quindi cosa incommutabile con beni temporali; non invece la decima, intesa nel secondo senso, che è cosa, essa pure, tutta quanta temporale;

3° Solamente la decima, intesa nel primo senso, non può passare in mani laiche, ed essa sola è colpita dal divieto del Concilio Lateranense, non invece la decima, intesa nel secondo senso.

Ogni commento alle Decretali, ogni monografia della materia decimale, ogni repertorio del diritto canonico, ogni raccolta di giurisprudenza ecclesiastica potrebbe fornire una massa abbondante di citazioni a sostegno di quanto è stato asserito. Scelgo qualche passa fra i più caratteristici.

(1) Per tutto questo si veggia il mio lavoro sopracitato, § XI. IV.

Vedemmo più sopra il Panormitano mettere innanzi ancora il dubbio, che le decime future, a differenza delle passate, potessero essere sostituite con altre cose, appunto perchè quanto ad esse non si poteva ritenere, come per le altre, che oggetto della convenzione fossero semplicemente i frutti delle decime, e non lo stesso *ius decimandi* (1). Ma ecco, tra molti altri, un monografista posteriore, e dei più scrupolosi e severi in fatto di osservanza del precetto decimale, il De Vita, sostenere la validità di quelle pattuizioni:

« *Adde etiam (quod praecipue notandum est) non ipsum decimandi ius permutari, sed eius iuris duntaxat fructum, emolumentumque, id est solas decimas* » (2).

E più sotto, a proposito sempre di quei contratti, con cui alle decime si sostituiscono altre prestazioni:

« *Ius decimandi nequaquam numerata pecunia redimitur; neque etiam ius ipsum est, quod traditis e contra praediis in permutationem deducitur: sed decimarum duntaxat exactio ex certis attributorum fundorum redditibus peragenda statuitur; in quibus sane frugiferis fundis non solum decimarum exactio tutior est, atque commodior, VERUM ETIAM IUS IPSUM EXIGENDI INTEGRUM VIGET, ATQUE INCOLUME MAGIS SERVARI VIDEATUR* » (3).

Altro che novazione della antica *causa debendi*, del titolo primitivo, del *ius decimandi* originario, se la sostituzione contrattualmente stipulata di una qualunque altra prestazione alla decima non è intesa e consentita ad altro fine, che a rafforzare sempre più la persistenza di quella causa, la validità di quel titolo, l'esercizio di quel diritto!

Di qui, tra l'altro, la cura meticolosa posta dal Sinodo di Worcester, che più sopra ricordammo (§ III), in discer-

(1) Cfr. sopra §. IV.

(2) DE VITA, *op. cit.*, p. 193, n. 1.

(3) DE VITA, *op. cit.*, p. 194.

nere se la cosa assegnata alla chiesa fosse data *pro dote*, oppure *pro decima*, e la conseguente profonda differenza della sua decisione nell'uno e nell'altro caso.

Altro che *animus novandi*!

Circa il secondo aspetto della controversia, e cioè circa la difficoltà derivante dalla permuta fra una cosa temporale (beni o redditi) e una cosa spirituale (decima), ecco che un altro, pur scrupolosissimo monografista delle decime, il Moneta (1), avverte come il disposto delle fonti « *Dum prohibere videtur, ne detur aliquid temporale per viam permutationis pro decimis, intelligendus est de iure decimandi, quod spirituale est, non vero de exemptione a solutione decimarum* », poichè questa, come sopra aveva di già notato, « *non est quid spirituale* ».

Il qual pensiero in un notissimo repertorio è così parafasato:

« *Disparitas est, quia ius percipiendi decimas est spirituale; ius autem exemptionis a solvendis decimis non est spirituale* », e più sotto: « *onus solvendi decimas..... est quid temporale, ideoque etiam immunitas ab hoc onere est tantum quaedam libertas et commoditas temporalis* » (2).

Ma — terza difficoltà — quando i laici, che diedero in permuta beni di qualunque specie in luogo delle decime, non si appagano solo del vantaggio della esenzione, ma pretendono di rifarsi esigendo essi stessi la decima sui beni di coloro, per i quali essi abbiano fatto quella prestazione di cose o quel pagamento, non è più questione di semplice *emolumentum* o, rispettivamente, di semplice *onus decimae*. Non è forse passato in essi lo stesso *ius decimandi*?

(1) MONETA, *Op. cit.*, Cap. V, quaest. VII, n. 129-130, ed. cit., pag. 55.

(2) FERRARIS, *Prompta Bibliotheca canonica*, s. v. *Decimae*, art. V, n. 15.

Qui risponderemo con le parole di tre Pontefici; il che verrà non solo a crescere autorità al responso, ma ancora a correggere una deficienza della nostra anteriore trattazione, più volte citata, da cui parrebbe che la distinzione, della quale ci stiamo ora occupando, sia rimasta una sottigliezza puramente dottrinale o un semplice accorgimento della casistica forense (1). Niente di meno vero.

Approvando con bolla del 1513 l'atto, con cui il Vescovo di Bologna aveva investito il Duca d'Este della terra di Cento con tutti i diritti inerenti ad essa: *nec non cum decimis et iure ac facultate decimandi*, Leone X ebbe cura di correggerne l'espressione in questa guisa: « *quoad facultatem fructus decimales percipiendi, non autem ius decimandi* ». Ed Adriano VI, rinnovando tale approvazione con bolla del 1522, distingue pur egli la cessione: « *aliorum iurium, etiam percipiendi decimas, non autem iuris decimandi* » (2).

Una terza bolla, invocata poi ripetutamente nelle sue decisioni dalla Rota romana, è quella di Paolo V, in cui è ordinato, che una determinata concessione di decima fatta a laici possa aver luogo: *non quoad ius decimandi, nec quoad decimas, sed quoad ipsarum decimarum emolumentum tantum* » (3).

Che ne è allora dello *ius decimandi* !

Esso rimane allo stato potenziale, *in habitu* come avrebbero detto i canonisti, se non in *actu*, presso l'avente cura d'anime.

(1) RUFFINI, Op. cit., tra la nota 143 e 144.

(2) GAUDENZI, *Documenti relativi alla causa tra il Comune di Cento e la Rev. Mensa arciv. di Bologna*, Bol., tip. Zamaroni 1899, p. 138, 144.

(3) *Rotae Rom. Decisiones recentiores*, Dec. 291, 5 marzo 1649, Pars X, p. 457. *Decis. S. Rotae Rom. coram Rovella*, Romae 1790, Dec. 38, 4 luglio 1787, p. 123.

Onde già S. Tommaso diceva :

« *Sicut res nomine decimae acceptas potest Ecclesia alicui laico tradere, ita etiam potest ei concedere, ut dandas decimas ipse accipiat, iure tamen accipiendi ministris Ecclesiae reservato* » (1).

Cotesto *ius decimandi* dell'avente cura d'anime costituisce un suo diritto inalienabile, imprescrittibile, irriducibile, il quale può in ogni momento riacquistare per svariate ragioni la sua piena efficienza pratica. Così nel caso che al parroco venga a mancare ogni altro mezzo di sostentamento; così nel caso, che la cosa datagli in luogo della decima perisca (2).

Nè la dottrina rimase impacciata in trovare al doppio diritto sulle decime per tal maniera risultante una conveniente collocazione nel quadro del proprio sistema. Ed ecco come se la cavò, al dire di un monografista della materia decimale :

« *Non incongrue id explicat distinctio Decretalistarum inter dominium vel ius decimandi DIRECTUM penes Ecclesias semper residuum, et eatenus secundum Decretalium dispositionem inabdicabile, et inter solum ius UTILE sive commoditatem percipiendi fructus in laicos translatum* (3) ».

Abbiamo, cioè, ancora una applicazione della famosa distinzione fra *dominium utile* e *dominium directum*, con cui i giuristi medievali riuscirono a districarsi di mezzo a molti di quei rapporti giuridici ignoti al diritto romano, che l'età loro aveva creati.

(1) *Summa, Secunda secundae*, Quaest. 87, art. 3 in resp. ad ob. 3; in Opp. ed. Roma 1897, Vol. IX, p. 23.

(2) RUFFINI, Op. cit. n. 162, n. 170.

(3) ENDRES, *De decimatore nobili (i. e. laico)* etc., in *Thesaurus iuris ecclesiastici*, dello Schmidt, Tom. VII, Heidelb. 1779, § 22, p. 364 sg.

Nè si creda che quel dominio diretto delle decime che rimaneva presso i primitivi titolari fosse un nome vano, senza soggetto: « *nec tamen ius hoc directum penes Ecclesias residuum inane prorsus et futile solorum Decretalistarum commentum, nomen sine re, ius sine ullo effectu existimare possis; legibus illud pragmaticis diversorum Regnorum fundatum et adoptatum, ac ingenti effectu Iuris munitum ostendere nullius est laboris* », dice il monografista citato testè, e lo dimostra a pieno (1).

Nè gli effetti si restringono, come qui parrebbe dirsi, al solo diritto ecclesiastico degli Stati, sì bene si estendono a quello della Chiesa. Ebbi già occasione di ricordare altrove una notevolissima decisione rotale di Alessandro Ludovisi, che poi fu papa col nome di Gregorio XV, ove è detto che il laico, il quale rimetta una decima a una chiesa, a cui essa decima avrebbe dovuto appartenere per diritto comune, fa la figura di chi restituisca una cosa a cui spetta, anzi che quella di chi doni alcunchè del suo (2).

E nel già ricordato dizionario di Alberico da Rosate si enuncia, a proposito di decime, la questione, se una parrocchia possa riscattare con danaro una decima, che le avrebbe dovuto appartenere per diritto comune, senza commettere simonia; e si risponde che sì, e ciò per due ragioni: « *quia cuiuslibet licet redimere ius suum, tum quia non datur temporale pro spirituali, sed temporale pro temporali, scilicet pro fructibus decimarum, NAM IUS SPIRITUALE PERCIPIENDI DECIMAS SEMPER REMANET PENES ECCLESIAM* ».

E di citazioni, in uguale misura concludenti e irrefutabili, si potrebbero riempire dei quaderni.

(1) ENDRES, Op. cit., p. 365 sgg.

(2) RUFFINI, Op. cit., n. 24, 155.

VII.

B. Sopra abbiamo detto, che se un termine di paragone si vuole ricercare per le decime sacramentali, questo non si potrà trovare che nei pubblici tributi.

L'equiparazione dei due istituti si impone per molteplici motivi. Per motivi storici, innanzi tutto; perchè è troppo noto quanta influenza le decime, che la potestà pubblica nell'epoca romana usava di levare a titolo di imposta, abbiano esercitato sulla formazione e sullo svolgimento delle decime ecclesiastiche. Ma vi è di più, almeno per il giurista. Tale equiparazione ebbe la sanzione della legislazione ecclesiastica.

Già nel Decreto di Graziano sta scritto (can. 66, C. XVI, qu. I): « *Decimae tributa sunt* ».

Nè si creda che si tratti di una semplice similitudine letteraria. Si tratta invece di una vera analogia produttiva di conseguenze giuridiche. Tant'è vero, che già la Glossa a quel luogo (gl. *Tributa*) si affrettò a segnarle; ed altre più assai ne aggiunsero a quelle ivi segnate la dottrina e la giurisprudenza posteriori (1).

Si può asserire, anzi, che l'assimilazione, o vorremmo quasi dire il binomio decime = tributi o, inversamente, tributi = decime, diventò un vero luogo comune (2).

(1) Vedi ad esempio un interessante avvicinamento in materia di evizione in DE LUCA, *Theatrum*, Lib. VII; pars II, *De Emptione*, disc. XXXVI; ove la conclusione è questa: « *Decimae autem spirituales et onera laicalia in hoc fraternizant, quoniam... tributa et collectae, aliaqua onera laicalia dicuntur decima, quae solvitur Principi ad instar decimae, quae solvitur Dei* ». Lo stesso pensiero ritorna in: Lib. II, *De Regalibus*, Disc. LXVII, n. 5; Disc. XC. n. 3-4; in Lib. XIII. pars II, *De Pensionibus*, Disc. IX, n. 10; in Lib. XIV, *De decimis*, Disc. V, n. 12 ecc.

(2) E ciò anche per la legislazione laica. Cito il primo esempio

Ora, fra le conseguenze di cui si è detto la Glossa segnava anche questa: « *Si sunt tributa, ergo compensatio in eis non admittitur* ». E chi rammenti l'uso promiscuo, che in varii degli autori più sopra citati è fatto, delle espressioni *compensatio* e *compositio*, vedrà in questo passo della Glossa un primo saggio di quanto poi è detto da altri in modo anche più esplicito a proposito della questione che ci occupa.

In tesi generale un autorevole decretalista, Antonio da Butrio (✠ 1408), aveva sostenuto che le private stipulazioni non potessero recar pregiudizio al diritto superiore del titolare delle decime; poichè con un qualunque patto, che allo *ius decimandi* fosse contrario, « *iam praeiudicaretur tamen paciscentibus, sed non praeiudicaretur domino tributorum; quia est pactum privatorum* » (1).

Quanto poi alla nostra questione, e cioè quanto a quelle convenzioni, con cui si mirasse a sostituire alle decime dei beni e delle rendite, e quanto alla validità di esse convenzioni nel caso che dette cose venissero a perire, la dottrina canonistica non seppe recare in mezzo in sugli inizi, oltre alle solite ragioni dommatiche e scritturali, se non degli argomenti di carattere puramente privatistico. Nell'ambito del diritto privato si aggirano, ad esempio, tutte le numerose argomentazioni

che mi cade sott'occhio. Nelle *Riflessioni sulla regale determinazione intorno al pagamento delle decime sacramentali ecc.* (cioè il R. Dispaccio 25 luglio 1772 per il Regno delle Due Sicilie), pubblicate nella *Collez. di scritture di Regia giurisdizione*, Tom. XXVI, 1775, è detto a p. 7: « Considerando S. M. che la povertà dei laici, fra l'altro, dipenda dalle *tasse* che, con titolo di *decime sacramentali*, gli ecclesiastici teneano imposte sulle spalle dei medesimi laici in questo Regno ecc. ». Contro, ma argomentando essenzialmente dal diritto austriaco, LAMPERTICO, *Decime*, Padova 1888, p. 93 sgg.

(1) BUTRIUS, *Commentarii in quinque libros Decretalium*, ad. c. 7, *De Pactis* X (I, 35), n. 7.

ed analogie, che Bartolomeo da Brescia, il padre spirituale come vedemmo di tutta questa dottrina, adduce *pro e contra* la soluzione da lui sostenuta.

Gli autori più recenti attribuiscono concordi, e con ragione per quanto ho potuto vedere, a Pietro da Ancarano il merito di avere saputo mettere in campo insieme agli argomenti privatistici tradizionali anche quello pubblicistico di importanza capitale, dedotto dalla analogia delle decime coi tributi, cioè quell'argomento, che la Glossa aveva adombrato, che altri autori avevano parzialmente elaborato sulle sue tracce (1), ma nessuno usufruito ancora per l'interpretazione dei due capi delle Decretali, *Ut super* ed *Exhibita*.

Dice infatti Pietro da Ancarano a spiegazione della non validità di ogni qual si sia patto di rinuncia incondizionata alle decime:

« *Ratio forte est.... quia decimae sunt tributa, quae dominus sibi in signum universalis domini reservavit. Si igitur talis compensatio esset permissa non recognoscerent annis singulis Christiani auctorem omnium bonorum, id est, Deum. Ideo ista divisio annua Dei intuitu facta est; nec potest semel fieri solutio pro toto tempore vitae suae* » (2).

L'insegnamento ebbe subito gran plauso, ad esempio da parte di Giovanni da Imola, che riferisce la ragione dell'Ancarano come la più decisiva fra tutte le prime allegate,

(1) P. e. IOH. ANDREAE *Op. cit.* ad c. *Cum homines, De Decimis*, X (III, 29), n. 4: « *Unde dixit Hostiensis id, quod dixerat hic Goffredus, in decimis non admitti compositionem, sicut nec in tributis, verum quo ad decimas non solvendas in posterum sive quo ad libertatem terrarum, de quibus decimae solvi debent; nam quo ad fructus hactenus non solutarum et compensatio et retentio admittentur* ». E così pure ENRICO BOHIC (✠ poco dopo 1350) *Distinctiones in V libros Decretalium*, *ibid.*, n. 3.

(2) ANCHARANO, *Op. cit.*, ad c. *Exhibita*, n. 4.

e ne trascrive il passo, aggiungendo però alle parole *compensatio*, la frase *vel compositio* (1).

E a buon diritto. Si sfrondi invero l'argomentazione di tutta la sua scoria teologica, e ne verrà fuori il pensiero fondamentale e per tutte queste nostre materie assolutamente decisivo, che il *ius decimandi* non può essere scalzato dalle sue radici in forza di nessun patto, di nessun compenso, di nessuna permuta, di nessun pagamento, perchè è un *diritto pubblico*, inerente alla sovranità, un vero diritto maiestatico di natura simile a quello delle imposte.

E come il titolo, per cui queste son levate, non può essere novato da nessuna stipulazione contraria, così neppure quello, per cui le decime sono percepite. Per le une come per le altre è la sola materialità, la esazione di fatto, la *commoditas* quella che può cadere in contratto, non il *ius*. Il che vide molto bene il De Luca, allorchè scriveva, che la concessione delle decime ai laici si poteva giustificare: « *cum referri possit, non quidem ad ipsum ius decimandi, quod est spirituale, cuius laicus est incapax, sed ad illam capacitatem, quae etiam in spiritualibus in laico dari potest, in sola scilicet perceptione, seu commoditate, prout nudi facti est, absque mixtura iuris, iuxta eam capacitatem, quam quotidianam habemus in laicis circa commoditatem pensionum ecclesiasticarum* ET DE CAPACITATE PRIVATORUM IN FEUDIS, ALIISQUE IURIBUS REGALIBUS etc. » (2).

Ma di queste ragioni non parve accontentarsi appieno un canonista siciliano, Andrea Barbatia, il quale, riferito l'insegnamento di Pietro da Ancarano, oppone: « *Sed unum pondero: decimae tributa sunt, ut dictum est; sed tributa solvi possunt pro tempore futuro* » (3).

(1) IMOLA, Op. cit., ad c. *Exhibita*, n. 11 in fine.

(2) DE LUCA *Theatrum*, Lib. XIV, pars III, *De Decimis*, disc. VI, n. 13.

(3) BARBATIA, Op. cit., ad c. *Exhibita*, n. 5, in fine.

Tale fu, in verità, l'uso invalso presso alcuni governi, che non si peritarono di far danaro a qualunque costo locando o vendendo addirittura la esazione dei pubblici tributi o almeno la esenzione da essi a privati. Questa piaga delle pubbliche finanze infierì massimamente nel Regno delle Due Sicilie appunto, sotto la dominazione spagnuola, ove l'uso spagnuolo ebbe voce spagnuola, e si disse *arrendare*, e di qui gli *arrendatori* e gli *arrendamenti* (1). De' quali, come già si osservò e come potrebbe rilevarsi da parecchie sentenze rotali, fu pure questione in materia di decime (2).

Se non che, non appena vi furono in quelle regioni governi consci dei loro diritti e degli uffici loro, si provvide a riavocare allo Stato l'esercizio di tali facoltà inalienabili. Così già al tempo di Carlo III, e poi più efficacemente sotto la dominazione francese dal principio dello scorso secolo; il che per altro non potè togliere che un qualche strascico di tutte le anormali e intricate questioni, che ne dovevano fatalmente nascere, rimanesse ancora nella giurisprudenza del Regno d'Italia (3).

Dunque nessun ausilio si potrebbe mai neppure di qui trarre a suffragio della tesi della estinzione del titolo originario in forza di novazione.

L'assimilazione delle decime sacramentali ai tributi e di conseguenza la loro antinovabilità potrebbe infine essere illustrata con l'esame di molti casi di giurisprudenza ecclesiastica.

(1) BIANCHINI, *Storia delle finanze del Regno di Napoli*, Palermo 1839, p. 291 sg.

(2) P. e. *Dec. recentiores*, Pars XVIII, tom. 1, dec. 2, n. 17; Pars XI, dec. 242, n. 15; Pars XVI, dec. 392, n. 11 etc; DE LUCA, *Theatrum*, Lib. XIV, pars III, *De Decimis*, disc. XVIII, n. 10; Lib. XIII, disc. XVIII, n. 6.

(3) Cfr. p. e. la dotta memoria forense seguente: ALIANELLI e PERSICO, *In difesa del Municipio di Napoli contro lo Stato*, Napoli 1879.

Ne cito uno. Il 17 settembre 1796 la S. Congregazione del Concilio era chiamata a pronunciarsi sul seguente caso (1): il parroco di Offagna (diocesi di Osimo) erasi accordato coi maggiori di quella Comunità per trasformare alcune decime dovute in natura in una annua prestazione di scudi 110, che la Comunità gli avrebbe corrisposti a rate bimestrali, riservandosi poi essa di esigerli per suo conto dai parrocchiani o comunisti. (Notiamo tra parentesi: il caso è identico a quelli decisi dalla Corte di Cassazione di Torino). Se non che l'accordo fermato fra Parroco e maggiori di Offagna non ottenne, dopo varie vicende che qui non importa riferire, l'assenso di tutti i padri di famiglia (i primitivi, i soli, i veri — lo si noti bene — debitori della decima sacramentale); poichè ben 68 di essi si dichiararono recisamente contrari a riconoscere come loro creditore il Comune, meno umano nelle sue esazioni che non il Parroco, ed a pagare in luogo delle decime in natura una somma di denaro perchè ciò sarebbe riuscito loro sotto più rispetti troppo gravoso. Eppure, ad onta di ciò, la Congregazione del Buon Regime da una parte, come autorità civile (si era negli Stati della Chiesa), e la Congregazione del Concilio dall'altra, come autorità ecclesiastica, sanzionarono quella commutazione ed il relativo contratto, a fine di evitare gli attriti fra parroco e parrocchiani, e in omaggio all'uso di simili commutazioni, che già in quella diocesi era invalso e un Sinodo diocesano aveva approvato. E così anche i 68 padrifamiglia renitenti furono da allora in poi costretti a pagare una somma di denaro al Comune in luogo dell'antica decima parrocchiale.

Novazione soggettiva (*delegatio*) ed oggettiva adunque? Ma quando mai somiglianti novazioni si sono potute fare senza il consenso, anzi col dissenso del debitore?

(1) *Auximana Concordiae super Decimis*, in PALLOTTINI, *Op. cit.*, Vol. VII, n. 26 sgg., p. 74 sg.

Semplice trasformazione di un tributo, diremo noi invece; e nulla più vi sarà di anormale in quella decisione, che è tanto più significativa in quanto si riferisce ad un paese e ad un tempo, ove alla Chiesa spettavano le due potestà e nulla quindi si opponeva alla piena attuazione delle sue dottrine giuridiche.

VIII.

Allorchè nel Senato del Regno si discuteva l'art. 1 della legge 14 luglio 1887, e più precisamente l'ultima proposizione del primo capoverso di detto articolo, che suona: « Le decime..... sono abolite, ancorchè si trovino convenzionalmente... riconosciute, o convertite in prestazione pecuniaria », l'onorevole Costa ebbe a dire:

« Desidero sia chiarito ed affermato che questo inciso non potrebbe essere applicabile ogniqualvolta la convenzione avesse portato una novazione togliendo alla prestazione il precedente carattere di decima sacramentale. Ove questa novazione fosse avvenuta dovrebbe prevalere la legge del contratto » (1).

Nella sua risposta il Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti, on. Zanardelli, mostrò o di non avere bene intesa o di non aver voluto rilevare ed accogliere l'osservazione del Costa; poichè si limitò a respingere l'idea, che si potesse riscontrare una novazione qualunque nel sostituire ad una decima in natura una prestazione pecuniaria (2). E di tale osservazione non è rimasta, di fatti, traccia di sorta nella legge.

Dunque alle parole del Costa non si può attribuire maggiore importanza che all'opinione di una qualunque altra persona autorevole.

(1) *Atti parlam.*, Senato, legisl. XVI, 1^a sess., 12 luglio 1887, p. 1756.

(2) *Ibid.*, p. 1770.

E allora, autorità per autorità, noi potremmo pur sempre opporvi l'opinione contraria del nostro più competente scrittore di cose giuridico-ecclesiastiche, dello Scaduto, che dice:

« Nè costituisce novazione circa la primitiva natura della decima la commutazione di essa in annuo canone perpetuo in denaro, eseguita anteriormente alla legge di abolizione, e la sostituzione, nell'obbligo del pagamento, dei cittadini di un Comune, nel Comune stesso, il quale debba rivalersi presso i primi » (1).

Ma dall'una e dall'altra parte non si sono messe innanzi che affermazioni apodittiche, dalle quali crediamo di poter oramai prescindere. Se non che null'altro, almeno per quanto abbiám visto, vi ha nella nostra letteratura. Onde anche qui, come del resto nel più di questa pur così rilevante materia delle decime, ragioni teoriche non è dato di incontrare se non nelle motivazioni delle sentenze.

Consideriamo un momento quei motivi, su cui la Corte di Cassazione di Torino fondò il suo pronunziato in favore della novazione nelle due sentenze, che abbiám citate nel principio di questo nostro studio e menzionate ripetutamente di poi.

Un grave errore civilistico — innanzi tutto — entrambe le vizia, a nostro avviso. Si era di fronte a un negozio giuridico, in cui il Comune si obbligava bensì a pagare un *quid* al decimante, con che questi rinunziasse ad esigere sui parrocchiani la decima, ma si riservava però al tempo stesso la facoltà di esigere per conto suo la decima, o un equivalente, dai parrocchiani medesimi; e ciò a differenza di quanto in altri casi avvenne (p. e. nel caso deciso dalla Corte di Appello di Genova con la sentenza citata in principio di questo studio), in cui il Comune invece non intese punto di

(1) SCADUTO, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino 1894, 2ª ed., Vol. II, n. 256, p. 11.

rivalersi poi sui comunisti, che furono compiutamente liberati. Ora la Corte torinese credette di ravvisare nel negozio giuridico, che dicemmo, una semplice *expromissio*, il caso cioè contemplato dal n. 2º dell'art. 1267 del Codice civile, e di applicarvi le regole rispettive, fra cui quella della irrilevanza del concorso e dell'assenso dell'antico debitore; laddove è di tutta evidenza, che ci troveremmo qui ad ogni modo di fronte ad una *delegatio*, ove, è troppo noto, del concorso e dell'assenso del debitore primitivo, non si può fare a meno (1). Eppure tale concorso mancò nelle due fattispecie, decise dalla Corte torinese. E allora a che titolo il Comune avrebbe potuto levar la decima, o fare fra i comunisti un riparto dell'ammontare stesso della somma di denaro sostituita alla decima? Per il solo suo diritto di impero, evidentemente, valendosi della sua facoltà di imposizione. Dopo ciò, chi non vede che qui — precisamente come nel caso di giurisprudenza ecclesiastica, che abbiám illustrato sopra — sconfiniamo pienamente dal diritto privato ed entriamo in pieno diritto pubblico; e che tutto il preteso negozio giuridico novativo non è altro in fondo che un atto di governo e di amministrazione, in forza del quale a un tributo verso una pubblica potestà se ne sostituisce un altro verso una potestà pubblica diversa?

Ma a noi preme soprattutto di rilevare che la Corte, in entrambe le sentenze, parla continuamente di rinuncia da parte degli aventi cura d'anime al *ius decimandi*, o di cessione dello stesso *ius decimandi* ai Comuni; e ne deduce la estinzione assoluta dell'originario diritto alle decime, e la sostituzione alla antica *causa debendi* di una nuova *causa debendi*. La premessa non potrebbe essere più errata dal punto di vista canonistico, come abbiám oramai ampiamente dimostrato; la conseguenza dunque è da respingersi.

Se non che la sentenza del 1903, la più recente, ha sa-

(1) FADDA, Op. cit., p. 61.

puto sviluppare il suo errore in una maniera veramente interessante e significativa. Abilmente e fondatamente, a sostegno dell'abolizione dell'onere sostituito alla decima, si era messo innanzi il concetto, che, essendo questa perita senza colpa del debitore per effetto della legge del 1887, dovevasi dichiarare estinta la obbligazione del Comune verso il parroco in forza dell'art. 1298 del Cod. civile. La Corte rispose: « L'art. 1298 concreta la massima: *res perit domino*. Il Comune cessionario delle decime per l'atto 1767 è precisamente il *dominus* che dovette subire il rischio del caso fortuito, il *factum Principis*, e non già il parroco che aveva ceduto cosa che al momento della cessione esisteva » (1).

Le cose che abbiamo più sopra esposte, circa la distinzione fra il *ius decimandi*, che non poteva cedere e la *commoditas decimandi*, che solo poteva rimettersi ai laici, chiariscono quanto sia, sotto la sua apparente correttezza, la fondamentale falsità insanabile di questo ragionamento.

Da troppo tempo, in modo troppo esplicito, e su basi troppo salde la Chiesa ha costruito al riguardo la propria dottrina, perchè la si possa trascurare o travisare così. I *commoda* e gli *incommoda*, che da tale dottrina possono a rigor di logica giuridica procedere, nelle varie epoche, a seconda del mutar delle cose, debbono essere dalla Chiesa ugualmente sopportati in ossequenza alla legge, che essa stessa fece.

Da quella distinzione essa ha saputo derivare in altri tempi il rilevantissimo *commodum*, che, venendo a perire per il caso fortuito di un cataclisma la cosa data dall'obnoxio al decimante in luogo della decima, il danno dovesse accollarsi al debitore delle decime, perchè non il *ius decimandi* era stato distrutto, sì bene solamente l'*emolumentum decimae*, non cioè la decima = diritto, ma la decima = cosa. Giustizia vuole,

(1) *Riv. di Dir. eccles.*, XIII, p. 627.

ognun lo vede, che essa si acconci ora all'*incommodum* del caso fortuito, rappresentato dal *factum Principis*, che abolisce la decima come diritto, e distrugge con ciò precisamente quello, di cui l'essersi riservato il dominio tanto le era giovato nell'altra contingenza. Insomma: *dominus* della decima, considerata materialmente, è il cessionario: a lui quindi si accollì pure il caso fortuito che la colpisce in tale sua materialità; e che, senza ricorrere addirittura al *chasma* dell'esempio tradizionale, potrebbe essere rappresentato dalla insolvibilità dei parrochiani verso il Comune cessionario, dalla morte loro o da altro somigliante evento. Per contro *dominus* della decima considerata come diritto è sempre il decimante primitivo, l'avente cura di anime; a lui quindi va accollato il caso fortuito che la colpisce in tale sua qualità. Ora chi mai oserebbe dire, alla semplice lettura dell'art. 1 della legge 14 luglio 1887, che questo non abbia inteso di toglier di mezzo il *diritto spirituale di decimare*, e unicamente esso, e niente altro?

Ma riportiamoci pure a quella distinzione, che abbiam visto essere prevalsa nella scuola e nel foro fra il *dominium directum*, che nel caso di cessione di decime spetterebbe pur tuttavia all'ente ecclesiastico, ed il *dominium utile*, che competerebbe per contro al laico cessionario delle decime stesse (1); e argomentiamo per analogia da quel rapporto giuridico, nel quale la teoria del duplice dominio primitivamente è sorta, come tutti sanno, e cioè dall'enfiteusi. Ebbene non stabilisce forse già la celebre costituzione Zenoniana (l. 1, Cod. *De iure emphyteutico*; IV, 66), non stabilisce forse ancora il nostro Codice civile all'articolo 1560, che il caso fortuito del perire della cosa, e cioè del fondo concesso in enfiteusi, va addossato al proprietario e non all'enfiteuta? Nè si neghi la possibilità dell'analogia; poichè la proporzione è perfetta: se *dominium*

(1) Cfr. sopra § VI.

directum è detto quello del decimante e *dominium utile* quello del cessionario laico della decima, il canone, che il proprietario non può più pretendere nell'enfiteusi, sta alla prestazione pecuniaria sostituita alla decima, come il fondo enfiteucario sta all'*emolumentum decimae* (1).

Per qualunque verso adunque lo si volti, il ragionamento della Corte torinese non regge.

Ma si obietterà: cotesta è una logica giuridica tutta speciale dei canonisti, è roba buona per i tribunali ecclesiastici della Rota o della Congregazione del Concilio; noi, tribunali civili, ci vediamo innanzi un rapporto giuridico, che importa una prestazione patrimoniale per nulla differente dalle obbligazioni comuni, ed applichiamo ad esso le norme di queste. Ma allora perchè proclamare, come appunto la Corte torinese proclamò (2), che: « il diritto canonico continua a

(1) Quanto il LAMPERTICO (Op. cit., p. 91 sgg.) adduce contro l'assimilazione della decima all'enfiteusi non vale contro di noi; perchè egli considera la possibilità, che la decima sia trattata come un vero diritto di enfiteusi sul fondo che da essa è gravato; mentre noi, sulle tracce dei decretalisti, consideriamo semplicemente tale equiparazione in rapporto al *ius decimandi* e al suo contenuto materiale. Il che è tutt'altro. — Del resto — sia qui notato una volta per sempre — la dottrina dell'illustre autore, così profondamente divergente dalla nostra nella sostanza, non potrebbe mai infirmarne nè qui nè altrove i risultati obbiettivi; poichè noi siamo venuti sempre argomentando, dal diritto canonico, dalla giurisprudenza ecclesiastica e dai vecchi dottori del diritto comune; egli invece quasi sempre dal diritto austriaco, dalla giurisprudenza particolare veneta e dai moderni trattatisti tedeschi. Ora — senza nulla voler togliere ai meriti del suo celebre libro, che sono grandissimi — noi stimiamo che, trattandosi del diritto italiano e non del diritto speciale di questa o di quella regione, il metodo nostro sia da preferirsi.

(2) Sentenza 30 dic. dic. 1892, in *Riv. di Dir. eccles.*, III, p. 545.

far parte del diritto pubblico interno del Regno nelle materie in cui non è altrimenti disposto dalla legge civile, che quindi deve osservarsi come legge per tutte le controversie nascenti della materia beneficiaria, *nella quale appunto vuolsi rintracciare l'origine e lo scopo della decima sacramentale* » ?

Ora, dov'è il disposto della legge civile italiana che determini l'origine e la natura della decima sacramentale, dove anzi semplicemente la legge che la riguardi, oltre quella del 1887, la quale non ne sancisce che l'abolizione ?

Bisogna quindi ricorrere al diritto canonico (1). E per il diritto canonico, l'abbiamo oramai fatto vedere a sazietà, parlare di novazione in fatto di decime sacramentali è non solamente un errore, ma un assurdo.

(1) Calza qui proprio a pennello l'appunto di metodologia, che precisamente in fatto di novazione già il DE LUCA (*Theatrum*, lib. I, *De Feudis*, Disc. CXXIII, n. 2-3) faceva ai giureconsulti del suo tempo. Si trattava bensì nel caso suo di feudi; ma quel che ei dice vale perfettamente anche per le decime; che del resto il celebre giurista già assimilava, come più sopra si è visto (Lib. XIV, par. III, *De decimis*, disc. VI, n. 13) ai feudi. Egli dice: *loquendo ut decet, more feudistae, et cum suis terminis feudalibus, extranae NOVATIONIS, iuxta terminos iuris communis civilis, quoniam cum istis feuda regulanda non sunt, dum habeant proprias leges, ac terminos feudales cum quibus est procedendum, solumque in effectu pro suppletione, vel interpretatione licitum est recurrere ad utrumque ius commune, magis vero ad canonicum, quam ad civile, potissime quia praefati termini NOVATIONIS potius cadere videntur in credito, aliisque iuribus quam in dominio specierum* ». Parole d'oro, le quali valgono anche a dimostrare, che, inversamente, molto più conviene in materie di decime argomentare dal diritto dei feudi, degli oneri reali, dei tributi, delle enfiteusi ecc. e degli altri rapporti ed istituti giuridici simili, come appunto sopra da noi si è fatto, che non dal diritto delle obbligazioni, come i nostri magistrati usano invece di fare a tutto spiano.

COMPETENZA VESCOVILE O CIVILE

PER

LA DECADENZA DAL «TITULUS PATRIMONII»?

MEMORIA

DI

FRANCESCO SCADUTO

PROFESSORE NELLA R. UNIVERSITÀ DI NAPOLI

SOMMARIO. 1. Precedenti — 2. Fatto : richiesta della Congregazione di carità per la giustificazione della non decadenza, e comminazione di sospendere il pagamento — 3. Eccezioni dei patrimonisti : competenza dell' autorità civile — 4. Pretesa spiritualizzazione dei beni costituiti in titulus patrimonii — 5. Il fondatore si rimetteva al diritto comune " pro tempore ,, non al diritto canonico " pro ut sic ,, : altronde, in caso contrario la clausola sarebbe nulla — 6. Competenza civile è sostituita all' ecclesiastica per l' abolizione del foro ecclesiastico o per la legge 13 maggio 1871 art. 17 — 7. Distinzione tra competenza amministrativa del Vescovo e competenza giudiziaria del foro ecclesiastico, non porta all' esclusione della competenza civile — 8. Mentre formalmente si eccepisce l' incompetenza dell' ente amministratore a richiedere la giustificazione pel godimento ed a comminare la sospensione del pagamento, sostanzialmente si intende eccepire l' incompetenza dell' autorità giudiziaria civile a pronunciare — 9. Pretesa incompetenza civile a pronunciare senza la previa produzione del pronunziato vescovile : produzione incomberebbe agli attori, che nella specie sono i patrimonisti : l' ente amministratore non ha pregiudicato la quistione del foro competente : i patrimonisti praticamente non potrebbero non adire il civile — 10. L' ente amministratore non pregiudicherebbe la quistione del foro competente neppure ritenendo la decadenza — 11. Dovrebbe rendersi attore, se avesse assegnato usufrutto di beni e non annualità — 12. Cassazione Roma 8 novembre 1890 richiede il pronunziato del Vescovo, ma non allega alcuna ragione — 13. Ente amministratore deve rendersi attore per domandare la restituzione dell' indebito pagato — 14. Esistenza dell' indebito. Esclusione della buona fede. Adempimento degli oneri non esenta dalla restituzione, ma dà diritto a computarli. Interessi.

1. La Cassazione di Roma, con sentenza 8 novembre 1890 che più giù esamineremo, si pronunziò per la competenza vascovile. Noi, invece, sosterrremo quella dell' autorità civile giudiziaria.

La quistione è stata risolleata recentemente dalla Congregazione di carità di Palermo, quale amministratrice di molti titoli di patrimonio sacro fondati dall'abate Prenestino nel 1630 con una cospicua dotazione.

2. Ed ora veniamo al punto contestato in questo momento.

La Congregazione di carità di Palermo, amministratrice della fondazione Prenestino di titoli di patrimonio, ha richiesto ai patrimonisti di giustificare la continuazione del loro godimento dei rispettivi titoli di patrimonio, sotto pena di sospenderne il pagamento, di giustificarla coi seguenti documenti: — 1. Certificato d'impossidenza rilasciato dal Sindaco: — 2. Certificato d'impossidenza rilasciato dallo Agente delle Imposte: — 3. Certificato rilasciato dall'autorità Arcivescovile, attestante che il patrimonista non ha ottenuto alcun beneficio ecclesiastico.

I patrimonisti con atto di opposizione del 29 dicembre 1905 hanno eccepito l'incompetenza della Congregazione di carità a fare tale richiesta ed eventualmente a sospendere il pagamento, assumendo che la competenza relativa sia del vescovo.

Si tratta, adunque, anzitutto, di esaminare la quistione della competenza, ossia di vedere se la Congregazione di carità abbia il diritto di fare le suddette richieste e le suddette comminazioni.

3. Esponiamo ed esaminiamo le ragioni allegate in contrario dai patrimonisti.

Esse, in sostanza, si riducono a queste: L'ordinato in *sacris* deve essere provvisto di un *titulus patrimonii* o di un *titulus beneficii*: al *titulus attuale*, sia di patrimonio sia di beneficio, se ne può sostituire, sia integralmente sia parzialmente, un altro: ma tale sostituzione non può disporla che il vescovo: l'ecclesiastico stesso non può farla da sè, e non può neppure rinunciare; tale atto da parte dell'ecclesiastico, se fatto, sarebbe nullo. Nel secolo XVII, e da parte di un

abate quale era il Prenestino, è da sottintendersi che egli si riferisse al diritto canonico, il quale era allora il diritto anche civilmente vigente su questo proposito: Tale diritto sarebbe vigente anche oggi: pertanto la richiesta della Congregazione di carità violerebbe la volontà del fondatore ed il diritto vigente. A sostegno di questo ragionamento invocano l'autorità di una sentenza 8 novembre 1890 della Casazione di Roma.

4. Esposto fedelmente il ragionamento sostanziale dei patrimonisti, prima di passare ad esaminarlo, accenniamo ad un altro loro assunto, che dal punto di vista civilistico non influisce sulla conclusione: ma conviene esaminarlo, perchè da loro addotto, e perchè altrimenti non resti qualche nube.

I patrimonisti, dunque, assumono che il *titulus patrimonii* « diventa patrimonio della chiesa ». Così sembrano accennare, che esso diventi una « res ecclesiastica », ossia che i relativi beni, come dicono i canonisti, si spiritualizzino.

Ora, tralasciando i titoli di patrimonio costituiti in proprietà sia dal patrimonista stesso sia da altri, ed i titoli di patrimonio costituiti in usufrutto dal patrimonista stesso o da privati, od anche da persone morali ma facoltativamente, e restringendoci al caso nostro cioè di titoli di patrimonio costituiti in usufrutto per fondazione, la teoria della spiritualizzazione è radicalmente inapplicabile; giacchè essi ossia le rispettive fondazioni non rappresentano neppure enti ecclesiastici sibbene enti laicali di beneficenza, regolati dalla relativa legge sulle opere pie 17 luglio 1890, e compresi precisamente nell'art. 1, lettera *b*, cioè tra quelli che hanno per fine « di procurare l'educazione, l'istruzione, l'avviamento a qualche professione », e come professione è appunto considerato in questo caso il sacerdozio.

5. Sgombrato il terreno di questo elemento estraneo equivoco della spiritualizzazione dei beni, veniamo al ragionamento

sostanziale contro la richiesta e la comminatoria della Congregazione di carità.

Che secondo il diritto canonico la sostituzione di un titolo ad un altro non possa farsi che per potestà del vescovo, non lo mettiamo in dubbio.

Che l'Abbate Prenestino nel secolo XVII intendesse rimettersi al diritto allora vigente, e che questo in proposito fosse il canonico, non lo mettiamo nemmeno in dubbio.

Ma neghiamo: — 1. Che il fondatore abbia inteso rimettersi al diritto canonico « pro ut sic », e che perciò, nella ipotesi che esso non sia ora più vigente, la Congregazione di carità violi la volontà del fondatore; aggiungiamo che altronde essa ne avrebbe il diritto. — 2. Neghiamo ancora che la norma canonica costituisca oggi il diritto vigente civilmente.

Il fondatore Prenestino esplicitamente, per tutte le altre regole da applicarsi eventualmente e da lui non contemplate, non si rimette al diritto canonico, nè ad alcun altro. Quindi è da intendersi che si rimette al diritto canonico; ma non come tale, sibbene come diritto allora vigente civilmente; cioè se ne rimette al diritto comune « pro tempore »: quindi, se il diritto comune attuale è diverso da quello del suo tempo, il fondatore, per tutto ciò che egli non ha regolato in modo speciale, intende che si applichi il diritto comune vigente nel momento in cui nasca il rapporto giuridico, ossia in cui, nella specie, si discute della continuazione nel godimento dei titoli di patrimonio o della decadenza.

Aggiungiamo che, del resto, se tale non fosse stata la sua volontà, essa sarebbe contraria al diritto pubblico, e quindi un tale patto sarebbe nullo.

6. Ed ora veniamo alla questione fondamentale, cioè se la norma canonica della competenza vescovile per la sostituzione di un titolo di ordinazione ad un altro e per la dichiarazione di decadenza da un titolo, costituisca diritto oggi vigente in Italia.

Cominciamo dallo scindere la competenza per la sostituzione vera e propria dalla competenza per la dichiarazione di decadenza. La decadenza può essere, come nella specie, una conseguenza della sostituzione; ma la competenza per la decadenza non è logicamente connessa di necessità con quella per la sostituzione. Mi spiego:

Ricordiamo il principio fondamentale, che lo Stato italiano lascia libertà all'autorità ecclesiastica « in materia spirituale e disciplinare », ed in questa stessa solo per gli atti che non abbiano effetti civili (legge 13 maggio 1871, art. 17). Prescindendo dalla controversia se lo Stato riconosca ancora il privilegio canonico della inalienabilità, inoppugnabilità ed insequestrabilità del « titulus ordinationis », sia patrimoniale sia beneficiario, ammettendo che lo riconosca ancora, da ciò non deriverebbe la conseguenza che esso riconosca anche la competenza dell'autorità ecclesiastica a giudicare della legalità di tale costituzione e delle eventuali quistioni ulteriori: anzi alcuni degli stessi ex-Statì, pur riconoscendo il suddetto privilegio canonico della intangibilità del « titulus ordinationis », riservavano all'autorità civile la competenza sulla legalità della costituzione, non che sulle eventuali controversie ulteriori relative (Saredo G., « Codice del Diritto pubblico ecclesiastico », Torino, Unione tipografica editrice, 1887-91, pagg. 1138-45). Con questo sistema sarebbe di competenza dell'autorità civile non solo la costituzione, ma, fra le altre eventuali controversie relative, anche quella sulla decadenza dal titolo di ordinazione. Con l'altro sistema, cioè che non si riconosca più il privilegio canonico della intangibilità del titulus ordinationis, tanto la costituzione del medesimo, quanto la sostituzione, quanto anche la decadenza, costituirebbe atti puramente interni nella Chiesa, ossia « in materia disciplinare e spirituale », quindi rilasciati alla competenza della Chiesa, ma privi di effetti civili, e con riserva della competenza all'autorità civile quando mai nonostante

la classificazione nella « materia spirituale e disciplinare » producano effetti civili, giusta il già citato art. 17 legge 13 maggio 1871. Ora, con quest'ultimo sistema può darsi il caso che la competenza per la costituzione e sostituzione del *titulus ordinationis* sia diversa da quella per la decadenza. Giacchè la costituzione e sostituzione può rimanere un fatto interno della chiesa, e quindi restare nella competenza della medesima sino a quando non leda diritti civili di terzi. Anche la decadenza in sostanza si trova nella medesima sfera; ma quando, come nella specie, presuppone necessariamente diritti di terzi, e questi terzi sono persone morali e per giunta laicali, allora non può restare un fatto interno della Chiesa, ma deve necessariamente rientrare nell'orbita della competenza dell'autorità civile.

Chiariamo con un esempio il su esposto ragionamento. Il vescovo canonicamente può costituire o sostituire un titolo di ordinazione non semplicemente per mezzo di una fondazione di titoli di patrimonio o di un beneficio, ma anche con un mezzo pecuniario qualsiasi, purchè sufficientemente garantito, quindi anche con danari proprii. In quest'ultima ipotesi l'atto può restare puramente interno della Chiesa, sicchè non occorre placito dello Stato, ma può anche uscire dall'orbita della chiesa, per esempio quando il vescovo si rifiuti di pagare ulteriormente l'annualità da lui costituita in titolo di patrimonio, o il patrimonista lo citi innanzi al Tribunale civile.

Riassumiamo: La teoria, controversa, dell'intangibilità del *titulus ordinationis* nel diritto vigente italiano, non implica ricognizione della pretesa canonica della competenza ecclesiastica sulle controversie relative. Tale competenza ecclesiastica era anzi esplicitamente esclusa magari da alcuni ex-Stati confessionisti che senza dubbio riconoscevano l'intangibilità del *titulus ordinationis*. Con la teoria della non intangibilità, la costituzione e sostituzione, ed anche la deca-

denza, possono essere di competenza dell'autorità ecclesiastica, ma solo sino a quando non nasca controversia sugli effetti civili di tali atti.

Traduciamo questo riassunto in altro ordine di idee, mettendolo sotto un altro punto di vista. Il citato articolo 17 della legge 13 maggio 1871 in sostanza non è una innovazione, per quanto riguarda la competenza dell'autorità civile di fronte alla ecclesiastica. Lo è solo rispetto alla procedura, in quanto abolisce quella dell'appello « ab abusu ». Rispetto alla competenza dell'autorità civile in genere di fronte alla ecclesiastica, il detto articolo non è che una conferma delle precedenti leggi che avevano abolito la competenza del foro ecclesiastico in materia civile e penale.

Pertanto, l'assunto che oggi per la decadenza dai titoli di patrimonio sia competente a giudicare il vescovo e non l'autorità civile, equivale all'assunto che oggi sia ancora in vigore il foro ecclesiastico in materia civile e penale.

7. Si potrebbe obiettare, che si debba distinguere il vescovo dal foro vescovile: che i canoni attribuiscono al primo e non al secondo la competenza per la costituzione, sostituzione e decadenza, ed al secondo solo le controversie che mai possono nascere in proposito; cioè al vescovo attribuiscono una competenza come autorità amministrativa; al foro ecclesiastico un'altra competenza come autorità giudiziaria: che perciò l'abolizione del foro ecclesiastico non implichi quella della competenza amministrativa del vescovo.

Questa distinzione sarebbe giusta; ma non porterebbe alla conseguenza della sussistenza della competenza amministrativa del vescovo. La quale canonicamente e come si pretende dai patrimonisti della fondazione Prenestino, sarebbe esclusiva della competenza civile, come, nel campo meramente laico, contro certe categorie di decisioni amministrative non ci è adito nè innanzi all'autorità giudiziaria vera e propria nè innanzi alla giustizia amministrativa. Mentre

tutti gli atti produttivi di effetti civili anche quando emanano dall'autorità ecclesiastica, e magari in materia spirituale e disciplinare, sono, come dicevamo, di competenza dell'autorità civile, giusta l'art. 17 legge 13 maggio 1871. Ed aggiungiamo: si ha diritto di adire l'autorità giudiziaria o la giustizia amministrativa, quando si creda leso un proprio diritto, anche quando la lesione sia indipendente da un atto dell'autorità ecclesiastica, il quale non sia intervenuto, nè pro nè contro, nonostante che la lesione si verifichi nel campo ecclesiastico od in quello connesso all'ecclesiastico, come nella specie della decadenza dai titoli di patrimonio provenienti da fondazioni, i quali in Italia hanno la figura giuridica di enti morali di beneficenza.

8. Sinora noi abbiamo parlato di competenza dell'autorità civile di fronte all'ecclesiastica; perchè questa, quantunque non sia propriamente la quistione attuale, è tuttavia il presupposto della medesima. Chiariamo questa differenza apparente.

Oggi non si è ancora innanzi all'autorità giudiziaria; i patrimonisti non eccepiscono l'incompetenza di essa. La situazione formalmente è un'altra: la Congregazione di carità, amministratrice della fondazione Prenestino di titoli di patrimonio, pretende, che i patrimonisti giustifichino di trovarsi nelle condizioni per continuare nel godimento del patrimonio sacro, ed in caso diverso minaccia di sospendere il pagamento: i patrimonisti eccepiscono che tale giustificazione possa richiederla solo il vescovo, e che egli solo possa pronunciare la decadenza. Dunque la Congregazione di carità ha comminato solo la sospensione del pagamento; non si è arbitrato di pronunciare la decadenza, cioè non si è arrogata l'autorità del Magistrato. La Congregazione di carità, amministratrice dell'opera pia Prenestino, in altri termini ha detto: io voglio sapere se continuo a pagar bene; se voi patrimonisti non ne fornite la giustificazione, io ho

il dovere di sospendere il pagamento; salvo a voi, si sottintende, di adire l'autorità competente nell'ipotesi che vi sentiate lesi.

Ora quale è l'autorità competente a giudicare di questa controversia? Evidentemente l'autorità giudiziaria laica.

I patrimonisti, eccependo l'incompetenza della Congregazione di carità alla richiesta della giustificazione per continuare a godere, evidentemente non intendono dire soltanto che la Congregazione di carità, in una controversia patrimoniale, equipollente ad un privato, non possa arrogarsi la competenza dell'autorità giudiziaria (competenza che essa del resto, siccome osservammo, non si è arrogata), ma intendono anche escludere la competenza dell'autorità giudiziaria civile, e perciò sostengono la competenza del vescovo.

9. La quistione potrebbe essere posta ancora sotto un altro punto di vista, cioè che la competenza dell'autorità giudiziaria civile non escluda quella del vescovo, ossia che l'autorità giudiziaria non possa pronunciare se non in seguito ad un responso del vescovo, in quanto tale competenza del vescovo in materia di costituzione, sostituzione e decadenza di *titulus ordinationis* non solo non implichi sussistenza civile di foro ecclesiastico, ma non sia contraddittoria alle nostre leggi e al nostro diritto pubblico.

Ma questa tesi, pure ammessa e non concessa, non escluderebbe il diritto (non che il dovere) del rappresentante d'opera pia di fare quello che ha fatto, cioè di domandare la giustificazione della sussistenza delle condizioni nei patrimonisti per continuare a godere e di comminare altrimenti la sospensione del pagamento. La suddetta tesi includerebbe soltanto che l'attore dovrebbe produrre innanzi al Magistrato civile il pronunciato del vescovo, salvo al magistrato civile di tenerne poi quel conto che crede. E si noti che tale pronunciato dovrebbe esser prodotto appunto da colui che è interessato a produrlo, cioè precisamente dai patrimonisti ai

quali sia stato sospeso il pagamento, e non dalla Congregazione di carità amministratrice dell'opera pia. La quale perciò, come non è tenuta ad interpellare il vescovo per sospendere i pagamenti, sia per renitenza dei patrimonisti a presentare i documenti giustificativi e sia perchè ricevuti non li creda sufficienti, così non è tenuta ad interpellarlo neppure quando chiamata in giudizio.

Ancora. La Congregazione di carità, ente amministratore dei titoli di patrimonii, col richiedere la giustificazione della permanenza delle condizioni per continuare a godere e col comminare la sospensione di pagamento, non ha pregiudicato la quistione del foro competente. Essa ha provveduto unicamente ad evitare il pericolo di pagar male; essa non è attrice, potrà essere convenuta; sicchè la scelta del foro sarà fatta dai patrimonisti, salvo al foro adito di dichiararsi competente od incompetente.

Praticamente poi gli ecclesiastici patrimonisti non possono non adire il foro civile; giacchè, trattandosi di domandare la prosecuzione del pagamento dei semestri, sarebbe inutile rivolgersi all'autorità ecclesiastica, i cui pronunziati non avrebbero forza coattiva.

Davanti all'autorità civile però i patrimonisti potrebbero domandare la prosecuzione del pagamento anche senza entrare nel merito della permanenza delle condizioni del godimento, cioè allegando che la sospensione non si sarebbe potuta ordinare dall'ente amministratore dei titoli di patrimonii, ma solo dal vescovo. Salvo, beninteso, al Tribunale laico di pronunziarsi su tale assunto.

Dicevamo, che l'ente amministratore dei titoli di patrimonio non ha sinora, con la richiesta dei documenti giustificativi e con la minaccia della sospensione del pagamento, pregiudicata la quistione del foro competente. Aggiungiamo che non la pregiudicherebbe neppure se, procedendo oltre, entrasse nel merito della permanenza o meno delle condi-

zioni per il godimento, dichiarasse decaduto qualche patrimonista, e conferisse il rispettivo titolo di patrimonio a qualche altro: anche in questo caso l'ente amministratore sarebbe convenuto, la differenza dal primo, consiste solo in questo, che nel primo caso (sospensione) l'ente ha preso un provvedimento temporaneo, nel secondo invece un provvedimento definitivo e quindi aumenta la propria responsabilità nel caso di sconfitta.

E si badi, che l'ente amministratore non può restare indefinitamente nel provvedimento di sospensione, giacchè esso danneggerebbe i chierici poveri aspiranti ad un titolo di patrimonio allo scopo di ordinarsi nel suddiaconato, siccome ha già osservato la Congregazione di carità nell'intimazione ai patrimonisti del novembre 1905.

11. L'amministrazione dei titoli di patrimonio, come anche un privato che lo abbia costituito, può però trovarsi nella condizione di doversi rendere attore, cioè quando il patrimonista sia usufruttuario, e perciò in possesso del titolo dei beni costituitigli in patrimonio, e non sia semplice creditore di annualità o semestri, i titoli dei cui relativi beni si trovino in possesso del debitore. Se l'amministrazione avesse consegnato ai patrimonisti, per esempio, titoli di rendita sul Gran Libro del Debito Pubblico con riserva della nuda proprietà, si troverebbe nel caso, non di sospendere i pagamenti, ma di ritirare il titolo, e perciò dovrebbe rendersi attrice. Ma questo non è il caso per la Congregazione di carità di Palermo: altrimenti essa si troverebbe nella necessità di risolversi preliminarmente sulla quistione del foro competente.

12. Accennammo come alla conclusione della competenza laica i patrimonisti oppongano anche l'autorità della Cassazione di Roma, della sentenza 8 novembre 1890, secondo la quale il patto di reversibilità dei beni costituiti in sacro patrimonio riceve effetto solo quando sia stata rico-

nosciuta e dichiarata la sufficienza del beneficio (o di altro titolo) sopravvenuto, e tale ricognizione e dichiarazione sia stata fatta dall'autorità diocesana.

E veramente la detta sentenza della Cassazione di Roma 8 novembre 1890, Fiorini c. Fiorini ed altri (« Rivista di dir. ecclesias. » vol. I, p. 400), dice proprio così, cioè che non solo deve precedere la ricognizione e dichiarazione della sufficienza del titolo sopravvenuto, ma che tale ricognizione e dichiarazione debba essere fatta dall'autorità diocesana. Si badi però, che pare che nella specie la ricognizione e dichiarazione non si fosse addirittura fatta, non solo presso l'autorità ecclesiastica, ma neppure presso il magistrato civile, cioè che non si fosse addirittura provocata: « E quindi la necessità di tale esame per affermarsi verificate » (le condizioni): « esame che le parti interessate non mai provarono ». Vero è, che in un altro passo la sentenza riferisce come la corte di merito avesse ritenuto necessaria la ricognizione o dichiarazione dell'autorità diocesana, ed approva tale principio: ma, stante il fatto che la ripetuta ricognizione o dichiarazione pare che non si fosse provocata e fatta presso nessuna autorità, nè ecclesiastica nè laica, la Corte di Cassazione non era spinta ad esaminare a quale delle due appartenesse la competenza, giacchè mancando in ogni caso la pronunzia sull'avveramento o meno della condizione, la conclusione pratica sarebbe stata ancora la stessa. Noi non conosciamo le sentenze di prima e di seconda istanza, relative al caso esaminato dalla Cassazione nella suddetta sentenza, e quindi non siamo in grado di controllare la suesposta nostra spiegazione e di vedere se corrisponda alla realtà di fatto. Ma anche quando non lo fosse, cioè anche quando la Corte di Cassazione si fosse trovata nella condizione di dovere distinguere nettamente tra la competenza ecclesiastica e quella civile, in quanto tale distinzione sarebbe stata influente per la decisione del caso, noi non recederemmo

dalla teoria suesposta della competenza del Magistrato civile e non dell'autorità ecclesiastica, per le ragioni suesposte. Rispettiamo l'autorità, ma cediamo di fronte non all'autorità in sè stessa, sibbene alle ragioni che essa possa mai allegare. Ora nella suddetta sentenza della Cassazione di Roma ragione non se ne allega proprio nessuna: essa si limita solamente ad invocare il diritto canonico, senza neppure sollevarsi il dubbio che la sua norma su questo argomento possa non essere in vigore in Italia, e quindi, molto meno, passa a prevenire e confutare le possibili obiezioni.

13. Assodata la correttezza della Congregazione di carità, amministratrice dei titoli di patrimonio Prenestino, nel richiedere i documenti giustificativi per la permanenza del godimento e nel comminare la sospensione del pagamento, assodato che essa così potrà essere nella condizione di convenuta, giacchè i titoli sono costituiti sotto la forma di obbligazione e non sotto quella di usufrutto, assodata la competenza del foro laico, aggiungiamo che la Congregazione di carità, nonostante la costituzione dei titoli di patrimonio sotto la forma di obbligazioni e non di usufrutto, può trovarsi nella condizione di doversi rendere attrice.

Infatti. Essa, se riconosce che i patrimonisti abbiano goduto oltre il termine previsto nell'atto di fondazione, ha il diritto, anzi, come persona morale, anche l'obbligo, di domandare il rimborso.

14. Ed ora passiamo all'analisi di tale rimborso.

La Congregazione di carità, amministratrice della fondazione Prenestino per titoli di patrimonio, continuando a pagare i semestri dopo verificatasi la condizione per la decadenza, evidentemente ha pagato indebitamente; ed i patrimonisti, percependo oltre il detto termine, evidentemente hanno percepito pure indebitamente. Quindi è applicabile l'art. 1145 cod. civ. che obbliga alla restituzione dell'indebito: « Chi per errore o scientemente riceve ciò che non

gli è dovuto, è obbligato a restituirlo a colui dal quale lo ha indebitamente ricevuto ».

Ma i patrimonisti potrebbero obiettare, di non essere tenuti alla restituzione in quanto a loro favore concorrano i due requisiti della buona fede e dell'adempimento degli oneri annessi, ai rispettivi titoli di patrimonio, cioè due messe settimanali in suffragio.

Ma, anzitutto, non si può parlare di buona fede da parte dei patrimonisti. Essa infatti presupporrebbe l'ignoranza dell'atto di fondazione, ossia del titolo in virtù del quale hanno ricevuto il patrimonio sacro: titolo che costituisce la loro legge; quindi non sarebbe il caso di parlare di « ignorantia facti », sibbene si tratterebbe di « ignorantia iuris », la quale « non excusat ». Pertanto non sarebbe il caso di applicare l'art. 702 cod. civ., cioè che il « possessore di buona fede fa suoi i frutti, e non è tenuto a restituire se non quelli che gli sieno pervenuti dopo la domanda giudiziale ».

Il fatto, che i patrimonisti, quantunque abbiano indebitamente percepito, abbiano nondimeno adempito agli oneri di messe annessi, non basta per esentarli dall'obbligo della restituzione, molto più che l'onere delle due messe settimanali secondo l'intenzione del fondatore non costituisce affatto il fine della fondazione (che è quella di avviare alla professione del sacerdozio), sibbene un semplice onere accessorio, non un corrispettivo; e non costituisce un corrispettivo neppure in fatto, in quanto secondo la tariffa diocesana locale due messe settimanali importano molto meno dell'annualità costituita per titolo di patrimonio.

La celebrazione delle messe può dar luogo però ad una altra pretesa, e questa giusta, da parte dei patrimonisti, cioè di prelevare nel rimborso la somma relativa all'importo delle messe celebrate, e ciò per il principio che nessuno può vantaggiarsi col danno altrui: i patrimonisti le messe in suffragio dell'anima del fondatore le hanno celebrate, e celebrate

validamente, quindi, non ostante che abbiano continuato a godere indebitamente le annualità costituite in titolo di patrimonio, hanno diritto a che tali messe sieno loro computate.

Si potrebbe però sottilizzare, che la celebrazione delle messe in suffragio costituisca, secondo l'intenzione del fondatore, un fine talmente accessorio da essere addirittura trascurabile di fronte al principale, e che perciò l'adempimento di mala fede non dia luogo a pagamento: questa sarebbe una questione d'interpretazione di volontà, una questione di fatto, riservata al convincimento del magistrato di merito.

Stante la malafede, i patrimonisti infine sono obbligati non solo alla restituzione delle annualità indebitamente percepite, ma anche agli interessi, e tutto non dal giorno della domanda giudiziale, ma da quello della percezione, giusta l'art. 1147 cod. civ.: « Quegli che ha ricevuto il pagamento, se era in mala fede, è tenuto a restituire tanto il capitale quanto gli interessi e i frutti dal giorno del pagamento. »

UN SIGILLO INEDITO

DI

LEONE L'ISAURICO

MEMORIA

DI

ENRICO BESTA

PROFESSORE NELLA R. UNIVERSITÀ DI PALERMO

Dei documenti che Tomaso Diplovataccio usò e trascrisse nelle sue opere intorno alla libertà ed ai possedimenti territoriali di Venezia (1) ben pochi son quelli che già per altre fonti non fossero a noi conosciuti: ma, quasi a compensarne la scarsezza, ve n'ha fra essi qualcuno di singolare importanza. Tale parrà, credo, a molti quello che qui per la prima volta si pubblica tolto al ms. marciano LXXIV cl. XIV lat. (2).

« Leo et Constantinus augusti imperatores. Ecclesiarum terminus et canonicorum traditiones nostra imperialis maiestas dignissimos sacerdotales viros quos cognoverint virtute prudentie imbutos plures atque scientes ac deferentes in sacerdotii culmine trono (3) precellentie imperaret. Pro qua notum sit omnium presuli dignitate seu reliquis mundanis officiis iuribus prædicti nullatenus in consecratione episcoporum se ipsos immittere presumat ut nemo in eis quispiam cupiente pro divitiis sacerdotum alienati indigne se ad sacrum ordine preferant et ex hoc non solum sua ignorantia orthodoxie periculum egrediatur sermo: sed potius omnium

(1) Cfr. BESTA, *Tomaso Diplovataccio e l'opera sua*, Venezia 1903 estr. dal *Nuovo Archivio veneto* pp. 63-76. Vedi ora nell'*Archeografo triestino* ser. III vol. II p. 97 e segg. l'articolo dell' HORTIS, *Di Tomaso Diplovatazio e delle sue notizie sull'Istria*.

(2) A c. 215 1º. La copia da me fatta fu cortesemente ricolazionata col manoscritto dal prof. SEGARIZZI che mi è caro di ringraziare anche pubblicamente.

(3) Cf. il *culmen episcopatus* del Decr. I.61.TO.

ecclesiarum constitutioni culpabilis sit. Sed enim episcoporum eminentia secundum apostolicam traditionem indefessa spiritualitate (1) agatur.

Unde iubemus ut a modo octubrio mense praesente undecima indictione et in ceteris per omnia perpetualibus annis post decessum seri obitum fortunatissimi (2) archiepiscopi gradensis preferre quempiam de omnibus exseculares viros in tali officio nullatenus se ipsos intromittere nisi se solummodo ecclesiasticos et canonicos viros roboramus videlicet episcopos abates et praesules ecclesiae atque sacerdotes seu et per omnem Venetiarum provinciae electionem facientes et sanctitatis (3) virum eligens; et hunc consedere pastorem et principem Rationabili ovilem Christi vero Deo nostro porro vitalis cum timore Dei et reverentia presit; domini nostri Iesu Christi populum verum preferat in loco pascue spiritualiter dicimus divine scripture refertionis et super aquas colocationis. Et, ut hec iuste a nostra lege statuta imperialem iussionem in omnem a Deo conservata Venetiarum provincia (4) ut lex ad transgressa posita traditio in generationibus observatus et in ceteris per omnia et perennis temporibus, pro eo ut non dubitet quisquam omnibus presente hoc nostrum preceptum more imperii nostri de bulla nostra infigi iussimus mense et indictione suprascripta » (5).

(1) spiritualite Cod.

(2) Il *fortunatissimus* del nostro documento, che a tutta prima par strano, corrisponde probabilmente al μακαριώτατος dell' Epanag.

(3) Cfr. il σέμνον βίου dell' Epanag. VIII 3.

(4) Anche nell' Epanagoga VII. 3 l' imperatore si preoccupava che il vescovo fosse ὀρθῆς καὶ καθολικῆς πίστεως καὶ σέμνου βίου.

(5) È degno di nota l'uso del plurale, poiché Eginardo, Giovanni Diacono e i più antichi documenti veneziani usano il singolare Venezia. Cfr. MONTICOLO in *N. Arch. ven.* III p. 379-386 e KRETSCHMAYR, *Die Beschreibung der venezianischen Insel bei Konstantin Porphyrogenetos* in *Byz. Zeitschr.* XIII, pag. 484, num. 3.

Per esso veniamo infatti a far conoscenza di un sigillo della cancelleria imperiale bizantina ch'era prima interamente ignoto: e, sebbene ci sia giunto non nella sua forma genuina, ma, come par più probabile, in una versione catapodistica, irta per giunta di sconcordanze, di spropositi e di lacune, è degno di tutta l'attenzione, data l'età remota cui dovrebbe risalire e la scarsità di altri monumenti che su quella gettino qualche raggio di luce.

Di tutte le questioni, cui può dar luogo, la più facile è senza dubbio quella dell'età giacchè, per quanto concerne il momento di sua pubblicazione, sebbene ci sia giunta imperfetta la *inscriptio* e monco del pari l'escatocollo, abbiamo fortunatamente altri dati che ci possono avviare ad una soluzione soddisfacente.

Dal suo contesto risulterebbe infatti che fu redatto nel mese di ottobre di un anno in cui, regnando a un tempo un Leone e un Costantino corse l'undecima indizione e poiché i nomi di Leone e di Costantino, nella ricorrenza d'una undecima indizione, si videro solo accoppiati sul trono di Bisanzio dal 1° ottobre 727 al 31 agosto 728, è ovvio l'attribuirlo all'ottobre del 727.

Ed eccoci al contenuto.

A traverso l'oscura dizione del documento, aggravata dalla imperizia e dalla negligenza dei successivi trascrittori una cosa appar certa: che il rescritto imperiale trasse occasione da gare sorte pel conflitto tra più aspiranti alla cattedra metropolitana di Grado.

Per metter argine all'acquisto simoniaco dei sacri ordini da parte di chi, per la ignoranza nelle sacre materie, poteva porre l'ortodossia a troppo duro repentaglio, i due imperatori, ossequenti verso le norme e le tradizioni ecclesiastiche e desiderosi che agli alti gradi, ai *culmina* del sacerdozio salissero uomini sacerdotali di soda virtù, di provata prudenza e di sana cultura, avrebbero ordinato al *praesul* e agli altra *mundana*

officia della provincia veneziana di non ingerirsi nella consecrazione dei vescovi: dall'ottobre 727 in là ogni qual volta per la morte dell' *archiepiscopus gradensis* fosse occorso di procedere alla elezione del successore, nessun secolare avrebbe dovuto intrudersi in quell'ufficio (1) riservato ad uomini *ecclesiastici e canonici*: a vescovi, abati, *praesules ecclesiae* e sacerdoti.

Ma fino a che punto è attendibile un tal rescritto? E non potrebbe darsi che ci trovassimo di fronte a un documento apocrifo?

Data la forma sotto cui ci è giunto, priva di ogni carattere di autenticità, possiamo ricavare ben poco vantaggio dai criterii diplomatici; e sono essenzialmente le ragioni storiche, desunte da un diligente raffronto dal suo contenuto con le notizie offerte da altre fonti, che possono indurci ad attribuirgli o a negargli fede.

Certo è però che nella primavera del 1725 la cattedra gradense era vacante per la morte di Donato, il *gradensis praesul* che il 1 dicembre 723 papa Gregorio II aveva difeso dalle usurpazioni giurisdizionali di Sereno patriarca di Aquileia (2). In fatti poichè Pietro, vescovo di Pola, *ab hac*

(1) A me pare che con la voce «intrudersi» possa rendersi a puntino il significato del *se immittere* usato nel documento. Non era già l'ingerenza laica nelle elezioni che si volea assolutamente escludere limitando p. es. la facoltà dell'elezione agli ecclesiastici, ma la occupazione delle cattedre vescovili da parte dei laici. Dei due luoghi, in cui si parla di quest' *immissio* il secondo è il più esplicito parlando addirittura di una *immissio in officio episcopatus*; ma anche il primo non dà luogo a dubbii, poichè l' *immissio* si vieta appunto perchè nessuno *ex mundanis officiis* dovesse col prestigio delle ricchezze *indigne se ad sacrum ordinem praeferre*.

(2) Cfr. MM. GG. HH. *Épistolae* III p. 699. L'edizione del Gundlach rende superfluo il richiamo delle precedenti ristamp e'

luce subtracto Donato gradensi praesule, s'era precipitato su Grado per assicurarsene la successione, il 1 marzo del 725 il papa, costretto a ritornare al suo vescovado malamente abbandonato, esortava i *dilectissimi episcopi* e il *cunctus ...populus Venetiae et Istriae* ad eleggere *concordes et absque elationis fuco* il nuovo antistite, posando la scelta su tale persona che *moribus actibusque polleret et ad exorandum Christum pro populo esset meritis dignus* (1).

Forse la desiderata concordia non si ebbe subito e la vacanza si protrasse per qualche anno già il fatto che la *Chronica de singulis patriarchis Nove Aquileie* (2) ebbe ad attribuire l'epistola or ora accennata di papa Gregorio II a Gregorio III fa supporre che alla sede gradense si sia provveduto solo dopo la morte del primo e l'elezione del secondo. Non forse appunto perchè sapeva che la consecrazione di Antonino era avvenuta dopo l' 11 febbraio 731 il cronista, argomentandolo di poco posteriore all'epistola pontificia che invitava all'elezione del vescovo gradense, la riferì e a Gregorio III e a quell'anno? Il suo errore non fu senza causa e la probabile causa di essa è buon indizio per noi, cui le argo-

la cui notizia potrà agevolmente ricavarsi dalle dotte note con cui il recente editore accompagnò i documenti da lui pubblicati. Qui debbo però notare che, mentre non trovo serio motivo per dubitare della genuinità della lettera indirizzata da Gregorio II a Sereno, credo assolutamente inattendibile, quella intrinsecamente uguale, che il papa avrebbe diretta, dando comunicazione della prima, al *gradensis patriarcha*, al *dux* Marcello, ai vescovi e alla *plebs* di Venezia e d'Istria. Mi debbo scostare alquanto dalla opinione sostenuta dal MONTICOLO, *Intorno alla cronica del diacono Giovanni* in *Bull. Ist. stor. ital.* pag. 181.

(1) MM. GG. HH. *Epistolae Epistolae m. et car. aevi III*, pag. 701 n. 10.

(2) Cfr. MONTICOLO, *Cronache veneziane antichissime*, Roma 1891, p. 13.

mentazioni proposte per sostenere che la nomina di Antonino avvenne nel 725 sembrano poco persuasive. Se non altro dovremmo concludere che dal complesso delle fonti qui discusse non risulta menomamente l'impossibilità che nell'ottobre del 727 la cattedra di Grado fosse ancora scoperta.

Il sigillo di Leone e Costantino non è poi in opposizione con l'epistola di Gregorio II, in quanto pur da questa risulta che il furo dell'ambizione aveva gettato lo scompiglio tra le popolazioni delle lagune suscitando delle gare che erano tanto meno edificanti quanto più erano aspre. Esso aggiungerebbe in più che non pure quelli che erano già suffraganei di Donato se ne contendevano la successione, ma che vi aspirava qualcuno tra i funzionari cui allora era affidato il reggimento della provincia, valendosi all'uopo delle sue influenze politiche e delle sue ricchezze. Ma ciò non è improbabile.

E il possibile accordo fra i due documenti usciti dalla cancelleria pontificia e dalla imperiale vale anch'esso a diradare alquanto l'ombra di dubbio che lo scetticismo metodico dello storico può gettare su un documento il quale, ignoto a tutti i più autorevoli cronisti e storici della repubblica veneta (1), fu conosciuto dal solo Diplovataccio: pur a questa constatazione non deve arrestarsi chi voglia coscienziosamente di-

(1) Il SANUDO e qualche altro storico della repubblica veneta accenna bensì a privilegi concessi a Venezia da Leone e Costantino (cfr. l'edizione recente del MONTICOLO a p. 102) ma non dicono alcunchè intorno al loro contenuto. Solo il LENTZ *Der allmähliche Übergang Venedigs von factischer zu noninieller Abhängigkeit von Byzanz* in *Biz. Zeitschr.* III, p. 64, accenna agli « zahlreichen Eingriffe der oströmischen Kaiser, Leos des Isauriers und Constantinus' Copronymus (717-775) in die inneren venetianischen Verhältnisse wie sie sich bei der Verwaltung des Landes und beispielweise kundtun », ma non accenna al fatto che qui mi accingo ad illustrare.

scutare il problema del come, del perchè e del quando si sarebbe potuto ricorrere ad una artificiosa creazione del rescritto leonino.

Premesso che, se anche falsificazione vi fu, certo non se ne può far carico al Diplovataccio il quale in ogni suo lavoro fu d'una scrupolosità superiore ad ogni sospetto, è da notare che la fonte ond'egli l'ebbe ad attingere fu probabilmente il manoscritto da cui il codice trevisano derivò il nucleo più antico e più prezioso dei suoi documenti, cioè il c. d. *Liber Egnatii* che diede tanta parte alle carte concernenti la sede gradense e i suoi privilegi. Di qui si potrebbe trarre un buon argomento per ritenere che la falsificazione dovette esser fatta in ogni caso in tempi anteriori al secolo undecimo.

Però più indietro si va e più scema la probabilità di una contraffazione.

A questa certo mal si presterebbe il secolo decimo poichè fin d'allora Venezia teneva già troppo alla sua indipendenza, sforzandosi di rimuovere e di far dimenticare quei vincoli di soggezione che già l'aveano legata a Bisanzio, perchè taluno potesse pensare a fingere un documento che porta chiarissima l'impronta di quella invisa egemonia. E a che prò si sarebbe imaginato? Solo il clero poteva avere interesse a crearlo, ma, se pur v'erano dei clerici di manica larga che per la difesa delle libertà ecclesiastiche non avrebbero aborrito dall'arme allora non insolita e men repugnante della mistificazione, il manipolatore non avrebbe forse cercato all'opera sua altra autorità di quella che poteva derivarle dai nomi di due imperatori che la chiesa considerava tra i suoi nemici più formidabili e che pur dai veneziani erano stati validamente combattuti?

Quest'argomento vale anche contro l'ipotesi che il rescritto possa essere stato foggato ad arte in uno dei secoli precedenti: più infatti ci avviciniamo ai tempi della lotta e più

assurda si fa quella già per sè stessa improbabile attribuzione.

Ma noi abbiamo qualche altro dato che rende inverisimile la redazione del rescritto dopo il secolo ottavo. Un veneziano non avrebbe allora omissso di designare il metropolita gradense col titolo pomposo di *patriarcha* che nella trascrizioni de' documenti più antichi cominciava già allora a sostituire alle più modeste designazioni prima usate (1): e invece in esso si parla semplicemente di *archiepiscopus gradensis* come nella biografia di Gregorio III e nella insospettabile epistola che Gregorio III scriveva nel settembre del 731 *dilectissimo patri Antonino gradensi archiepiscopo cum dilectissimis episcopis eiusdem ordinationi sue concilio pertinentibus* (2). Ancora papa Stefano II parlava di un *gradensis ecclesie archiepiscopatus* (3); ma già ai primi del secolo nono (4) si parlava di *patriarcha* e *patriarchatus gradensis* (5), e quel titolo, una volta entrato nell'uso, non doveva essere facilmente

(1) Interessante per questo riguardo è il raffronto che tra le varie versioni della pretesa epistola di Gregorio II al doge Marcello fa il MONTICOLO in *Bull. ist. stor. ital.* n. 9.

(2) MM. GG. HH. *Epistolae* III p. 703 n. 13.

(3) MM. GG. HH. *Epistolae* III p. 710 n. 20.

(4) Il titolo di *patriarcha* è dato già spesso all'arcivescovo di Grado da Paolo diacono: nei documenti ciò avviene per la prima volta riguardo a Fortunato negli atti del famoso placito al Risano.

(5) L'uso di questa designazione è per me, di fronte a documenti che dovrebbero essere anteriori al secolo nono, un indizio di falsificazione integrale o parziale. Così sospetta è fra quelle edite del Gundlach l'ep. 9 e sospettissima l'ep. 14 relativa al sinodo del 731, dov'è caratteristico il vedere come gli *iura gradensis praesulis*, cui accennava la genuina epistola di Gregorio II a Donato, si siano mutati nei *gradensis iura patriarche*: invece nell'ep. n. 6 (642-649) probabilmente fu mutato solo l'indirizzo. Va da sè che, messo su questa via, non mi è possibile credere nell'autenticità degli atti del sinodo gradense attribuito al 3 novembre 579 e della

tralasciato da chi, come veneziano, certo teneva molto a quella *praerogativa augusta et rara* (1) che metteva Venezia ad una stregua con le sedi di Roma, Costantinopoli, Alessandria, Gerusalemme ed Antiochia (2).

Il titolo di *archiepiscopus* dunque non ha in sè nulla di dubbio (3), e per gli altri esempi che già recammo del suo uso e perchè certo fin dal secolo settimo la sede di Grado era metropolitana (4) Nè può esser sospetto l' accenno a una *provincia Venetiarum* senza ricordar l'Istria. Che sulla fine del secolo ottavo l'Istria e la Venezia formassero una sola provincia fu infondatamente affermato da più scrittori: ma già il Mayer ha fatto ragione di codesto errore. E qui mi

bolla di Pelagio II. A questo proposito debbo avvertire che nel ms. del Diplovataccio a c. 276 è detto che « *Hec omnia que in synodo facta sunt Tyberio Augusto patefaia (leggi patefacta Imperiali decreto confirmata fuerunt ab eo)* »: per una svista, che è scusabile essendo stato il mio lavoro sul Diplovataccio composto a Sassari senza la possibilità di un diretto confronto col manoscritto, mi avvenne di segnare in esso come integralmente riportato un documento che in realtà è soltanto accennato. Mi correggo qui richiamando l'attenzione su quel ragguaglio che, per quanto io so, non è dato da altro cronista.

(1) Cf. J. E. n. 4915.

(2) Curioso è il fatto che ancor nel secolo undecimo il patriarca d'Antiochia si ostinava a non voler riconoscere all'antistite gradense, che chiamava *ἀρχιεπίσκοπος Γρανέσης ἤτοι Ἀκυλιᾶς* il titolo di patriarca. Cfr. COTELIER, *Eccl. graec. Mon. Parisiis*, 1681, II, p. 112-116.

(3) Fin dal 628 Onorio II concedeva a Primogenio di Grado li *pallii benedictio*; cfr. MM. GG. HH. *Ep. m. et ecar. evi* III p. 695.

(4) Il titolo del nuovo patriarca fu primamente quello di *patriarcha gradensis* e così durò per ben due secoli. Solo nella seconda metà del secolo decimoprimo questa intitolazione fece luogo all'altra di (*patriarcha Venetiae* (JAFFÉ, *Bibl.* V p. 31) o di *patriarcha venetu* (GALLICCIOLLI, *Mem. ven.* IV, 40-41).

limite a ricordare che anche in una epistola di pochi decenni posteriore ai tempi di cui ci occupiamo, papa Stefano II distingueva la *provincia Venetianum* dalla *provincia Istriae* (1).

Sono tutti argomenti questi che, se pur non sono decisivi, sembrano nondimeno abbastanza rilevanti a favore della genuinità del documento e contr'essi non giova l'allegare, che dimostrando persistenti le buone relazioni tra Venezia e l'impero nell'autunno del 727, si trovi in aperto contrasto con ciò che anche i più autorevoli storici ripetono sul tempo in cui le nostre popolazioni apertamente e con forze concordi alzarono il vessillo della ribellione contro gl'imperatori bizantini; io penso piuttosto che il nostro documento possa servire ad una revisione critica dell'opinione comune.

E mi domando anzitutto: non poggia essa forse su un edificio congetturale? E le basi di esso sono realmente salde!

La risposta da parte mia non può essere affermativa: poichè, rileggendo, le pagine del *Liber pontificalis*, che sono fondamentali per la ricostruzione della storia di quel periodo tumultuoso, mi parve che a deduzioni cronologiche non offrano degli elementi troppo sicuri.

L'ordine degli avvenimenti non vi è sempre esposto secondo la loro successione, ma spesso nella vita di Gregorio II è anticipato quello che si sarebbe dovuto metter poi e viceversa è messo dopo quello che si sarebbe dovuto raccontar prima (2).

(1) MM. GG. HH. *Ep. m. et car. aevi* III p. 715 n. 21. E anche l'epistola di Gregorio II fu diretta *a deo servato populo Venetiae seu Istriae*: il *seu* non è copulativo, ma discretivo. Il *Chron. de sing. patr. Nove Aquileia* invece parla ripetutamente di una provincia *Histriarium et Venetiarum* e di *episcopi Venetiarum et Istriensium*.

(2) Senza dubbio ciò che la biografia di Gregorio II narra in fine delle stragi costantinopolitane e della epistola pontificia in difesa delle immagini e della deposizione di Gennaro si riferisce ad avveni-

Ond'io mi chieggo se veramente i fatti che narra sieno avvenuti tutti immediatamente dopo la pubblicazione del primo editto contro le immagini cioè nel 726 (1) o se alcuni fra essi, i più gravi, non abbiano invece avuto luogo dopo la pubblicazione del secondo. È una questione che finora non fu posta nei suoi giusti termini e che merita di essere profondamente studiata.

A me, come già al Muratori, parrebbe che i moti dal Duchesne posti avanti al 726 e considerati come una conseguenza del fiscalismo bizantino (2) fossero invece le prime avvisaglie del conflitto che l'eresia imperiale suscitava fra le popolazioni italice legate al papa nella difesa delle teorie ortodosse. Non solo cioè con epistole avrebbe Gregorio II cercato di ricondurre l'autocrata costantinopolitano in quella ch'era per lui la retta via rivendicando al pontefice e alla chiesa il diritto di definire in materia di dogmi (3): ma

menti anteriori a quelli narrati a proposito di Eutichio. Si potrebbe anche dubitare che ad Eutichio volesse alludere il biografo scrivendo che dopo Paolo *spatarius missus est alter ut pontifex a sua sede amoveretur*, ma d'altro canto quello *spatarius* potrebbe anche esser stato un nuovo inviato pel reggimento del ducato di Roma: così quando si ammetta che Pietro non fosse duca di Roma, ma il successore di Esilarato in un ducato della Campania.

(1) Per questo la data di promulgazione sembra abbastanza sicura in base alla notizia di TEOFANE (*Chron.* ed. Bonn p. 404) che l'attribuisce al decimo anno di Leone. Poichè questo sali al trono nel 716 (cfr. SCHENK, *Kaiser Leo III*, Halle 1880 p. 18), è ovvio che si deve attribuire al 726. Cfr. SCHWARZLOSE, *Das Bilderstreit*. Gotha, 1890, p. 51 e sgg. e BREHIER, *La querelle des images*, Paris, 1904.

(2) Cfr. DUCHESNE, *Les premiers temps de l'état pontifical*. Paris 104 p. 7 e soprattutto *Le liber pontificalis*, Paris 886, p. 142, n. 25.

(3) All'esistenza di queste lettere accennano con indubbio ragguaglio e il *Liber pontificalis* e TEOFANE; e si credette di poterle

avrebbe ricorso anche a mezzi più stringenti, suscitando ad arte delle manifestazioni popolari che dovevano essere per un reggitore intelligente il monito di ben altre possibili difficoltà; tra esse forse fu il diniego dei tributi. Il biografo pontificio non dice il vero movente di questo, ma Teofane, che pur parla di esso, lo dà invece apertamente come una conseguenza della resistenza imperiale ad ascoltare le esortazioni che il papa gli rivolgeva in nome della vera fede.

In quei primi tempi la ribellione si limitò essenzialmente al territorio romano dove si svolsero i maneggi tenebrosi delle congiure che la vita di Gregorio II rievoca con linee esagerate ma non del tutto fantastiche. L'impero le tollerava e le aizzava onde il biografo vorrebbe che delle macchinazioni del duca Basilio, dal cartulario Giordano e di Giovanni Lurione fosse conscio e partecipe lo stesso Marino, lo *spatarius* che Leone avea mandato a Roma per sostegno della causa imperiale e che difficilmente può credersi un semplice duca di Roma, mentre appunto come conseguenza della sua *recessio* è dato l'invio di un nuovo esarca nella persona di Paolo patrizio, il quale riaccese le cospirazioni prima sventate senza ottenere un miglior esito, chè una sollevazione popolare portò l'uccisione di Giordano e di Giovanni Lurione e la forzata monacazione di Basilio.

Le altre provincie bizantine dovevano essere invece abba-

riconoscere nelle due epistole attribuite a papa Gregorio *δίαλογος* che furono comunicate al SIGONIO dal gesuita FRONTON LE DUC. La loro genuinità fu combattuta dal DUCHESNE, *Lib. pontif.* p. 409; dallo HARTMANN *Unt.*, p. 151-134 e *Gesch. Ital.* II, p. 2 p. 118; dallo SCHWARZLOSE, *Das Bildenstreit* p. 113-121; dal GUECARD, *Le lettres de Gregoire II a Leon l'Isauric* in *Mélanges d'archéologie et d'histoire* X p. 44 sgg.; dal MONTICOLO in *Bull. ist. stor. ital.* n. 9; ma ne tenta ora una riabilitazione il MAYER, *Die Schenkungen Constantinos u. Pipins*, Tübingen p. 11, estr. dalla *Deutsch. Zeitschr. f. Kirchenrecht.*

stanza quiete poichè da Ravenna l'esarca Paolo poté mandar truppe contro Roma e contro il pontefice, alleato con Liutprando, che dalla difficoltà in cui si trovava l'impero avea ben saputo trar profitto per arrotondare i propri domini movendo a un tempo i propri eserciti contro Ravenna e Classe (1) e contro l'Umbria e il ducato romano prendendo Sutri: non senza segrete intese cencinquanta giorni dopo la presa di questa città egli l'aveva resa sotto forma di donazione a S. Pietro e S. Paolo, primo nucleo d'un dominio temporale da parte dei pontefici e ora presso ponte Salaria le milizie unite dei romani e dei longobardi attendevano il soprovvenire dell'esercito bizantino e si apprestavano a sconfiggerlo (2).

Sopraggiungeva allora a rinfocolare gli odii un altro editto imperiale, il quale ordinava che *nulla imago cuiuslibet sancti aut martyris aut angeli ubicumque haberetur* e poneva al pontefice l'insultante dilemma, onde *si acquiesceret gratiam imperatoris haberet et si hoc fieri praepediret a suo gradu decideret* (3). Che non fosse il primo risulta da ciò che l'opposizione pontificia contro l'esarca Paolo si era già legittimata perchè egli voleva *suīs opibus ecclesias denudare sicut in caeteris actum erat locis*: quella *denudatio ecclesiarum* può essere interpretata altrimenti che come una spogliazione degli

(1) Dal *Lib. pont.* e da Paolo diac. VI. 49 parrebbe che Ravenna fosse stata assediata, ma non presa, mentre Classe sarebbe stata invasa e distrutta. La espugnazione di Ravenna è invece presupposta dalla seconda fra le epistole apologetiche attribuite a Gregorio II: e parrebbe anche da Agnello p. 376. L'editore nota però che sia il *vicus salutaris* sia il *vicus leprosus* erano propriamente in Classe. Ad ogni modo, se pur Ravenna fu occupata, dovette essere subito ripresa, poichè l'esarca la faceva sempre base delle proprie operazioni.

(2) Cfr. HIRSCH, *Il ducato di Benevento sino alla caduta del regno longobardo*, vers. Schipa Torino 1890 pp. 8 e sgg.

(3) Cfr. *Lib. pont.* p. 403.

ornamenti figurativi che l'imperatore Leone voleva distrutti? Ma se quello fu il secondo editto che, se stiamo a Teofane, venne pubblicato dopo la deposizione del patriarca costantinopolitano Gennaro, poichè tra questa e la nuova nomina di Anastasio e la convocazione del sinodo tenuto sotto la costui direzione per accedere alle idee imperiali dovette correr del tempo, non potè esser stato spedito che nella primavera del 730 (1).

Il pontefice rianimò allora i popoli a non obbedire la *profana iussio* e la rivolta scoppiò più violenta, più larga, più minacciosa. Se pur non li mosse l'idea di staccarsi dall'impero, ben ebbero quella di sostituire un altro imperatore a colui che l'eresia aveva reso indegno dello scettro: non solo si negava ossequio a Leone, ma a quelli che, reggendo le provincie italiche in suo nome, doveano essere ministri del suo volere.

All'esecuzione di questo si adoperavano a tutt'uomo l'esarca Paolo in Ravenna, donde il vescovo stesso aveva dovuto fuggire, in Napoli o nella Campania e il duca Esilarato il duca Pietro (2) che si vuol romano; ma neppur essi valsero ad infrenare il torrente impetuoso della rivoluzione: anzi ne furono vittime, questi sotto le mura di Roma, quello sotto le mura di Ravenna. Scacciato dalla città in una memoranda lotta che forse si svolse il 29 giugno 730 ne' campi di Co-

(1) Sui calcoli cronologici di Teofane e sulle rettifiche che bisogna fare ad essi dal 727 al 776 cfr. le osservazioni dell' Huber in *Bizant. Zeitschr.* VI pagina 491 segg. e *Rev. hist.* LXXIX pagina 243 sgg.

(2) Pietro secondo il *Lib. pont.* p. 403 potrebbe anche esser il successore di Esilarato essendo stato eletto *post hunc occisum*.

riandro (1), l'esarca rimaneva infatti soccombente di fronte ai ribelli e nella mischia perdeva la vita (2).

Che avvenne intanto in Venezia? (3)

(1) Cfr. Agnello p. 377: invece di Monstratico doveva forse leggersi originariamente *Paulum stratico*?

(2) Secondo me dovrebbe esser posteriore al 730 la dedizione del Frignano, di Monteveglio, di Persiceta, della Pentapoli e d'Ossimo a Liutprando: onde l'invio di Eutichio che cercò appunto in un'alleanza con Liutprando i mezzi per resistere al pontefice, alleanza elisa poi dal pontefice stesso. Il GAUDENZI in *Bull. Istor. stor. ital.* n. 22 p. 81 ritiene invece che ciò sia avvenuto nel 728.

(3) A papa Gregorio terzo e non al secondo va senza dubbio riferita l'epistola diretta all'arcivescovo Antonino perchè l'esercito veneziano movesse in aiuto di Ravenna per strapparla alla *neccidenda gens longobardorum* e restituirvi l'esarca che ne era fuggito cercando riparo in Venezia (cfr. MM. GG. hh. *Bsp. mer. et car. aevi* III p. 702 n. 12) e a lui dovrebbe anche riferirsi di conseguenza quella che secondo Andrea Dandolo sarebbe stata scritta in termini analoghi al doge Orso (Ib. n. 13). Ma questa è senza dubbio suppositizia, come già vide il MARTENS, *Gesch. d. long. Reichs unter Liutprand* Heidelberg 1880 p. 69, che però ebbe torto di coinvolgere nei sospetti anche la prima: le difese che vollero farne il WEILAND in *Zeitschrift f. Kirchenrecht* XVII p. 373, il DIEHL, *Et. sur l'administration byzantine dans l'exarchat de Ravenne* Paris 1888 p. 377 n. 5; il CIPOLLA in *Arch. ven.* XX p. 167, 171, il MONTICOLO in *Bull. Istor. ital.* n. 9 p. 184 sgg. e in *Arch. soc. rom. st. pat.* XV. p. 324 e sgg e XVI. p. 249-270, il GUNDLACH in *Neues Arch. f. Geschichtskunde* XVIII. p. 640 non mi sembrano perentorie e mi par quindi di dover seguire l'opinione intermedia che sostennero già, distinguendo per le due epistole, l'HARTMANN, *Untersuchungen sur Gesch. d. byz. Verwaltung in Italien* Leipzig 1889 p. 129-131, il COHN, *Die Stellung d. byzant. Statthalter in ober u. mittel-Italien* Berlin 1889 p. 30 n. 3; il PINTON, *Veneziani e longobardi a Ravenna* in *Arch. ven.* XXXVIII p. 76 e *Le donazioni barbariche ai papi* Roma 1890 p. 42-51: il LENTZ, *Das Verhältniss Venegdis zur Byzans nach*

I veneziani, partecipi della rivolta, s'erano rifiutati anche essi di riconoscere le *ordinationes* fatte dall'esarca. Ma non è a credere che, eleggendo da sè il proprio *dux*, riformassero radicalmente gli ordini antichi: già il fatto che la vita di Gregorio II parla di un *exercitus veneticus* fa supporre che fossero organizzati in un ducato, la cui sede potè essere benissimo Eraclea. Ma la novità che allora si ebbe fu l'essersi proceduto dal popolo alla nomina del magistrato militare-civile che prima era fatta certamente dall'esarca.

Lo scetticismo del Cohn che avrebbe voluto relegare nel dominio delle favole tutto ciò che i cataloghi dei dogi veneziani e Giovanni diacono e Andrea Dandolo narrano intorno

dem Fall d. Exarchats, Berlin 1891; il MEYER, *Die Spaltung d. Patriarchats Aquileja* nelle *Abbandl. d. Gotting Geselsch.* ser. nuova vol. II, il KIRSCHMAYR, *Gesch. d. Vened.* p. 419. La lettera ad Antonino, non essendo troppo validi gli argomenti con cui la si volle dimostrare anteriore al 735, va attribuita senza dubbio alla fine del pontificato di Gregorio o al 740-741, come sostenne già il PINTON in *Arch. ven.* XXXVIII. p. 372-380 e sostiene ora l'HODGKIN, *Italy and her invaders* Oxford 1895 VI pp. 505 508. L'impresa su Ravenna fu forse di qualche po' posteriore. A me sembra che si sia a torto contesa ogni fede al racconto di Giovanni diacono, che attribuiva il ricupero di Ravenna agli aiuti del *magister militum* Gioviano, per dar invece la preferenza al racconto del Dandolo che l'attribuiva al doge Orso, così che, collocandosi il dogado di questo col Dandolo stesso tra il 726 e il 737 dovesse dedursene che proprio avanti il 737 e anzi avanti il luglio del 745, in cui Ildebrando nipote di Liutprando, fu accanto a questo sollevato all'onore del trono, fossero avvenute l'espugnazione di quelle città e la cattura d'Ildebrando stesso e del duca Peredeo che ne dirigevano la difesa: già il posto che l'accenno alla liberazione di Ravenna occupa nella biografia di Gregorio III rende poco probabile quella data. Ma parmi che un altro buon argomento possa trarsi da una notizia di AGNELLO [MM. GG. HH. *Script. rer. lang.* p. 378] che fu sin qui quasi

ai tre primi duchi superò veramente il segno di ogni discrezione. Poichè, se pur è lecito dubitare della esattezza delle affermazioni del Dandolo che attribuisce la istituzione del ducato ad un'assemblea, la quale *simul cum patriarcha episcopis* avrebbe determinato *per comuni consilio quod dehinc honorabilius esset sub ducibus quam sub tribunis manere*, non è punto certo che la serie dei dogi si debba iniziare soltanto dalla rivolta dei veneziani contro l'imperatore Leone cioè dal 726 o dal 730. La tradizione combattuta trova appoggio in documenti irrefragabili come i così detti *pacta* imperiali che attestano aver Venezia veramente obbedito ad un duca Paoluccio e ad un

inosservata o malamente interpretata. Egli nella vita di Sergio dice che la città di Ravenna sarebbe stata per qualche tempo *vexata a longobardis et veneticis*: qual portata daremo noi al suo ragguaglio? Il KRETSCHMAYR, che ben ne vide l'importanza [pag. 419] pensa che la *vexatio a longobardis* si riferisce all'espugnazione di Ravenna da parte di Liutprando, la *vexatio a veneticis* alla nuova espugnazione che la ritornò a Bisanzio; ma è ben strano che il cronista segnasse come una *vexatio* quella che fu in realtà una *liberatio*. Non potendosi credere che la menzione dei venetici sia stata fatta a vanvera, Agnello volle invece realmente accennare ad un'azione ostile sostenuta in comune dai longobardi e dai veneziani. E non è forse verosimile che il nuovo doge, creato quasi per rappresaglia contro l'impero, abbia cercato nell'amicizia longobarda un appoggio di fronte a questo? Certo in ragioni politiche va trovata la causa della violenta sua morte la quale segnò probabilmente il trionfo di un indirizzo più ossequente a Bisanzio. Il ritorno ai *magistri militum* non fu già, come vollero far credere posteriori e artificiose tradizioni, il risultato d'una libera determinazione delle assemblee locali, ma dovette essere imposto *manu militari* dai bizantini che riaffermavano il loro dominio sulle lagune: in esse, fatte omai sicure, poteva allora riparare Eutichio e prepararsi ad una rivincita in cui la partecipazione delle navi veneziane fu quasi una espiazione del contegno d'altri tempi.

magister militum Marcello prima che la rivolta scoppiasse (1). Marcello succedette senza dubbio a Pauluccio quando già Liutprando regnava da qualche anno e scomparve dalla scena politica nel tempo in cui più ferveva la lotta pel culto delle immagini. Appunto per la sua deposizione o per la sua morte

(1) Sono senza dubbio note al lettore le questioni cui diede luogo il capitolo del patto di Lotario I (MM. GG. H. H. Capitol. II p. 223) il quale statuiva *de finibus civitatis Nove ut sicut a tempore Liutprandi regis terminatio facta erat inter Paulitionem ducem et Marcellum magistro milite, ita permanere deberet secundum quod Aistulfus ad... Civitatinos novos largitus est*. I cronisti veneziani parlano di trattati corsi tra il dogado di Venezia e il re longobardo; ma la dizione del documento parrebbe prestarsi piuttosto ad indicare un trattato tra il doge e il *magister militum*, bizantini entrambi (Cfr. HARTMANN, *Unters. üb. byz. Verw.* p. 53; *Gesch. Ital.* II. p. 2 p. 120-121 n. 53; LENTZ; *Verhält. Venedigs zu Byzans* p. 4) onde il FANTA in *Mitt. Inst. öster. Geschichtsforsch.* Ergänzungsband. I p. 85-89 e 122 e il KRETSCHMAYR, *Gesch. Ven.* p. 418 pensarono quindi, mantenendosi fedeli alla tradizionale interpretazione, che la locuzione del *pactum* sia stata corrotta dalle successive trascrizioni. Io mi domanderei invece se per avventura l'*inter* non avesse qui il significato di « sotto ». In tal caso noi trarremmo dall'interessante ragguaglio la conclusione che i Veneziani ebbero coi longobardi tre trattati l'uno stipulato con Liutprando dal duca Pauluccio; l'altro con Liutprando stesso dal *magister militum* Marcello; il terzo con Astolfo da un doge di cui non conosciamo il nome, ma che fu probabilmente Diodede, il figlio di Orso, e allora Marcello dovrebbe credersi un successore di Pauluccio e non già, come parrebbero ammettere lo GFRÖRERE, il CIPOLLA, un ufficiale subordinato al *dux* o, come invece sostengono li COHN, lo HARTMANN, il LENTZ, un ufficiale a lui superiore che dovrebbe ravvisarsi nel *magister militum* dell'Istria. Le eccezioni opposte del MAYER, *Die dalmatinische Municipalverfassung im Mittelalter* Weimar 1903 (estr. della *Zeitsch. d. Sav. Stift.*) p. 48 n. 1. all'unione tra Venezia e l'Istria sostenuta dal Cohn mi sembrano gravissime: e anch'esse suffragano la mia ipotesi. Quella del

i veneziani furono tra i popoli che *ducem sibi eligerunt spernentes ordinationem exarchi* (1).

Disgraziatamente sulla costituzione veneziana nel secolo ottavo anche il nostro documento non porta la desiderata luce: solo sotto la designazione del *praesul* noi potremmo credere che si volesse designare il doge e che tra i *mundana officia*, che il rescritto ricorda accanto ad esso, fossero i *tribuni* che reggevano le singole isole. Ma è sempre una ipotesi.

Meglio può esso aiutare l'opera del critico nella valuta-
KOHLSCHUTTER, *Venedig. unt. Herzog Peter II.* Leipzig 1868, che credeva il *magister militum* un ufficiale longobardo fu già ragionevolmente respinta, nè val la pena di ridiscuterla.

(1) Nemmeno a me è però possibile di fissare con precisione il termine *a quo* dell'istituzione del dogado che il *Chron. ven.* [MM. 99. 44. *Scriptores* XIV. p. 13] e il *Chron. grad.* farebbero risalire fino al vescovado di Elia attribuendo al doge l'investizione dei prelati preposti alle sedi episcopali da quelle fondate nel 578. Le date proposte, indipendentemente da questo anacronistico ragguaglio, dai migliori fra i più antichi cronisti veneziani non hanno una base sicura. Quella del 697 avanzata del Dandolo fu ottenuta sottraendo dal numero dell'anno in cui, a suo avviso, nel furore delle lotte per le immagini, sarebbe morto il secondo doge, il numero degli anni in cui avrebbero regnato Pauluccio [20 anni 6 mesi 9 giorni] e Marcello [9 anni e 21 giorni] ed è ancora la migliore, mentre quella del 712, proposta da Giovanni Diacono e derivata da uno scambio colla data dell'elezione di Liutprando a re dei longobardi in base alla constatata contemporaneità fra lui e il doge Pauluccio, urta contro gli altri dati offerti dallo stesso cronista che, come il Dandolo, attribuisce a Pauluccio un governo ventennale e a Marcello un governo, non già di nove, ma di diciotto anni. Da errori di calcolo o da varianti nei cataloghi di dogi adoperati dai cronisti provennero anche la data del 706 offerta da Enrico Dandolo [sec. XIV] e quella del 703 data del ms. marc. it. VII. 2051 a. c. 41. È notevole che il *Chron. Iustin.* differenziandosi da tutti i precedenti autori, dai invece la data del 660. Cfr. SANUDO, *Vita dei dogi* [ed. Monticolo] p. 99.

zione dei sistemi che il comune veneziano ebbe originariamente ad adottare nelle sue relazioni con la chiesa e i clerici. Gravi deficienze metodiche permisero finora nell'apprezzamento di essa un soverchio soggettivismo e si poterono sostenere con ugual calore le più disparate sentenze raffigurandola a capriccio o ispirata ad una devota ossequienza alla fede cattolica ed alle autorità ecclesiastiche (1) o dominata da un sentimento quasi ostile al clero (2). La via battuta fin qui fu insidiosa specialmente perchè non si badò a dovere che una retta interpretazione dei fatti offerti a tal proposito dalle cronache e dai documenti poteva solo aversi fissando anzitutto il punto di partenza da cui mossero i reggitori veneziani e determinando poi come i principii originariamente seguiti si sieno conservati o modificati od eliminati per l'esplicarsi di nuove tendenze in base a condizioni nuove (3). Anche la politica ecclesiastica veneziana ebbe infatti i suoi precedenti, alla cui stregua bisogna appunto giudicare di quelle più salienti manifestazioni che ci segnalano i cronisti e che, lungi dal servire di per sè come punti di appoggio per concludere alle regole generali, costituiscono per lo più delle deviazioni dalla linea normale di condotta in periodi acuti di conflitto (4). Il nostro documento ci

(1) Cfr. SANDI, *Principii di storia civile della repubblica di Venezia*. Venezia 1755 I p. 180 e MOLMENTI in *Nuova Antologia* (1900).

(2) Cfr. GFRORÈR, *Storia di Venezia dalla sua fondazione fino all'anno 1084* Venezia 1874 estr. dell'*Arch. ven.* e MONTICOLO, *I manoscritti e le fonti della cronaca del diacono Giovanni* in *Bull. ist. stor. ital.* p. 316.

(3) Dalla pecca qui lamentata non è immune neppure il recente e pur lodato e lodevole lavoro del ROSSI, *Studi di storia politico-ecclesiastica veneziana anteriore al mille*. Bologna 1901 ora riprodotto suoi *Studi storici*. Bologna 1905.

(4) Qualunque sia il giudizio che dall'aspetto della opportunità

avverte che quei precedenti da considerarsi come termini di rapporto devono ricercarsi non già in occidente, ma in oriente. Del diritto ecclesiastico bizantino il veneziano è senza dubbio una figliazione.

Pur resta sempre ad indagare se ed in quanto il tipo derivato rimase legato a quello onde si svolse. E lo svolgimento forse non seguì sempre una linea costante ed è troppo arduo e pericoloso il voler riassumere il vario atteggiarsi della politica veneziana in una formola unica. Certo quelle sinora proposte non reggono alla critica e dal documento nostro riceve

politica può darsi intorno alla resistenza del doge Orso a papa Giovanni VIII, è vero che si fece qualche strappo alle tradizioni e che il torto non stava tutto dalla parte del pontefice. Certo dalle epistole di questo, che puoi veder raccolte dal Monticolo nel *Bull. Ist. stor. ital.* n. 9. p. 316 sgg., non risulta che la Chiesa avesse fin d'allora delle velleità insopportabili di predominio di fronte allo stato. Nell'epistola con cui il papa chiedeva al doge che non fosse da lui ostacolata l'obbedienza dei vescovi venetici alla istruzione da lui impartita giusta i *divina praecepta* e le *canonicae sanctimes* [ibid. n. 1], limitava la propria autorità alla *res ecclesiasticae* e, distinguendo gli interessi spirituali della chiesa dagli interessi mondani, dichiarava di non voler ledere per questi la competenza del doge: fin qui non v'era dunque disaccordo con le teorie generalmente accolte intorno alle delimitazioni della sfera di azione dello stato e della chiesa. Ma l'azione del doge Orso dovette esser mossa da ragioni politiche contingenti più che da una questione di massima in rapporto al sistema di quelle relazioni e probabilmente la mancata consacrazione di Domenico abate di S. Ilario fu solo il pretesto per lo scoppio di una male repressa ostilità contro il patriarca Pietro invisio al popolo. Anche i più influenti fra i suoi suffraganei erano coinvolti in essa e pur Felice di Malamocco e Pietro d'Equilo non esitavano ad essere per lui *ingrati* ed *inhumani*: non meno significativo è il fatto che gli era ostile, come il capitolo di Torcello così quello di Grado [ibid. n. 4], Esortando i prelati veneziani *ne persona quilibet sibi posset silen-*

un nuovo colpo anche lo schema che il Dandolo, con sottile considerazione di tutti gli indizii conferenti all'uopo, volle proporre nel suo *Chronicon maius*. Il Rossi ebbe veramente ragione di opporsi a coloro che lo volevano prendere, anche in questa materia, come « un' autorità assoluta e indiscussa » facendo delle sue costruzioni il fondamento di una esatta rievocazione dell' antica politica ecclesiastica veneziana poichè sotto la suggestione di un preconcetto politico egli applicò indubbiamente al passato le idee più liberali dei suoi tempi. La pubblicazione degli statuti civili di Enrico Dandolo rivelò già a quali fonti egli attingesse la limitazione segnata alla giurisdizione ecclesiastica di fronte alla civile (1): il documento attuale potrebbe gettare il dubbio anche sui ragguagli concernenti l'iniziativa dogale nella convocazione dei concilii e nella elezione dei prelati negando l'asserto che *absque ducalis throni auctoritate dignitatum spiritualium electio fieri non posset* (2) sebbene di fatto, pur contro il diritto, le autorità laiche già si sforzassero di conseguire un tal risultato.

tium imponere [ibid. n. 5] il papa accennava a possibili violenze da parte del doge a sostegno di quel Domenico che, se veramente era pei canoni ineleggibile, doveva trovar però largo motivo di favore nella sua attitudine rispetto al partito dominante: il doge non operava di solo suo capriccio e senz'essere spalleggiato da largo consenso di popolo. Ma per ciò le pratiche pontificie, intese a ristore la *metropolitica* dignità *corrupta*, rimasero a lungo inascoltate bench'egli affermasse di non volere la *ruina* o la *minoratio* dei ribelli, bensì la *reformatio pacis* [ibid. n. 9]: i reggitori veneziani e il partito su cui erano appoggiati non erano troppo convinti che la ristabilita autorità del patriarca fosse davvero di pace apportatrice. Vedi a proposito di questa contesa le pagine del Rossi, op. cit. p. 30.

(1) Cfr. BESTA e PREDELLI, *Gli statuti civili di Venezia anteriori al 1422* Venezia 1901 (estr. dal *N. Arch. ven.*) p. 26-27 e 126.

(2) DANDOLO, *Chron.* in *Rer. Ital. Script.* XXII. c. 262.

DELLA
PATRIMONIALITÀ DELLA PRESTAZIONE

NELLE OBBLIGAZIONI CONTRATTUALI

MEMORIA

DEL

D. F. QUIRINO DE VINCENTIIS

Dopo che il Perozzi ebbe « dato (1) il forte colpo alla necessità che l'obbligazione avesse valore pecuniario, e dopo che il Carusi (2) ebbe espressi i suoi dubbi su alcune delle principali conclusioni a cui era pervenuto quell'insigne romanista, ripresi in esame la questione. Posso dire fin da ora che mi son convinto non essere *l'interesse pecuniario della prestazione* tal frase che « interpretata largamente fa di tutti gli obblighi un'obbligazione ed interpretata restrittivamente ridurrebbe la categoria delle obbligazioni a pochissimi casi, in contraddizione con le leggi, con la giurisprudenza, con le esigenze sociali e persino con la volontà della scienza stessa (3) ».

Il dire che per danaro si può aver tutto non corrisponde a verità sociali e giuridiche, nè pel diritto romano, nè per l'intermedio, nè pel moderno: vi sono e vi sono sempre state cose e fatti inestimabili.

Nè è necessario ammettere che la prestazione mantenga un'eguaglianza di tipo e di utilità e che questa figura sia oggetto usuale di contratti a danaro, così da potersi parlare rispetto ad essa di mercato, perchè « la frase » trovi logica ed esatta spiegazione. Anche ammettendo la serie discendente, di cui parla il Perozzi, a partire da quelle pre-

(1) *Le obbligazioni rom.* p. 26 e seg.

(2) *Sul concetto dell'obblig.* negli « Studi in onore di V. SCIALOIA ».

(3) PEROZZI, op. cit. p. 26.

stazioni che presentano la massima stabilità di tipo, di utilità e di commerciabilità, sino a venire mano a mano a quelle « rispetto alle quali si perde sin l'ombra dell'idea ch'esse abbiano un valore pecuniario per esser nuove del tutto », non si può dire che proprio a questa serie debba far capo il legislatore ed il critico. Non bisogna trincerarsi nel campo dell'astratta teoria, ma solo procedere ad una determinazione confacente con le esigenze della pratica e con quelle del sistema. E questa configurazione di serie discendente è proprio dell'astratta teoria, della speculazione non giuridica; non è datostrarci tanto da dimenticare quella norma che deve guidare ogni giurista ed ogni legislatore: la costante rispondenza cioè del principio con la realtà da governare. E la realtà è rappresentata nel caso speciale dalla serie discendente di cui parla il Perozzi, arrestantesi però ad uno scalino precedente a quello ove sono le prestazioni, del tutto nuove e per le quali sin l'ombra dell'idea che abbiano un valore pecuniario si perde ». Queste sono tutelate dal diritto in altro modo che con la necessità racchiusa nel principio che la prestazione debba avere valore pecuniario. È alla maggior frequenza dei casi, a quelli che più han bisogno di una tutela giuridica che il legislatore di tutti i tempi ha posto mente: alla consuetudine del vivere civile, alla pratica più frequente di contrattazioni circa prestazioni, per dir così « nuove », sono affidate l'estendere la cerchia dell'applicabilità di un qualsiasi principio e, magari, la sua correzione. Nè poi è giusto combattere l'interpretazione determinata dall'uso, dicendo che *usa vendere tutto ciò che usa donare*: la frase per essere troppo comprensiva è inesatta, in quanto occorre por mente non solo alle condizioni ed alle consuetudini generali, di tutti coloro che devono obbedire ad un principio di diritto positivo, ma anche alle consuetudini ed alle condizioni speciali di coloro che, vigendo il principio, si sono obbligati. Epperò il dire che la famosa pro-

messa di un valzer data da una signorina ad un giovanotto suole trovare un corrispettivo nel danaro per « certe signorine che frequentano i balli pubblici delle grandi capitali » aggiunge nulla al fatto in quistione, rappresentando quest'ultima consuetudine quell'iniziato, spontaneo e speciale allargamento, di cui parlavo, dell'applicabilità del principio e non una norma generale, perchè tale uso è solo ristretto a « certe signorine » di « grandi capitali », ma non al maggior numero delle signorine. Non c'è nulla d'assoluto. E d'altra parte infine non può assolutamente tenersi presente « la ripugnanza che esercita alla coscienza sociale l'offrire o l'accettare un compenso in danaro per una certa prestazione ». Il Perozzi stesso riconosce che, « se il pattuire un compenso renderà il contratto *immorale*, questo sarà nullo per la sua immoralità », e tien presente un contratto *morale* e si chiede perchè dovrebbe escludersi la validità del contratto stesso « quando la prestazione possa essere utile, per quanto o in generale o nel caso concreto un compenso sembri ripugnare ad esso. » Ma non s'avvede che a questo modo egli stesso fa una quistione di opportunità, per cui, messa in salvo la moralità del contratto e l'intenzione delle parti di obbligarsi giuridicamente, è lasciata all'iniziativa delle parti stesse ed all'acume del giudice e del critico ogni altra determinazione di validità? E se domani il critico *onesto* — citerò l'esempio dello stesso Perozzi — troverà onesto lo scrivere una recensione elogiativa di un libro del quale pensa bene per un compenso promesso dall'autore, accertata che sia la moralità del rapporto sulla base dell'onestà del convincimento immutato (anteriormente e posteriormente alla conclusione del contratto con l'autore) del critico sul libro, si dirà che un nuovo campo alle contrattazioni si è aperto. Tutto ciò che non è vietato è permesso; e stimo non essere in ogni caso, ragionando per principii, un gran male il disconoscimento di alcuni rapporti *nuovi* da parte del

magistrato e dell'esegeta, prima che questi rapporti abbiano acquistato per la loro frequenza carattere di efficienza e di stabilità, prima cioè che sieno tali da meritare la sanzione legislativa.

Che innanzi tutto vadano accertate e messe da banda e la moralità del rapporto giuridico e l'intenzione delle parti di obbligarsi giuridicamente, è indiscutibile, come è indiscutibile che la prestazione non sia vietata da principii di ordine pubblico e soddisfi agli altri requisiti dal legislatore voluti. Quel che mi pare degno di nota e tale da eliminare ogni dissidio, è la necessità immanente e per il diritto romano e pel nostro che la prestazione sia di valore *patrimoniale* e non *pecuniario* soltanto, intendendo per patrimonio non tutta la cerchia dell'attività giuridica di una persona, quella che il Bekker chiama cerchia della sovranità privata, ma il complesso, avente valore pecuniario, dei rapporti giuridici di una persona (1) e per pecuniarietà l'equivalenza diretta ed immediata a tanto oro, a tanta pecunia (2). Quindi per me non bisogna piantare la quistione, come fa il Perozzi: « che vuol dire che la prestazione deve avere valore pecuniario? », ma così: « deve avere la prestazione valore patrimoniale? » E la risposta mi è risultata affermativa e giustificata da ragioni tradizionali e di opportunità tuttora esistenti. A questo modo si pongono d'accordo il dettato delle fonti romane e le disposizioni di diritto positivo odierno con le esigenze della vita, con la scienza e con la stessa giurisprudenza, assegnando alle prestazioni un campo vasto quanto quello del patrimonio, che ammette la possibilità della valutazione anche indiretta in numerario. Se è vero che questo « riferimento al patrimonio », variabile da luogo a luogo e

(1) WINDSCHEID, *Pand.* Vol. II., per FADDA e BENSÀ. Nota K. dei traduttori.

(2) SCIALOJA, *Obb.* p. 8.

da tempo a tempo, non basta a racchiudere ogni bene, d'altra parte è a pensare che non tutti i beni sono tutelabili e tutelati dal diritto, ma solo quelli che per la loro natura e per le esigenze sociali ecct. lo meritino. E se i beni che ammettono tale riferimento al patrimonio possono essere prestazioni in obbligazioni, per gli altri beni esiste la sanzione giuridica, sol che siano dedotti in contratto *sotto veste di condizione* o con *la sanzione di penale*, che fa rientrare, intesa in un certo senso, l'obbligazione nei confini voluti dalla legge.

Il Perozzi esamina un altro lato della questione, se cioè si debba avere un *interesse* pecuniario alla prestazione, e distingue esattamente, con lo Scialoja, questa dall'interesse ad esigerla. Ora a me pare che l'interesse del creditore possa essere anche non patrimoniale o pecuniario: quello che importa è che la prestazione abbia valore patrimoniale. Ma, secondo il Perozzi, non c'è prestazione, di cui non si possa pensare che indirettamente il riceverla o no influisca sulla nostra economia: ciò appunto mi pare molto inesatto, perchè la determinazione indiretta di tal requisito ha modi e limiti determinati e determinabili dalla pratica del viver civile e dalla saggezza del giudice. A voler stiracchiare, per via di sottigliezze, si verrebbe effettivamente a quel che il Perozzi, con generalità di frase, afferma; ma c'è modo e modo e se esiste l'impossibilità pratica di racchiudere in una norma il mezzo e la misura di tal riferimento, data la varietà dei casi presentabili, non è detto che tale riferimento sia senza limiti. Non basta « pensare » possibile tale riferimento: occorre « dimostrarlo esistente » nella sua realtà obbiettiva. Forse che per avere un qualsiasi legislatore sanzionato la risarcibilità del danno morale, la possibilità di asserire, per via di mille arti, in ogni caso esistente ed enorme questo, è svanita? No certo: è il giudice quello che deve determinare la sua esistenza e la sua misura: al legi-

slatore tocca solo formulare, precisandolo, il principio generale.

Altra cosa è vedere se effettivamente la patrimonialità sia caratteristica della prestazione obbligatoria, delimitazione tra l'obbligazione ed i semplici doveri di condotta. Ciò neppure io credo. Credo che il legislatore romano abbia sancito questo requisito non come termine differenziale, ma solo a conferma d'una necessità pratica, ch'è superiore alle condizioni processuali e da esse indipendente (1), la necessità cioè di procurare al creditore sui mezzi patrimoniali del debitore un vantaggio adeguato alla prestazione, ch'è fatto umano e non suscettibile di diretta estorsione.

I.

Riesaminerò dapprima i principali passi delle fonti addotti a sostegno della teoria della patrimonialità o contro di essa per venire quindi all'esame della celebre legge 9, 7, 40 § 2 del Digesto.

a) D. pr. 38 § 17. 45. 1 — Accursio al *nihil interest* glossa: *etsi quandoque intersit tunc valet*, e Bartolo: *non potest quis alteri stipulari nisi filius vel servus, sed metu poenae stipulationi ei paretur*.

Tutti gli altri glossatori e post-glossatori non si preoccupano più di quel che facciano Bartolo ed Accursio dello spirito di tale disposizione.

Di prestazione non si fa parola nè nella prima nè nella seconda parte del passo, nella quale solo si suggerisce un mezzo per creare un interesse nel creditore che n'è privo. Ciò senza dire dei forti sospetti di interpolazione messi innanzi dal Pernice (2). Si restringa pure l'importanza del passo alla

(1) FERRINI, *Pand.* p. 520 § 403.

(2) *Labeo*, III, p. 189 n. 2.

sola stipulazione (1); si interpreti il *nemo alteri stipulari potest* come fa il Pernice (2) col dire « nessuno può intentare azione ad un altro, solo per la promessa del terzo »: si discuta della natura dell'interesse del creditore: si adducano esempi di stipulazioni a favore di terzi, in cui lo stipulante abbia solo interesse morale: il certo è che Ulpiano nel caso in esame non riconosce azione al creditore privo d'interesse, che per crearlo consiglia l'apposizione di una penale (creazione di interesse patrimoniale) e che tratta dello *stipulari* senza precisare il contenuto d'esso.

b) D. 95. 45. 1. Accursio: *Si quis stipulatur sibi insulam fieri debet locum designare in quo vult fieri eam: alias non valet stipulatio*; e Bartolo: *qui stipulatur opus fieri debet locum exprimere ubi et tamen quod intersit stipulationis*.

Seguendo il pensiero di Bartolo, che non mi pare fedele riproduzione di quello del legislatore romano, i sostenitori della patrimonialità, per giustificare il *si et ibi insulam* ecc., dicono che sia necessario un interesse patrimoniale (*insulam fieri*) non per sè stante, ma relativo alla persona del creditore. Lo Ihering sostiene (3), opponendosi a tutta una tradizione storica, rappresentata dal *sibi* della glossa, che il testo stesso non contenga la parola *sibi*. « E che, dunque, se lo stipulante aveva in vista non una costruzione sul suo proprio suolo, ma sul suolo altrui, non per sè, ma per lo stesso mittente? ». Ciò è possibile nel caso di uno speculatore che voglia convertire in suolo edificatorio una distesa di terra. Egli avrà un interesse a che l'acquirente costruisca

(1) FADDA, *Teor. gen. delle obbl.* (Lez. di d. rom. per gli avv. Cugia e Cugusi) Napoli 1901-02 p. 65.

(2) *op. cit.*, p. 193 nota 5.

(3) *Oeuvres choisies par Meulenaire*. Paris, 1893. T. 2.º pag. 186.

per proprio conto, — *insulam fieri*. — E ricorda un caso realmente avvenuto per terreni posti a *Lichterfelde*. A parte però la giustezza della interpretazione restrittiva dello Jhering (1), certo si è che la prestazione è certamente di carattere patrimoniale, riducendosi a danaro sonante. Però il testo sorvola sulla natura della prestazione e si preoccupa della necessità d'un interesse nel creditore. A me pare che il passo riceva chiarissima spiegazione se si considera il *si et* della fine, come una trasposizione del piano *et si* (2). E quindi interpreto: Anche se esiste un interesse ad avere una cosa in un certo luogo, la stipulazione, da cui risulta tale obbligo, è invalida, qualora il luogo stesso non sia espressamente indicato. Siamo in pieno campo delle *stipulationes* ed il pretore, com'è noto, non poteva concedere alcuna formola sulla base d'una stipulazione incompleta.

c) D. 19. 5. 7. Bartolo: *Ubi cessat interesse fieri quod convenit, recurrimus ad conditionem ob causam*. Qui la manumissione di Stico è, come notava lo Scialoia (3), il contenuto primitivo dell'obbligazione, però è anche vero che oggetto delle due azioni (*praescriptis verbis* e *condictio*) è *l'id quod interest*, non più la manumissione, chè sarebbe qualcosa di relativo all'obbligazione, ma non costituisce l'oggetto della prestazione obbligatoria.

Esiste però l'impossibilità della coercitiva manumissione da parte del *dominus*, che potrà solo essere obbligato a pagare o i dieci o la somma pari all' *id quod interest*, nel caso che interesse vi sia: onde le ultime deduzioni in fa-

(1) Combattuta da parecchi. V. per tutti PERNICE, *Labeo* III, pag. 188, nota 1.^a

(2) Il *si* già di per sè stesso può avere il significato di *etsi, etiamsi, quamvis* e credo non arbitraria tale interpretazione rafforzata dall'*et*.

(3) *Obbl.* pag. 53.

vore della tesi dominante perdono di importanza. Il prof. Fadda (1) poi nota che si tratta di un contratto innominato (*do ut facias*), privo di forza obbligatoria per se stesso e, pur senza ritenere *l'actio praescriptis verbis* una creazione giustiniana, ritiene che, non ottenuto lo scopo, si potesse agire con la *condictio causa data causa non secuta*, spiegando la possibilità della ripetizione del già dato con la teoria della presupposizione del Windscheid. Il Pernice (2), crede che « il giurista voglia qui insistere sul *confestim*: l'attore può subito intentare l'azione quando il convenuto è oscitante. Va da se che all'attore è dato determinare il modo in cui vuole intentare l'azione: egli può domandare la liberazione di Stico, oppure la restituzione dei dieci. Se a lui poco importa la liberazione dello schiavo, può chiedere che gli venga restituito il danaro ». Ed in queste idee sono anche io, come quelle che hanno, parmi, il merito di essere più convincenti e ricche ancora dell'autorità che loro vien data dalla tradizione. Dirò con l'Ubero *adquiescamus in veterum doctrina non quia vetus sed quia vera et immobilis*. Non mi pare insomma che *l'actio praescriptis verbis* venisse concessa in questo caso qualora si avesse un interesse patrimoniale al contratto e la *condictio* quando non lo si avesse. Queste due azioni sono determinate dalle finalità diverse cui mira l'attore. Volendo ottenere quanto gli è stato promesso agirà in base della promessa e, poichè è impossibile la coercitiva manumissione, agirà per avere un corrispettivo del valore che questa rappresenta per lui: quando non si vuole altro che il danaro sborsato, agirà con la *condictio*.

Ad ogni modo però il passo in esame non rappresenta una forte base neppure pei sostenitori della teoria dominante, anche perchè i luoghi delle fonti riguardanti, come

(1) Op. cit. p. 39.

(2) Op. cit. p. 168.

questo, i contratti innominati han subito numerose interpolazioni, divenendo oggetto di critiche fortissime.

d) D. 33. 9. 2. Accursio, glossando, non si preoccupa di manifestare alcuna idea sua, ma ripete, mutate le parole, il pensiero romano. Baldo dice: *In actione legis Aquiliae venit interesse commune non interesse affectionis et pretia rerum non metimur ex singulari affectione sed aestimatione commune.*

Qui si tratta di un vero *damnum iniuria datum* che si muta, come in ogni caso previsto dalla legge Aquilia, in una prestazione in danaro: affermazione che non può essere distrutta dalla constatazione che il concetto del *damnum* si spiritualizzò nel decorso del tempo (1) o dall'altra che accanto alla legge vi fu un'*actio in factum ad legem Aquilianam accomodata* (2), perchè, innanzi tutto, il testo in esame non si riferisce a questa e perchè tale *actio* è dovuta all'opera posteriore del diritto comune per una maggiore estensione dell'applicabilità della legge Aquilia.

II.

Ed eccoci ai testi adottati a sostegno della contraria opinione:

a) D. 18. 7. 7. pr. Accursio all'*agere possit* glossa: *non aget nisi pecuniariter venditoris intersit, ut subiicit. Et sic cum approbet hanc distinctionem intersit sua pecuniariter, vel non. Ibi non intercessit stipulatio; hic agitur ad poenam conventam.* Ed al *cogitur*: *Ergo interesse spectatur in poenali actione: ut hic, secus in poenali actione.* Sicchè il venditore *vix agere potest vindictae ratione* pel patto *ex ne Italia esset* ma *acturus utiliter si in poenam inciderit.* Bartolo dice:

(1) MINOZZI, *Studio sul d. non patrim*, p. 90.

(2) FERRINI, *Encl. giur. it. voc. Danni*, pp. 63, 76.

« *Si poena promittitur pacto nudo non potest exigi nisi intersit* » con quanta giustezza non sappiamo vedere nel caso presente. Dal passo in esame si rileva che il contratto di buona fede non può essere sanzione di interessi cattivi: ma in forza di un patto di tal natura si potrà agire qualora si cada in una pena verso un terzo e per quel tanto per cui si è tenuti. Tutta l'importanza del passo è nel *quatenus alii praestare cogitur*: sempre che *pecuniariter intersit venditoris* sarà possibile l'azione. Si osserva al riguardo dallo Scialoja (1) che anche qui si tratta di interesse o meno, ma non della natura della prestazione. Papiniano parte da un principio di morale (3) che vieta all'uomo di nuocere all'altro uomo e perciò, mentre dà modo di potere nei patti aggiunti al contratto giovare ad altri, vieta ogni patto che miri allo scopo di far del male. Ciò in tesi generale. Però concede azione in questo secondo caso allo scopo di tenere indenne colui che per l'adempimento del patto, in seguito della non osservanza di esso, subisce una lesione patrimoniale.

Ragionando in base del pietismo moderno si potrà dire che in questo caso il precetto di morale resti violato: ma chi non sa quale fosse l'animo dei romani verso gli schiavi? E poi qui siamo nel campo proprio dei patti aggiunti ad un'obbligazione principale e traenti forza da essa. Pel contratto il venditore deve ricevere il prezzo dello schiavo innanzi tutto e le indennità dovutegli per l'inosservanza dei patti non urtanti la morale, la coscienza pubblica. Non si

(1) Op. cit., pag. 58.

(2) Il PERNICE infatti crede (op. cit. p. 184) che la *bona fides* nel concetto di Papiniano non abbia solo carattere commerciale, ma etico ed altamente morale e che l'espressione *affectus* non significhi solo affetto, amorevolezza, nel senso ordinario, ma abbia anche un contenuto etico (v. ivi nota 2^a).

potrà obbligare il compratore alla coercitiva osservanza di essi, trattandosi di *facere*, ma solo al pagamento di un tanto, sia fissato dalle parti o sia determinato dal giudice. Bisogna ancora considerare che l'apposizione di tal genere di patti corrispondeva ad una minorazione del costo dello schiavo.

Per queste ragioni e per l'altra che cioè tra un popolo eminentemente schiavista come il romano quella opinione comune che assegnava un valore maggiore o minore agli schiavi, doveva assegnare un valore al fatto della cessazione dello stato di schiavitù, per effetto della manumissione o dell'utilità di essa, credo che il passo in esame possa addursi a favore e non contro la tesi della patrimonialità.

b) D. 18. 7. 6. Accursio glossa dicendo che se il venditore vende col patto *ne manumittatur, poenam non patitur, quia ipso iure non tenet manumissio*: se vende col patto *ne prostituatur* allora potrà agire *ex vendito si poenalis stipulatio interposita non fuisset*. Nel caso poi di patto *ne exportaretur vel ut exportaretur*, Papiniano credeva che non si potesse agire *ex vendito si quod pactum factum non esset, nisi pecuniariter interesset sua*: si agirà secondo Sabino *ad interesse, quia minoris facta fuit venditio ut tale pactum servetur*. Baldo dice: *Quando duo deducuntur poena simplex apposita, censetur apposita propter id quod laedit non propter id quod non laedit*.

È il testo salda base della teoria in parola? Il testo ancor esso non tratta della natura della prestazione, considerata come oggetto dell'obbligazione e che nel caso speciale (compra-vendita) è pecuniaria, ma dell'interesse. Certo, il ravvedimento confessato di un giureconsulto di tanta autorità quale Papiniano dà da pensare, massime se si pone in relazione questo passo con quello precedentemente esaminato. Dal secondo però si rileva che la patrimonialità o meno dell'interesse si desume dagli scopi di-

retti che si è avuti nel contrattare. La minorazione del prezzo corrisponde al valore della clausola. Senza ripetere le osservazioni fatte precedentemente, noto che il prof. Fadda ritiene che, nel caso del patto *ne prostituatur* non osservato, nasca nel creditore il diritto di avere non solo l'interesse pecuniario, ma anche quello derivante dall'affetto, poichè il debitore *et ancillam contumelia affecerit et venditoris affectionem, forte simul et verecundiam laeserit*. Ora a me francamente, modestamente, sembra che ciò non sia ammissibile. Il giureconsulto parla della lesione di questi beni morali della schiava e del venditore di essa non per stabilirli come base del calcolo delle indennità dovute, ma solo per dimostrare (*nulla ratio occurrit*) che la violazione del patto *ne prostituatur* ammette il risarcimento, non opponendosi alcun principio di morale a ciò, anzi essendo stata lesa proprio la morale. Al venditore (credo) spetterà solo il valore corrispondente al patto e determinato col principio di Sabino del *minoris homo venisse* da un lato e dallo scemato pregio della schiava, non più vergine, la quale (lo ripeto ancora una volta) era pagata meno nel mercato degli schiavi.

c) D. 17. 1. 54 pr. *Sic*, notava Accursio, *mandatum prius inutile efficitur utile*. Da questo passo (1) si rileva che il *dominus* dello schiavo mandante potrà agire come venditore, conseguendo il prezzo, e pel mandato di manumissione *affectus ratione*. Quindi secondo lo Scialoja (2) l'*affectus ratio* basta a costituire, nei rapporti di mandato, una obbligazione giuridica, che, fatta valere in giudizio, ottiene condanna, la quale, secondo il Fadda (3) mira a qualche cosa

(1) Che il FERRINI (*Pandette* n° 409 nota 1) ritiene totalmente interpolato anche per la parte che precede la chiusa, sulla quale son tutti di accordo, e che egli chiama un pasticcio sintattico e giuridico di cattivo gusto V. PERNICE op. cit. pag. 186.

(2) Op. cit. pag. 63.

(3) Op. cit. pag. 52.

non pecuniaria : se si consegue una somma di denaro questo è non l'equivalente della prestazione mancata, ma soddisfacimento del dolore risentito per la mancanza di essa. Ora noto che innanzi tutto il mandato si presenta insieme ad un contratto di compra ed in secondo luogo che altro è *ratione affectus agere* altro *rationem affectus habere*. È vero che il *dominus* agisce con azione che, come notava il Pernice (1), non viene coinvolta nel contratto di compra, ma è autonoma, e che trova suo fondamento su quei legami di affetto che legavano il servo all'attore in giudizio ; ma a che cosa mira costui ? A fare osservare un patto del contratto, e, quindi, data la natura di quello, ad una somma di danaro. Il testo non ci dice di che cosa dovrà tener conto il magistrato nel fissarla, ma solo che la *causa ex qua agitur* è *l'affectus ratio*.

Sia per queste ragioni sia per l'altra dell'appartenenza di questo passo allo stesso libro (27 *quaestionum*) di Papiniano, contenente ancora la leg. 6 su esaminata, credo che il passo in esame non possa esser tale da giovare ad abbattere la teoria dominante. E poi qui il giureconsulto si preoccupa massimamente dell'interesse dell'attore e, se dichiara esigibile la prestazione promessa, o, meglio, un equivalente della prestazione promessa, afferma implicitamente la valutabilità della promessa, nel caso speciale, e tace di ogni altra risarcibilità all'infuori di questa, che bisogna stabilire secondo i principii generali *re ipsa*. Il *placuit prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam* va del tutto messo da parte, come quello ch'è chiaramente dovuto all'opera di compilatore inesperto.

d) l. 14 § 1 D. XI, 3 — Paolo tratta dell'applicabilità dell'editto « *de servo corrupto* » a riguardo di un caso speciale che si era presentato alla decisione sua e di Ul-

(1) Op. cit. pag. 185.

piano. Questi (1) afferma che, se anche alcuno corromperà un servo appartenente all'eredità, sarà tenuto per questa azione : *sed et petitione haereditatis quasi praedo tenebitur* (e soggiunge Paolo alla legge 14) *ut tantum veniat in haereditatis petitionem quantum in hanc actionem*. E passa quindi a dire, come si rileva dal § 1 che, sebbene l'editto si riferisca al solo caso dello schiavo corrotto, tuttavia è concessa un'azione utile quando si tratta della corruzione, non dello schiavo, ma dei figli. Ora, innanzi tutto, siamo nel campo delle *actiones ex delicto* che mirano al risarcimento del danno, non eccedente la lesione sofferta e prescindente dalla considerazione dell'*affectio*, tutto ristretto nel caso speciale al *quanti pauperiorem se factum esse dominus probare potest* (2). L'estensione dell'applicabilità dell'editto è utile a riguardo dei figli che non son cose e che escono dal patrimonio : si finge che siano *in patrimonio*. E se l'azione (3) ha come scopo la tutela di un interesse morale — azione di risarcimento privato — con una « snaturazione » che si riscontra anche nell'*actio tutelae* (fr. 1 § 2, 27, 3) (4), ha la sua possibilità nella finzione che i figli siano come gli schiavi e però *in patrimonio*. Sarà una finzione, lo scopo sarà non patrimoniale, ma la finta appartenenza del figlio al patrimonio è l'origine di tale *actio*. Ciò senza dire che l'oggetto delle azioni *ex delicto* è in ogni caso somma di danaro che sta lì a dimostrarci la possibilità di una valutazione, sia pure approssimativa di un interesse anche non patrimoniale, come nel caso in esame.

e) l. 16 § 1. D. 43, 24 — Qui non si tratta della natura patrimoniale o meno della prestazione, ma dell'inte-

(1) D. XI, 3, 13 § 1.

(2) v. D. XI, 3, 9 § 1.

(3) Che il FERRINI dice invenzione dei compilatori — *Pand.* § 407 nota 2.

(4) v. PERNICE op. cit. p. 182.

resse onde giovarsi dell'interdetto. Nel caso di abbattimento di alberi non fruttiferi agiva il proprietario del fondo: ma, nel caso in cui questi alberi avessero dato amenità al fondo, l'azione competeva anche all'usufruttuario di esso. L'interesse dell'usufruttuario non è, come afferma lo Scialoja (1), puramente voluttuario: ciò riconosce il Fadda (2), col Ferrini (3), il quale esplicitamente nota che nel caso in esame si domanda un compenso in danaro per privazione di un vantaggio che ha valore di scambio. L'uso di una villa avente un bel giardino vale di più che non quello di una villa che ne sia priva. Basta tale osservazione per far cadere gran parte dell'importanza che il passo presenta per la teoria degli oppositori.

Ma bisogna aggiungere che il passo stesso, a mio credere, non permette di giovarsi di esso in senso contrario alla teoria della patrimonialità necessaria pel contenuto dell'obbligazione. Infatti se il giureconsulto dice *fructuarii interesse propter voluptatem et gestationem* non vuol dire già che questo interesse non abbia un valore patrimoniale esso stesso. Forse che non è valutabile in danaro la voluttà ed il godimento che ispira un giardino, bene ombreggiato, un bosco fronzuto, una estesa prateria ben tenuta e simili cose?

Il giureconsulto vuol solo dare un nome specifico all'interesse dell'usufruttuario, secondo il linguaggio comune.

f) Altri numerosi passi vengono citati a sostegno della teoria che ammette la non necessità d'un contenuto patrimoniale nell'obbligazione contrattuale: citerò a titolo di ricordo i seguenti:

D. 71, 21, 2 (4); 3 § 13, 43, 29; 43, 24, 11, 1; fr. 43, 29, 3, 13; 35, 1, 92; 33, 1, 7; 40, 4, 44.

(1) Op. cit. p. 66,

(2) Op. cit. p. 41.

(3) *Pand.* n. 409.

(4) FERRINI, op. loc. cit.

III.

Ed eccoci oramai alla celebre legge 9 tit. 7, D. 40 § 2.

Accursio glossa il passo di Ulpiano non mostrando di preoccuparsi della verità in quello, con termini sì recisi, racchiusa. Per *ea lui* si deve intendere *quae pecunia lui* e spiega la regola col dire la libertà inestimabile secondo il precetto di Paolo (1), avvalorando il suo assunto con quanto è stabilito nel D. IX, III, I § 5: soggiunge in ultimo che *reparari id est emi* in conformità dei Basilici che adoperano la forma verbale ἀγοράσθαι: *id est emi: sic et reparare merces est emere*. Si tratta dunque di glossa nella prima e più antica forma. Nè i glossatori che precedettero Accursio, nè quelli che lo seguirono danno più ampia spiegazione del passo, anzi la maggior parte tace completamente al riguardo. Bartolo e Baldo calcano le stesse orme dei predecessori. A non voler stigmatizzare l'opera loro chiamandoli, con Cuiacio, *verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi*, convien dire che alla mente di tanti non fosse il caso di dubitare della saggezza quasi assiomatica del disposto ulpiano e che tutto il titolo 7° del lib. 40 presentasse in genere un valore più storico che pratico al tempo di quei scrittori.

È proprio opera dei moderni l'aver discusso della portata della predetta legge.

E primo il Windscheid (2) sostenne che il fondamento sul quale si pone la massima (*Tota ea...*) è che un'obbligazione, rivolta a procacciare la proprietà sopra un uomo libero, non possa sussistere, ed il procacciare la proprietà su un uomo libero non è tanto un atto senza valore patri-

(1) D. 4, 17, 106.

(2) *Pand.* per FADDA e BENZA, § 250.

moniale quanto impossibile. Lo Ihering (1) sostiene lo stesso. Il Dernburg (2) invece, con grande seguito di interpreti fonda la sua asserzione: « la prestazione deve appartenere alla sfera economica » proprio sulla legge 9.

A me pare che l'impossibilità di stabilire la proprietà di un uomo libero non basta a spiegare *sic et simpliciter* la massima che ha vero e proprio valore di giustificazione della decisione come risulta dall'*enim*. Il giureconsulto infatti formula la questione, se sia liberato colui che diede a titolo di *noxā* lo *statuliber* e, accogliendo il criterio di Ottaviano, la risolve affermativamente, per la considerazione che, se pure lo *statuliber pervenisset ad libertatem ante solutionem*, l'obbligazione non avrebbe mai consistenza giuridica e ne spiega la ragione col dire che *ea in obligatione consistere quae pecunia lui prestarique possunt* e la libertà non è nel novero di queste. Quindi l'impossibilità esiste di fatto, ma è tutta racchiusa nel *possunt*, che va interpretato tenendo conto di altri fattori del giudizio e che si riferisce tanto al *praestari* quanto al *lui*. Quando la cosa dedotta nell'obbligazione è tale da poter rappresentare un valore patrimoniale (e quindi *lui*), secondo la stima comune degli uomini nel tempo e nel luogo in cui l'obbligazione nasce, ed è tale da poter essere prestata (*praestari*), non opponendosi alcun principio di diritto o di morale, l'obbligazione è giuridica. E che sia così mi convincono ancor più due considerazioni: l'una di ordine generale, la rispondenza esatta cioè del principio alle numerose decisioni delle fonti esaminate, l'altra di natura esetica. Infatti quale è il processo logico seguito dal giureconsulto? Egli enuncia il principio *ea enim* ecct., e lo trasporta subito al caso che si era presentato al suo giudizio. *L'autem* ha valore di contrapposto e di giustificazione: con

(1) Op. cit. 2, III p. 182.

(2) *Pand.* v. II § 17, 4.

quell'*autem* il giureconsulto vuol mostrare l'impossibilità di circoscrivere la libertà, *inestimabilis*, nei limiti dell'obbligazione giuridica. Pernice stacca il *prestari* dal *lui* ma in senso diverso e spiega: « Quelle cose che si possono prestare e pagare in danaro »; mentre la teoria dominante interpreta: « Quelle cose che possono stimarsi e pagarsi in danaro ». No: i due verbi indicano due atti distinti, che si effettuano però in rapporti diversi, l'uno rispetto al carattere economico, e l'altro al carattere giuridico sull'oggetto dell'obbligazione.

Se non temessi di andar troppo in là, direi che il *lui* va interpretato ai sensi dell'art. 1116 del cod. civ. italiano ed il *prestari* ai sensi che l'art. 1122 manifesta, veramente in relazione alla causa dei contratti, ma riproducendo un principio generale di diritto: che cioè le parti non possono in alcun modo violare la legge, la morale, l'ordine pubblico. Ed interpretando a questo modo i due verbi, si dice cosa perfettamente concorde con quanto risulta dal passo stesso. Si ripete il *lui* a proposito della libertà e si sostituisce il *reparari* al *prestari*: *reparari* che corrisponde, come abbiamo visto, all'*ἀγοράσεται* dei Basilici, all'*emi* del linguaggio comune e che va tradotto così: *esser materia di scambio*.

Nè è vietata altra interpretazione fuor di quella suggerita dalla voce *pecunia* intesa nel senso di *numerata pecunia: cum pecuniae significatio ad ea referatur quae in patrimonio nostri sunt* (D. 50. 16. 5). A partire dalle *res ipsae* (D. 50. 16. 32. 97; C. 3. 18. 2) la voce *pecunia* percorse tutto un cammino ascendente e valse ad indicare i *corpora* (D. 50. 16. 49. 178 pr.), i *iura* (D. 50. 16. 2. 222) ed infine *ea quae in nominibus sunt* (D. 46. 6. 15. 9 — 29. 25. 37) ossia i crediti (1). Ciò risulta da numerosi passi delle fonti, ciò accertano tutti i migliori lessicografi (2). Quindi conviene ab-

(1) FADDA, *Dir. ered. rom.* v. I p. 30.

(2) V. per tutti HEUMANN, *Rechtslexi con. voc. pecunia*.

bandonare l'interpretazione ristretta al significato primitivo di *pecunia* ed accogliere l'altra di *patrimonio*.

Ma si dice che la decisione si riferisce solo al caso risoluto, che abbia un valore ristretto ad esso. Che il giureconsulto, trattando del caso speciale, abbia voluto ricordare un principio generale è contraddetto da parola alcuna del frammento? L' *in obligatione consistere* e l' *autem* stanno lì a dimostrare il contrario, ch'è accertato dal fatto che il contenuto delle obbligazioni, così come ci risultano dalle fonti è sempre qualcosa di patrimoniale, di riferibile al patrimonio: basta perciò esaminare le fonti citate dal Perozzi (op. cit. pg. 66 nota 4 e 83 nota 1) con l'avvertenza che vanno escluse quelle ove un rapporto di diritto pubblico è raffigurato. Nè si ricordi il *sed et possibile est omnes res in pecuniam converti* del codice (loc. cit.) chè esistono cose inestimabili e quindi *extra patrimonio* e la libertà è una di queste. (D. 19. 5. 5. 5.).

Ma secondo alcuni, a questo modo, la legge sarebbe in disaccordo con altre decisioni delle fonti. Vi sono in realtà — scriveva il Windscheid (1) — una serie di passi delle fonti nei quali la ragione effettiva della decisione, che rigetta un diritto di credito, è che il creditore non ha alcun interesse patrimoniale all'atto dovuto: ma questi passi si spiegano perfettamente con la necessità della condanna pecuniaria nella presupposizione della quale sono scritti. E cita quindi alcuni passi (D. 1. 11 § 1, l. 16; § 1. 43, 24; l. 3 § 13. 43. 29; l. 6. 18. 7 e specialmente la l. 54 pr. 17. 1) in cui vengono riconosciuti diritti di credito, senza interesse patrimoniale, a suo dire. Per le l. 6. 18. 7; 54. pr. 17. 1; 16. § 1. 43. 24. rimando a quanto innanzi esposi e noto solo che la l. 11 § 1. 43. 24. non tutela interesse assunto per obbligazione, ma tratta dell'interdetto *aut vi aut*

(1) Op. cit. § 250 nota 3^a.

clam d'ordine pubblico e la l. 3 § 13. 43. 29 s'occupa delle persone che possono chiedere il favore dell'interdetto *de homine libero exhibendo*: non altro. È da ritenersi, scrive il Windscheid, il giudice abbia condannato ad una somma di danaro e cita la l. 14. § 1. 11. 3, già sopra esaminata. « Se il magistrato con giurisdizione voleva avocare a sè la causa, egli poteva anche procedere colla irrogazione di pene pecuniarie »; cita le leggi 3. § 1, 32 § 12. D. 4. 8 (nelle quali si delinea solo la tutela pretoria nei giudizi arbitrali) e ricorda alcuni casi in cui sarebbe riconosciuta una coazione ad una prestazione che non avrebbe valore pecuniario, senza che sia nato un diritto di credito alla stessa. Ma la legge 7. 33. 1 trova sua logica ed esatta spiegazione nella esclusione di ogni altra successione, esistendo la testamentaria, e nel fatto che *in testamentis quaedam scribuntur, quae ad auctoritatem dumtaxat scribentis referuntur, nec obligationem pariunt*. Se l'erede testamentario è unico, non vi sarà forza coercitiva per l'adempimento della volontà del defunto (*si volis*) a differenza del caso che vi sia coerede, per l'interesse patrimoniale di questo; così l'*actio familiae herciscundae*: si tratta di *auctoritas sola testatoris*: il pretore vigila su di essa e, *si doctus sit*, la modifica nell'interesse dei terzi, interesse che non è originato da obbligazione, ma da dovere di condotta. La legge 44. 40. 4 tratta di una condizione apposta alla libertà su cui vigila il magistrato; la l. 14 § 2. 11. 7 di un'*actio de dolo (accepta pecunia)* (1). Sarebbe poi, sempre secondo il Windscheid, accordata considerazione a un interesse pecuniario in alcuni casi: ma la l. 35. D. 4. 4 tratta solo di una *in integrum restitutio* in occasione di vendita; la l. 36. 38. 2, contempla il caso della *bonorum possessio* chiesta dal patrono del liberto e la l. 71. 21. 2. tratta dell'*id quod interest patris dotatam filiam habere*.

(1) FERRINI, *Pand.* § 407 nota 2.

Ihering (1) combatte Windscheid, in quanto la necessità della condanna pecuniaria esisteva per tutte le azioni ed è certissimo che l'attore nella *rei vindictio, condictio ex mutuo, actio empti, actio conductio* ecc., non doveva cominciare a provare il suo interesse, e spiega le leggi 95-45-1 e 7-19-5 diversamente: la prima, col dimostrare (come si è detto) che in essa è raffigurato il caso di uno speculatore che vende con lo scopo di veder sorgere edificio sul terreno venduto e quindi ha interesse a che l'acquirente costruisca la casa; la seconda con lo stabilire la necessità di un interesse pecuniario, poichè si tratta della manomissione di uno schiavo altrui e non del proprio, nel qual caso basta un interesse di affezione (2). Secondo l'illustre pandettista (3), pel diritto romano, se la domanda dell'attore mira alla prestazione di cosa altrui, il convenuto deve prestare semplicemente l'interesse pecuniario; se mira alla restituzione della cosa propria, il convenuto deve ancora l'interesse personale (di affezione) (*quanti in litem actor juraverit*). L' Ihering crede di dimostrare con lunga serie di testi che il giudice romano potesse anche condannare a somma di denaro per interessi non economici, non solo per azioni *ex delicto*, ma anche per quelle nascenti dal vero contratto e ciò in quanto il danaro non ha solo funzione di equivalenza, ma anche quella penale e di soddisfazione.

L'accurato esame però dell'opera dello Ihering non ci ha convinti in favore della tesi da lui sostenuta. Egli dice che poco importa se i Romani parlino o no di *obligatio* nei casi in cui l'azione era contestata: l'importante (4) è che il magistrato in virtù del suo ufficio obbligava il debitore recal-

(1) Op. cit. pag. 185 nota 6.

(2) Op. cit. pag. 189.

(3) Op. cit. pag. 188.

(4) Op. cit. pag. 160.

citrante ad effettuare la prestazione. Ciò non mi sembra esatto, poichè la parola *obligatio* nelle fonti, quale che sia il suo significato particolare, indica o tutto o parte del rapporto obbligatorio vero e proprio; e l'intervento coattivo del magistrato può far sorgere facilmente il dubbio che non si tratti di un'obbligazione giuridica sanzionata, ma di un rapporto diverso. Infatti i due ordini di testi adottati dallo Ihering confermano tale asserzione ultima: pel primo non si esorbita dal campo del diritto pubblico, che è retto da norme ben diverse dal diritto privato, e pel secondo si tratta di adempimento di prestazioni non patrimoniali per via dell'autorità amministrativa e non prestazioni di altra persona. Si esorbita quindi dal campo delle prestazioni contrattuali, come notava lo Scialoja. Queste han regole loro proprie ed è quasi impossibile l'analogia con altre branche del diritto, come del resto tutti gli antichi han riconosciuto. *Sed non recte comparatur inter se heres qui defunctus secutus aliquid facit, et is, qui quod ipse promisit praestat.* scriveva Donello (1) e quel che si dice per la materia successoria si può dire di ogni altra.

Il Pernice (2) si propone di dimostrare, tenendo presente anzitutto e soprattutto la storia, che i risultati raccolti dallo Ihering sono molto parzialmente esatti pel diritto classico romano. Egli, sulla base dei testi, giunge a queste conclusioni (3): « Il contenuto di una promossa azione è del tutto indifferente pel procedimento amministrativo e nei casi dell' *imperium mixtum*: colà si ha solo di mira il bene comune. Per le obbligazioni contrattuali del *ius ordinarium* era ben altro nei primi tempi: l'obbligo assunto e non

(1) *Comm. ad tit. C. de factis* II. 3. eg. 28.

(2) *Labeo*, n. 6; *Der Vermögenswert obligatorischer Verpflichtungen*, p. 173.

(3) Op. cit. p. 193, VII.

mantenuto doveva essere computato in moneta sonante. Più tardi si ammisero le azioni accessorie senza contenuto materiale, purchè non fossero contrarie alla morale. La *fiducia* ed anche il mandato erano azionabili anche quando vi fosse stata una convenzione senza contenuto materiale. L'applicazione di questa regola a tutti i contratti *bonae fidei* è accaduta forse nel diritto giustiniano.

« Essa è essenzialmente dottrinale. Dal punto di vista pratico avrebbe un'importanza solo pei contratti innominati, se questi potessero essere annoverati fra i contratti *bonae fidei*. Infatti non cade dubbio che la compra, la locazione, la società implicano fra le parti un contratto che ha contenuto materiale e possono essere modificate da convenzioni accessorie che non abbiano un contenuto materiale. Nei contratti reali non si presenta tale questione. Nel periodo classico la stipulazione è ammissibile per qualsiasi *facere*. Qui la forma ha valore decisivo. Nel periodo giustiniano, che riprova la stipulazione astratta, il giudice esamina il consenso, anche dal punto di vista del suo contenuto materiale rispetto al creditore ». Ma neppure la lunga ed accurata dimostrazione del Pernice ci ha del tutto convinti. È infatti innegabile che nel periodo formulare della procedura romana la condanna sia stata sempre pecuniaria, ma, come notava il Ferrini (1), è del pari innegabile che il concetto della patrimonialità della prestazione nell'obbligazione è superiore alle condizioni processuali e da esse indipendente. È vero poi che in alcuni casi citati dal Pernice si ha un interesse privato ed uno pubblico, nello stesso momento, alla prestazione, e pei quali il magistrato interveniva. Ma come? Sempre come ufficiale amministrativo, sempre in quanto vedeva, come riconosce lo stesso Pernice, « un interesse pubblico da proteggere », tanto nei giudizi

(1) *Tr. d. pand.* § 407.

di cognizione quanto in quelli di *imperium mixtum*. Però è innegabile che anche nella *cognitio extraordinaria* il presupposto è quello di una prestazione avente carattere economico. Il Dernburg (1) ritiene infatti che « se i giuristi romani posteriori regolarono in certo lor modo speciale tale necessità dell'interesse, ciò prova appunto che essi non spinsero tale necessità oltre i giusti confini: ma tale necessità era accettata del pari ». Il Girard (2) concorda col Pernice sulla necessità di un interesse pecuniario nei giudizi sanzionati dal magistrato *extra ordinem* e per le *actiones ex delicto*, ma ritiene che dal suo studio risulti ancora che l'oggetto dell'obbligazione, salvo casi rari, debba presentare pel creditore un interesse patrimoniale. Il Kuntze (3) usa invece del « contenuto dell'obbligazione » l'espressione « materia patrimoniale della prestazione ».

IV.

Ed ora passiamo all'esame della questione presso i giuristi dell'Evo Medio incominciando con *la scuola francese*.

a) Cuiacio (4) tratta a lungo della necessità che la sentenza del magistrato abbia *certam quantitatem*, anche nel caso in cui per agire *ad id quod interest* essa sia incerta: che, *si iudex censeat esse praestandum eo nomine, debet facere condemnationem in certam quantitatem, taxatae quantitatis*. Il che (5) è spesso difficile per le difficoltà della precisazione e valutazione dell'*id quod interest*. Cuiacio non discute quindi: oggetto del rapporto giuridico deve essere una qualche cosa valutabile pecuniariamente dal giudice. Ed

(1) *Pand.* § 17 nota 6.

(2) *Manuel du droit romain*, (Paris 97) p. 432 e nota 3.^a

(3) *L'obbligazione ecc.* § 34.

(4) *Opera*, V. 9 — 1072 — E.

(5) *Opera*, V. 1073 — A.

afferma teoria perfettamente in antitesi con quella che, vedremo, sosteneva Alciato, in quanto recisamente stabilisce (1): *pretium quod affectus vel utilitatis singulorum statuit, non veritas, NUMQUAM spectatur*. Per lui (2) *l'id quod interest semper est utilitas; quae mihi abest, quamve adipisci potui nisi mihi obstitisset adversarius*: una qualche cosa di obbiettivo che *in aes redigitur* (3). La tassazione è rimessa al sano arbitrio del giudice (4), non facendo alcun conto (5) del *lucrum adventicium* e delle esagerate pretese, ma fissando il prezzo al giusto. Cuiacio inoltre (6) (e ciò ci interessa moltissimo di ricordare) dice: *Liber homo nullius esse potest et ideo in obligationem deduci non potest, quia ea sola in obligatione consistere possunt quae pecunia lui darique possunt*: si conferma quindi esplicitamente il carattere generale alla legge 9 tit. 7. lib. 40 D. Più volte parla della inestimabilità della libertà (7) e dell'impossibilità di essere obbietto di obbligazione.

Donello (8) batte la stessa strada battuta da Cuiacio, insistendo sulla idea dell'utilità della prestazione pel creditore, anche nel caso del mandato (9), approvando che la valutazione sia affidata al giudice (10).

Così ancora (11) nel caso di stipulazione « *insulam aedifi-*

(1) *Opera*, X. 1074 — C-D.

(2) *Opera*, V. 1075. — B.

(3) Questo pensiero si ripete spessissimo in CUIACIO, V. p. e. libro V — 28 — 28 c.

(4) Vol. 9 — 1078 B.

(5) Vol. 1079 B.

(6) Vol. 8 — 732 — A.

(7) V. p. e. Vol. 8 — 709 B.; *ib.* 732 A.

(8) *Comm.* (Francoforte 1627) pg. 526 n. II.

(9) *Op. cit.* pag. 437 n. 4.

(10) *Op. cit.* pg. 529 n. 26.

(11) In altro luogo (p. 203 n. 42) ripete il noto concetto *in stipu-*

cari » non precisando il luogo, afferma (1): *non valet quia nulla inde utilitas est stipulatori. Nemo factum stipulatur propter factum, id est propter operam, quae in faciendo adhibitur, sed propter utilitatem et fructum qui ex facto percipitur*.

Molineo (2) dopo avere, con quello spirito di minuta analisi che informa tutta l'opera sua, distinte le diverse accezioni dell'espressione « *interesse* » presso i giureconsulti, accoglie quella di « un' utilità giusta e dovuta ». Egli ancora (3) mostra di attenersi alla teoria della patrimonialità necessaria del contenuto dell'obbligazione, distinguendo in *QUAELIBET obligatione* due cose: la forma e l'essenza dell'obbligazione, ossia il *vinculum* dall' *utilitas et augmentum patrimonii ex parte creditoris et damnum sive deminutio patrimonii ex parte debitoris*, riconoscendo in pari tempo questa *utilitas* essere qualcosa (4) di efficiente della prestazione o meno della cosa dedotta in obbligazione. Come potrebbe seguire un giovamento patrimoniale pel creditore e una menomazione di patrimonio pel creditore se la prestazione stessa non avesse in sè valore patrimoniale?

Duareno e Balduino non manifestano idee diverse da quelle dei loro predecessori: il secondo insiste a lungo (5) sulla validità di una penale apposta ad una stipulazione

lacionem faciendi venire id quod interest seu pecunia quam ob id dare oporteat e corrispondente alla *quantitas stipulationis*. In moltissimi luoghi delle sue opere ripete ciò — v. p. e. anche p. 274 *Op. cit.* e vol. IV col. 30 — *Opera* (Lucca 1746); *ibidem* col. 32, *ib.* col. 58.

(1) *Opera*, Vol. IV. col. 32.

(2) *Opera*, « de eo quod interest » n. 8.

(3) *Opera*, « de dividui et individui » n. 197.

(4) *Opera*, « de dividui et individui » n. 199.

(5) V. I *Iurisprudentia Rom. et Attica*. (Leida 1738). *Explicatio loci* « si pacto » XIV de pactis.

priva di interesse per lo stipulante, poichè in tal caso non si chiederà *an et quantum intersit*; ma quale sia l'ammon-tare di essa. Ed inoltre attacca acutamente Triboniano per la cattiva giacitura della leg. 6 e 7 tit. 7 D. XVIII, rap-presentando la 6 una correzione della 7, ed i giurisperiti del suo tempo per la cattiva interpretazione del *vix agere possit* della leg. 7, in quanto egli ritiene che il giurecon-sulto stabiliva la difficoltà dell'intentare il giudizio per la non osservanza della clausola « *ne in Italia esset* » non perchè « *quasi pactum nudum esset* » ma « *quia esset hinu-manum et vindictam solam continebat* ».

Il Chesius (1) dimostra la possibilità di agire per un in-teresse non propriamente pecuniario, dando alla parola *in-teresse* quel significato ampio che Molineo (2) diceva errato. Quindi si potrà agire in giudizio pel solo fatto di alcuno che, edificando, *alterius prospectum facit deteriorem vel angu-stiorem et tamen hoc commodum est solius amoenitatis et voluptas animi est*. Con quanta giustizia si vedrà dopo. Così ancora agirà chi si è visto rapir la schiava *libidinis explen-dae causa*.

Hotomano (3) e Fabro (4) insistono frequentemente sulla questione dell'interesse del creditore, non preoccupandosi mai del valore del contenuto della prestazione.

Gotofredo non commenta l'*ea enim* della leg. 9.

b) Della scuola Olandese consultai il Wesembecius (5),

(1) *Interpretationum Iuris* lib. II cap. IV n. 3.

(2) *Opera* « de eo quod interest » n. 8.

(3) Consultai: *Commentarius in quatuor lib. inst.; comm. in duos tract. dig.; novus commentarius in verbis iuris; disputatio de pactis*.

(4) Consultai: *Comm. ad Pandectas; codex Fabrianus; de erro-ribus pragmaticorum*.

(5) *Ad Pandectas*.

l'Otto (1), il Graevius (2), il Meerman (3) senza risultato che meriti esser notato. Così ancora il Vinnio (4) nel *Trac-tatus de quaestionibus iuris selectis* si occupa della questione: (cap. XXXVII) se cioè nella valutazione dell'*id quod interest* si debba tener conto della *ratio lucri* e se (cap. XXXVIII) in tale valutazione cada *quod actor consequi potuit nempe con-secutus est*. E risolve la prima affermativamente, perchè il lucro mancato è compreso nel *quantum revere interest*, ra-gione della quale si avvale per risolvere anche affermativa-mente la seconda.

Hubero (5) commentando la leg. 3 del « de oblig. et act. », dice che il diritto delle obbligazioni è diverso dal dominio, ma non quanto potrebbesi credere, poichè anche esso *auget patrimonium nostrum*. Ciò si desume dalla tecnica giuridica e dalla disposizione che la materia delle obbligazioni ha nelle istituzioni giustiniane e per le parole di Teofilo pre-cedenti il trattato sulle obbligazioni: εἰπόντες περὶ τῶν πρα-γμάτων νῦν μετέλωμεν ἐπὶ τὰς ἐνοχὰς (6).

E (7) propostasi la questione se colui che ha promesso un fatto può liberarsi prestando l'*id quod interest*, la decide negativamente, rifacendosi al principio che *actionis voluntarias hominum imperari ab externa causa non posse*: il debi-tore non può essere spinto al *facere*: onde il magistrato nel caso che quello non ottemperi alla sua ingiunzione di fare

(1) *Thesaurus iuris romani*.

(2) *Thesaurus antiquitatum romanarum*.

(3) *Novus Thesaurus iuris civilis*.

(4) Nel « *de pactis* » non si accenna per modo alcuno alla qui-stione.

(5) *Praelectionum juris civilis* (Napoli 1784) V. I. p. 280.

(6) V. Tra i moderni il BORSARI, *Comm. del c. civ. it.*, Vol. 3 parte 2^a p. 161. A. (Torino 77).

(7) *Op. cit.* p. 296 e seg.

dovrà *adiberi modus exequendae sententiae*, secondo la natura del negozio (1).

Il Nood in più luoghi (2) si dimostra favorevole ad un'accezione più ampia dell'interesse del creditore, così che sono utili non solo quelle cose che *habent plus lucri quam oneris*, ma anche quelle *quibus plus impenditur quam inde trahitur commodi*. Anzi (3) attribuisce alla consuetudine l'aver limitato lo *strictum ius* contenuto nella massima: « *servitus praedii ultra eius necessitatem extendi non posse* » pel farsi strada di un principio di favore a ciò che le parti stabilivano e perchè *nemo postulat invidiosum ius quod sibi profuturum est et alteri non nociturum*. Sicchè pel Nood è ammessa la possibilità di agire per un interesse non veramente patrimoniale, ma, se pure non discute in nessun luogo della patrimonialità o meno del contenuto del rapporto obbligatorio, pure ci è dato argomentare che egli non la pensasse diversamente dal suo contemporaneo Hubero.

Il Voet (4) insiste sul carattere di commerciabilità della cosa che può formare oggetto di obbligazione. *Nec interest, utrum res sint corporales vel incorporales, genere an species, si modo sint in commercio*. Non commenta però la leg. 9, 7, 40 D. se non per la prima parte riproducendo semplicemente il pensiero del giureconsulto.

Lo Zasius non ci offre dati sicuri per stabilire quale fosse la sua opinione circa la quistione in esame.

Lo Gifanio (5) dice che la sostanza dell'obbligazione non

(1) Per gli autori che accettano tale teoria e per quelli che la combattono V. GLUECK al lib. II tit. XIV § 316 del Commentario alle Pandette.

(2) Valga per tutti il comm. alla leg. 15 D. *de servitutibus*. Vol. 1° *opera omnia* p. 4 (Napoli 1788).

(3) Op. cit. p. 7-I-e seg.

(4) *Commentaria ad pandectas* lib. XLV tit. I. n. 6.

(5) *Lecturae Alphonsinae: de obl. et act.* p. 540 u. 10.

è posta nel trasferimento del dominio *sed in illo potius ut quis cogatur dare aut facere*, riproducendo l'idea del *vinculum iuris* delle fonti. Però ritiene (1) che anche a base di quelle azioni che ordinariamente si dicono *ex iure personarum* vi sia un rapporto reale. *Nam actio tutelae et curationis ex administratione nascuntur; actio dotis non ex matrimonio sed ex dote, quae res est, sive universitas quidam rei ut peculium*.

L'Oldendorp tace. Il Rittersusius (2) ritiene giusto ed utile affidare l'obbligo di talune prestazioni, gravose per chi le fa e fruttifere di nessuna e poca importanza per chi le riceve, alla buona fede degli uomini, anzichè *omnia vinculis legum et obligationum adstringere*. E con pensiero più volte manifestato dai moderni dice: *In necessitatibus enim nullus est virtuti locus, quod ex libera potius voluntate ac bona fide pendet quam aliqua coactione*. Anche questo autore si mostra favorevole al pensiero dello Gifanio del *rem ipsam afficere* del vincolo obbligatorio.

c) Passando alla Scuola Tedesca, dichiaro di non aver trovato nelle varie opere del Lauterbach, del Puffendorf, del Cocceius, del Tomasius, del Brunquel, del Boehmer, dell'Eincio cosa che meriti di essere riferita. Lo Stryckius afferma *hodie factorum vis non imminuta sed aucta potius*, per la possibilità di agire anche per un *factum nudum*: onde purchè si abbia un patto seriamente conchiuso tra persone capaci di contrattare e sia escluso ogni impedimento per difetto di consenso, o errore, timore, dolo ecc. l'obbligazione sarà valida. Ammette (5) la possibilità di liberarsi dal-

(1) *Op. cit.* p. 167 n. 6.

(2) *Tractatus de differentia inter jus. civ. et can.* lib. III cap. I.

(3) *Commentarius in quatuor libros institutionum* lib. III tit. XIII pg. 398.

(4) *Opera praestantiora de pactis* t. XIV, § 1 e § 7.

(5) *Opera praestantiora de pactis* t. XIV § 10.

l'obbligazione *praestando interesse*: ma non determina neppure lui quale valore debba avere la prestazione in sè.

a) Veniamo in ultimo alla Scuola italiana.

L'Alciato (1) stima che colui, il quale promette un fatto, venga implicitamente a promettere una somma di danaro corrispondente al quanti *interest si id factum non sit*, così che appena il promettente cade in mora *statim aestimatio delatur* e lo *stipulator* agendo pel *non factum* in realtà *aestimationem petit*. La quale (2) non si riferisce solo alla cosa da prestarsi, ma ad ogni utilità mancata, comprendendo in ciò, quando ne sia il caso, anche quel ch'è dovuto pei danni arrecati dalla lite, dalla contumacia e da quanto altro il giudice curerà *arbitratu suo* di doversi considerare. Per Alciato quindi la prestazione doveva avere un valore rapportabile al danaro sempre e nella condanna doveva sempre tenersi conto degl'interessi morali del creditore.

Infatti Alciato pel primo, combattendo l'opinione di tutti i giuristi anteriori che ponevano la differenza tra i giudizi di buona fede e quelli *stricti iuris* circa il tener conto o meno dell'*affectus ratio*, dice di non veder la ragione di tale differenza. *Et dum generaliter traditur propter affectum condemnationem numquam augeri, in bonae fidei judiciis actionem tamen dari, quae alioqui non competisset, huiusce rei rationem nullam esse dixerim: si enim affectus hic ita efficax sit, ut actionem inde dari fateatur, quanto magis potuit in causa esse, ut aestimatio augeatur? Maioris quidem est rem novam concedere quam concessam paulisper augere, tanto più quando spesso è proprio l'*affectus ratio* che produce una *deminutio aestimationis*: se produce quindi una *deminutio* perchè non può dar luogo ad un aumento?*

(1) *Opera*, Francoforte 1618 Tomo II col. 582.

(2) *Ibidem* col. 547.

(3) *Op. cit.* tom. III, cap. IV. col. 462.

Anzi Alciato dice di più: egli crede che anche nei giudizi *stricti iuris* si debba concedere l'azione per interessi di ordine morale e ciò per considerazioni tutte dell'esame delle fonti. Al padre (D. XXI, 2,71) compete azione *ex stipulatu ob affectionem* nel caso in cui il fondo dato in dote alla figlia sia evitto durante il matrimonio, e pure nessuno, secondo Alciato, si sognerebbe mai di dire che tale stipulazione *quoniam venditionem accesserit*, sia di buona fede. *Nam stipulatio eius contractus naturam, cui accedit, ita imitatur ut firmiorem validioremque facit conventionem: non ut qui non teneretur idcirco teneatur et quis agere non poterat idcirco possit*. E nel caso in cui *servus se ab extero mandat emendum* e l'acquirente non lo manometta, competerà al padrone dello schiavo perciò l'azione e non per la ragione che nei giudizi di buona fede si debba tener conto dell'*affectus ratio*: ma perchè interessa al padrone che la manumissione avvenga. Infatti il mandato dello schiavo è dapprima, in sè stesso, nullo, appunto perchè di schiavi, ma *eius robur ex voluntate domini descendit*, col ratificare la vendita, ricevendo il danaro: se quindi approva il contratto, si stima che approvi tutto quanto in esso è dedotto, vendita e manumissione. Concludendo: per Alciato la differenza tra contratti di buona fede e *stricti iuris* sta in questo: nei primi l'*affectus ratio* si presume e massime quando *favor libertatis accedit*: pei secondi *non presumitur actum nisi quod expresse constat et quod per quam necessario consequens est*, lasciandosi il magistrato anche per questi, in qualche caso, consigliare dall'equità (1).

Il De Luca (2) si dimostra favorevole alla patrimonialità, mediata o immediata che sia, del contenuto della prestazione. Infatti non sa vedere perchè « non si possano convenire

(1) *Op. Vol. cit.* col. 463.

(2) *Il dottor volgare*, lib. V, cap. II, n. 7.

li frutti ricompensativi di beni infruttiferi di delizia o lusso a quella ragione che verisimilmente si potrebbero locare, dal momento che sono soliti locarsi e pagarsene la pigione.»

Pel De Luca (1) il valore della prestazione è data da quel corrispettivo che suole variare secondo i luoghi, le persone i tempi, ma ch'è sempre valore patrimoniale, la cui tassazione per altro, in caso di controversia, è lasciata al prudente e discreto arbitrio del giudice (2), il quale dovrà nelle sue decisioni tener conto di tutti gli elementi obbiettivi capaci di far variare l'ammontare di tale valore. In più luoghi del *Theatrum veritatis* l'autore insiste su tali principii.

Tralasciando il Menochio che ripete cose note, insieme al Pace, al Merenda, all'Averani ricorderò solo quanto dice il Gentili trattando dell'*obligatio operarum*. Egli afferma (3) la possibilità della trasmissione ereditaria a riguardo di tal sorta di obbligazioni pel fatto che *obligatio operarum similis est obligatio generum. Et quia operae, maxime fabriles, dicuntur quasi in pecunia prestatione consistere, ideo quod ab heredes transire*. Il Mantica, infine, riporta una lunga serie di definizioni poco importanti della *substantia contractus* (4) e finisce per affermare, cosa già nota, la *substantia* consistere nel consenso delle parti, limitandosi per altro ad aggiungere che *cum aliquid requiritur, quod, si non interveniat, naturalis non nascitur obligatio, illud etiam dicitur esse de substantia contractus*. Ponè inoltre tra gli *optimum interpretes conventionum* (5) la *utilitas contrahentium*, chè da essa si rileva *quae sit species conventionum, nam commertia non sunt introducta nisi propter utilitatem contraentium*.

(1) V. *ibidem* e lib. IV, cap. X.

(2) V. lib. V, cap. III, § 3 e seg.

(3) *Opera omnia*, Napoli 1763 — p. 133 *de dividuis ed individuis*.

(4) *De tacitis et ambiguis conventionibus*, lib. I, tit. XII.

(5) *De tacitis et ambiguis conventionibus*, lib. III, tit. XII, n. 12.

V.

È proprio tra i moderni romanisti e civilisti che ferve più che mai acra la lotta. Questi tutti vanno ancor essi divisi in due grandi categorie: quella degli oppositori e dei sostenitori della teoria dominante; ciascuna delle quali categorie va suddivisa, alcuni sostenendo la patrimonialità, altri la pecuniarità della *res* dedotta in obbligazione. Ciò ch'è ben diverso.

Il patrimonio non comprende, come ho già detto, tutta la cerchia dell'attività giuridica di una persona, quella che il Bekker chiama (1) « cerchia della sovranità privata », ma è « il complesso dei rapporti giuridici di una persona, avente valore pecuniario (2) ». In altri termini « dal punto di vista strettamente giuridico oggetto patrimoniale è ciò che per gli uomini ha valore economico, suscettibile di misura e determinazione giuridica, e però i diritti stessi patrimoniali, diritti di proprietà, *jura in re aliena*; diritti ad atti altrui; questi formano nel loro complesso il patrimonio in senso giuridico, il *patrimonium* (3). Per pecuniarità invece s'intende l'equivalenza diretta ed immediata a tanto oro, a tanta *pecunia* (4).

Quindi il primo concetto è più ampio del secondo e lo comprende restando inferiore all'altro dell'*avere*, che abbraccia tutto ciò che l'uomo può dir *suo*, anche i beni che *extra computationem patrimonii nostri sunt* (5).

(1) *Pand.* I § 40 p. 134.

(2) WINDSCHEID, op. cit. Vol. II nota *k* dei traduttori.

(3) HEUSELER, *istit. di d. priv. tedesco I* § 66, p. 329. riportato sulla succitata nota *k* al WINDSCHEID. Vedi anche MINOZZI, *Studio sul danno non patrim.* p. 20 e seg.

(4) SCIALOIA, op. cit. p. 80.

(5) MIRAGLIA: *Sul concetto dell'avere*: nota letta alla R. Acc. di Scienze morali e politiche della Soc. R. di Napoli 1900.

Bene è, in generale, tutto ciò che può soddisfare ad un nostro bisogno ad una nostra tendenza, e per raggiungere quella felicità cui l'uomo tende nella vita particolare e sociale, esercitando la sua attività sulle cose esterne (1): ma non tutti i beni sono compresi nel patrimonio. L'utilità è requisito necessario del bene, varia da uomo ad uomo e sorge per esso, prescindendo dalla qualità dell'oggetto ed il valore non è che il grado dell'utilità (2). Però il diritto non può portare la sua sanzione ad ogni bene: esso non fa che assegnare consistenza e forma giuridica ai rapporti che hanno per oggetto i beni, che, secondo la loro natura, la loro importanza sociale ecct. ecct., meritano protezione. Ed il legislatore deve determinare quali beni siano protetti dal diritto. È vero che non li potrà mai un codice racchiudere tutti in un breve articolo di legge: ma è vero altresì che da tutto un sistema di diritto positivo possa e debba risultare chiara tale determinazione (3). E, venendo alla nostra quistione, appunto alla determinazione della cosa deducibile in obbligazione, alla natura della sua utilità, al suo valore, secondo il pensiero del legislatore, si appuntano le due correnti di scrittori.

(1) AHRENS, *Corso di d. naturale* (trad. MARGHERI) I, 47.

(2) SAVIGNY, (*Traité du droit romain* p. 360) scriveva: L'idea di *valore* essa stessa si manifesta nella vita reale sotto la forma del danaro; così, nel linguaggio del diritto, valore e valore pecuniario sono sinonimi presi indifferentemente l'un per l'altro. I beni di un individuo si risolvono in una *quantità pura*. La pura *faciendi obligatio* si riduce essa stessa in una vera proprietà ed i beni di un individuo rappresentano una somma di danaro come proprietà o come debito non pagabile o sono eguali a zero.

(3) V. CIMBALI, *La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della forza obbligatoria*. (Negli *Studi di dottrina e giurisprudenza* p. 40).

VI.

Il Pothier (1) pensa che debba esservi nel creditore un interesse apprezzabile in danaro, così che dall'inadempimento ne derivi danno suscettibile di estimazione. Solo un fatto di valore non patrimoniale può essere condizione o modo di obbligazione. Se convengo con Tizio, perchè questi vada a studiare per un anno in una data città, non sorge perciò alcuna obbligazione valida « perchè questo fatto a cui io non ho interesse alcuno non può essere oggetto di obbligazione verso di me ». Però nel caso in cui avessi convenuto di dare una somma di danaro a Tizio, purchè vada a studiare in una certa città, l'obbligazione sarebbe valida essendo il fatto condizione o modo, secondo i casi, del conferimento della somma. Molitor nel *Cours du droit romain approfondi* e nell'*Obbligation en droit romain*, Delvincourt nel *Cours de droit* la pensano come Pothier. Così anche Duranton il quale insiste a lungo (2) sulla differenza tra le obbligazioni giuridiche ed i semplici doveri che ci sono imposti dall'umanità, dalla carità e la cui forza e la cui sanzione si trovano nella religione, nella virtù, nella stima di noi stessi e dei nostri simili. Marcadé (3), Toullier (4) Ortolan (5) seguono l'indirizzo degli altri scrittori. Per tutti con Demante (6) basta che la cosa faccia nascere nel creditore una qualunque utilità, che indirettamente o direttamente possa risolversi in un quantitativo di somma. Così ancora per Lau-

(1) *Trattato delle obbligaz.* parte I cap. I n. 138.

(2) Tomo VI. p. 4, n. 16 e n. 11 del *Cours de droit français*.

(3) *Cours elementaire de droit civ. français* V, 5, p. 281.

(4) *Le droit civ. franç.* V, 3, tit. 3 reg. III.

(5) *Spiegazioni storiche delle istituz. di GIUSTINIANO*, Vol. III, tit. III.

(6) *Cours de droit civ. franç.* V. II, lib. III, sez. III, n. 556.

rent (1), fondandosi sull'esposizione dei motivi del codice francese, come pel Maynz (2) e per il Girard (3). Per altri, e sono in numero piccolissimo, si richiede una vera e propria *pecuniarità* del contenuto dell'obbligazione perchè questa sia valida. Così gli Aubry e Rau sostengono che gli atti dipendenti da una professione liberale, artistica, scientifica, letteraria non possono direttamente e per loro stessi formar oggetto di obbligazione contrattuale e però colui che li abbia promessi non sarà civilmente tenuto all'adempimento della promessa (4). Il senso morale come i principii di diritto, secondo i detti autori (5), condannerebbero la pretensione di colui che volesse reclamare i danni interessi per l'inesecuzione di una promessa di tal natura e ciò anche quando vi fosse contropromessa di remunerazione. « *Le terme honoraire, par lequel on désigne cette rémunération en fait parfaitement ressortir le caractère particulier* (6) ». Lasciando da parte la preoccupazione tradizionale per cui un vecchio pregiudizio vieta di assimilare il prezzo del lavoro intellettuale col prezzo del lavoro manuale, creando un'aristocratica nozione di onorario, in antitesi al democratico salario (7), queste sono esagerazioni isolate che lascerebbero indifesi dal diritto, come nota il ch. Prof. Coviello (8), tutti i beni non materiali.

Ma qual'è la vera ragione su cui si fonda, pei giuristi

(1) *Principes de droit civ. français*, V. XVI, n. 81.

(2) *Traité des obligations*, tit. I, § 30.

(3) *Manuel de droit romain*, p. 432 nota 3.

(4) *Droit civ. theor. franç.* v. 5 § 371 bis e § 344 — seguiti da GUILLOUARD, *Louage*, II n. 696 — Contro v. LAURENT, *Principes* XXVII n. 335-337; GIORGI, *Obblig.* III n. 435.

(5) Op. cit. V. 3 § 544 nota 2.

(6) Op. loc. cit. nota 4.

(7) V. ORLANDO, *Princip. di d. amm.* 1892, p. 94 n. 149.

(8) V. *Giurisprudenza it.* 1897 parte I, sez. I, col. 690.

moderni esaminati sin qui, il carattere necessariamente patrimoniale dell'obbligazione? Ce lo dice il Laurent per tutti: « *Les contracts sont sanctionnés pour l'utilité des hommes: quand une convention est inutile, il n'y a plus de raison pour que le législateur intervienne et que prête son concours à fin d'en procurer l'exécution forcée* » (1). E questo interesse deve essere valutabile in danaro, perchè diversamente il « *n'y aurait pas moyen de condamner le débiteur à des dommages intérêts; dès lors l'obligation serait sans sanction, et par suite sans lien de droit* ». Quindi una ragione del tutto obbiettiva e pratica è quella che spinge i giuristi moderni francesi a pensare a quel modo che fanno: la impossibilità di condannare il mancatore della promessa qualora questa stessa non fosse apprezzabile in danaro.

VII.

Tra gli autori tedeschi che han dichiarato la loro opinione pel diritto moderno, il Windscheid (2) nota che non fa opposizione all'ammettere la non patrimonialità nè la questione della condanna nè quella dell'esecuzione, potendo essere la prima anche non pecuniaria e potendo, quanto alla seconda, il giudice, secondo la legge di procedura tedesca (3), ottenere la esecuzione della sentenza con pena. Il giudice accorderà la sua assistenza sempre quando il credito dedotto in giudizio è l'espressione d'un interesse legittimo, secondo il suo apprezzamento e non un semplice capriccio. Combatte perciò la teoria del Puchta (4) per cui solo quando

(1) Op. cit. V. XVI, n. 81; SAVIGNY, *Le droit des oblig.* v. I p. 21 (trad. GÉRARDIN et IOZON) e *Traité de droit rom.* p. 359 e seg.

(2) Op. cit., V. II § 250 nota 3.

(3) *O. d. P. C.* § 744-775,

(4) *Pand.* § 220: V, anche *Ist.* p. 43, 198, 201 vol. II.

« l' esigere un credito è anche un dovere morale » è dato fare astrazione dall'interesse pecuniario. Ma, come si esprimeva Jhering (1) vi sono interessi che non sono capricci e pure non sono protetti dal diritto, p. e. i rapporti di socievolezza.

Però anche in questi egli riconosce che ve ne sono alcuni protetti dal diritto. Così l'obbligo che assume un musicista di suonare in una festa da ballo. Se fondate la forza obbligatoria delle convenzioni, dice Jhering, sull'interesse pecuniario, voi dovete necessariamente ammettere che questo musicista possa venire meno all'obbligo assunto in vista di un guadagno maggiore che ricaverà suonando in altro luogo, poichè nella riunione ove questa persona deve prestare l'opera sua, « non si tratta di un interesse pecuniario, ma di solo piacere ». E perchè? Ciò non mi sembra proprio esatto per la considerazione semplicissima, che, colui il quale ha impegnato il musicista, ha un vero interesse patrimoniale, tanto è vero che si obbliga a sborsare danaro. Anche non pagandola, l'opera del musicista è di quelle che si possono ottenere per danaro, nè si deve confondere il valore patrimoniale della prestazione con lo scopo cui si vuole far servire questa. Jhering sostiene che tutti i rapporti di compiacenza (prestazione gratuita di servizi, abbandono passeggero dell'uso di una cosa ecc.) sono esclusi sempre dalla protezione giuridica anche quando l'interesse a richiederli sia di natura patrimoniale. P. e. colui che ha avuto promesso da altri che questi gl'insegnerà la lingua latina ha interesse che ciò sia eseguito, anzi ha un vero interesse patrimoniale, perchè per tale fatto egli risparmierà la spesa di prendere lezione da un professore. Eppure, secondo Jhering, egli non potrà agire, perchè qui si tratta di una promessa puramente amichevole. L'affermazione mi pare troppo generale e recisa. Essa sarà giustissima in qualche caso, ma in altri è difettosa. Se p. e.

(1) Op. cit. p. 192.

in un dato paese vi è una sola persona che insegna il cinese e questi prometta di insegnarlo a Tizio gratuitamente, a titolo di riconoscenza per favori ricevuti, e se la cognizione di tale lingua deve servire a Tizio per essere nominato interprete presso il ministero degli esteri e l'insegnante conosce tale circostanza e malgrado tutto si rifiuti in seguito, si vorrà forse dire che l'obbligazione assunta non dovrà essere protetta dal diritto, quando poi Tizio è costretto a passare in altra città per apprendere ciò che gli occorre da chi colà risiede, o a far venire da altra città un maestro di cinese nella sua?

La terza categoria di promesse da scartarsi per lo Jhering è quella per cui non esiste alcuno interesse per lo stipulante.

Ora, come notava giustissimamente il Windscheid (1) è a domandarsi se un uomo ragionevole sia per farsi promettere qualche cosa a cui egli non abbia interesse. Dalla mancanza di questo potrà dedursi solo che l'intenzione delle parti non è stata quella di concludere un contratto vincolativo. Jhering (2) riporta numerosi casi nei quali vuole dimostrare come obblighi importanti un interesse solo morale o intellettuale o di affetto siano perfettamente protetti dal diritto. Egli sostiene che, ammesso il domma del valore pecuniario non sapremo più ove arrestarci giungendo p. e. a decidere che il chirurgo, il quale si è fatto promettere da un malato che questi si farà operare da lui, possa obbligarlo a ciò fare: in realtà il chirurgo ha un interesse economico, per far pratica e per farsi nome, ad eseguire quella data operazione. E perciò solo nel carattere giuridico è che si rinviene il criterio per distinguere una obbligazione proteggibile da quelle non proteggibili dal diritto. Ora tutto ciò non è esatto. Non è esatto ciò che asserisce l'illustre romanista,

(1) Op. vol. cit. § 314 nota 8.

(2) Op. cit. p. 198.

innanzi tutto perchè non si ha obbligazione se l'*animus obligandi* manca e perchè la cosa dedotta in obbligazione non deve urtare i principii di morale (1).

Jhering infine trova modo per rendere praticamente eseguibile la sentenza nella funzione penale (minaccia di pena) e satisfattoria (indennità per lesione definitiva del diritto) del danaro, oltre quella di mera equivalenza, alla cui erogazione sarà condannato il debitore. Nè il giudice (2) sarà impacciato nello stabilire la pena di 10, 20, 100 lire: il carattere serio della sua missione, la responsabilità della sua posizione lo garentirà contro questi vani (!) scrupoli della dialettica; e più è compreso dal senso del dovere, meno esiterà a misurare le pene, tali da riparare il sentimento giuridico dell'attore e dare un salutare effetto di intimidazione per ogni altro.

Il Kohler (3), in proposito della disposizione del § 241 codice civ. germanico (4), nota come il concetto dell'interesse si è allargato negli ultimi tempi e come per la teoria dell'equivalenza sia più facile realizzare il diritto nel caso che non si possa costringere all'adempimento e si debba a questo sostituire perciò l'indennizzo. Ma secondo il Kohler, la teoria dell'equivalenza non basta, potendosi per essa giungere alle esagerazioni notate dallo Jhering. Stima che oggetto dell'obbligazione possa essere qualunque servizio, in quanto le idee, le abitudini di un dato popolo

(1) V. COVIELLO in *Filangieri* 1897 p. 741.

(2) Op. cit. p. 159.

(3) *Das Obligationsinteresse* in *Archiv. f. bürgerliches Recht*, 1897 v. 12. Ampio riassunto pubbl. dal Prof. COVIELLO nel *Filangieri*, 1897 pag. 671.

(4) *Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich* 241: « In forza del rapporto obbligatorio il creditore è autorizzato a chiedere una prestazione. La prestazione può consistere anche in un non fare ».

ammettono che tali beni immateriali possano formare oggetto di scambio coattivo ed obbligatorio. Stabilisce dei « sintomi » per poter distinguere nella pratica l'obbligazione giuridica del semplice dovere sociale, di amicizia di religione o di famiglia: ma finisce egli stesso per dichiararli non sicuri. Riconosce nella forma contrattuale e nella penale degli « estremi » importanti, ma reputa invalida la penale che vincoli troppo la libertà individuale. L'art. 241 cod. civ. germ. stabilisce il principio che le sole cose del commercio giuridico, e non ogni promessa, sono tutelate dalla legge.

Pernice (1) pensa che, non avendosi altro che liti private, per la mancata distinzione del *ius in ordinarium*, *extraordinarium* e *mixtum*, essendo diventata la forma un fattore imperdonabile, ogni pretesa, non contraria alla morale è azionabile.

Hellwig scrive (2): « Si richiede solo che la prestazione promessa abbia, obbiettivamente, secondo la sua natura, un riferimento al patrimonio e dippiù è necessario ch'essa sia pel creditore di un'importanza pecuniaria, in modo che il suo venir meno eserciti un'influenza sui suoi rapporti economici ». Ora questo si verifica non solo quando si aumenta il patrimonio o se ne migliorano le condizioni, ma anche quando l'oggetto promesso entra nella serie dei beni destinati alla consumazione od al godimento, quando si promettono fatti che ne aumentano il valore di uso o di scambio, quando la prestazione è tale che in commercio si può procurare con denaro; ed in ciò rientrano la istruzione e le altre « *operae liberales* ». Combatte l'interpretazione data dal Kohler al § 241 c. civ. tedesco e sostiene che i Motivi (3)

(1) Op. cit. p. 195.

(2) *Ueber die Grenzen der Vertragsmöglichkeit* in *Archiv. f. civ. Praxis*, 1896 vol. 86 pag. 230 riassunto dal Prof. Coviello nel *Filangieri*, 1897 p. 665.

(3) II pag. 3. Lo stesso pensa DERNBURG nota 7 § 17 *Pand. Interesse, Vermögenswerth der Leistung*.

di esso non possono, qualunque cosa dicano, mai formare testo di legge.

Ed il Dernburg (1): « Non occorre, come in origine avveniva, che la prestazione aumenti direttamente il patrimonio di colui al quale va. Basta che si tratti di cose che in commercio si possono avere per danaro. L'interesse patrimoniale sta in ciò che il creditore risparmia le spese che dovrebbe fare per procurarsi la cosa dovuta, quando non gli venisse prestata in forza del contratto ».

VIII.

Ed ora veniamo a ciò che più gravemente c'interesse di determinare e per cui tanta strada abbiamo percorsa, alla questione cioè della patrimonialità o meno del contenuto dell'obbligazione contrattuale *secondo il nostro diritto positivo*.

L'articolo 1116 cod. civ. dice così: « Le sole cose che sono in commercio possono formare oggetto di contratto ».

Innanzitutto che intende per « cosa » il nostro diritto positivo ?

Nel linguaggio comune « cosa » è tutto ciò che esiste fuori di noi e cade sotto i nostri sensi od è percepito dalla nostra intelligenza: nel linguaggio giuridico è tutto ciò che può essere oggetto di un diritto (2). Perchè ciò avvenga la cosa deve essere utile all'uomo, così da appagare un suo bisogno, nè il concetto giuridico di cosa trae seco il requisito della corporalità. Molte discussioni si agitarono e si agitano circa la distinzione delle cose in corporali ed in-

(1) Op. loc. cit.

(2) Vedi principalmente il WINDSCHEID. Op. cit. V. 2 nota g dei traduttori italiani, massime per la larga discussione al riguardo della distinzione delle *res in corporales* ed *incorporales*, e per l'estesa bibliografia dedotta ivi. V. GIANTURCO, *Sistema del D. Civ.* p. 113 § 35 e ARNDTS SERAFINI V. I. § 48 n. I.

corporali, sostenendo alcuni che « cosa » sia unicamente « ogni oggetto *corporale*, che secondo la sua natura, il suo modo di essere sembra adatto ad essere oggetto del diritto e non adatto ad esserne soggetto » (1). Ma il significato volgare di cosa, come notano i professori Fadda e Bensa annotando il Windscheid, comprende anche quelle immateriali; lo stesso accade pel significato giuridico, se si considera che il diritto esercita la sua protezione sui beni e questi sono materiali, morali ed intellettuali. Oltre di che, il nostro codice (art. 406) definisce per beni (cose considerate come oggetti esteriori dei diritti civili ed in relazione all'utilità che possono arrecare all'uomo per la soddisfazione dei suoi bisogni e godimenti (2)): « tutte le cose che possono formare oggetto di proprietà pubblica o privata » (3). Si è discusso a lungo specialmente sulla esattezza della terminologia « proprietà di diritti » ma, oramai può ritenersi pacifico potersi ammettere tale espressione. È vero che il significato primo di cosa è quello di cosa corporale (4) e che si dice « proprietà » propriamente delle cose corporali (5); certo però l'uso del foro non poteva stabilire analogia più esatta nella più parte dei casi. Si discuta però dei limiti dell'intervento del diritto nel campo degl'interessi morali, ma non lo si escluda, se esso non ce ne autorizza esplicitamente, tenendo presente che « può l'interesse materiale

(1) Così il BEKKER, *Pand.* I § 70 pag. 287 seguito da molti altri.

(2) F. S. BIANCHI, *Corso di Cod. civ. ital.* volume IX parte 1^a pagina 1.

(3) F. S. BIANCHI, Op. vol. cit. pag. 2, esclude i soli beni contemplati dall'art. 406, così come per l'art. 516 cod. civ. francese; DEMOLOMBE, V. IX, n. 10-14; AUBRY et RAU, v. II § 102.

(4) GIANTURCO, *Sistema* pg. 144.

(5) BIANCHI, Op. cit. pag. 648 che sostiene ciò massime per i diritti di servitù prediale.

riferirsi anche a cose incorporali, le quali, per quanto percepibili solo o precipuamente colla mente, non lasciano di avere un' «esistenza reale (1)». E gli scrittori più reputati italiani riconoscono ciò: così il prof. Ferdinando Bianchi (2), il Prof. Gianturco (3), il Consigliere F. S. Bianchi (4), il Pacifici Mazzoni (5) ed altri, per quanto il Mazzoni ritenga che la distinzione tra cose corporali ed incorporali non abbia alcun fondamento nel codice nè abbia importanza nel campo legislativo. Il diverso regolamento giuridico che il nostro legislatore stabilisce pei beni corporei ed incorporei e che tanto bene è stato rilevato dal consigliere Bianchi è lì a dimostrare l'infondatezza di tali asserzione. Inoltre voler disconoscere che cose siano anche le immateriali, è un voler disconoscere tutto il processo evolutivo subito dal concetto di *res*, il quale, a partire dall'antico diritto romano, si è venuto sempre più e meglio spiritualizzando, come notano i maggiori cultori del diritto.

Ciò in generale. Ma l'art. 1116 dice che le *sole cose che sono in commercio* possono formare oggetto di contratto: quindi solo alle cose commerciabili è dato ciò. È assolutamente impossibile dare alla disposizione legislativa un significato più ampio. Ma quali sono le cose commerciabili?

La commerciabilità rinchiude in sè, imprescindibile, l'idea della valutabilità pecuniaria: per lo meno della possibilità di essa (6).

(1) WINDSCHEID, Op. vol. nota cit.

(2) Riv. it. di sc. giurid. II p. 49 e seg.

(3) Op. loc. cit.

(4) Corso di cod. civ., (2. ed.) IX n. L p. 52.

(5) Ist. vol. II pag. 188, nota.

(6) La distinzione del termine « commercio » nel campo del diritto civile ed in quello proprio del diritto commerciale, fatta da molti interpreti del diritto, antichi e moderni, non si riferisce mai alla patrimonialità o meno della cosa. Il MASSÈ p. e. (*Le droit com-*

Il nostro codice quindi esclude ogni altro valore che non sia il commerciale: questo stabilisce come carattere necessario dell'oggetto del legame obbligatorio. «Perchè una cosa possa formare oggetto di rapporti di diritto privato è necessario che si possa valutare in danaro» scrive il Prof. Gianturco citando la leg. 9 § 2, D. XL, 7, con frase, che, francamente, ci pare troppo generale, potendosi viceversa ciò affermare pel diritto di obbligazione contrattuale, secondo il concetto del legislatore, in base dell'art. 1116.

Però la qualità di « patrimoniale » non vien data alle cose solo dagli individui, che di quelle fan difetto, i quali per appagare con esse un bisogno proprio, le deducono in con-

mercial dans les rapports avec le droit des gens et le droit civil. Paris 1884 pag. 3 vol. 1): notava che « *le commerce, envisagé sous ce point de vue général, est donc une communication réciproque entre deux personnes, dont l'une donne à l'autre une chose pour une autre chose, qu'elle en reçoit* ». Così il DOMAT (*Dir. public.* liv. 1, tit. 7. sep. 2. n. 2); così esplicitamente il LAURENT (*Principes de droit civ.* v. XVI n. 79 Paris 1875): « *L'expression de commerce vien du droit romain; elle a en droit français une acception plus restreinte. Chez les Romain, le jus commercii consistait dans le droit de faire toutes espèces de conventions relatives aux biens: les citoyens seuls avaient ce droit, en principe. Aujourd'hui le droit de contracter est devenu un droit naturel appartenant à tout homme en sa qualité d'homme. Mais il y a des choses que l'on ne peut vendre ni acheter: on dit de ces choses qu'elles ne son pas dans le commerce* ». E così tutti gli scrittori fanno la distinzione sopra detta, avendo innanzi a loro la figura del patrimonio, che è base del diritto di obbligazione come di tutto il diritto commerciale. Essi vogliono mettere sull'avviso chi legge, circa il significato della parola « commerciabile », che in diritto civile è propria di ciò « che è capace di far parte del patrimonio privato d'una persona » (GIANTURCO op. cit. p. 123; BORSARI com. cod. civ. v. 3 parte 2 p. 215) mentre in diritto commerciale è propria di quella cosa che è capace di essere oggetto di quegli atti reputati dal legislatore atti di commercio.

tratto, stabilendo un corrispettivo pecuniario. Tale qualità è determinata ancora e principalissimamente dalla società con le sue abitudini e convinzioni, varie da tempo a tempo, da luogo a luogo, modificantisi pel progressivo sviluppo di essa. Quando noi vediamo che un dato fatto, una data cosa è tale che può essere procurata per danaro dalla generalità degli individui, possiamo dire che quel fatto, quella cosa è commerciabile. Nè è possibile stabilire determinazione più precisa di questa, che è riposta tutta nella conoscenza della vita sociale. La sfera sociale e la giuridica non sono distanti l'una dall'altra, come si vorrebbe far credere dal Kolher: in tal caso la funzione protettrice dei bisogni umani, data dal diritto, mancherebbe di base. È invece proprio la società quella che dà materia al diritto, il quale assegna consistenza e forma giuridica ai rapporti sociali. Ciò nel campo dei bisogni umani: nel campo economico è lo stesso. È la società che determina in modo certo il requisito ed il grado di commerciabilità alle cose per lunga serie di atti. Non ci preme trattare dei differenti valori che la cosa può avere (valore di scambio, di uso...); quello che ci interessa di stabilire è questo: che la società determina il valore e quindi la commerciabilità delle cose (1).

(1) La nostra giurisprudenza è concorde nel sostenere che fanno parte del nostro patrimonio e quindi sono commerciabili non le sole cose che intrinsecamente e per loro natura sieno tali, ma anche tutte quelle che sono ritenute tali dalla stima comune degli uomini, la quale assegna loro un valore. E però dichiara tutelabili dal diritto p. e.

1) *L'obbligo di convivere come persona di compagnia* etc. Torino 12 maggio 1896 Garabello c. Fusani (*Giurisprudenza. Tor.* 1896 p. 511).

2) *L'obbligo tra negozianti di tener chiusi i negozi nei giorni di domenica* T. Catania 17 marzo 1896. Failla Consoli c. Marca (*Foro cat.* 9659).

3) *La prestazione di opere necessarie all'atto religioso, benchè*

Gl'individui certo, purchè non ledano le disposizioni di diritto o di morale, possono bene assegnare, per proprio conto un valore alle cose. Ciò si deve ammettere non solo in quanto è evidente per sè stesso, ma anche perchè negandolo si nega il sostrato stesso del carattere commerciale assegnato alle cose dalla società. Sono infatti prima due individui di essa a dare un valore pecuniario convenzionale ad una cosa; altri in processo di tempo li imitano, sino a che quella data cosa, che non aveva valore commerciale che per le parti, lo acquista, mutato in sociale, e vario e variabile secondo le leggi dell'offerta e della domanda. Quale p. e. sarà il valore di un quadro; poniamo della Comunione di s. Girolamo del Domenichino? Non certo quello della tela e magari quello della cornice: ma quello che la società crede di dovergli assegnare come corrispettivo del piacere che si prova nell'osservarlo, tenendo conto della rarità dei piaceri identici. Certo non vi sarà legge che potrà impedire all'amatore di assegnare al quadro o ad altro oggetto valore che superi tre volte quello, che per giudizio generale esso ha: ma nel caso che non risulti, in un rapporto obbligatorio qualsiasi, l'indicazione del valore subiettivo che rappresenta per lo stipulante il quadro (*quid enim tam con-*

sia cosa sacra e non commerciale l'atto stesso etc. Casale 21 marzo '90, Capitolo dei Canonici c. Città di Pinerolo (*Rivista di diritto Ecclesiastico*, 1890, I, 414).

4) *L'obbligo assunto dallo scultore* etc. Milano 28 dicembre 1888 Depeyre c. Cogliati (*M. trib. Mil.* 1889, 165).

5) *L'obbligo dell'assistenza dell'avvocato, quando tra questo ed il cliente non corrono rapporti di grande amicizia, importa presunzione di congruo compenso* etc. Bologna 15 giugno 1880 Mazzoli c. Busi (*R. giurid. Bol.* 1889, 186).

6) *L'obbligo di cessare dal far concorrenza.* C. Torino 12 ottobre 1887 Migliorini c. Chambon Valle (*Giur. Torino* 1887, 633).

7) *L'obbligo delle cure personali e di assistenza ad infermo* etc. Torino 18 febb. 1888 Chiariglione. (*Giur. Tor.* 1888, 305).

gruum fidei humanae est quam ea, quae inter eos placuerunt, homines servare?) non si potrà pretendere più del valore socialmente commerciale di esso (1). È innegabile che la somma di danaro non rappresenta in questo caso, anzi in nessun caso, l'equivalente *matematico* dei bisogni che la cosa è chiamata ad appagare: ma il legislatore deve prescindere e prescinde di fatto da tale calcolo infinitesimale e pressochè impossibile del tutto. Così p. e. nell'art. 1231 c. c. i danni dipendenti dall'inadempimento delle obbligazioni che hanno per oggetto somme di danaro si concretano nei soli interessi legali. Eppure non vi è chi non sappia che la mancata esecuzione di una tal sorta di obbligazione può determinare, e nella maggior parte dei casi determina, una serie grande di danni non patrimoniali che pure vengono trascurati. E così ancora quale sarà il valore p. e. dell'udizione al fonografo? Eppure la società le assegna un valore che non rappresenta certo l'equivalente matematico del piacere che si può provare, ascoltando a questo modo il canto di un celebre attore (2).

Quindi il significato che va dato all'art. 1116 è che possono formare oggetto di obbligazioni solo quelle cose che hanno in loro *la possibilità di un'estimazione patrimoniale*. A suffragare tale interpretazione, oltre tutti gli altri argomenti che verranno svolti in seguito, valga per ora l'art. 1227 del c. civ. Esso si trova nel capo III che porta per titolo: « Degli effetti delle obbligazioni » e dice: « I danni

(1) GIANTURCO, Op. cit. pag. 124. Lo stesso autore invece opina altrove: (*Lezioni sulle obbligazioni*, Napoli 1894, pag. 15): « Non vi ha dubbio che il principio stabilito dal § 2 della legge suddetta del Digesto, se generalizzato, è falso nel dir. romano e, a maggior ragione, nel dir. Moderno ». Vedi ancora su ciò F. S. BIANCHI, Op. cit. p. 66.

(2) L'estimazione del danno deve fondarsi sulla vera *aestimatio* non sulla stima d'affezione (GIANTURCO, *Sistema* p. 125).

sono in genere dovuti al creditore, per la *perdita sofferta e pel guadagno di cui fu privato*, salvo le modificazioni ed eccezioni in appresso richieste », le quali sono modificazioni al quantitativo del danno ed eccezioni alla ripetibilità di esso nel caso di colpa, di dolo, di caso fortuito o forza maggiore, ma non mai eccezioni alla patrimonialità del danno stesso. Ora se la legge non tien conto che del danno patrimoniale, è assolutamente impossibile pensare, che esso si rapporti a privazione di cosa non patrimoniale.

L'art. 1161 si riferisce alle sole obbligazioni nascenti dal delitto o dal quasi delitto, comprende la risarcibilità dei danni morali ed è, pel carattere speciale che riveste, inapplicabile ai rapporti contrattuali. Tale interpretazione è sostenuta, salvo lievi modifiche, dei più illustri civilisti italiani. Citerò per amor di brevità soltanto il Giorgi (1), lo Schupfer (2), il Pacifici Mazzoni (3), il de Crescenzo (4), il Ricci (5), il Filomusi Guelfi (6), lo Scialoja (7), il Coviello (8), il Chironi (9).

Ma gli altri beni che non sono compresi nel patrimonio devono essere non protetti dal diritto se dedotti in obbligazione?

(1) *Delle obblig.* I. cap. I. tit. III. n. 228.

(2) *Il d. delle obblig.* I p. 1^o.

(3) *Istit. di d. civ. it.* vol. IV. p. 36.

(4) *Sistema del d. civ. it.* vol. 2 p. 275 § 325.

(5) *Corso teorico pratico del d. civ.* v. VI § 2 e *Indole e fonti delle obblig. e dei contratti* p. 294.

(6) *Encicl. giuridica.* (Napoli 1875) § 52. *Lez. sulle obblig.* (raccolte da Caselli 1889-90) p. 606.

(7) *Diritto delle obblig.* pag. 80-81.

(8) *Filangieri* 1897 p. 745. Il BORSARI, al contrario (*Comm. del cod. civ. it. v. 3 parte 2^a* (Torino 1877) pag. 169) sostiene che: « ogni cosa, ogni fatto lecito, può essere materia di obbligazione, quando un vero e serio proposito di obbligazione sia concorso ». Però non dimostra questo punto.

(9) *Colpa contr.* p. 43.

« Tutti gli altri beni non patrimoniali sono cose senza valore, delle quali il giudice non deve darsi pensiero: il giudice non conosce che gl'interessi della borsa: là ove cessa la borsa, là ancora cessa per lui il diritto ». Così, ironicamente lo Jhering. A chi però ripetesse tali cose, potremmo rispondere con le parole che il Laurent scriveva in altro caso analogo: « C'est une lacune, mais il n'appartient pas au juge de la combler ». Però è da notare che lo Jhering attaccava coloro che facevano della teoria dominante una cittadella della pecuniarità e non della patrimonialità, nel senso più ampio dato dalle esigenze della vita e dalla legge. È perfettamente giusto (1), nè si nega, che il danaro non serva solo a soddisfare alle necessità prime della vita, ma al godimento, allo svago, alla salute, alla istruzione: voler ritenere il contrario sarebbe davvero dichiarare la guerra al diritto intero, che non fa distinzione tra la compra dello champagne e dell'olio, del quadro e della sedia. E esso ci lascia liberi di usare del nostro danaro pel nostro piacere. È del pari giustissimo (2) che spesso tali cose non formano parti staccate e determinate di obbligazioni, presentandosi invece sotto forma di convenzione conclusa in blocco. È, così, giusto (3) ammettere la funzione non solo produttiva ma la consuntiva del patrimonio. Resta però costante per il nostro diritto l'affermativa, combattuta dallo Jhering, che cioè nessun altro bene, che non possa far parte in modo diretto o indiretto del nostro patrimonio, sia tutelato dal diritto delle obbligazioni contrattuali, se dedotto in contratto, e che il giudice civile non possa proteggere altro che i beni patrimoniali così intesi.

Rimandando di qui a poco la discussione della seconda affermativa, parliamo della prima.

(1) Op. cit. pag. 153.

(2) Op. cit. pag. 150.

(3) Op. cit. pag. 154.

IX.

Già prima abbiamo parlato del concetto di bene e del suo significato tanto comune e quanto giuridico. « Tutto ciò che tange i nostri sensi, sia desso una parte del mondo esteriore in cui vivono gli uomini o sia desso un'azione positiva o negativa di un uomo o di più uomini verso di un altro, può essere un bene, cioè appagare un nostro bisogno, estinguere una nostra sensazione dolorosa o farne sorgere una piacevole » (1). Ma il concetto del bene giuridico, tutelato dal diritto, è più ristretto, e più ristretto ancora quello tutelato dal nostro diritto delle obbligazioni. Bisogna per questo escludere innanzi tutto i beni che trovano loro unica sede nell'intimità della coscienza, e non per quella ragione di opportunità indicata dal Rittersusius e ripetuta da alcuni moderni, ma per ragioni di altra natura. L'obbligazione è un vincolo *di diritto* e come tale deve essere regolata dalle norme di questo, mentre tutti gli altri doveri non di diritto sono esclusi da tale impero. Tra morale e diritto non v'è la contraddizione notata da alcuni: tra il *bonum quod honestum est* della morale ed il *bonum quod equum est* del diritto, v'è il principio comune del *bonum*: però l'una e l'altro hanno due sfere distinte di azione; sono due discipline diverse i cui obbietti, progredendo i tempi, crescono e mai a detrimento reciproco (2).

(1) PANTALEONI, *Principii di economia pura* p. 78-79 (Barbera 1894).

(2) V. MIRAGLIA, *Filosofia del diritto*, Vol. I, pag. 203 e seg. (Napoli 1893). Si è disputato se fosse morale e però valida l'obbligazione per cui come corrispettivo della concessagli remissione di querela penale, taluno prometta di assentarsi da un luogo per alcuni anni. Il trib. di Salluzzo (10 dic. 1896 Legge I, 486), ebbe a decidere in senso contrario: però i maggiori trattatisti ammettono la validità di tale obbligazione nel caso in cui la fissazione di domicilio in

In secondo luogo devono essere escluse dal campo del diritto delle obbligazioni contrattuali tutte quelle cose che non meritano protezione in quanto non è richiesta dai bisogni generalmente sentiti. « L'azione autoritaria della legge deve arrestarsi là ove, cessando le ragioni di ordine e d'interesse generale, lungi dal garentire offenderebbe la libertà individuale e l'azione libera dell'uomo deve arrestarsi egualmente là ove, lungi dal garentire, e promuovere l'interesse individuale; verrebbe ad offendere l'ordine e l'interesse sociale (2). Il diritto nasce, si svolge nella società, si trasforma con essa e per essa, mira sempre a conseguire gli ideali che la coscienza umana indica e, come proporzione, armonizza il *cuique suum* con gl'interessi del maggior numero. Così nel campo del diritto in generale, così in quello proprio delle obbligazioni contrattuali: il legislatore non può preoccuparsi di questo o quello interesse dei singoli consociati, ma deve dettare una norma generale, tale da tutelare gl'interessi, i bisogni di un numero relativamente considerevole di individui umani, offrendo per altro i mezzi sussidiari perchè non restino abbandonati del tutto, senza protezione i primi.

Che cosa ha fatto il nostro legislatore? Ha stabilito il principio generale con la disposizione dell'art. 1116. « Le sole cose che sono in commercio possono essere oggetto di

un luogo o l'allontanamento da un luogo non sia perpetua. Vedi LAURENT, *Principes* v. XI n. 580; FRUGOLE, *Des testaments*, cap. VII sep. II n. 184, 185; RICCI, *Dir. civ.* III n. 331. GIANTURCO, *Del diritto delle successioni* pag. 214. Così ancora Cassazione Torino 3 luglio 1874 (*Giur. Tor.* 1874 p. 657) e A. Torino 31 dic. 1894 (*G. Tor.* 1895 p. 247). Non è chi non veda quanto patrimoniale sia il contenuto di simili obbligazioni.

(2) CIMBALI, *La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria* (Studi di dottrina e giurisprudenza) (*Biblioteca giuridica del Foro Italiano*) pag. 43.

obbligazione. Ma ha dato modo di rendere coercibili obblighi non patrimoniali e con l'istituto della penale e con l'ammettere la possibilità di far rivestire a tali obblighi la veste della condizione, pei quali mezzi anche rapporti d'indole non patrimoniale possono essere tutelati dal diritto, benchè siano in *conditione* e non in *obligatione*.

a) Il nostro legislatore (art. 1209) stabilisce essere penale quel patto accessorio per cui il debitore, *a fine di assicurare l'obbligazione principale*, promette una prestazione determinata pel caso che venga meno all'obbligo assunto. I caratteri della penale (1) sono: 1° quello di essere una convenzione accessoria; 2° quello di rafforzare l'obbligazione principale; 3° quello d'essere valutazione convenzionale dei danni spettanti al creditore per l'inadempimento o pel ritardo (art. 1212). La nullità dell'obbligazione principale produce la nullità della penale (art. 1210) e ciò, se è giusto, chè altrimenti sarebbe dato alle parti di rendere con la penale efficaci obbligazioni che non siano tali, per altro non è assoluto. Ed infatti gli antichi stabilivano, come i moderni (2), due eccezioni: 1° quando l'obbligazione principale fosse nulla per mancanza di interesse nello stipulante (3), 2° quando la nullità di quella fosse tale da dar luogo al risarcimento dei danni-interessi. Nel primo caso, come notava opportunamente il Coviello (4), le parti, con l'apportare una penale, si creano un interesse a veder mantenuto l'impegno: direi, piuttosto, fanno rientrare l'obbligazione nei confini della legge, perchè da questa sia protetta. E quindi (art. 1179) si avrà in tal caso un'obbligazione alternativa, che si riduce ad obbligazione semplice, poichè una delle

(1) V. GIORGI, Op. cit. IV, p. 502 n. 448 e seg.

(2) V. estesa bibliografia riportata dal GIORGI, op. vol. loc. cit.

(3) D. fr. 38, 17, 45, 1.

(4) *Filangieri*, 1897 p. 743.

due cose promesse non poteva formare oggetto dell'obbligazione. Della penale per altro si può dire ciò che gli antichi, non concordemente però (1), dicevano dell'*id quod interest*; non essere cioè possibile l'alternativa di prestare il fatto promesso o la penale pel debitore. Questa diventa azionabile dal momento della verificata esecuzione del fatto, non prima e, come il debitore non può essere costretto (dirò seguendo il sano criterio del Glück) a pagare la penale, mentre vuole prestar l'opera promessa nè è in mora, così non deve essere facultato a liberarsi dalla propria obbligazione prestando la penale, quando è in grado di eseguire quanto ha promesso, nè sarebbe alieno dal farlo (2). È stato altresì ritenuto che, quando vedesi chiaramente la penale essere comminata al solo fine di intimorire l'obbligato e per la sua enormità va al di là d'ogni onesto confine, non ne sia dovuto il pagamento (3).

b) Però il legislatore fa in modo che siano protette cose non patrimoniali dal diritto di obbligazione contrattuale, se dedotte in obbligazione sotto veste di *condizione*, sempre che però non urtino la morale o il diritto. Supponiamo p. e. che si stabilisca un contratto di locazione di opera p. e. con un portinaio o con un cameriere e si ponga, come patto, l'obbligo del locatore di portare la barba tagliata in un certo modo, di parlare in una certa lingua, di calzar guanti in certe ore e così via. Queste cose di per loro non potrebbero essere dedotte in contratto, anche esistendo l'*animus obligandi* delle parti, chè non han contenuto patrimoniale: ma possono viceversa esser tutelate dalla legge, rivestendo il carattere di condizione dell'obbligazione principale. Così

(1) V. GLUECH al lib. II tit. XIV § 316 del *Comm. alle Pandette* per la bibliografia.

(2) Cfr. RICCI, *Corso teorico pratico di d. civ. v. VI* § 193.

(3) A. Trani 3 agosto 1898. De Felice c. Amicarelli (*R. Giuridica di Trani* 98-894).

analogamente ha il diritto di chiedere la risoluzione del contratto ed il risarcimento dei danni quel redattore di giornale, specialmente se politico, che muti l'indirizzo politico che aveva al tempo del contratto e ne prende un altro contrario ai principii e sentimenti del redattore.

Il Tribunale di Roma con sentenza importantissima del 5 aprile 1901 (1) stabiliva che « la conformità dell'opera locata all'indirizzo del giornale, trattandosi in specie di giornale politico, costituisce una qualità essenziale dell'opera giornalistica e quindi dell'obbietto del contratto. Conseguentemente, se per un mutamento sostanziale nell'indirizzo del giornale venga snaturato l'obbietto della prestazione, in modo che essa non corrisponda più alla coscienza, alle idee ed alle convinzioni politiche, sociali ed economiche del giornalista, questi ha diritto di chiedere lo scioglimento del contratto col risarcimento dei danni ». Il Filomusi Guelfi (2), commentando tale sentenza la loda assai, riconoscendola giusta e ciò in base della teoria dei *presupposti del volere* del Windscheid, modificata in meglio dal Bekker, pel quale « il presupposto si ha nel volere che si è manifestato in rapporto ad uno stato presente o futuro ». L'effetto giuridico del presupposto, scriveva il Filomusi-Guelfi, è analogo a quello della massima *rebus sic stantibus*, che può dedursi come condizione espressa nel contratto, ma può operare anche come condizione tacita, in senso diverso da quello dell'art. 1165. Francamente ci pare che la motivazione della sentenza sia in parte inesatta e che lo stesso debba dirsi di ciò che afferma il Filomusi-Guelfi. Crediamo che non si debba in tal caso parlare di coscienza, idee e convinzioni politiche, sociali ed economiche dal giornalista offese; nè della teoria dei presupposti del volere, nè della massima *rebus sic stan-*

(1) *Foro it.* 1902. I, 49.

(2) Vedi *Foro it.* anno loc. cit.

tibus. La cosa ci pare molto più semplice. Nel caso deciso si ha questo: una prestazione di opera *determinata* implicitamente, un corrispettivo di somma; una parte che si obbliga a tale prestazione, un'altra che si obbliga a pagarla. Questa non può richiedere dall'altra che *la data prestazione* e niente più; quella non può essere obbligata a darne una diversa. Ma il creditore (nel caso speciale è il proprietario del giornale), per una ragione qualsiasi, pone in condizione il debitore (cioè il redattore) di prestare cosa diversa da quella dedotta in contratto e viene implicitamente a richiedere tale cosa diversa, e però il debitore può chiedere, la risoluzione del contratto medesimo e le conseguenze che immediatamente da ciò derivano a lui. Che sanzionando ciò il magistrato venga a tutelare la dignità, le convinzioni del debitore, ciò non ha peso e rappresenta un lato accessorio di molto della questione: l'importante è che il magistrato si renda interprete del diritto, che vuole, per l'art. 1218, che le obbligazioni siano eseguite esattamente dalle parti contraenti ed in mancanza si risponda dei danni.

Sono questi due (apposizione di penale e di condizione) i mezzi accessori che dà il patrio legislatore a tutela di prestazioni di cose non patrimoniali e che non infirmano, anzi maggiormente convalidano, ciò che nell'art. 1116 è disposto.

Nè l'art. 36 del cod. proc. civ. (il quale stabilisce il principio di un interesse qualunque per avere azione giudiziaria) rappresenta un ostacolo a tale interpretazione. L'art. 36 è disposizione generale (1), rappresenta la norma comune

(1) Anche ciò non è pacifico in giurisprudenza; citerò le più recenti sentenze:

Pro Cass. Roma 22 genn. 1900 Finanze c. Marona, *Foro it.* I, 202 n.

A. Trani 10 sett. 1898 Capitaneo e Bisceglia. *R. giur. Trani* 1898 p. 943.

e trova nell'art. 1116 la sua limitazione. Lo stesso dobbiamo dire per l'art. 81 c. proc. civ., nel quale si stabilisce che le controversie di stato, tutela, di diritto onorifici ed altre di valore indeterminabile, si considerano superiori alle lire 1500. Il principio di esemplificazione contenuto in detto articolo ci permette, già per sè solo, di passare senz'altro a cosa più importante.

X.

Ed ora brevemente dei danni. Il diritto delle obbligazioni contrattuali, abbiám detto, è retto da norma propria, nè è possibile analogia con norma di altre branche del diritto.

Il codice all'art. 1218 detta un principio, che forse ha più della morale che del diritto vero e proprio. « Chi ha contratto un'obbligazione è tenuto ad adempirla esattamente ». Il legislatore si è reso in questo, come in altri casi, interprete di ciò ch'è nella coscienza di tutti: del dovere cioè di mantenere la promessa fatta. Egli però non poteva spingere questa sanzione sino al punto da rendere coercibile questo dettato etico, per non urtare altri principii etici e per non esorbitare dal campo legislativo; ed ha però soggiunto che il promettente « è tenuto in mancanza al risarcimento dei danni ». È proprio in materia di danni che si nota ancora meglio il diverso criterio avuto

T. Cagliari 25 maggio 1893 Manes c. Checchi, *Giur. Sarda* 1893, p. 91.

Contra C. Torino 4 genn. 1899 Aimar c. Aimar, *Giur. Tor.* 1899 p. 144.

A. Roma 14 nov. 99 Stefanucci c. Tommasini, *Temi rom.* 1899 p. 473.

C. Torino 10 apr. 1900 Cavallotto c. Miglio, *Annali* 1900 p. 924.

A. Roma 15 giugno 1898 Arc. Bergamasco c. Vescovo Bergamo, *Legge* 1898, II, 863.

dal legislatore nel determinare la regola del diritto delle obbligazioni contrattuali e quelle di ogni altra branca del diritto civile; diversità notata tanto bene, appunto in materia di danni, dal Giorgi. Egli, ch'è sì forte sostenitore del ristoro dei danni morali per la colpa extracontrattuale (1), nega in materia contrattuale ogni risarcimento di dolori morali che non influiscono sul patrimonio; i danni non sono che menomazione di patrimonio: teoria questa sostenuta da lungo stuolo di giuristi (2). Infatti che cosa dispone l'art. 1229? « Quantunque l'inadempimento derivi dal dolo del debitore, i danni relativi alla perdita sofferta dal creditore ed al guadagno di cui fu il medesimo privato *non debbono estendersi* se non a ciò che è una conseguenza *diretta ed immediata* dell'inadempimento dell'obbligazione ». E l'art. 1227 stabilisce quali danni vadano presi in considerazione: soltanto il *lucrum cessans* e il *damnum emergens*. Ancora: il debitore non è tenuto che ai danni preveduti e prevedibili al tempo del contratto, a meno che non esista dolo nel debitore; nel qual caso, come pena, risponderà anche degli impreveduti ed imprevedibili, sempre però patrimoniali (3), prescindendo dai semplici interessi di affezione non suscettibili di stima pecuniaria (4). Nè è a dire, come già si è accennato, che l'art. 1151 combatte tale affermazione. Esso parla di danno in generale e comprende anche quello mo-

(1) *Obblig.* Vol. V, n. 240.

(2) *Obblig.* Vol. II, n. 120 e HASENHÖRL, *O. R.* § 19 p. 268 e gli autori citati a nota 15. Così ancora: C. Torino 5 marzo 1900 Comp. Olandese c. Gondrand (*Legge* 1900, II, 7). A. Venezia 15 febb. 1898 Carli c. Com. di Lonigo (*Filangieri* 1898, 460). A. Milano 9 marzo 1891 Fabbriceria di Lavinata c. Rusconi (*Foro* 1891, I, 509).

(3) PACIFICI MAZZONI, *Op. cit.* IV, p. 190.

(4) PACIFICI MAZZONI, *Vol. loc. cit.* nota 3, contro A. Genova 20 ott. 1899 Fornara c. Curlo (*Annali* 1899, 434).

rale, così come riconoscono e dottrina e giurisprudenza (1), ma nelle obbligazioni *nascenti da delitto e da quasi delitto*. È vero che nella nostra giurisprudenza si riscontra qualche caso sporadico di decisione contraria. Così la sentenza del 18 sett. 1883 della Corte di A. di Venezia (2), con la quale si reputò che gli articoli 1228 e 1229 « *contemplando gli effetti di qualsivoglia obbligazione* » prevedessero anche i danni morali. Ma benchè tale sentenza fosse stata confermata dalla Cassazione di Firenze con sentenza del 17 genn. 1884, bisogna ritenere che si sia errato completamente nell'interpretare quegli articoli. Nell'articolo 5° delle Disposizioni preliminari si dice che nell'applicare la legge non si può attribuire altro significato che quello fatto palese dal proprio significato delle parole, secondo la connessione di esse ed il pensiero del legislatore. Ebbene come è possibile dare un'interpretazione così arbitraria come quella data dalla C. di A. di Venezia agli art. 1228 e 1229? Non trattano forse essi esplicitamente *delle obbligazioni nascenti dal contratto*? Sicchè possiamo dire che, anche regolando la materia dei danni, il nostro legislatore, per altra via, ha ancora una volta meglio ribadito il concetto che nelle obbligazioni contrattuali il contenuto della prestazione debba avere necessariamente carattere patrimoniale.

XI.

Restano ad esaminare altri due lati della quistione: i contratti a favore dei terzi ed il comportamento del giudice nel decidere le liti in materia di obbligazioni contrattuali. Le maggiori dispute sorgono appunto pei contratti a favore di terzi e ciò per la ragione su notata: per la confusione

(1) MINOZZI, *Op. cit.* p. 141 e seg.

(2) *Giurisprud. it.*, 1884, II, 17.

cioè tra prestazione, interesse del creditore, scopo cui è destinata la prestazione medesima.

La prestazione, anche in tal caso, deve avere carattere patrimoniale pel nostro diritto positivo.

Infatti l'art. 1128 dice: « Nessuno può stipulare in suo proprio nome fuorchè per sè medesimo ». La ragione di tale proibizione sta nella mancanza d'interesse dello stipulante e del terzo verso cui il promettente non si sarebbe obbligato (1). Ma l'articolo seguita dicendo: « Tuttavia può ciascuno stipulare a vantaggio di un terzo quando ciò formi condizione di una stipulazione che fa per sè stesso o di una donazione che fa ad altri ».

La ragione di tale disposizione credo fermamente essere quella tanto chiaramente esposta dal Ricci (2). « Il vantaggio del terzo è parte del corrispettivo nella stipulazione, è onere nelle donazione. Nell'un caso e nell'altro esiste un interesse nello stipulante a che il terzo abbia il vantaggio, interesse ch'è sempre patrimoniale. Però è ritenuto comunemente che l'alinea dell'art. 1128 sia solo dimostrativo e non limitativo: onde è dato generalizzare il disposto di tale articolo e dire, che, sempre quando vi sia un interesse valutabile pecuniariamente da parte dello stipulante, la stipulazione in favore di altri sarà valida se risultante in condizione apposta.

Intendendo per patrimonialità il riferimento obbiettivo della prestazione — secondo la sua natura, in una data società, in un dato tempo — al patrimonio e la qualità della prestazione di essere di rilievo pecuniario, cadono tutte le asserzioni del Kohler (3). La società che stipendia il me-

(1) PACIFICI MAZZONI, Op. cit. IV, p. 88; RICCI, *Corso teorico pratico di dr. civ.* VI, p. 80, e gli altri civilisti che concordemente riconoscono ciò.

(2) Op. vol. cit. p. 81.

(3) V. op. cit. p. 70.

dico per la cura gratuita ai poveri, il ricco che versa una somma ad un ospedale, perchè accolga infermi ecc. potranno perfettamente agire, nel caso di inadempimento dell'obbligazione, in forza delle loro obbligazioni validissime, le quali non cessano di esser tali per gli scopi speciali cui è diretta la prestazione, il corrispettivo. Ciò del resto è riconosciuto dallo stesso Kohler, che però combatte la teoria dell'interesse economico, « poichè questa richiede tale interesse rispetto al creditore e qui si tratta di interesse altrui ch'è di puro sentimento » (1). Ma non è forse questa del Kohler una manifesta confusione fra prestazione e scopo cui essa sarà fatta servire dal creditore? Lo stipendio dato al medico, la somma data dal ricco all'ospedale danno all'obbligazione quel carattere di patrimonialità richiesta dalla legge perchè sia tutelabile dal diritto; creano nello stipulante l'interesse ad ottenere la prestazione: lo scopo cui si fa servire l'opera del medico o la prestazione dell'ospedale è perfettamente indifferente. E così in tutti i numerosi casi citati dal Kohler possiamo vedere che esiste una vera obbligazione tra promettente ed accettante (2).

Altro è lo stabilire quando il terzo possa agire nel caso di obbligazione altrui a suo favore. Il nostro codice (art. 1128) risolve la questione con lo stabilire che sino a dichiarazione di accettazione da parte del terzo, la stipulazione a suo favore può essere revocato, dopo no. Quindi il terzo non viene ad acquistare nè diritto nè responsabilità (3) prima della sua

(1) V. JHERING, op. cit. p. 214 e seg.

(2) La prestazione da farsi al terzo è effettivamente prestazione nell'interesse dello stipulante; il suo interesse tende appunto a ciò, che la prestazione si faccia al terzo nella persona del terzo, non a lui stesso. WINDSCHEID, Op. cit. V. III § 316 n. 1 e nota ove è riportata larghissima letteratura al riguardo.

(3) A. Genova 28 gennaio 1892 Pittalunga Barabino c. Stagno (*Temi ven.* 1892 p. 426).

accettazione, sia essa tacita od espressa; solo in seguito di questa egli potrà agire contro il promettente per ottenere l'adempimento dell'obbligazione a suo favore.

Il Windscheid (1) combatte questa costruzione giuridica. Egli nota che per l'accettazione del terzo sorge un nuovo contratto da parte di questo col promettente e che questi resta vincolato sino all'accettazione per via del contratto concluso. Questa costruzione non sarebbe conforme alla volontà delle parti sia nella forma usuale — per cui un vincolo del promettente è ammesso solo di fronte all'altro contraente — sia nell'altra forma, per cui si ritiene non solo che il promettente sia obbligato a persistere nella sua dichiarazione di volontà, ma che il diritto dichiararsi non avvenuto il recesso. Le parti vogliono che il terzo sia direttamente creditore pel loro contratto. Il nostro codice però considera il contratto a favore del terzo come accessorio ad altro che sarebbe possibile anche senza di esso (2): quindi, se la prestazione non ha valore economico, non esisterà azione nè per lo stipulante nè pel terzo (3). Solo però è necessario che le parti abbiano inteso di conferire al terzo un'azione, nè basta un qualunque patto contenuto in contratto perchè egli possa, esercitandolo, agire pel conseguimento del vantaggio promesso (4).

Il Tartufari sostiene (5) la indipendenza del rapporto fra

(1) V. III § 316 a.

(2) C. Firenze 1891 Ditta Bosedà c. Bertolani (*Temi ven.* 1891 p. 426).

(3) C. Roma 27 sett. 1898. Del Rosso c. Roccatani (*Giur. it.* 1898 p. 968): « Non vi ha valida stipulazione a favore del terzo quando manchi nello stipulante l'interesse pecuniario a che il terzo profitti della stipulazione ». C. HELLWIG, op. cit.; GIORGI, *Obblig.* III (3. ed.) § 423 ter. e gli autori citati da lui.

(4) A. Firenze 21 luglio 1888 Com. di Firenze c. Antolini (*Annali* 1888 p. 480).

(5) *Contratti a favore dei terzi* p. 341 a 387.

stipulante e promettente e terzo. Ciò però urta contro la disposizione tanto chiara dell'art. 1128 e dell'art. 1104, nel quale si pone tra i requisiti essenziali per la validità del vincolo obbligatorio l'esistenza di una causa lecita per obbligarsi.

XII.

Ed ora veniamo all'ultima questione: al comportamento del giudice nel condannare per l'inadempimento dell'obbligazione assunta contrattualmente, di fronte al nostro diritto positivo.

Jhering (1), con il consueto spirito, scriveva che la regola della patrimonialità della prestazione obbligatoria riesce del tutto comoda pel giudice, poichè lo dispensa dal ricercare penosamente fin dove si possa estendere la protezione degli interessi puramente personali e gli consente di mettersi al sicuro da ogni dubbio, da ogni difficoltà; là dove il valore pecuniario non può essere stabilito egli respinge l'azione! E seguita dicendo che altro è l'interesse del giudice altro quello della vita ed è uno sconvolgere il rapporto naturale delle cose il volerlo subordinare a questo o a quello.

Jhering ha studiato la questione in massima parte *in iure condito* e non *in iure condendo*, così come abbiám fatto, modestamente, ancor noi. Ora ci sembra che per queste ultime affermazioni dell'illustre romanista la questione sia guardata da un punto di vista non esatto e assai ristretto. Il legislatore non si preoccupa nel determinare le norme del diritto, le *normae et facultates agendi*, altro che degli interessi del maggior numero dei consociati e non mai del maggior e minor comodo che esisterà per chi dovrà applicarle. Il giudice non deve fare altro che applicare la legge al caso particolare, obbedendo ai dettami che la legge stessa dà in

(1) Op. cit. p. 191.

materia di interpretazione. Egli « deve essere in grado di rimediare, come dice Jhering, con la propria saggezza e pel suo tatto preciso alle imperfezioni delle formole astratte del diritto ». Ciò non è del tutto vero, nè è sempre possibile. Poichè *scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* e poichè d'altra parte *quamvis sit manifestissimum aedictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio eius*, il giudice dovrà in ogni caso interpretare la legge, risalendo al pensiero del legislatore e risolvere secondo questo il caso speciale che gli si presenta. Ma non potrà mai sostituire il proprio al pensiero del legislatore, quando anche questo gli sembri inesatto, discorde anche dai principii generali del diritto. È al potere legislativo che spetta stabilire il criterio legislativo: la teoria giuridica pel giudice non può essere che la formola astratta di ciò ch'è nel diritto positivo e non altra.

Quale sarà dunque il comportamento del giudice in materia di obbligazioni contrattuali violate?

Poichè, come crediamo di aver dimostrato in base a disposizioni legislative, le obbligazioni contrattuali non sono protette dal nostro diritto se non in quanto il loro contenuto abbia carattere patrimoniale, il giudice, esaminato preliminarmente ciò, deve procedere alla dichiarazione del diritto violato, alla valutazione poi di tale violazione. Ed a questa seconda parte del giudizio moverà nei modi e nelle forme che la legge gli offre, avvalendosi di tutto il tesoro di cognizioni che ha, dell'esperienza della vita pratica che, come uomo vivente nella società, si presume che possedga, dell'esperienza e delle cognizioni altrui, specialmente quando la legge non gl'indica che il principio generale di valutazione e non la norma precisa di essa (come p. e. nell'art. 1231). Non è possibile, crediamo, data la immensa varietà delle controversie, che possono presentarsi all'esame del giudice, asse-

gnare norma più esplicita di questa, dopo avere ancora prospettato alcune osservazioni.

Le parti non possono violare la legge nelle sue disposizioni tassative. Essa richiede un contenuto patrimoniale nelle obbligazioni e consente però che prestazioni non patrimoniali formino obbietto di patto accessorio, con apposizione di penale e sotto forma di condizione. Inoltre la legge richiede l'adempimento esatto delle obbligazioni cui si sostituisce, venendo meno, il rifacimento dei danni (1).

Posto ciò, il magistrato dovrà innanzi tutto esaminare se obbligazione vi sia e rilevare perciò le intenzioni delle parti contraenti, facendo tesoro dei fatti ordinari della vita, considerando le circostanze di tempo, gli antecedenti e conseguenti, nonchè la causa che mosse le parti contraenti al negozio giuridico (2). In mancanza della patrimonialità del contenuto dell'obbligazione deve dichiararla invalida e ciò in forza dell'art. 1104, che pone, tra i requisiti essenziali per la validità di un contratto, un oggetto determinato che *possa esser materia di convenzione*, in corrispondenza con l'art. 1116. Esistendo penale, deve condannare la parte inadempiente al pagamento di questa. Mancando questa e sussistendo tutte le altre condizioni di validità del rapporto obbligatorio, deve procedere alla valutazione dei danni, in quanto abbiano riferimento al patrimonio, assegnando alla cosa o al fatto quel valore pecuniario che la società, in cui si è svolto il rapporto giuridico, le assegna.

Nel caso, su esposto, che le parti abbiano convenuto una

(1) V. circa il risarcimento dei danni in rapporto con l'adempimento dell'obbligazione: GIORGI nel *Foro it.* 1903, I, col. 809 e autori citati dal SACERDOTI anche nel *Foro it.* 1905, I, col. 1433.

(2) A. Napoli 30 marzo 1898. Falconcini e Genio Militare. (*Trib. giudiz.* 1900 p. 130).

penale, restando inadempita l'obbligazione, il magistrato, accertato ciò, dovrà aggiudicare la penale a chi di diritto, secondo le norme che la legge gli detta. Così potrà condannare (art. 1212 capoverso) il debitore alla prestazione della cosa e della penale (ch'è compensazione dei danni, art. 1212), quando questa fosse stata stipulata pel semplice ritardo, anche se danni non vi siano (1), ed in questo caso reputiamo che la cosa debba presentare quei requisiti di patrimonialità, che la legge richiede quando la penale non sia stata apposta e ciò perchè essa si riferisce al solo ritardo (2). Potrà diminuire l'ammontare della penale (art. 2214) quando l'obbligazione sia stata eseguita in parte, prima della mora del debitore (3), a meno che i contraenti non abbiano voluto il contrario: in ogni altro caso non potrà operare tale diminuzione (art. 1230). Potrà in ultimo attribuire un risarcimento pei danni cui non si estende la penale (4), ritenendo che possa in ogni caso, in seguito di domanda della parte e non mai *arbitrio suo*, autorizzare il debitore a prestare l'equivalente in luogo della cosa specifica, quando il prestarla importerebbe una spesa eccessiva (5).

Non tutte le prestazioni, scriveva il de Palo (6), sono capaci di diventare oggetto di titolo esecutivo.

(1) RICCI, Op. cit. v. VI § 188 p. 248.

(2) WINDSCHEID (Op. cit. lib. III § 257 nota 6) riteneva che se la cosa non potesse essere prestata o non se ne potesse ottenere coattivamente la prestazione, in modo diretto, bisognerebbe condannare alla prestazione di altra cosa identica od operare la trasformazione in prestazione pecuniaria. *Contra* vedi GIORGI, v. II n. 107 e gli autori citati, molto più saggiamente.

(3) Chè diversamente v'è il dr. quesito alla penale (v. RICCI, op. vol. cit. § 190.

(4) GIORGI, Op. cit. p. 507, III, n. 450.

(5) V. anche POITHIER *Vente*, 68 fine.

(6) *Teoria del titolo esecutivo*, v. I p. 73. Napoli 1901.

Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt e la prestazione nelle obbligazioni di dare è sempre o una cosa non fungibile, cioè determinata nella individualità o cosa fungibile (1) e può essere oggetto di titolo esecutivo, sia che si voglia ottenere la prestazione della cosa dovuta, sia per avere l'equivalente nel caso che ciò non sia possibile (2). Per le obbligazioni di fare positive (le negative, sono sempre non fungibili (3)) si distingueranno le fungibili dalle non fungibili secondo che non esista o esista *l'intuitus personae* per chi deve adempiere all'obbligazione. Il creditore chiederà il fatto promesso ed in seguito e in linea subordinata il risarcimento, ma, come abbiamo accennato più su, non potrà chiedere il risarcimento in luogo della cosa, prima che la mora si sia verificata.

Ma il magistrato non potrà mai, date le disposizioni vigenti del nostro diritto, costringere il creditore a consegnare la cosa per principio (*nemo praecise ad factum cogi potest*) che trova suo fondamento nella verità etica e nella inutilità o impossibilità di tale coazione. Molti trattatisti di diritto civile han preso in esame questa questione, se cioè il magistrato possa avvalersi dell'istituto della penale non a semplice titolo di risarcimento, ma come vera e propria pena, non equivalente a danno, ma più grave per ottenere l'adempimento.

Si disputi pure se ciò possa ammettersi *in iure condendo* — ed è a ritenersi col Giorgi (4) che lo si possa ammettere in stretti limiti — a me però pare che in conformità con tutti

(1) GIANTURCO, *Sistema del dr. civ.* p. 126.

(2) V. DE PALO, Op. vol. cit. p. 84 a 85.

(3) POLACCO, *L'obbligazione* n. 35 p. 96.

(4) V. II, n. 155; Così DE PALO, Op. vol. cit. 81; COVIELLO, *Giur. It.*, 1897, I-II, 695; LAURENT XVII, pag. 426 n. 425, *Principes de dr. civ.*; GIANTURCO, *Sistema*, p. 22.

i maggiori civilisti italiani, ciò sia inammissibile *in iure condito*. Le disposizioni legislative contenute nel capo III lib. III titolo IV del codice non si riferiscono che alla riparazione dei danni e non alla coazione del debitore recalcitrante. Gli art. 1209 e 1212 trattano della clausola penale semplicemente, nè in altro luogo del codice esiste disposizione che consenta quanto ora si nega. Ma prescindendo da ciò, che cosa dice la legge? Impone l'esatta esecuzione dell'obbligazione, ma aggiunge che, in mancanza, si deve procedere alla liquidazione dei danni e non prima del verificarsi dell' inadempimento; non dice che il debitore possa esser costretto all'esecuzione specifica. Il giudice potrà liquidare anticipatamente, ad un tanto al giorno, i danni quando siano tali da riprodursi giorno per giorno; ma in tal caso non si dovrà parlare di pena, ma di risarcimento liquidato anticipatamente, data la costante ripetizione, nella stessa misura, dei danni (1).

XIII.

Concludendo, quindi, ritengo che le obbligazioni contrattuali debbano avere, e pel diritto romano e pel nostro, contenuto patrimoniale, ossia debbano potersi risolvere in numerario per processo anche indiretto, e ciò, non tanto per le necessità processuali, quanto per la natura stessa del rapporto. Questo mira *alla prestazione* che non è suscettibile di diretta estorsione. Lo scopo cui il creditore fa servire la prestazione e l'interesse ad esigerla possono essere anche non patrimoniali. I beni non patrimoniali possono essere dedotti in obbligazione sotto forma di condizione o sanzio-

(1) A. Genova 16 giugno 1888 (*Dir. comm.* VI p. 824). Circa la possibilità di applicare pene coercitive in Germana, Austria e Francia, V. DE PALO, Op. cit. p. 88 nota 1 e autori ivi cit.

nati da penale convenzionale. Il magistrato non può comminare pene pecuniarie. Ritengo infine che la patrimonialità non sia termine di paragone atto a distinguere le obbligazioni dei semplici doveri di condotta. Per far ciò bisogna risalire ai principii stessi del diritto (1). Non s'intese catalogare l'istituto, assegnando alla prestazione dell'obbligazione contrattuale il carattere della patrimonialità, ma solo mettere in rilievo un dato, ch'è conseguenza diretta del principio che il fatto umano non è suscettibile di diretta estorsione.

(1) V. CARUSI, *Sul concetto dell'obbligazione negli Studi in onore di V. SCIALOJA*. Estratto p. 42.

IL FOGLIO IN BIANCO
COME ACCETTAZIONE ANTICIPATA
NEI GIUDIZII ARBITRALI

NOTA

DI

ALFREDO MINOZZI

PROFESSORE NELLA R. SCUOLA DI APPLICAZIONE DEGLI INGEGNERI
E LIBERO DOCENTE NELLA R. UNIVERSITÀ DI NAPOLI

Per i bisogni sempre crescenti, specie della vita commerciale, che reclamano nelle possibili controversie soluzioni facili e sollecite, va diffondendosi l'uso del foglio in bianco come mezzo di accettazione anticipata della decisione di un terzo, scelto dalle parti per definire le divergenze di varia natura fra loro insorte.

Questa speciale maniera di definizione bonaria si configura in un accordo preliminare, scritto o verbale, fra le parti, le quali, nel dichiarare di volersene rimettere al terzo, consegnano allo stesso uno o più fogli di carta da bollo in bianco da loro sottoscritti, con l'incarico di redigervi un vero e proprio contratto avente per contenuto la sua decisione, e questa, sul foglio già precedentemente firmato dalle parti, figura come diretta espressione della loro volontà.

Certamente il metodo escogitato si raccomanda per la sua semplicità e non manca di attrattive, specie perchè con esso è sembrato si venga ad assicurare la inattaccabilità della decisione del terzo, rendendosi impossibili le solite impugnative della parte che non è stata contenta della decisione della persona prescelta.

La crescente diffusione di queste speciali contrattazioni ed un caso singolo esaminato in pratica, ci han fatto pensare che uno studio sull'argomento con speciale riflesso alla validità giuridica delle contrattazioni stesse potrebbe riuscire non inutile.

* * *

E prima di ogni altro, a quale tipo di contratti potrebbe essere assimilato quello in esame?

La dottrina come la giurisprudenza sono discordi sul *nomen juris* da dare a queste contrattazioni, nonchè sulla loro validità giuridica. Prevale per tanto l'opinione che si tratti di un mandato a transigere pienamente valido.

Troplong (1) ritiene valida la scrittura trascritta sul bianco segno, ravvisando nello stesso un mandato ad arbitrare più che a transigere.

Merlin (2), Carrè (3), Mongalvy (4) ritengono valido il contratto, ma dicono trattarsi di transazione e non di compromesso.

Daloz (5) distingue il caso della esistenza del foglio in bianco preceduto da un contratto preliminare scritto, da quello del solo foglio in bianco consegnato verbalmente, e ritiene valido in entrambi i casi il bianco-segno riempito, pur riscontrando nel primo caso un compromesso e nel secondo una transazione.

L'Amar (6) non accoglie la distinzione del Daloz nulla influendo, secondo lui, alla determinazione della natura dell'atto la circostanza che le parti abbiano precedentemente dato per iscritto o verbalmente l'incarico al terzo di riempire il bianco-segno. Conchiude, quindi, col ritenere che esso costituisca un contratto *sui generis* che contiene elementi si

(1) *De la transaction* n.º 38.

(2) *Rep. v.º Blanc-seing.*

(3) *Proc. Civ. quest.* 3268, 3269.

(4) *Arbitrage* n.º 221.

(5) *Rep. v. Arbitrage* n. 373 374.

(6) *Dei giudizi arbitrali.* Ed. 1879, pag. 44 e 45.

della transazione che del compromesso, che sta in mezzo ad ambedue, ma non è nè l'uno nè l'altro. Circa la validità giuridica di un tale contratto, l'Amar dice doversi riferire alle norme generali regolanti la validità dei contratti; sicchè se non si verifica alcuno dei vizi che annullano i contratti, esso debba avere pieno effetto.

Il Codovilla (1), rileva per primo l'opinione discorde della giurisprudenza sul valore del contratto che riempie il bianco-segno in seguito all'incarico verbale delle parti, e ricorda che talvolta è stato ritenuto trattarsi nella specie di un compromesso nullo (2), tal'altra di un mandato valido (3), e tal'altra ancora di un compromesso nullo se l'incarico è caduto su vere e proprie controversie, e di un mandato valido se, invece di vera controversia, la specie versava (4) su semplici liquidazioni a farsi in conseguenza di controversie già risolte. Egli sostiene che sia « ozioso affatto il discutere, come il Troplong, se quanto è scritto dal terzo rappresenta una decisione piuttosto che una transazione, come il Daloz, se vi sia o non un atto separato, il quale indichi un incarico datosi al terzo; ozioso il distinguere, come in parte distingue la giurisprudenza, se il terzo ha scritto una convenzione in base a diritti già riconosciuti per sentenza o non

(1) *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, p. 118 n. 76 e seg.

(2) Cass. Torino 25 Sett. 1890 *Giurisp. Torinese*, 1890, pag. 685 a conferma di App. Milano, 3 Settembre 1889 riportata nella *Giurispr. it.* 1889, II, pag. 673; App. Genova 8 aprile 1892, *Monit. trib.* Milano 1892, pag. 591: in CODOVILLA loc. cit.

(3) Cass. Torino 5 Maggio 1888, *Giur. tor.* 1888, pag. 314; Cass. Palermo 1 Marzo 1884, *Circolo Giur.* 1884, pag. 184, *ivi*.

(4) Cass. Torino 12 Ottobre 1893 a conferma di App. Genova 10 Giugno 1892, *Giurisp. Torinese* 1893, pag. 780, 14 Dicembre 1894 a conferma di appello Genova 2 Febbraio 1894 id. 1895 pag. 38: *ivi*.

controversi tra le parti, oppure per dichiarare i rispettivi diritti di quelle, e definire le divergenze tra le medesime. »

« Questo solo è essenziale, che lo scritto del terzo è firmato dalle parti e che la firma delle parti genera obbligazioni. » Si dichiara quindi il Codovilla favorevole alla opinione « secondo la quale è obbligatoria per le parti la convenzione che il terzo avrà scritto sul foglio rimessogli firmato in bianco dalle parti stesse ».

Il Pipia (1), ritiene che quando le parti consegnano ad un terzo un foglio da esse firmato in bianco, con incarico di scrivervi quel regolamento delle differenze tra esse esistenti, che il terzo sarà per ritenere più conforme a giustizia, si ha un vero e proprio mandato per sè valido ed efficace, che obbliga le parti per quanto il terzo scriverà sul foglio.

Il Mortara (2) ritiene che nella consegna del bianco-segno al terzo non vi sono tutti i caratteri intrinseci ed estrinseci di un compromesso e tanto meno di una sentenza arbitrale, e che bene a ragione fu deciso costituire l'affidamento del foglio al terzo un mandato a transigere.

Il Mattiolo (3) è della medesima opinione.

Sicchè, in conclusione per alcuni vi è un mandato a transigere perfettamente valido, per altri vi è, nel foglio in bianco riempito, un compromesso che alcuni riconoscono valido ed altri no.

A noi pare che ogni recisa assegnazione di tali contratti al mandato a transigere o al compromesso, che si vorrebbe *a priori* far dipendere dalla consegna del bianco-segno, sia inesatta. Più che da un'affermazione aprioristica, il nome alla contrattazione deve risultare da una minuta interpreta-

(1) *Enciclopedia Giuridica italiana*, v. *Mandato* vol. IX, parte 2^a pag. 639.

(2) *Comm. Cod. proc. civ.*, vol. III, p. 82 nota 1.

(3) *D. giudiz. civile*, 5.^a Ed. 1902, vol. I, pag. 682, n. 758.

zione della volontà delle parti, e quindi non può prescindere dagli elementi che precedettero o accompagnarono la consegna del bianco-segno, perchè sono essi che danno il modo come interpretare la volontà delle parti, che hanno anticipatamente sottoscritto, se, cioè, diretta a transigere ovvero a compromettere.

Secondo noi, quindi, è questione di interpretare la volontà delle parti e in conformità della stessa dare il nome al contratto per poi giudicare della sua validità giuridica. E tale volontà, potendo essere, nella specie, diretta a *mandare* una transazione o a costituire un arbitrato, a volere una transazione od un lodo arbitrale, è indispensabile tener conto dei caratteri distintivi di questi negozi giuridici, apparentemente affini, per poter giudicare, nei diversi casi, della appartenenza all'uno o all'altro del *vinculum juris* voluto dalle parti, avendo la specie del vincolo da esse stabilito conseguenze decisive sulla validità giuridica del negozio compiuto.

*
**

Il concetto di *mandare*, quello di *transigere*, e quello di *giudicare* sono originariamente distinti fra loro, tanto se considerati nella più perfetta astrazione, quanto se esaminati nella pratica realizzazione nel campo del diritto.

Ad essi, corrispondono tante diverse determinazioni volitive, come tanti separati istituti giuridici, quali *il mandato*, *la transazione*, *il compromesso*, che occorrerà distinguere nella loro genesi e nella loro costituzione giuridica, per poter desumere quali siano i caratteri differenziali fra i due istituti del mandato a transigere e del compromesso, cui si è cercato riferire la contrattazione per bianco-segno.

E cominciamo dal distinguere il mandato dal compromesso.

La volontà di *mandare* sembra a prima vista non differisca da quella di *compromettere*; sia l'una che l'altra volontà s'originano da un identico stato dell'animo che tende ad affidare ad altri, ciò che non si può o non si vuole fare o decidere da sè. Con questa differenza che nella volontà di *mandare* è predominante il concetto di una esecuzione da compiere, in quella di *compromettere* di una decisione da prendere; chi *manda* non chiede al mandatario che si pronunzi sulla prevalenza dei diritti rispettivi delle parti, mentre chi *compromette* è proprio questo che chiede, che, cioè, l'arbitro determini se prevalenza c'è, e da qual parte, per indi rimettere *ad pristinum* lo stato di diritto sconosciuto e turbato. Egualmente chi *manda* vuole l'attuazione del suo diritto, di cui afferma l'esistenza; chi *compromette*, appunto perchè compromette, mostra la incertezza del diritto che sottopone al giudizio del terzo; chi *manda* sa di poter chiedere conto al mandatario del suo operato, mentre chi *compromette* sa perfettamente che il giudice non è a tanto obbligato.

Oltre a ciò il compromesso, in quanto non solo è vincolo alla volontà dei compromittenti, ma altresì investimento di speciale giurisdizione, è di pubblico interesse (1); mentre il mandato, contratto consensuale bilaterale imperfetto, per cui un *mandatarius* o *procurator* si obbliga a gestire gratuitamente un affare secondo la volontà (2) e per conto di un *mandator* o *dominus*,

(1) RUGGIERO in *Bollet. dell'Ist. di D. Romano*, V. fas. 2 e seg.; AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, 1879 p. 31 e seguenti; GALANTE, *Sentenze arbitrali in Digesto Ital.* p. 660.

(2) L. I, D. mandati vel contra, 17, 1; § 7 e segg. II e segg. Inst. de mandato, 3, 26. BONFANTE, *Isl.* § 65; Borsari, *Commento* art. 1737; GALDI, *Trattato del mandato civ. e com.* 1898 p. 10 e segg. L'art. 349 del cod. di comm. non aggiunge se non la nota della gestione anche in nome del mandante. Cfr. MARGHERI in *Filangieri* 1885, p. 536 e segg.; PIPIA, *Mandato* 1902 cap. I.

non esorbita dal campo del diritto privato. In conseguenza di ciò il compromesso è vincolato a *forme* che il mandato può non seguire. Il compromesso non esclude che gli arbitri demandino ad altri, nel corso delle loro operazioni e delle loro indagini, una qualche parte della loro facoltà, e che anzi nella loro sentenza conferiscano veri e propri mandati non revocabili dai compromittenti (1), mentre nel mandato, per le imprescindibili ragioni di fiducia personale su cui esso è fondato, tanto non può verificarsi (2).

Il compromesso conferisce un incarico, generalmente retribuito, mentre il mandato non attribuisce compensi se non eccezionalmente e determinatamente e dà luogo a responsabilità diverse da quelle del compromesso.

Il compromesso apre un giudizio che si chiude con una sentenza, mentre il mandato apre la gestione d'uno o più affari da parte del mandatario, la quale gestione si chiude con un rendiconto.

Ancora, il compromesso non disveste della cosa i compromittenti, ma ne mantiene le energie in lotta fino alla chiusura del contraddittorio quasi giudiziale, mentre il contrario avviene nel mandato. Il compromesso conferisce un incarico da eseguirsi a norma delle prescrizioni del codice di procedura o di quelle inserite nell'atto medesimo, *finchè non ledano il sistema delle nostre leggi o l'interesse pubblico*, mentre il mandato può venire eseguito, secondo la volontà del mandante e le istruzioni da esso impartite, come dice il Triani (3), ed anche a norma degli usi locali. Finalmente, come le relative disposizioni della legge insegnano, cessa l'efficacia del compromesso per cause tutt'affatto diverse da quelle per le quali cessa l'efficacia del mandato; il mandato

(1) GALDI, *Op. cit.* § 229 p. 186.

(2) AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, 1875, p. 46.

(3) TRIANI, *Il compromesso*, 1883, p. 395.

è poi revocabile per volontà di una delle parti, il compromesso, no (1).

Ed è maggiormente a rilevarsi, che ripugna al concetto di *mandato* l'affidare ad una stessa persona la difesa di interessi opposti di due individui; mentre è questa proprio la mansione del giudice arbitro, di chi pronunzia senza avere per missione e scopo della sua gestione la difesa di interessi, che gli sono stati affidati, dagli attacchi e dall'urto d'interessi opposti e cozzanti, come accade per la persona del mandatario.

Il Bourbeau (2) esprime questi concetti con grande precisione. Egli scrive :

« L'arbitre n'est pas la personification des intérêts exclusifs de l'un ou de l'autre des plaideurs... Ce sont les parties elles mêmes qui dirigent leurs intérêts et qui gèrent leur propre chose : l'arbitre ne prend en main que les intérêts de la justice, et ne doit compte qu'à sa conscience... Choix, ou accepté... il tien en main des intérêts non seulement différents, mais contraires : de sorte qu'il ne peut protéger comme MANDATAIRE les intérêts d'une partie, sans contrevenir au mandat qu'il a reçu de l'autre. Ce conflit des intérêt qui lui sont confiés exige donc qu'il procède, non comme représentant des plaideurs, mais en vertu d'une autorité personnelle et indépendante ».

Di recente innanzi alla Corte di Genova si è presentato un caso della specie, in cui quella Corte, nell'incarico dato da entrambe le parti ad un terzo, negò la figura del contratto di mandato, perchè la stessa persona veniva ad assumere la difesa di interessi opposti, cosa incompatibile col concetto di mandato per quanto compatibile con quella di arbitro.

Esisteva effettivamente tra le parti una controversia oggetto di lite vertente avanti il Tribunale, e, per la transa-

(1) GARGIULO, *Cod. di proc. civ. comm.* art. 8.

(2) *Théorie de la proc. civ.* II, p. 491 e segg.

zione di essa, quelle si rimisero a mandatarii, i quali dovevano esaminare la questione e scrivere nel foglio in bianco, ad essi rimesso, il risultato del loro avviso, nel senso che questo si concretasse in una convenzione. I contendenti, nel proposito di transigere la lite, nominarono ognuno di essi il proprio mandatario e poi entrambe le parti nominarono il terzo.

« Il mandato di cui si tratta » dice la sentenza « aveva « per oggetto transazione e, ad un tale effetto, ogni mandante « ricorreva all'opera del mandatario perchè, com'è proprio « dell'istituto giuridico di cui si tratta, il mandatario avesse « a compiere il determinato incarico nell'interesse di esso « mandante; l'incarico che da questi si conferisce costituisce « il mandato e questo deve essere eseguito dal mandatario « per conto del mandante. Nella specie il mandatario nominato da entrambi i contendenti veniva sostanzialmente ad « essere incaricato di esaminare la convenienza dell'uno e « dell'altro dei mandanti, cioè di interessi opposti e così esso « adempiva la funzione d'arbitro, senza che nel caso si « fossero seguite le regole del compromesso ».

La Corte con sentenza 8 luglio 1904 dichiarò nullo il mandato conferito ed eseguito con il riempimento del bianco segno (1).

Il Mattiolo dice (2): « Il mandatario è il rappresentante giuridico del mandante: l'arbitro non rappresenta i compromittenti, li giudica. Il mandatario agisce per conto del mandante: l'arbitro agisce in nome proprio, pronunzia nel solo interesse della giustizia e all'uopo, anche contro le pretese dei compromittenti ».

(1) Cfr. *Temi Genovesi*, 1904 p. 440. *Repertorio Giurisprudenza Italiana*, 1904 v. Mandato n. 8. Contrariamente decise la Cassazione di Torino sent. 1 Luglio 1905. cfr G. I. 1905, I, 1209.

(2) *Trattato di diritto giudiziario*, 4.^a edizione I § 738 nota 1.

Il Codovilla (1): « Gli arbitri non agiscono per conto dei compromittenti. Che il compromesso si espliciti per consenso degli arbitri come il mandato per quello del mandatario è argomento senza importanza, essendo comune a tutti i contratti che non si possono concludere, senza il consenso dei contraenti nè eseguire senza il consenso o concorso di coloro la cui opera sia necessaria al raggiungimento dello scopo del contratto.

« Che poi gli arbitri agiscano in seguito all' avuto incarico, non ne viene che si tratti di mandato. Rispondo con la Cassazione di Roma 26 aprile 1884: « il compromesso non è un mandato, ma un atto col quale alle parti è dato derogare all' ordine delle giurisdizioni, e se nell' uno si comprende l' altro, ciò non dà luogo a mandato, ma a conferimento di potestà di giudice privato. In altra parola: volendosi indicare la fonte del potere degli arbitri, non si può a meno che far cenno dell' *incarico*, del *mandato* dei compromittenti, ma l' uso di cotesto vocabolo si farà solo per necessità di linguaggio, e senza riferimento al suo significato giuridico ».

Il Cuzzi (2): « Il compromesso non è parificabile al mandato, perchè l' arbitro non può essere il rappresentante delle parti se deve farsi giudice delle loro contese ».

Il Mortara (3): « Non può (il compromesso) essere confuso col mandato, perchè gli arbitri nell' atto di giudicare non rappresentano le parti, ma la sovranità che amministra la giustizia guidata da criterii totalmente impersonali ».

Nella sua opera « *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile* » in corso di pubblicazione, a pag. 57 e segg.

(1) *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, 1899 § 7 pag. 13 e 14.

(2) *Il cod. di proc. civ. illustrato*, 2.^a ediz. sull' art. 8.

(3) *Manuale della proc. civ.* 1902, vol. II § 1036 p. 476.

vol. II, l' illustre prof. Mortara fa una originale distinzione nella ricerca delle relazioni esistenti fra mandato e compromesso e dice: « Se la questione si formola così: il compromesso è un mandato? certamente si deve rispondere in modo negativo od almeno cominciare con molte riserve e distinzioni. Se invece di considerar il mandato come atto di una parte nel proprio interesse, lo si voglia considerare come atto collettivo di tutte le parti compromittenti nell' interesse comune, le varie difficoltà di applicazione di questa figura contrattuale spariscono..., perchè (pag. 56) si intende bene che gli arbitri sono mandatarii di tutte le parti, indivisibilmente, e che l' oggetto del mandato è la definizione del litigio, interesse comune dei mandanti ».

Da questa autorevole opinione sarebbe erroneo trarre la conseguenza che il compromesso sia un mandato: resta sempre una sostanziale differenza fra compromesso e mandato, consistente nella necessità di una controversia, di un litigio per aversi il primo contratto. Lo stesso Mortara a pag. 55 dice: « ciò che distingue il compromesso dagli altri contratti, nei quali la volontà delle parti si subordina a quella di un terzo, è appunto la esistenza di un litigio e lo scopo di farlo decidere con atto di tale autorità che valga ad eliminarlo ».

Non occorre insistere più oltre nel rilevare, con altre citazioni, un così notevole plebiscito per la tesi qui sostenuta circa la presenza di non pochi estremi che differenziano il contratto di mandato dal compromesso. Da ciò la necessità di interpretare la volontà delle parti per conoscere a quale dei due contratti esse abbiano creduto riferirsi con la consegna del bianco segno.

* * *

Ma potrebbe dirsi che sebbene una netta distinzione esista fra mandato e compromesso, non è lo stesso quando si

tratti non più del mandato in genere, ma di quello speciale a transigere, in cui la necessaria larghezza conferita al mandatario o ai mandatari li fa assimilare ad arbitri. Quindi, essendo la stessa cosa parlare di mandato ad arbitrare, quanto di mandato a transigere, bene potrebbe sostenersi *a priori* che il bianco segno contenga sempre un mandato a transigere.

A noi ciò non pare, sembrandoci che, sotto qualunque aspetto si configuri la contrattazione, restino sempre da distinguere le due ipotesi, se si tratti cioè di mandato o di compromesso, perchè la facoltà data al mandatario di operare una transazione non può mai far mutare quel contratto in un compromesso.

E ciò risulterà evidente sol che consideriamo con qualche larghezza i caratteri distintivi e fondamentali fra i concetti astratti di *transigere* e di *compromettere*, nonchè fra gli istituti della *transazione* e del *compromesso*.

Infatti i concetti astratti di transigere e di compromettere come i due istituti di diritto positivo che ne discendono, della transazione e del compromesso, sono affatto distinti fra loro. La volontà di transigere esclude *a priori* il rigoroso esame e la valutazione precisa dei diritti delle parti, esame e valutazione che debbono essere presenti alla mente di chi si determina a chiedere o a pronunciare un giudizio.

Coloro che dicono di voler transigere, s'inspirano alla opportunità del momento, alle contingenze dirette ed indirette dell'affare e soprattutto al desiderio di quietare loro stessi col porre a posto, come si dice, in modo pronto e definitivo, i loro rapporti patrimoniali; in coloro invece, che vogliono un giudizio, una pronunzia del terzo sulla controversia sorta fra loro, permane il concetto di una decisione emessa in osservanza alle rispettive posizioni giuridiche, posizioni che si vogliono, per quanto amichevolmente interpretate, sempre veder rispettate. La natura di un giudizio (ordinario o arbi-

trale) sia pure dato in base all'equità e non allo stretto diritto, è affatto diversa dal giudizio emesso in seguito alla volontà di transigere; nel primo vi è sempre valutazione di diritti, nel secondo vi è perfino rinunzia; nel primo prevale il criterio dell'arbitro, nel secondo prevale la volontà dei transigenti.

È evidente, che chi dichiara di voler transigere mostra di voler impedire il nascere o il prosieguo di un litigio probabile o già sorto (1), mentre, chi provoca un *giudizio* arbitrale apre formalmente un litigio (2), vuole che il suo diritto sia strettamente valutato in confronto all'impugnativa avversaria, aspetta una decisione da cui può risultare tanto il riconoscimento del suo diritto pieno, quanto la dichiarazione di inesistenza del diritto stesso.

La transazione adunque è una definizione di pendenze o di litigi, statuita in base a ragioni di mera opportunità personale o patrimoniale, mentre una definizione giudiziale ordinaria o arbitrale, pone sempre le sue premesse nei rispettivi diritti delle parti; e gli arbitri, anche quando sono investiti delle qualità di amichevoli compositori, debbono procedere con interpretazioni equitative, ma non transattive: possono fare appello alla equità, più che alle regole rigide del diritto, ma non possono operare transazioni, là dove i diritti delle parti si presentano chiari e precisi.

Le differenze sostanziali esistenti, e da tutti intuitiva-

(1) PIGEAU pone nel Libro I del suo *Traité de procédure civile* la transazione fra i mezzi di prevenire i processi.

(2) Il PISANELLI nella relazione al Codice di procedura assimila la conciliazione al compromesso e dice che entrambi gli istituti si presentano principalmente come due mezzi preventivi, diretti ad escludere la contestazione giudiziaria. La espressione di mezzo preventivo, data al compromesso, è impropria ed equivoca, come osserva il MORTARA a pag. 37 vol. III op. cit.

mente notate nel comune linguaggio, fra la volontà di *transigere* e quella di provocare un *giudizio* di terze persone, reggono ugualmente nel campo del diritto positivo fra l'istituto della *transazione* e quello dell'*arbitramento* (1).

La transazione, non ha mutato di natura, di contenuto e di finalità dalla sua origine ad oggi.

Questo contratto per il quale ciascuno dei contraenti, « *quasi de re dubia et lite incerta nec finita transigit* » (2) e che « *nullo dato vel retento seu promisso minime procedit* » (3) ha conservato ogni sua nota fondamentale attraverso tutto lo svolgimento dottrinale.

Riconosciuto dalla tradizionale dottrina « un contratto tene a definire l'incertezza di alcune pretese perocchè in esso amendue le parti concedono alcunchè del loro vero o accampato diritto » (4) è trasfuso nel nostro codice civile all'art. 1764 come « un contratto con cui le parti, dando, promettendo o ritenendo ciascuna qualche cosa, pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite che può sorgere ».

È perciò essenziale alla esistenza di una transazione un'attuale o possibile divergenza di interessi che renda incerta la base della voluta definizione.

Senza la concorrenza di queste condizioni, non vi è transazione secondo il nostro codice civile (5). Senza una in-

(1) Il nostro diritto positivo testualmente (articolo 1742 c. c.) distingue l'una cosa dall'altra dichiarando che la facoltà di fare transazioni non comprende quella di fare compromessi.

(2) L. I. D. de transactionibus, 2, 15.

(3) L. 38. cod. de transactionibus, 2, 4.

(4) ARNDTS-SERAFINI, *Trattato delle Pandette*, II § 269 p. 205. WINDSCHEID, *Trattato delle Pandette*, trad. FADDA e BENZA, II, p. 202 e 203.

(5) Non così pel codice Napoleonico che all'art. 2044 dimenticava l'elemento di capitale importanza del *dare et remittere* de-

certezza nei rapporti vicendevoli delle parti, come senza scambievoli ritenzioni e remissioni non vi ha transazione. E per vero occorre che tutto l'obbietto della convenzione poggi su base incerta; incertezza che può ritenersi in qualunque parte dei rapporti esistenti fra i transigenti, tanto nella origine che nella estensione, tanto nella liceità che nella realizzabilità del rapporto. Come pure è indispensabile che vi sia tutto un sistema di reciproci scambi, di riduzioni e di sacrificii da regolarsi con la transazione, che crea uno *jus novum ex libera partium voluntate*.

Se invece sono bene definite le posizioni giuridiche e patrimoniali delle parti, se le loro ragioni creditorie siano nitidamente stabilite, nella loro origine, nella loro estensione e nella loro attuabilità, non è più il caso di pensare ad una transazione, ad un contratto, cioè, il cui fine è quello di sostituire a rapporti *incerti* rapporti *certi*.

Nè l'altra idea del sacrificio di diritto che ciascuna parte debba compiere è meno essenziale al contratto di transazione.

L'*aliquid datum* e l'*aliquid retentum* possono ravvisarsi in diversissime guise, non mai mancare.

Può la remissione esercitarsi dall'una e dall'altra parte nei limiti dei crediti su cui verte l'accordo, ovvero essere compensata da uno dei contraenti con cessioni e promesse, ma pur sempre è necessario che una bilaterale remissione vi sia, pena il veder inclinare il contratto di transazione verso una vera e propria donazione palliata. Gli è recidendo in qualche parte le loro pretese, che le parti transigenti, come direbbe il Baudry-Lacantinaire, « *se font justice elles-mêmes* »; o, come dice il Bigot-Préameneau:

finendo la transazione per quel contratto col quale le parti terminano una lite nata o prevengono una lite che può nascere. Definizione manchevole che, come nota il MIRABELLI, *Contratti speciali*, p. 393, tutta la scuola francese censura.

(Esposé des motifs n. 2 — Loqué t. VII, p. 458). *Chaque partie se dégage alors de toute prévention: elle balance de bonne foi et avec le désir de la conciliation, l'avantage qui résulterait d'un jugement favorable et la perte qui entraînerait une condamnation; elle sacrifie une partie de l'avantage qu'elle pourrait espérer.....* Gli è così che le parti modificano i loro vincoli obbligatori sulla base di un « *novum jus* » statuito direttamente e d'accordo; « *novum jus* » che l'opportunità determina e la volontà comune sanziona, e che spezza i legami anteriori sovrapponendosi come qualche cosa di decisivo.

Nell'arbitramento i presupposti sono ben diversi da quelli della transazione; alla incertezza dei rapporti su cui sorge e si fonda la transazione, è sostituita la certezza dei documenti comprovanti gli obblighi ed i diritti delle parti e la individuazione sicura delle questioni insorte e da risolvere; alla remissione o ritenzione scambievolmente di parte delle rispettive ragioni, viene a sostituirsi la valutazione specifica di ogni diritto od obbligo esistente fra le parti.

Niente incertezza, dunque, sia nelle intenzioni delle parti, sia negli elementi, documenti e quesiti, sia finalmente nei principii cui s'ispira la decisione del terzo.

Se dunque altro è transigere ed altro è arbitrare o giudicare, se il compromesso è un istituto distinto e separato dal mandato, non si può aprioristicamente e prescindendo dalla interpretazione della volontà delle parti indurre che queste abbiano voluto conferire al terzo sempre e solo un mandato a transigere, anziché procedere ad un giudizio arbitrale, quando l'una o l'altra volontà troverebbero la loro estrinsecazione nel medesimo atto della consegna del bianco-segno e quando fra le due volontà, e fra i due negozi giuridici che ne derivano, esistono le sostanziali differenze che abbiano rilevate.

* * *

Nè, a far ritenere che nella consegna del foglio in bianco siavi sempre un mandato a transigere, varrebbe il ragionamento della Cassazione di Napoli nella sentenza del 20 Febbraio-9 Marzo 1905 conforme a quella dei Collegi di merito che ritennero essere insito nella consegna del bianco-segno l'animo di transigere.

Dicono infatti quei pronunciati: se dovesse ritenersi esistere nella specie dei veri e propri compromessi arbitrali, come conciliare la presenza del foglio in bianco con la inevitabile emissione dei lodi? Le parti o vollero il lodo o il foglio in bianco riempito; il foglio in bianco per lo meno sarebbe una inutile duplicazione. Tal fatto non potrebbe spiegarsi altrimenti che col ritenere che tali contrattazioni, sebbene contengano gli estremi di un compromesso, pure sono in definitivo dei veri mandati a transigere, la cui esecuzione viene concretata irrevocabilmente nel foglio in bianco.

Dall'opinione ora espressa ci permettiamo di dissentire. È pur vero che in simili contrattazioni le parti vogliono veder trascritto solo nel bianco segno la soluzione dei quesiti proposti e che il lodo non voluto dalle parti sarebbe una inutile duplicazione; ma ciò non induce a ritenere che esse non vollero *compromettere*, ma vollero invece *transigere*. È quest'ultima conseguenza che a noi pare inesatta: il bianco-segno fa giustamente supporre che si sia voluto escludere un lodo, ma esso non può in fatto distruggere la volontà di *compromettere*, per sostituirla con quella di transigere, che abbiamo visto quanto sia dall'altra differente.

Abbia o pur no efficacia giuridica tale volontà delle parti, tendente ad avere un *giudizio arbitrale senza lodo*, ciò non toglie che devansi mantenere staccati i due momenti: quello della volontà di *compromettere* da quello di non voler un *lodo*.

Possono le parti, con queste speciali contrattazioni, aver voluto un assurdo giuridico, essere cadute in un errore sostanziale di diritto, ma ciò non deve far dare al contratto una interpretazione, una qualificazione diversa da quella che traspare dal senso delle parole adoperate dai contraenti, solo perchè in tal modo si verrebbe ad ammettere che le parti avrebbero voluto ciò che, in punto di diritto, non potrebbero volere.

È pur vero che le clausole dei contratti s'interpentrano le une per mezzo delle altre (art. 1136), attribuendo a ciascuna il senso che ne risulta dall'atto intero; ma ciò solo nella ipotesi che l'una interpretazione sia indispensabile all'altra. Invece, quando ciascuna regge da sè, anche se dalla loro connessione sorge un assurdo giuridico, non è lecito dare ad una di essa una interpretazione diversa da quella che appare dalle parole, solo perchè si vuole cercare una conciliazione fra il contratto e la legge.

La consegna del foglio in bianco crediamo non rafferma la volontà di transigere, ma solo quella di rendere definitiva ed inattaccabile la parola del terzo. Si vuole dalle parti col bianco-segno assicurare la intangibilità del responso; il foglio in bianco, si è preferito dalle parti, perchè lo si è ritenuto garantito contro ogni possibile attacco. E quindi il foglio in bianco non è per sè stesso la prova della volontà di operare una transazione, ma un espediente, un mezzo, che, nel caso della volontà di compromettere dimostreremo anti-giuridico, escogitato dalle parti per vicendevolmente impedirsi perfino il tentativo di un attacco alla decisione del terzo. Vedremo ora in quanto un simile espediente può trovare il suo fondamento nel nostro diritto positivo: certa cosa è che la consegna del bianco-segno non prova, *a priori* e sempre, la volontà di concludere una transazione, potendo anche essere l'espressione della volontà di compromettere; in ambedue i casi, secondo noi, la consegna del bianco-segno rileva l'a-

nimo di rendere definitiva ed irrevocabile la decisione del terzo incaricato di redigere e trascrivere nel bianco-segno una convenzione sia a base di transazione e di reciproche condiscendenze, sia in base ai rispettivi diritti ed obblighi delle parti interpretati e valutati con criterii di equità o di puro diritto.

Dunque transigere ed arbitrare non sono la stessa cosa, nè la consegna del foglio in bianco deve presumersi diretta a provocare sempre e soltanto una transazione.

Concludiamo quindi che il *nomen juris* da darsi alla contrattazione col bianco segno consegnata al terzo, non può risultare aprioristicamente, ma dall'interpretazione apodittica di tutti i rapporti passati fra le parti, e che quindi prece-dettero ed accompagnarono la consegna del bianco segno.

* * *

E passiamo alla validità della speciale contrattazione. È essa sempre ed in tutti i casi, valida?

Fino a quando l'interpretazione del patto sancito dalle parti consente di ritenere che si sia in tema di mandato a transigere, può accettarsi la teoria della validità di simili contratti. Al mandato a transigere la prevalente giurisprudenza e la dottrina non hanno negata ogni efficacia giuridica, non contraddicendo nè ai principii generali di diritto nè a quelli del mandato e della transazione, che si transiga per mezzo di uno o più mandatarii nominati da entrambe le parti, concretando irrevocabilmente la esecuzione del mandato in un foglio anticipatamente sottoscritto dalle parti in segno di anticipata accettazione.

Diverso è però il caso in cui le parti anzichè voler addivenire ad una transazione a mezzo del terzo, avessero voluto procedere ad un vero e proprio giudizio arbitrale, di cui il lodo dovesse trascriversi, a mò di contratto, nel bianco-

segno. Insomma, là dove le parti avessero inteso, esplicitamente o implicitamente, di deferire al terzo la conoscenza di vere e proprie controversie fra loro insorte, per averne, in base ai diritti ed obblighi vicendevoli, la decisione trascritta sul bianco-segno, questa speciale contrattazione sarebbe valida?

Il giudizio arbitrale è una deroga notevole, per quanto di ragione naturale secondo alcuni, alle norme ordinarie regolatrici della giurisdizione: per esso le parti godono del privilegio di dirimere le loro divergenze non secondo il rito ufficiale dei giudizi comuni. Ma, perciò appunto, non dev'essere loro concesso portar quest'eccezione oltre i limiti segnati dalla legge: non deve essere loro permesso dar pubblica podestà di giudice ad un privato per modellarne a loro capriccio la figura ed il compito fuori di quella libertà che il legislatore intese assegnare. Tutte le volte che da questa libertà si esorbiti o che ad un solo dei precetti legislativi in discorso si venga meno, rientrano in campo i diritti altissimi e normali della sovranità, come dice il Mortara, donde emanano tutte le giurisdizioni.

Questa libertà è negata dal nostro legislatore, che come osserva il Mortara (op. cit. vol. III p. 37) fu più di altri premuroso di attestare la sua diffidenza rispetto al danno sociale, che deriverebbe dal lasciare assolutamente liberi la esecuzione ed il funzionamento di organi privati di giurisdizione.

Epperò, ove non venga osservato il precetto sovrano improrogabile della legge procedurale, la convenzione privata cade e s' infrange.

Deve quindi sconosciarsi, perchè ripugnante ai principii giuridici cui s' ispirano il concetto ed il fine dell' istituto del compromesso, che le parti possano scegliere un'altra via terminativa del giudizio arbitrale, che non sia il lodo opportunamente redatto, depositato ed esecutoriato.

Il curioso trovato del bianco-segno, che le parti credertero poter essere il surrogato di un lodo, è un' aberrazione giuridica che rende indubbiamente nullo il contratto da cui promana e di cui fu causa unica o principale. Esso non può avere la solennità ed il prestigio della sentenza, della decisione giudiziale, che presuppone e deve contenere la esecuzione fedele di tutti gli adempimenti formali che la logica giuridica e la legge hanno richiesto *substantia rei*.

Ed a questo espediente di sostituire il lodo col bianco-segno riempito ricorrono le parti per ottenere che il parere degli arbitri sia definitivo ed inattaccabile. Il bianco-segno deve in queste contrattazioni tener luogo del *lodo* appunto perchè, mentre avverso il lodo si possono produrre motivi di nullità e di revocazione, avverso il bianco-segno, che equivale ad un contratto accettato e sottoscritto dalle parti, nulla può essere opposto. È proprio questa invulnerabilità che le parti fermamente vogliono assicurare alle decisioni dell'arbitro.

Questa volontà di venire ad una conclusione definitiva ed inattaccabile costituisce la causa unica o principale di tali contrattazioni: l'eccezionalità dello espediente adottato ha lo scopo di impedire che una qualunque azione di nullità o di revocazione si possa perfino proporre avverso la decisione arbitrale; avendola soppressa del tutto, ogni attacco sarebbe impossibile.

Ma un contratto che s' ispira a questa volontà non può non incontrare nei principii di diritto e nella legge positiva insormontabili ostacoli alla sua validità giuridica. Un giudizio arbitrale non può essere circoscritto siffattamente nella ristretta orbita degli interessi dei contraenti.

Col metodo seguito resterebbero offese in tutta la loro eccezionalità ed inderogabilità le disposizioni degli articoli 30 e 32 del Cod. di proc. civ. le quali tassativamente dispongono che non è ammessa qualunque rinunzia alle domande di *rivocazione* o alla impugnativa di *nullità* della

sentenza degli arbitri, domande e impugnative a cui le parti verrebbero con quel trovato a rinunciare in dispregio delle disposizioni del nostro diritto procedurale; disposizioni di ordine pubblico attinenti alla esecuzione dei giudizi.

L'Amar oltre a negare, parlando del bianco segno (op. cit. p. 44, 45), ogni efficacia giuridica alla sentenza in esso scritta, per mancanza di ogni formalità imposta dalla legge nei giudizi arbitrali, dice (op. cit. p. 345) che perfino cadrebbe, come contraria alla legge, la stipulazione d'una pena pel caso che l'azione di nullità venisse proposta. Un tale patto, invero, non tenderebbe ad altro se non a render priva d'effetto una legge di ordine pubblico. Ed il Mortara (op. cit. p. 217) osserva: « che fu consenso generale dei legislatori che nessuna rinunzia preventiva abbia efficacia di spogliare le parti di simile azione, non essendo consentito dalla logica stessa della costruzione di un rapporto giuridico che alcuna delle parti interessate in esso rinunzi al diritto che mediante la formazione di quel rapporto mira a difendere e garentire ».

Se il metodo, l'espedito, il trovato del bianco-segno prevalessse come sostitutivo dei giudizi arbitrali, e se tosto il magistrato non intervenisse a fulminare di nullità gli atti che lo incarnano, l'istituto del compromesso potrebbe essere travolto da una erronea giurisprudenza e condotto molto lontano dallo scopo altamente civile cui fin dai tempi antichissimi fu destinato.

Neanche nei momenti peggiori attraversati da questo istituto, quando nei primordi della rivoluzione francese infuriava la smania di tutto comprendere nella giurisdizione arbitrale e si volle metterla fuori da qualunque vincolo, si è tanto osato. Una decisione motivata, circondata da opportune garentie formali e sostanziali, si è sempre imposta.

Quindi, concludiamo che per le riferite ragioni possa, in base alla disposizione tassativa dell'articolo 1109 del Codice

Civile, sostenersi con fondamento la nullità di queste speciali contrattazioni concretate nel bianco-segno, quando la intenzione della parte sia diretta a volere un giudizio arbitrale, il cui lodo, con la dizione di un contratto, dovesse essere dal terzo trascritto nel foglio in bianco a lui consegnato.

STUDI SULLA SARDEGNA



NOTA

DI

F. NITTI

PROFESSORE NELLA R. UNIVERSITÀ DI NAPOLI

Nessun paese d'Italia è più caratteristico della Sardegna: nessuno forse, dal punto di vista antropologico, economico e sociale merita di essere più largamente studiato. Come ha rilevato il Livi, antropometricamente, la Sardegna di fronte a tutte le altre regioni italiane, non si trova mai in una posizione intermedia, ma sempre in principio o in fine per sovrabbondanza o per difetto.

Per ricchezza la Sardegna è inferiore a tutte le altre regioni d'Italia: non ha grandi fortune, ha ricchezza mobiliare scarsissima.

La Liguria e il Piemonte sono le più ricche regioni d'Italia, cui segue subito dopo e per alcune cose precede la Lombardia: la Basilicata, la Calabria, la Sardegna sono le regioni più povere.

Confrontiamo qui alcuni indici di ricchezza.

Supponiamo che la popolazione, l'ammontare complessivo della ricchezza privata, il risparmio, si esprimano con la cifra 100: proporzionalmente la situazione di ciascuna delle cinque zone è la seguente:

PROPORZIONE A 100 DEL TOTALE

Popolazione e ricchezza media

| | Popolazione | Ricchezza privata |
|-----------------------|-------------|-------------------|
| Italia settentrionale | 36.41 | 46.71 |
| » centrale | 24.31 | 22.90 |
| » meridionale | 25.89 | 20.61 |
| Sicilia | 10.88 | 8.71 |
| Sardegna | 2.43 | 1.04 |

RISPARMIO E RENDITA PUBBLICA

| | Rendita pubblica | Rapporti nelle banche, nelle casse di risparmio e postali ecc. |
|-----------------------|------------------|--|
| Italia settentrionale | 51.15 | 56.0 |
| » centrale | 31.61 | 28.0 |
| » meridionale | 12.12 | 10.9 |
| Sicilia | 4.60 | 4.5 |
| Sardegna | 0.52 | 0.7 |

Dunque, mentre la popolazione della Sardegna, rappresenta, secondo il censimento del 1901, non ostante la scarsissima densità dell'isola 2,43 per 100 del totale, la ricchezza privata è appena 1.04, la rendita pubblica 0.52 e il risparmio 0,70.

Ma, anche paragonata alle regioni d'Italia più povere, la Sardegna mostra un'assai più grande depressione. Confrontiamo le regioni più ricche e le più povere.

I.

POPOLAZIONE E RICCHEZZA

| | Popolazione per km. q. | Ricchezza media per abitante (in lire) |
|------------------------------|------------------------|--|
| a) <i>Regioni più ricche</i> | | |
| Piemonte | 112 | 3.179 |
| Liguria | 204 | 3.716 |
| Lombardia | 177 | 2.520 |
| b) <i>Regioni più povere</i> | | |
| Basilicata | 49 | 1.406 |
| Calabria | 90 | 1.186 |
| Sardegna | 32 | 856 |

La ricchezza è quella desunta dai miei calcoli su *La ricchezza dell'Italia*; la popolazione è calcolata per il 1904.

Il fatto più caratteristico è che la Sardegna non ha quasi grandi fortune: milionari autentici non pare esistano, o almeno gli ufizi di registro, da gran tempo, non hanno avuto alcuna denuncia di successione per un milione od oltre. È vero che agli agenti del fisco si è disposti a rivelare il meno che possibile; ma questo fatto riguarda tutta l'Italia. Anzi in proporzione gli occultamenti sono assai maggiori nei paesi ricchi, dove prevale la ricchezza mobiliare, che assai facilmente si sottrae ad ogni indagine.

II.

RISPARMIO, RENDITA PUBBLICA, SCONTI DELLE BANCHE

| | Risparmio medio per abitante | Media degli sconti delle banche di emissione per abitante | Rendita pubblica (media per abitante) |
|------------------------------|------------------------------|---|---------------------------------------|
| a) <i>Regioni più ricche</i> | | | |
| Piemonte | 100 | 66 | 23.91 |
| Liguria | 158 | 409 | 30.25 |
| Lombardia | 252 | 140 | 18.98 |
| b) <i>Regioni più povere</i> | | | |
| Basilicata | 32 | 10 | 3.76 |
| Calabria | 33 | 28 | 2.25 |
| Sardegna | 20 | 38 | 2.55 |

La rendita pubblica in Sardegna supera, come media per abitante, le cifre non solo della Calabria, ma degli Abruzzi e del Molise, delle Marche, dell'Umbria. Ciò si spiega agevolmente, quando si pensi che rappresenta forse non solo la maggiore, ma molto spesso l'unica forma d'investimento.

Le cifre degli sconti delle banche di emissione non hanno

molta importanza nella comparazione, perchè i paesi che hanno molti istituti di credito ordinario poderosi sono quelli che spesso ricorrono in minore misura agli istituti di emissione.

Più interessante è constatare alcuni indici di depressione.

III.

ALCUNI INDICI DI DEPRESSIONE

| | Media degli aggi delle esattorie nel 1898 | Numero di abitanti per 1 espropriato per debiti di imposte dal 1 gennaio 1885 al 30 giugno 1897 |
|------------------------------|---|---|
| a) <i>Regioni più ricche</i> | | |
| Piemonte | 0.99 | 27.416 |
| Liguria | 1.09 | 26.906 |
| Lombardia | 0.91 | 14.757 |
| b) <i>Regioni più povere</i> | | |
| Basilicata | 4.02 | 232 |
| Calabria | 3.37 | 114 |
| Sardegna | 4.86 | 14 |

Certo, il fatto che le espropriazioni non hanno spesso alcun effetto e che la proprietà morale è estremamente frazionata, fa in Sardegna moltiplicare in forma quasi morbosa le espropriazioni.

La demografia della Sardegna appare assai caratteristica: massimo accentramento (dipende forse in molta parte dalla malaria); nuzialità inferiore alla media del regno, mentre si avvicinano alla media del regno natalità e mortalità; emigrazione scarsa. Non ostante la scarsa emigrazione, però, la quota di accrescimento annuale della popolazione è solo di poco superiore alla media di tutta Italia. La qual cosa fa supporre che la popolazione di Sardegna crescerà molto len-

tamente, se la rinnovata economia del paese non agirà un giorno non lontano, come energia stimolatrice e come una grande forza di immigrazione. Avendo larga superficie coltivabile e condizioni geologiche piuttosto vantaggiose, precede per importanza ogni altro problema, quello di combattere la malaria. Se si potesse eliminare la malaria, la struttura economica dell'isola sarebbe profondamente rinnovata.

Il prof. Coletti dimostrava recentemente la necessità di una serie di ricerche sistematiche sulla Sardegna (1). La grande isola possiede come una individualità propria e presenta quindi un gran numero di fenomeni eccezionali, che vanno esaminati uno per uno. Il metodo antropogeografico potrebbe rendere utili servizi.

Inchieste sulla Sardegna non si son fatte, o si son fatte senza preparazione sufficiente: è tempo oramai di rivolgere l'opera dello Stato e l'attenzione degli studiosi, a un paese di cui le energie sono ancora latenti e che è destinato a rappresentare una parte notevole nell'avvenire dell'Italia.

(1) COLETTI: *Della convenienza di una serie di studi sulla vita economica e sociale della Sardegna nel Giornale degli economisti*, aprile, 1905. Sulla eccezionalità dei fenomeni antropologici, fisiologici, economici della Sardegna cfr. pure: COSSU: *L'isola di Sardegna*, Roma, 1900; R. LIVI: *Antropometria militare*, Roma, 1896, introduzione; CURIS: *Psicologia della Sardegna* (estratto), 1901; ASCOLI: *L'Italia dialettale nell'Archivio glottologico*, vol. VIII; NITTI: *La ricchezza dell'Italia*, ecc.

REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S04163