R. Corte di Cassazione

Controricorso

di Fumagalli Carolina

contro

Bernardelli Plinio d Ernesto

Avv.ti Ungaro Angelo e Filippo

Avv. L. Bonomi

Cartoliberia "ROMA" di M. Olivotto - Via L. Caro, 42 - Roma - Tel. 35-887.

Avv. LUIGI BALZO

I MONACI OLIVETANI

LA

DECIMA DI MONZAMBANO

E

L'ENFITEUSI MANTOVANA

Stab. Tip.
PERONI
Vic. Bonacolsi, 4
MANTOVA

ASSR

MEMORIA DIFENSIVA

NELLA CAUSA

BERNARDELLI - FUMAGALLI

AVANTI LA

R. CORTE D'APPELLO DI BRESCIA

◆ ◆ ◆

TIP. C. PERONI - MANTOVA

ASSR

ASSR

PRECEDENTI STORICI - FEUDI - POSSESSI E DIRITTI ENFITEUTICI

Secondo gli studi di storici mantovani ed al dire di Giuseppe Resti Ferrari (nella sua memoria inserita nell'opera dei Giudizi Criminali pel regno Lombardo Veneto) nei tempi più remoti il libero discorrere delle acque e le folte boscaglie rendevano il territorio delle Provincia di Mantova sterile ed incolto, e il proprietario mancante di mezzi a costruire argini e a dissodare terreni divideva le terre fra coloni onde la coltivassero, conservandone però il diretto dominio e ritraendone una annua ricognizione, la quale per l'ordinario non superava il decimo del raccolto e talvolta esentuando persino da qualunque prestazione e la concessione allora dicevasi onorifica, venendo da ciò le enfiteusi onorifiche. Altre enfiteusi poi furono concesse dagli stessi principi e perciò dette camerali, e molte altre ancora dai vescovi, che divenuti signori di vastissimi, ma sterili possedimenti, ne cedevano altrui l'utile dominio.

Tali concessioni però non sempre vennero qualificate per Enfiteusi e comunque il dissodamento di molti terreni ne fosse la causa e lo scopo, si dissero feudi, sebbene l'investito non fosse tenuto alla prestazione di alcun personale servigio, ma soltanto alla prestazione del giuramento di fedeltà, che per ultimo fin anco non si esigeva.

Questi impropriamenti detti *feudi* nei quali il vassallo non era tenuto ad alcuna temporanea corresponsione, presero il nome di

onorifici e di livelli ritenendone però sempre la natura della enfiteusi e quindi producendo effetti simili agli effetti di queste, colle leggi delle quali furono sempre e sono tuttora giudicate.

Guardando alla brevità con la quale la Repubblica Mantovana regolò gli interessi feudali ed al modo con cui si espresse su tale argomento, "già dubitammo (dice in D'Arco) che veri feudi non fossero stati in Mantova e che quel titolo impropriamente vi fosse applicato, ora però affermiamo che feudi veramente non si avessero ai tempi della Repubblica, sebbene durasse il mantenimento di certi antichi diritti feudali nei vescovi ed in qualche corporazione ecclesiastica „.

A chiarire intanto una tale affermazione conviene ricordare che questi diritti attaccati alle cose, non già alle persone, erano in gran parte andati perduti colle cessioni fatte dai proprietari e massimamente dai vescovi e dai religiosi dei possedimenti anticamente decorati di tali privilegi e perciò sebbene quelle proprietà ritenessero per consuetudine il titolo di rerum feudalium, altro non erano infatti che enfiteutiche.

Dal che ne consegue che veri feudatari non vi furono in Mantova, sebbene i vescovi ed alcune corporazioni ecclesiastiche fruissero di alcuni diritti feudali, ma per chiarire l'argomento intorno alla feudalità esercitatasi in Mantova è necessario riportarsi all'epoca delle incursioni germaniche, epoca da cui si trae il primo seme di una tale istituzione.

Caduto l'Impero Romano e caduta l'Italia in preda ai barbari, molti di quei capitani o ricevettero in premio dai loro Re vasti poderi nelle diverse provincie conquistate, o molti si arrogarono da se stessi colla forza delle armi l'autorità di possederli.

Questi possessori di terre piuttosto selvagge e deserte, fra uomini ad essi necessariamente nemici, fra dominatori spesso mutabili dovettero ricorrere a mezzi concordi e lusinghieri per cattivarsi l'animo dei soggetti e godere il beneficio. In quest'epoca in cui forse il

feudalismo avrebbe facilmente potuto radicarsi in Italia in mano ai potenti conquistatori non riuscí a stabilirsi, procurando solamente la introduzione di una condizione *beneficiaria* per la quale i grandi signori concessero parte dei loro terreni a coloro che li riconoscevano come loro padroni e si obbligavano di coltivarli pagando un censo o tributo.

Condizione questa che si risolve in vero contratto enfiteutico più o meno oneroso cosí come appare dalla legge visigota al libro V° titolo III° e dal Capitolario di Carlo Magno all'813. Solamente al 9° secolo questa pratica *beneficiaria* prese un senso più lato in molte provincie trasmutò in quella di feudo (feodum).

Cosí che negli antichi documenti le voci di beneficium e feudum si trovano fra loro confuse.

In Mantova prima i vescovi, poi i Marchesi da Canossa, più tardi i Gonzaga nella qualità di regi ministri, erano investiti di grandi possessi con allegati diritti principeschi ma però con la cessione loro fatta non potevano tramandare nella loro pienezza tali diritti non essendo loro mai stata concessa.

Quindi tutte le investiture *sub feudali* si risolvano in contratti enfiteutici più o meno onerosi e la enumerazione "dice il D'Arco, pomposa degli smodati poteri accordati dal cedente al nuovo beneficiato„ di sua natura tenue, si deve ritenere affatto oziosa e priva di effetto. "Da ciò ne deriva che il comune di Mantova abbia potuto spogliare con fondate ragioni e diminuire le ricchezze e l'autorità civile degli ecclesiastici, sradicando dal suo stato i tristi avanzi del feudalismo non mantenendone che il nome da cui deriva la sconcia applicazione di feudo alle enfiteusi, applicazione che più tardi fu riprovata dagli stessi giureconsulti mantovani. (Causa Mantuana bonorum feudalium inter Episcopum Mantuae et D. D. Blancas del Matto Fausto Guidotto-Mantuae 1710 scrisse: I° Feuda, nostra sunt feuda impropria quia non habent onus militaris seu personalis ser-

vitii. 2° Quia sunt rustica uti consistentia in praedis rusticis nullae iurisdictionis dignitatis vel tituli Marchionalis sive comitatus prerogativa decoratus.

3° Quia omnia nostra feuda vel sunt censualia sub onere annui census seu canonis domino persolvendo, vel sunt concessa cum qualitate feudi honorifici sive feudi franchi quod importat franchitiam seu immunitatem ab omni servitio et onere).

I Vescovi di Mantova ottenevano la donazione e la conferma di privilegi straordinari ed il possesso di vasti poderi come la "Corte di Poggio„, di Sermide, di Nuvolato, di Quistello, di Quingentole, di Barbasso, di Suzzara, di Bagnolo, di Nuvolara, di Rivalta, e ciò appare dai diplomi pubblicati dal Muratori; e i Marchesi da Canossa donavano a favore della Chiesa (sovratutto al monastero di S. Benedetto di Polirone).

Chi ricorda la 21.ma dissertazione del Muratori ed i documenti imperiali e quelli dei da Canossa che si riferiscono a Mantova, potrà convincersi dello stato dei terreni e del contado in quell'epoca attorno al mille e dopo quando si erigeva a repubblica.

Le lunghe guerre, le pestilenze desolatrici, le manomissioni dei barbari, la scarsezza e la povertà degli abitanti, erano le ragioni generali e prepotenti per impedire in Italia e nelle nostre provincie specialmente l'esercizio di una industria agricola, ed in particolare quella mantovana circondata e divisa dai fiumi Po, Mincio, Oglio, Secchia, che non contenuti negli argini "fuori dai naturali confini vagando, facendo delle sovrastanti terre vaste paludi, sterili valli e lande deserte„. (Amadei, Cronaca universale della Città di Mantova manoscritta in arch. Storico di Mantova).

La terra che poi emergeva dalle acque era occupata da annose piante naturalmente cresciute senza cura dell'uomo sono descritte nelle cessioni ai beneficiari, silvae, insulae, paludes, arbora, ripae, rupiniae, alpestres ed altre concessioni e privilegi, dicemmo in origine

largite ai vescovi, da questi ai Canossa che a loro volta le cedettero ai sacerdoti, ai monasteri cosicchè tutti i possessi o quasi del Mantovano erano goduti dagli ecclesiastici.

Monaci ed ecclesiastici che non disdegnavano tanto le cure delle lettere e dell'agricoltura, come i Benedettini che in S. Benedetto diedero all'Italia con i loro codici miniati lustro e vanto alla letteratura ed all'arte italiana e con le costruzioni murarie e la sobria bellezza dell'architettura romanica, e con le opere idrauliche fecero bella e ferace la valle padana dove acque malsane s'inlamavano e monaci laboriosi, come gli olivetani di Montalbano o Monzambano, che vestirono le ignude moreniche colline del tepido Garda di albescenti uliveti (da cui trae esatta la etimologia quella terra) e fecero brulicare lanose pecore per le convalli prima selvose ed arboree.

IL TERRITORIO MANTOVANO NON È MAI STATO VERONESE!

Per la verità storica e per la storia di "una storia „.

La gratuita affermazione che fa il Signor Bibliotecario della Civica Biblioteca di Verona "*Monzambano quindi dalle sue origini sino alla dominazione Napoleonica segui le vicende politiche di Verona, e fu sottoposto alle giurisdizioni che governavano il Veronese; la legislazione e la consuetudine mantovana - fino all'evento napoleonico - gli furono estranee* „ merita un commento perchè tradisce la realtà storica. E poichè noi abbiamo un po' di confidenza con la storia nostra, non possiamo lasciar passare sotto silenzio una tale erronea affermazione. Monzambano - Mons. Cambanus - Montalbano sono una corruzione della etimologia Mons - Albanus e tutt'oggi fa parte del territorio geografico della Provincia di Mantova ma dipende dalla Diocesi di Verona, con Castellaro Lagusello, sua frazione.

Anche ad un modesto studioso di storia Mantovana è noto che gli "*arimanni*„ di Mantova possedevano ed avevano potestà con diploma di Enrico III° dato nell'anno 1014 (Muratori Antiq. Ital. Tomo III° col 799 - D'Arco Nuovi studi di economia politica del mantovano pag. 36) "*proprietate comunali cum omnibus quae ab eorum parentibus possessi fuerunt et eorum adquisita seu adquirenda.... et theloneum riparticum quod suo negotio, in Garda exercent et in Lasice et in summo lacu*„.

L'Imperatore Federico già con diploma datato da Pavia il 21 Febbraio 1160 (Pietro Torelli - l'archivio Capitolare della cattedrale di Mantova) confermò e concesse alla chiesa mantovana tutti i diritti già degli "*arimanni*„.

Che la chiesa Mantovana possedesse tutto il territorio mantovano fra Po e Mincio fino al Garda appare dal diploma spedito circa il 1091 dall'Imperatore Enrico III° a favore della chiesa mantovana pubblicato dal D'Arco Storia di Mantova pag. 145 doc. N. 1 in cui è detto: *Concedentes, igitur confirmamus eidem Mantuano episcopo omnes res, quas modo de donis regum seu imperatorum praedecessorum nostrorum, vel alio quolibet modo tenet, vel quas sive lege potestative vel cum virtute perditas habere videtur; videlicet monasterium quod factum est in honore sanctorum Memoris, Probi et Rufini, cum omnibus adiacentiis, scilicet cum quae dicitur mulinda, cum suis decursibus de illo loco, unde eadem aqua originem sumit usque in Mincium et ex utraque lectuli parte duodecim pedes, cum omnibus pertinentiis eiusdem monasterii, cum curtibus, etiam in Veronensi, Vicentino, Mantuano, Brixiano, Placentino, Mutinensi, atque Cremonesi comitatibus suius quae ita nominantur Bengiolo, Colonia, vel in circuito fluminis qui dicitur Caput Asponis, Pulione, Aleate, Lunigo atque Sablonae seu Gardenensi iudiciaria, cum servis et ancilis: ibidem pertinentibus, et omnes alias res eiusdem monasterii, quae sunt in predictis cumitatibus, vel infra nostrum italicum re-*

gnum, seu quas caeterorum hominum concessionibus, tradictionibus, obersionibus, comparationibus commutationibus, libellorum quoque, vel qualiumcumque legalium contarum conscriptionibus, seu phioecariis vel emphiteosi ipse sanctus locus obtinuit „.
e più innanzi:

" Quominus idem Cono presul eiusque successores haec omnia ad utilitatem sui episcopi absque alicuius impedimento et contradictionis molestia perpetualiter valeant possidere.

Verum etiam confirmamus eidem ecclesiae omne theloneum ripas et ripaticum et ficturas pallorom ripae Mantuae civitatis et Portis, et totam publicam functionem atque insulam Reveris, et curtem regalem, nec non et insulam quae dicitur Sugiaria, quae iacet inter Padum et Iara flumina, cum omnibus integritatibus earum et cuncta annualia mercata ipsius comitatus cuius decernunt ambae ripae Mincii de Valegio usque in Largionem fluvium et per Largionem sursum usque Jaram et Olium, et deorsum usque Padum et per Largionem et Padum sursum usque Clistellum et deorsum usque Levicianum; seu etiam monetam publicam Mantue civitatis nostro imperiali dono ibi perpetualiter habendam concedimus „.

E secondo la " Costituzione Antique Acclesiae Mantuane „ 15 ottobre 1263 (Vedi citato Torelli pag. 230 - D'Arco - Nuovi studi di economia Politica del Municipio di Mantova - pag. 183).

" In nomine d.ni statuimus et ordinamus quod omnes fructus, redditus et proventus villae curtis, et territorj Voltae et totius quod habet Ecclesia nostra vel habebit in posterum a Ripalta et ejus territorio exclusive et ab nive supra per totum districtum mantuanum, Bixiensem et Veronensem et quidquid habet in posterum ultra flumen Mincy et lacum Gardae per eosdem districtus, et quidquid habet extra illa quae posita sunt in prebendis et fructus primi omni prebendarum et denarii domorum quae locarentur,.... confermano che la chiesa Man-

tovana possedeva tutto il territorio fra il Mincio e Po dal Lago di Garda all'Eridano.

Ciò attestano anche le "designazioni dei beni della Chiesa Mantovana nel territorio del Garda„ del 7-2-1285 e il Processo fra gli uomini "de Gardesana„ e il Capitolo di Mantova - datata da Mantova 10-14-26 aprile 1285 (Torelli citato pag. 297).

Basti leggere nel D'Arco Storia di Mantova Prospetto III° Dei beni stati posseduti dai Gonzaga prima capitani e poi marchesi di Mantova per sapere che : "Al 31 ottobre 1329 i Gonzaga ottennero dal Vescovo di Trento la investitura del possesso feudale di Castellaro come prima *era stata conceduta ai Bonacolsi.*

Al 23 giugno del 1391 pagando 60 mila fiorini d'oro a Giovanni Galeazzo Visconti acquistarono Ostiglia, Canneto, Asola, CASTELLARO-LAGUSELLO e Villimpenta; *luoghi già posseduti dal Comune di Mantova* e ceduti dal Gonzaga ai Visconti.

Al 22 marzo 1392 Francesco Gonzaga fu confermato dal Vescovo di Trento nel possesso feudale di CASTELLARO come furono poi, i suoi sucessori.

Nella storia di Verona - Luigi Simeoni pag. 163 leggesi: "Venezia.... dopo di aver rifiutato di riconoscere come Signore di Verona il Carrarese, nell'agosto 1404 si era collegata con Francesco Gonzaga Signore di Mantova promettendogli oltre le terre che il Carrara gli aveva già cedute (Ostiglia, Villimpenta, CASTELLARO LAGUSELLO, Belforte, Peschiera „.

Ed ancora nel citato D'Arco a pag. 210 "al 1521 l'Imperatore Carlo V° non solo investì i Gonzaga di tutti i luoghi e diritti principeschi che possedevano, ma aggiunse anche quelli di Gonzaga, Peschiera,.... „.

Ed infine l'ultimo Duca di Mantova fu confermato nel possesso feudale di Castellaro Lagusello e Monzambano il 26 giugno 1694

come rilevasi dal documento del Luning (cod. diplom. Italiae Tomo I° col. 1342 e 1506).

Cosi le terre poste fra le rive del Mincio incominciando da Valeggio fino al fiume Larione, da questo pel Pò ascendendo sino al Crostolo, e discendendo sino a Burana, compresevi Sermide, ed altre terre prossime al Ferrarese e Reggiano, *le quali tutte all'896, erano state da Berengario date a Signoria ai Vescovi di Mantova,* qui vi sono indicate soggette al nostro Comune „.

Ed ancora nel volume del D'Arco Economia politica del Municipio di Mantova - a pag. 349 sotto il paragrafo: dei confini dello stato: "Il territorio di Verona era diviso dal Mantovano a mezzo del fiume Mincio incominciava da Monzambano fino presso a Massimbona e quindi direttamente serrava lo stato della nostra Repubblica fino a Serravalle... meno precisi perchè non indicati dal corso della acqua furono i limiti del territorio di Mantova e quelli di Brescia, i quali è duopo prefigerli col nome di quei paesi detti.... *ed attraverso Cavriana si congiungono di nuovo a Monzambano.*

Con ciò crediamo di aver sufficientemente dimostrato, perchè la storia non è una fandonia nè un'opinione, che il possesso feudale del territorio di Castellaro Lagusello e Monzambano fu sempre della Chiesa Mantovana e dei Gonzaga.

E poichè vi fu chi disse che mostrare a un'uomo che è in errore è una cosa, e metterlo in possesso della verità è un'altra, a suggello di quanto sopra detto produciamo nel fascicolo dei documenti una "Pianta „ topografica dello stato di Mantova, al tempo della Repubblica dal D'Arco pubblicata.

Aggiungiamo anche un compendio storico-cronologico, ad uso del nostro avversario, dei

POSSESSI MANTOVANI
DI CASTELLARO - MONZAMBANO

894 - Berengario I° con diploma 21 novembre 894 riconosce al Vescovo Egilulfo il diritto di battere moneta: gli assicura beni nei territori di Mantova, Verona, Vicenza e Modena; gli conferma il diritto di riscuotere tasse pro theloneo, ripatico, fixuris pallorum.

935 - Ugo di Provenza, proclamato Re d'Italia nel 926 incontratosi a Mantova (secondo quanto ci narra Liutprando) col Pontefice Giovanni X° con lui strinse patti: nel 935 diede al nipote Manasse D' Arles, sperandone vantaggi per la quiete del suo regno, non solo la marca di Trento e l'episcopato di Trento e di Verona ma anche la cattedra Vescovile di Mantova. Da ciò forse, anzi senza dubbio, si deve trovare la origine della vastità dei territori della Chiesa Mantovana anche in provincie limitrofe e lontane.

Finalmente la nebbia della incertezza che avvolge la storia della Chiesa Mantovana nel I° evo medio, si apre quando città e territorio entrano a far parte dei possedimenti feudali della potente famiglia Canossa.

997 - L'autorità di una tale famiglia su Mantova è circondata in un primo tempo da molte restrizioni: la limita anzitutto la potestà vescovile ribadita e confermata con diploma di Ottone III° il quale riconferma come cosa intangibile quanto ad essa era stato dato da Re ed Imperatori.

1014 - Anche ai più modesti studiosi di storia Mantovana è noto che gli *Arimanni* possedevano ed avevano con diploma di Enrico III° dato nell'anno 1014 (Muratori-Antiq; Ital. Tomo III° Col. 799 - D'Arco - Nuovi studi di Ecc. pol. pag. 36) "diritto di theloneum et ripaticum quod suo negotio in Garda exercent et in Lacise et in summo lacu „.

1091 - Che la Chiesa Mantovana possedesse tutto il territorio fra Po e Mincio appare dal diploma spedito circa il 1091 di Enrico III° a favore della Chiesa (D'Arco - Storia di Mantova - pag. 145 doc. N. I).

1263 - Secondo la "Costitutiones antique Aeclesiae mantuanae) "del 15 ottobre 1263 (Torelli - L'archivio capitolare della cattedrale di Mantova - pag. 230 e D'Arco - Nuovi Studi - pag. 183) si conferma che la Chiesa Mantovana possedeva tutto il territorio fra Mincio e Po dal lago di Garda all'Eridano.

1278 - In seguito alla uccisione di Mastino della Scala, podestà di Verona, compiuta il 26 ottobre 1277, furono imputati Piraino e Todesco de' Cavezzani che camparono la vita offrendo il comune di Monzambano a Verona (Bertolotti - Comuni e parrocchie della provincia di Mantova - pag. 116).

1285 - Troviamo ancora nelle designazioni dei beni della Chiesa Mantovana nel territorio del Garda nel febbraio 1285 e nel processo fra gli uomini "de Gardesana „ e il capitolo di Mantova in cui appare che li territorio era già tornato alla Chiesa Mantovana (Torelli - Opera citata pag. 297).

1303 - Leggesi nel commento del D'Arco (Storia di Mantova pag. 165) allo statuto Bonacolsiano di questo anno „ il comune di Mantova già al principiare del secolo XIV° aveva esteso il proprio dominio. Cosí le terre poste fra le rive del Mincio incominciando da Valeggio fino al fiume Larione da questo al Po... ascendendo sino al Crostolo e discendendo fino a Burana... le quali tutte all'896 erano state da Berengario date a signoria ai Vescovi di Mantova, quivi sono indicate soggette al nostro Comune „.

1391 - I Gonzaga pagando 60 mila fiorini d'oro a Giovanni Galeazzo Visconti acquistarono *Castellaro Lagusello insieme con altri territori già posseduti dal Comune di Mantova.* (D'Arco - Storia di Mantova Prospetto III° Dei beni stati posseduti dai Gonzaga).

1404 - Venezia dopo di aver rifiutato di riconoscere come Signore di Verona il Carrarese, nell'agosto 1404 si era collegata con Francesco Gonzaga Signore di Mantova promettendogli oltre le terre che il Carrara aveva già cedute "fra le altre Peschiera e Castellaro Lagusello.... „. (Simeoni Luigi - Storia di Verona pag. 163).

1444 - Gian Francesco Gonzaga con suo testamento 23 settembre 1444 ripartí lo stato in 4 parti quanti erano i suoi figli assegnando "a Giovanni Lucido: Cavriana, Volta, Rodigo, Castellaro e altre corti „. (Quazza - Mantova attraverso i secoli, pag. 73).

1521 - L'Imperatore Carlo V° non solo investí i Gonzaga di tutti i luoghi e diritti principeschi che possedevano, ma aggiunse anche quelli di Peschiera..... (D'Arco - Op. Cit. pag. 210).

1622 - I Gonzaga barattarono con la Serenissima Repubblica di Venezia, Peschiera con Castellaro Lagusello e parte di Monzambano. I confini erano incerti cosí come si evince dal documento in archivio Gonzaga C. XV°. 5-177 (da noi prodotto in copia).

1756-1758 - A seguito del trattato di Ostiglia del 19 aprile 1758 si delinearono i confini fra il Mantovano da una parte ed il Veronese dall'altro, cominciando dal territorio di Castellaro Lagusello. Cosí come appare dalla copia fotografica del documento esistente nell'archivio della stato di Mantova appare ancora una volta come le proprietà decimarie siano quasi tutte comprese nel territorio Mantovano. Infatti leggonsi chiaramente le proprietà Caiola, Nicolò Vicari, Evangelista Fattori, Natal Zaccagni entro i confini del Mantovano. Tali nominativi ricorrono spesso nei documenti da noi prodotti in causa.

DECIME SACRAMENTALI E DOMINICALI

Ancora una volta dopo 50 anni dalla emanazione della legge 14 luglio 1887 abolitrice delle decime ecclesiastiche si presenta la necessità di esaminare se trattasi di "*decima o di altra prestazione stabilita sotto qualsiasi denominazione ed in qualunque modo corrisposta per l'amministrazione dei sacramenti o per altri servizi spirituali al Curato, alle Chiese, alle Fabbricerie ed altri corpi morali che hanno per iscopo un servizio religioso*„.

E siccome si desume dalla relazione Rinaldi al progetto Zanardelli, una tale legge ha lasciato al magistrato di stabilire di volta in volta se si tratti di decima abolita o meno, nè il legislatore ha usato parola chiara per aiutare gli interpreti suoi a distinguere le decime domenicali dalle sacramentali (perchè le origini, le vicissitudini storiche, le modalità e le denominazioni delle varie riscossioni di decime erano state tante e cosí diverse in Italia) si lasciò al Giudice il non facile compito di procedere ad una ermeneutica storico-giuridica ogni volta che una questione decimale viene portata avanti il Magistrato. Ed ogni volta a noi tocca ripetere quali siano i caratteri differenziali dell'una e dell'altra per debellare gli errori che spesso sentiamo dai nostri avversari ripetere con errate citazioni di testi e confusione infinita di idee tali che qualche volta traggono in inganno anche il Magistrato inferiore non sempre versato nella soggetta materia.

LA DECIMA era un'imposta che consisteva nella decima parte dei frutti della terra che si prelevava in natura. Di quí il *decumales agros*. Questa imposta riconosce la sua origine dal principio politico ed economico che ebbe la Repubblica Romana nei suoi primi tempi di aggregarsi una parte delle terre dei popoli soggiogati e di mandarvi una colonia dei suoi più poveri cittadini per migliorare la loro condizione, sollevare lo Stato con la riscossione della decima dei

prodotti e diminuire la potenza dei popoli di nuova conquista. Fu ritenuta pure decima in generale una porzione dei frutti dovuta alla Chiesa. Anzi si vuole come sta scritto nelle sacre scritture, che Abramo soddisfacesse le decime al sacerdote Melchisedech.

Questa porzione di frutti, dovuta alla Chiesa, è chiamata decima non già perchè sia o debba essere sempre la decima parte dei frutti ma perchè questo diritto è stato introdotto ad imitazione delle antiche leggi che avevano determinato in favore dei Leviti la "decima parte dei frutti „.

Le decime ecclesiastiche, che definite dai canonisti *subsidia ecclesiae* erano prestazioni fatte dai fedeli ai Vescovi, ministri del culto, chiese, fabbricerie, in corrispettivo di servizi religiosi avuti; e nei primi secoli della Chiesa non erano che offerte spontanee dei fedeli per provvedere al sostentamento dei ministri dell'altare. In progresso di tempo assunsero carattere obbligatorio e prima dalle leggi canoniche, più tardi dal potere laicale, furono munite di speciali sanzioni. Divennero insomma dei balzelli (*decimae et gabellae fraternizant*) o dei pesi imposti sui frutti dei fondi a modo di tasse (Scialoia com. C. Proc. Civ. vol. I° parte II^{a} pag. 592) dovute da tutti i fedeli e trattandosi di decime prediali, anche dagli infedeli.

Esse erano giustificate da coloro che non ne escludevano a priori la possibilità di ogni e qualsiasi giustificazione, col ricorso al principio della sovranità di Dio sulla terra (*decimae, quas Deus in signum universalis dominii sibi reddi praecepit*) al precetto divino (*decime non ab ominibus sed ab ipso domino sunt institutae*) o alla necessità di rimunerare le prestazioni spirituali dei sacerdoti, necessità a proposito della quale dicevasi che chi si serve dell'altare, deve vivere dell'altare.

Le quali decime si distinguevano in personali e reali.

Le prime sono quelle provenienti dal guadagno, dall'obolo dei fedeli, le seconde quelle che si percepivano dai frutti della terra.

Senonchè il precetto dell'antico testamento, secondo il quale ogni israelita doveva conferire la decima parte dei frutti della terra, degli alberi, dei vitelli, del bestiame minuto ai leviti e questi alla loro volta ai sacerdoti (ed una seconda decima delle bevande, dell'olio, del mosto e i primi nati fra i vitelli e le pecore da consumarsi in un pasto presso i luoghi sacri centrali Mos; III°, 27-30 IV° 19-24 V° 14-22) alla fine del secolo VI° non venne considerato un obbligo giuridico se non isolatamente.

Accanto alle ecclesiastiche sorsero pure le "decime secolari„ e accadde pure che dei beni ecclesiastici a cui era ammesso un diritto di decima, passassero in mani laiche, parte perchè i Re davano in feudo ai laici e i beni a cui era annesso i diritti di decima ecclesiastica, parte perchè tali beni erano dai Vescovi affittati agli avvocati della Chiesa e ai cosidetti Ministeriali.

Fra il 500 e il 1300 tanto le decime ecclesiastiche (sacramentali, temporali e miste) quanto le decime dominicali, basate su contratti enfiteutici, livellari o di concessioni di terre ecclesiastiche o di trasferimenti senza riserva di chiedere la restituzione, e le feudali dovute per ragione di feudo, acquistarono, tale diffusione che specialmente in Italia non v'era regione in cui non fossero in vigore.

Dopo il 1300 gli sforzi della Chiesa mirarono, per quanto concerne le decime ecclesiastiche, che incontravano a differenza di quelle dominicali, ostacoli insuperabili alla loro ulteriore diffusione, a conservare le decime esistenti più che a farne sorgere delle altre. Se ne deduce che già nel 1400 e nel 1500, secoli questi a cui spesso ci si richiama nelle cause decimali, (non esclusa la presente) le origini delle decime di tutte le specie erano cosí remote, che a voler in questi tempi distinguere le sacramentali dalle temporali s'incontravano quasi le stesse difficoltà che si incontrano oggi.

Tutto ciò autorizza a concludere che non è decisivo nel senso della sacramentalità o della dominicalità il fatto che 5 o 6 secoli fà

questa o quella sia stata accennata nell'enunciativa di un atto o che una determinata decima fosse pagata o meno dal conduttore di un fondo obnoxio, o fosse soggetta a tributo verso lo stato, o facesse parte della dotazione di un beneficio o solesse essere denunciata al fisco, giacchè a parte le considerazioni di carattere particolare relative al valore e al significato di ciascuno di questi fatti, può darsi benissimo che i fatti stessi siano avvenuti perchè il creditore e il debitore di quella determinata decima non avessero elementi per giudicare sulla vera natura e il più forte di loro faceva valere l'interpretazione a se più vantaggiosa.

Inevitabile conclusione di quanto sovra detto è che nella indagine relativa alla dominicalità o sacramentalità di una decima, all'acquisto originario di essa, alla sua successiva riscossione dal decimante a rimunerazione della prestazione dei sacramenti o di altro congenere servizio spirituale, bisognerà guardare, od alle ricognizioni del suo dominio sul fondo obnoxio per avere una chiara direttiva d'indagine.

Il diritto di esigere la decima di cui è causa denominata: quartese, quarantino, quarantin, competeva alla I. R. Cassa di Ammortizzazione costituita quale amministratrice dei beni ecclesiastici appresi in forza delle leggi eversive promulgate sul principio del secolo ed in sostituzione di enti monastici sopressi.

Infatti il rogito Melleri ci apprende che i beni e i diritti deliberati al signor Giovanni Fumagalli appartenevano ai soppressi conventi di S. Maria in Organis e di S. Caterina Martire. Da ciò si arguisce chiaramente che i suindicati diritti venduti dal R. Demanio non avevano per descrizione esclusiva la somministrazione dei sacramenti e in genere l'esercizio del culto in una data plaga territoriale ma costituivano un vero bene patrimoniale e dominicale delle corporazioni soppresse. Donde si ritrae che per l'art. I° della legge 14 luglio 1887: sono abolite le decime e le altre prestazioni in natura di qualsiasi

specie e denominazione SENZA COMPENSO quando abbiamo per destinazione l'amministrazione dei SACRAMENTI ed altri servizi spirituali „ e dietro determinata commutazione in danaro.

Quando si tratti di prestazioni REALI, FONDIARIE e DOMINICALI senza la suindicata destinazione, quella di cui si tratta evidentemente appartiene a questa seconda categoria.

La natura del diritto che compete alla erede Fumagalli è prettamente ed esclusivamente enfiteutica come dimostrano con chiarezza i rogiti 10 marzo 1413 di acquisto da parte del Monastero di S. Caterina Martire dalla Comunità di Monzambano per il prezzo di F. 1250 a cui spettava in vigore di acquisto per essa Comunità fatto dalla Serenissima Signoria di Venezia con istrumento 19 agosto 1407 di F. 10625 Veronesi in ragione di F. 3,10 per ducato pari a Ducati 3041,10 (G.Genovizzi Cattastico delle pezze di terra e possessore per la decima della Corte di Sparavieri Arc. di S. Caterina Martire N. 20 manoscritto degli antichi archivi Veronesi).

Col qual prezzo fu acquistato da detta Comunità tutta la possessione di detta terra di Monzambano con tutte le sue decime " *Fitti, dritti, terre arative, vigne, cortive, vignate, cortivi, case* su cui è chiaro l'acquisto del diritto enfiteutico e la sua natura, rapporto secolare che nemmeno gli appellanti ebbero a disconoscere in prime cure. Infatti durante tutto il corso della causa gli allora convenuti non ebbero a contestare l'esistenza dell'onere enfiteutico essendosi solamente limitati a sollevare dalle loro spalle il gravame dell'onere per rigettarlo su altri.

La sentenza di questa On. Corte 25 maggio 1936 in causa Capitoli di S. Barbara-Masini in materia del tutto analoga affermava che " allorquando la decima non rappresenta il corrispettivo dell'amministrazione dei sacramenti o di altri servizi religiosi e sia palese che le condizioni costitutive dell'onere non ebbero di mira il fedele come tale, ma il privato quale semplice soggetto di rapporti giuri-

dici patrimoniali è assurdo ascrivere al genere della decima sacramentale un peso reale che lungi alla vera causa da un precetto divino è per natura basato su di un elemento convenzionale " e più avanti „... è appena duopo avvertire che a stabilire la natura della corrisposta è condizione preminente l'accertamento delle condizioni obiettive a cui essa trae origine, non essendo da escludere la esistenza di oneri reali a favore di certi religiosi, il cui titolo derivativo promana da rapporti di diritto privato senza alcuna interferenza di carattere spirituale „.

Ma dato e non concesso che la decima di cui è causa sia sacramentale conviene ricordare che al momento della promulgazione della legge 14 luglio 1887 apparteneva non più ai sopressi conventi di S. Maria in Organis e S. Caterina della Ruota Martire, ma a Fumagalli con rogito regolare di acquisto del 1840 dal Demanio dello Stato, che era quindi già in mani laiche per titolo oneroso e passava ad altra mano laica in seguito a legittima deliberazione ai pubblici incanti, sotto la tutela delle leggi del tempo.

Essa decima quindi, veniva per espressa eccezzione della legge di soppressione, sottratta.

Ma v'ha di più, la decima in parola appare iscritta nei pubblici registri del Demanio dello Stato, della Cassa di Amministrazione della Intendenza di Finanza di Mantova, Verona, Venezia, nominativamente con la descrizione del territorio nel comune di Monzambano su cui gravano e portano espressa menzione dei canoni da pagarsi in natura ed in danaro da remota origine fino al 1840.

Si aggiunga da ultimo che il giudicato del Tribunale di Castiglione delle Stiviere - 2 dicembre 1912 - nella causa Fumagalli Icilio contro Conte Marco Arrighi decimante in comune di Monzambano, per lo stesso titolo di cui è causa; la sentenza di cotesta Corte 1-10 1918 N. 570-188, sono prove solari che riconfermano, se ve n'era bisogno, il nostro assunto di *decima dominicale.*

DECIME SACRAMENTALI
OBBLIGATORIETÀ ED ESIGIBILITÀ COATTA

E' logico pensare attesi i documenti che l'avversario produce in causa ch'egli sosterrà la sacramentalità della decima. In altro luogo dimostriamo come le decime del veneto debbansi ritenere tutte dominicali, qui, in modo particolare, dato e non concessa la verità del contrario, vogliamo dimostrare che le decime sacramentali sorte come contribuzione spontanee, divennero in prosieguo di tempo obbligatorie e coattivamente esigibili.

Le decime sacramentali prediali, caduta la dominazione e la legislazione carolingia, trovarono parte in alcune leggi civili della Sicilia e del Veneto, nelle costituzioni piemontesi ed in altre legislazioni di regioni diverse d'Italia. I sinodi ed i concilii poi avendo proclamato l'obbligatorietà della decima sacramentale; fecero in modo che tale obbligatorietà si inserisse nel campo della vita civile anche per il fatto che la Chiesa disponeva di forme e forze spirituali tali che il contravvenirvi era impossibile (*Qui vero eas aut subtrahatur aut impediunt, excomunicentur. nec ab hoc crimine nisi plena restitutione secuta, absolvantur*). Originariamente, già dicemmo le decime ecclesiastiche avevano carattere oblativo ma in progresso di tempo ad *illas solvendas populus ex institia tenebatur,* ma di fatto erano da tutti corrisposte perchè previste dagli statuti, costituzioni, decreti, e sanzionate dalla consuetudine che i governi in modo diretto od indiretto ne imponevano l'osservanza.

Sul decreto si ebbero parecchi atti legislativi, legge veneta del 1554 e proclama 29 giugno 1799 del commissario imperiale austriaco ed altri provvedimenti ancora consimili per i quali le decime sacramentali divennero entrate sicure per i benefici che ne erano investiti.

Nel secolo XVIII° le decime sacramentali prediali erano tali e tante che in molti stati sotto l'influsso dello spirito della rivoluzione francese vennero abolite o vietate ma durante la restaurazione (1814) ogni precedente abolizione o restrizione venne dimenticata.

Le decime sacramentali non cadevano sui frutti dei fondi e non erano percepite mediante un prelevamento di una quota di essi, tali decime erano personali, prediali o miste a seconda che colpivano i prodotti del lavoro, i frutti del suolo o quelli e questi insieme.

Con l'andare del tempo le decime sacramentali prediali furono in qualche documento, impropriamente, dette reali: così ne nacque la confusione.

Le decime sacramentali prediali e dominicali, di cui il Cardinale de Luca pose il criterio distintivo fra l'una e l'altra "*decimae praediales sunt quae sumuntur e frutibus et frumento, uvis et oliis,* mentre la decima dominicale *eius quod afficit fundum canon, vel responsio pro recognitione domini et loco portionis dominicalis, ideoque dicitur ius reale* „ *(De decimis, XX. 15).*

La confusione durata fino a noi condusse alla dottrina *dell'actio personalis e dell'actio personalis in rem scriptam,* da ultimo concordano dottrina e giurisprudenza nel ritenere il carattere personale delle decime sacramentali prediali.

Il ritenere quindi che la corresponsione delle decime mediante consegna i generi in natura deponga per le temporalità della prestazione è contrario dagli insegnamenti storici.

DECIME NELLA LEGISLAZIONE MANTOVANA E LOMBARDO VENETO

Le enfiteusi mantovane traggono, come si è detto, in parte origine da concessioni dei principi (enfiteusi camerali) e da quelle dei Vescovi.

Ad esse furono nei tempi feudali assimilate molte concessioni portanti il nome di *feudo,* l'enfiteusi prevaleva (Valori - Prestazioni Enfiteutiche). Tutte queste enfiteusi furono regolate anzitutto ed al solito dal diritto romano e in deroga di questo dagli statuti e consuetudini locali.

Fra questi il più importante è quello compilato verso la fine del secolo XIV° (Canova - Studi sulla materia enfiteutica) sotto il Marchese Gian Francesco Gonzaga.

La consuetudine mantovana della enfiteusi s'incardina su questi princìpi.

1. - I livelli ed i feudi sono tutti in diritto enfiteusi e come tali trattati.

2. - Ogni mora e purgabile.

3. - L'ammensazione è vietata in linea generale ed ammessa per sola eccezione.

4. - La stima del fondo obnoxio si fa detraendo dal prezzo 1/5 oltre al capitale corrispondente all'annuo canone che per i fondi soggetti a decima e la decima stessa.

Il Laudemio per la Prammatica 5 settembre 1767 parag. 13 si conguaglia sul prezzo del fondo calcolato, come sovra è detto e ciò detratto prima il capitale del canone o della decima poscia.

5. - Analogamente che per i fondi, l'utilista fu obbligato a chiedere nuova investitura ad ogni nuovo direttario entro un'anno ed un giorno sotto pena di caducità.

Questa legislazione enfiteutica mantovana ebbe vigore fino a tutto il secolo scorso. Poichè poi Mantova venne a far parte del Regno Napoleonico (col nome di dipartimento del Mincio) e caduto il Corso entrò a far parte del Regno Lombardo Veneto ne seguí in tutte le sorti.

Caduta la dominazione francese furono dopo il primo Congresso di Vienna (1814) restaurati quasi dovunque gli antichi Governi italiani la Repubblica Veneta però non fu riconosciuta ed il suo territorio fu dato all'Austria in premio di essere stata la più tenace nemica della rivoluzione francese.

Cosí con questo nuovo possesso venne formato il Regno Lombardo Veneto sul quale col 1° gennaio 1816 venne applicato il Codice Civile Austriaco del 1811.

Secondo il Codice Civile Austriaco, che risente in questo, come in tanti altri punti, dell'esistenza del diritto romano più dei codici stessi nelle nazioni latine, l'enfiteusi è concepita come un contratto assai affine alla *locatio conductio* (e specialmente alla conduzione ereditiera) Cod. Austriaco pag. 539 da cui si distingue non già per alcun elemento essenziale ma principalmente per la tenuità della contro-prestazione. Il laudemio è riconosciuto nel par. 1142 ogni nuovo enfiteuta è obbligato a farsi rilasciare dal concedente un atto di ricognizione da cui risulti la rinnovazione dell'enfiteusi, parag. 1145 "*l'enfiteuta è obbligato a pagare l'intero canone fino a tanto che sussista la più piccola particella del fondo par. 1134*„.

Il vigente codice (1865) entrato in vigore prima nella Lombardia e poi nella Venezia (per la quale con R. D. 25-6-1871 furono emanate disposizioni transitorie speciali) ha lasciato in vigore per le enfiteusi anteriori alla sua promulgazione, le legislazioni precedenti.

Nel Lombardo Veneto quindi si hanno tre categorie di enfiteusi:

1. - quelle anteriori nella loro varietà, dipendenti dalla diversità delle leggi e delle consuetudini locali.

2. - quelle posteriori al 1816 ma anteriori al 1866 regolate dal Codice Civile Austriaco.

3. - le moderne regolate dal Codice Civile vigente.

DECIME NELLA LEGISLAZIONE VENETA

Origine Dominicale delle decime nel Veneto riconosciuto dalla Giurisprudenza.

La documentazione avversaria ci fa pensare alla possibilità che egli voglia dedurne:

1. - Trattarsi di consuetudine Veronese, in quanto il territorio di Monzambano non avrebbe mai fatto parte del Mantovano; e sul tal punto abbiamo già in precedenza espresso il nostro parere.

2. - Ch'egli voglia sostenere la sacramentalità della decima.

Necessità difensiva quindi c'impone di esaminare la questione dal punto di vista anche avversario.

La Repubblica Veneta con molteplici provvedimenti regolò le decime esistenti in molte terre del suo dominio. Cosí nella legge in Pregadi 7 luglio 1435 si danno disposizioni per le decime e feudi del Vescovo di Feltre, stabilendo che potevano essere vendute per *modum a jure canonico permissum.*

In quella 31 maggio 1469 si dichiarono i diritti di decima del Vescovo di Verona. La Ducale 5 marzo 1551 ordina al Podestà e capitano di Treviso e ai suoi successori di "provvedere che quelli che sono soliti di pagare quartesi paghino anche nell'avvenire e che in ciò non sia fatta novità nè difficoltà,,. Tale ducale è confermato dal Senato in Pregadi 21 dicembre 1544 per ilTrevisano e la parte in Pregadi 2 agosto 1555 dispone che "*la suddetta deliberazione os-*

servare ed eseguire si debba in tutto il territorio del dominio nostro dove si sogliono pagare quartesi „ e cioè tutto il dominio veneto.

La Repubblica Veneta regolò il patrimonio ecclesiastico, e le decime che costituivano parte integrante della proprietà ecclesiastica, vennero al pari degli altri beni della Chiesa accettate, catalogate e assegnate al controllo di una apposita magistratura sopra le decime denominata dei dieci Savii, ma perpetua con Decreto del Senato del 1447 (Ferro - Dizionario del Diritto e Comune Veneto - Voci: Dieci Savi - Ecclesiastici - Cappelletti: Storia della Repubblica di Venezia 1849 IV Pag. 17 e 29 - Romanin - Storia doc. di Venezia 1853 VII Cap. I° e II°). Tanto era indiscusso e riconosciuto nei dominii della Veneta Repubblica il carattere reale dell'onere della decima che nell'estimo dei beni che per comando del governo ducale nel Sec. XVI° (Agnoletti: Intorno alla dominicalità delle Decime II pag. 30) fu eseguito nei domini della Repubblica, fu tenuto conto delle decime per quei beni che ne fossero gravati.

E cosí si fece anche successivamente tanto che quando per ordine del Maggior Consiglio fu ordinato nella provincia di Padova l'estimo, coll'art. 7 dei capitoli si prescrisse che i periti dovessero detrarre dalla stima dei fondi "*l'importo della stima delle decime, quartesi e trigesimi per quelli che dicessero di pagarli* „. Ricorderemo ancora che nel 28 febbraio 1768 i Sovraintendenti alle decime con loro proclama pubblicato il 4 aprile 1769 e stampato a Venezia nello stesso anno, ammonivano dell'obbligo di pagare le decime agli ecclesiastici, come si pagano ai secolari e laici.

Succeduto il Governo democratico, dal 1797 al 1802 vennero emesse alcune disposizioni avverse al pagamento delle decime (come si disse in precedenza) specie per quelle di origine feudale "*richiamate alla Nazione* „ dalla legge 5 pratile anno VI° e confermata all'art. VI° della successiva 9 nevoso anno IX°, ma tali provvedimenti ebbero vigore per breve durata, perchè fin dall'inizio della

dominazione francese il Gran Giudice Ministro della Giustizia intimava con circolare 13 giugno 1803 l'abolizione di tali leggi avverse, richiamando in vigore quelle che vigevano prima dell'aprile 1796. Cosí persino la Repubblica Cisalpina, la quale aveva nella Costituzione del 21 messidoro anno V° e del 15 fruttidoro anno VI° proclamato che il cittadino non era in alcun modo obbligato a contribuire alle spese di qualsiasi culto, riconosceva con tale circolare che *le decime convenzionate e formanti parte della prebenda parrocchiale o dote del beneficio erano obbligatorie.*

Il decreto poi 23 agosto 1803 tassativamente ordinava: "*sono restituiti agli ex feudatari e loro legittimi eredi i beni allodiali stati occupati dalla Nazione e dei quali sia la medesima attualmente in possesso, come pure quelli che sono stati occupati dalle Municipalità*„. Il decreto continua, ordinando pure la restituzione dei documenti, e indica la procedura perchè gli ex feudatari ed eredi possano conseguire l'indenizzo per i frutti di detti beni durante il periodo della occupazione e per i beni che fossero stati dalla Nazione alienati. Il Ministero del Culto con decreto 2 luglio 1807 n. 9908 ingiungeva che si avvertissero i gravati della continuazione dell'obbligo di pagare le decime.

Sopravvenuto quindi il Governo Veneto; questi con circolare 10 agosto 1816 (Tommasoni - Disegni pag. 54) ordinava: *doversi pagare le decime e i quartesi secondo le consuetudini in corso a termini dei veglianti regolamenti*„ e cioè commenta il Pertile (Giur. Eccl. II, 151) *in conformità alle leggi venete, richiamate in vigore dalla Repubblica Italica e dal governo Napoleonico*„.

La sovrana Patente 3 maggio 1817, pubblicata a Venezia il 2 maggio 1818 *ad oggetto di garantire legalmente nel nostro regno Lombardo Veneto ai possessori attuali di beni e redditi feudali*„ i giusti loro diritti e titoli, comandava di farne la denuncia. La successiva Notificazione Governativa 24 settembre 1825 N. 35757:

" *per togliere qualunque dubbio che potesse essere insorto nella esecuzione della Sovrana Patente 3 maggio 1817* „ avvertiva che l'Eccelsa I. R. Aulica Cancelleria Riunita con decreto 4 agosto N. 23474 aveva ritenuto che erano compresi nell'obbligo della denuncia i possessori di " *beni o redditi procedenti dal titolo di feudo o subfeudo conceduto dai Vescovi o rispettive Curie o da qualunque altra Potestà Ecclesiastica, nonostante che le dette investiture rinnovate ai tempi moderni fossero state rivestite dalle semplici forme enfiteutiche o livellarie* „.

Lo stesso Governo Veneto nei Decreti Circolari 3 giugno 1817 N. 588-1251 raccomandò di assistere i percipienti le decime nel loro possesso e dichiarò di spettanza dei Tribunali giudiziari le controversie di diritto e di competenza dell'Autorità Amministrativa la manutenzione del possesso.

La Sovrana risoluzione 14 novembre 1818 portata a pubblica cognizione colla notificazione governativa 9 gennaio 1819 (Raccolta Lombarda) confermava e prescriveva che per " *i diritti di decima qualunque ne fosse l'appellazione e a qualunque persona morale o individui appartenessero o fossero per contratti derivati, le stesse leggi e consuetudini debbano pur ora in avanti osservarsi e procedersi quindi a decidere nelle questioni che possano insorgere colla medesime norme che prima erano in vigore nell'aprile 1796* „.

Nel dispaccio 20 novembre 1818 N. 36661 - 4823, riportandosi alla surriportata Sovrana Risoluzione, si prescrive che nella materia delle decime dovevano rispettarsi le venete determinazioni.

Il decreto N. 5675-466 del 1822 intimava alle Autorità Politiche di astenersi da qualunque ingerenza nelle cause di decime, salvo fosse turbata la tranquillità pubblica. Nel caso però di negato pagamento si concedeva l'uso della procedura sommaria con la sovrana risoluzione 22 giugno 1825, pubblicata con Notificazione 15 ottobre N. 38776-2003.

Degno di particolare rilievo è il rapporto I° ottobre 1817 N. 1311 (Archivio Stato di Venezia I. R. Governo 1818) che la R. Delegazione Provinciale di Treviso, sentita la Commissione Provinciale del Censo, trasmise all'I. R. Governo: Dichiarato che nella provincia in molte Parrocchie non in tutte, esiste a favore del parroco: "*l'imposta denominata decima o quartese*„, *avverte* che oltre a terre che pagano il quartese o la decima ai parroci "*in alcuni luoghi della Provincia vi hanno dei fondi obnoxi a decima per qualche corporazione ecclesiastica e anche per secolari famiglie in vigore di Investiture Vescovili*„. Si legge pure in tale rapporto che il diritto di percezione del quartese o decima si fonda su istituzioni *approvate dai successivi governi e* "*si estende a tutti i frutti della campagna e in ciò tutti convengono*„ e che "*fra la decima o quartese non v'ha differenza nel titolo legale, ma soltanto nella quantità dovuta, mentre per decima si contribuisce una decima parte di prodotto determinato, pel quartese la quarantesima.*

Rilevasi infine che sotto il cessato Governo Italico "*non consta siano state emanate provvidenze nel proposito di decime o quartesi, ma sempre stata rispettata la consuetudine*„ e che "*sotto l'Italico Regime erano censite le decime e quartesi, e quindi soggette al pagamento delle pubbliche imposte, sotto l'attuale Governo tali rendite vennero dichiarate esenti d'imposta*„ e si conclude "*la decima non è così comune come il quartese il quale costituisce una parte integrante dei redditi beneficiari e in alcuni paesi essa solo forma l'emolumento del parroco*„.

Ad illustrare maggiormente il carattere di diritto dominicale che prettamente avevano decime quartesi nel veneto, siamo lieti di poter offrire un altro documento finora inedito dell'Archivio di Stato di Venezia, la circolare dell'I. R. Governo (N. 19581-1304 Sez. del giorno 17 maggio 1839 conchiuso) dirette alle Regie Delegazioni Provinciali. In tale circolare premesso che "*i diritti di decima non*

possono essere allibrati in Censo perchè i relativi regolamenti non hanno disposta ne concessa l'iscrizione nei Registri Censuari, di simili diritti di proprietà „; si avverte che S. A. I. il Serenissimo Arciduca Vicerè con suo decreto N. 2131 del 12 marzo 1829 si è compiaciuto "*di dichiarare espressamente in proposito di tale esclusione di allibramento dei diritti di decima che per preservarli dalla subasta, non occorre veruna notificazione*„, perchè le decime "*come reale diritto di proprietà, vestono la natura di un peso pubblico notorio, che passa col fondo in qualunque terzo legittimo possessore, ad onta che non siano iscritte nei pubblici libri di censo* „. Il codice civile austriaco: parag. 10 applicato nel Lombardo Veneto confermava il principio del *qui sunt solvere soliti solvant, e* sanciva cosí il diritto di riscuotere col possesso della riscossione per un determinato periodo di anni.

La legge 24 gennaio 1864 N. 1636 estesa al Veneto e Mantovano con la legge 28 luglio 1867 N. 3820 concedeva il diritto di affrancare mediante corrispondente rendita del Debito Pubblico i canoni enfiteutici, livelli, censi, decime gravanti beni immobili e il R. Decreto 31 marzo 1864 N. 1725 conteneva il regolamento da osservarsi per tale affrancazione.

La legge 19 aprile 1870 dichiarava (art. I°) aboliti tutti i vincoli feudali ancora esistenti nelle Provincie della Venezia e di Mantova sopra beni di qualunque natura compresi i vincoli derivanti da donazioni di principi, lasciando però immuni dall'abolizione ma soggetti però a poter essere affrancate le annue prestazioni in denaro e in generi dovute in base a titoli d'investiture e alla consuetudine feudale, dei possessori dei beni feudali.

Rimanevano cosí preservate dalla abolizione anche le decime dovute dai possessori dei fondi ex feudali, consistenti pur in annue prestazioni in generi corrispondenti ad una determinata quota parte dei prodotti. (Cass. 21 marzo 1928 - Foro Veneto pag. 234).

L'indagine sui precedenti storici e legislativi intorno all'origine delle decime nel veneto, dimostra, come abbiano appena visto carattere prettamente dominicale delle decime esistenti nella regione, tale che bene a proposito ci viene qui di ricordare quanto la Corte di Appello di Venezia scriveva in sentenza 30 aprile 1920 (Foro Ven. 338): " *nel Veneto sino alla promulgazione della legge del 1887 era ignota la denominazione di decime sacramentali, indice abbastanza eloquente ad inferire come il quartese fosse considerato soltanto e unicamente un peso inerente ai fondi* „.

Similmente ritenne il Tribunale di Udine (10 agosto 1925) nella causa dell'Arcivescovo di Udine contro Savorgnan di Brazzà (Italia 192).

Il Tribunale di Treviso nella sentenza 9 luglio 1924, Estensore Torresini (Beneficio Parrocchiale di Cimetta De Carlo) riconosceva, che, *mentre in altre località le decime sono di natura in prevalenza sacramentale, nel Veneto invece hanno preminenza quelle di natura dominicale* „.

Più esplicitamente il medesimo Tribunale nella successiva sentenza definitiva 10 dicembre 1925 Est. Calagrosso intervenuta nella medesima causa proclamò che " *secondo l'insegnamento più amorevole nel Veneto hanno assoluta preponderazione le decime dominicali* „.

Conformemente lo stesso Tribunale nelle sentenze 16 luglio 1927 (Foro Veneto 1026, nella causa Prebenda di Musestre contro Collegio Armeno, Est. Talladini); 19 settembre 1931 (Foro Veneto 1026, nella causa Beneficio Parrocchiale di Nervesa contro Cav. Manganotto e Sicher Dalla Zonca - I° luglio 1932 nella causa Beneficio Parrocchiale di S. Giorgio di Basalghelle contro Consorti Costantini).

Ricorderemo ancora come la Corte Veneta nella sentenza 10 dicembre 1931 (Foro Veneto 1932 col 31), estensore il chiarissimo Consigliere Boscherini, confermava che *Per le decime e quartesi*

nella Regione Veneta venne dalla giurisprudenza ritenuto generalmente il carattere dominicale „.

Ed infine la non ultima sentenza 11 Luglio 1933 della stessa Ecc.ma Corte, estensore il valentissimo Consigliere Biron nella causa Tallon contro Beneficio di Franceniso, cosí leggesi:

" Dalla dottrina, più autorevole e dalla giurisprudenza sulle orme dei lavori preparatori della legge di abolizione fu ammesso, e tu ripetuto, che le decime del Veneto sono prevalentemente, se non totalmente, dominicale. Ciò non deve recar meraviglia a chi ricordi che nel Veneto erano le porte d'Italia, e quale parte avevano i Vescovi nella vita politica dei secoli intorno al Mille, onde imperatori e re procurarono di assicurarsene la fedeltà e l'opera con elargizioni di vasti territori oltre che di fornire loro i mezzi di adempire ai loro obblighi di Vassalli.

Contro la dominicalità delle decime si invoca la gelosa cura e la inflessibile energia con la quale la Repubblica Veneta seppe impedire ogni intrusione della Chiesa in tutto ciò che era estraneo al culto; ma è appunto per questa vigile e costante opposizione che si deve ritenere che, se la Repubblica Veneta permetteva ai Vescovi ed ai Parroci di riscuotere le decime ed anzi per tali riscossioni prestava il suo braccio secolare, si era perchè riconosceva in esse un rapporto di natura privata patrimoniale e non una qualsiasi manifestazione di soggezione all'autorità ecclesiastica e un qualsiasi effetto di coazione, sia pure spirituale.

" Ciò riceve conferma dalla legge 21 Dicembre 1554, originariamente dettata per Treviso e per il Trevisano ed estesa poi con la legge 2 Agosto 1555 a tutto il dominio Veneto, nella quale si dichiara:

" CHE TUTTE QUELLE TERRE E POSSESSIONI che sono state solite di pagare per il passato il quartese, debbano continuare a pagarlo „ dove il riferimento alle TERRE E POSSESSIONI o non alle persone, quali obbligate al pagamento, e l'indicazione del titolo

particolare (quelle terre che sono state solite) e non universale, (non i diocesani o i parrocchiani, ma le terre della diocesi o della parrocchia) manifestano chiaramente ed efficacemente che le decime erano dalla legge considerate un onere reale dei fondi e non un'obbligazione personale dei fedeli residenti nella diocesi o nella parrocchia„.

LAUDEMIO STATUTO CONSUETUDINE MANTOVAN - LOMBARDO VENETO

Sappiamo che sino dall'epoca romana ogni acquirente di uno stabile doveva pagare a titolo di premio una determinata contribuzione al direttario, sia per il consenso ch'egli prestava al trasferimento del dominio utile, sia per la rinuncia che con tale consenso esprimeva ad esercitare il diritto di prelazione che gli sarebbe spettata, rinnovando invece l'investitura e l'immissione in possesso a favore di altro enfiteuta.

Il Borsari (Contratto enfiteusi Pag. 302 N. 306) così esprime la ragione fondamentale del tributo: "Se l'enfiteuta avesse potuto alienare liberamente sciolta la catena della sua discendenza, il sistema enfiteutico saría crollato dalle sue basi, e non solamente il padrone diretto avrebbe potuto patire la faccia sconosciuta di un nuovo enfiteuta che lui cosciente avesse sostituito l'antico, ma talvolta si sarebbe trovato di fronte di un prepotente o di un corpo morale, per dover lottare col primo ed impigrire in eterno col secondo, perdendo tutti i vantaggi della circolazione „.

E già il Fulgineo notava come il *laudemio che jure et consuetudine solvi debeat, et praestatur ex natura contractus emphyteutici, ob, consensum, prestitum a domino directo scuscipiendi nodum emphyteutam.* (De yure emphyt. Questio I; De laudemiis N. 11).

Il laudemio nelle enfiteusi ecclesiastiche era del 5% infatti il Ful-

gineo (giornale L'Irnerio 1855 pag. 183) *Insuper notandum quoque est quod istud laudemium, sive quinquagesima, debetur domino* ,..

L'enfiteusi mantovana non disconosce il laudemio il quale prima dello Statuto mantovano, pare che giungesse persino al 10% del prezzo (Canova Studi nella materia enfiteutica pag. 94). Lo Statuto lo ridusse al 5 % e tanto rimase nelle consuetudini. Così confermò l'editto Mantovano del 1537 e la Prammatica 5 settembre 1767 par. 13.

Il laudemio è considerato come necessariamente inerente al contratto enfiteutico anche dal Codice Civile Austriaco (par. 1142).

Dopo il quale codice non si ebbero nel Lombardo Veneto disposizioni importanti, in materia enfiteutica; alle più rilevanti accenniamo anzitutto la legge 3 maggio 1817 specialmente pel Lombardo Veneto e più particolarmente ancora pel Veneto con la quale si ordinò a tutti i possessori di beni feudali (leggi enfiteutici) di esibire i loro titoli e pagare la tassa d'investitura (*laudemio*). Il decreto 15 luglio 1818 dette poi alcune norme concernenti i termini e le modalità da adempire per eseguire la legge precedente. Infine la circolare 8 luglio 1837 stabiliva che chiunque acquistasse una enfiteusi, *pro persona nominanda dovesse designarla effettivamente entro il termine di un mese o pagare altrimenti un secondo laudemio.*

La sola legge veramente tale in materia di laudemio nelle provincie Lombarde prima dell'attuazione del Codice Civile era il Codice Austriaco e specialmente il par. 1142 il quale disponeva: "La contribuzione che il direttario esige talvolta dal nuovo proprietario utile, chiamasi laudemio quando si trasferisce l'ultima proprietà. "

ENFITEUSI MANTOVANA

Seguendo l'usanza del territorio i Monaci olivetani (a simiglianza dei Benedettini di Polirone) disboscarono i terreni e li divisero fra i coloni che li coltivarono corrispondendo al Monastero una parte dei prodotti in natura che per i benedettini polironesi era del terzo attesa la ferace natura di quella plaga e di un decimo per gli olivetani trattandosi di terreni collinosi, meno produttivi.

Cosí il *Monasterium S. Marie iuxa Montium* della bolla di Eugenio III° del 1145 faceva parte del territorio Mantovano: passò poi al Vescovo di Verona "*per quantum ius spectat parrochiale*„ nel 1300 era di proprietà dei condomini, ma essendo stati implicati nell'uccisione di Martino della Scala Piraino e Tedesco de' Cavezzani, questi camparono la vita offrendo al comune di Verona Monzambano mentre la frazione di Castellaro Lagusello tornava ai Gonzaga per acquisto fattone per L. 60.000 (Bertolotti - Comuni e Parrocchie Mantovane) alla fine del 400 e del 500 era ancora il Vescovo di Verona che investiva *feudum ac locationem feudalem jure resti legalis et antiqui feudi ac jure locationis* (documento avversario prodotto) ai Monasteri di S. Maria in Organo e S. Caterina Martire siti in Monzambano e Castellaro Lagusello.

Alla metà del 500 era investito commendatario il Cardinale Pietro Membo poi divenne laicale con Jacopo Sirena da Valeggio quindi ecclesiastica al chierico Bernardo Bellagno tornata laicale con Paolo III° che la conferiva a Torquato Bembo da questi rinunciata e con bolla 14 novembre 1562 (Biancolini, le Chiese di Verona) Paolo IV° ritornava all'abate degli olivetani di S. Maria in Organis.

Con ducale permesso 4 gennaio 1563 l'abate ne riceveva per se e suoi successori possesso ed investitura turbate da liti con i Vescovi di Verona e con la Comunità di Monzambano.

Con sentenza 26 gennaio 1734 del Pien Collegio di Venezia (doc. 10 S. M. O. Proc. 572 pag. 8 in archivio Storico Veronese) e con successiva 22 settembre 1744 a pieno favore dei padri olivetani di S. Maria in Organo venne riconosciuto "l'antico diritto in essi di esigere l'affitto della decima ossia il quarantino di Monzambano„ che continuarono a riscuotere sino al 1805.

Con le leggi eversive napoleoniche soppressi i Monasteri di S. Caterina Martire e di S. Maria in Organis i diritti di decima passarono alla I. R. Direzione del Demanio Tasse, boschi che con ordinanza 30 maggio 1837 partecipava la I. R. Demanio di Mantova che essendosi prese le definitive misure fra il governo di Milano e quello di Venezia per la cessione a quest'ispettorato dell'amministrazione dei Beni e Vendite.

Avvenuta la regolare cessione il governo I. R. eseguí l'impianto delle singole partite sui registri catastali nel Distretto di Volta ed il diritto decimale con istrumento 9 agosto 1827 a rogito Maboni affittate a Gaetano Turina (doc.) susseguentemente subastato e passato con rogito Melleri N. 8759 in data 1840 a Fumagalli autore dell'attuale posseditrice.

I canoni vennero sempre riconosciuti e pagati dall'autore dei Bernardelli fino al 1915 come appare dai documenti dimessi in causa.

USUCAPIONE E POSSESSO DELLA COSA COME LIBERA

Esattamente hanno i giudici di prima istanza ritenuto che sotto l'impero della legislazione vigente che colui che acquista per prescrizione decennale la proprietà dell'immobile posseduto come libero da qualsiasi carico, non acquisti anche la piena libertà dell'immobile stesso dai diritti enfiteutici, usufrutto e servitù che su di esso gravano e che durante il decennio necessario a prescrivere non siano mai stati esercitati.

L'importante questione è stata oggetto di controversia nella dottrina ed alcuni hanno ritenuto che tale possesso conduca all'acquisto per usucapione della libertà della cosa, cioè alla estinzione dei *iura in re aliena* il di cui esercizio è stato da esso impedito: altri sono di contrario avviso e considerano la tesi insostenibile di fronte al concetto moderno della proprietà, altri ancora, abbracciando una opinione intermedia, distinguono fra le servitù e gli altri diritti reali "che si considerano, per cosí dire, nel concetto complessivo di proprietà „ ed ammettono soltanto la liberazione da questi ultimi; ,infine v'è chi, come il Marcadè, accedendo alla prima dottrina per l'usufrutto, l'uso, l'abitazione e l'enfiteusi, relativamente alle servitù, distingue l'ipotesi in cui il fondo sia acquistato, *a non domino,* nella quale l'usucapione della proprietà avrebbe l'effetto di far venir meno, oltre la proprietà del precedente titolare, anche la servitù, dalla ipotesi di acquisto *a domino,* nella quale il possesso del fondo come libero, durato per il periodo dell'usucapione, non varrebbe ad estinguere la servitù.

La questione suol farsi soltanto relativamente all'usucapione deceuuale (decennale fra presenti, ventennale fra assenti in diritto francese) ma è ben lungi dall'essere peculiare a questa: se a propo-

sito della trentennale non è mai posta, ciò dipende forse, oltre che alla circostanza che in diritto giustinianeo e comune *l'usucapio libertatis* (alla quale i sostenitori della prima dottrina si vogliono ricollegare) avveniva dopo 10 o 20 anni, dal fatto che, essendo il trentennio il periodo di tempo dopo il quale i diritti reali limitanti la proprietà se non esercitati, si estinguono, ed accompagnandosi per lo più alsucapione della proprietà il non uso da parte del titolare del *ius in re aliena,* per lo più, quando si acquista la prima, contemporaneamente i secondi si estinguono e si è quindi creduto che per la trentennale la questione non avesse interesse pratico.

Quand'anche ciò fosse vero, non si può consentire in tale giustificazione, poichè sono d'avviso, che le questioni di pura sistematica debbano esser poste e risolte, al pari delle altre; nella specie poi l'accedere all'una o all'altra opinione, conduce a diverse conseguenze in tutti i casi in cui le due prescrizioni, l'estintiva e l'acquisitiva, non procedano di pari passo: cosí se intervenga un fatto idoneo ad interrompere la prima, e non influente invece sulla seconda; come lo spossessamento per opera del titolare dell'usufrutto o del dominio utile che eserciti il diritto per un periodo inferiore all'anno (art. 2124 cod. civ.).

L'importante questione merita un nuovo esame: mi propongo di farlo in questa causa, analizzando gli argomenti che furono addotti o si possono addurre in sostegno dell'uno o dell'altra tesi e indicando quale sia, a mio avviso, la soluzione da accogliersi pel nostro diritto.

In sostegno della tesi che ammette l'usucapione della libertà, si adduce in primo luogo che, accogliendo il principio opposto, si perverrebbe a conseguenze non troppo atte a raccomandarlo. Mentre l'acquirente della piena proprietà di un fondo da chi è, *non dominus,* ma p. es. usufruttuario od enfiteuta, potrebbe con l'usucapione diventarne pieno proprietario, chi, invece, avesse acquistato in piena

proprietà il fondo *a domino,* ignorando l'esistenza dell'usufrutto o dell'enfiteusi, non potrebbe usucapire se non la nuda proprietà o il dominio diretto, e cosí; non solo verrebbero trattati diversamente due casi in cui v'è identità di possesso e di titolo, ma la condizione dell'acquirente *a non dominio* sarebbe migliore di quella dell'acquirente *a dominio.*

Il nudo proprietario (o il domino diretto, in genere il titolare del diritto di proprietà limitato dall'esistenza di diritti altrui sulla cosa) poi, potrebbe, costituendo un nuovo usufrutto, una nuova enfiteusi ecc. a favore di alcuno, farlo diventare usufruttuario, enfiteuta ecc. dopo dieci anni di possesso, benchè altri sia titolare del diritto, mentre, quand'anche egli ignorasse l'esistenza di tale *ius in re aliena,* e questa fosse esclusa dal titolo d'acquisto, relativo alla trasmissione della proprietà libera da qualsiasi vincolo, egli stesso non potrebbe, col decorso del decennio, acquistare la piena proprietà del fondo. E non potrebbe acquistare la piena proprietà nemmeno il proprietario che avesse acquistato da chi credeva titolare del *ius in re aliena* lo può usucapire, mentre chi abbia acquistato, oltre questo, dallo stesso dante causa o da altri, la proprietà del fondo, per ciò solo non può più usucapirlo e chi abbia esercitato come proprietario della facoltà che formano il contenuto del *ius in re aliena* acquista tuttavia la proprietà priva di esse? Perchè mai il titolare di tale diritto rispetto al possessore deve trovarsi in condizione migliore del proprietario del fondo? E perchè mai di fronte a chi usucapisca la proprietà, egli deve trovarsi in condizione diversa che di fronte a chi acquisti soltanto il *ius in re aliena?*

Queste applicazioni del principio, si dice, lasciano alquanto dubbiosi sulla sua bontà; ed, in realtà, i dubbi potrebbero aumentare quando si ponesse mente ad ulteriori conseguenze di esso. Se, per rifarci al primo esempio: l'enfiteuta, dopo aver venduto ad alcuno

la proprietà del fondo, aliena ad altri il suo diritto d'enfiteusi (e può farlo, poichè il primo atto traslativo si riferisce al dominio e non all'enfiteusi), l'acquirente della proprietà non può usucapire se il non dominio diretto. Cosí la rinuncia che il titolare del *ius in re aliena* faccia del suo diritto a favore del proprietario del fondo, consente all'acquirente *a non dominio* di usucapire, anzichè la proprietà limitata, la proprietà senza limitazioni. Eppure sí nell'uno che nell'altro caso, si tratta di un fatto che di per sè non esercita alcuna influenza sul possesso o sul titolo dell'usucapione!

In secondo luogo, si dice, la dottrina che nega la possibilità di far venir meno i *ius in re aliena,* mediante l'usucapione della libertà della cosa, è infondata tanto dogmaticamente, quanto storicamente.

Per quanto attiene al primo punto, si osserva (prendendo, però, in esame soltanto l'ipotesi di colui che usucapisce la proprietà e non quella del proprietario che possiede la cosa in modo contrastante con l'esercizio dei *iura in re aliena* su di essa costituiti), se è ragionevole che il principio che la proprietà si acquista *cum omni causa* sia posto riguardo agli acquisti a titolo derivativo, in cui il diritto dell'acquirente ha la sua base e la sua giustificazione nel diritto del dante causa, sarebbe affatto fuori luogo, in materia di usucapione, ove l'acquisto non si fonda sul diritto del precedente titolare; che, anzi, colla decennale si diventa titolare di un diritto mediante un negozio con chi non lo era, con la trentennale poi si prescinde addirittura dall'esistenza di un atto di trasferimento e l'acquisto si basa unicamente sull'attività del prescrivente. Ritenere che i *iura in re aliena* persistano nonostante l'usucapione della proprietà significherebbe costruire l'istituto in modo abnorme, ponendovi a base il diritto che sulla cosa usucapita prima spettava ad altri. Invece, con l'usucapione non si diventa titolari del diritto di Caio o di Sempronio che col diritto che si usucapisce non ha nulla a che vedere, ma si acquista *ex novo* sulla cosa un diritto che è la conseguenza del

possesso, esercitato per un certo periodo di tempo, il cui contenuto perciò è determinato dall'ampiezza del possesso medesimo. Ora, come è chiaro che chi acquista per negozio traslativo la proprietà di una cosa la può acquistare pienamente libera o limitata dalla esistenza di diritti altrui, così non è meno evidente che si può possedere il fondo in modo contrastante con qualsiasi diritto d'altri oppure compatibilmente con questi. E, poichè tanto si acquista quanto si è posseduto, non potrà revocarsi in dubbio che chi abbia posseduto in modo incompatibile con l'esistenza di *iura in re aliena,* alla fine del periodo prescrizionale avrà fatta sua la piena proprietà e che, in conseguenza del sorgere di tale diritto, si estingueranno i diritti altrui con esso contrastanti, quindi non solo la proprietà che Tizio avesse sulla cosa, ma anche quegli altri diritti che per avventura esistessero, in quanto la loro esistenza sarebbe in contrasto con l'acquisto della *proprietà senza limitazioni.*

Che così sia sarebbe anche confermato dalla storia dell'istituto. In diritto romano si liberava il fondo della servitù col possederlo in modo contrastante con il solo esercizio, per un periodo di dieci o venti anni (a seconda che si prescrivesse contro un presente o contro un assente); in seguito, tale *usucapio libertatis* fu ammessa anche nei riguardi di altre limitazioni della proprietà e in varie *coûtumes* francesi divenne un modo generale di acquisto della libertà del fondo.

Dice l'art. 114 della *coutûme* di Parigi:

"*Quand aucum a possèdè et joui par lui et ses prèdecesseurs, desquels il a le droit et cause, d'heritage ou rente, à juste titre et de bonne foi, par dix ans entre presens et vingt ans entre absens, âgès et non privilègiès, franchement et paisiblement, sans inquietation d'aucune rente ou hypothèque, tel possesseur du dit heritage ou rente a acquis par prescription contre toutes rentes et hypothèques pretendues sur ledit hèritage ou rente*„.

E disposizioni analoghe sono contenute nelle *coutûmes di*

Senlis (art. 188), *Valois* (art. 120), *Anjou* art. 431) ecc. La prescrizione di dieci o venti anni non solo fa acquistare la proprietà, ma la fa acquistare "*aussi franchement et pleinement qu' il (scil.le possesseur) a cru de bonne foi l'avoir*,, estinguendo non solo le ipoteche ma tutti i diritti ed oneri reali, non dichiarati al possessore e da lui ignorati.

Questi gli argomenti che si adducono in sostegno della tesi che attribuisce all'usucapione l'efficacia di liberare la cosa dai *iura in re aliena* costituiti su di essa. Coloro che distinguono tra le servitù e gli altri diritti reali, sostanzialmente, fanno le stesse considerazioni, fondando però l'acquisto della proprietà libera, anziche sul possesso dello stato contrario all'esistenza del *ius in re aliena,* sul godimento, da parte del *dominus* o di chi possiede la cosa come tale, delle utilità che formano il contenuto del diritto medesimo. Esaminiamo i vari punti separatamente.

L'argomento che si vuol trarre dal diritto romano è assolutamente privo di fondamento, in quanto *l'usucapio libertatis* non era un modo di acquisto della libertà del fondo, indipendente dall'estinzione della servitù per non uso, ma un requisito perchè potesse aversi tale estinzione. Mentre, perchè venisse meno una servitù rustica, bastava che il titolare di essa si fosse astenuto dall'usarne per il periodo di dieci o venti anni, la libertà delle servitù urbane non si otteneva se al non uso del titolare non si era accompagnato uno stato di fatto contrastante con l'esercizio di esse.

Non è quindi possibile da un tale istituto che, sebbene fosse ascritto dai romani alla categoria dell'usucapione (cfr. fr. 6 D. 8, 2 cit.; 4 par. 28 D. 3; v. pure Bas. XLVIII 2, 6, e L. 3, 4, 29) in sostanza era una prescrizione estintiva, trarre illazioni per determinare gli effetti dell'usucapione; nè d'altro canto potrebbesi tentare di configurare accanto alla prescrizione estintiva trentennale per

non uso, una prescrizione estintiva decennale, poichè a ciò osta la chiara parola della legge art. 515, 529, 666).

Grande importanza avrebbe invece la dottrina di Pothier ove si riuscisse a dimostrare che il nostro legislatore si è ispirato al sistema del giurista francese.

Nel *droit coutûmier l'usucapio libertatis* subí infatti una profonda deformazione, e, mentre da un lato si rese applicabile ad ogni specie di limitazione della proprietà. dall'altro, essendosi introdotta accanto ad essa la prescrizione estintiva trentennale per solo non uso (cfr, per tutti gli art. 115 e 186 della *coutûme* di Parigi e le considerazioni di Pothier, *Prescription,* n. 139 e 180 segg.), si configurò come un effetto della prescrizione acquisitiva della proprietà del fondo, contrapponendosi per tal modo alla prescrizione estintiva.

Ma già il codice napoleonico negli art. 2262 e 2265, relativi all'usucapione in genere omise di attribuirle tale efficacia liberatoria, che le attribuí invece nei riguardi delle ipoteche gravanti sul fondo (art. 2180) e se pur ciò non è sufficente a giustificare l'opinione espressa da taluni autori che in tal modo esso abbia respinto la dottrina tradizionale, lascia però adito al dubbio. E il dubbio si fa più grave, per quanto attiene al nostro diritto, poichè non solo è stata eliminata l'*usucapio libertatis* relativamente alle ipoteche, ammettendosi soltanto che esse possano venir meno per prescrizione estintiva (art. 2130) ma, mentre per la redazione dell'art. 2137 il legislatore attinse all'art. 2372 del codice parmense, egli si astenne dal riprodurre l'art. 2373 che esplicitamente dichiarava l'estinzione degli oneri gravanti il fondo nello stesso periodo della prescrizione.

Di queste due circostanze si fanno forti i sostenitori della contraria tesi, i quali vogliono pure argomentare dalle norme degli art. 515, 529 e 666, relativi all'estinzione dell'usufrutto e delle servitù "col non usarne per lo spazio di trent'anni „. La legge, dice il Pugliese non distingue fra l'ipotesi in cui il fondo servente (o la nuda

proprietà del fondo) è posseduto con titolo e buona fede e quella contraria (più precisamente, egli avrebbe dovuto dire: la legge parla di estinzione per non uso e non accenna alla possiiblità di estinzione in seguito a possesso del fondo inconciliabile con l'esercizio del diritto di servitù, di usufrutto, ecc.: ciò significa che la sola prescrizione ammessa a tale effetto dal nostro codice è quella estintiva trentennale.

Il ragionamento non è impeccabile. Anzitutto (a prescindere dalla circostanza che una volta pubblicata, la legge acquista una vita e un significato autonomo, quale risulta dalle espressioni in cui è racchiusa e quindi non bisogna dare un peso eccessivo alle eventuali dichiarazioni contenute nei lavori preparatori), il non aver riprodotto l'art. 2273 cod. parm. potrebbe anche dipendere dal fatto che lo si sia creduto inutile, per essere la regola implicitamente contenuta nel 2137, quando poi gli art. 515, 529 e 666, l'elenco che negli art. 515 e 662 segg. si fa dei modi di estinzione, è ben lungi dall'essere completo e quindi ove gli art. 2135 e 2237 contenessero in termini generali la regola, dovrebbero coordinarsi con questi.

Del pari infondati sono gli argomenti che, in sostegno dell'una o dell'altra tesi si vogliono trarre dalla lettera dell'art. 2137. Mentre non ha rilevanza la differenza tra la locuzione " ne prescrive la proprietà „ usata dalla legge francese e quella del nostro codice " ne compie in suo favore la prescrizione „ è, d'altro canto, evidente come con questa espressione, si alluda alla proprietà libera, e come serabbe forzarne il significato voler sostenere il contrario, quasi che la proprietà sia soltanto quella che non soffre restrinzioni (il che, d'altro canto, condurrebbe all'assurda conseguenza che la proprietà limitata non sia usucapibile).

Piuttosto, come giustamente pone in rilievo il Claps, chi sostenga la possibilità di usucapire la libertà della servitù, troverebbe forse un ostacolo nell'art. 667, secondo il quale la prescrizione della

servitù continua comincia a decorrere *a die contradictionis,* poichè il possesso utile per l'usucapione si inizierebbe soltanto tale giorno, che potrebbe anche essere posteriore alla trascrizione del titolo.

La storia della norma e la lettera della nostra legge non possono quindi da sole fornirci i dati sufficienti per la risoluzione del problema; occorre risalire ai principi generali a cui la disciplina dell'istituto si informa.

Prima di far ciò, non sarà però inopportuno soffermarsi un istante ad esaminare se le conseguenze della tesi, che esclude la possibilità che coll'usucapione si possa liberare la cosa dai *iura in re aliena* su di essa costituiti, siano davvero così illogiche come si pretende dai sostenitori della dottrina contraria.

Poichè la proprietà, piena o limitata che sia, è pur sempre proprietà, coll'alienare la proprietà libera da vincoli, concettualmente non si trasmette un diritto diverso dalla proprietà limitata: soltanto si dà garanzia che nessun ostacolo giuridico impedisce l'esercizio della facoltà ad esso inerenti, garanzia che naturalmente non ha effetto se non nei riguardi dell'alienante.

Ora, per quel che concerne il caso di chi abbia acquistato (o meglio creduto di acquistare) la proprietà dal titolare del *ius in re aliena,* poichè l'atto traslativo si riferisce al dominio e non al diritto di cui l'alienante è titolare (e, poichè, d'altro canto, quand'anche vi fosse, oltre ad esso, un titolo relativo a quest'ultimo diritto, chi possiede come proprietario non può contemporaneamente possedere come enfiteuta o usufruttuario) dopo dieci anni di possesso, l'acquirente non diventerà proprietario senza le limitazioni derivanti l'esistenza del *ius in re aliena,* ma questo diritto continuerà a spettare al venditore, come, ove si tratti di un diritto trasmissibile spetterebbe al terzo a cui questi, prima od anche dopo l'alienazione, della piena proprietà, l'avesse ceduto.

Se, in pratica, l'alienante non lo farà valere, e quindi il limite

della proprietà dell'usucapione verrà meno, ciò non deriva dal fatto che l'aquirente dal titolare del *ius in re aliena* abbia maggiori diritti dell'acquirente *a domino,* ma è soltanto una conseguenza della data garanzia.

La più grave delle pretese incongruenze si palesa quindi insussistente. E le soluzioni a cui si perviene negli altri casi sono del pari corrette. Infatti, quanto all'ipotesi della rinuncia al *ius in re aliena* da parte del titolare, od estinzione per non uso verificatasi prima dell'acquisto della proprietà da parte dell'usucapiente e quindi a favore dell'antico *dominus,* è vero che si tratta di un fatto che non esercita nessuna influenza nè sul titolo nè sul possesso di chi usucapisce il fondo acquistato come libero, ma la ragione dell'acquisto della proprietà libera da limiti, va posta non già nell'usucapione, sibbene nell'elasticità del diritto di proprietà che, venendo meno l'ostacolo; si espande e riacquista la primitiva completezza.

Nè il fatto che il proprietario il cui diritto è limitato da un *ius in re aliena* possa far acquistare ad altri questo mediante usucapione, ma non possa usucapire la libertà del suo fondo, è illogico, poichè Tizio a cui è stato costituito l'usufrutto; l'enfiteusi o la servitù, possiede il fonde come usufruttuario o enfiteuta, o esercita di fatto la servitù, laddove non è concepibile un possesso della libertà del fondo, della mancanza di limitazione del diritto di proprietà, dello stato contrario all'esistenza della servitù.

Questa impossibilità di un possesso relativo alla libertà del fondo costituisce senza dubbio un grave ostacolo, per la dottrina contraria. Il Marcadè cercò di superarlo, distinguendo, relativamente alle servitù (poichè, a suo avviso, come si accennò sopra, soltanto per queste non è possibile il possesso dello stato contrario), fra acquisti a *domino* ed acquisti a *non domino* e limitando l'applicazione del principio ai secondi, poichè in questi, secondo lui "la prescrizione ha per oggetto l'acquisto della proprietà del fondo, di cui la servitù non

è più che un accessorio e una parte „. Ma, a prescindere dell'inesattezza della distinzione, in quanto dovrebbero escludersi dalla sfera d'applicazione della regola, oltre le sopraddette ipotesi, tutti i casi in cui la proprietà si acquistasse prima che fosse compiuta l'usucapione della libertà (per es. per esser stato esercitato il *ius in re aliena* durante il corso dell'usucapione della proprietà, e quindi impedita la usucapione della proprietà senza limiti), la necessità di una distinzione già di per sè lascia assai dubbiosi sull'effettiva bontà della dottrina. Si aggiunga, poi, che, a ben vedere, anche quando si prescrivessero nello stesso tempo proprietà e libertà, non si tratterebbe mai di un'unica usucapione, ma di usucapioni distinte, l'una verso il proprietario, l'altra verso il titolare del *ius in re aliena.*

Se così è, non si comprende per quale ragione quest'ultima debba essere trattata diversamente, a secondo che si compia nello stesso periodo della prima, o in un periodo diverso.

La tesi che attribuisce al possesso della cosa come libera, durato per il periodo dell'usucapione, l'efficacia di estinguere i *iura in re aliena,* presuppone necessariamente che questi siano considerati, anzichè diritti per sè stanti, porzioni staccate del dominio.

Soltanto tale configurazione permetterebbe di ritenere che chi esercita il diritto di proprietà in modo contrastante col godimento del fondo da parte di un usufruttuario, possegga il fondo, oltrechè come nudo proprietario, come usufruttuario (causale), e quindi come proprietario pieno; pensando invece l'usufrutto soltanto come diritto distinto dalla proprietà, per quanto ampie sieno le facoltà esercitate da chi possiede come proprietario (quand'anche ciò egli eserciti quelle facoltà che formerebbero il contenuto del *ius in re aliena,* o facoltà tali da impedire l'esercizio di questo), il possesso non è altro che possesso di tale specie, non potrà quindi far acquistare se non il diritto di proprietà. Ciò perchè, come sopra si disse, non c'è una proprietà senza limiti concettualmente diversa dalla proprietà

limitata, ma soltanto il diritto di proprietà, che può essere più o meno limitato dall'esitenza di diritti spettanti ad altri, e perchè l'usucapione non può condurre che all'acquisto del diritto corrispondente allo stato di fatto posto in essere.

Nè rileva il contrario la circostanza che essa sia un modo originario d'acquisto. La differenza tra i modi originari e quelli derivati, consiste in ciò che dei diritti di cui si diventa titolari, per mezzo dei secondi, si trasmettono all'acquirente le qualifiche vantaggiose o sfavorevoli che essi avevano presso il precedente titolare, laddove l'efficacia di quelli acquistati originariamente deve giudicarsi in relazione al fatto che ha determinato l'acquisto: in ambe le ipotesi, però, non si acquista che il diritto che viene trasmesso, che è posseduto, ecc., e lo si acquista con tutte le accessioni e limitazioni ad esso inerenti indipendentemente dalla considerazione della persona del titolare.

Se l'occupazione, che nessuno ha mai dubitato esser un modo originario d'acquisto (che anzi la si potrebbe cosiderare il prototipo di questi), non fa venir meno le servitù gravanti sul fondo occupato, l'usufrutto o l'enfiteusi su esso costituiti ecc. voler sostenere che, solo perchè l'usucapione è un modo originario d'acquisto, essa debba far acquistare le proprietà senza limitazioni, è privo di fondamento.

E assolutamente fuori luogo è il richiamo che si suol fare al principio *tantum praescriptum quantum possessum,* poichè anche per diritto romano esso non significa già che la prescrizione faccia acquistare tutto ciò che si è posseduto, sibbene che mediante questa non può acquistarsi più di quanto si sia posseduto, in altre parole, esso si riferisce soltanto al limite massimo. non invece al limite minimo degli effetti dell'usucapione, come è dimostrato dai numerosi passi del *Corpus iuris* in cui si dichiara che l'usucapione della proprietà non ha effetto sugli altri diritti costituiti sulla cosa e che quindi questa si acquista coi pesi inerenti, se durante il periodo dell'usucapione non sia avvenuta la loro prescrizione estintiva (cfr. fra

gli altri, 17, D. è, I; fr. 44, par. 5, D. 41, 3; fr. 23; par. 2. D. 8, 3; L. 7, C. 8, 14; v. anche fr. 43. pr. D. 41, 2; fr. 4; pr. D. 41, 4; fr. 6, par. I, D. e Cod.).

La configurazione classica della proprietà e dei diritti reali, accolta dalla nostra legge, impedisce pure di ammettere per altra via l'estinzione dei *iura in re aliena* in seguito ad usucapione. Il principio che chi possiede come proprietario, non può contemporaneamente possedere anche come usufruttuario ecc. esclude che il proprietario possa, acquistando dal non titolare il diritto di usufrutto o il dominio utile, e possedendolo, divenirne titolare e quindi per confusione acquistare la piena proprietà.

Ora non potrà mai onestamente affermarsi da parte dei giudici che il semplice fatto che la libertà dell'immobile da ogni onere reale perchè affermato nel relativo atto di acquisto, debba identificarsi con la libertà stessa fra gli effetti acquisitivi dell'usucapione senza indagare se in realtà nel corso del decennio lo stato di libertà, inteso *NELLA FORMA POSITIVA,* del fondo compravenduto rispetto al diritto frazionario della cui estinzione si disputa, sia stato oggetto di possesso legittimo e di buona fede, e da una libertà apoditticamente affermata dedurne l'estinzione dei diritti frazionari che con la libertà stessa sono incompatibili.

Infatti la libertà di un fondo, per formare oggetto di possesso, deve concretarsi in una signoria esclusiva o meglio in una signoria comprensiva di quei poteri di fatto che formano il contenuto del diritto frazionario ad altri spettante sul fondo stesso e che la piena libertà del fondo può per usucapione acquistarsi solo rispetto a quei diritti frazionari di carattere reale, l'esercizio dei quali presuppone una situazione possessoria vera e propria incompatibile per ragioni d'identità o contrarietà con quella prevista dall'art. 2137 cod. Civ.

La decima sacramentale o dominicale che sia, non è un diritto il cui esercizio involga la necessità del possesso obnoxio.

Dubbio potrebbe far nascere la decima di carattere dominicale dato che la giurisprudenza di Tribunale e Corti ha affermato che è un diritto reale e conferisce come tale al decimante il diritto di entrare nel fondo obnoxio per staccarne dal suolo i frutti spettantegli ma tale dubbio è infondato quando si pensi che "*I DIRITTI REALI FORMANO UN DOMINIO CHIUSO, SONO CIOE' DETERMINATI TASSATIVAMENTE DALLA LEGGE, I VARI TIPI, E NON E' LECITO ALLE PARTI NE' AUMENTARLI NE' MODIFICARNE LA STRUTTURA*„. (Ferrara - Diritto Civ. Vol. I° Pag. 365) e che nel nostro codice non si accenna menomamente al preteso diritto reale di decima, nè la dottrina quando si occupa di certe forme storiche di diritti reali che possono ritenersi conservate, annovera fra tali forme la decima dominicali.

Per essere esatti anticamente la decima dominicale rispondeva ad uno *SCOPO DI GARANZIA REALE,* ma nemmeno può collocorsi fra i diritti reali di garanzia, perchè non conferisce, (come dovrebbe fare per essere un diritto reale di garanzia), la facoltà di vendere le cose vincolate e di conseguirne, con esclusione di ogni altro creditore, il valore a soddisfacimento del credito insoddisfatto.

Il diritto di decima quindi è impropriamente detto *ONERE REALE* non è nemmeno diritto reale di garanzia o un diritto reale sulla cosa altrui, ma un onere reale di credito che partecipa del diritto reale soltanto perchè chiunque si trovi in possesso del fondo obnoxio, per il semplice fatto di possedere il fondo stesso, può *CON AZIONE PERSONALE,* non già reale, essere costretto a consegnare la quota di frutti spettante al titolare della decima.

La dottrina medioevale, per ragioni di economia feudale, attribuiva alla decima dominicale la virtù di conferire al decimatore una potestà sul fondo; oggi tale potestà è negata dalla dottrina più accertabile, essendo cessate le condizioni di fatto che la giustificano.

Se il fondo obnoxio ai giorni nostri entra in campo solo quando

trattasi di decime dominicali, solo per assicurare, in qualche modo, con le sue rendite l'adempimento del decimato, è certo *CHE LA DECIMA DOMINICALE E' UN DIRITTO IL CUI ESERCIZIO E' INDIPENDENTE DAL POSSESSO DEL FONDO OBNOXIO.*

Il potere corrispondente a tale diritto, di conseguire una quota di frutti non può quindi, solo perchè i frutti stessi sono stati percepiti per dieci anni dal possessore dell'immobile, entrare a far parte di quel complesso, di poteri che, verificandosi la prescrizione decennale, può concentrarsi come complesso di facoltà giuridica nella persona a cui favore la prescrizione stessa si è avverata; perchè non si dimentichi che il diritto del concedente non consiste nella semplice esazione delle decime, MA NELLA PROPRIETA' PRIVA DI GODIMENTO.

Alla stessa conclusione si giunge qualora si tenga conto del comportamento del proprietario del fondo *obnoxio,* giacchè per il fatto di raccogliere e far suoi, sia pure per il periodo di dieci anni di seguito e nelle condizioni di cui l'art. 2137 cod. Civ. tutti i frutti del fondo stesso, egli non pone uno stato di cose escludente la possibilità che in avvenire il diritto di decima dominicale sia esercitata e quindi soddisfatto.

Ecco perchè nella fattispecie di cui è causa, la decima dominicale non può estinguersi per effetto della prescrizione decennale. Non si può estinguere perchè non è logicamente e giuridicamente ammissibile che in detta fattispecie il potere del decimatore si trasferisca al proprietario e resti assorbito nel diritto di proprietà.

Manca l'effetto estintivo dell'usucapione perchè manca prima di tutto l'effetto acquisitivo, e questo a sua volta manca perchè il possessore del fondo che ne raccoglie tutti i frutti non esercita facendo ciò una facoltà che in parte spetta al decimatore.

VENDITA IRREQUISITO DOMINO

Per l'art. 29 della disposizione transitorie del Cod. Civ., l'enfiteusi costituita sotto l'Impero del diritto anteriore al Cod. Civ. Italiano, è regolata quanto agli obblighi di giudizio reciproci tra concedente e concessionario da quel diritto. Ora non può disconoscersi nel magistrato ed in noi il desiderio ed il diritto di sapere, per legge, per Mantovana consuetudine e per diritto comune, quali siano le conseguenze dell'alienazione avvenuta "irrequisito domino,,. E' pacifico che l'acquisto del fondo su sui grava la decima di cui è contestazione, è avvenuto in tal modo. Già per diritto giustinianeo, per aversi il passaggio del diritto di enfiteusi dall'originario enfiteuta al nuovo acquirente, occorreva il regolare riconoscimento del *dominus,* neppure per mezzo di Procuratore ma per una manifestazione personale di volontà scritta (*litterae subcriptio*) o dichiarazione (*depositio*) avanti al Magistrato o a pubblico ufficiale.

Solo se il *dominus* non intedesse di prestarsi, ed avutone invito formale (*attestatione facta*) non desse risposta per un certo tempo (*intra duos menses super derit*) l'alienante non poteva da se operare con piena validità la traslazione del suo diritto all'acquire (cost. 3, cod. 4, 66). Ed è vero che, per diritto giustinianeo, il *dominus* non poteva ricusare arbitrariamente il suo consenso all'alienazione, ma era tenuto ad *eccipere enphyteutam, e a novum emphyteutam in possessione suscipere.* Ma è anche vero che la costituzione giustinianea poneva la regola minime *licere emphyteutae sine consensu domini suas meliorationes aliis vendere vel ius emphyteuticum transferre;* e ciò per garantire il concedente che l'alienazione fosse fatta a persone capaci, solventi ed idonee a coltivare il fondo.

Quando l'alienazione fosse fatta a tali persone (*si ius emphyteuticum ad personas non prohibitas, sed concessas ad solvendum em-*

phyteuticum canonem) essa era lecita, e il *dominus,* come si è detto, era tenuto a riconoscere il nuovo acquirente. Nel caso inverso, il *dominus* poteva opporsi, ed ove fosse fondata la sua opposizione, il rapporto di enfiteusi si risolveva (*sin autem aliter fuerit versantus, quam nostra constitutio disposuit, iure emphyteutico cadat*).

Pertanto, secondo il diritto giustinianeo, solo quando l'alienazione era validamente avvenuta a favore dell'acquirente nuovo, solvente e non *prohibitus,* il rapporto dell'enfiteusi passa a quest'ultimo, e l'*actio in rem scripta* per il pagamento del canone andava necessariamente rivolta verso di lui, rimanendone liberato l'alienante.

La costituzione citata fu cosí intesa dagli interpreti del diritto comune. Il Donello, tra gli altri, cosí si esprime in proposito:*ideo cavetur, in l. è, in extremo de iur. emph. ob pensionem non solutam licere domino emphyteutam expellere: sed adiicitur volenti, quod et paulo post apertius explicatur hac conditione, si dominus voluerit; cum tamen in extremo eiusdem legis dicatur emphyteuta ob eam causam iure suo cadere, ut intelligamus non aliter ex hac causa id ius amitti, quam si dominus velit* (Donello Comm. iur, cirv, Cap. 15, 10).

Finchè il rapporto d'enfiteusi non fosse regolarmente passato al nuovo acquirente, il *dominus* aveva ovunque un doppio rimedio, valersi della caducità, in cui era incorso l'enfiteuta alienante, o rivolgersi a lui per il pagamento del canone. Anche il Fabro (Lib. IV, tit. 43; def. 56) parla, delle azioni che competono al concedente (*vindicatio hypothecaria et actio in personam*) riconosce che questi poteva rivolgersi con l'azione personale contro l'enfiteuta che alienò irrequisito domino.

Infatti nell'intitolazione della defensio 56 cosí si esprime: *Vindicatio ed hypothecaria et actio in personam competet domino directo contra enphyteutam et quidem tertio etiam contra heredem eius post alienationem factam irrequisito domino....* E nel testo spiega appunto che l'enfiteuta è soggetto, oltre che alle due prime azioni, anche

all'azione personale, in virtù del contratto: ..... *denique in personam (tenetur) quia ex contractu stipulationem obbligatus est*. Nè vale in contrario citare in nota 19 dello stesso Fabro: *Obligatio enim emphyteutae et quilem personalis, quia nascitur ex stipulatione; sed tamen non alia de causa contrahitur, quam quia is rem emphyteuticum possidet, ideoque cum non competat nisi quatenus contra possessorem, non potest superesse adversum eum, qui desinit possidere, si nulla culpa ei obiici potest*. Infatti questa nota va messa in relazione col testo, di cui costituisce una spiegazione. Con essa il Fabri dà la ragione per cui, avvenuta l'alienazione col consenso anche posteriore del *dominus*, l'azione personale, non ostante che derivi dal contratto, si estingue verso l'originario obbligato può rivolgersi contro l'acquirente.

Il testo a cui si riferisce la nota è così concepito: *Aut quaenam personalis obligatio superesse debeat adversum eum, qui rem possidere desierit, volente illo cui non nisi propter rem illas erat obligatus.*

Se il nuovo acquirente, a cui fu trasmesso il fondo enfiteutico, *volente illo* (cioè il *dominus*) non paghi il canone, l'azione personale non può rivolgersi contro l'antico enfiteuta, il quale non può ritenersi in colpa, per aver alienato. Trattasi dunque d'una nota esplicativa che non contraddice al tenore del testo esplicato. Era principio riconosciuto da tutti gli scrittori di diritto comune che non si potesse obbligare il *dominus* ad accettare un nuovo enfiteuta, o meno capace *quoad solutionem* o meno idoneo *quoad industriam*. (Strykio, op. VI° 2. 3. 160) e che non si potesse sostituire un enfiteuta ad un altro senza renderne consapevole il direttario. *Non debet ignoranti domino alius emphyteuta obstrudi. Certior igitur de eo reddi debet, et si quid forsan contra habilitatem eius movendum abeat, audiendus est. (Leyser Meditationes; II spec. 105; C. 2).*

Anzi, gli scrittori di diritto comune andarono più in là, e richiesero non solo il consenso del direttario all'alienazione perchè l'enfi-

teuta alienante fosse libero, ma anche un'altro atto dello stesso direttario perchè l'acquirente avesse il legittimo possesso dell'immobile. E questo secondo atto del *dominus* assunse, col nome tipico d'investitura, un'importanza speciale, (che non aveva per diritto romano), a causa dell'influenza che gli usi feudali spiegarono su tutto il rapporto d'enfiteusi, cosí da non ammettersi che l'utilista potesse validamente trasferire in altri la sua qualità. Perciò anche chi aveva acquistato dall'utilista per contratto inoppugnabile, come nelle ipofesi di libera alienabilità consentita dal direttario nella costituzione dell'enfiteusi o di licenza data per il caso singolo o di licenza presunta per il silenzio di due mesi dopo l'interpellazione, si considerò tenuto a domandare espressamente la propria investitura al direttario (che d'altronde non poteva negarla ove gli si pagasse il laudemio). Gli si diede in proposito il termine perentorio di due mesi dal contratto, e si sanzionò il suo obbligo con la decadenza, tanto che parecchi scrittori di diritto comune parlano di questo argomento trattando delle cause di caducità. Erano tenuti a richiedere l'investitura tutti in genere gli acquirenti a titolo particolare, compresi i donatori. *Quarto requiritur,* dice il Fulgineo *De alien quaest. I, n. 227). quod donatarium antequam ingrediatur possessionem faciat possessionem se a domino confirmare et investire..... Et istum consensum dominus impetire tenetur modo donatarium sit abilis et idoneus ad solvendum et promittat solvere canonem.* E il Corbulo (*Tractatus de causis ex quibus emphyteuta iure suo privatur, limitatio XIII) e il Mantica (Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis, tomo II libr. XXII, tit. XXI)* esprimono sostanzialmente gli stessi concetti.

Si può dunque concludere che per diritto comune era un principio certo ed universalmente ricevuto che il solo fatto dell'alienazione irrequisito dominio, non operava il trasferimento del rapporto d'en-

fiteusi nei riguardi del *dominus;* il quale conservava le azioni verso l'originario enfiteuta e poteva anche agire per caducità.

Nè il canone era concepito come corrispettivo del possesso materiale del fondo, ma come un obbligo inerente alla qualità d'enfiteuta, o, in altri termini, come corrispettivo del possesso del diritto di enfiteusi.

Anzi la maggioranza degli scrittori, riteneva che il canone fosse dovuto in *recognitionem dominii,* anzichè come compenso del godimento del fondo: *magis ad ostendam recognitionem dominii quam in recompensationem fructum qui percepiuntur (Bartolo, De iure emphyt. I. I.).*

E questo concetto, già diffuso tra i postglossatori, divenne poi in ogni punto ammesso come indiscutibile (Voet. Comm. iur. civ. VI. III; par. 89), per l'influsso che il diritto feudale esercitò sull'istituto dell'enfiteusi.

La consuetudine Mantovana poi riteneva nulla la vendita irrequisito dominio. (Luigi Canova Studi sulla materia enfiteutica ecc. Dott. Luigi Bosio - Memoria in causa Ferrari F.lli contro Golinelli sentenza 7-1-1812 Corte di Giustizia Civile e Criminale di Mantova).

Il Canova anzi recita a tale proposito:

"X *Quesito* - Se sia vero che le leggi, statuti e consuetudini mantovane obbligasseso i compratori dei fondi obnoxii, a ripetere dai direttari la licenza di avere potuto farne acquisto a pena di nullità?

X *Risposta* - Il credere il contrario urterebbe alla letterale disposizione delle Leggi e degli Statuti, alla quale è pienamente conforme la mantovana consuetudine, secondo riferiscono o sostengono gli scrittori mantovani „.

Nello statuto di Mantova alla rubrica: *Qualiter investitus,* è pure letteralmente prescritto, che l'enfiteuta che vuol vendere l'enfiteusi sia tenuto preventivamente a denunciare la vendita al direttario sotto

conferma di nullità *statuimus et ordinamus quod si aliquis investitus voluerit vendere rem quam habet ad investituram, denuncet domino..... quod si non fecerit non possist vendere vel alienare. Quam denuntiationem teneatur facere emptor, vel venditor infia quindecim dies post contractum factum alioquin cadant a iure suo.*

E ciò che è prescritto in questa rubbrica lo è pure nel relativo ordine Ducale del 1491 inserito nello stesso Statuto sotto la Rubbrica: *Quod feuda cadant in obbligatione,* nonchè nella dichiarazione per sentenza del Senato Mantovano dell'anno 1547 secondo quanto attesta il Borsati nei suoi consigli 32. N. 10 e 44. N. 49.

Quanto poi alla consuetudine patria attestata dagli scrittori Mantovani (Borsati, Gobio, Bardelloni, Melli, Manenti, Bondeno, Ciriaco) basterà accennare che il Gobio, autore Mantovano, scrisse un'opera intera in cui non trattò che di questa consuetudine e in cui disse in più luoghi che l'assenso del direttario nella vendita è di forma *SOSTANZIALE formam informantem hanc consuetudinem* donde deduce che senza l'assenso "*Factum est nihil*„ (Gobio Tran. *de permissa feudi et emph. alien. quaest III num. 2. 3. 4. 51.)* ed il Borsati (Cons. 56 N. 20 21) *cum non fuerit, obtenta licentia, contractus nullius rationis, vel nullus declarandus venit: ea ratione, quia conditio defecerit, quae nihil ante implementum in esse potuit, et quia contractus rei obnoxiae... declaratur nullus et cassus.*

Tale consuetudine venne confermata con l'editto sovrano 13 ottobre 1774 il quale al par. XV° recitava: "Rispetto ai beni feudali; enfiteutici ed altri di simile natura, i quali per consuetudine di questo ducato non si possono alienare, obbligare ed assoggettare a qualunque altra disposizione, senza essersi ottenuta la licenza del padrone diretto, il diritto di prelazione non si desumerà più dal tempo, in cui siano siffatte licenze impetrate, ma da quando e la licenza ecc.„ e dall'editto di Giuseppe II° del 23 aprile 1790 al par. VII° con il quale s'intendeva di non *recare la menoma* alterazione alle parti-

colari convenzioni ed alle consuetudini „ tanto riguardo ai contratti livellari ed enfiteutici, quanto a quelli che riguardano censi, affitti perpetui o feudi, onorifici, come sopra, le quali dovranno rimanere nel loro pieno vigore „.

Quanto poi alla legislazione napoleonica, non derogò alle suddette leggi, statuti e consuetudini.

L'Amministrazione di Stato nel Mantovano, cui era attribuita l'autorità legislativa (come venne dichiarato nella legge 19 brumale anno VI, e nel Dispaccio del Gran Giudice 28 maggio 1802) nella sua legge 20 fruttile anno V° nella quale aboli tutti i vincoli impeditivi alla libera contrattazione dei beni, fece una particolare eccezione dell'enfiteusi e dei fondi del mantovano. Cosí pure la mantovana consuetudine e legislazione venne rispettata anche dal Codice Austriaco par. 1146.

Fu deciso, dalle *Sezioni Unite* del Supremo Collegio (20-2-1922 pres. Mortara rel. Faggella) in causa analoga "che nel caso di enfiteusi costituita nel tempo delle predette leggi, applicabili per l'art. 29 delle disposizioni transitorie, anche sotto l'impero del codice attuale, l'alienazione del dominio utile fatta irrequisito domino non esonerasse l'anteriore enfiteuta dall'obbligo della prestazione del canone, fin quando non si fosse adempiuto al disposto degli art. 1694 e 1695 (leggi napoletane del 1819) delle menzionate leggi; il rapporto enfiteutico non si fosse risolto con la devoluzione „, Principio confermato da questa Corte con sua sentenza 15 maggio 1936 in causa Masini, capitolo S. Barbara circa la validità delle leggi anteriori. *(1)*. Ora per venire alla fattispecie gli appellanti Fratelli Bernardelli hanno acquistato il fondo *obnoxio* in forza dell'istrumento

---

(1) - Cass. Roma 27-10-1921 - Giur. Ita. I°, I, 153;
23-7-1928 - Giur. Ita. I°, I, 139;
23-6-1928 - Giur. Ita. I°, I, 634;
29-7-1930 - Giur. Ita. I°, I, 176;
24-6-1931 - Giur. Ita. I°, I, 1251.

Dott. Federici in data 10 Novembre 1922 N. 356 da Rossetti Achille ed è pure pacifico in causa che la vendita avvenne *irrequisito domino.*

Il Rossetti, sia subito qui detto, appare quale ditta decimante che ha pagato regolarmente fino al 1915 epoca in cui ricevette la citazione insieme con gli altri decimanti tutti a comparire avanti il Conciliatore di Monzambano.

Abbiamo visto in precedenza come secondo lo Statuto mantovano, la dottrina e la consuetudine una tale vendita deve essere considerata nulla.

La domanda di dichiarazione di nullità di una tale vendita è sempre proponibile e venne sempre dal Supremo Collegio accolta, in quanto la nullità è da considerarsi come una conseguenza dell'estinzione del dominio utile per decadenza, non più deducibile solo quando il dominio diretto abbia espressamente o tacitamente rinunciato a farla valere.

Tale nullità può sempre essere sollevata dall'appellata, sia in via di azione nei confronti dell'alienante Rossetti, che in via di eccezione nei confronti degli appellanti acquirenti. Bernardelli.

Del resto anche senza far richiamo alla specifica legislazione mantovana, lo stesso diritto Romano applicava con rigore la nullità *ipso iure* in ordine alla nullità di cui trattasi. Non solo ma la Chiesa (Ed. Simone Van Leuwen - Lipsia 1740 - *Corbul, tract, de causis ex quibus emphyt. jure pro priv. tit.; de causa privata ab alienatione irrequisito domino factam)* commentando il tratto li legge giustinianea riportato, fa avvertire che una tale vendita senza l'assenso del direttario è *ipso jure* nulla come notano tutti gli scrittori di diritto *emphyteuta emphyteuticarium alienus sine consensu domini jure suo cadit, nec in eum sententia requiritur.*

Conseguenza dell'avvenuta vendita *irrequisito domino:* NULLITA' DEL NEGOZIO ed impossibilità negli appellanti di DOMANDARE L'AFFRANCO DEL FONDO.

Infatti secondo l'art. 30 delle disposizioni transitorie nell'enfiteusi costituite secondo le leggi anteriori, gli enfiteuti possono redimere il fondo giusta la norma stabilita dall'art. 1564 Cod. Civ.

Questo articolo ed il successivo 1565 contemplano l'ipotesi del riscatto e della devoluzione.

Ma tutti e tre gli articoli consentono l'affrancazione in quanto presuppongono che il diritto di colui, che come enfiteuta vorrebbe redimere sia in vita, e non si trovi consumato dall'avveramento di un fatto che secondo le leggi del tempo, o la loro consuetudine, o un patto formale contenuto nel contratto enfiteutico cagionano di pieno diritto la decadenza dell'enfiteuta ed impediscono che costui validamente alieni il fondo obnoxio.

Il diritto di affranco è vero essere prevalente ma è anche vero che estintasi di pieno diritto enfiteusi manca in colui che è per chiederla la veste di enfiteuta e la facoltà di affrancare.

Tanto per diritto romano che vigeva nel tempo cui risale la decima in questione che per legislazione mantovana, la risoluzione dell'enfiteusi (come abbiamo visto) per vendita *irrequisito domino,* avveniva di diritto senza necessità di preventiva costituzione in mora o domanda giudiziale.

E la risoluzione retroagendo, mette le cose in pristino come se l'obbligazione non avesse mai avuto luogo.

Avv. LUIGI BALZO

CARNEADE ?!

o

L'ENFITEUSI MANTOVANA



Tip. Industriale Mantovana

R. Corte d'Appello di Venezia

DIRITTO

DECIMA DI MONZAMBANO - CASTELLARO LAGUSELLO

PREMESSA STORICA

Premesso che non può esservi altra figura di decima dominicale o temporale la quale, come direbbe il de Luca « *redolet speciem census, seu livelli directi dominii fundi, importat canonem vel responsionem pro recognitione dominii et loco portionis domicinalis* », (1) nella lettura dei documenti antichi mantovani relativi a contratti enfiteutici è d'antico costume trovare corresponsioni parziarie con pagamento del terzo del vino (2) (che è consuetudine della valle Padana) ed il quarto degli altri prodotti. Nel secolo IX i livellari Nonantolani in Ostiglia pagavano il quarto ed ancora nel secolo XIII è il tipo più diffuso ed il più comunemente applicato per quanto non sia stabilita una quota parziaria costantemente maggiore per il terreno vitato e minore per l'aratorio. Il tipo contrattuale a canone parziario non solo è molto diffuso nel mantovano ma resiste di più nella parte alta della provincia ed in determinati gruppi territoriali dipendenti da certi Monasteri come quelli degli Olivetani, di cui è causa, più ostinati conservatori di vecchi sistemi, mentre i Benedettini di S. Benedetto Po, tendono evidentemente a ridurre tutto al terzo. (3).

Perdura poi ostinatissimo e generale il sistema nel territorio Vescovile.

Quello che non è facile forse trovare in altre provincie italiane è la consuetudine costante, che negli atti e documenti d'investitura è di pratica, di qualificare il contratto enfiteutico coi nomi di: « feodum », « livellum », « fictum », « decima », « locatio perpetua », ed a volte tutte insieme, raramente, il contratto è denominato semplicemente « enfiteusi »,

(1) Theatrum, lib. XIV p. III de decimis: disc. VI N. XII disc. XVII N. 2 e seguenti.
(2) Volpe - per la storia giuridica ed economica p. 238.
(3) Torelli - Un comune cittadino pag. 266.

per quanto il dissodamento del terreno ne fosse la causa e lo scopo. Cosicchè viene chiamato « feudo » il contratto nel quale l'investito non è tenuto ad alcuna prestazione o servizio personale ma soltanto alla prestazione del giuramento di fedeltà che per ultimo non esigeva neanche più.

Chi volesse poi cercare la ragione con erudita curiosità di una tale confusione di denominazioni relative ai contratti enfiteutici mantovani, potrebbe trovarla nella rubrica dello Statuto Bonacolsiano (Statuti II°, 49) « De ingrosationibus » dove leggesi: *feudi, terrae emphiteotice vel factilicie, vel decimales aut conditionales* dove feudo, enfiteusi, affitto perpetuo e decima sono sin d'allora trattate alla stessa stregua.

Ed è perciò che a chi studi i diritti decimali-enfiteutici del mantovano, ed in special modo quelli di cui è causa, capiterà di leggere ad esempio che « il Ven. Monisterio di S. Catterina Martire (1) quale conduttore delle tre quarti parti della *decima* di Monzambano della Corte Sparavieri di ragione di detto Monisterio in forza de' suoi antichi titoli fino dall'anno di suo acquisto 1413, 10 Marzo dalla Comunità di Monzambano... qual *decima* consiste, tre quarte parti della decima di tutte le frugi, cioè mazzurini, minuti, fasoli, uve, ulive di campagna, qual prezzo fu acquistato da detta Comunità tutta la possessione di detta terra di Monzambano, con tutte le sue *decime*... mentre l'altro quarto aspetta alla Ven. Chiesa di detto loco di ragione delli R. R. Monaci Olivetani di S. Maria in Organis », dove il diritto di esigere la corresponsione parziaria è chiaramente chiamata *decima*. Mentre nei più antichi documenti: investitura 4 Maggio 1291-23 Novembre 1325-24 Aprile 1330-8 Maggio 1350-4 Dicembre 1351-11 Dicembre 1409 (2) fu investito, si dice, il Monastero, con l'espressione: « *an-*

(1) Genovizzi - Cattastico della decima Corte Sparavieri in antichi Archivi Veronesi. Man. N. 20-6. (2) Investiture esistenti nel suddetto Archivio.

tico retto legale feudo e decima, ragion di decimare e raccogliere in tutta la villa e la corte ». E così nella investitura 4 Novembre 1455 (1) con cui il Vescovo investiva il Convento di S. Maria in Organo di Monzambano, leggesi: « *constitutum jure recto, legalis et antiqui feudi, ac jure locationis et pheudi cum quodam anulo auri benigne, et gratiose investivit et renovationem fecit investiturae de tribus partibus quatuor partium totius decimae pertinentiae Castellari de Lagusello cum suis juribus, et jurisditionibus...* » ed altrove nello stesso documento « *recognitione pheudi et decimae* ».

Nella investitura 2 Ottobre 1478 del Notaio Zamberti (2) del Vescovo al convento sempre di S. Maria in Organo è ancora detto: « *jure recti, legalis et antiqui pheudi de jure locationis, et feudi benigne et gratiose investivit et renovationem fecit investiturae de tribus partibus totius decimae juris decimationis e perceptionis totius villa et pertinentia Castellari Lagusello* » e pari dizioni leggonsi in altre investiture fino al 1500 dove trovasi invece il diritto designato: *eiusdem Monasterii S. Catharina in Monzambano feudum Monasterii, ac locationem feudalem... quorum decima, et feudi possessione* »... (3) e nella investitura del 23 Agosto 1581 (4) al Venerando Monastero di S. Caterina Martire « *de tribus quartis decima Castellarii Lacuselli* il diritto è chiamato *decima jure decimationis et perceptionis villas et pertinentiae Castellari Lacuselli...* e più avanti è detto *feudum*.

Così variamente fino all'epoca delle investiture che produciamo (seconda metà del 600) dove invece troviamo la intestazione dell'atto intitolata « *Renovatio locationis perpetualis* » (e si ripete però sempre il dovere da parte dell'investito costantemente in ogni atto ripetuto) « di avere, tener, goder e megliorar et non pegiorar », dove il diritto è chiamato anche *livello*

(1) Arch. Storico di Mantova Reg. 10 carte 358.
(2) » » » » » 12 carte 145.
(3) » » » » » 14 c. 40-41 4 aprile 1505.
(4) » » » » » 19 c. 714.

perpetuo. Al 1825 la denominazione del diritto è invece: *livello e decima* come appare dallo Stato di consistenza patrimoniale prodotto ed i diritti nella elencazione trovano la denominazione di *livelli*, nella nota: *decime, quartesi e livelli*.

Per quanto riguarda la denominazione antica di *feudo* dobbiamo a chiarimento aggiungere che questi, impropriamente detti *feudi* (1) « già dubitammo, dice il D'Arco, che veri feudi non fossero stati in Mantova, ora però affermiamo che veri feudi non si avessero, sebbene durasse il mantenimento di certi antichi diritti feudali nei Vescovi ed in qualche corporazione ecclesiastica ». A chiarire intanto una tale affermazione conviene ricordare che questi diritti attaccati alle cose, non già alle persone, erano in gran parte andati perduti con le cessioni fatte dai proprietari e massimamente dai Vescovi e dai religiosi dei possedimenti anticamente decorati di tali privilegi e perciò sebbene quelle proprietà ritenessero per consuetudine il titolo di *rerum feudalium*, altro non erano che infatti enfiteutiche.

Quindi tutte le investiture *sub feudali* si risolvono in contratti enfiteutici più o meno onerosi e la enumerazione (dice il D'Arco) « pomposa degli smodati poteri accordati dal cedente al nuovo beneficato, si deve ritenere affatto oziosa e priva di effetto » da ciò ne deriva che il Comune di Mantova abbia potuto spogliare con fondate ragioni e diminuire le ricchezze e l'autorità civile degli ecclesiastici, sradicando dal suo stato i tristi avanzi del feudalismo non mantenendone che il nome da cui deriva la sconcia applicazione di feudo alle enfiteusi, applicazione che più tardi fu riprovata dagli stessi giureconsulti mantovani.

Infatti, questi giudicarono (2):

(1) Quattro erano i feudi propri ed imperiali nel ducato di Mantova: Castiglione, Rolo, Soave e S. Martino Gusnago, Gazoldo. V. - Canova - Studi sulla materia enfiteutica - Particola investitura di Revere VIII R.

(2) Causa mantuana bonorum feudalium inter episcopum Mantuae et Blancas del Matto Guidotto - Mantuae 1710.

1° - *Feuda nostra sunt feuda impropria quia non habent onus militaris seu personalis servitii;*

2° - *Quia sunt rustica uti consistentia in praediis rusticis nullae jurisdictionis dignitatis vel tituli Marchionalis sive comitatus prerogativa decoratus;*

3° - *Quia omnia nostra feuda vel sunt censualia sub onere annui census seu canonis domino persolvendo, vel sunt concessa cum qualitate feudi honorifici sive feudi franchi quod importat franchitiam seu immunitatem ab omni servitio et onere.*

I Vescovi di Mantova ottennero la donazione e la conferma di privilegi straordinari ed il possesso di vasti poderi come la « Corte di Poggio », di Sermide, di Nuvolato, di Quistello, di Quingentole, di Barbasso, di Suzzara, di Bagnolo, di Nuvolara, di Rivalta (e ciò appare dai diplomi pubblicati dal Muratori) e i Marchesi da Canossa donavano a favore della Chiesa (ma sovratutto al Monastero di S. Benedetto di Polirone).

Chi ricorda la 21ª dissertazione del Muratori ed i documenti imperiali e quelli dei da Canossa che si riferiscono a Mantova, potrà convincersi dello stato dei terreni e del contado in quell'epoca attorno al mille e dopo quando si erigeva a repubblica.

Le lunghe guerre, le pestilenze desolatrici, le manomissioni dei barbari, la scarsezza e la povertà degli abitanti, erano le ragioni generali e prepotenti per impedire in Italia e nelle nostre provincie specialmente l'esercizio di una industria agricola, ed in particolare quella mantovana circondata e divisa dai fiumi Po, Mincio, Oglio, Secchia, che non contenuti negli argini « fuori dai naturali confini vagando, facevano delle sovrastanti terre

vaste paludi, sterili valli e lande decerte ». (1) la terra poi che emergeva dalle acque era occupata da annose piante naturalmente cresciute senza cura dell'uomo e sono descritte nelle cessioni ai beneficiari, *silvae*, *paludes*, *arbora*, *ripae*, *rupiniae*, *alpestres*, ed altre concessioni e privilegi, in origine largite ai Vescovi da questi ai Canossa che a loro volta le cedettero ai Sacerdoti, ai Monasteri, cosicche tutti i possessi o quasi del Mantovano erano goduti dagli ecclesiastici. Monaci ed ecclesiastici che non disdegnavano tanto le cure delle lettere e dell'agricoltura, come i Benedettini che in San Benedetto Po Lirone diedero all'Italia con i loro codici miniati lustro e vanto alla letteratura ed all'arte italiana e con le costruzioni murarie e la sobria bellezza dell'architettura romanica e con le opere idrauliche fecero bella e ferace la Valle Padana dove acque malsane s'inlamavano e monaci laboriosi, come gli olivetani di Montalbano o Monzambano (2) che vestirono le ignude moreniche colliche riguardanti il tiepido Garda di albescenti uliveti e fecero brulicare lanose pecore per convalli prima selvose ed arboree.

NATURA ENFITEUTICA DELLE PRESTAZIONI

L'appellata sentenza è caduta in errore non comune, non diciamo trascinata da preconcetto o da vivo desiderio di disattendere le nostre domande, ma che si tratti di prestazioni enfiteutiche mantovane, è indubbio.

Monzambano è paese della Provincia di Mantova con Castellaro Lagusello sua frazione da quando gli *arimanni* di Mantova vi avevano facoltà giusta il diploma di Enrico III nell'anno 1014 (3) e susseguentemente da quando la Chiesa Mantovana possedeva tutto il territorio fra Po e Mincio fino al Garda come da diploma dell'Imperatore del 1091 (4). Ne diversamente può far pensare il fatto che l'attuale causa siasi dibattuta avanti il Tribu-

(1) Amadei - cronaca universale della città di Mantova manoscritta in Arch. Storico di Mantova. - (2) Da cui trae esatta la etimologia di quella terra. - (3) Muratori - Antiq. Ital. Tomo III col. 799 - D'Arco nuovi studi di economia politica del mantovano pag. 36. - (4) D'Arco - Storia di Mantova pag. 145 doc. N. 1.

nale di Verona da noi scelto in omaggio alla giurisprudenza che insegna doversi la domanda di devoluzione proporre avanti il *forum rei sitae* a norma dell'art. 93 c. p. c. (1).

Una più attenta lettura di quanto avemmo a scrivere in prime cure ed un migliore esame anche del solo atto di ricognizione prodotto, avrebbe evitato ai primi giudici di affermare che il diritto di decima perpetua proveniente dai soppressi Conventi di S. Maria in Organis e S. Caterina Martire non si identifichi con *l'enfiteusi*.

La convenuta comunque non ebbe mai a disconoscere tale diritto enfiteutico nemmeno prima dello svolgimento di questa seconda fase giudiziale e cioè quando venne convenuta avanti il competente Tribunale di Mantova per l'ottenimento dell'atto di ricognizione e per il pagamento di un quinquennio di canoni.

Non conosciamo le ragioni per cui il Tribunale dopo una lunga disquisizione sull'enfiteusi abbia voluto concludere che una tal decima dominicale non debba identificarsi con il diritto enfiteutico così come appare visibilmente alla sola lettura dell'intestazione del rogito Carpi.

Anche dimenticando che gli studiosi della storia del diritto (2) già ai loro tempi avevano espressamente dedicate buone pagine all'ibrida fusione degli elementi feudali coi livellari ed enfiteutici e tutti indistintamente hanno accennato sommariamente o a proposito di aspetti o casi speciali (ma più diffusamente ed in particolare per la storia del diritto mantovano, il Torelli, non certo ignoto insegnante di storia del diritto in Università italiana (3) le analogie fra gli istituti feudali-livellari-enfiteutici erano già riconosciute nelle fonti legislative (4) e la dottrina civilistica accettò questi

(1) Cas. Civ. 15-7-1937 Sett. Cass. 1239 - Rep. Giur. It. pag. 281 N. 56. - (2) Nani - Storia del dir. It. priv. p. 370, 373 - Leicht - Studi sulla proprietà fondiaria p. 126, 131 - Pivano - Contratti agrari p. 154, 6. - (3) Un comune cittadino pp. 224-5. - (4) Cfr. framm. Berlinese in Lehmann pp. 204, righe 24-25.

concetti di fusione. (1).

E pure non è ignota l'enfiteusi mantovana che per il loro numero, per la loro importanza, per la copia dei documenti che se ne ha, meritarono più volte lo studio anche di moderni scrittori e traggono (ormai da tutti è saputo) la loro origine dalla necessità di eseguire opere di bonifica e dissodamento di terreni incolti, dall'utilità d'incoraggiare l'iniziativa individuale per redimere la proprietà fondiaria dalle condizioni di abbandono in cui versava in epoca remota; i quali fatti fecero considerare quale provvido partito, quello di assegnare terre in perpetuo agli abitanti del luogo che con l'obbligo di migliorare il fondo assumevano anche quello corrispondere una quota parte dei prodotti ad *recognitionem dominii* al concedente.

L'enfiteusi mantovana trae moto ed origine, come tutti i cultori di storia e di storia del diritto italiano sanno, e come abbiamo detto, da concessioni di privati (basta un nome. Maltilde di Canossa per aprire la strada ad un raggio di vivida luce che fa brillare uno squarcio di storia millenaria) vogliosi di migliorare le loro terre mal coltivate od incolte (onorifiche se senza canone) in parte da concessioni di Principi (enfiteusi camerali) altre da quella dei Vescovi (decima-quarantino-quarantese-terzo) cui si aggiunsero in tempi feudali concessioni che portavano impropriamente il nome di feudo.

E la concessione enfiteutica mantovana, già regolata dal diritto giustinianeo, venne ad insersirsi in particolari atteggiamenti nel quadro della legislazione locale, attese le necessità agricole del tempo reclamanti, specie da parte degli Enti ecclesiastici che avevano visto accrescere enormemente il loro patrimonio terriero per donazioni di principi e di pontefici, il mag-

(1) Per tutti il De Ruggero Ist. di dir. civ. I pp. 659.

giore interesse e la maggior cura a vantaggio delle sistemazioni fondiarie. Talchè la natura enfiteutica della prestazione in disputa è il portato delle vicende economiche e giuridiche di quell'epoca in cui l'infanzia dell'agricoltura rendeva pienamente accetto l'istituto dell'enfiteusi.

Affermare il contrario significa non conoscere la storia del diritto italiano, gli statuti mantovani e la consuetudine.

Fra questi statuti il più importante è quello compilato verso la fine del secolo XIV sotto il Marchese Gian Francesco Gonzaga. Sulla base di questo statuto si venne formando la mantovana consuetudine per la quale la quasi allodialità dell'enfiteusi era rassicurata, qualunque sia la specie e l'origine sua: e per mantovana consuetudine è risaputo che *decima, livello, feudo ed enfiteusi sono tutti in diritto enfiteusi e come tali trattati* (1).

La disquisizione quindi fatta dalla sentenza impugnata, più o meno opportuna perchè non richiesta, ma certamente inesatta, trova, se vi fosse bisogna ancora di una prova della sua erroneità, conforto in sentenze della Corte di Appello di Brescia anche recentissime (estensore il Cons. Aldi) nella causa decimale R. Capitolo Palatino contro Masini in data 3-6-1936 ed in causa riguardante la decima in Monzambano, identica alla presente, vertita tra Fumagalli-Bernardelli in data 27 Marzo 1939 (est. Cons. Aldi).

E non aggiungeremo su questo argomento una parola di più volendo deliberatamente usare castigato linguaggio contro l'appellata sentenza, della quale non può certo dirsi altrettanto, e ciò in omaggio alla nota massima ciceroniana: « accipere quam facere praestat iniuriam ».

DELL'ATTO DI RICOGNIZIONE

Le parti in causa provvedendo all'atto di ricognizione col rogito Carpi

(1) Cyriac. Contrav. 692 N. 18 - Gobio - Tit. 1 Cens. 10 N. 49 e Tract. a permissa fendi et emph. alien. N. 13 etc.

convennero il patto di risoluzione espresso che « cessando la investita o i suoi eredi per un biennio dal pagamento del surriferito canone, si intenderà e sarà decaduta da qualunque ragione e diritto e quindi l'utile domnio di detto fondo coi suoi miglioramenti, si consoliderà col diretto dominio a favore dei direttari ».

Diciamo subito che la limpidità di un tale patto non può essere revocato in dubbio tanto è di solare chiarezza. Ed aggiungiamo che i vecchi ed antichi patti contenuti in atti anteriori non vennero richiamati e furono omessi volutamente allo scopo di non applicare con eccessivo rigore la mantovana consuetudine che è sempre in vigore in virtù dell'art. 29 delle dis. trans. del C. Civ. checchè dica una postilla apposta dall'estesore della sentenza a margine della memoria di prima istanza. E si richiamò il solo patto di caducità (sia detto con tutta sincerità al solo scopo di liberarci da una tale noiosa debitrice che deve ad ogni momento essere chiamata in giudizio per rispondere degli impegni contrattuali) lasciandole adito di ricorrere alla facoltà, spettantele, di affrancare.

Ed è pacifico in dottrina ed in giurisprudenza (con buona pace dei giudici di prima istanza) che la eventuale deroga anche ai patti costitutivi ed alla mantovana consuetudine è sempre e pienamente legittima e valida e capace di produrre le conseguenze giuridiche che ne scaturiscono. Giacchè la norma di diritto transitorio, per la quale le antiche enfiteusi restano soggette al dominio della legge del tempo in cui furono costituite, NON E' DI ORDINE PUBBLICO in quanto essa trae la sua origine da particolari e peculiari ragioni equitative e di pratica opportunità. E ciò perchè (lo ripeteremo ed usura) nel sistema della legge, L'ENFITEUSI E' UN CONTRATTO

REGOLATO DALLA VOLONTA' DELLE PARTI CHE ENTRO L'AMBITO DELLA LEGGE STESSA, NON INCONTRA, ALTRI LIMITI CHE QUELLI ESPRESSAMENTE FISSATI NELL'INTERESSE ECONOMICO COLLETTIVO: ED E' AMMESSA LA VALIDITA' DELLA DEROGA DI FRONTE ALLA LEGGE. ESSA E' VALIDA ALTRESI', RISPETTO AL CONTENUTO DEL CONTRATTO ORIGINARIO.

Perchè fosse anche vero che in originari antichi strumenti non fosse contenuta la caducità ob canones non solutos non è men vero che nel sistema della legge i contraenti ed i loro successori ed aventi causa possono, entro l'ambito della legge, modificare nonostante contrarie pattuizioni, il contenuto dei loro contratti tanto nella forma che nella sostanza.

Il principio infatti della libera volontà dei contraenti, base e fondamento del nostro ordnnamento positivo, non incontra altro limite che quello delle leggi imperative e proibitive, anche se l'appellata sentenza ha avuto l'ardire di affermare che *simili assurdità non sono compatite dal legislatore italiano, nè possano essere lasciate correre da un qualsiasi magistrato solo perchè trovansi iscritte in un atto notarile.*

La Superiore Corte con sue ultime sentenze (1) ha confermato l'efficacia della lex commissoria inserita nel contratto enfiteutico affermando che la stessa non contrasta per la natura di esso, bilaterale ed a titolo oneroso, non ne ostacola le finalità nè colpisce alcuna delle norme considerate dalla legge come essenziali epperò non mutabili per effetto di private convenzioni (art. 1557 C. Civ.).

La clausola infatti non impedisce la trasmissione del fondo enfiteutico (art. 1562 C. Civ.) nè la ricognizione del diritto del concedente (art. 1563

(1) Cass. 26-6-1935 N. 2478 Mass. Giur. It. 1935 N. 565 e 17-3-1936 Giur. Ital. I. 1-435 31-7-1938 Foro It. I. 429.

C. Civ.) mentre l'enfiteuta conserva sempre integra la facoltà dell'affranco (art. 1564 C. Civ.) FINCHE' OSSERVA I PATTI E DURI IL RAPPORTO ENFITEUTICO.

CLAUSOLA ILLECITA

Per intendere quale sia la causa contraria alla legge che l'art. 1122 C. Civ. dichiara illecita è necessario riflettere che talune disposizioni legislative sono dettate per regolare privati rapporti nell'interesse particolare dei cittadini, e tali altre sono invece dettate nell'interesse generale della società.

Alle prime è lecito alle parti derogare, poichè tutto ciò che concerne i loro interessi privati, esse ne sono sovrane estimatrici ed il legislatore non può nè deve volerne più di esse: non così le seconde non potendo il cittadino far prevalere l'interesse suo privato all'interesse generale della società. Ma stando all'impugnata sentenza, alle parti non dovrebbe essere lecito stabilire patto che fissi la caducità ad esempio per mancato pagamento del canone per un anno, oppure il patto che fissa l'obbligo di ricognizione per un periodo più breve di 29 anni, oppure il patto che fissa il pagamento al domicilio del direttario e poi per qualunque altro caso pensabile in deroga a quanto della legge scritto circa gli obblighi fra enfiteuta e direttario.

E venendo al patto di rinuncia ai miglioramenti del fondo, avveratasi la caducità si potrebbe stabilire anche col conforto della dottrina tradizionale che l'enfiteuta non ha diritto a compenso pei miglioramenti naturali e per quelli civili e che una tale affermazione ha una riprova nelle parole stesse della legge, « l'enfiteuta ha diritto al compenso dei miglioramenti da esso fatti al fondo enfiteutico ». E poichè la nostra enfiteuta, sul collinoso ter-

reno di morenica natura, non ha fatto che coltivare, nessun arricchimento può dirsi fanno di direttari trattandosi unicamente di naturali (se vi sono stati?!) miglioramenti. Ciò appare dall'irrisorio reddito censuario.

Se gli stipulanti sono liberi di dare al negozio il regolamento che stimano più consono ai propri interessi (art. 1557 C. C.v) la rinuncia al compenso è da ammettersi in quanto essa non viola nessuna delle disposizioni cogenti contenute negli art. 1562-1563-1564 C. Civ.

Tanto vero che quando per particolari motivi se ne volle imporre il divieto, fu necessario una apposita norma come con l'art. 27 lettera C) della Legge 31-3-1904 N. 140 e con l'art. 38 lettera D) della Legge 15 Luglio 1906 N. 383. Per trovare un giudicato che concluda per la illiceità della riversione gratuita (non già con la motivazione di quello impugnato) bisogna andare a ritroso a ricercarlo in antiche decisioni sostenuto dall'affermazione che il compenso all'enfiteuta era stato preveduto per ragioni di ordine pubblico, allo scopo di dare sviluppo all'agricoltura, rappresentando il fine precipuo dell'enfiteusi, ma tale giudicato fu subito riprovato dalla giurisprudenza che lo corresse esprimendo che nonostante la persistenza di questo fine, **la rinuncia, come è storicamente provato, fu sempre riconosciuta efficace.**

Non deve essere dimenticato che lo scopo dell'istituto enfiteutico, così come appare dalla storia, fu il miglioramento dei terreni e questo nelle fonti giustiniane come diritto dell'utilista e nel medio evo come obbligo è successivamente accolto nelle legislazioni moderne come elemento essenziale dell'enfiteusi. Ecco perchè le *meliorationes* assunsero importanza giuridica ed economica, le quali tuttavia andavano perdute nel caso di caducità colposa

sia secondo il diritto romano che in quello intermedio.

Il patto esplicito quindi che ne avesse sanzionata la perdita, non avrebbe fatto che uniformarsi alla legge, la quale non si opponeva neppure, pur con qualche dissenso, al ritorno al dominio diretto del *fundum cum meliorationibus* nel caso di cessazione del rapporto senza colpa dell'enfiteuta. Tutto ciò senza riguardo alcuno al caso in esame le cui meliorazioni, già abbiamo detto non esistono, e per convincersene basta dare uno sguardo al certificato di rendita censuaria da noi riprodotto, anche se l'appellata sentenza, che non avendo visto nell'atto ricognitivo il reddito censuario, traeva fantasiose illazioni.

Citiamo la sentenza di Cassazione 24-3-39 Foro It. 1,622 che conforta il nostro assunto se ve ne fosse bisogno.

INTERPELLANZA

La impugnata sentenza con le parole: « col patto commissorio inserito nell'atto di ricognizione, invece, per i due Sigg. Avv. di Mantova, la spropriazione dovrebbe attuarsi *ipso jure* come essi sostengono » e con le altre: « la convenuta opportunamente in ogni caso aveva eccepito la mancata interpellazione prescritta dall'art. 1565 » ha fatto strazio di tutta una giurisprudenza della Suprema Corte che è troppo nota ai giudicanti perchè noi dobbiamo rievocarla.

Il criterio direttivo, per quel che concerne i diritti del concedente nel caso di risoluzione dell'enfiteusi per caducità *ob canones non solutos*, è dato dalla natura del rapporto stesso: e poichè l'enfiteusi appresta al dominio diretto l'azione *ad adimplendum* e l'azione risolutoria, e con la prima si tende all'esecuzione del contratto, con la seconda all'annienta-

mento del medesimo, il direttario può costringere, con altre parole, l'enfiteuta moroso ad adempiere le sue obbligazioni, ovvero a far dichiarare la risoluzione del contratto per inadempimento nella ipotesi e nelle forme volute dalla legge o dal contratto. E siccome l'esercizio di un diritto è evidentemente incompatibile con l'esercizio dell'altro, noi abbiamo con l'atto di citazione, non già domandato il pagamento del canone, bensì la devoluzione perchè non ci si obbiettasse che mentre domandavamo l'adempimento del contratto domandavamo anche la sua risoluzione. Questa è la sola ragione per cui abbiamo *electa una via*.

Evidentemente l'appellata sentenza non ha capito quando a questo proposito noi dicevamo che trattandosi di antica enfiteusi di natura decimale, secondo statuto e mantovana consuetudine, potevano certamente abbinare le due domande. Nè potevamo accedere alla pretesa dell'appellata accettando la offerta somma dei canoni insoluti per un quinquennio revocando in tal modo la domanda giudiziale di risoluzione del contratto ormai estinto in virtù della caducità operatasi *ipso jure* secondo il patto contrattuale.

Premesso che la giurisprudenza è concorde nell'ammettere la validità della condizione risolutiva espressa (come abbiamo visto) non è necessaria alcuna interpellanza per agire in devoluzione. **Essa non occorre avendovi le parti rinunciato nel capo dell'atto notarile là dove si dice che debbasi far luogo senz'altro alla caducità per il mancato pagamento per un biennio del canone.** La norma dell'art. 1565 si identifica con la condizione risolutiva tacita dell'art. 1165, riguardante i contratti in genere, ma le parti possono ben concordare a differenza di quanto dispone il menzionato articolo, come evento idoneo alla risoluzione del contratto anche

l'inadempimento di pagamento di una singola annualità di canone sicchè il loro rapporto giuridico rimane travolto non appena verificatosi l'evento con la detta clausola previsto. Fu solo per coincidenza tra il tempo del codice stabilito e le antiche clausole negli atti di ricognizioni precedenti comuni alla consuetudine mantovana ed a quelli della specie, se si stabilì la caducità per mancato pagamento di un biennio, che in pratica divenne per un quinquennio. Come in tutti i contratti, così in quello enfiteutico, il codice lascia alla libertà dei contraenti di regolare come meglì credono le loro obbligazioni sin dove non s'incontri un limite nel carattere di certe norme di legge, le quali hanno natura coattiva.

E per questa libertà di convenzione, con la clausola risolutiva espressa, il concedente mira a tutelare più energicamente i suoi diritti. La comune volontà delle parti funziona come legge e verificatasi la condizione prevista *ipso jure* si risolve il vincolo obbligatorio senza bisogno di alcun atto: LA INTERPELLAZIONE NON HA RAGIONE DI ESSERE E LA RISOLUZIONE DI DIRITTO RENDE QUESTA INCOMPATIBILE.

Ora il canone enfiteutico non pagato al momento della domanda giudiziale sommava ad un quinquennio, come confessa l'enfiteuta con la offerta reale fatta. E poichè l'appellata sentenza riconosce trattarsi di clausola risolutiva espressa, riconosce implicitamente essersi verificato il caso previsto dalla clausola contrattuale; non vediamo per quale ragione dovrebbe essere necessaria la interpellanza se la risoluzione, come è saputo, opera ex tunc.

DEVOLUZIONE ED AFFRANCAZIONE

L'art. 1565 del Codice Civile stabilisce il concedente può chiedere la

devoluzione del fondo enfiteutico, qualora l'enfiteuta non preferisca di redimerlo a termini dell'art. 1564.

Il significato di questa parte dell'art. 1565 è il seguente: compiuto uno dei fatti, che secondo lo stesso art. 1565 sono causa della devoluzione, e proposta la domanda di devoluzione la legge vuole che l'enfiteusi sparisca e che i due dominii si consolidino. Questo consolidamento, però, avverrà secondo la scelta che farà l'enfiteuta o egli perderà il dominio utile con la devoluzione o acquisterà il dominio diretto con l'affrancamento. In sostanza, quindi, l'art. 1565 attribuisce all'enfiteuta un diritto di preferenza, in quanto egli può prescegliere tra la devoluzione e l'affrancamento.

La dichiarazione di voler affrancare, proposta dal concedente nel giudizio di devoluzione, assume carattere di domanda riconvenzionale, apposta alla domanda principale di devoluzione.

Questo carattere risulta all'art. 100 N. 3 cod. proc. civ., in quanto alla affrancazione dipende dal titolo dedotto in giudizio dall'attore.

La domanda di affrancazione, proposta nel giudizio di devoluzione, ha però di speciale che non fa verificare il processo simultaneo delle due domande, che di regola è un effetto della riconvenzione; al contrario, l'indole pregiudiziale della domanda in riconvenzione, derivante dalla natura del diritto, obbliga il magistrato ad arrestare il suo giudizio sulla domanda principale di devoluzione proposta dal concedente, per attendere alla riconvenzionale dell'enfiteuta.

L'art. 1565 ha dato luogo a una interessante questione di diritto transitorio.

Negli antichi contratti di enfiteusi s'incontra sovente la clausola di

decadenza ipso jure; si è sostenuto (e questa tesi trovò l'appoggio di autorevoli sentenza e di dotti studiosi) che gli enfiteuti in forza di una di queste clausole non possono nel giudizio di devoluzione ottenere l'affranco della enfiteusi.

La tesi può essere riassunta nei seguenti termini:

Secondo l'art. 29 delle disposizioni transitorie al codice civile i contratti di enfiteusi, costituiti secondo le leggi anteriori, sono regolati dalle leggi medesime, fatta eccezione solo per le disposizioni contenute negli arti. 1565 e 1784 del codice civile, le quali debbono essere applicate malgrado qualsiasi patto in contrario. La disposizione che stabilisce che nel giudizio di devoluzione l'enfiteuta possa redimere l'enfiteusi è contenuta invece nell'art. 1565 e quindi non è applicabile alle enfiteusi antiche, le quali sono di conseguenza regolate dai patti contenuti nei rispettivi atti di costituzione.

Ciò premesso, se in uno di questi contratti si contiene la clausola di decadenza ipso jure, il compimento di uno degli atti puniti con questa clausola produce la immediata estinzione della enfiteusi, perchè la clausola contrattuale opera ipso jure, senza necessità di costituzione in mora e di domanda giudiziale.

E perciò, sciolto il contratto di pieno diritto, l'enfiteuta caducato non può più far valere l'affrancazione, perchè attesa la caducità del contratto è venuta meno in lui la veste di enfiteuta.

Gli argomenti addotti contro questa tesi sono molto numerosi e in base all'uno o all'altro di essi la grande maggioranza degli autori e della vecchia giurisprudenza si sono pronunciati in senso ad essa contrario.

In primo luogo si è sostenuto che la tesi sopra esposta urta con l'art. 1564 del codice civile, il quale secondo l'art. 29 delle disposizioni transitorie deve essere obbligatoriamente applicato anche alle enfiteusi antiche, l'art. 1564, disponendo che l'enfiteuta può sempre redimere il fondo enfiteutico, comprende anche il caso della redenzione domandata nel corso del giudizio di devoluzione, caso che a titolo di spiegazione è poi espressamente regolato dall'articolo successivo; ciò posto non era mestieri per nulla che l'art. 30 delle disposizioni transitorie si riferisse anche a questo art. 1565 al fine di volere, anche per le enfiteusi anteriori al codice, la applicazione dell'illimitato diritto di redimibilità. Se si accolga la tesi che l'enfiteuta caducato ipso jure secondo i contratti antichi non possa redimere l'enfiteusi nel corso di devoluzione si viola il principio, che il legislatore ha posto assoluto e senza eccezione, della libera redimibilità delle enfiteusi.

Si è sostenuto in secondo luogo che l'art. 1565 ha carattere molto largo e deve essere applicato non ai soli casi ivi previsti, ma a tutti i casi di decadenza e a tutti quelli di condizione risolutiva tacita ed espressa. Il legislatore ha voluto dare la preferenza all'affranco sulla devoluzione e questo vale anche per il caso che si chieda la risoluzione dell'enfiteusi, in base a una qualsiasi condizione risolutiva espressa nel contratto.

Non vi è motivo perchè il diritto di affranco prevalga sulla devoluzione chiesta per inadempimento di uno dei noti obblighi dell'enfiteuta, inadempimento che costituisce una condizione risolutiva espressa in ogni caso, e non prevalga sulla risoluzione per altre cause. Se fosse vero questo, ne verrebbe l'assurda conseguenza, che qualora l'adempimento che dà luogo

a devoluzione per legge fosse anche previsto nel contratto come causa di risoluzione dell'enfiteusi, l'affranco dovrebbe cedere innanzi alla domanda di risoluzione anteriormente proposta.

In terzo luogo si è sostenuto che la devoluzione sia da patto espresso o tacito non può avvenire che con sentenza e fino a che questa non vi è, deve l'enfiteusi aversi come esistente.

Non bisogna confondere la devoluzione già avvenuta, con la esistenza dell'evento che può dar luogo a pretenderla. Chi ha l'azione non ha la cosa di cui l'azione è obbietto, perchè l'azione può essere rimossa dalla eccezione ed è noto in diritto che tanto vale non aver punto azione, quanto averne una che possa essere infirmata dall'eccezione. Verificatosi l'evento, da cui sorge il diritto a chiedere la devoluzione del fondo si ha l'azione a pretendere il fondo, ma questa azione allora fa passare il fondo dal potere dell'enfiteuta al potere del dominio, quando l'enfiteuta nulla possa opporre; se invece l'enfiteuta abbia una valida eccezione al riguardo, la domanda di devoluzione non può essere accolta. E questa è appunto la ipotesi che si verifica, quando gli enfiteuti contro la domanda di devoluzione oppongono il loro diritto di affrancamento, diritto che costituisce una eccezione dirimente e quindi poziore al diritto di devoluzione.

Gli stessi concetti accoglie il De Pirro, il quale afferma che non può dirsi giuridicamente constante il fatto generatore della caducità, se non quando sia giudizialmente in modo irrevocabile stabilito e certo; la certezza del detto avvenimento non può aversi prima che il giudizio sia stato definito con sentenza passata in giudicato, appunto perchè la contestazione della lite sui fatti sui quali la pretesa decadenza si fonda, pareggia la po-

sizione giuridica tra l'azione e l'eccezione. Perciò, restando si l'una che l'altra subordinata al giudizio del magistrato fino alla sentenza che definitivamente porrà termine al giudizio, l'enfiteusi deve ritenersi fino a questo termine esistente e operativa di effetti giuridici. La questione ha una importanza ancora più grande di quella che ordinariamente le viene attribuita. Infatti essa non solo si presenta per le enfiteusi antiche, costituite prima della entrata in vigore del nostro codice: ma può presentarsi anche per le enfiteusi moderne. L'art. 1565, che regola la devoluzione, non ha carattere tassativo, ma semplicemente suppletivo; le parti, quindi, possono regolare come meglio credono la materia della caducità e possono, se vogliono, stabilire delle decadenze *ipso jure*, sul tipo di quelle disposte negli antichi contratti.

Nessuno degli argomenti addotti dalla maggioranza è tale da persuadere della fondatezza della tesi che questa sostiene. Ed è perciò che la giurisprudenza della Cassazione cambiò indirizzo affermando che: Il primo argomento perde ogni valore, quando risulti provato che colui che domanda l'affranco non è più enfiteuta. E' giusto, che la disposizione relativa all'affranco debba avere la più ampia applicazione e che non possa reggere alcun patto in contrario; ma questa principio vale per il caso che l'enfiteusi sia ancora in vita, perchè estinta l'enfiteusi non può più parlarsi di affranco.

Nè ha maggior valore il secondo argomento. Il principio affermato, che il legislatore abbia voluto che l'enfituesi, malgrado la caducità verificatasi, continuasse a restare in vita, per potere essere riscattata, è destituito d'ogni fondamento. Il legislatore ha voluto solo che, in mancanza di

patti in contrario la caducità non si verificasse, se non in seguito a sentenza e che fino a questo momento l'enfiteuta potesse affrancare. Vedremo poi, che un argomento in contrario è offerto dal fatto che questo principio non va applicato ad altri casi di devoluzione, che anche nel nostro diritto si verificano ipso jure e per cui non è necessario l'intervento del giudice.

Parimenti destituito di fondamento è il terzo argomento. Quando il contratto dispone, che la caducità si verifichi ipso jure la consumazione del fatto preveduto come causa della caducità non importa solo esistenza dell'evento che può dar luogo a pretendere la devoluzione, ma importa direttamente la devoluzione, senza bisogno che sia dichiarata dal magistrato.

La sentenza quindi, in questo caso non accorda la devoluzione richiesta dal concedente, ma dichiara che la devoluzione è già ipso jure avvenuta. E' vero che prima che la sentenza intervenga, e in caso di contestazione, non si ha la certezza dell'avvenuta devoluzione; ma poichè si discute, non dell'accordarsi o nò la devoluzione, ma dell'essersi o nò già verificata la devoluzione, il giudice deve considerare questa questione come preambolo e deve su di essa decidere, prima che sulla domanda di affranco. Infatti se la evoluzione già fosse avvenuta non potrebbe essere ammessa la domanda di affranco; perchè non può affrancarsi una enfiteusi già estinta.

Per risolvere questa questione la giurisprudenza ha penetrato a fondo il senso dell'art. 1565 del codice civile. In quest'articolo il legislatore italiano, modificando i principi stabiliti nel diritto romano e accolti nel diritto comune, ha voluto che nei casi di mancato pagamento dei canoni e di deterioramento del fondo enfiteutico, l'enfiteuta, in mancanza di speciali pattuizioni del contratto, non decadesse ipso jure dal suo diritto; ma che

invece, per operare questa decadenza, occorresse la sentenza del magistrato.

E allora è ben naturale, che l'enfiteusi perdurando fino al momento in cui la sentenza di devoluzione è passata in giudicato, possa fino a questo momento essere affrancata; è questa una facile applicazione della disposizione contenuta nell'art. 1564, tanto facile, che avrebbe dovuto essere fatta anche senza la speciale disposizione contenuta nell'art. 1565.

Tutto questo ragionamento parte però da un presupposto, espressamente stabilito nell'art. 1565, che cioè nel corso del giudizio di devoluzione l'enfiteusi debba ancora considerarsi esistente. Venendo a mancare questo presupposto, ed ammettendosi che la caducità dell'enfiteusi si verifichi, ipso jure, il ragionamento viene a mancare di base, perchè l'enfiteusi deve considerarsi estinta nel momento in cui la caducità si è verificata, con la conseguente impossibilità assoluta dell'affranco, per essersi già la proprietà riconsolidata presso il concedente.

Tutta la questione in sostanza si riduce dunque in questi termini: accertare, se la disposizione, che stabilisce che la devoluzione debba essere dichiarata per sentenza, abbia o nò carattere tassativo. Questa questione è risoluta dall'art. 1557 il quale dispone che solo gli art. 1562, 1563 e 1564 hanno carattere obbligatorio. Non solo quindi hanno valore i patti di decadenza ipso jure contenuti negli antichi contratti di enfiteusi, ma si possono anche nei moderni contratti stabilire dei patti simili che produrranno gli stessi effetti.

In pratica dunque l'art. 1565 viene applicato nel modo seguente. Se manchino nel contratto disposizioni speciali sulla devoluzione, il giudice

nel corso del giudizio di devoluzione, non essendo ancora enfiteusi caducata e sussistendo di conseguenza il diritto di affrancare si pronuncerà dapprima sulla domanda di affranco.

Se però il concedente invochi clausola contrattuale di decadenza ipso jure, il giudice prima di pronunciarsi sulla domanda di affranco, dovrà accettare, se in virtù di queste clausole l'enfiteusi è già decaduta e nel caso affermativo dichiarerà già avvenuta la devoluzione e respingerà la domanda di affranco, non potendo essere affrancato un fondo, il cui dominio si sia già riconsolidato nelle mani del concedente.

Ciò volevamo dire nella nostra memoria di prime cure al capitolo che porta il titolo: Negata affrancazione non chiesta.

Ed uno sguardo alla giurisprudenza del Supremo Collegio dell'ultimo decennio, conforta quanto abbiamo detto. (1).

CONCLUSIONE

Contro l'impugnata sentenza insorgiamo con tutta la forza dell'animo e virilmente protestiamo che si tenti di far passare come truffaldina opera l'esercizio di un diritto contrattuale che volontà delle parti vollero consacreare in atto pubblico e chiare leggi garentiscono a barattare azione contrattuale con ingiuriosi erronei apprezzamenti e sillogismi traendoli da impura fonte, quali semplici, non veritiere, affermazioni avversarie.

Sicuri e tranquilli, avanti il severo giudice delle nostre coscienze, ci sentiamo però più che in diritto, in dovere, di fare appello alla vostra serenità e giustizia perchè correggiate gravi errori ed intollerabili sofismi.

La lite non è già posta avanti i giudici di appello per l'entità materiale dell'oggetto, irrisoria somma, di fronte alla somma ben più grande di inu-

(1) Cass. Civ. 23-7-1928 N. 3445 inedita - Sez. Unite 1-6-1929 Giur. It. I. 1 1079 26-6-35 Foro It. I. 1550 17-3-1936 Giur. It. I. 2, 241 30-7-1937 Foro It. I. 1513 1-12-1937 Rep. Giur. It. V. Enf. N. 34 22-4-1938 Giur. It. 1, 2, 856.

sate parole contenute nell'appellata sentenza che si appongono più al titolo di un crimine perpetrato da *« esperti legali contro la innocente inadempienza di debitrice covando speranza viva di divenire proprietari di un immobile, dichiarato dal procuratore della convenuta, del valore di Lire* 20.000 *con atti che appaiono diretti ad un iniquo e quasi incredibile sfruttamento in tempi e clima, come l'attuale, della parte più debole »*.

E come non protestare e non insorgere contro sì orribile favella contenuta in sentenza che svisando fatti, patti, leggi e giudicati, contro sicuri dettati di volontà contrattuale ed acquisiti diritti, e giurisprudenza Suprema, se non si ha ottuso il sentimento della giustizia e dell'onore ?

Ma molto al di sopra delle questioni di persona sono in gioco qui, sovra tutto, più vasti interessi morali che da una tale sentenza sarebbero pregiudicati e cioè il diritto enfiteutico che grava su 5479 campi (l'intero Comune di Monzambano) e prima ancora le indispensabili garanzie del diritto a tutela di ciò che è onesto e giusto.

Potremmo produrre nel fascicolo documenti, non sò quante sentenze del Tribunale di Mantova e della Corte d'Appello di Brescia in cause relative al diritto decimale di Monzambano qualificato sempre decima dominicale e cioè enfiteusi mantovana. Omettiamo di farlo fidando tranquilli nella vostra conosciuta competenza in materia attendendo la vostra parola riparatrice, se non altro, pel trionfo della Giustizia anche se si vuol trascurare per un momento la stima di ognuno di noi che vale più della celebrità, la considerazione che vale più della fama, e l'onore che vale più della gloria.

Se assoluta Giustizia sia irraggiungibile, quella che ci occorre per la

pratica quotidiana e raggiungibile da quelli, che come voi, ne fanno il loro scopo.

P. Q. M.

Reietta ogni contraria istanza eccezione e deduzione.

Piaccia all'Ecc.ma Corte giudicante riformare l'appellata sentenza ed in sua riparazione dichiarare devoluto il fondo obnoxio posseduto dall'appellata a favore dei direttari appellanti. Col favore delle spese di entrambi i giudizi. Danni riservati.

AVV. LUIGI BALZO

MANTOVA 17.10.1939 XVII
VIA MAZZINI N. 3
Tel. 1951

A.S.E.L'ON.PROF.AVV.IVANOE ONOMI

VOLTAMANTOVANA

Come ebbi a dirLe la Signora Carolina Fumagalli ved. Gozzi è resistente contro ricor avanti la Corte di Cassazione in causa decimale-enfiteutica promosso da certi Bernardelli.

Allo scopo è stato in datdi ieri eretto dal Notaio Azzini mandato speciale al di Lei ome ed a quello dell'On.Filippo Ungaro Gr.Uff.Angelo Ungaro-rani Luigi di Roma ed Ennio Avanzini di Mantova, prenotato a ebito essendo ammessa al G.P.

Mentre le faccio invio di opia della memoria difensiva e La ringrazio a nome della clite che si ripromette di fare altrettanto personalmente, Ia pr o di sapermi dire in quale giorno potrei trovarLa a Volta r ritirare la firma sull'originale.

Grazie e saluti cordialiimi.

Avv. Luigi Balzo

Autorizzato con lettera da Volta, 25-ott.39

AVV. LUIGI BALZO

La decima di Monzambano

e

L'Enfiteusi Mantovana

Tip. Industriale Mantovana

ASSR

Esente da bollo per decreto della On. Commissione di G. P. presso il Tribunale C. P. di Mantova in data 11 Maggio 1935 N. 55.

ECC.ma

Suprema Corte di Cassazione del Regno

ROMA

MEMORIA

per

FUMAGALLI CAROLINA di Mantova, resistente contro l'annullamento della sentenza 27-3 -- 26-4-1939 della R. Corte d'Appello di Brescia notificata il 20 Maggio 1939, con domicilio eletto in Roma presso il Sig. Avv. Gr. Uff. Angelo Ungaro - Via del Tritone N. 142 con gli Avv. Cons. Naz. Filippo Ungaro, Forani Luigi e Ivanoe Bonomi di Roma, nonchè l'Avv. Ennio Avanzini di Mantova in confutazione al ricorso

di

BERNARDELLI PLINIO ed ERNESTO-LUIGI di Monzambano di Mantova con domicilio eletto in Roma presso il Sig. Avv. Achille Motta e William De Carli di Mantova.

FATTO

Le condizioni di quel vasto golfo marino che, prima ancora della storia, era stato la Lombardia, nel quale s'insenava l'Adriatico in un epoca che i geologi chiamano terziaria, nemmeno dopo che la forza tellurica e delle acque formava la terra mantovana, ci sono del tutto ignote per il periodo più antico.

Sulle ali dei versi virgiliani giungono a noi, vivi, ma solo poetici ricordi col rauco clamore di torme d'uccelli acquatici che sorvolano laghi e stagni e boschi profondi ed alti e strepito di acque croscianti dalle selvose colline moreniche del Garda, precipiti prima ed inlamanti poi la vasta pianura dove pie ghevoli canneti si specchiano con bianchi cigni.

Dopo il barbarico urlo dell'unno predatore ed il pesante tallone longobardo, la terra mantovana risuonò di un novello fervore, operoso di uomini e di sterratori chiamati da ville lon tane, rustici del luogo, allodieri, arimanni, mandati dal Co mune o dalle Chiese che combattevano una buona battaglia senza clamori di gloria e per l'amore umanissimo della terra contesa al disastro della rotta dei fiumi ed alla torbida minaccia di piene paurose.

E' questa la umana e vera storia che rinasce dalle custodite pergamene mantovane che conservano nel loro segreto la verità storica a chi le riapre.

La susseguita miseria del popolo che dal lamento passava al tumulto, la superbia dei magnati, l'inquietitudine dei principi rissosi e faziosi li persuase, per assicurarsi il trono e rendersi accetti al popolo, di abbassare la potenza dei grandi.

Fu così che i capi italiani ebbero contea da Berengario e l'alta feudalità passò ai vescovi ed agli abbati ed Egilulfo, che teneva l'episcopato mantovano, ebbe l'investitura di conte per se e successori.

A migliorare la condizione feudale in questa città concorse poi l'elezione di Ugone di Provenza a Re d'Italia e Papa Giovanni X° sperando assicurarsi stato e papato, nonostante la sua irregolare elezione, ottenne dal Re nel convegno di Mantova che Manasse, allora Vescovo, assommasse in se oltre che gli ampi regi poteri ottenuti dal reale congiunto, anche quello di battere moneta.

Non è da meravigliare per ciò se la Chiesa mantovana possedeva in quel tempo quasi tutto il territorio insieme ai vari Monasteri ed Abbazie cui in parte era stato dalla stessa largito.

Non solo ma coloro che anche senza frugare in quel mucchio di polvere che è la nostra storia, amano raccogliere anche solo le voci e bisbigli di fruscianti cartigli e pergamene per non ignorare gli avvenimenti della propria terra nativa ed amano la poesia (perchè dopo tutto la storia è la vera poesia del tempo) ricordano che la Chiesa mantovana possedette in quell'epoca territori anche più vasti. Non devesi dimenticare che al nipote Manasse, già Vescovo d'Arles e poi di Mantova, il Re Ugo tra il 926 e il 931 (1) concesse (o meglio dirla con Liutprando, « in escam dedit, contra ius fasque ») le Chiese di Verona, Trento e Mantova (2) e non è a credere che nel suo illimitato e politicamente ben calcolato amore per i parenti, Re Ugo mancasse d'impinguarli a dovere, nè che fosse per opporvisi il beneficato nipote « vero tipo caratteristico della mondanità dei Vescovi del suo tempo di fronte alle elette

(1) Schiapparelli - I diplomi del Re d'Italia - Ugo n. 7.
(2) Antapodosis, IV, 6, pag. 316.

figure di Raterio di Verona e Atto di Vercelli » (1).

Ed è così che la grande storia passando per un piccolo territorio, ne allargò i confini, i poteri ed il nome, seminando a dovizia documenti che spiegano il sorgere dell'istituto enfiteutico nella terra allora ed ora tra le più e meglio coltivate d'Italia, al tempo del miglior secolo comunale e quando alla potenza di privilegi concessi alla Chiesa mantovana si aggiungevano Matildiche donazioni.

\+
\+ \+

I vari Statuti della Repubblica mantovana ci apprendono che la proprietà terriera era ordinata in via generale in due classi distinte: *allodiale e feudale* ambedue vestivano una natura enfiteutica, ma secondo le varie forme e condizioni di contratto si chiamavano : *censuali*, *vassallatiche*, *coloniche o locate*. E siccome le circostanze dell'Italia in quei tempi erano pressochè comuni a quelle che erano state anticamente presso i romani, così l'una e gli altri abbracciarono uniformemente questo reggimento economico o sistema enfiteutico. I dominatori di Roma infatti avevano ceduto i terreni a coltivazione a chiunque si obbligasse di corrispondere loro un certo tributo sia in denaro sia in frutti proporzionato al raccolto annuo e con tale mezzo venivano arati incolti terreni e si accrebbero le ricchezze delle provincie facendo prosperare in uno le condizioni del cittadino e dello Stato. Essendo i patti stabiliti per tali cessioni alcuni più lati ed altri più ristretti, ne derivò che

(1) Ferrari - Il De situ urbis mediolanensis ecc. in Bull. Ist. Stor. Ital. 1892 n. 11.

i diritti enfiteutici si costituirono in modo diverso sebbene tutti mirassero ad un solo scopo, impedire che la proprietà si confondesse col possesso.

E Mantova retta a Repubblica fu esempio di liberali civili principi e di avanzatissima legislazione concedendo ad ognuno i diritti che gli competevano, proscrivendo il triste avanzo di schiavitù e dividendo vasti possessi in molte parti, confidando al fervore operoso degli uomini l'opera redentrice del suolo intesa a disseccare vastissime paludi, a diradare selve annose a solcare vergini terre per conservarvi nel seno ferace utile sementa onde rendere ubertosa e fiorente e bella questa magnifica piana lombardo-veneta.

Sapiente opera di liberi cittadini che propugnò l'uguaglianza dei diritti, ch'è la legge più santa sopra cui pone base la libertà di un governo, sapiente giudizio di pubblica economia morale che largì provvide leggi intese ad uno sminuzzamento di proprietà e di diritti per i quali la intera nazione si compose a corpo civile.

TERRE CENSUALI fu chiamato questa specie di contrattazione che si potrebbe oggi paragonare ai beni gravati di livello e di decima: infatti il diritto di proprietà conservando il proprio valore e le proprie prerogative associava quello di possesso reale quando era ceduto ad altrui con l'obbligo di corrispondere un'annua determinata pecunia o quantità di frutti in proporzione del raccolto. (1).

(1) Statuti Lib. II° Rub. 7.

TERRE VASSALLATICHE Ai tempi della Repubblica *Vassallo* era chiamato chi da un ricco signore in rimunerazione dei propri servizi o per affezione naturale aveva ricevuto una terra da coltivare a patti e condizioni enfiteutiche e tale diritto a lui accordato si tramandava per legge nei suoi successori in perpetuo. (1).

TERRE COLONICHE erano le terre affidate ad uomini liberi arricchiti di speciali diritti i quali prestavano l'opera loro nella coltivazione del terreno posseduto da altri, non come schiavi. (2).

TERRE LOCATE nei contratti di affittanza si modellavano le forme enfiteutiche per cui chi dava in affitto una cosa, manteneva in essa il dominio e la proprietà ma non il possesso, conceduto al conduttore del fondo. (3).

\+
\+ \+

Il dissodamento del terreno, abbiamo detto, le opere di bonifica in territorio circondato a diviso da prepotenti fiumi quali: Po, Mincio, Oglio, Chiese, Secchia, consigliarono la concessione e la divisione della terra ai coloni da parte della Chiesa e dei possessi quindi del mantovano e del veronese di quel tempo conservandone il diretto dominio e ritraendone un'annua ricognizione. Concessioni che non sempre, ripetiamo, vennero qualificate enfiteusi comunque il dissodamento del terreno ne fosse la causa e scopo e che nelle antiche investiture sono qualificate : *feudum*, *livellum*, *fictum*, *decima*, *locatio*

(1) Statuti libr. II. Rub. 9.
(2) » » » » 9.
(3) » » » » 14.

perpetua ed a volte tutte insieme. *Feudum* è detto impropriamente, come insegna la storia locale, la consuetudine, la giurisprudenza del Supremo Collegio (1) in quanto l'investito non è tenuto ad alcun servigio personale ma soltanto alla prestazione del giuramento di fedeltà che da ultimo più non esigeva. E la ragione di una tale confusione di simili denominazioni in contratti enfiteutici mantovani, chi la ricerca con erudita curiosità, può trovare nello statuto Bonacolsiano (2) « *De ingrosationibus* » dove leggesi: *feudi, terrae, emphiteotice vel fictalicie vel decimales aut condictionales* dove feudo, enfiteusi, affitto perpetuo, decima e contratto parziario sono sin d'allora trattate alla stessa stregua.

Perciò a chi studia i diritti decimali ed enfiteutici del mantovano ed in special modo quelli di cui è causa, capita di leggere che « *il Ven. Monisterio di S. Catterina martire* (3) *quale conduttore delle tre quarte parti della decima di Monzambano... in forza de suoi antichi titoli fino dall'anno di suo acquisto 1413, 10 marzo dalla Comunità di Monzambano... qual decima consiste, tre quarte parti di tutte le frugi, cioè mazurini, minuti, fazoli, uve, ulive di campagna*, dove il diritto di esigere la corresponsione parziaria è chiaramente denominato: decima.

Nei più antichi documenti (investitura 4 Maggio 1291 - 23 Novembre 1325 - 24 Aprile 1330 - 8 Maggio 1350 - 5 Dicembre 1351 - 11 Dicembre 1409 (4) fu investito il Monastero con la espressione: « *antico retto legale feudo e decima, ragion di de-*

(1) Cass. Sez. III - 26-3-1928 Giur. It. 1-1-1307.
(2) Statuti II - 49.
(3) Genovizzi - Cattastico della decima corte Sparavieri doc. n. 15.
(4) Investiture esistenti negli antichi archivi veronesi.

cimare e raccogliere in tutta la villa e la corte ».

E così pure nella investitura 4 Novembre 1455 (1) con cui il vescovo investiva il Convento di S. Maria in Organis di Monzambano leggesi: « *Constitutum jure recte, legalis et antiqui feudi, ac jure locationis et pheudi* » ed altrove nello stesso documento dicesi invece « *recognitione pheudi et decimae* ».

Così variamente fino all'epoca delle investiture prodotte (2) dove troviamo: nell'intestazione dell'atto *Renovatio locationis perpetualis*, e nel corpo dell'atto, è invece denominato: *livello pertpetuo*. Si ripete però sempre in detti atti, il dovere da parte dell'investito *di aver, tener, e migliorar et non pegiorar*. Al 1825 la denominazione del diritto è invece *livello e decima* come appare dallo stato di consistenza patrimoniale prodotto (3) ed i diritti nella elencazione, *decima, quartesi e livelli*.

Aggiungiamo per quanto riguarda la pomposa ed erronea denominazione di *feudo* (4) col conforto del d'Arco « che veri feudi in Mantova non esistevano sebbene durasse il mantenimento di certi diritti feudali nei Vescovi ed in qualche corporazione ecclesiastica ».

La mantovana giurisprudenza a questo proposito giudicò (5) *feuda nostra sunt feuda impropria quia non habent onus militaris seu personalis servitii; quia sunt rustica uti consistentia in praedis rusticis nullae jurisdictionis dignitatis vel tituli marchionalis sive comitatus prerogativa decoratus; quia om-*

(1) Arch. Stor. di Mantova reg. 10 car. 358.
(2) Doc. n. 6, 7.
(3) Doc. n. 20.
(4) D'Arco - Storia di Mantova.
(5) Causa mantuana bonorum feudalium inter. Episcopum Mantuæ et Blancas del Matto Guidotto - Mantuae 1710.

nia nostra feuda vel sunt censualia sub onere annui census seu canonis domino persolvendo, vel sunt concessa cum qualitate feudi honorifici sive feudi franchi quod importat franchitiam seu immunitatem ab omni servitio et onere.

\+
\+ \+

Con atto di citazione 15 Maggio 1935 N. 1685 rep. Uff. Giud. Galvani, la Signora Fumagalli Carolina ammessa al beneficio del G. P. premesso che l'avo suo Signor Fumagalli Giovanni con rogito 19 Ottobre 1840 N. 8759 rep. Notaio Melleri di Mantova acquistava dall'intendenza di Finanza di Mantova il *diritto perpetuo di esigere i quartesi e quarantino* su fondi posti in Comune di Monzambano provenienti dai soppressi conventi S. Maria in Organi e S. Caterina martire di Verona; che tale diritto perpetuo riguarda l'esazione della quarantesima parte dei prodotti vari di fondi in Comune di Monzambano; che tale diritto venne esercitato dall'originario proprietario Signor Fumagalli Giovanni ininterrottamente e quindi dal successore figlio Icilio fino al 1915; che fra i decimanti esistono anche i Bernardelli Plinio ed Ernesto-Luigi di Monzambano proprietari di Ha. 3.84.85 f° LV di Monzambano N. 88, 89, 90, 91, 92 per acquisto fattone; che ogni amichevole pratica per addivenire alla ricognizione aveva avuto esito negativo, conveniva, essa Fumagalli, i suddetti Bernardelli avanti il Tribunale di Mantova per sentir giudicare accogliersi le domande di citazione e cioè : essere tenuti i convenuti quali possessori di terreno in

Monzambano a riconoscere nella istante Fumagalli o chi per essa avente diritto alla riscossione dei prodotti decimali o del loro equivalente in denaro giusta l'atto Melleri.

Dovere per conseguenza pagare la decima dell'ultimo quinquennio e gli oneri enfiteutici tutti relativi alla decima stessa ed il laudemio di trapasso.

Dovere i convenuti assumere a mezzo di notaio ed a loro spese la rinnovativa investitura degli stabili obnoxi alla decima, in difetto tenere l'emananda sentenza luogo d'investitura oppure, ove i convenuti lo preferiscano, prestarsi a riscattare la proprietà ed affrancare a tutte loro spese lo stabile a norma delle vigenti leggi. Spese di lite rifuse, onorari e provvisoria esecuzione. In via subordinata ammettersi perizia giudiziale a mezzo unico perito nella persona proposta dal Geom. Tito Cazzaniga o tecnico da concordare, sul quesito, accerti la identità del fondo ai fini delle prestazioni enfiteutiche tenuti presenti i documenti prodotti e gli altri producendi, previa ispezione dei luoghi e mappe censuarie tutte ed eseguita ogni altra indagine oggettiva indichi quale parte del fondo di proprietà dei convenuti sia soggetta all'onere decimale e ne fissi il corrispettivo in denaro. Il Tribunale di Mantova con sua sentenza 9-11 Marzo 1936 giudicava: « reietta ogni contraria istanza ed eccezione: ordina la perizia giudiziale sul seguente quesito: dica il perito se tutti, e quali degli immobili acquistati dai convenuti Bernardelli Plinio, Ernesto-Luigi fratelli con ro-

gito 10 Novembre 1922 N. 356 rep. notaio Dott. Aristide Federici di Gazoldo degli Ippoliti siano compresi nel rogito 19 Ottobre 1840 N. 8759 rep. notaio Camillo Melleri fu Giuseppe e determini l'ammontare annuale degli oneri dovuti. Nomina perito il Geom. Tito Cazzaniga e prescrive allo stesso di presentare la relazione peritale nel termine di giorni 30 dalla prestazione del giuramento. Riserva ogni giudizio sul merito e sulle spese.

Contro tale sentenza appellavano i Bernadelli avanti la Corte di Brescia con citazione 27-3-1936 nel qual giudizio di merito l'appellata Fumagalli si limitava a chiedere la conferma della sentenza e gli appellanti Bernardelli eccepivano al momento della discussione della causa la mancanza di legittimazione della stessa laddove in prime cure e per tutta la durata del giudizio di appello (ben conoscendo il valore del rogito di cessione dei diritti decimali Dott. Cazzaniga) erano rimasti silenziosi su tal punto. Infatti era noto agli appellanti ed ai suoi patroni che nel 1934 veniva a morire in Mantova di morte violenta l'Avv. Attilio Gozzi marito dell'appellata Fumagalli e che con la tragica sua scomparsa era venuto a scomparire il vistosissimo patrimonio della moglie Fumagalli e della suocera cui non rimaneva che il fumo dei diritti enfiteutici sul terreno di Monzambano, il carico dei suoi debiti morali e materiali, lacrime e singulti per eredità. Scomparsa la folla dei laudatores, dileguati i colleghi che avevano avuto forse grandi

servigi, nella rovina e nel lugubre silenzio susseguito ad un lacerante tragico sparo, non si videro che quattro occhi di donna stellanti pianto. L'aiuto morale a queste due naufragate anime in pena che solo avrebbe rifiutato l'animo di piccoli uomini, venne dato dai due nominati legali. Eccepivano ancora gli appellanti la sacramentalità della decima, *l'usucapio libertatis* e la prescrizione trentennale. La Corte di merito con sua sentenza ora impugnata respingeva con larga motivazione le proposte eccezioni, confermava l'appellata sentenza del Tribunale e rinviava la causa pel suo corso ulteriore ai primi giudici che provvedessero alle spese anche del giudizio di appello.

Col proposto ricorso 27 Agosto 1939 N. 2540 rep. Signore ripetono i ricorrenti le eccezioni avanzate nel giudizio di merito.

\+
\+ \+

Ci sia lecito ancora, prima di entrare nella discussione dei motivi, a proposito della condotta del patrono dei ricorrenti avanti la Corte di merito e della sua insistenza anche in questa sede circa la mancata legittimazione della Fumagalli, rifarci con le parole saggie dell'Illustre Sen. D'Amelio (1) « La vita forense non può essere valutata soltanto alla stregua delle disposizioni regolamentari e delle norme del calendario giudiziario, occorre sia sorretta da un vivo senso del dovere e della solidarità professionale. Si è ripetuto tante volte che i procuratori e gli avvocati sono fra i principali collaboratori della Giustizia, è vero, ma occorre che agiscano in modo che la Giusti-

(1) Frode processuale e solidarietà professionale in nota a senteuza Giur. It. 1937 1, 1, 533.

zia si compia nel modo più regolare e se ne agevoli il corso. La psicologia del *vir bonus* dev'essere immanente ed assidua sovratutto nei rapporti fra avvocati ed avvocati. La furberia usata nei loro rapporti è la meno tollerabile perchè è a danno non soltanto della solidarietà di classe, ma degli interessi del cliente e della Giustizia ».

MOTIVO I.

E' noto che per intentare un'azione giudiziaria è necessario avere un diritto azionabile, la qualità per agire, cioè la libera appartenenza del diritto e la capacità di stare in giudizio. Ora la Fumagalli aveva al momento della discussione della causa, interesse diretto ed attuale in virtù dell'avvenuto rogito di retrocessione? Nella specie la Corte di merito ha ammesso la possibilità concreta di una sanatoria in appello circa la legittimazione della resistente Fumagalli a stare in giudizio. E questa soluzione non crediamo possa essere validamente censurata in quanto la eccezione di irregolarifà di contraddittorio (sollevata solamente in sede di appello) non è di per sè stessa una eccezione perentoria nel senso che precluda alla controparte il diritto di rinnovare la domanda, per modo che a rigore, i ricorrenti Bernardelli non avrebbero nemmeno un valido reale ed attuale interesse ad insistere in questa sede sulle invalidità della sanatoria. E' bensì vero che la costituzione del rapporto processuale è di ordine pubblico, per la natura pubblicistica della funzione giurisdizionale, talchè, come ha deciso diverse

volte questo Supremo Collegio, il difetto di legittimazione può essere fatto valere in ogni stato e grado del giudizio e deve essere rilevato anche d'ufficio. Ma quando il contraddittorio al momento della discussione della causa di merito sia divenuto regolare e si costituisca regolare rapporto fra le parti, la mancanza di presupposti processuali viene a cessare e la eccezione non può più valere, la sanatoria giuridicamente possibile opera immediatamente.

Non occorre rammentare che è ammissibile ogni svolgimento del processo successivo alla citazione, per cui un nuovo legittimo elemento intervenga alla risoluzione fra i soggetti litiganti del contrasto giuridico e quando il rapporto giuridico processuale sia in definitiva costituito regolarmente si debbono superare le cavillosità defatigatorie che sono di ostacolo ad una giustizia seria e ragionevole e gli assurdi rigori formalistici che si frappongono alle esigenze della vita e alle umane necessità.

Avvertiamo appena che la Corte non può tener conto del doc. N. 6 avversariamente prodotto trattandosi di documento non sottoposto al giudice di merito, il quale fra l'altro, mai non potrebbe dimostrare l'assunto dei ricorrenti.

MOTIVO II.

I ricorrenti hanno sostenuto prima e sostengono ancor oggi che il diritto di cui si è disputato deve qualificarsi decima sacramentale non già enfiteusi mantovana. Sia detto subito che

la denunciata sentenza esaminando ed apprezzando i fatti ed i documenti della causa giudicò trattarsi di decima dominicale di natura enfiteutica attraverso un esame ed una interpretazione di documenti dalle parti prodotti.

Tale giudizio d'interpretazione di fatti è incensurabile avanti la Corte Suprema. La denunciata sentenza sul punto che Monzambano appartenga al territorio mantovano, ha implicitamente motivato affermativamente e poichè la storia è un fatto od un susseguirsi di fatti ed avvenimenti oggettivi (nè può modificarsi per la opinione inesatta di un qualunque bibliotecario) l'apprezzamento del giudice di merito che incide su circostanza di fatto non è censurabile in Cassazione.

Tale convinzione poi cui è prevenuta la sentenza della Corte con criterio, nè illogico, nè antigiuridico, attraverso l'esame di documenti di pubblici archivi da noi prodotti, rinnovazioni d'investiture, etc. non può essere mutato dal Supremo Collegio solo per comodità dei ricorrenti i quali hanno la pretesa di voler falsificare la storia patria, per egoismo e personale interesse. Abbiamo già dimostrato, e senza fatica alcuna nel giudizio di merito, con la produzione anche della carta topografica del D' Arco (1) l'appartenenza del territorio di Monzambano a Mantova fino dal tempo in cui questa si esigeva a repubblica ed abbozzato un quadro storico conologico ad uso dei ricorrenti, ma essi sono più che mai ostinati nell'errore con quella caparbietà che è la potenza degli impotenti con quell'ostina-

(1) Doc. n. 2.

zione che è il surrogato più a buon mercato del carattere.

Il diritto perpetuo e le ragioni di esigere e conseguire la 40ª parte dei prodotti (frumento, granoturco, uva, ogni specie detti minuti, olio ed agnelli) diritto denominato quartese e quarantino esercibile, *sopra tutti li beni posti nel territorio di Monzambano* nella complessiva estensione di campi *Veronesi 5479 circa*, il diritto perpetuo ad esigere la decima così detta Corte Sparavieri, che si estende su campi veronesi 242 e di tre quarti della decima detta di S. Nicolò sopra campi veronesi 157,10 di terreni tutti posti in Castellaro Lagusello (le quali decime si estendono ai prodotti di frumento, miglio, uva e paglia) vennero acquistati all'asta il 20.8.1934 da Fumagalli Giovanni e consacrati nell'istrumento a rogito Melleri 19.10.1840 N. 8759.

I diritti sovracitati di quartese o quarantino e di decime competevano alla I. R. Cassa di Ammortizzazione costituita amministratrice dei beni ecclesiastici appresi in forza delle legge eversive promulgate sul principio del secolo ed in sostituzione di enti monastici soppressi. Infatti il rogito Melleri ci apprende che i beni e diritti deliberati al Fumagalli appartenevano ai soppressi Conventi di S. Maria in Organis e di S. Caterina Martire di Verona. Da ciò si eruisce, che i surricordati diritti venduti dal R. Demanio non avevano per determinazione esclusiva, la somministrazione dei sacramenti ed in genere l'esercizio culto di una data plaga territoriale ma costituivano un vero

bene patrimoniale dalle corporazioni soppresse.

Donde si ritrae che se per l'art. 1 della legge 14 Luglio 1887 erano abolite le decime e le altre prestazioni in natura, di qualsiasi specie e denominazione senza compenso, quando abbiano per destinazione l'amministrazione dei sacramenti ed altri esercizi spirituali, e dietro una determinata commutazione in denaro, quando si tratti di prestazioni reali, prediali e dominicali senza la suindicata destinazione, quelle in cui si tratta evidentemente appartengono a questa seconda categoria.

A parte che nel diritto antico non esiste alcuna disposizione che elevi a presunzione juris degli elementi relativi alla sacramentalità e perciò costituisca, ripetiamo, questione di fatto l'indagine nei singoli casi se la disputata decima sia sacramentale o dominicale, è indubitato che i ricorrenti potrebbero, in ipotesi, impugnare la prestazione decimale-enfiteutica con altre eccezioni ma non già contro il titolo della Fumagalli, poichè (insieme con gli altri documenti tutti che provano la riscossione avvenuta anche dopo la legge 1887) quello esistente, fa prova di un diritto conservato anzichè abolito.

Esattamente poi la denunciata sentenza afferma che se pure sussistesse, in ipotesi, in origine la sacramentalità della decima questa sarebbe venuta a scomparire con la cessione del diritto a persona laica.

L'affermazione non è nuova anzi essa e tanto anziana quanto la giurisprudenza patria dal 1887 ad oggi.

Il motivo della legge 1887 è tutt'affatto oggettivo, quello cioè che la decima abbia avuto e conservato la causa e lo scopo insieme all'amministrazione dei sacramenti o di altro esercizio religioso. Ora dato e non concesso che in tempo remoto e al suo nascere la decima abbia avuto carattere sacramentale è indubbio che la indagine diretta a conoscere se essa abbia poi fino 1887 conservato lo scopo religioso, viene ad infrangersi contro il rogito Melleri 1840 dimostrando esso di aver perduto quel suo carattere e trasformandosi, con quel titolo abile a dare il dominio, in una prestazione fondiaria perpetua non abolita.

Quando il legislatore volle la soppressione di alcune categorie di prestazioni fondiarie, perchè ritenute illegittime e non più compatibili col nuovo ordinamento del diritto pubblico e privato, il legislatore lo sanzionò espressamente: ciò avvenne infatti per le decime propriamente dette, e cioè giurisdizionali e per le decime sacramentali. Ma tutte le altre prestazioni fondiarie, anche se esclusivamente fondate, come era nella maggioranza dei casi sul diuturno possesso ad esigere, furono considerate e trattate come « proprietà privata ».

Già il testo della legge non consente una diversa interpretazione. A questo proposito è significativo ricordare che si negò la soppressione delle decime sacramentali passate a titolo oneroso in mani laiche o come si diceva infeudate a privati. Contro il rigido senso di giustizia del legislatore del tempo non valse addurre che illegittima era ora divenuta, per legge, la causa

dell'obbligazione, e il broccardo: *resoluto jure dantis resolvitur ius accipientis*.

Si rilevò che anche in questo caso il creditore doveva essere tutelato perchè « *egli secondo le forme legittime delle istituzioni del tempo, fece acquisto mediante congruo compenso, di un diritto dalle stesse leggi di allora riconosciuto e munito della forza esecutoria al pari di qualsiasi altro diritto* ».

Ne consegue quindi, che la legge si trova di fronte ad un diritto privato di carattere ordinario, di cui il possessore non può senza ingiustizia, con provvedimenti eccezionali essere spogliato. (1).

Questo per le decime sacramentali che si pretendono soppresse e dove la soppressione si arrestò di fronte al loro passaggio in mani laiche.

L'indagine infine se un diritto di decima non appartenente ad enti ecclesiastici od aventi altrimenti finalità di culto sia di origine sacramentale anzichè dominicale è irrilevante ai fini della sussistenza ed efficacia del diritto stesso, poichè il legislatore ha inteso abolire **i diritti di decima aventi di fatto scopo di culto** e non quelli originariamente tali. Onde l'eccezione di sacramentalità non può essere opposta a persone laiche o comunque non agenti a favore del culto. Ma a convincere, ove vi fosse bisogno, che la prestazione de quo è dominicale basterebbe l'esame dei documenti N. 6 e 7 da cui appare che le investiture fine 1600 fatte dai monaci Olivetani di Monzam-

(1) Relazione al disegno di legge Conforti - Atti parlamentari Doc. n. 122 e cos sostanzialmente nei successivi che si conclusero con la legge 14 luglio 1887.

bano alla Comunità di quella terra portano il titolo di *locatio perpetualis* (e dove espressamente è richiamato lo Statuto mantovano per quanto riguarda il pagamento dell'onoranza) e poichè per mantovana consuetudine è risaputo che la decima, livello, affitto perpetuo ed enfiteusi in diritto erano tutte enfiteusi e come tali trattate, ed ancora essendo in tali investiture richiamato chiaramente lo scopo enfiteutico con l'obbligo da parte degli investiti di *aver, tener, goder, megliorar et non pegiorar* appare più che chiaro l'istituto enfiteutico della prestazione decimale.

\+
\+ \+

Atteso da ultimo che gli antichi documenti da noi citati si parla di *retto feudo legale* i ricorrenti potrebbero, equivocando, ritenere il diritto della resistente Fumagalli *decima feudale*.

Avvertiamo subito che la giurisprudenza di questo Supremo Collegio ha in proposito più volte affermato **che le decime di origine feudale costituite nella provincia di Venezia e di Mantova** non sono state abolite dalla legge 19 Aprile 1870 N. 5618 ma trasformate in rendite o prestazioni in natura affrancabili e che esse sfuggono pure all'abolizione prevista dall'art. 1 della legge 14 Luglio 1887 N. 4727 in quanto costituiscono prestazioni fondiarie *(annuae praestationes)* aventi carattere reale efficienti ai fondi in dipendenza della concessione (come a titolo di corrispettivo o riserva) e come tali dovute al signore feudale od a chi per lui non altrimenti che nelle prestazioni en-

fiteutiche dovute al direttario.

L'affermazione poi dei ricorrenti, dopo ciò che or or è stato detto, che Monzambano cioè ha sempre fatto parte del territorio veneto e ne ha seguita quindi la consuetudine, non ha alcun valore conclusivo circa il fine che i ricorrenti si propongono.

Le decime, storicamente parlando, è noto, risalgono ai tempi più remoti e dapprima non erano che obbligazioni spontanee in onore alla divinità, ma non sono un'istituto puramente religioso (1) ma anche civile ed erano in uso presso i Romani ed altri popoli prima del Cristianesimo.

Risalendo all'epoca romana, pervennero alla Chiesa le relazioni di possesso e di colonato insieme ad altri beni, dimodo che passati tali beni in proprietà della Chiesa, essa nella concessione, a cui diveniva di terreni di sua appartenenza, riservavasi le decime.

E' da notarsi col Pertile (2) (dagli avversari citato e richiamato più volte dal Guardasigilli nella discussione della Legge 14-7-1887) che la Chiesa, quanto al diritto comune, non ebbe a patire alcuna restrizione nella capacità di acquistare sia per atto fra vivi, che a causa di morte, valendo per consuetudine la volontà di un testatore anche se manifestata a segni, come il cenno del capo, oppure in risposta ad altrui interrogazione. Ed avendo anche gli imperatori fatte cessioni di terreno alla Chiesa ed ai Vescovi che a loro volta li cedevano a Mona-

(1) Pertile - Corso di Giur. Eccl. Tomo II Pag. 140.
(2) Pertile - Tomo II pag. 178.

steri ed a laici verso corresponsione di un censo, di un livello o di una decima, si può dedurre che fino dai tempi più remoti vi erano due sorta di decime: l'una che deriva da offerta spontanea per esercizi divini l'altra derivante da dominio e quasi dominio.

Coll'andare dei tempi anche le prime presero per consuetudine (e per essersi i beneficati mantenuti in possesso immemorabile) i caratteri di una vera obbligazione tanto di fronte alla legge ecclesiastica che civile e specialmente nella provincia veneta come si rileva dalla Terminazione 21 dicembre 1554 pel territorio di Treviso estesa a tutto il dominio veneto con la Legge 2 Agosto 1555, dallo Statuto di Padova (1) e finalmente dal decreto del primo regno d'Italia 15 giugno 1803 e dalla Sovrana Risoluzione 14 novembre 1818. Secondo la quale il diritto di decima, qualsiasi ne fosse l'appellazione o a qualunque persona morale ed individuale appartenesse, dovevasi regolare e decidersi giusta la norma in vigore nel precedente Governo Italico fondata nella massima *qui sunt soliti solvere solvant* che ricevette conferma dal paragrafo 10 del cod. civ, Austriaco. Poichè l'origine dominicale delle decime nel veneto come appare dalla legislazione è riconosciuto dalla giurisprudenza (come è stato avanti la Corte di merito dimostrato) la conclusione che se ne trae dalla errata affermazione avversaria è ad essi ricorrenti sfavorevole.

(1) Commento Giuseppe Bianchi (Tip. Penada 1820).

MOTIVO III.

Il diritto decimale-enfiteutico della Fumagalli è da classificarsi tra i diritti così detti complessi e non tra quelli unici: è perciò ad essi applicabile la massima *in facultativis non currit praescriptio*.

Il diritto di canone enfiteutico in verità non è un diritto unico e isolato, è un diritto complesso, è *il dominio diretto*, il quale comprende oltre al diritto di riscossione del canone, il diritto di prelazione ed il diritto di devoluzione: è dunque evidente una facoltà del dominio diretto, quella di riscuotere il canone in una somma di denaro equipollente invece che in una aliquota dei frutti del fondo. Facoltà ch'egli può esercitare sinchè non ha nulla in contrario e che può liberamente non più esercitare quando più gli convenga e ciò specialmente quando non sia più d'accordo sulla misura del denaro per la equivalenza alla percentuale dei prodotti del fondo. Esattamente quindi la denunciata sentenza afferma che la *usucapio libertatis* non può riferirsi ai diritti che non importano assoggettamento delle persone e delle cose altrui e che concorrono a formare il contenuto di quei diritti generalissimi definiti solo genericamente dalla legge, che sono poi i diritti di libertà, di proprietà e di uso e che formano la categoria dei diritti facoltativi. L'errore non è escluso nelle argomentazioni avversarie che adducono per dimostrare l'efficacia liberatoria della prescrizione decennale, poichè nessuna esercitazione dialettica può legittimare la viola-

zione dei principi, tanto più poi quando i principi sono fondamentali e sono esplicitamente accolti dalla legge imperante. Ad ogni modo, quando pure questi principi non esistessero e non imponessero una rivoluzione diametralmente opposta, quegli argomenti in sè stessi considerati, sarebbero sempre privi di ogni valore. Essi fanno capo infatti al concetto dell'*usucapio libertatis* poichè in sostanza, si dice, deve acquistarsi la proprietà libera da ogni limitazione poichè come pienamente libero si è posseduto il fondo.

Ma questo tentativo di risuscitare l'usucapione della libertà con funzione liberatoria universale, applicabile ad ogni sorta di diritti *in re aliena* quale conseguenza pura e semplice della inerzia del titolare nel decennio (che non basta a portare alla meta l'usucapione straordinaria) non può non essere irremissibilmente respinto, perchè ripugna ai precedenti storici, all'essenza dell'*usucapio libertatis*, alle norme accolte dal nostro ordinamento giuridico se si vuol dimenticare anche la dottrina e la giurisprudenza di questo Supremo Collegio.

Se questi argomenti valgono per il diritto enfiteutico tanto maggiormente varranno pel diritto decimale dominicale in quanto è noto che esso non è un diritto il cui esercizio involga la necessità del possesso del fondo *obnoxio*. Infatti il nostro codice non accenna menomamente al preteso diritto reale di decima, nè la dottrina, quando si occupa di certe forme storiche di diritti reali che possono ritenersi conservate, annovera fra

tali forme la decima dominicale. Anticamente la decima dominicale rispondeva ad uno scopo di garanzia reale, ma nemmeno fra i diritti reali di garanzia esso può venire collocata, perchè non conferisce, (come dovrebbe fare per essere un diritto reale di garanzia) la facoltà di vendere la cosa vincolata e di conseguirne, con esclusione di ogni altro creditore, il valore a soddisfacimento del credito insoddisfatto.

Si potrebbe pensare ad un'affinità fra la decima dominicale e i diritti reali sulla cosa altrui, come la servitù, ma anche tale affinità va esclusa, perchè la sostanza del contenuto reale della decima dominicale non stà nell'asserita facoltà di entrare nel fondo del decimato per raccogliere quella quota di frutti *che il decimato ha volontariamente staccato*, ma nella possibilità giuridica di costringere chiunque possieda detto fondo a consegnare una parte dei frutti. Non dunque un diritto reale, nè diritto reale di garanzia e nemmeno diritto reale sulla cosa altrui è la decima dominicale sibbene un onere reale, e cioè un diritto di obbligazione o reale di credito, che partecipa del diritto reale soltanto perchè chiunque si trovi nel possesso del fondo *obnoxio*, per il semplice fatto di possedere un fondo stesso PUO' NON CON AZIONE REALE, MA CON AZIONE PERSONALE, essere costretto a consegnare la quota di frutti spettante al titolare della decima. E se il fondo *obnoxio* entra in campo quando trattasi di decima dominicale, solo per assicurare, in qualche modo, con le sue rendite l'adempimento del-

l'obbligo del decimato, è certo che la decima dominicale è un diritto il cui esercizio è indipendente dal possesso del fondo stesso.

Il potere corrispondente a tale diritto, di conseguire una quota di frutti non può quindi, solo perchè i frutti stessi sono stati percepiti per dieci anni dal possessore dell'immobile, entrare a far parte di quel complesso di poteri che, verificandosi la prescrizione decennale, può concentrarsi come complesso di facoltà giuridiche nella persona a cui favore la prescrizione stessa si è avverata. Alla stessa conclusione si perviene qualora si tenga conto del comportamento del proprietario del fondo *obnoxio*, giacchè col fatto di raccogliere a far suoi, sia pure per dieci anni di seguito e nelle condizioni di cui all'art. 2137 C. Civ. tutti i frutti del fondo stesso, egli non pone uno stato di cose escludente la possibilità che in avvenire il diritto di decima dominicale sia esercitato e soddisfatto. Ecco, dunque, perchè nella fattispecie la tesi degli avversari non può accogliersi nè può estinguersi per effetto della prescrizione decennale il diritto di decima dominicale della resistente Fumagalli. Non si può estinguere perchè non è logicamente e giuridicamente ammissibile che in detta specie il potere del decimatore si trasferisca al proprietario e resti assorbito nel diritto di proprietà. Manca l'effetto estintivo dell'usucapione perchè ne manca prima di tutto l'effetto acquisitivo, e questo a sua volta manca perchè il possessore del fondo che raccoglie tutti i frutti non

esercita, facendo ciò, una facoltà che in parte spetta al decimatore.

MOTIVO IV.

I ricorrenti ripetono in questa sede, come già nei precorsi giudizi si limitarono ad apporre che spettava alla Fumagalli di dare la prova dell'esercizio del diritto vantato, quando invece la Corte non meno esattamente del Tribunale ribattè che sarebbe spettato ai convenuti di dare la prova delle condizioni dell'art. 2135 cod. civ, Secondo insegnamenti di codesto Supremo Collegio, la mancata prestazione del canone enfiteutico pel corso di un trentennio è inefficace al fine dell'acquisto del dominio diretto, perchè l'enfiteuta e i suoi successori a titolo universale, nonchè gli acquirenti del dominio utile, possiedono *nomine alieno* e dovendosi perciò assimilare ai possessori a titolo precario, non possono allegare come titolo d'acquisto l'usucapione, se non abbiano fornito la prova della *interversio possessionis* cioè a dire della mutazione del titolo di possesso. In difetto di tale prova, l'inadempimento dell'enfiteuta protrattosi pel trentennio ha efficiacia liberatoria per le annualità maturatesi, ma lascia integro il dominio diretto. Nella specie, la difesa dei ricorrenti Bernardelli avanti i giudici di merito, si limitò a dedurre genericamente, la mancata osservanza degli obblighi contrattuali e codesto fatto negativo senza il concorso diretto di una prova ad accertare i presupposti della suindicata prescrizione, mutamento della causa di possesso ed esercizio del

possesso *(animo domini)* durante il trentennio, era del tutto frustaneo. Senonchè i ricorrenti si sono trovati nella impossibilità di poter far fornire una tal prova.

Infatti essi stessi confessano di aver acquistato il fondo *obnoxio* con atto trascritto il 18-11-1922 dal loro dante causa Rossetti Achille; e poichè dalla documentazione in atti (doc. N. 22) è provato che il Rossetti pagò la decima sino al 1887 e, dato e non concesso, ch'egli non avesse più pagato fino al 1915, è provato ancora (doc. N. 21) che nel 1915 cioè nell'ultimo trentennio egli ricevette notifica di citazione interruttiva della prescrizione avanti il conciliatore di Monzambano per il pagamento della decima. Ciò fu accertato dalla denunciata sentenza della Corte contrariamente alla gratuita affermazione degli avversari che in questa sede al motivo III° affermano **ai Bernardelli ed ai loro autori non è stato mai notificato alcun atto giudiziale che contestasse la sussistenza di una qualsiasi obnoxietà gravante sul fondo posseduto da essi e dai loro danti causa in piena incontrastata libertà.**

E' inesatto quindi che la denunciata sentenza non abbia in proposito interloquito poichè essa è negli atti ad attestare il contrario con le parole: **ad ogni modo se pure occorresse dirlo, l'asserzione dell'attrice Fumagalli circa l'esercizio del diritto da essa vantato nell' ultimo trentennio rimane provato dal fatto che nell'anno 1915 proprio il Rossetti Achille, dante causa dei Bernardelli, ricevette notifica di citazione**

avanti il conciliatore di Monzambano per il pagamento della decima.

L'apprezzamento di merito circa l'avvenuto adempimento di un onere processuale è incensurabile in cassazione, cosicchè la doglianza dei ricorrenti dovrà essere anche per questa ragione rigettata.

E C C E L L E N Z E

Abbiamo esposte le ragioni che confutano le ingiuste pretese contenute nel ricorso avversario e se è vero, come afferma Ovidio che « una causa cattiva peggiora col volerla difendere », noi siamo certi che i nostri contradditori sono tanto poco convinti di quanto affermano che sono giunti persino a smentire se stessi. Il documento N. 24 prodotto avanti la Corte di merito contiene le memorie presentate in causa decimale analoga dove i nostri contradditori esposero, avanti la Corte di Brescia, riportando vittoria, le ragioni contrarie alla tesi oggi sostenuta con ampio riferimento alla storia locale, alla mantovana consuetudine, ai diritti decimali-enfiteutici, all'usucapione, alla prescrizione estintiva.

Essi in questa sede hanno rivoltati i loro convincimenti ad uso di un abito per servirsene due volte, una a diritto ed una a rovescio e gli sforzi che li vediamo fare a sostegno dell'assunto impossibile ci fanno risovvenire quello che Democrito disse a Protagora: « *Quum ingenium bene faciendi habeas, sunt majora meliorasque, quae facere mecum possis* ».

E se non tradiscono le parole del De Officis: « fondamento di giustizia è fede, cioè verità e fermezza delle cose dette e promesse » se è vero che fedeltà alle proprie idee e convincimenti è indizio della buona causa, se costanza alle proprie idee è milizia di patroni che difendono la speranza dei miseri e la vita dei posteri, possiamo pienamente confidare che la vostra sapienza, chiamata a risolvere le trattate questioni, consiglierà il rigetto del presentato ricorso avversario.

Avv. Angelo Ungaro

Avv. Cons. Naz. Filippo Ungaro

Avv. Ivanoe Bonomi

Avv. Forani Luigi

Avv. Ennio Avanzini

Avv. Luigi Balzo est.

AVV. LUIGI BALZO

MANTOVA
TEL. 19-51
VIA G. CHIASSI, 34

24.2.1940

PREG. SIGN. AVv. IVANOE BONOMI Piazza della Liberta 4

R o ma

Non sò che cosa mai avrà pensato di menon avendomi visto dopo la preannunciata mia telefonata in occasione della mia ultima venuta a Roma. Il malanno che mi affligge dal 1917 mi ha proprio col pito nel piovoso pomeriggio di quella giornata ed io con un febbrile attacco reumatico ho dovuto mettermi in treno alla sera stessa. Mi riprendo ora come al solito dopo qualche settimana di cure intense.

Mentre la prego di voler quindi scusare la mia assenza forzata che mi ha privato fra l'altro di passare con lei una invidiata mezz'ora, sappia che l'Avv. Filippo Ungaro mi ha scritto pochi giorni or sono dandomi notizia che la cuasa di Cassazione Fumagalli Bernardelli

sarà probabilissimente chiamata col ruolo del mese di aprile.

Gradisca intanto i miei più cordiali e distinti saluti nella speranza che alla mia prossima venuta a Roma non mi capiti altro infortunio del genere.

Luigi Pirandello

AVV. LUIGI BALZO

MANTOVA
VIA G. CHIASSI N. 34
Tel. 19-51

7 -1-41-XIX

A S.E. il Prof. Avv. Ivanoe Bonomi

Piazza della Libertà 4

R O M A

Cara Eccellenza,

grazie degli auguri e molto più per le gentili espressioni contenute nella lettera 26 Dicembre relative alla mie memorie nella causa sulla Decima di Monzambano. Ho infatti in animo di pubblicare una monografia sulla materia e se potrà uno studio vero e proprio sul diritto enfiteutico mantovano. Sarà mio dovere non appena pubblicato fargliene avere copia.

Non ho ancora notizia della richiesta circa di mutuo di cui ebbi a parlarLe nell'ultima visita ed attendo a tutt'oggi che il Cliente mi munisca di una regolare delega ed impegno a trattare.=

Allegato alla presente troverà l'avviso di udienza avanti la Corte dei Conti per il 30 corr. del cliente Rossi di Sustinente tendente ad ottenere la pensione di guerra per un figlio deceduto nel 1917-18. Se Ella crede di accettare l'incarico, trattandosi di cliente indigente potrei farLe avere il misero compenso di L. 100 in via anticipata, salvo liquidazione a buon fine del ricorso stesso. Io della pratica e del ricorso presentato non me so nulla. Veda Lei di che si tratta esaminando il fascicolo. Se fosse necessario il produrre qualche documento mi avverta perchè prima del 20 corr. cercherò di fargliene invio. Il Rossi è affezionato cliente e conoscendoLa è passato da me stamane per pregarmi di appoggiare a Lei la pratica.

In attesa di leggerLa gradisca i miei più cordiali e distinti saluti.

Luigi Balzo

AVV. LUIGI BALZO

MANTOVA
VIA G. CHIASSI N. 34
Tel. 19-51

22/1/41

Cara Eccellenza,

Rispondo con qualche ritardo alla sua: ma la ragione è dovuta al fatto che ho dovuto sentire dal cliente (che abita ora a S. Benedetto Po) se era in possesso delle notificate conclusioni del Proc. Gen. Malauguratamente non trova più il piego, ma da quanto asseritomi sembra fossero contrarie. Conviene in tal caso affidarci alla sorte, che purtroppo non sarà benigna. Attendo che lo studio Lungaro provveda alla notifica della sentenza di Cassazione - Rumagalli - Bernardelli per procedere agli atti esecutivi per le spese. Non dimentico pertanto nemmeno Lei!

Gradisca i miei saluti cordiali e distinti

Devm Luigi Balzo

Ricorso N. 162086 Mod. 498

CORTE DEI CONTI

DEL REGNO D'ITALIA

SEZIONE SPECIALE PENSIONI DI GUERRA

SEGRETERIA

OGGETTO

—

Avviso d'udienza

Ricorso

Rossi Giovanni fu Domenico

Si dà avviso che con decreto presidenziale è stata fissata per *l'udienza del* 30 GEN. 1941 Anno XIX *alle ore* 9 *la discussione del ricorso a margine segnato.*

(Il termine utile per l'ulteriore eventuale deposito di atti e documenti scade il 20 GEN. 1941 Anno XIX).

Roma, addì 23 DIC. 1940 Anno XIX *19*

Il Segretario Generale

C. S.

S. Benedetto

Tip. Baldazzi Roma - Ord. 190 - 5-7-39 (15.000)