

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

già diretto da

GIUSEPPE DALLA TORRE

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI
 Rettore Università
 “Lumsa”

MARIO CARAVALE
 Prof. Em. Università
 di Roma “La Sapienza”

FRANCESCO P. CASAVOLA
 Pres. Em.
 Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
 Prof. Em. Università
 di Roma “TorVergata”

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
 Prof. Em. Università
 di Bologna

JAVIER FRANCISCO
 FERRER ORTIZ
 Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI
 Ord. Università di
 Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
 Prof. Em. Università
 di Napoli “Federico II”

PASQUALE LILLO
 Ord. Università della
 “Tuscia” di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
 Ord. Università
 di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
 Prof. Em. Università
 di Firenze

PAOLO MENGOSZI
 Prof. Em. Università
 di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID
 Cat. Universitat
 de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO
 Cat. Universidad
 de Huelva

ALBERTO ROMANO
 Prof. Em. Università
 di Roma “La Sapienza”



STEM Mucchi Editore

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

già diretto da

GIUSEPPE DALLA TORRE

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI

Rettore Università
"Lumsa"

MARIO CARVALE

Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA

Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO

Prof. Em. Università
di Roma "Tor Vergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

Prof. Em. Università
di Bologna

JAVIER FRANCISCO

FERRER ORTIZ
Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI

Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA

Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO

Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI

Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI

Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOLZI

Prof. Em. Università
di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID

Cat. Universitat
de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO

Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO

Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

Anno CLIV - Fascicolo 2 2022



STEM Mucchi editore

Amministrazione: Stem Mucchi editore S.r.l.

Direzione: Via Zamboni, 27/29 - 40126 Bologna

Redazione: Via Zamboni, 27/29 - 40126 Bologna; Via della Traspontina, 21 - 00193 Roma

Autorizzazione: del Tribunale di Modena, n. 328 dell'11-05-1957

Direttore responsabile: Marco Mucchi

Periodico trimestrale, prezzi abbonamento

Formato cartaceo Italia € 114,00

Formato cartaceo estero 164,00

Formato digitale (con login)..... 98,00

Formato digitale (con ip) 107,00

Formato cartaceo Italia + digitale (con login)..... 136,00

Formato cartaceo estero + digitale (con login) 185,00

Formato cartaceo Italia + digitale (con ip) 145,00

Formato cartaceo estero + digitale (con ip) 194,00

Fascicolo singolo cartaceo' 30,00

Fascicolo singolo digitale 25,00

Tutti i prezzi si intendono iva e costi di spedizione inclusi. *Escluse spese di spedizione.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'annata successiva se non annullati (tramite comunicazione scritta a info@mucchieditore.it) entro il 31 dicembre del corrente anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo (più spese di spedizione). Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'amministrazione della Rivista. Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della Rivista.

Il cliente ha la facoltà di revocare gli ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla sede della Casa editrice, o scrivendo a info@pec.mucchieditore.it entro le successive 48 ore (identificazione del cliente e dell'ordine revocato). Nel caso in cui la merce sia già stata spedita il reso è a carico del cliente e il rimborso avverrà solo a merce ricevuta. Per gli abbonamenti eventuale revoca deve essere comunicata entro e non oltre il 7° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

© Stem Mucchi Editore S.r.l. - 2022

Via Jugoslavia, 14 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94

e-mail: info@mucchieditore.it - info@pec.mucchieditore.it

indirizzi web: www.mucchieditore.it - www.archiviogiuridiconline.it

facebook - twitter - instagram

Tipografia, impaginazione, web: Stem Mucchi Editore (MO). Stampa: Legodigit (TN).

Finito di stampare nel mese di luglio del 2022.

Direzione

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Francesco Bonini – Rettore Università “Lumsa”; Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D’Agostino – Prof. Em. Università di Roma “Tor Vergata”; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Javier Francisco Ferrer Ortiz – Cat. Universidad de Zaragoza; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Francisca Pérez Madrid – Cat. Universitat de Barcelona; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna
Salvatore Amato – Università di Catania
Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma
Christian Baldus – Università di Heidelberg
Michele Belletti – Università di Bologna
Michele Caianiello – Università di Bologna
Marco Cavina – Università di Bologna
Olivier Echappé – Université de Lyon 3
Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore
Montserrat Gas-Aixendri – Universitat Internacional de Catalunya
Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano
Herbert Kronke – Università di Heidelberg
Alessia Legnani Annichini – Università di Bologna
Francesco Morandi – Università di Sassari
Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid
Paolo Papanti Pelletier – Università di Roma “Tor Vergata”
Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne
Angelo Rinella – “Lumsa” di Roma
Giuseppe Rivetti – Università di Macerata
Gianni Santucci – Università di Trento
Nicoletta Sarti – Università di Bologna
Carmelo Elio Tavilla – Università di Modena e Reggio Emilia

Redazione

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum – Avvocato del Foro di Roma; Dott.ssa Maria Teresa Capozza – “Lumsa” di Roma; Dott. Matteo Carnì – “Lumsa” di Roma; Dott. Francesco Galluzzo – Univ. Cattolica di Milano; Prof. Manuel Ganarin – Università di Bologna; Prof. Juan José Guardia Hernández – Universitat Internacional de Catalunya; Dott. Alessandro Perego – Università di Padova; Dott. Nico Tonti – Università di Bologna

Darjn A.N. Costa

DALLA *LEX BARBARIUS* ALLA L. 241/1990. PROSPETTIVE STORICO-COMPARATISTICHE SULL'ATTIVITÀ DEL FUNZIONARIO DI FATTO

II. LE TEORIE SULLA VALIDITÀ DEGLI ATTI. SVILUPPI E RICHIAMI NEGLI ORDINAMENTI MODERNI*

SOMMARIO: Premessa. – 1. La validità degli atti del funzionario di fatto. – 1.1. Buona fede e affidamento del terzo. – 1.2. Conservazione degli atti e continuità dell'azione. – 2. L'applicazione della *lex Barbarius* in diritto canonico. – 3. Richiami moderni.

Premessa

Dopo aver affrontato, nel precedente scritto, le diverse forme in cui si concretizza la figura del funzionario di fatto, si analizzerà in questa sede il vero *punctum pruriens*, ossia la validità degli atti da questo prodotti, partendo dalle soluzioni proposte dai giuristi romani per *Barbarius Philippus*, attraverso la *lex Barbarius*, per giungere alle influenze nell'ordinamento italiano e canonico in particolare, con alcuni esempi stranieri, attraverso l'analisi delle discipline preposte e degli interventi giurisprudenziali in materia.

* La prima parte del contributo, sottoposto a valutazione, è stata pubblicata in questa *Rivista*, 2022, 1, pp. 163-195.

1. La validità degli atti del funzionario di fatto

Già al tempo del *servus fugitivus* Barbario Filippo i giuristi si chiesero che sorte avrebbero dovuto avere gli editti ed i decreti emanati da tale carica ‘viziata’, alternandosi le due teorie della nullità e della validità, «a cagione del vantaggio di quelli che a lui assoggettarono la loro causa in virtù della legge o del diritto» (D. 1.14.3).

Ulpiano¹ propendeva per la ricerca della validità degli atti, posti in essere dal ‘funzionario di fatto’, nell’*utilitas*², per cui il popolo romano avrebbe potuto consacrare pretore il servo pur conoscendone la condizione sociale, dapprima liberandolo e poi accordandogli la *potestas* pretoria, in tal modo confermandone la carica («se avesse saputo che era servo, lo avrebbe reso libero»)³. La validità della carica sarebbe derivata, pertanto, dal fatto che lo *status* servile – inficiante la nomina –

¹ D. 1.14.3 (Ulp. 38 *ad Sab.*).

² Sul concetto di *utilitas* si v.: M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002, in partic. p. 141 ss. sulla vicenda di *Barbarius*; P. CERAMI, *Strutture costituzionali romane e irrituale assunzione di pubblici uffici*, in *AUPA*, 1970, p. 236 ss., secondo cui «La convergenza delle azioni-poteri verso l’*utilitas communis* è significata, nelle fonti repubblicane, con il termine ‘*concordia*’, che corrisponde, a grandi linee, alla locuzione greca δμόνοια» (ivi p. 237; v. anche Liv., *Ab Urb. cond.* 2.33.1: *Agi deinde de concordia coeptum, concessumque in condiciones ut plebi sui magistratus essent sacrosancti quibus auxilii latio aduersus consules esset, neue cui patrum capere eum magistratum liceret.*); ID., *Potere ed ordinamento nell’esperienza costituzionale romana*, Torino, 1996³, p. 117 («l’*utilitas*, lungi dall’assurgere a momento deontologico dell’azione, rimane anch’essa sul piano dell’essere. L’*utilitas*, in altri termini, non è norma, non è astratta misura dell’azione, ma requisito concreto da accertare caso per caso») e p. 169 ss.

³ Cfr. V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (secoli I-IV d.C.)*. *Studi di diritto pubblico romano*, Torino, 2016, p. 56. Per P. CERAMI, *Potere*, cit., p. 78 s., *imperium*, *potestas* e *auctoritas* erano le principali locuzioni con cui nel linguaggio giuspubblicistico ci si riferiva all’idea di ‘potere’, ove *potestas* aveva due differenti accezioni: una lata comprendente il concetto generico di potere politico, ed in senso stretto come contrapposizione ad *imperium* designando l’*agere licere*, quale complesso di facoltà e funzioni in una determinata sfera di competenza.

avrebbe potuto essere oggetto di ‘sanatoria’ da parte del popolo romano⁴.

Pomponio, a cui Ulpiano fa riferimento, affermò che la schiavitù non fu di ostacolo a *Barbarius, designatus* pretore, poiché pur non essendo pretore ne esercitò – di fatto – la carica, che così risultò valida⁵; nulla però riferì il giurista riguardo alla validità degli atti da questo emanati.

La soluzione prospettata da Ulpiano per risolvere la vicenda di *Barbarius Philippus* ([...] *cum etiam potuit populus Romanus servo decernere hanc potestatem* [...]), in verità, non trova conforto ufficiale nelle fonti giuridiche romane ove non compare la formulazione positiva ‘*populus posse*’, utilizzata solo dal giurista di Tiro. Secondo Ulpiano, infatti, il popolo romano aveva il potere di *decernere, scire, facere*, con decisioni che non dovevano sottostare né alle leggi né al *ius*, secondo un principio già riportato nelle XII Tavole (*ut, quodcumque populus iussisset, id ius ratumque esset*)⁶, per cui i comizi avrebbe-

⁴ Cfr. F. VALLOCCHIA, *Sacerdoti e magistrati nel diritto pubblico romano*, in *Diritto@Storia*, 2011-2012; V. MAROTTA, *Populus e princeps nel diritto pubblico d'età imperiale. Storici, biografisti e giuristi*, in *SDHI*, 2014, p. 599 ss.

⁵ Cfr. V. MAROTTA, *Esercizio*, cit., p. 55, il quale si riporta a I. GOTHOFREDDI, *De electione magistratus inhabilis seu incapacis per errorem facta: dissertatio ad L. Barbarius Philippus III. D. de officio praetorum*, apud Paul. Diet. Schnorrium, Genevae, 1732, secondo cui: «*sed nihil ei servitutem obstetisse ait Pomponius: qua, si praetor non fuerit, aequum verum est, praetura eum functum*» (V. MAROTTA, *Esercizio*, cit., p. 55, nt. 45). Marotta evidenzia comunque la contraddittorietà del pensiero pomponiano, per cui nella protasi (*sed nihil ei servitutem obstetisse ait Pomponius*) si afferma che la schiavitù non fu di ostacolo a *Barbarius*, mentre nell'apodosi (*quasi praetor non fuerit*) viene negato il titolo di pretore, per cui «non si può escludere una malaccorta cesura del testo da parte dei compilatori, ma è forse preferibile accedere alla congettura di Iacobus Gothofredus, eliminando così ogni diffimità tra il pensiero di Pomponio e quello di Ulpiano» (*ivi*, p. 56; *Id.*, *Populus*, cit., p. 619). Si veda anche R.G. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano, riordinate da R.G. Pothier*, vol. I, Tipografia Giustiniana di Antonio Bazzarini, Venezia, 1841, p. 57.

⁶ XII Tab. 12.5 ed. Riccobono (12.2 in P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, I, Milano, 1958, p. 166 ss.); Liv., *Ab Urb. cond.* 7.17.12: *In secundo interregno orta contentio est, quod duo patricii consules creabantur, intercedentibusque tribunis interrex Fabius aiebat in duodecim tabulis legem esse ut, quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset; iussum populi et suffragia esse*. Sul punto, tra gli ultimi, F. VALLOCCHIA, *Sacerdoti*, cit., p. 7; G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Con-*

ro potuto creare diritto, anche abrogando eventuali norme che vi contrastassero o ignorando le preesistenti⁷.

Più numerosi appaiono, nelle fonti giuridiche, i riferimenti alla formulazione ‘*non posse*’ collegata ai *municipes*⁸; si veda, ad esempio, lo stesso Ulpiano quando afferma:

*sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. Et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt?*⁹

«Secondo i giuristi l'*imperium* (vale a dire la mommseniana ‘posizione imperatoria’)¹⁰ era sempre conferito al principe *per legem*: di conseguenza essi individuaronò, nella cosiddetta *lex de imperio*, il fondamento del suo potere normativo»¹¹. Che i poteri dei magistrati trovassero loro fondamento nel popolo elettore ci è testimoniato, oltre che da numerose fonti, anche da un passo di Cicerone:

*omnes potestates, imperia, curationes ab universo populo Romano proficisci convenit*¹².

tributo allo studio della storia della Rappresentanza, Milano, 2008, p. 25 ss., in partic. p. 27, nt. 11; E. QUADRATO, *Legislator: dal legem ferre al leges condere*, Bari, 2014, p. 16 ss., in partic. nt. 6; con riferimento al passo in esame come indicatore del criterio cronologico per la risoluzione delle antinomie si v. L. FRANCHINI, *La desuetudine delle XII tavole nell'età arcaica*, Milano, 2005, p. 10; V. MANNINO, *Questioni di diritto*, Milano, 2007, p. 95; M. EVANGELISTI, *Principato auctoritas solutio legibus*, Torino, 2018, p. 222; F. SINI, *A quibus iura civibus praescribentur. Ricerche sui giuristi del III secolo a.C.*, Torino, 1995, p. 77 ss.; Id., *Religione e poteri del popolo in Roma repubblicana*, in *Diritto@Storia*, 2007. Riguardo alle votazioni come potere del popolo si veda A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano. Ristampa emendata*, Torino, 2017, p. 38.

⁷ Cfr. V. MAROTTA, *Esercizio*, cit., p. 56.

⁸ Cfr. F. VALLOCCHIA, *Sacerdoti*, cit., p. 7.

⁹ D. 4.3.15.1 (Ulp. 11 ad ed.).

¹⁰ Secondo Mommsen, infatti, l'*imperium* derivante dalla ‘posizione imperatoria’ era conferito *per legem*; cfr. TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II, Hirzel, Leipzig, 1887, pp. 876 s. e 877, nt. 1; V. MAROTTA, *Populus*, cit., pp. 599 e 610.

¹¹ Da V. MAROTTA, *Populus*, cit., p. 610.

¹² Cic., *De lege agraria* 2.7.17. Si v. F. VALLOCCHIA, *Sacerdoti*, cit., p. 4 s.

Ai tempi di Cassio Dione le cariche magistratuali erano ancora dipendenti dall'elezione del popolo, anche se per le elezioni di consoli e pretori si trattava «di pura apparenza»¹³. Ulpiano considerava la sovranità popolare come ancora operante nelle assemblee comiziali¹⁴. Ancor più valida, pertanto, appare l'ipotesi sanatrice della carica illegittima nel caso in cui

¹³ Cfr. V. MAROTTA, *Populus*, cit., p. 609, da cui la traduzione del passo a seguire. Dio Cass., *Hist. Rom.*, 58.20.3-4: και περι μὲν τοὺς ὑπάτους ταῦτα διὰ πάσης ὡς εἶπεῖν τῆς ἡγεμονίας αὐτοῦ ἐγίνετο· τῶν δὲ δὴ τὰς ἄλλας ἀρχὰς αἰτούντων ἐξελέγετο ὅσους ἠθέλε, καὶ σφας ἐς τὸ συνέδριον ἐσέπεμπε, τοὺς μὲν συνιστὰς αὐτῶ, οἵπερ ὑπὸ πάντων ἠροῦντο, τοὺς δὲ ἐπὶ τε τοῖς δικαίωμασι καὶ ἐπὶ τῇ ὁμολογίᾳ τῶ τε κλήρῳ ποιούμενος. [4] καὶ μετὰ τοῦτο ἕξ τε τὸν δῆμον καὶ ἐς τὸ πλῆθος οἱ προσήκοντες ἐκατέρῳ, τῆς ἀρχαίας ὁσίας ἔνεκα, καθάπερ καὶ νῦν, ὥστε ἐν εἰκόνι δοκεῖν γίγνεσθαι, ἐσιόντες ἀπεδείκνυτο. εἰ δ' οὖν ποτε ἐνέλιπόν τινες ἢ καὶ φιλονεικία ἀκράτῳ ἐχρήσαντο, καὶ ἐλάττους προεχειρίζοντο. («[...] Queste irregolarità circa i consoli continuavano a ripetersi per quasi tutto il periodo del suo principato. Per quanto riguarda invece coloro che si candidavano alle altre cariche, egli sceglieva quelli che desiderava e li mandava di fronte al senato, alcuni con la sua raccomandazione [in tal caso essi venivano eletti all'unanimità], altri attenendosi alle loro legittime richieste e alla loro idoneità o al sorteggio. In seguito, i candidati si presentavano di fronte al popolo e alla plebe, a seconda che la loro elezione dipendesse dall'uno o dall'altra, e venivano eletti: tale procedura veniva seguita conformemente a quella antica solo per salvare l'apparenza, proprio come avviene oggi. Nel caso in cui mancavano dei candidati o in cui questi facevano ricorso a una competizione senza esclusione di colpi, venivano eletti in numero minore»).

¹⁴ D. 1.4.1 (Ulp. 1 *inst.*); Cfr. V. MAROTTA, *Populus*, cit., p. 610 ss. ove si legge: «In base alla legge emanata per attribuirgli l'imperium, il *populus* conferisce al *princeps* ogni suo *imperium* e ogni sua *potestas*» (*ivi*, p. 611) [...]; «Il *populus*, trasmettendo all'imperatore "*omne suum imperium et potestas*", gli conferisce la facoltà di assumere, al pari dei comizi, qualsiasi decisione, se giustificata dall'*utilitas* (o, come in questo caso, dall'*utilitas* e dall'*humanitas*)» (*ivi*, p. 621). Secondo Drogula, «Potestas was the word the Romans used to describe the specifically civil powers of a magistrate, whether or not that magistrate also possessed imperium. [...] Magistrates' potestas, moreover, enabled them to undertake additional or unusual actions when instructed to do so by the senate or a higher magistrate»: F.K. DROGULA, *Imperium, Potestas, and the Pomerium in the Roman Republic*, in *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, 2007, 4, p. 419 ss., in partic. p. 423 s., ove anche i riferimenti a: Cic., *Dom.* 128; Cic., *Rep.* 2.57; Fest., p. 43L; Aul. Gell., 2.2.9 e 14.7.4. Si veda anche F.K. DROGULA, *Commanders and Command in the Roman Republic and Early Empire*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 2015, p. 64 ss.

la nomina fosse risultata di diretta derivazione dell'imperatore¹⁵.

È un criterio di opportunità quello che ispira le conclusioni del giurista, visto e considerato che non isolata sarebbe stata l'ipotesi di 'liberazione' del servo per questioni, appunto, opportunistiche. Si ricordi, ad esempio, che lo stesso Romolo accettò anche i servi nel popolo appena costituito¹⁶.

Ciò che interessa ai fini della presente analisi è il vivido richiamo, nel passo ulpiano su *Barbarius*, degli elementi a cui ancor oggi dottrina e giurisprudenza fanno riferimento per dipanare la, non ancora del tutto risolta, questione del funzionario di fatto.

Si può notare come, a convalida degli atti emanati dalla carica magistratuale 'viziata', si richiamino:

- il 'vantaggio' (*utilitas*) di coloro che al funzionario di fatto si sono rivolti, e sono stati coinvolti dai provvedimenti da questo emanati;
- lo svolgimento 'veramente' (ossia di fatto) dell'ufficio pretorio;
- la possibilità di 'sanatoria' dello *status* servile, nell'ipotesi di nomina da parte del popolo che avesse avuto conoscenza di tale condizione ostativa.

Si tratta dell'archetipo di quel principio di bilanciamento da effettuarsi – nella valutazione dell'operato del funzionario di fatto – tra interessi dei singoli e della pubblica amministrazione. In tale operazione a contendersi il campo sono l'affidamento ingenerato nei terzi da parte del soggetto svolgen-

¹⁵ Sul punto cfr. R.G. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano, disposte in nuovo ordine*, versione italiana, vol. I, Andrea Santini e Figlio, Venezia, 1824, p. 97; V. MAROTTA, *Egizi e cittadinanza romana*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2014, p. 10, nt. 36, per cui la schiavitù poteva essere sanata da una conforme decisione del *populus*, e a maggior ragione dall'imperatore, rispetto ai titolari di poteri magistratuali da lui nominati (*quod ius multo magis in imperatore observandum est*); Id., *Esercizio*, cit., p. 58. Per A. GUARINO, *Pagine di diritto romano*, III, pp. 411-417 – *La pretura di Barbario Filippo*, Napoli, 1994, p. 416 s., tutto il tratto da 'cum etiam' ad 'observandum est' è da ritenersi glossato.

¹⁶ Liv., *Ab Urb. cond.* 1.8.5-6. Sul punto C.M.A. RINOLFI, *Servi e religio*, in *Diritto@Storia*, 2010.

te funzioni di fatto, la continuità degli atti posti in essere dai pubblici poteri e – nell'ipotesi di caducazione degli stessi – la minaccia gravante sulla certezza del diritto (strettamente collegato all'affidamento di cui sopra).

Infatti, la validità degli atti prodotti dal funzionario di fatto è stata giustificata, da dottrina¹⁷ e giurisprudenza moderna, sulla base di diversi principi: la tutela dell'affidamento incolpevole dei terzi che con esso vengono a relazionarsi¹⁸; la protezione degli effetti favorevoli, prodotti nei confronti degli stessi, in ipotesi di funzioni essenziali e/o indifferibili, con imputazione dell'attività del funzionario di fatto in capo alla pubblica amministrazione di riferimento¹⁹; oppure sulla scorta del principio di continuità dell'azione amministrativa, in base al quale è necessario evitare vuoti nell'esercizio della stessa²⁰.

Elemento unificante, che emerge dalle diverse posizioni, è il criterio secondo cui gli atti prodotti dal funzionario di fatto

¹⁷ Cfr. P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, 1, *I principi*, Milano, 2001; M. FRATINI, *L'opposizione alle sanzioni amministrative*, Milano, 2008, p. 307; M. SCIASCIA, *Ruolo e responsabilità del pubblico funzionario nell'evoluzione dello stato di diritto*, Torino, 2017, p. 23, nt. 16; G.P. IARICCI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 422.

¹⁸ Cfr., oltre alle già citate pronunce, Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 749 del 30/4/1999: «Il principio del funzionario di fatto, è un principio posto a favore del privato e a tutela del suo affidamento, che trova quindi due limiti, l'uno derivante dal fatto che l'interessato insorga negando il potere di chi ha emesso i provvedimenti, e l'altro proprio della tutela di buona fede del terzo, nel senso che detta teoria può essere invocata a vantaggio del terzo ma non a danno del terzo»; A.M.R. LIUZZO, *Il funzionario di fatto e la tutela del legittimo affidamento dei privati*, in *GiustAmm. Rivista di diritto pubblico*, 2009 (www.giustamm.it).

¹⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 853 del 20/5/1999; Sez. V, sent. n. 1160 del 15/2/1962; TAR Lazio, sent. n. 2550 del 15/3/2012. In dottrina C. VITTA, *Il funzionario di fatto*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1923, I, p. 514 ss.; S. TERRANOVA, voce *Funzionario di fatto (Diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, p. 280 ss., in partic. p. 288. Teorie che, alla essenzialità ed indifferibilità, aggiungono la necessità che l'attività del funzionario di fatto sia accompagnata dalla convinzione pubblica circa la validità degli atti prodotti.

²⁰ Cfr. A.M. SANDULLI, *I limiti dell'esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1949, I, p. 135 ss.; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001.

sono validi soltanto se favorevoli nei confronti dei terzi. Non potendosi effettuare una *reductio ad unum* delle diverse teorie sull'argomento, si può essenzialmente ricondurre le stesse in due filoni principali.

Il primo basato sul principio di continuità dell'azione amministrativa (teoria detta anche del 'fatto compiuto', applicata soprattutto ai casi di indefettibilità dell'esercizio dei pubblici poteri), con cui si tende ad evitare che vi siano *vulnera* nell'esercizio dei poteri della pubblica amministrazione.

Il secondo, maggioritario, dell'*apparentia iuris*, secondo il quale il bene da tutelare è non già la continuità dell'azione amministrativa ma l'affidamento incolpevole dei terzi in buona fede destinatari dei provvedimenti del funzionario di fatto. Tale principio trova tutela, ad esempio, nell'art. 113 c.c. (validità del matrimonio celebrato da soggetto che non abbia la qualifica di ufficiale dello stato civile, purché gli sposi in buona fede confidino sull'esistenza di tale qualifica)²¹.

Ad entrambe le tesi viene opposto il mancato rispetto del principio di immedesimazione organica, nonché di legalità e di riserva di legge, potendo, la tutela della continuità dell'azione amministrativa, prevalere su di essi soltanto in casi di necessità ed urgenza²².

Nel caso in cui gli atti prodotti dal funzionario di fatto ledano la sfera dei terzi interessati si distinguono due ipotesi, con relative conseguenze.

Se l'atto di nomina manca del tutto (usurpazione di pubblica funzione) si avrà carenza di potere in astratto, quindi difetto assoluto di attribuzione con nullità degli atti *ex art. 21 septies*, L. n. 241 del 1990²³, con competenza della giurisdizione ordinaria.

Ove, invece, la nomina sia illegittima (ingerenza autorizzata) gli atti saranno annullabili per incompetenza *ex art. 21*

²¹ Cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2004, p. 145.

²² Cfr. E. LA PLACA, *Il funzionario di fatto*, in *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, a cura di G. GARDINI, L. VANDELLI, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 122.

²³ Cfr. Corte Cass., SS.UU. Civ., sent. n. 26275 del 20/12/2016.

octies, L. n. 241 del 1990, con giurisdizione del giudice amministrativo²⁴.

1.1. Buona fede e affidamento del terzo

Dalle analizzate posizioni, riguardanti la validità degli atti prodotti dal funzionario di fatto, può evincersi come la piena tutela dei soggetti, che vengono a confrontarsi con la pubblica amministrazione, può aversi attraverso la protezione dell'affidamento in questi ingeneratosi. Corollario di tale garanzia è la valutazione della buona fede e correttezza che deve caratterizzare i rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino. Pertanto, risulterebbe privo di ogni carattere di ragionevolezza il voler riconoscere validità ed efficacia a tutti quegli atti che non soltanto siano stati emanati da soggetti del tutto carenti del collegato potere (*ab origine* o *ex post*), ma risultino persino lesivi degli interessi dei privati interessati.

Ecco perché l'*apparentia iuris*, ingenerata dal funzionario di fatto, non può risolversi a nocimento di coloro i quali siano i destinatari degli atti da questo prodotti. In altri termini, si intende tutelare la buona fede del soggetto che, senza colpa, confidi sulla legittimità del funzionario con cui venga a relazionarsi, a maggior ragione quando tale convincimento coinvolga un'intera comunità, trovando applicazione – oggi come ieri – il principio '*error communis facit ius*'²⁵. Si tratta di quell'assioma di equità a tutela dei terzi (contro la nullità de-

²⁴ Cfr. M. MIRABELLA, A. ALTIERI, P.M. ZERMAN, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di M. MIRABELLA, Milano, 2012, p. 13; E. LA PLACA, *Il funzionario*, cit., p. 122.

²⁵ Un principio, quello dell'*'error communis facit ius'*, più volte richiamato dalla giurisprudenza italiana del XIX secolo in ambito civilistico. Cfr. Corte App. di Cagliari, Udienza 11 gennaio 1879 (in *Il foro italiano*, 1879, IV, 1, col. 815 ss.); Corte App. di Torino, sent. 7 dicembre 1809; Trib. di Lecce, sent. 23 aprile 1853; Corte App. Torino, sent. 5 aprile 1867 e sent. 8 maggio 1868; Corte Regia, Seconda Camera Civile, 4 giugno 1840 (in SOCIETÀ DI GIURECONSULTI TOSCANI, *Annali di giurisprudenza. (1840) Anno secondo. Raccolta di decisioni della Corte suprema di cassazione, della Corte regia e dei tribunali di prima istanza*, Tipografia del Giglio, Firenze, 1840, p. 479 ss.).

gli atti del funzionario di fatto)²⁶, basato sull'errore collettivo, mai espressamente enunciato dai giureconsulti romani²⁷ e sviluppatosi nel diritto comune²⁸ sulla base della vicenda di *Barbarius Philippus*, con evidenti influenze su ordinamenti stranieri moderni come, ad esempio, il rumeno²⁹ e l'argentino³⁰, in occasione della stesura del proprio Codice Civile, o il canonico di cui avanti si tratterà. Secondo Aspe, infatti, «el legislador

²⁶ Cfr. A.C. ALGIU, *Error communis facit jus*, Imprimerie et Librairie générale de Jurisprudence, Paris, 1912, p. 11.

²⁷ Non è da tutti condivisa, infatti, l'opinione di chi (come R.J. POTHIER, *Traité de la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme*, Letellier, Paris, 1806; C.A. VELÁSQUEZ RESTREPO, *El error común*, in *Revista Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, 1984, p. 129 ss.) ritiene l'espressione '*error communis facit ius*' di stretta attinenza con la vicenda di *Barbarius Philippus*. Tracce indirette del principio possono, invero, essere individuate in alcuni testi, come D. 33.10.3.5 (Paul. 4 *ad Sab.*) riferentesi all'errore sulla qualità della cosa in ambito negoziale.

²⁸ Si veda *ex multis* A.C. ALGIU, *Error*, cit.; N. RAMPAZZO, Quasi praetor non fuerit. *Studi sulle elezioni magistratuali in Roma repubblicana tra regola ed eccezione*, Napoli, 2008, pp. 438 ss. e 468 ss.; P. CIACLI, I. MIHNEA, *Error communis facit jus. Origins. The Roman Law, the Mid Ages and the Old Roman Law*, in *IPEDR*, 2011, p. 291 ss.; W.M. GORDON, *Communis error facit ius*, in *Judge and Jurist: Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry*, edd. A. BURROWS, D. JOHNSTON, R. ZIMMERMANN, Oxford university press, Oxford, 2013, p. 447 ss.; G.J. Blicharz, *Giudicare una decisione del pretore. La relazione tra diritto e fatto nel passo di Paolo (D. 1,1,11) e nel caso di Barbarius Philipus (D. 1,14,3)*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 2016, p. 335 ss., in partic. p. 347.

²⁹ «The new Civil Code establishes the principle of apparent validity in law in article 17 "The common and invincible error". The New Civil Code (Law nb. 287/2009) has been published in the "Official Romanian Monitor", no. 511 from the 24th of July, part I, but has yet to come into effect» (P. CIACLI, I. MIHNEA, *Error communis*, cit., p. 295, nt. 6).

³⁰ Si v. Commissione bicamerale per la riforma, attualizzazione e unificazione del Codice Civile e Commerciale dell'Argentina, in tema di *apparentia iuris*: «Esto nos llevaría a hablar de la importancia de la 'apariencia jurídica', en aras de la imprescindible seguridad jurídica, pero aunque la tentación nos invade, de vencernos, estas sugerencias excederían el formato exigido. Dejaremos en-tonces a Barbarius Philippus para otra ocasión». Cfr. G.R. DI CASTELNUOVO, *La circulación de los valores debe ser todo un postulado de la ley*, in *Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación*, in http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/040_Gaston_Di_castelnuovo.pdf.

no applicaría rigorosamente las normas de la jurisdicción para evitar un daño general a la comunidad y, aplicando el principio de la jurisprudencia romana³¹ *error communis facit ius*, consideraron como válidos los repetidos actos realizados por el ilegítimo pretor»³².

Per ciò che concerne l'ordinamento italiano, come si è evidenziato, dottrina prevalente ritiene che gli atti favorevoli al terzo conservino la loro efficacia e quelli sfavorevoli siano, invece, da considerarsi nulli ove la nomina del soggetto risulti illegittima (o mancante) *ab initio*, ed annullabili in caso di nomina illegittima ma non ancora rimossa all'epoca dell'emanazione dell'atto³³.

La giurisprudenza ha più volte ribadito che la validità degli atti favorevoli ai terzi viene basata proprio sulla tutela della buona fede degli stessi³⁴.

³¹ Richiamando C.I. 6.23.1 (*Imperator Hadrianus. Testes servi an liberi fuerunt, non oportet in hac causa tractari, cum eo tempore, quo testamentum signabatur, omnium consensu liberorum loco habiti sunt nec quisquam eis usque adhuc status controversiam moverit. * HADR. A. CATONIO VERO. * <SINE DIE ET CONSS.>*); C.I. 7.45.2 (*Imperator Antoninus. Si arbiter datus a magistratibus, cum sententiam dixit, in libertate morabatur, quamvis postea in servitutem depulsus sit, sententia ab eo dicta habet rei iudicatae auctoritatem. * ANT. A. SEXTILIO. * <>*); D. 14.6.3 (Ulp. 29 ad ed.: *Si quis patrem familias esse credidit non vana simplicitate deceptus nec iuris ignorantia, sed quia publice pater familias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, cessabit senatus consultum.*); nonché Nov. 44.1.1-4 e I. 2.10. Come evidenzia Claro Solar, trattasi comunque di una massima (sul rispetto del diritto scritto per l'interesse superiore della società contro quello privato di chi ha commesso l'errore) che trova applicazione e permea vari testi di diritto romano, ma che non è formulato espressamente nei termini sin qui adoperati '*error communis facit ius*', i quali furono coniaati da glossatori e canonisti sulla base della *lex Barbarius* (cfr. L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Volumen V. De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992 [rist.], p. 184).

³² Cfr. R. ASPE, *La suplencia de la facultad para confesar (can. 144 §2)*, in *Periodica de Re Canonica*, 2010, 4, p. 583 ss., in partic. p. 594.

³³ Cfr. R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Diritto amministrativo. Manuale breve*, Milano, 2009, p. 118 ss.

³⁴ Cfr. il già sopra citato TAR Lazio, Roma, sent. n. 2550 del 15/3/2012, richiamando Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 853 del 20/5/1999, che ricorda anche che la teoria del c.d. funzionario di fatto si fonda sul principio di continuità dell'azione amministrativa.

Vi sono ipotesi in cui è la legge a prevedere specificamente che gli atti compiuti dal funzionario di fatto siano, per così dire, 'sanati' sulla base dell'affidamento che i terzi in buona fede ripongono sulla qualifica dello stesso. Si veda l'ipotesi di cui all'art. 113 c.c. il quale dispone che «si considera celebrato davanti all'ufficiale dello stato civile il matrimonio che sia stato celebrato dinanzi a persona la quale, senza avere la qualità di ufficiale dello stato civile, ne esercitava pubblicamente le funzioni, a meno che entrambi gli sposi, al momento della celebrazione, abbiano saputo che la detta persona non aveva tale qualità». La norma è chiara su quale sia il presupposto affinché possano ritenersi validi gli atti compiuti dall'apparente ufficiale dello stato civile, ossia l'inconsapevolezza dei nubendi circa la mancanza di titolarità d'ufficio da parte di costui. Nulla si dice a proposito dell'*animus* con cui il funzionario di fatto eventualmente agisca, risultando del tutto irrilevante ai fini della validità degli atti posti in essere, ma al più costituendo presupposto per la responsabilità giuridica dello stesso.

Nell'ordinamento canonico, il *Codex Iuris Canonici* al can. 144 § 1 prevede che «nell'errore comune di fatto o di diritto, e parimenti nel dubbio positivo e probabile sia di diritto sia di fatto, la Chiesa supplisce, tanto nel foro esterno quanto interno, la potestà di governo esecutiva». La dottrina precisa che, nel caso in cui il soggetto che compie l'atto non abbia la necessaria qualifica, ciò che rileva è l'errore da parte del destinatario dell'atto, nel qual caso è la Chiesa stessa a supplire alla carenza di potestà, così intendendosi automaticamente conferita la nomina anche a quel soggetto che ne sia privo³⁵. Il 'dubbio' richiamato dal canone 144 riguarderebbe, invece, il soggetto che compie l'atto dubitando di averne facoltà e poteri³⁶.

³⁵ Cfr. M.F. MATERNINI, *La validità degli atti giuridici*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), aprile 2008, p. 1 ss.; anche G. BARBERINI, M. CANONICO, *Elementi essenziali dell'ordinamento canonico*, Torino, 2013, p. 68 s.

³⁶ *Ibidem*.

1.2. Conservazione degli atti e continuità dell'azione amministrativa

Il principio di continuità dell'attività amministrativa, con particolare riguardo alle ipotesi di usurpazione e *prorogatio*, risulta essere, per una parte di dottrina e giurisprudenza, la base giustificativa della validità degli atti emanati dal funzionario di fatto. Il criterio generale di conservazione degli atti giuridici (valevole anche per altri rami dell'ordinamento) assume maggior pregnanza nel caso in cui si faccia riferimento ad atti provenienti dalla pubblica amministrazione, in vista del perseguimento degli obiettivi di cui all'art. 97 Cost., ove la soluzione più adeguata risulta essere quella che, evitando la caducazione dell'atto, permette di evitare lo spreco di risorse impiegate per l'emanazione e l'adozione dello stesso, evitando il turbamento dello stato di fatto e di diritto già consolidatosi³⁷. Conseguenza speculare di tale principio è la cristallizzazione dell'efficacia dei provvedimenti emanati dal funzionario di fatto, una volta decorso il termine previsto per l'impugnazione dell'atto di nomina³⁸.

Secondo la richiamata sentenza del Consiglio di Stato n. 853 del 1999 «la teoria del c.d. funzionario di fatto si fonda sul principio di continuità dell'azione amministrativa», ed interviene in tutte le ipotesi in cui risulti necessario evitare vuoti e interruzioni nell'esercizio dell'azione amministrativa³⁹.

Il principio di conservazione degli atti coinvolge due aspetti fenomenici negli ordinamenti interessati: da un lato è concepito quale canone interpretativo di atti giuridici *latu sensu* intesi (leggi, sentenze, provvedimenti amministrativi, negozi giuridici, ecc.), dall'altro è espressione di un istituto applicati-

³⁷ C. LEONE, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, 2007, p. 115. Si v. Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 58139 del 9/10/2018.

³⁸ Cfr. G. BASSI, *Cause di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 21, nt. 19.

³⁹ Cfr. F. MERUSI, *Buona fede*, cit. p. 127 ss.

vo (conversione, convalida, sanatoria, conferma, ratifica, nullità parziale, ecc.)⁴⁰.

Ma, come sopra esposto, qualora il soggetto sia un usurpatore di pubbliche funzioni, gli atti dallo stesso posti in essere sono nulli.

Volendo analizzare con lente moderna la vicenda di *Barbarius Philippus* parrebbe *prima facie* non potersi inquadrare lo stesso come funzionario di fatto quanto bensì come usurpatore, avendo scientemente celato la propria condizione così da ricevere una nomina viziata *ab origine*.

Oggi come ieri, tuttavia, la posizione di dottrina e giurisprudenza tende a dar rilievo più alla provenienza della nomina che ai suoi criteri di validità, escludendo la condotta usurpativa qualora la nomina provenga da autorità competente, anche se carpita con frode da parte del soggetto investito⁴¹. Anche con riferimento alla disciplina romanistica vi è stato chi, come Schimmelpenninck, ha sostenuto che nei casi di usurpazione (che quest'ultimo individua, ad esempio, nella vicenda di Clodio⁴²), gli atti prodotti conservano i loro effetti purché essi siano tali «*ut immediate ad ipsius Reipub. conservationem spectare videantur*» se il «*manifestus imperii usurpator*» abbia avuto dalla sua volontà la «*rite declamata*» dei *cives*»⁴³, facendo riferimento ad attività che, come nell'odierna normativa, rientrano tra quelle urgenti e/o necessarie (calamità, carestie, ecc.) in cui l'esercizio di pubbliche funzioni da parte dell'usurpatore è a beneficio della comunità⁴⁴.

⁴⁰ Cfr. G. PEPE, *Atti giuridici e principio di conservazione*, in *amministrativamente - Rivista di diritto amministrativo*, 2015, p. 8.

⁴¹ M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2011, p. 243.

⁴² Cic., *Dom.* 34-42.

⁴³ Cfr. N. RAMPAZZO, *Quasi praetor*, cit., p. 451 s.; J. SCHIMMELPENNINCK, *Dissertatio juridica inauguralis de insigni juris publici loco, qui est negotiis, quae gesserit magistratus, quem dicunt injuste creatum; iisque quae apud eum fuerint actitata. Quam, annuente summo numine, ex auctoritate rectoris magnifici Nicolai Paradys, ... Pro gradu doctoratus, Summisque in utroque jure Honoribus, ac Privilegis, in Academia Lugduno - Batava ...*, Apud H. Moert et L. Herdingh, Lugduni Batavorum, 1793, § XXXII, p. 36.

⁴⁴ «... *Civitas fame interiret, aut aquarum eluvione mergeretur ...*»; cfr. J. SCHIMMELPENNINCK, *Dissertatio*, cit., § XXXII, p. 36.

2. L'applicazione della lex Barbarius in diritto canonico

Su studi, sviluppi ed influenze della *lex Barbarius* in diritto comune⁴⁵ già molti Autori del tempo hanno scritto, ed i pensieri sono stati compendati (tra gli altri) nell'opera di Everard Otto⁴⁶, e da ultimo da Natale Rampazzo⁴⁷, cui si è fatto ampio

⁴⁵ Secondo Miaskiewicz, «*Lex Barbarius* was especially practical in the middle ages and at the beginning of the modern era, when the conferring of offices could be so easily nullified by reason of the presence of some unknown censure» (F.S. MIASKIEWICZ, J.C.L., *Supplied Jurisdiction according to Canon 209. An Historical Synopsis and Commentary*, A Dissertation submitted to the Faculty of Canon Law of the Catholic University of America in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Doctor of Canon Law, The Catholic University of America Press, Washington D.C., 1940, p. 44, che tratta in maniera ampia ed esaustiva la vicenda di Barbario Filippo in diritto romano, canonico e comune). In *A Defence of their Majesties K. William and Q. Mary, against an Infamous and Jesuitical Libel, intituled, A true Portraiciture of William Henry Prince of Nassau, & c. Wherein*, si legge che «The Law of *Barbarius Philippus* is a Rule of Prudence, which neither amounts to a natural Right nor a necessary Law. Naturally, Acts done by a Subject, who is incapable of bearing certain Characters, are invalid. All the Ordinances given by a Tyrant and Usurper are null and void, as soon as ever the Tyrant is put from the Helm. If a *Turk* should usurp the Papal Chair or turn Priest, all the Oaths that should be administred by him would be manifestly void. In like manner, all the Sentences given by one who is incapable of being a Judge, in whom the Law bars from sitting on the Bench, are naturally of no force. If the Sovereign, in consideration of the consequence, and to avoid trouble, is pleas'd to continue them, it is in his power so to do, and they shall bind; but it is absolutely necessary, that the pleasure of the Sovereign intervene in this case, for giving force to such Judgements» (da *A Collection of State Tracts, publish'd on Occasion of the Late revolution in 1688. And during the Reign of King William III*, vol. I, London, 1705, p. 203).

⁴⁶ E. OTTO, *De aedilibus coloniarum et municipiorum. Liber singularis. In quo pleraque, ad veterem Politiam municipalem pertinentia, explicantur*, editio secunda, Trajecti ad Rhenum, 1732, in partic. pp. 160-163, ove riporta Turnebus, Cujacius, Grotius, Lycklama, Reinesius, il lessico Suida, Kusteri, nonché le fonti storiche di Cicerone, Cassio Dione, Elio Sparziano, Valerio Massimo. Si v. anche J.-D. D'ABLEING, *Disputatio juridica inauguralis, de praetore Romano et officio praetoris*, Trajecti ad Rhenum, 1725, in partic. p. 20 ss. (cap. II, *De Potestate Praetorum*), ove richiama anche il citato Everardus Otto.

⁴⁷ Cfr. N. RAMPAZZO, *Quasi praetor*, cit., *passim*.

riferimento. In questa sede ci si soffermerà brevemente, quindi, sui rapporti con il diritto canonico⁴⁸.

Proprio sulla vicenda di Barbario Filippo, infatti, la dottrina canonistica ha condotto numerosi studi conducenti alla propria disciplina del funzionario di fatto, traente le proprie origini dalla *lex Barbarius* canonica, imperniata su quella stessa equità che pare sia stata alla base della scelta operata dai giuristi romani⁴⁹. Come ha affermato Fedele, dopo aver analizzato il passo del Digesto su Barbario (D. 1.14.3)⁵⁰, e la disposizione del Codice giustiniano (C. 7.45.2: *si arbiter datus a magistratibus* [...]) «di questi testi si giovarono i cano-

⁴⁸ Sul funzionario di fatto in diritto canonico: P. FEDELE, *Il funzionario di fatto nel diritto canonico*, in *Studi in onore di Francesco Scaduto*, vol. I, Firenze, 1936, p. 321 ss.; MIASKIEWICZ, J.C.L., *Supplied Jurisdiction*, cit.; R. KNÜTEL, *Barbatus Philippus und seine Spuren* (Falsus praetor, parochus putativus, Scheinbeamter), in *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft*, hrsg. D. SCHWAB, D. GIESEN, J. LISTL, H.-W. STRÄTZ, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, p. 345 ss.; I. ZUANAZZI, *Prospettive di confronto sull'esercizio di fatto di pubbliche funzioni nella Chiesa e nello Stato*, in *Diritto canonico e comparazione. Giornate canonistiche di studio (Venezia 22-23 maggio 1991)*, a cura di R. BERTOLINO, S. GHERRO, L. MUSSELLI, Torino, 1992, p. 142 ss.

⁴⁹ Ulpiano, infatti, affermava che *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*; cfr. D. 1.1.10 *pr.* (Ulp. *de off. praet.*), nonché in I. 1.1.1 *pr.*, con la sola variante *'tribuens'*. Cfr. G. FALCONE, *Ius suum cuique tribuere*, in *Studi in onore di Remo Martini*, vol. I, Milano, 2008, p. 971 ss. Proprio a tale principio si rifà il diritto canonico in tema di giustizia ed equità; sul punto I. ZUANAZZI, *Prospettive*, cit., p. 143; *La Teologia del XX secolo, un bilancio. Prospettive pratiche*, a cura di G. CANOBBIO, P. CODA, Roma, 2003, p. 384; O. CONDORELLI, *Carità e diritto agli albori della scienza giuridica medievale*, in *Diritto canonico e servizio della carità*, a cura di J. MINAMBRES, Milano, 2008, p. 41 ss., in partic. p. 81; C.J. ERRÁZURIZ M., *La dimensione giuridica del servizio della carità*, *ivi*, pp. 163-192, in partic. p. 173; A. CATTANEO, *Fondamenti ecclesiologici del diritto canonico*, con la collaborazione di C.-M. FABRIS, Venezia, 2011. Sul moderno concetto di equità: V. VARANO, voce *Equità*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XII, Roma, 1989; C.M. NANNA, *Doveri professionali di status e protezione del cliente-consumatore. Contributo alla teoria dell'obbligazione senza prestazione*, Bari, 2012, p. 123 ss., ove ampia bibliografia; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015¹⁷, p. 32.

⁵⁰ Secondo Fedele, il passo, pur trattando un caso specifico in diritto romano, conteneva una soluzione 'generale', e per tal motivo (a ragione o a torto), fu molto di frequente adoperato dalla letteratura canonistica per ipotesi che nulla avevano a che vedere con tale fattispecie, pur tuttavia applicandolo per esigenze identiche a quelle dell'ordinamento giuridico romano e di ogni altro ordinamento; cfr. P. FEDELE, *Il funzionario*, cit., p. 335 s.

nisti di tutti i tempi che si posero allo studio del nostro argomento; con gli stessi materiali lavorarono naturalmente i legisti. Onde può dirsi che anche qui, come in altri campi, la dottrina canonistica e romanistica, costruendo su fondamenta comuni, camminano di pari passo, con rare divergenze, o meglio varianti di pensiero. Invano nel nostro tema [il funzionario di fatto in diritto canonico] si cercherebbe una vera e propria autonomia della corrente canonistica. Di vero, più che affermazione di nuovi principi giuridici, più che elaborazione di costruzioni proprie, nella dottrina del diritto canonico si trova soltanto utilizzazione, a volte anche originale, elegante sempre, ricca di casistica, naturalmente in gran parte nuova, dei materiali e dei principi del *Corpus iuris civilis*⁵¹.

Un esempio può essere il passo del *Decretum Gratiani*, c. 1, Ca. III, qu. VII (*Verumtamen iudices esse non possunt*):

Tria sunt quibus aliqui impediuntur ne iudices fiant. Natura, ut surdus, mutus, et perpetuo furiosus, et impubes, quia iudicio carent. Lege, qui senatu motus est. Moribus, foeminae, servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est ut civilibus non fungantur officiis. Verumtamen si servus, dum putaretur liber, ex delegatione sententiam dixit, quamvis postea in servitute depulsus sit, sententia ab eo dicta vel vindicatae firmitatem tenet,

in cui evidente risulta il richiamo ai contenuti di C.I. 7.45.2 e D. 5.1.12 (Paul. 17 ad ed.), e similare la soluzione proposta rispetto al più volte citato passo ulpiano sulla vicenda di Barbarius (D. 1.14.3)⁵².

Nell'ordinamento canonico, maturato in età di diritto comune, si sviluppò la distinzione tra varie tipologie di 'funzionario di fatto', o meglio di '*praelatus de facto*'⁵³. Si distingueva tra: 'ti-

⁵¹ Cfr. P. FEDELE, *Il funzionario*, cit., p. 333.

⁵² Cfr. P. FEDELE, *Il funzionario*, cit., p. 334; MIASKIEWICZ, J.C.L., *Supplied Jurisdiction*, cit., p. 46 ss.; DIETER SCHWAB, *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, p. 354.

⁵³ Secondo la definizione offerta da Innocenzo IV, il '*praelatus de facto*' si contrappone al '*praelatus de iure*', per cui: «... *de facto tamen, non de iure est praelatus ... in veritate non est praelatus*» (cfr. INNOCENTIUS QUARTI PONT.,

tulus fictus’, del tutto inesistente ed artatamente falsificato in modo da apparire vero; *titulus invalidus seu nullus*’, in cui vi era stata provvisione o delega all’ufficio, ma queste risultavano essere nulle per l’incompetenza del superiore da cui promanavano o altro vizio manifesto; *titulus coloratus*’, proveniente da legittimo superiore ma inficiato, *ab origine* o *ex post*, da vizi occulti riguardanti il concedente, il ricevente o la stessa provvisione⁵⁴. Tutte le ipotesi di investitura invalida rientravano nella macrocategoria del *titulus putativus*’, contrapposto al legittimo *titulus verus*’⁵⁵. A sua volta, il *praelatus intrusus*’ si differenziava in *praelatus invasor*’ (*intrusus* in senso stretto) insediatosi nell’ufficio di propria autorità, senza nomina alcuna o carpando la stessa con forza o inganno, e *praelatus putativus*’ (*intrusus* in senso lato)⁵⁶, il quale riceveva un’investitura dal superiore, risultata successivamente invalida⁵⁷.

La dottrina canonistica si occupò, quindi, di individuare quale fosse la sorte degli atti prodotti dal *praelatus de facto*. La sanatoria straordinaria apprestata per tale tipologia di provvedimenti fu ricollegata alla situazione di quasi regolari-

Commentaria Innocentii quarti pont. maximi super libros quinque decretalium. Cum indice peculiari nunc recens collecto, nouisque insuper summarijs additis, & Margarita Baldi de Vbaldis Perusini, Feierabendt Sigismundus, Francofurti ad Moenum, 1570, p. 225).

⁵⁴ Cfr. I. ZUANAZZI, *Prospettive*, cit., p. 147; PH. MAROTO, *Institutiones iuris canonici ad normam novi codicis*, I, Editorial del Corazon de Maria, Madrid, 1918, p. 709 ss.

⁵⁵ Cfr. T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationum. Tomus Tertius*, typis et sumptibus Antonij Tiواني, Venetiis, 1693, disp. XXII, n. 2. Secondo Sanchez (il primo tra i canonisti di epoca classica, che nelle proprie opere citò la quasi totalità di testi romani e canonici in materia), *Barbarius Philippus* non fu pretore (cfr. *ivi*, n. 5).

⁵⁶ Secondo Baldo il *praelatus intrusus* «non habet figuram esse», invece il *praelatus putativus* «habet figuram esse, tamen, non habet efficaciam esse» (BALDO DEGLI UBALDI, *Super Decretalibus. Clarissimi iuris utriusque luminis Baldi Perusini commentaria elegantissima, super Decretalibus nouissime impressa, cum pluribus additamentis plurimorum excellentissimorum doctorum. Cum numeris & summarijs, necnon cum repertorio alphabetico, in calce operis per numeros & folia remissiuo*, excudebat Petrus Fradin, Lugduni, 1551, fol. 97 n. 1).

⁵⁷ Cfr. P. FEDELE, *Il funzionario*, cit., p. 335 ss.; I. ZUANAZZI, *Prospettive*, cit., p. 147.

tà in cui veniva a trovarsi il soggetto in possesso dell'ufficio, definita *quasi possessio* e basata sul *titulus putativus*, la quale ingenerava nella comunità l'errato convincimento circa la legittimità dell'operato del *praelatus de facto*. Proprio l'esigenza della tutela della buona fede dei fedeli faceva preferire, alla rigida applicazione della legge, la salvaguardia della situazione apparente – incolpevolmente creduta come vera – sulla base del principio '*error communis facit ius*'⁵⁸.

Per far fronte a situazioni in cui andasse preservata l'utilità pubblica (che era il fondamento delle teorie affermatesi dal XVIII secolo in avanti), si iniziò a fare ricorso al principio di supplenza di giurisdizione. L'applicazione di tale istituto permise la salvaguardia della validità degli atti posti in essere dai funzionari di fatto, arrivando all'odierna previsione di cui al can. 144 del Codice giovanneo-paolino del 1983. Già Sinibaldo de' Fieschi (papa Innocenzo IV), affermò (pur non fondando le proprie ragioni sulla *publica utilitas*) che gli atti compiuti da un soggetto privo della *confirmatio superioris*, quindi *praelatus de facto*, si sarebbero dovuti imputare alla competenza astratta dell'organo, e non alla persona fisica, così risultando validi (*ipsa dignitas facere videtur, et non persona excommunicata*)⁵⁹.

⁵⁸ Cfr. I. ZUANAZZI, *Prospettive*, cit., p. 147 s., che richiama la Glossa *Administrerent* alla *Decretale* 44 in X.I.6 (in riferimento alla *quasi possessio*): *quia fuit in quieti administratione et in quasi possessione praelationis de licentia papae et pro praelatus habitus est, unde omnia quae fecit medio tempore, rata sunt quae poterat facere* (sul punto anche Glossa *Credebatur* alla *Decretale* 19 in X.III.38); Glossa *Innodatus* alla *Decretale* 24 in X.II.27 (riguardo al *titulus putativus*): *aliud si occulte; quia tunc ipse nec alii ipsum tenebantur vitare quia divinare non poterant ... unde cum communi opinione liber et absolutus habeatur et credatur*; Glossa *Dum putaretur* al c. 1, Ca. III, qu. 7 del *Decretum Gratiani* (sull'affidamento nella validità dell'operato del *praelatus de facto*): *ecce quantum communi opinio operatur*; Glossa *Credebatur* alla *Decretale* 19 in X.III.38 (tutela della buona fede della comunità): *plus valet quod est in opinione, quam quod est in veritate ... sed hoc facit bona fides*. Tale ultimo principio opera una *factio* giuridica secondo cui ha maggior rilevanza il convincimento piuttosto che la realtà, ed è presente anche in D. 29.2.15 (Ulp. 7 ad Sab.): *Is qui putat se necessarium, cum sit voluntarius, non poterit repudiare: nam plus est in opinione, quam in veritate*.

⁵⁹ INNOCENTIUS QUARTI PONT., *Commentaria*, cit., lib. V, tit. XXXIX, cap. XXXIII, p. 552.

Prima di affrontare il tema della supplenza è bene chiarire come nell'ordinamento canonico la *potestas* ecclesiastica⁶⁰ si divide in '*potestas ordinis*' (potere di compiere *sacramenta* e *sacramentalia* nonché determinate funzioni liturgiche), e '*potestas iurisdictionis*'⁶¹ o di governo (che il Maroto definisce come «*potesta publica regendi fideles in ordinem ad salutem aeternam*»)⁶², che ricomprende la *potestas legislativa, iudicialis, coactiva* e *administrativa*⁶³. Diverso è il titolo di acquisto: la *potestas ordinis* deriva da *sacra ordinatio*, e per questo non

⁶⁰ La cui struttura e funzionalità non è assimilabile a quella propria degli ordinamenti civili; cfr. P. GHERRI, *Metodo e modelli nel Diritto amministrativo canonico*, in *Verità e metodo in Giurisprudenza*, a cura di G. DALLA TORRE, C. MIRABELLI, Città del Vaticano, 2014, p. 295 ss., in partic. p. 302.

⁶¹ Cfr. P. FEDELE, *Il funzionario*, cit., p. 323 s.; P. KRÄMER, *Su cosa si fonda la «potestas sacra?»*. *La concordanza tra Ordinazione e Giurisdizione in Eugenio Corecco*, in *Antropologia, fede e diritto ecclesiale. Atti del Simposio internazionale sugli studi canonistici di Eugenio Corecco (Lugano, 12 novembre 1994)*, a cura di L. GEROSA, Milano, 1995, p. 45 ss.; M. SYGUT, *Natura e origine della potestà dei vescovi nel Concilio di Trento e nella dottrina successiva (1545-1869)*, Roma, 1998, p. 192 ss.; O. DE BERTOLIS, *Origine ed esercizio della potestà ecclesiastica di governo in San Tommaso*, Roma, 2005, p. 13 ss.; C.J. ERRÁZURIZ MACKENNA, *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa*, I, *Introduzione. I soggetti ecclesiali di diritto*, Milano, 2009, p. 309 ss.; O. CONDORELLI, *La distinzione tra potestà di ordine e potestà di giurisdizione nella tradizione canonica bizantina*, in *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, I, a cura di G. D'ANGELO, Torino, 2018, pp. 241-271. Nei testi segnalati nella presente nota può rinvenirsi la trattazione sulle caratteristiche di *potestas ordinis* e *iurisdictionis*, e sul rapporto tra le stesse.

⁶² PH. MAROTO, *Institutiones iuris canonici ad normam novi codicis*, I, *Apud Commentarium pro Religiosis, Romae*, 1921, p. 661, ove anche l'esposizione sulla relazione tra *iurisdictionis*, *imperium* e *potestas* in diritto romano e *iurisdictionis* in diritto canonico (*ivi*, p. 660, nt. 1). Sulla *potestas iurisdictionis* si v. anche S. SANGUINETI, *Nuove ricerche sulla vera natura e nozione della giurisdizione ecclesiastica ordinaria e delegata*, Roma, 1890, p. 7.

⁶³ Cfr. S. AICHNER, *Compendium iuris ecclesiastici ad usum cleri, ac praesertim per Imperium Austriacum in cura animarum laborantis*, typis et sumptibus Librariae Wegerianae, Brixinae, 1915, p. 70; PH. MAROTO, *Institutiones* 1921, cit., p. 662, nt. 2; P.F. XAV. WERNZ S.J., *Ius Canonicum, ad Codicis Normam Exactum Opera P. Petri Vidal S.J., Tomus II. De personis*, apud Aedes Universitatis Gregoriana, Romae, 1943, p. 50; P. FEDELE, *Il funzionario*, cit., p. 324.

ha limiti di tempo e di spazio⁶⁴, la *potestas iurisdictionis*⁶⁵ può acquisirsi in vari modi, tra cui *deputatio* del sommo pontefice, *missio canonica*, prescrizione, consuetudine⁶⁶, e soffre di limiti

⁶⁴ *Codex Iuris Canonici* (in avanti CIC) 1917, can. 108, § 3: «*Ex divina institutione sacra hierarchia ratione ordinis constat Episcopis, presbyteris et ministris; ratione iurisdictionis, pontificatu supremo et episcopatu subordinato; ex Ecclesiae autem institutione alii quoque gradus accessere*». Can. 109: «*Qui in ecclesiasticam hierarchiam cooptantur, non ex populi vel potestatis saecularis consensu aut vocatione adleguntur; sed in gradibus potestatis ordinis constituuntur sacra ordinatione; in supremo pontificatu, ipsomet iure divino, adimpleta conditione legitimae electionis eiusdemque acceptationis; in reliquis gradibus iurisdictionis, canonica missione*». Nelle norme del Codice del 1917 venne confermata solennemente la distinzione tra potestà d'ordine e di giurisdizione, operante già nell'antica tradizione della Chiesa e con precisa formulazione a partire dal XII secolo. Nel Codice vigente del 1983 si v. cann. 1008 e 1009. Cfr. F. VISCOMI, *Origine ed esercizio della potestà dei vescovi dal Vaticano I al Vaticano II. Contesto teologico-canonico del magistero dei «recenti Pontefici»*. (Nota Explicativa Praevia 2), Roma, 1997, p. 32; C. MEZZOGORI, *Vocazione sacerdotale e incardinazione nei movimenti ecclesiali. Una questione aperta*, Roma, 2012, p. 339 ss.; F. WILFRED, *Theology and Canon Law: Journeying Together*, in *Revision of the Codes. An Indian-European Dialogue*, eds. F. WILFRED, A. LORETAN, Zürich, 2018, p. 15 ss., in partic. p. 18 ss.

⁶⁵ Si tratta della potestà di governo, «*potestas publica regendi subditos in ordinem ad finem societatis perfectae*» (E.F. REGATILLO, *Institutiones Iuris Canonici*, I, *Pars praeliminaris, Normae generales, De personis*, Sal Terrae, Santander, 1961⁴, p. 273), ed in particolare, la potestà ecclesiastica potrebbe definirsi «*publica potestas regendi homines baptizatos directe in ordinem ad sanctitatem et beatitudinem supernaturalem, a Christo vel ab Ecclesia per iniunctionem sive missionem canonicam alicui concessam*» (P.F. XAV. WERNZ S.J., *Ius Canonicum*, cit., p. 59, nt. 48). Sul punto anche V. DE PAOLIS, *La natura della potestà del vicario generale. Analisi storico-critica*, Roma, 1966, p. 8 ss. Si v. CIC 1983, cann. 129, 130, 131.

⁶⁶ Per tali motivi può accadere che non sia conferita da un legittimo superiore; cfr. B. PONTIUS, *De sacramento matrimonii tractatus, cum appendice de matrimonio catholicis cum haereticis. Opus aequae Canonici et Civilis iuris ac Sacrae Theologiae professoribus utile ac necessarium ...*, apud Laurentium Basilium, Venetiis, 1756, l. V, cap. XX. Secondo Pontius, *praelatus, putativus* ed *intrusus* sarebbero figure equiparate, secondo il principio della *communis utilitas*, il quale vige sia che concorra o no il *titulus coloratus*. Per Fedele, trattasi di un principio che consolida quanto già a suo tempo espresso da Bartolo e da Cino, «*ispirato ad un criterio equitativo di protezione illimitata della buona fede – non privata, cioè del singolo interessato, ma pubblica, data la necessità del communis error –*, [e che] non tardò a farsi strada e a diffondersi nella dottrina canonistica dal sec. XVII in poi» (cfr. P. FEDELE, *Il funzionario*, cit., p. 367). Plauzio e Gotofredo, esponenti della nuova scuola romanistica, in-

nel tempo e nello spazio⁶⁷. Solo quest'ultima, la *potestas iurisdictionis*, può essere soccorsa dalla supplenza della Chiesa in caso di difetto (si parla infatti di *suppletia iurisdictionis*)⁶⁸, poiché la *potestas ordinis* deriva unicamente dalla sacra ordinazione e non ha limiti⁶⁹. Il conferimento della *potestas iurisdictionis* avviene, come detto, in varie forme (che possono

centrarono il problema della validità degli atti del funzionario di fatto sul criterio della *communis utilitas*, combaciante con l'interesse dei terzi; *communis error* e *auctoritas superioris* erano considerati presupposti, ma non fondamenti di tale validità, poiché il primo costituisce la *ratio dubitandi* e non *decidendi*, e la seconda serve a distinguere tra *intrusus* e *putativus*, così reagendo contro i seguaci della Glossa che basarono la *lex Barbarius* sul brocardo *error communis facit ius*; cfr. *ivi*, p. 359 s., (nonché p. 338 ss. per la trattazione su '*error communis facit ius*' in diritto comune e canonico, *Corpus Iuris Civilis* e *Corpus Iuris Canonici*); C. PLAUZIO PEZONE, *Camilli Plautii Paezonis iurisconsulti Fontanellatensis & in Ticinensi Academia interpretis ordinarij subtilissimi, In l. Barbarius ff. de officio Praeto, praeclara commentaria. Praestantissimo viro d. Cassiano de Puteo Vercellarum Praesidi dignissimo dedicata. Emisit Ioannes Franciscus Faraudus Nicensis*, apud Gratiosum Perchacinum, Patauij, 1554, nn. 196-221; J. GOTHOFREDI, *Opera juridica minora, sive libelli, tractatus, orationes, & opuscula rariora & praestantiora, quibus continentur selectae, non modo in jure, sed & omni antiquitate Romana, & Graeca, jus antiquum inlustrante, materiae*, apud Joh. Arnold. Langerak, Lugduni Batavorum, 1733, n. 196-221. Anche la scuola elegante olandese negò che la validità degli atti di *Barbarius* trovasse cittadinanza nel *communis error populi*. Voet, in palese contrasto con la Glossa accursiana, affermò che «*ius facere non potest; cum ius omne ex voluntate ac consensu legislatoris profluat, quem error excludit*» (J. VOET, *Commentarius ad Pandectas. In quo praeter Romani juris principia ac controuersias illustriores, jus etiam hodiernum, & praecipuae fori quaestiones excutiuntur. Tomus primus*, apud Abrahamum de Hondt, Hagae-Comitum, 1723, p. 80 ss., ntt. 5-6).

⁶⁷ Cfr. P. FEDELE, *Il funzionario*, cit., p. 324 s.

⁶⁸ T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii. III*, cit., lib. III, disp. XXII, n. 12 s.; P. FEDELE, *Il funzionario*, cit., p. 325; I. ZUANAZZI, *Prospettive*, cit., p. 152.

⁶⁹ Cfr. P. FEDELE, *Il funzionario*, cit., p. 325, il quale ricorda che il valido esercizio della *potestas ordinis* ha come presupposto il *character indelebilis* e sussiste nei confronti di chiunque – suddito o non suddito – senza limiti di spazio e tempo, purché siano osservate le condizioni stabilite nel diritto divino; qualora si verificino impedimenti nella *potestas ordinis* si avrà soltanto illecito esercizio. A tal proposito l'Autore richiama Dist. XXXII, P. I, c. *Verum del Decretum Gratiani*: «*Prohibetur ergo de manibus talium sacerdotum (cioè criminosi, adulteri, simoniaci etc. [...]) sacramenta suscipi, non quin sint vera quantum ad formam et effectum; sed quis, dum huiusmodi sacerdotes se a populo contemptos viderint, rubore verecundiae facilius ad poenitentiam provocentur*» (cfr. *ivi*, p. 325, nt. 12).

mutare anche nel corso della storia), e la procedura è tecnicamente una 'delega'⁷⁰. In generale, spettano alla *potestas iurisdictionis* tutti gli atti che non rientrino nella *ordinis*. In realtà va però precisato che la differenza tra *potestas ordinis* e *iurisdictionis* non è sempre così netta, per cui vi sono funzioni che le richiedono entrambe, come la penitenza, che in quanto sacramento richiede la *potestas ordinis* ma anche la *iurisdictionis* poiché svolto in forma giudiziale.

Il conferimento dell'ufficio o del beneficio canonico⁷¹, *canonica provisio*⁷², avviene in tre atti: designazione della persona, concessione del titolo, immissione nel possesso dell'ufficio, ossia *designatio personae*, *electio* e *confirmatio*, al pari delle magistrature romane. La 'concessione' è l'atto fondamentale, con cui, secondo terminologia mutuata dal diritto romano, viene attribuito lo *ius in re*, mentre con la *designatio personae* si acquisisce lo *ius ad rem*; invero spesso accade che vi sia *electio* senza *confirmatio*, e gli atti del relativo funzionario risulteranno validi avendo questi ottenuto lo *ius in re* con la sola *electio*⁷³.

⁷⁰ «Consistit in processu qui pluribus constat actibus, scilicet: instituere aliquod officium, huic officio adnectere potestatem et hoc officium alicui personae conferre» (L. BENDER, *Potestas ordinaria et delegata. Commentarius in canones 196-209*, Desclée & C., Romae, 1957, p. 11). Si veda anche V. DE PAOLIS, *La natura*, cit., p. 10 ss., ove viene affrontata l'opportuna distinzione tra potestà di giurisdizione ordinaria e delegata, che sono opposte e si escludono (v. CIC 1917, can. 197: «§1. *Potestas iurisdictionis ordinaria ea est quae ipso iure adnexa est officio; delegata, quae commissa est personae*. §2. *Potestas ordinaria potest esse sive propria sive vicaria*»); tra giurisdizione delegata e derivata (o comunicata), per cui «derivari de qualibet iurisdictione quae in Ecclesia est, non exclusa Romani Pontificis iurisdictione, quae immediate ipsi a Deo datur dici potest» (M. CONTE A CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici*, I, *Normae generales, De clericis, De religiosis, De laicis*, Domus Editoriale Marietti, Taurini, 1959), per cui con 'comunicata' si ci riferisce in genere ad ogni altra giurisdizione, fatta esclusione per quella del sommo pontefice e dei vescovi (cfr. V. DE PAOLIS, *La natura*, cit., p. 11).

⁷¹ CIC 1983, can. 145.

⁷² CIC 1917, Caput I - *De provisione officiorum ecclesiasticorum*, cann. 147, 148, 149, 150 CIC 1983, Caput I - *De provisione officii ecclesiastici*, cann. 146-156.

⁷³ Cfr. PH. MAROTO, *Institutiones* 1921, cit., p. 711 ss.; A. VERMEERSCH S.I., *Theologiae moralis. Principia - Responsa - Consilia. Tomus III. De personis*,

Con l'istituto della supplezza la potestà viene conferita in automatico, di diritto, al soggetto che ne è privo, così salvaguardando gli atti da questo emessi senza la necessità di una successiva loro convalida⁷⁴.

Dopo l'affermazione, per la prima volta, del principio di supplezza di giurisdizione nel *Codex* del 1917⁷⁵, nel nuovo Codice del 1983 la disposizione in materia, di cui al can. 144, ha risolto i dubbi, che sino ad allora si erano ingenerati sull'applicazione della supplezza, accogliendo in senso ampio i concetti di 'errore comune' (di fatto e di diritto) e di 'dubbio positivo e probabile' (di fatto e di diritto), con supplezza della Chiesa nella potestà di governo esecutiva, tanto nel foro esterno che interno.

In tale ambito, punto di incontro tra l'ordinamento civile e quello canonico⁷⁶, che ne condividono le fondamenta comuni nel diritto pubblico romano⁷⁷, è la disciplina del matrimonio

de sacramentis, de legibus ecclesiae et cenduris, Pontifica Università Gregoriana, Roma, 1948⁴, p. 45 ss.; P. FEDELE, *Il funzionario*, cit., p. 326 ss.; *New Commentary on the Code of Canon Law*, edd. J.P. BEAL, J.A. CORIDEN, T.J. GREEN, Paulist Press, New York-Mahwah, 2000, p. 201 ss.

⁷⁴ Cfr. P. PELLEGRINO, *La supplezza ecclesiale (can. 144 §1, §2)*, in *Ius Canonicum*, 1999, p. 163, in partic. p. 165, il quale ricorda che «non si tratta della sanazione in radice di un atto invalido, ma di una vera e propria delega *a iure* di carattere transitorio che rende valido l'atto fin dal suo compimento».

⁷⁵ CIC 1917, can. 209: «*In errore communi aut in dubio positivo et probabili sive iuris sive facti, iurisdictionem supplet Ecclesia pro foro tum externo tum interno*». I presupposti alla supplezza di giurisdizione, posta senza alcun esplicito limite, erano due: l'*error communis*' (diffuso nella comunità di fedeli), di tipo positivo (ossia conoscenza della falsa esistenza del titolo, e non negativo – come l'ignoranza – che implica la non conoscenza), ed il 'dubbio' anch'esso positivo e probabile (ossia tale da trarre in inganno una persona saggia e prudente) sull'esistenza e l'estensione della potestà del funzionario. Sul punto v. PH. MAROTO, *Institutiones* 1918, cit., p. 711; P.F. XAV. WERNZ S.J., *Ius Canonicum*, cit., p. 444 s.; L. CHIAPPETTA, *Il Codice di diritto canonico. Commento giuridico-pastorale*, 1, *Libri I-II*, Napoli, 1988, p. 198; I. ZUANAZZI, *Prospettive*, cit., p. 154 ss.

⁷⁶ Soprattutto dalla metà del '500, con l'applicazione della teoria del funzionario di fatto all'assistenza del parroco durante la celebrazione del matrimonio, potendosi verificare le ipotesi di *parochus putativus, existimatus o intrusus*; cfr. P. FEDELE, *Il funzionario*, cit., p. 362.

⁷⁷ Cfr. I. ZUANAZZI, *Prospettive*, cit., p. 144, che fa riferimento al caso di *Barbarius Philippus*, ritenendo la *lex Barbarius* quale «precedente autorevo-

celebrato da soggetti che abbiano usurpato le funzioni o sulle quali vi sia dubbio⁷⁸. Nel caso di dubbio (di fatto o di diritto) circa la formazione o l'esistenza sul potere dei soggetti che celebrano il matrimonio, rileva l'errore comune formatosi nel contesto della comunità parrocchiale o diocesana⁷⁹. A tal fine, è d'obbligo specificare le caratteristiche che distinguono le ipotesi d'errore comune (di fatto e di diritto)⁸⁰ da quelle di dubbio (positivo e probabile). Chi versa in errore è certo della situazione prospettata anche se in realtà falsa, diversamente da chi è in dubbio che invece si prospetta una diversa verità. L'errore è principale e assorbente rispetto al dubbio, ed inoltre deve essere sempre comune rispetto a quest'ultimo che invece può esistere anche nella mente di un singolo⁸¹. Usando le parole di Zuanazzi, «l'errore è un *habitus* mentale, il dubbio un procedi-

le cui fece costante riferimento la successiva trattazione giuridica della questione in *utroque iure*» (ivi, p. 145).

⁷⁸ Cfr. P. PELLEGRINO, *La supplenza*, cit., p. 163; P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova, 1993, p. 194.

⁷⁹ Cfr. sul punto M.F. MATERNINI, *La validità*, cit. Si v. anche G. BARBERINI, M. CANONICO, *Elementi*, cit., p. 68 s. Per gli Autori la figura del funzionario di fatto e quella prevista dal can. 144 § 1 sono diverse poiché «rispondono a principi e ad esigenze che ben poco hanno in comune», in quanto il primo supplisce alla carenza di poteri legittimi, in eventi straordinari, per esigenze pubbliche improrogabili, il secondo copre ogni situazione per il bene spirituale del fedele (cfr. ivi, p. 69). In realtà preme sommamente ricordare come la disciplina italiana (di natura normativa e pretoria) non tuteli soltanto le esigenze pubbliche improrogabili, ma anche, e soprattutto, l'intangibilità della sfera giuridica del privato, il suo legittimo affidamento, inteso quale 'maggior interesse', così non discostandosi molto dalla tutela offerta dal can. 144 § 1. Al riguardo si v. F. PIRA, *Di fronte al cittadino: linee di comunicazione dell'ente pubblico nel territorio*, Milano, 2000, p. 54 ss.; L. FASCIONE, *Manuale di diritto pubblico romano*, Torino, 2013², p. 27; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo: profili sostanziali e processuali*, tomo 1, Milano, 2011⁶, p. 2413 ss.; A.M. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa. Estratto ad uso degli studenti*, Milano, 2011, p. 68 ss.; M. MANCINI, *La tutela del cittadino di fronte alla P.A.*, Milano, 2013, p. 6 ss.

⁸⁰ Sulla distinzione v. P. PELLEGRINO, *La supplenza*, cit., p. 165 ss.

⁸¹ Cfr. L. CHIAPPETTA, *Il Codice*, cit., p. 197; ID., *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria. Manuale giuridico-pastorale*, Roma, 1990, p. 277; I. ZUANAZZI, *Prospettive*, cit., p. 161 s.; P.A. BONNET, *Supplenza (diritto canonico)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993, p. 2 (estr.); P. PELLEGRINO, *La supplenza*, cit., p. 165.

mento razionale di conoscenza»⁸². La Chiesa, nel primo caso, operando una supplenza di giurisdizione secondo il can. 144, ritiene validi i matrimoni celebrati *coram populo* da un soggetto avente la reputazione di ministro ufficiale (ritenuto erroneamente tale per aver, ad esempio, assistito il parroco, o per aver ricoperto temporaneamente incarichi ufficiali); nella seconda ipotesi vi rientrano, invece, i soggetti che dubitino essi stessi di aver la qualifica necessaria (potestà di giurisdizione) alla celebrazione del rito, anche in tal caso applicandosi la giurisdizione suppletiva della Chiesa⁸³. La *suppletio iurisdictionis* è del tutto analoga ai rimedi posti in ambito civile ed amministrativo tramite la figura del funzionario di fatto⁸⁴. Vi è, tuttavia, chi contesta tale analogia obiettando che, a differenza di quest'ultimo, la supplenza prevista dall'ordinamento canonico tutela ogni situazione, anche in caso di usurpazione, facendo valere in via assoluta il bene spirituale del fedele, garantendo altresì la continuità funzionale del sistema attraverso la permanenza di centri di imputazione giurisdizionale⁸⁵.

⁸² Cfr. I. ZUANAZZI, *Prospettive*, cit., p. 162.

⁸³ Cfr. A. SCASSO, *Assistenza al matrimonio, supplenza di giurisdizione e comunione ecclesiale*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1994, p. 301 ss.; M.F. MATERNINI, *La validità*, cit., p. 5; G. BARBERINI, M. CANONICO, *Elementi*, cit., p. 69 s.; M. D'ARIENZO, L. MUSELLI, M. TEDESCHI, P. VALDRINI, *Manuale di diritto canonico*, Torino, 2016, p. 213. V. anche P. PELLEGRINO, *La supplenza*, cit., il quale ricorda che, secondo dottrina prevalente, l'applicazione del can. 144 § 2 avviene nei confronti delle ipotesi di delega ordinaria o generale, ma non di delega speciale poiché la *ratio* del canone è quella di «evitare un danno che potrebbe incidere sulla comunità, quale potrebbe essere l'invalidità di più matrimoni, non il danno che potrebbe ricadere su due persone soltanto, in un singolo matrimonio» (*ivi*, p. 168, ove anche dottrina di riferimento in nt. 31).

⁸⁴ Per P. PELLEGRINO, *La supplenza*, cit., p. 163, «anche nel diritto canonico esiste un principio analogo a quello del funzionario di fatto comunemente esistente negli ordinamenti statuali, secondo cui gli atti emanati dal titolare di un ufficio pubblico sono, a certe condizioni, considerati validi e normalmente produttivi di effetti, anche se posti in essere da un soggetto privo della necessaria legittimazione».

⁸⁵ Cfr. F. BARBERINI, M. CANONICO, *Elementi*, cit., p. 69 s. Vi sono, comunque, esempi di decisioni (adottate in particolare prima del CIC 1917) che non ritengono applicabile la giurisdizione suppletiva della Chiesa in mancanza dei requisiti in capo al soggetto che ne ha esercitato le funzioni. Un caso è Segnat. del dì 7 luglio 1842, in *decisis* 1° settembre 1842, *Reatina circumscriptiois*, R.P.D. la Gura Valdina, proc. per i ricorrenti sig. dott. Proja, per il ci-

3. *Richiami moderni*

Sarebbe ingenuo credere che nei secoli di storia romana il caso del servo Barbario Filippo sia stato isolato, ma è sicuramente vero che la vicenda ha dato la stura ad un lunghissimo ed esteso processo di valorizzazione e tutela del principio di buona fede (soggettiva e comune) e di continuità dell'azione amministrativa, attraverso la salvaguardia degli effetti scaturiti dagli atti prodotti dal 'funzionario di fatto', allorché gli stessi risultino favorevoli ai terzi in buona fede che con esso si sono relazionati.

Probabilmente mai si verrà a sapere se il nostro Barbario sopravvisse o andò incontro ad una ingloriosa fine dopo esser stato smascherato dal proprio padrone. Ciò che invece è certo è che la vicenda di uno schiavo fuggitivo si riflesse nei secoli successivi, sulle visioni dei giuristi riguardo alle sorti degli atti emanati da coloro i quali avessero rivestito cariche in modo fraudolento o illegittimo, sino ad ispirare ordinamenti lontani millenni nel tempo.

Va però considerato che generalmente il diritto amministrativo moderno non è particolarmente avvezzo a preoccuparsi delle proprie origini, mirando più a costruire il proprio avvenire. Gli stessi riferimenti al *Corpus Iuris* giustiniano o ai giureconsulti romani, frequenti nelle decisioni della Corte di Cassazione sino al XIX secolo e poi via via scomparsi dopo il XX secolo⁸⁶, sono assenti nelle decisioni prodotte dalla giurisprudenza amministrativa, in cui tali *auctoritates* trovano testimonianza solo in rarissime citazioni ('*procuratorio nomine*', '*sine scripto ius venit quod usus adprobavit*', '*cui iurisdictio data est*', e a '*quoque concessa esse videntur*', '*sine quibus iurisdictio esplicari non potu-*

tato sig. Lasagni; si veda B. BELLI, *Giornale del Foro, in cui si raccolgono le più importanti regidicate dei supremi tribunali di Roma e dello Stato pontificio in materia civile, compilato da B. Belli (anno 1841-42)*, Tipografia Mugnoz, Roma, 1842, p. 147 ss.

⁸⁶ Cfr. G. BARBAGALLO, *Appunti di storia minima per una ricerca sullo stile della motivazione delle sentenze della Cassazione in materia civile*, in *Il foro italiano*, 1987, V, col. 269 ss., in partic. col. 275.

it')⁸⁷. Ma, ovviamente, vi sono eccezioni alla regola, come quella della decisione n. 232 del 24 febbraio 1996 del Consiglio di Stato⁸⁸ che, oltre a far riferimento a pronunce proprie e della Corte di Cassazione di Torino (di inizio XX secolo), dedica un intero punto ai principi di diritto in tema di funzionario di fatto in diritto romano, e agli atti da questi posti in essere. Al punto 9.4.3. della citata decisione si legge infatti:

Le riportate risalenti pronunce hanno fatto espresso o implicito richiamo alla tradizione più antica. Questa è stata studiata anche dai cultori del diritto romano, del diritto comune e del diritto amministrativo, che hanno ampiamente commentato i casi, riportati nelle fonti, in cui non fu dubitata la validità degli atti posti in essere nell'esercizio del le loro funzioni nel II sec. a.C. dal console Marco Perpenna, di cui poi fu accerato il suo stato di *peregrinus* (v. Valerio Massimo, *Factorum dictorumque memorabilium*, Lib. III, c. IV, § 5), ovvero nel I sec. a.C. dal pretore *Barbarius Philippus*, di cui poi fu scoperto lo status di *servus fugitivus* (v. il passo di Ulpiano, riportato in D. 1.14.3). Si ammise, infatti, già nel diritto romano che gli atti dei funzionari, risultati eletti o nominati invalidamente, conservavano la validità *propter utilitatem eorum qui apud eum egerunt* (D. 1.14.3). A parte ogni considerazione sulle varie ragioni che sono state individuate nel corso del tempo circa il fondamento della regola, si può rilevare in questa sede che costituisce un antico principio di giustizia quello per il quale non rileva la validità dell'atto di investitura di un funzionario avente competenze generali, quando si deve esaminare la validità di un provvedimento da questi emanato⁸⁹.

Nel 2017 i giudici di Palazzo Spada sono tornati ad affrontare la questione del regime giuridico degli atti posti in essere dal funzionario di fatto, precisando i caratteri dell'istituto attraverso la rievocazione della figura di *Barbarius Philippus*:

⁸⁷ Cfr. G. BARBAGALLO, *Stile e motivazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, a cura di G. PALEOLOGO, Milano, 1998, p. 250.

⁸⁸ Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 232 del 24/2/1996.

⁸⁹ In *Il foro italiano*, 1997, II, coll. 99-100 e 103-104.

Il fondamento di razionalità dell'istituto del funzionario di fatto, comportante una deroga ai normali criteri organizzativi degli apparati pubblici, risiede nell'esigenza di non turbare le posizioni giuridiche acquisite da tutti coloro che in buona fede sono entrati in rapporto con il funzionario e di evitare ai privati continue e difficoltose indagini sulla regolarità della posizione dei pubblici dipendenti: è quindi un principio posto a favore del privato ed a tutela del suo affidamento (in termini Cons. Stato, Ad. plen., 22 maggio 1993, n. 6). In ogni caso, e dunque sia che il funzionario di fatto venga inteso in funzione di un'esigenza di tutela dell'affidamento del soggetto privato che in buona fede sia stato indotto dalla situazione di apparenza a ritenere che il soggetto preposto all'ufficio ne sia il legittimo titolare (secondo la tradizione del diritto romano, nella figura ulpiana del *Barbarius Philippus*), sia nell'ipotesi che il fondamento del funzionario di fatto venga ravvisato nell'esigenza di continuità delle funzioni amministrative essenziali, la sua operatività elide la rilevanza della illegittimità o della mancanza dell'atto di investitura, salvo che l'atto di investitura non venga impugnato insieme all'atto adottato dal titolare apparente dell'ufficio, ovvero, per dirla ancora con l'Adunanza plenaria n. 6 del 1993, non può riconoscersi efficacia agli atti del funzionario di fatto contro i quali l'interessato insorge negando il potere di chi li ha emessi⁹⁰.

Richiami alla vicenda di *Barbarius Philippus* possono rinvenirsi anche nella giurisprudenza extranazionale. In un *recurso de Casación* argentino, ad esempio, è stata esaminata la validità degli atti emanati da un segretario nominato giudice surrogato dal Consiglio della Magistratura, e non dal presidente della nazione con accordo del Senato, con violazione, quindi, della formale procedura di nomina⁹¹:

⁹⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 5092 del 6/11/2017, secondo cui «appare prevalente in dottrina l'opinione secondo cui la nullità della nomina di un funzionario non si comunica agli atti, i quali devono intendersi non nulli, ma annullabili per incompetenza derivante dal difetto di legittimazione del titolare apparente dell'organo».

⁹¹ R. 1309. XLII. Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación. Buenos Aires, 23 de mayo de 2007, p. 14 s. Si v. *Los jueces subrogantes son inconstitucionales pero sus actos son válidos*, in *Diario Judicial*, vie 16 de julio de 2010, in <https://www.diariojudicial.com/nota/19067/-/los-jueces-su>

Este criterio ya había sido sostenido desde antaño cuando en el derecho romano, a través de la *Lex Barbarius Philippus*, se mantuvo la validez de los actos dictados por un Pretor que fue designado sin reunir las calidades necesarias para ello, según las normas de la época, dada su condición de esclavo (Digesto, Libro II, Título XIV, 3).

È soprattutto alla giurisprudenza⁹², quindi, che si deve il merito di aver, come fosse moderno *fugitivarius*, ritrovato *Barbarius Philippus*, riportandolo alla memoria dei moderni. Un dato che, insieme ad altri, ci permette anche di affermare come non si possa dichiarare la totale estinzione dei principi di diritto romano nella cultura giuridica degli ordinamenti moderni, in cui sono ancora presenti numerosi richiami impliciti (a livello normativo) ed espliciti (in ambito giurisprudenziale)⁹³.

brogantes-son-inconstitucionales-pero-sus-actos-son-validos.html. Alla vicenda di *Barbarius Philippus* si è fatto riferimento anche in occasione dell'elezione del presidente greco Richter Christos Sartzetakis nel 1985, sulla cui regolarità si discusse. In *Der Spiegel* dell'8 aprile 1985 (in <https://magazin.spiegel.de/EpubDelivery/spiegel/pdf/13512121>) si legge: «Es handelt sich dabei um den vom Juristen Ulpian im 3. Jahrhundert nach Christus angesprochenen Fall des Barbarius Philippus, eines Sklaven, der in ein hohes Staatsamt (Prätur) gewählt wurde. Ulpian meinte, seine Amtshandlungen seien gültig gewesen, weil das Volk ihn haben wollte und weil erst nachträglich bekannt wurde, daß es einen (nicht wählbaren) Sklaven erkoren hatte. Dies sei, argumentieren andere Theoretiker, im Falle Sartzetakis nicht anwendbar, da die Rechtmäßigkeit seiner Wahl bereits vor dem letzten Wahlgang in Frage gestellt worden sei».

⁹² Cfr. da ultimo la già citata Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 5092 del 6/11/2017.

⁹³ Ancora numerosi continuano ad essere, infatti, i riferimenti ai principi di diritto romano da parte della Suprema Corte di Cassazione. Rimanendo nel campo dei funzionari della pubblica amministrazione, ad esempio, può segnalarsi l'ordinanza interlocutoria del 2018 in tema di competenza territoriale dei pubblici ufficiali, ove si cita Dig. 1.12.3 (Ulp. 2 *ad ed.*): *Praefectus urbi cum terminos urbis exierit, potestatem non habet* (Corte Cass., Sez. II Civ., ord. int. n. 179 del 8/1/2018).

DARJN A.N. COSTA, Dalla *lex Barbarius* alla L. 241/1990. Prospettive storico-comparatistiche sull'attività del funzionario di fatto. II. Le teorie sulla validità degli atti. Sviluppi e richiami negli ordinamenti moderni

L'esercizio, e talvolta la formazione, della volontà della pubblica amministrazione, avviene per mezzo di propri organi e funzionari. Vi sono ipotesi in cui la nomina degli stessi è viziata *ab origine* o *ex post*. In tali casi si pone il problema della validità degli atti *medio tempore* prodotti da questi soggetti, inquadrati dalla dottrina nella figura del 'funzionario di fatto'. Tale istituto avrebbe origine già nel diritto romano, in cui l'episodio del *servus fugitivus Barbarius Philippus* ebbe influenze sugli ordinamenti giuridici successivi, anche extranazionali (incluso il diritto canonico). La *lex Barbarius* potrebbe essere una delle tracce romane che ancor oggi si rinvencono sulla strada del diritto moderno.

Parole chiave: funzionario di fatto, *Barbarius Philippus*, *lex Barbarius*, *error communis*.

DARJN A.N. COSTA, From *lex Barbarius* to L. 241/1990. Historical-comparative perspectives on the activities of the *de facto* officer. II. Theories on the validity of acts. Developments and recalls in modern systems

The exercise, and sometimes the formation, of the will of the public administration takes place through own organs and officers. There are cases in which the appointment of the same is flawed *ab origine* or *ex post*. In such cases arises the problem of the validity of the *medio tempore* acts produced by these subjects, framed by the doctrine in the figure of the 'de facto officer'. This institute would already acquire its origins in Roman law, in which the episode of the *servus fugitivus Barbarius Philippus* had influences on subsequent legal systems, and extra-national ones (including canon law). The *lex Barbarius* could be one of the Roman traces that are still found today on the path of modern law.

Key words: *de facto* officer, *Barbarius Philippus*, *lex Barbarius*, *error communis*.

NOTE SUI COLLABORATORI DEL FASCICOLO 2 2022

Antonio BANFI, Professore ordinario di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Bergamo

Marco PARISI, Professore ordinario di Diritto canonico e diritto ecclesiastico, Università degli Studi del Molise

Laura GUTIÉRREZ MASSON, Profesora titular de Derecho romano, Universidad Complutense de Madrid

Enrico SCIANDRELLO, Professore associato di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università di Torino

Claudio GENTILE, Dottore in Diritto canonico, Pontificia Università Urbaniana

Darjn A.N. COSTA, Dottore di ricerca in Economia, Società, Diritto, Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo"

Luigi PROSIA, Dottorando di ricerca in Informatica giuridica, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Nico TONTI, Dottorando di ricerca in Diritto canonico e Diritto ecclesiastico, Alma Mater Studiorum Università di Bologna

Teodoro LANGELLOTTI, Cultore della materia in Storia del diritto medievale e moderno, Alma Mater Studiorum Università di Bologna

Miscellanea

Antonio Banfi, A proposito della diatriba su *accusatio*, *inquisitio* e mondo antico: brevi riflessioni sul metodo 281

Marco Parisi, The religious dimension of the migrant in Italy. Rights and identities in the management of the immigration phenomenon 311

Enrico Sciandrello, ‘*Ab utraque parte directa est*’. Riflessioni sull’esercizio dell’*actio pro socio* in età giustiniana ... 331

Claudio Gentile, Il progetto di riorganizzazione delle diocesi italiane del card. De Lai 355

Darjn A.N. Costa, Dalla *lex Barbarius* alla l. 241/1990. Prospettive storico-comparatistiche sull’attività del funzionario di fatto. II. Le teorie sulla validità degli atti. Sviluppi e richiami negli ordinamenti moderni 407

Nico Tonti, *Much Ado About Nothing*: l’immunità giurisdizionale della Santa Sede al vaglio della Corte europea dei diritti dell’uomo 439

Teodoro Langellotti, Note intorno al sindacato degli ufficiali di giustizia nel Regno di Napoli. Il fallimentare *restyling* nella trattatistica di Età Moderna 497

Recensioni 535

INDICE DEL FASCICOLO 1 2022

<i>Geraldina Boni</i> , Il contributo di Joaquín Llobell riguardo al giudizio penale nella Chiesa.....	7
<i>Alberto Fabbri</i> , Note sul profilo giuridico delle congregazioni religiose in Italia e titolarità del possesso dei beni tra Otto e Novecento. La situazione a Pesaro.....	72
<i>Petar Popović</i> , Il ruolo della giustizia nella strutturazione del concetto di diritto in Bobbio, Ferrajoli, Zagrebelsky e (d'altra parte) Cotta	95
<i>Giancarlo Caporali</i> , I diritti sociali nel pensiero rivoluzionario francese. Lavoro ed assistenza come diritti individuali.....	134
<i>Emanuele Tuccari</i> , Note ministeriali e notazioni critiche sulla disciplina 'democratica' delle associazioni del Terzo settore	167
<i>Angelina Cirillo</i> , Giurisdizionalismo a Napoli tra '600 e '700: itinerari storiografici.....	198
<i>Elena Pezzato</i> , La questura di Costantino.....	214
<i>Alessandro Agri</i> , La riparazione dei danni di guerra in Italia: dibattito dottrinale e provvedimenti legislativi tra la fine dell'Ottocento e la prima guerra mondiale	239
<i>Enrico Giarnieri</i> , Il decreto di esecutività della Segnatura Apostolica tra la 'doppia conforme' e la riforma del processo matrimoniale canonico.....	312
<i>Francesco Passaseo</i> , Beni comuni e accesso a pagamento alle chiese. Il progetto ' <i>LeccEcclesiae</i> - alla scoperta del Barocco' dell'arcidiocesi di Lecce	358
<i>Fabio Ratto Trabucco</i> , Il feticcio del cd. semestre bianco presidenziale nel sistema dei <i>checks and balances</i> italiani.....	398

ARCHIVIO GIURIDICO *Filippo Serafini*

Periodico Fondato nel 1868

Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-blind peer review*.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze social e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences; SCOPUS.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, estratto degli articoli in formato pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: **info@muccheditore.it**.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'*Archivio giuridico Filippo Serafini*. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Direzione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.