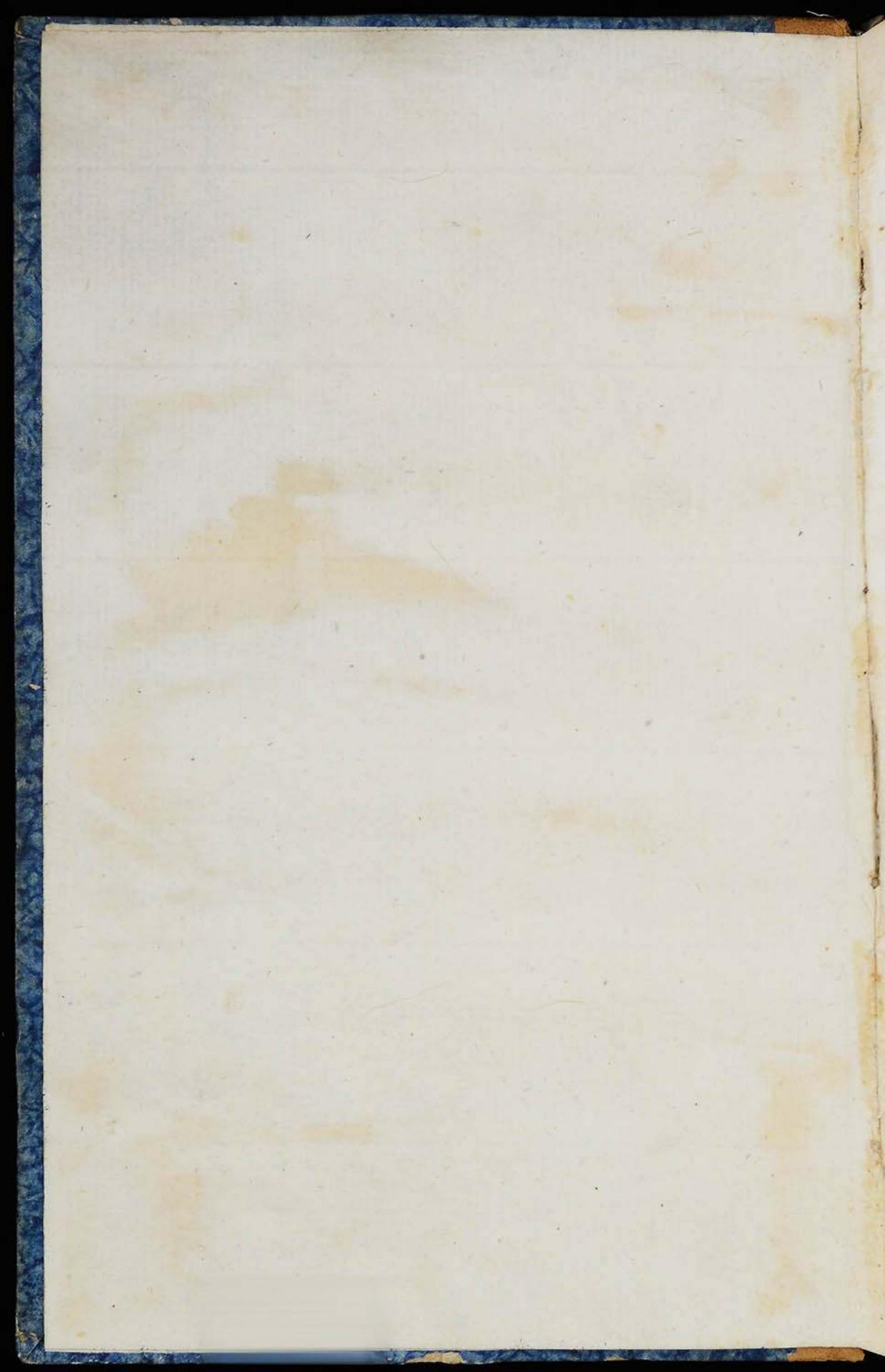




REC 37258
FANT. V.D. 85



OSSERVAZIONI
ALL' ANALISI RAGIONATA
DELLA DISCUSSIONE DEL CODICE CIVILE
AL CONSIGLIO DI STATO
PUBBLICATA
DAL SIG. SENATORE MALEVILLE
DELL' AVVOCATO
GIUSEPPE BECCARIA.

PAVIA
DALLA TIPOGRAFIA CAPELLI.

1811.

*Non enim tam auctoritatis in disputando
quam rationis momenta quaerenda sunt: quin
etiam obest plerumque iis, qui discere volunt,
auctoritas eorum, qui se docere profitentur.
Desinunt enim suum judicium adhibere: id
habent ratum, quod ab eo, quem probant,
judicatum vident.*

Cic. de Nat. Deor. Lib. I. n.^o 5.

Al Chiarissimo Giureconsulto

Signor

Tommaso Nani

Consigliere di Stato

Professore Emerito

di Diritto e Procedura Criminale

nella Regia Università di Tavia,

e Membro del Collegio Elettorale

de' Dotti.

La lusinga che queste poche osser-
vazioni da me fatte all' Opera del Sig.

Maleville possano riuscire di qualche
utilità, m'indusse a pubblicarle, ed
il vivissimo desiderio di dare a Lei,
Stimatissimo Sig. Consigliere, un tenue,
ma sincero contrassegno della mia co-
stante gratitudine e dell'alta stima che
Le professo, m'incoraggiò ad offrirle a
Lei come il primo frutto dell'affidua
mia applicazione allo studio delle Leggi.

Penetrato da questi ingenui senti-
menti parveui ben doveroso che a Lei
specialmente fosse consacrato questo mio
lavoro, risovvenendomi sempre colla mag-
giore compiacenza ch' Ella dicesse i miei
passi al Santuario di Cenide, e tanto
contribuì colle vaste sue cognizioni all'

*istruzion mia nella Criminale non meno,
che nella Civile Giurisprudenza.*

*Un altro possente motivo mi spinse
poi anche ad indirizzare a Lei il mio
lavoro, poichè desso troppo abbisognava
di un Nome Autorevole, che ne coprisse
generosamente i difetti, e gli desse quel
pregio che per sè medesimo non potrebb-
e meritare.*

*Chiamata Ella recentemente dal Ge-
nio che regge i destini d'Italia a carica
più luminosa, ha lasciato un vuoto irre-
parabile in questa celebre Università,
che risuonerà costantemente delle di Lei
lodi accompagnate dall'amore, e dalla
gratitudine de' suoi discepoli.*

Fregiato adunque del rispettabile
di lei Nome, ardisce di comparire al
pubblico questo piccolo saggio de' miei
studj, ed io mi chiamerò ben fortunato
s' Ella si degnerà accordargli benigno
accoglimento, e crederlo degno del fa-
vorevole di Lei giudizio.

In questa dolce speranza, La sup-
plico ad aggradire le più ingenue assi-
curazioni della mia riconoscenza, e della
ossequiosa stima con cui mi prego di
essere.

Di Lei Stimat.^{mo} S.^z Cons.

Pavia 15. Ottobre 1810.

Divot.^{mo} Obbl.^{mo} Servitore
Giuseppe Beccaria

PREFAZIONE.

Sollecitato già da lungo tempo dai voti più ardenti de' popoli, e seguito dalla loro più sincera riconoscenza, comparve in mezzo allo strepito dell' Armi trionfanti il nuovo Codice Civile, lasciando alla posterità un perenne monumento della Sapienza di quel GENIO incomparabile, che attonito l'universo ammira come il più grande degli Eroi, e de' Legislatori. Appena si pubblicò questa nuova Legislazione, frutto utilissimo di lunghe meditazioni, che i più dotti Giureconsulti della Francia, grati a sì segnalato beneficio reso alla Società, si occuparono a gara nel commentarne e rischiararne le sagge disposizioni, contribuendo così a rendere sempre più completo e profittevole quest'importante lavoro. Fra le Opere di questi benemeriti Giureconsulti occupa senza dubbio

un luogo assai distinto quella del Chiarissimo Sig. Senatore Maleville , il quale dopo di avere cogli estesi suoi lumi cooperato alla redazione del Codice Civile , volle puranche pubblicare un' analisi ragionata della discussione ch' ebbe luogo al Consiglio di Stato sul Codice medesimo , onde far conoscere viepiù lo spirito della nuova legge , e facilitare l'intelligenza non meno , che la più giusta applicazione de' principj in essa consacrati .

La circostanza che il Sig. Maleville fu uno de' Compilatori dell' accennato Codice , rese ancor più pregevole e ricercata l' Opera sua , la quale trovasi oramai nelle mani di tutti i Cultori della Civile Giurisprudenza .

Il desiderio d' istruirmi nella vigente legislazione mi spinse avidamente alla lettura di questo Libro utilissimo , e meditandolo mi venne fatto d'incontrarvi alcuni passi ne' quali parvemi , se mal non m' apposi , che l' Autore non abbia potuto evitare taluno di que' difetti , cui va necessariamente soggetto chi imprende un lungo lavoro .

Chiunque infatti scevro di prevenzione vorrà considerarlo, mi lusingo potrà meco convenire, che qualche volta il prelodato Autore sia caduto evidentemente in errore, abbracciando opinioni, le quali o non reggono col disposto dalla legge, o vi si oppongono manifestamente, od avvanzando delle asserzioni troppo vaghe e senza fondamento; e che non di rado ancora immaginò de' dubbj ove non vi può essere perplessità veruna, o non si fece carico di sciogliere le difficoltà da lui medesimo proposte.

Dall'attento esame dell'indicata Opera del Sig. Maleville ebbero origine le poche osservazioni, che da me scritte per mio particolare esercizio, sono ora animato a pubblicare dalla lusinga che non possano essere del tutto infruttuose ai giovani, che i loro studj consacrano alla scienza del Diritto Civile. Non pretendo però di presentare al pubblico un compiuto commentario all'Opera stessa; poichè non altro scopo mi proposi, che quello di dimostrare l'insussistenza di varie opinioni dell'Autore, e di soggiungere qualche riflesso e schiarimento so-

pra alcuni punti da lui lasciati indecisi , o de' quali Egli diede una spiegazione , in mio senso , non abbastanza esatta .

Ben lontano dal voler intaccare in modo veruno la fama che l' Illustre Sig. Maleville si è giustamente acquistata , il solo divisamento di rendere più utile il lavoro del dottissimo Autore , fu anzi quello che mi diresse nelle accennate osservazioni ; e posso del resto assicurare i miei Lettori , che mi glorierò sempre di professare stima e rispetto verso questo benemerito illustratore della Francese Giurisprudenza .

Ho divise le stesse osservazioni in tre libri , seguendo in ciò l' ordine che offre il Codice Civile , e che è pur quello seguito dal Sig. Maleville nella di lui Opera . Non si troverà però in esse una esatta progressione di materie , giacchè io non presi ad esaminare ciascun commentario , che l' Autor dell' Analisi sottopose ai rispettivi articoli del Codice ; ma rivolsi la mia attenzione soltanto ad alcuni passi dell' accennata Analisi , che mi parvero meritare a fronte d' altri , o chiarimento o confutazione ; non mi era

quindi possibile di dare al mio lavoro una divisione regolare e conforme a quella adottata nel Codice Civile. A maggiore intelligenza de' Lettori, ho per altro indicati in principio di ciascuna disputa ed osservazione i Libri, Titoli, Capi e le Sezioni del Codice stesso, sotto le quali trovansi le materie cui si riferiscono le osservazioni o le dispute; ed ho pure creduto conveniente di riportare per esteso il testo letterale di ciascun articolo, che forma l' oggetto speciale della questione.

Seguendo un tale metodo sembrami d' aver ottenuto il doppio risultato di porre immediatamente i Leggitori a portata di rilevare la materia di cui trattasi, e somministrare ad ognuno d' essi un mezzo facile onde riscontrare, se così piace, l' originale Commentario del Sig. Maleville; che anzi per risparmiar loro questo noioso confronto, e rendere più compiuto il mio lavoro, precisando più davvicino l' oggetto della questione, io mi feci carico di premettere a ciascuna osservazione in transunto e talvolta anche per intiero, quanto dice l' Autore

stesso in proposito . Per tal modo questo mio scritto può anche stare da sè e disgiunto dall'Opera del Sig. Maleville , e riguardarsi come una piccola raccolta di alcune dispute ed osservazioni sopra diversi articoli del Codice Civile .

Mi parve ancora cosa utile di accennare nel mio lavoro alcuni Reali Decreti stati pubblicati come altrettanti supplementi al nuovo Codice Civile , e di citare altresì diversi articoli de' Codici di Procedura Civile , e di Commercio , risultando da essi la decisione speciale d'alcune questioni proposte dall'Autore , e sopra le quali Egli non poteva pronunciare un fondato giudizio ; mentre le indicate disposizioni vennero emanate posteriormente alla di lui Opera .

Non trascurai per ultimo di porre in fine del Libro un Indice , il quale presenta un quadro delle questioni che vi si trattano , avendo procurato di renderne facile il ritrovamento , e coll'indicazione dell'articolo del Codice , cui si riferiscono , e coll'indicazione della pagina .

Se questo mio tenue lavoro non

sarà tanto fortunato di ottenere dal pubblico favorevole accoglimento , spero almeno che verrà riguardato come una prova dell' ardente mio desiderio di arrecare co' miei studj qualche utilità ; e potrò dire senza rimprovero a me medesimo ciò che già disse un Antico Scrittore : *Fructus mihi non parvus erit si profui ; quod si id non provenerit , hoc ipsum tamen infructuosum non erit , quod prodesse volui : mens enim boni studii ac pii voti , etiamsi operis sui plausum , ac effectum non invenerit , praemium semper bonae voluntatis habebit .*

(i)

OSSERVAZIONI AL LIBRO PRIMO DELLE PERSONE

(*Del Godimento dei Diritti Civili. Cod.
Nap. Lib. I, Tit. I, Cap. I.*)

ART. II.

*Lo straniero godrà nel Regno dei medesimi
diritti civili ai quali sono o saranno ammessi gl'Ita-
liani in vigore dei trattati della nazione a cui tale
straniero appartiene.*

Crede il Sig. Maleville che il Codice civile non regoli l'uso del diritto di albinaggio, e pretende che si debba ricorrere sopra quest'oggetto alle leggi anteriori ed all'antica giurisprudenza. In tale supposizione egli espone i principj generali sopra il diritto di albinaggio, affinchè siano di guida nelle dispute che potessero insorgere fra quegli Stati rapporto ai quali si trovasse sussistere l'indicato diritto.

Egli dice primieramente, che secondo diverse Ordinanze, gli stranieri non potevano

occupare in Francia impieghi o beneficij, nè prendere ad assitto dominj reali od ecclesiastici, nè essere direttori di banca, se non mediante una ragguardevole cauzione; ma che però ritenevasi che il Re derogasse a queste regole, allorchè egli nominava uno straniero ad esercitare le accennate funzioni.

Uno straniero, continua ad osservare lo stesso Autore, era incapace di raccogliere alcuna successione in Francia, e non poteva ricevere veruna liberalità, sia da' suoi parenti residenti in Francia, sia da altri *regnicoli*, ad eccezione delle rendite vitalizie che tenevan luogo di alimenti.

Non poteva inoltre lo straniero disporre a causa di morte, di ciò ch'egli possedeva in Francia, e non aveva altri eredi che il Re. Questa regola riceveva soltanto eccezione in riguardo de' suoi figli nati e residenti in Francia, i quali potevano essere suoi eredi, ed a cui favore gli era lecito di disporre.

Lo straniero aveva però la libera facoltà di contrattare e donare fra vivi; poichè questi sono atti del diritto delle genti, il cui esercizio non eragli interdetto.

Osserva pure il lodato Maleville, che a termini di alcune antiche Ordinanze il diritto di albinaggio non aveva luogo a riguardo dei mercanti stranieri che frequentavano le fiere di Lione, rapporto però soltanto ai beni mobili.

Dice finalmente che lo straniero era esclu-

so dal beneficio della cessione de'beni, e che non poteva agire in giudizio senza la cauzione che appellavasi *iudicatum solvi*.

Non so comprendere come possa dirsi che il Codice non abbia regolato l'uso del diritto di albinaggio; e molto meno come possa sostenersi che sopra tale oggetto si debba ricorrere alle leggi antecedenti ed alla giurisprudenza antica.

Non era mestieri che la nuova legge precisasse minutamente tutti gli effetti del diritto di albinaggio. Essa ne ha stabilito il principio fondamentale; spetta al Giureconsulto di farne l'applicazione. Ogni disputa relativa a tale oggetto potrà agevolmente decidersi coll'appoggio delle disposizioni nel Codice contenute, senza che sia d'uopo di cercarne la soluzione nelle leggi anteriori o nelle pratiche antiche. Quanto viene dall'Autore accennato non è infatti, nella maggior parte, che la conseguenza di ciò che anche l'odierna legge prescrive; ma però non tutti i principj da esso esposti saranno in oggi ammissibili.

Il Legislatore nel presente articolo ha stabilita per massima fondamentale una perfetta parità di trattamento colle straniere nazioni, appoggiata ai trattati, in mancanza dei quali lo straniero non potrà godere nel Regno di alcun diritto civile. Quando fra le rispettive nazioni non esistono particolari trattati, all'oggetto di reciprocamente esimersi dal

diritto di albinaggio, non hanno fra di esse, come osserva il Bernardi nel suo Corso di Diritto Civile, altri rapporti, fuori di quelli che derivano dal diritto delle genti. Non vi sarà dunque bisogno d'invocare le leggi precedenti, né le antiche pratiche sulla materia dell'albinaggio; non si avrà che ad applicare il principio generale dal nostro articolo sanzionato, e le massime del diritto delle genti.

Allorchè siasi conosciuto quali sono i diritti civili, non potrà incontrarsi alcuna difficoltà nell'applicazione di quanto l'articolo stabilisce. È d'uopo perciò il premettere che debbonsi considerare diritti civili tutti quelli che la legge civile attribuisce: *Les droits civils sont décrits et distribués par la loi civile. Ce ne sont en effet que les capacités relatives à la propriété, donnés par le droit privé à l'individu considéré comme simple régnicole, et indépendamment de ses capacités politiques.* Locré *Esprit du Code Napoléon* sopra l'art. 7. Ved. anche il Perreau *Principes généraux du droit civil privé*, pag. 20. Quindi se lo straniero, allorchè non esistono trattati, non può godere nel Regno di alcun diritto civile, sarà forza il ritenere per indubitate le seguenti regole,

1.^o Lo straniero sarà incapace di raccolgere alcuna successione nel Regno, essendo questo un diritto regolato ed attribuito dalla legge civile. L'incapacità dello straniero, a questo riguardo, è pure stabilita nell'art. 726.

Uno straniero , ivi si dice , non è ammesso a succedere ne' beni che il suo parente straniero o Italiano possedeva nel territorio del Regno , se non nei casi e nel modo con cui un Italiano succede al suo parente possessore di beni nel paese di questo straniero , in conformità delle disposizioni dell' articolo undecimo , al titolo del Godimento e della Pravazione dei Diritti civili .

2.^o Esso non potrà trasmettere per intestata successione i beni che possedesse nel Regno , né a favore de' suoi parenti stranieri , né a favore degli stessi suoi parenti Italiani , quand' anche fossero i propri figli . Quest' ultima proposizione sembrerà troppo rigorosa , ma è dessa appoggiata alla lettera della legge . Risovveniamoci che in forza del nostro articolo , lo straniero non gode di alcun diritto civile . Ora il diritto di trasmettere una successione non è egli forse nella classe dei diritti civili ? Ce lo dimostra chiaramente l' art. 25 , ove è detto che il condannato a pena importante la morte civile *non può succedere nè trasmettere a titolo di successione , i beni che avesse di poi acquistati* , neppure a vantaggio de' propri figli , come risulta anche dall' art. 33 , appunto perchè esso rimanendo privo del godimento dei diritti civili , perde altresì quello di trasmettere a titolo di successione che è pure nella classe dei diritti civili : *La successibilité passive ,* scrive il Locré al cit. art. 25 , *dérivant éga-*

(6)

*lement du droit civil, nè peut appartenir à
celui qui n'en jouit plus.*

Quanto si è detto è pure suggerito dalla parità di trattamento sanzionata dall'articolo, sopra cui si ragiona. Potrebbe accadere che si accordasse allo straniero il diritto di trasmettere per titolo di successione ai di lui figli Italiani, i beni ch'egli avesse nel Regno, nel mentre che non si concederebbe forse la stessa facoltà all'Italiano presso la nazione, cui detto straniero appartiene, rapporto ai beni che il medesimo vi possedesse; e ciò si opporrebbe a quell'esatto equilibrio voluto dalla parità di trattamento, la quale non può aver luogo se non è appoggiata ai trattati.

Non ignoro che gli Autori delle Pandette Francesi, tom. 2. pag. 131. num. 68, dopo avere accennato che il diritto di albinaggio riceveva molte eccezioni, e che la prima era a favore dei figli, fecero rimarcare che in oggi il figlio nato in Francia da parenti stranieri, tiene dal Codice stesso, art. 9, il diritto di succedere ad essi. Ma il detto articolo si limita ad accordargli il diritto di reclamare la qualità d'Italiano per essere nato nel Regno; non ne viene però di conseguenza che per avere ottenuta tale qualità unitamente all'esercizio dei diritti civili, egli possa raccogliere la successione de' suoi genitori stranieri. A questo riguardo conviene attenersi alla regola del nostro articolo, ed

esaminare non la sola capacità del figlio di succedere, ma principalmente quella del defunto genitore di trasmettere a titolo di successione i beni che possedesse nel Regno. Non avendo egli un tale diritto, attesa la di lui qualità di straniero, non potrà ammettersi veruna eccezione a favore de' suoi figli, sebbene avessero acquistata la qualità di Italiani. Deve altresì rimarcarsi che gli stessi Autori alla pag. 135, hanno pur detto che il Codice Civile coll' art. 11 stabilisce il diritto di albinaggio rapporto agli stranieri, e che questo diritto non soffrirà a loro riguardo in Francia altre eccezioni, fuori di quelle ch'egli avrà ricevute negli altri paesi, a riguardo dei Francesi. Perche dunque dovrassi ammettere l' indicata eccezione a favore dei figli, senza essere garantiti, come vuole la legge, dalla fede dei trattati, che la stessa eccezione sarà egualmente ammessa presso le estere nazioni?

3.^o Lo straniero non potrà ricevere alcuna liberalità, sia per testamento, sia per donazione tra vivi: *Non potrà farsi alcuna disposizione a favore di uno straniero, se non nel caso in cui questo straniero potesse disporre a vantaggio di un Italiano*, così prescrive l' art. 912. Base di questo articolo, come del 726 è sempre il principio generale nel nostro articolo stabilito. Si noti che l' art. 912 non esige che la reciprocità sia appoggiata ai trattati, per cui, affinchè lo straniero possa essere capace di ricevere una liberalità da un

Italiano , basterà il provare ch' egli poteva egualmente farla a favore di quest' ultimo , a norma dei trattati , od anche delle leggi particolari della propria nazione. *Ved.* il Grenier *Traité des Donations et des Testamens , tom. 1. pag. 299.* Non sarà però mai negata allo straniero la facoltà di ricevere per titolo di alimenti ; non è questo un beneficio della legge civile ; è anzi un diritto che essa non può togliere , perchè sacro nel Codice della natura . È perciò che il Legislatore nell' art. 25 non volle privare il condannato a morte civile del diritto di ricevere *per causa di alimenti* , sebbene egli sia , a somiglianza dello straniero , incapace di ricevere per donazione tra vivi e per testamento .

4.º Non potrà lo straniero medesimo validamente disporre de' beni ch' egli possedesse nel Regno , sia per testamento , sia per donazione tra vivi ; poichè queste due forme di disporre sono in oggi egualmente riguardate come derivanti dalla legge civile . Infatti non per altro motivo l' art. 25 priva il condannato del diritto di disporre de' suoi beni , tanto per donazione tra vivi , quanto per testamento , se non perchè tale facoltà si ritiene nella classe dei diritti dalla legge civile accordati . A questo proposito ragiona assai bene , e con sommo criterio legale il celebre Locré sopra il cit. art. 25 . *La capacité , egli dice , de donner et celle de recevoir par testament sont des priviléges que le droit civil a créés ; car na-*

turellement la disposition faite par un individu pour un temps où, n'étant plus propriétaire, il n'aura plus la faculté de disposer de ses biens, doit demeurer sans effet.

Rapporto poi alle donazioni tra vivi egli fa una giudiziosa distinzione, ed ecco in qual modo si esprime : *Les donations d'effets mobiliers de peu de valeur, lorsqu'elles se consomment à l'instant par la tradition, sont démeurées dans les termes où les a mises le droit naturel.*

Les donations d'immeubles, et en général celles dont la preuve ne peut résulter que d'un contrat écrit, et qui produisent des actions, ont reçu leur forme du droit civil. C'est lui qui fixe les conditions sous lesquelles elles seront valables, soit par rapport aux donateurs et aux donataires, soit par rapport aux tiers créanciers et héritiers ; qui determine la mesure dans laquelle chacun peut disposer de ses biens de cette manière, et surtout les capacités et les incapacités relatives à la qualité de donneur et de doneataire.

Les donations entre-vifs, quoiqu'elles aient leur principe dans la loi naturelle, sont donc devenues des matières du droit civil.

E chiaro perciò che lo straniero, come privo dei diritti civili, non avrà la facoltà di disporre de' beni ch' egli possedesse nel Regno, nè per testamento, nè per donazione tra vivi, neppure a riguardo de' propri figli nati e residenti in Italia, trattandosi di in-

capacità assoluta e generale, cui non può ammettersi alcuna eccezione. Ciò è pure reclamato da quella perfetta parità di trattamento, che la legge volle stabilire colle estere nazioni.

Lo straniero avrà però la facoltà di fare tutti quei contratti che sono di diritto delle genti; il che può anche dedursi dagli art. 14 e 15.

5.º La cessione de' beni, essendo un beneficio accordato dalla legge civile, non competrà agli stranieri. Infatti l'art. 905 del Codice di Procedura Civile ricusa ad essi l'indicato beneficio.

Riguardo alla cauzione *iudicatum solvi* da prestarsi dallo straniero è a lui espressamente imposta dall'art. 16 del Codice Civile, non che dall'art. 166 del citato Codice di Procedura. Io peraltro ritengo che ciò non debba riguardarsi come una conseguenza del diritto di albinaggio; poichè lo straniero anche appartenente ad una nazione colla quale non esistesse l'accennato diritto, sarebbe sempre soggetto all'obbligo della cauzione.

Giova finalmente osservare che la disposizione dell'articolo non si applicherà a tutti que' casi, nei quali fosse dell'interesse della nazione il non seguire il principio in esso decretato: *On avoit manifesté*, come ci riferisce il Locré in fine dell'osservazione all'art. 11, *le desir que la disposition ne portât point atteinte aux priviléges accordés aux étrangers, dans certains lieux et dans certaines circon-*

stances , pour notre propre intérêt . Ce vœu se trouve rempli par la declaration faite par l'Orateur du Gouvernement , que la disposition de l'article 11 n'exclut aucune des concessions dictées par les circonstances et pour l'intérêt du peuple françois. Da ciò ne deriva che non vi sarà alcun dubbio sopra quanto disse l'Autore in proposito dell' impiego di persone straniere, e dei commercianti che frequentano le fiere , essendo sempre in facoltà del Governo di procurare il maggiore interesse della nazione . *Ved.* anche la disposizione dell' art. 13.

Non pretendo di avere accennate tutte le conseguenze del diritto di albinaggio , ossia della parità di trattamento stabilita dall' attuale articolo. Colle premesse osservazioni mi sono unicamente proposto di dimostrare che non si dee , e che neppure è necessario attenersi alle leggi e pratiche antiche ; tanto più che alcune opinioni dall' Autore sostenute coll' appoggio delle medesime , sono in urto con i principj che converrà seguire nello stato della presente legislazione .

E' d' uopo per ultimo l' avvertire che l' Augusto Sovrano della Francia e dell' Italia ha tolto fra i due popoli il diritto di albinaggio con Decreto delli 19 Febbrajo 1806 . *I nostri sudditi , sono le parole del Decreto , dell' Impero Francese sono esenti nel nostro Regno d' Italia dal diritto di albinaggio , come pure da ogni altro diritto di eguale na-*

(12)

tura, qualunque ne sia la denominazione. Per reciprocità i nostri sudditi del Regno d' Italia godranno della medesima esenzione in tutto l' Impero Francese. Potranno conseguentemente i nostri sudditi di uno dei due Stati raccogliere liberamente le successioni verificate a loro vantaggio nell' altro.

ART. 14.

Lo straniero anche non residente nel Regno, potrà citarsi avanti i tribunali italiani per la esecuzione delle obbligazioni da lui contratte con un Italiano nello Stato italiano: potrà parimente essere chiamato avanti i tribunali italiani, per le obbligazioni da lui contratte in paese straniero con un Italiano.

Osserva il nostro Autore che l' articolo è contrario alla massima *actor sequitur forum rei*, massima da cui meno allontanavasi il primo progetto, ove, a riguardo dello straniero, erasi aggiunto: *se egli fosse trovato in Francia*, la quale condizione è stata di poi cancellata senza che se ne veda il motivo nella Discussione.

Conviene però il Sig. Maleville, che qualora lo straniero possegga dei beni nello Stato, l' articolo si giustifica per il riflesso che non avendo esecuzione in Francia le sentenze di esteri tribunali, sarebbe del tutto inutile che il Francese le avesse a suo favore ottenute. Ed infatti l' art. 121 dell' Ordinanza del 1629 voleva, siccome riferisce lo stesso

Autore , che le sentenze pronunciate in estero Stato non avessero esecuzione in Francia , e che ad onta delle medesime i sudditi francesi , contro cui fossero state proferite , potessero nuovamente far valere i loro diritti avanti i propri giudici .

Molto saggia non meno che giusta si è la disposizione dell' articolo ; poichè , come rimarca il profondo Locré , *les jugemens rendus par des tribunaux étrangers , n'étant pas exécutoires en France , parce que l'autorité de laquelle ils émanent n'y a pas de jurisdiction , ce seroit dénier la justice aux François , que de ne pas leur permettre de traduire leur débiteur étranger devant nos Tribunaux .*

E' poi facile il conoscere il motivo per cui fu soppressa la limitazione di cui parla l' Autore , cioè se lo straniero *fosse trovato in Francia* . In vista di essa pressochè mai avrebbe potuto avere effetto la facoltà dalla legge accordata . Lo straniero consapevole di avere mancato agli obblighi da lui contratti verso l' Italiano , avrebbe sempre avuto un facile mezzo di rendere vane le di lui ricerche , assentandosi dal Regno , o non venendo a soggiornarvi . Non conveniva lasciare dipendere dalla volontà , e dalla mala fede dello straniero l' esercizio dei diritti che potessero competere all' Italiano .

Rapporto al modo di citare uno straniero , ed ai termini da osservarsi *ved.* gli art. 69 §. 9 , 73 e 74 del Codice di Procedura Civile .

In proposito della disposizione dell' Ordinanza dall' Autore accennata , è bene il conoscere la Circolare 28 Settembre 1808 di S. E. il Sig. Conte Senatore G. G. Ministro della Giustizia nel Regno d'Italia , colla quale vennero stabilite le norme , all' oggetto di rendere esecutive nel Regno le sentenze di esteri tribunali . Essa contiene , fra le altre , le seguenti disposizioni .

§. 7 *Le Corti , i Tribunali e Giudici del Regno non possono dichiarare eseguibili contro dell' Italiano , a norma dell' art. 546 del Codice di Procedura Civile , i giudicati pronunciati dai Tribunali esteri , se non dietro nuovo giudizio in concorso di tutti gli interessati.*

§. 8 *La premessa direzione si estende anche alle Sentenze emanate dalle Autorità nelle materie commerciali , ed indistintamente sia che l' Italiano abbia figurato come attore o come convenuto avanti il Tribunale estero.*

§. 9 *E' nondimeno permessa l' esecuzione de' giudicati esteri pronunciati a favore dell' Italiano contro dell' Ester o fra due Esteri , quando siasi ottenuta l' autorizzazione della Corte , del Tribunale o Giudice competente registrata a piedi della Sentenza , di poter procedere all' esecuzione , ed osservato il disposto dall' art. 146 del Codice di Procedura Civile .*

§. 10 *Non si accorda l' autorizzazione se non dietro domanda dell' interessato fatta a quest' effetto , citata in parte e sentita la medesima in sommario giudizio .*

(15)

§. 11 *Le Corti, i Tribunali e Giudici quando riconoscessero la manifesta ingiustizia della Sentenza, negano la dichiarazione di esecutività.*

§. 12 *Contro la Sentenza che esclude l'esecutività si procede in grado di appella-zione, conformemente all' art. 809 del Codice di Procedura Civile.*

§. 13 *Le premesse istruzioni si ritengono applicabili nel solo caso in cui a favore dell'Estero non sia altrimenti provveduto dalle leggi politiche o dai trattati fra i rispettivi Governi.*

Veggansi anche gli art. 2123 e 2128 del Cod. Nap.

ART. 16.

In qualunque materia, escluse quelle di commercio, lo straniero che sia attore, sarà tenuto di dare cauzione pel pagamento delle spese e dei danni ed interessi risultanti dal processo, quando non possieda nel Regno beni stabili d'un valore sufficiente ad assicurarne il pagamento.

Fa rimarcare il Sig. Maleville le tre eccezioni che l' articolo appone alla regola in esso stabilita; la prima cioè che la cauzione non si esige dallo straniero in materia di commercio; la seconda che essa non ha luogo, qualora lo straniero è convenuto; la terza che ne cessa l' obbligo, quando possiede nello Stato immobili sufficienti.

(16)

Gli art. 166 e 167 del Codice di Procedura Civile contengono la stessa disposizione, aggiungendo che lo straniero può dispensarsi dalla cauzione, con depositare una somma sufficiente e determinata dal Tribunale. E' poi specialmente dichiarato nell' art. 423 dello stesso Codice che *in materia di commercio, l'attore straniero non può essere obbligato a prestare cauzione per le spese, danni ed interessi ai quali potesse venire condannato.*

(*Della Privazione dei Diritti civili in conseguenza di condanne giudiziali.*
Cod. Nap. lib. I, Tit. I, Cap. II,
Sez. II.)

ART. 23.

La condanna alla morte naturale produce la morte civile.

Osserva il nostro Autore che quest' articolo riceve la sua applicazione, allorchè il condannato a morte naturale fugge.

Non posso dissimulare che anche il Locré dice : *L'article 25 seroit, au surplus, inutile, si la condamnation à la peine de mort avoit toujours son effet: il ne peut plus être question de mort civile, quand la mort réelle a lieu.*

Mi sembra però che la disposizione dell'

articolo possa ricevere applicazione anche allorquando abbia avuto luogo l' esecuzione reale della condanna alla pena di morte . Se infatti il condannato , o prima o dopo avere provocato col proprio delitto il vindice braccio della giustizia , avesse disposto per testamento delle di lui sostanze , questo testamento , a motivo della morte civile che va unita alla morte naturale , non potrebbe ottenere alcuna esecuzione . Colui che dispone per atto di ultima volontà deve godere del diritto di testare anche al tempo di sua morte , in quanto che è solo a quest' epoca che l' atto stesso sorte il suo pieno effetto ; ora verificandosi all' epoca medesima la morte civile del condannato , secondo l' art. 26 , ne viene ch' egli muore incapace di testare , come risulta dall' art. 25 §. 3 , e come fu giudiziosamente osservato dall' eruditissimo Giureconsulto Tronchet nella Discussione al Consiglio di Stato : *on ne peut* , egli disse , *se dispenser d'énoncer que la peine de mort entraîne la mort civile , attendu que celui qui l'a encourue meurt incapable de divers effets civils , tels , par exemple , que la faculté de tester.* Ved. *Discussions du Code Napoléon dans le Conseil d'État , par Jouanneau , et Solon , seconde édition , tom 1. pag. 62.*

È per tale motivo che la legge ha disposto in generale , che la condanna alla morte naturale produce la morte civile , senza distinguere quando essa sia eseguita in effigie ,

oppure nella stessa persona del condannato, Se in quest' ultimo caso non potesse ricevere applicazione la regola nell' articolo stabilita, converrebbe supporre che il condannato fosse morto nell' integrità de' suoi diritti, e quindi ritenere valido il di lui testamento, contro la disposizione dei cit. art. 23 e 25 §. 3.

ART. 25 §. 3.

Non può (il condannato) disporre de' suoi beni in tutto o in parte, per donazione fra vivi, nè per testamento, nè riceverne per gli stessi titoli, eccetto che per causa di alimenti.

« Si domandò, dice il Sig. Maleville, se » la rendita vitalizia dovuta a colui che è con- » dannato ad una pena importante morte ci- » vile, cessi dal giorno in cui egli è morto » civilmente, o soltanto dal giorno della sua » morte naturale; fu risposto che essa decor- » reva a profitto degli eredi del condannato » fino alla di lui morte naturale. »

Sembra che l'Autore faccia derivare dal solo processo verbale della discussione al Consiglio di Stato, una decisione che si trova letteralmente stabilita nell' art. 1982, ove è detto: *non si estingue la rendita vitalizia colla morte civile del proprietario; deve continuarsene il pagamento durante tutta la sua vita naturale;* e ciò perchè i contraenti hanno avuto in mira la sola morte naturale, e la legge non può sciogliere questa convenzione.

(*Degli Atti di nascita. Cod. Nap. Lib. I, Tit. II, Cap. II.*)

ART. 55.

Le dichiarazioni di nascita dovranno farsi nei tre giorni consecutivi al parto, all' ufficiale dello stato civile, cui si dovrà presentare il neonato.

« Si è domandato, come riferisce il nostro Autore, perchè erasi omessa la disposizione della legge del 20 Settembre 1792, la quale autorizza l'ufficiale civile a trasportarsi sul luogo in caso d'imminente pericolo; a questo caso, egli dice, non si provvide; ma nulla impedisce l'ufficiale civile di ivi trasferirsi. »

Questo caso è contemplato nell' art. 25 del Regolamento per gli atti dello stato civile, approvato con Decreto 27 Marzo 1806 di S. A. I. il Principe Vice Re d' Italia. In esso viene prescritto che quando *il trasporto del neonato all' Ufficiale fosse per apportargli qualche pericolo, potra l' Ufficiale stesso trasferirsi al luogo ove si trova il neonato, per ivi stendere l' atto di nascita nel Registro.*

(*Degli Atti di Matrimonio . Cod. Nap.*
lib. I , Tit. II , Cap. III.)

ART. 72.

L' atto di notorietà sarà presentato al tribunale di prima istanza del luogo dove si deve celebrare il matrimonio . Il tribunale , dopo aver sentito il Regio Procuratore , darà o rieuserà la sua omologazione , a misura che troverà sufficienti o non sufficienti le dichiarazioni dei testimonj , e le cause per le quali non si possa produrre l' atto di nascita .

« Si domandò , così scrive il Maleville , » se sarà lecito di appellare dalla sentenza » pronunciata nell' ipotesi dell' articolo , e si » convenne che non eravi difficoltà , dacchè » l' articolo non lo proibisce . »

E' d' uopo osservare che la proposta questione trovasi chiaramente decisa dalla generale disposizione dell' art. 54 , nel quale sta scritto che *in tutti i casi in cui un tribunale di prima istanza pronunzierà intorno agli atti relativi allo stato civile , le parti interessate potranno ricorrere contro la sentenza*. Perciò il Locré sopra il nostro articolo ha detto : *Il reste seulement à ajouter que , d' après l' article 54 , le jugement qui intervient est sujet à appel*.

ART. 73.

L'atto autentico del consenso dei padri, delle madri, degli avi, delle avole, o, in mancanza loro, di quello della famiglia, conterrà i nomi, i cognomi, le professioni e i domicilj del futuro sposo, e di tutti quelli che saranno concorsi all'atto, come anche il loro grado di parentela.

Questo articolo, che si riferisce alle disposizioni del Cap. 2 del titolo del *Matrimonio*, incontrò molti ostacoli rapporto al consenso degli avi ed avole, in caso di premorienza dei genitori: si diceva che i detti individui potevano essere morti, senza che fosse possibile il provarlo, senza che neppure si sapesse il luogo e l'epoca della loro morte; e che la disposizione dello stesso articolo metterebbe sovente le persone adulte nell'impossibilità di maritarsi. Il Sig. Maleville, il quale asserisce d'avere egli stesso intesa una tale critica, risponde con ragione che sebbene la prova di morte degli ascendenti potesse essere difficile, od anche talvolta impossibile, non conveniva per questo omettere di stabilire la regola; e conchiude che nel caso in cui l'atto di morte non potesse essere prodotto, vi si supplirebbe con un atto di notorietà, ad esempio di ciò che ordina l'art. 155 in caso di assenza dell'ascendente.

Ma senza ricorrere all'atto di notorietà, abbiamo un particolare Decreto dellì 28 Aprile

le 1806 , pubblicato nel nostro Regno d' Italia , col quale si provvede ai casi in cui non si possono produrre gli atti di morte . Esso stabilisce le seguenti regole .

ART. I. Non è necessario di presentare all' Ufficiale dello stato civile gli atti di morte del padre e della madre dei futuri sposi , qualora i loro avoli ed avole ne attestino la morte .

ART. II. Se non si possono produrre gli atti di morte o la prova dell' assenza del padre , della madre , degli avoli e delle avole , dei quali sarebbe necessario il consenso o il consiglio , per essere ignoto l' ultimo loro domicilio , l' Ufficiale dello stato civile può procedere nonostante alla celebrazione del matrimonio , purchè gli sposi siano d' età maggiore , e dichiarino con giuramento d' ignorare il luogo della morte e quello dell' ultimo domicilio dei loro ascendenti . Questa dichiarazione dev' essere accompagnata dal giuramento dei quattro testimonj presenti all' atto del matrimonio , i quali affermino che , quantunque conoscano i futuri sposi , ignorano il luogo della morte e dell' ultimo domicilio dei loro ascendenti .

Se i futuri sposi sono minori d' età dei 21 anni , provvede l' art. 63 del regolamento 27 Marzo p. p. (questo art. 63 non è che l' espressione dell' art. 160 del Codice Civile , il quale dispone che se non esistono né padre né madre , né avi né avole , o se si trovino tutti nella impossibilità di manifestare la

(23)

loro volontà, i figli o le figlie minori di anni ventuno non possono contrarre matrimonio senza il consenso del consiglio di famiglia).

ART. III. *L'Ufficiale dello stato civile è tenuto di far menzione nell'atto di matrimonio, dell' attestato indicato all' articolo primo, o delle dichiarazioni prescritte nell' articolo secondo, a norma dei rispettivi casi.*

(*Del Domicilio. Cod. Nap. lib. I,
Tit. III.)*

ART. 103.

L'abitazione reale trasferita in un altro luogo con intenzione di fissare in questo il principale stabilimento, produrrà cangiamento di domicilio.

Crede il nostro Autore che convenga distinguere l'effetto che deve avere il cangiamento di domicilio relativamente all'individuo che lo cangia, da quello che può produrre rapporto ai terzi; quanto all'individuo egli dice che il fatto della trasferita abitazione congiunto all'intenzione, deve tosto operare il suo effetto; così se lo stesso individuo muore nella nuova abitazione, sarà ivi che si aprirà la di lui successione; ma quanto ai terzi ai quali l'intenzione non può subito esser nota, a meno che non siavi la dichiarazione di cui parla l'art. 14, egli pretende che il cangiamento di domicilio non debba

avere effetto , se non dopo lo spazio di sei mesi, a somiglianza di quanto prescrive l'art. 74 relativamente alla celebrazione del matrimonio.

Una tale distinzione non può essere ammissibile , dacchè la legge non ne fa alcuna, prescrivendo anzi una sola regola generale ed uniforme . Nè si potrebbe introdurre a favore dei terzi un termine che il nuovo Codice non stabilisce .

L' art. 104 prescrive che *la prova dell'intenzione risulterà da una espressa dichiarazione fatta alla municipalità del luogo che si abbandonerà , ed a quella del luogo dove si sarà trasferito il domicilio ;* ed il successivo art. 105 dice che *in mancanza di dichiarazione espressa , la prova dell'intenzione dipenderà dalle circostanze .* Quando adunque avvi questa prova, sia in un modo , sia nell' altro , il cangiamento di domicilio sarà operativo anche rapporto ai terzi , senza la necessità del lasso di un termine .

Qualora la prova dell' intenzione risulti dalle circostanze , è evidente che in senso della legge , deve la medesima avere la stessa forza e lo stesso effetto , come quella che risulta dall' espressa dichiarazione fatta alle rispettive municipalità . Ora sarebbe un contravenire alla legge che attribuisce la stessa forza ed il medesimo effetto ad ambedue le prove , e che non ammette veruna distinzione fra l' individuo ed i terzi , se non si volessero valutare le circostanze , che quando fosse an-

che trascorso un certo spazio di tempo , il quale altronde non potrebbe mai aggiungere maggior forza alla prova dell'intenzione , che deve esistere all' epoca in cui si effettua il cangiamento di domicilio .

Si deve altresì riflettere che se la mutazione di domicilio non dovesse sempre essere immediatamente operativa anche rapporto ai terzi , ne verrebbe di conseguenza che uno stesso individuo avrebbe un domicilio rapporto a lui , ed un altro rapporto ai terzi ; al che si opporrebbe pure al principio dell' unità del domicilio stabilito dall' odierna legge , come si dimostrerà nella seguente osservazione .

Il Sig. Maleville appoggia la sua opinione al solo riflesso che l'intenzione dell' individuo non può subito essere nota ai terzi , quando non vi sia l' espressa dichiarazione di cui parla l' art. 104.

Ma colui che si propone di far citare alcuno , deve prima assicurarsi del suo vero domicilio . Se si può conoscere la dichiarazione fatta alla municipalità , sarà facile altresì l' avere contezza delle circostanze , dalle quali deve dedursi la prova dell'intenzione di cangiare domicilio ; poichè è certo che le medesime devono essere appoggiate a de' fatti notorj che possono essere conosciuti anche dai terzi , i quali d'altronde non potrebbero mai ignorare il fatto della trasferita abitazione reale , che forma uno dei principali

requisiti, affinchè possa operarsi il cangiamento di domicilio.

E' pure da osservarsi che all' epoca in cui può essere effettuato il cangiamento di domicilio, deve verificarsi l' intenzione di cangiarlo, e per conseguenza debbono anche esistere le circostanze che possano stabilire la prova di tale intenzione, altrimenti non si potrebbe ritenere operata la mutazione di domicilio; così se si facesse la dichiarazione alla municipalità molto tempo dopo la trasferita abitazione, sarà soltanto dall' epoca di essa che dovrà ritenersi operato il cangiamento di domicilio. Lo stesso convien dire rapporto alle circostanze cui deesi ricorrere in mancanza dell' expressa dichiarazione. Quindi se le medesime esistono, si possono egualmente conoscere tanto al momento, quanto dopo un certo intervallo di tempo; se poi non esistono, mancherà la prova dell' intenzione, e non potrà neppure ritenersi effettuata alcuna mutazione di domicilio.

La legge all' art. 105 non ha indicato quali siano le circostanze dalle quali potrà dedursi la prova dell' intenzione; su di ciò si è intieramente rimessa al prudente arbitrio dei giudici; ed è certo che essi non ammetteranno, se non quelle che possano evidentemente dimostrare la volontà dell' individuo. Perciò i terzi dovrebbero sempre imputare a propria negligenza, se prima di intentare le loro azioni, avessero trascurato di prendere le

necessarie informazioni. La legge non deve favorire questa loro negligenza a danno dell' individuo che ha cangiato abitazione e domicilio.

Il risultato della discussione che ebbe luogo al Consiglio di Stato sopra il presente articolo, ci farà maggiormente conoscere che rispetto al cangiamento di domicilio, non deve ammettersi alcun termine a favore dei terzi. Infatti il Locré al Tit. del *Domicilio*, Parte 1. Div. 2. Suddiv. 1. n.^o 1. dice: *Ici s'est présentée la question de savoir à quel moment l'habitation réelle, jointe à l'intention, devoit opérer la translation du domicile: Seroit-ce à l'instant même? Ne seroit-ce qu'après un délai?.....*

On savoit que ce n'est pas pour l'intérêt de celui qui change de domicile que l'habitation réelle (ou tout autre signe de l'intention) est exigée, mais pour l'intérêt des tiers, et afin qu'ils soient avertis par quelque chose de sensible. A questo effetto alcuni erano di parere che dovesse accordarsi un termine; ma in fine prevalse l'opinione contraria, come rilevasi dal seguente passo dello stesso Locré loc. cit. *Pour ruiner le système du délai, et établir celui de l'exclusion, on dit que les changemens de domicile, quand ils ne sont pas réels, sont presque toujours frauduleux: tantôt on se propose d'échapper à ses créanciers, tantôt de masquer la célébration de son mariage; mais tout change-*

ment frauduleux seroit sans effet, parce que la fraude vicie tout acte quelconque : or il y a des dispositions suffisantes pour réprimer la fraude. Ainsi, les inconveniens auxquels on peut pourvoir ne sont pas à craindre ; le remède est dans les lois.

Cette considération, sur laquelle reposoit tout le système de la nécessité d'un délai, étant écartée, rien ne balançoit plus les suites fâcheuses qu'il auroit eues.

Il eût contrarié la liberté, en n'admettant les effets de la volonté qu'après un temps.

Il eût été un source de contestations et d'embarras. Si jusqu'à l'expiration du délai, un individu demeuroit justiciable du Tribunal de son ancienne résidence, il faudroit actionner à Marseille pour des dettes contractées à Versailles, celui qui auroit transféré de Marseille à Versailles ses meubles et sa résidence, dans l'intention d'y établir son domicile.

Si un individu meurt, avant l'expiration du délai, dans la ville où il veut transporter son domicile, devant quel Tribunal actionnera-t-on ses héritiers ? Il faudra retourner au lieu de son ancienne résidence, pour faire nommer un tuteur à ses enfans et pour faire suivre les affaires de sa succession.

Ces raisons ont déterminé le Conseil d'Etat à adopter en principe que le fait joint à l'intention suffit pour former et pour changer le domicile.

L'article a été rédigé en conséquence de ce principe.

Suppone il Sig. Maleville in fine del presente Titolo *del Domicilio*, che in esso non trovisi punto la decisione della questione: se lo stesso individuo possa avere più domicilj simultaneamente.

Io ritengo che tale questione sia abbastanza decisa dall'odierna legge, secondo la quale uno solo sarà il vero domicilio sotto qualunque rapporto.

Se il Legislatore all'art. 102 ha stabilito che *il domicilio di qualunque Italiano è il luogo ove egli ha il principale stabilimento*, è chiaro che non potrà essere che un solo il legale domicilio, appunto perchè un solo sarà il luogo del *principale stabilimento*.

Quand'anche uno abbia due stabilimenti, non v'ha dubbio che o l'uno o l'altro dovrà riguardarsi principale a norma delle circostanze, e che i Giudici, attenendosi al cit. art. 102, non potranno dispensarsi dal dichiarare quale sia il luogo del principale stabilimento, ossia del vero domicilio, e ciò sotto qualunque rapporto, sia per l'individuo, sia per i terzi.

Giova poi anche osservare che il principale stabilimento, e per conseguenza il domicilio, non si ha in origine che in un solo luogo, e non è che nel tratto successivo che

può incominciarsi ad abitare anche in altro luogo, ed avere ivi un qualche stabilimento; per cui quando avvi disputa sopra un duplice domicilio, l'uno sarà sempre più antico ed anteriore all'altro. Ora o sarà cangiato il primo domicilio, o non lo sarà. Per ritenere seguita la mutazione di domicilio l'art. 103 richiede, 1.^o che sia trasferita la reale abitazione in un altro luogo; 2.^o che vi sia l'intenzione di fissare in esso il principale stabilimento. Qualora un individuo conservi ancora l'abitazione ed il proprio stabilimento nel suo primitivo domicilio, tutti gli altri luoghi da lui successivamente abitati non saranno che semplici dimore, le quali non potranno operare verun cangiamento di domicilio, tanto più se non si verifica alcuna circostanza che somministri la prova dell'intenzione di cangiarlo, secondo gli art. 104 e 105. Al contrario se si è trasferita in altro luogo la reale abitazione permanente e non precaria, e che esista una prova evidente dell'intenzione di fissare ivi il principale stabilimento, non potrà esservi questione alcuna, e sarà forza il ritenere perduto il primo domicilio ed acquistato il secondo. Quindi la disputa sopra un duplice domicilio si ridurrà d'ordinario a sapere: se vi sia o non vi sia mutazione di domicilio, rapporto alla quale i Giudici per basare la loro decisione, hanno una regola certa negli art. 103, 104 e 105.

Anche il saggio Locré nel Titolo del Domicilio dimostra chiaramente che nel nostro Codice è stabilita la massima dell'unità del domicilio : *La nature des choses*, egli dice, *ne s'oppose pas à ce que chacun élise autant de domiciles conventionnels qu'il soucrit d'actes différens*. Mais un citoyen ne peut avoir qu'un seul domicile réel, car il lui est impossible de placer en même temps, dans deux endroits, le siège de sa fortune et de ses affaires. Ainsi tous les autres lieux qu'il habite tour-à-tour, ne sont que de simples résidences le bon ordre exige que chaque individu n'ait qu'un domicile. Si il étoit reçu en principe qu'il peut en avoir plusieurs, l'application de la maxime seroit indéfinie, lorsque l'individu auroit un grand nombre de maisons où il résideroit successivement. Il falloit donc une définition claire et simple ; et elle existe dans la disposition qui donne à chacun pour domicile le lieu de son établissement principal. Cette disposition fixe la régularité des citations qui ne sont pas laissées parlant à la personne, et détermine, en matière purement personnelle, quel est le Tribunal compétent

L'unité du domicile est positivement établie par le premier article du titre (l'article 102 du Code).

C'est par cette raison que la Section a retranché, comme inutile, la disposition du projet de Code civil, qui portoit que la loi ne reconnoît au citoyen qu'un seul domicile.

(*Degli Effetti dell' assenza relativamente ai beni che l' assente possedeva al giorno del suo allontanamento. Cod. Nap. lib. I, Tit. IV, Cap. III, Sez. I.*)

ART. 124.

Il coniuge che è in comunione di beni, se elegge di continuare nella medesima, potrà impedire l'immissione provvisoria nel possesso e l'esercizio provvisoriale di tutti i diritti dipendenti dalla condizione di morte dell'assente, e potrà a preferenza prendere o conservare l'amministrazione dei beni dell'assente. Se il coniuge fa istanza per lo scioglimento provvisoriale della comunione, conseguirà i suoi beni personali, e rientrerà nell'esercizio de' suoi diritti tanto legali che convenzionali, mediante cauzione per le cose soggette a restituzione.

La moglie eleggendo di continuare nella comunione, conserverà il diritto di potervi in seguito rinunziare.

Era d'avviso il Sig. Maleville che il coniuge presente eleggendo la continuazione della comunione, e conservandone od assumendone in conseguenza l'amministrazione, non dovesse essere tenuto a prestare alcuna cauzione; ma poi si decise per l'opinione contraria in vista dell'art. 129, il quale dice che dopo trent'anni decorsi dall'epoca in cui il coniuge in comunione avrà presa l'amministrazione dei beni dell'assente, le cauzioni

resteranno disciolte ; dal che deduce l' Autore che il conjughe è obbligato a prestare cauzione .

Non posso convenire in questo sentimento, e tengo per certo che la moglie eleggendo di continuare nella comunione , non potrà obbligarsi a prestare cauzione , come non vi si potrebbe obbligare il marito che avesse pure voluto rimanere in comunione .

La legge esige la cauzione per le sole cose soggette a restituzione , e nell' unico caso in cui il conjughe presente abbia fatto istanza per lo scioglimento di essa comunione ; ma qualora ne sia scelta la continuazione , la stessa legge non impone verun obbligo di cauzione alla moglie , come non lo impone al marito . Poco infatti sarebbe conforme alle regole della giustizia che un socio dovesse prestare una garanzia per l'amministrazione dei beni comuni .

Lo stesso nostro Autore era di tale avviso , ma si indusse a seguire l' opinione contraria in vista dell' art. 129. Questo testo però non somministra un valevole argomento per ritenere obbligato il conjughe presente a prestare cauzione ; esso potrebbe solo dar luogo ad una induzione , che dee scomparire a fronte di una incontrastabile verità . *Se l' assenza , sono le parole del cit. art. , avrà continuato per lo spazio di trent' anni dopo la provvisionale immissione in possesso , o dopo l' epoca in cui il conjughe in comunione avrà*

presa l'amministrazione de' beni dell'assente, oppure quando siano trascorsi cent'anni compiti dalla nascita dell'assente, le cauzioni resteranno disciolte: tutti coloro che ne avranno il diritto, potranno domandare la divisione dei beni dell'assente, e far pronunziare dal tribunale di prima istanza la definitiva immis-sione in possesso. Chi non comprende che i termini *le cauzioni resteranno disciolte* possoni unicamente riferirsi ai casi, in cui siano le medesime espressamente richieste? Si è veduto che qualora il conjughe elegge di continuare nella comunione, non deve prestare alcuna cauzione, poichè niun testo del Codice ve lo sottopone. Perchè dunque si vorrà assoggettarlo a quest'obbligo solo in vista delle indicate espressioni?

Si osservi che il riportato articolo abbraccia anche il caso in cui siano stati messi nel provvisionale possesso gli eredi presuntivi, e quello in cui il conjughe abbia eletto lo scio-glimento della comunione; in tali casi sono prescritte le cauzioni, secondo gli art. 120 e 124; perciò unicamente ad essi potrà riferirsi la disposizione che dichiara sciolte le cauzioni.

E' vero che lo stesso articolo contempla pure il caso in cui il conjughe abbia presa l'amministrazione dei beni della comunione, e che s'egli non è tenuto ad alcuna cauzione, era inutile rapporto a lui il dire *le cauzioni resteranno disciolte;* ma tale inesattezza

(35)

con cui l'articolo è concepito, non potrà mai autorizzare a sottoporre il coniuge presente, sia la moglie oppure il marito, ad un peso che il Legislatore non trovò giusto di imporgli.

Di questo sentimento è pure il Sig. Delvincourt *Institutes de Droit Civil*, tom. I. pag. 284. nota 5.

(*Degli Effetti dell'assenza riguardo alle Ragioni eventuali che possono competere all'assente. Cod. Nap. Lib. I, Tit. IV, Cap. III, Sez. II.*)

ART. 135.

Chiunque reclamerà un diritto competente a persona di cui s'ignori l'esistenza, dovrà provare che la medesima persona esisteva quando si è fatto luogo a tale diritto: senza questa prova, la domanda sarà dichiarata inammissibile.

ART. 136.

Aprendosi una successione alla quale sia chiamata una persona di cui non consti l'esistenza, sarà devoluta esclusivamente a quelli coi quali essa avrebbe avuto il diritto di concorrere, o a coloro cui sarebbe spettata in sua mancanza.

Ritiene il nostro Autore che questi due articoli debbansi soltanto applicare agli individui dichiarati assenti, e che per rapporto a quelli la cui assenza non fosse peranche di-

chiarata, sia d' uopo attenersi alle disposizioni del Capo primo , Titolo *Degli Assenti* . Egli pensa inoltre che a riguardo degli stessi individui non dichiarati assenti converrebbe adottare l' antica giurisprudenza , e distinguere gli eredi presuntivi dai creditori , cioè presumere morto l' assente dopo dieci anni rapporto agli eredi , e dopo trenta rapporto ai creditori .

Crede pure l' Autore che qualora sia devoluta una successione ad un individuo prima della dichiarazione di assenza , debbasi la medesima raccogliere a suo favore dietro i principj adottati nell' indicato Capo primo . Ma se l' assente non ritorna , e che non si abbiano più di lui notizie , è chiaro che male a proposito gli si sarà aggiudicata la stessa successione ; poichè in vista dell' art. 120 , esso si presume morto dal giorno in cui cessò di farsi vedere , o dalle ultime sue notizie . In tale caso non è egli conveniente , dice lo stesso Maleville , dopo i trent' anni dall' immissione in possesso provvisionale degli eredi , o dopo i cento anni dalla nascita dell' assente , restituire l' eredità a quelli che dall' assente medesimo ne saranno stati privati ? Questo caso , in di lui senso , non è preveduto dal Codice , ed egli opina per la restituzione dell' eredità .

Mi sembra che il Sig. Maleville non abbia bene inteso lo spirito della legge , ritenendo che i premessi articoli siano solo applicabili ai dichiarati assenti , quando anzi debbono assolutamente applicarsi anche agli

assenti presunti , come sarà facile il persuadersene .

Si rifletta che nei riportati testi si parla in generale di un individuo *di cui s'ignori o di cui non consti l'esistenza*. Non è già necessario che taluno sia dichiarato assente , perchè possa esservi dubbio sulla di lui esistenza . Ciò solo basterebbe a provare che le accennate espressioni comprendono per sè stesse anche l'assente semplicemente presunto . Che se abbastanza non persuade la lettera della legge , dovremo essere pienamente convinti dal risultato della discussione , e dalla stessa decisione del Consiglio di Stato . Il chiarissimo Locré sopra l'art. 136 ci dice essersi proposta la questione se gli art. 135 e 136 dovessero limitarsi all'assente dichiarato , oppure estendersi anche al presunto , e che fu deciso doversi applicare ad ambedue i casi ; per cui al termine *assente* che prima trovavasi in essi articoli , venne sostituita l'espressione più generale *di cui s'ignori l'esistenza* , appunto per togliere ogni dubbio , e rendere la loro disposizione indistintamente applicabile all'assente dichiarato , ed anche al presunto .

Trovo utile di qui riportare per esteso le obbiezioni state fatte al sistema , dietro il quale non volevasi ammettere neppure l'assente presunto alle successioni , senza la prova della di lui esistenza ; non che gli argomenti coi quali furono combattute , e che determinarono il Consiglio all'indicata decisione ,

siccome ci vengono esposti dallo stesso Lo-
cré al Titolo degli Assenti , Cap. III. Parte
4. Sez. 2. n.^o 2.

Il faut exposer, così egli si esprime, les raisons par lesquelles chacun de ces systèmes a été soutenu, attaqué et défendu.

Ce qui a été dit pour établir le premier et écarter le second, peut être ramené à trois points.

D'abord on mit en question le principe même sur lequel le second système est fondé. Si il y a, dit-on, des raisons pour décider que l'absent ne peut venir à une succession qu'autant que son existence est prouvée, n'y en a-t-il pas d'aussi fortes pour ne permettre au cohéritier qui devoit concourir avec lui, de prendre exclusivement l'hérédité, qu'en prouvant qu'il est décédé?

En second lieu, on fit valoir les inconveniens qu'il y auroit à ne pas réputer vivant l'absent présumé.

Il en résulteroit, disoit-on, qu'un citoyen seroit à peine embarqué qu'il deviendroit incapable de succéder. Vainement aurait-il laissé une procuration: s'il résidoit en Amérique, inutilement en enverroit-il une pour se faire représenter au partage d'une hérédité; on pourroit demander la preuve de son existence, sur le fondement que peut-être il est décédé entre la signature et l'arrivée de la procuration. Alors il n'y auroit plus de rapports possibles entre ceux qui n'habitent pas la

même contrée ; et le principe qui permet d'agir par un fondé de pouvoir sera effacé de la Législation ,

On concluoit de ces réflexions que la nécessité des certificats de vie doit être bornée aux rentes viagères ; qu' ainsi , lorsqu'un absent a laissé un fondé de pouvoir , la preuve de son existence ne doit pas être exigée avant la déclaration d' absence , pour l'admettre à succéder .

Enfin , on observa que déjà la question paroisoit tellement décidée par l' article 113 , qu'il faudroit changer cet article , si l' on adoptoit l' opinion opposée . Si , dans le fait , disoit-on , l' absent présumé est incapable de succéder , on ne peut conserver dans la loi les dispositions relatives à la manière de recueillir les successions qui s' ouvrent à son profit , c' est-a-dire , l' article 113 , qui suppose que la succession sera recueillie par lui .

Ces objections furent résutées ;

On répondit à la première par la jurisprudence . La succession , a-t-on dit , est toujours dévolue à l' héritier présent , sans qu'il soit besoin de prouver la mort de l' absent , parce qu'en matière de succession , les Tribunaux ne connaissent que les héritiers qui se présentent , sauf aux absens ensuite à s' addresser à ces héritiers , et à leur faire restituer la portion qui pouvoit leur appartenir .

Jamais on n' a reçu dans les successions les fondés de pouvoir des héritiers absens

dont l'existence est ignorée. Les certificats de vie n'étoient pas exigés, alors seulement que la date de la procuration ne pouvoit faire naître des doutes, ou que l'existence étoit certaine.

Tout se réduit à une distinction infiniment simple: ceux qui se présentent pour recueillir une succession du chef de l'absent, sont obligés de prouver qu'il existe; ceux qui se présentent pour hériter à défaut de l'absent n'ont rien à prouver; ils tirent leurs droits d'eux-mêmes, et les exercent exclusivement lorsque personne ne se trouve en état de réclamer le concours.

Cette jurisprudence, ajoute-t-on, est fondée en principes. Pour succéder, il faut exister et justifier de son existence: ainsi, lorsqu'on allègue le fait de l'existence pour entrer en partage d'une succession, on est obligé de le prouver.

On opposa à la seconde objection, que les inconveniens qui avoient été indiqués n'étoient pas réels. L'absent en effet ne perd pas irrévocablement la succession faute d'avoir administré la preuve de son existence: car il reste la pétition d'hérédité qui dure trente ans.

Enfin on expliqua l'article 113, et on le concilia avec le système dans lequel l'absent présumé n'étoit réputé ni mort ni vivant.

Il faut distinguer, dit-on, entre l'absent dont l'existence n'est pas certaine, et l'ab-

sent dont l'existence est reconnue par les parties intéressées à la contester. Ce sont ces derniers que le commissaire du Gouvernement est chargé de représenter dans les successions, ce sont eux que concernent les lois du 24 août 1790 et du 11 février 1791 ; c'est aux autres que s'applique cet article.

Ce système a prévalu. L'article 136 n'a fait aucune distinction entre l'absent présumé et l'absent déclaré.

Il y a plus, la redaction de cet article et de l'article précédent a été généralisée dans la vue d'empêcher que cette distinction ne s'introduisisât dans l'usage, et afin que l'article 113 ne fût appliqué à l'absent présumé que lorsque son existence seroit reconnue par les parties intéressées, ou plutôt ne seroit pas contestée par elles.

En effet, le mot absent étoit employé dans les articles 135 et 136.

Au Conseil d'état, on observa que cette locution ne faisoit pas cesser l'équivoque de l'article 113, duquel on pourroit conclure qu'en matière de succession, il n'y a d'absent que celui qui est déclaré tel; tandis que, sous ce rapport, on nomme indifféremment absent, celui qui ne se trouve pas sur les lieux.

On proposa en conséquence de substituer au mot absent, ceux-ci: l'individu dont l'existence ne sera pas connue.

Cette proposition a été adoptée.

(42)

Ritenuta l' esposta decisione , alla quale si rese conforme il testo della Legge , ne viene di natural conseguenza che le questioni proposte dall' Autore trovansi chiaramente decise dalla Legge stessa ; e che sono inammissibili le di lui induzioni , perchè contrarie al vero senso degli art. 135 e 136.

(*Delle qualità e condizioni necessarie per contrarre Matrimonio . Cod. Nap. Lib. I , Tit. V , Cap. I .*)

ART. 149.

Se uno dei genitori è morto , o se trovasi nell' impossibilità di manifestare la propria volontà , basta il consenso dell' altro .

Pensa il dotto Maleville che il condannato in contumacia ad una pena importante la morte civile possa validamente acconsentire al matrimonio del proprio figlio, qualora non siano peranco trascorsi cinque anni dall' epoca della condanna ; poichè prima di questo termine non può essere considerato come morto civilmente in vista della nuova giurisprudenza , secondo la quale non è incorsa la morte civile del condannato in contumacia , che al termine di cinque anni .

Non convengo in questa opinione , perchè l' art. 28 stabilisce che *duranti i cinque*

anni, i condannati in contumacia saranno privi dell'esercizio dei diritti civili, sino a che si presentino in giudizio, o vengano nel decorso di questo termine arrestati. Sebbene sia vero che durante il detto termine, non può il condannato considerarsi come morto civilmente, in forza dell'art. 27; pure essendo privo dell'esercizio dei diritti civili, sarà inutile il richiedere da lui un consenso ch'egli non avrebbe diritto di interporre al matrimonio del proprio figlio. Esso è sottoposto à une interdiction légale, come si esprime il Locré al cit. art. 28. E' dunque inabilitato a prestare un consenso che possa essere autorrevole in faccia alla legge civile; e quindi il solo consenso dell'altro coniuge basterà ad autorizzare il matrimonio.

(*Delle Formalità relative alla celebrazione del Matrimonio. Cod. Nap. Lib. I, Tit. V, Cap. II.*)

ART. 165.

Il matrimonio sarà celebrato pubblicamente alla presenza dell'ufficiale civile del domicilio dell'uno o dell'altro dei contraenti.

ART. 166.

Le due pubblicazioni ordinate dall'articolo 63 del titolo degli Atti dello stato civile, saranno fatte alla municipalità del luogo ove ciascuno dei contraenti avrà il suo domicilio.

(44)

ART. 167.

Nondimeno, se il domicilio attuale è stabilito colla sola residenza di sei mesi, le pubblicazioni avranno luogo anche alla municipalità dell'ultimo domicilio.

È di sentimento l'Autore che in vista dell' art. 74, non possa celebrarsi il matrimonio nel domicilio, che l'una delle parti aveva prima di acquistarne un nuovo con sei mesi di residenza .

Il senso dell'art. 74 non è quale sembra supporlo il Sig. Maleville . *Il matrimonio, dice il citato testo, sarà celebrato nel comune ove uno degli sposi avrà il domicilio. Questo domicilio, per ciò che riguarda il matrimonio, si avrà per istabilito da sei mesi di abitazione continua nello stesso comune.* Con tale disposizione il Legislatore volle accordare la facoltà di celebrare il matrimonio nel luogo ove taluno avrà abitato per sei mesi continui , benchè ivi non siasi pure stabilito il vero domicilio .

E' d'uopo infatti ritenere che nello stesso articolo si tratta della semplice abitazione , e non del vero domicilio . *Il s'agit ici, come si espresse il Sig. Tronchet nella discussione al Consiglio di Stato, de la simple habitation, qui n'est pas toujours le domicile, il che pure risulta da quanto venne osservato dal Loqué al Titolo del Matrimonio, Cap. 2. Parte 1. div. 1. suddiv. 1. «par rapport au mariage,*

egli scrive , le mot *domicile* n' a pas la même acception que par rapport aux autres affaires de la vie il n' indique qu' une simple résidence , et non le siège de l'établissement principal Au surplus la discussion suffit pour en fixer le sens et pour justifier qu' il n' indique ici qu' une simple résidence de six mois .

Un individuo che avesse dimorato per lo spazio di sei mesi nello stesso comune , avrà dunque acquistato il diritto di ivi celebrare le proprie nozze , senza avere per questo perduto il diritto di celebrarle anche nel luogo del vero di lui domicilio . Tale si è la decisione formale che ci riferisce lo stesso Locré al luogo indicato : *On a demandé* , egli dice , *si la disposition qui , sous le rapport du mariage , admet la formation du domicile par six mois de résidence , abroge ou laisse subsister , sous le même rapport , le domicile véritable , celui où un citoyen entend conserver son établissement principal ; si une personne pourra célébrer son mariage dans le lieu de son domicile , quoique depuis six mois elle ait résidé ailleurs .*

Il a été répondu qu'elle le pourra , parce qu' on ne perd pas le droit de célébrer son mariage dans le lieu de son domicile , pour avoir acquis le droit de le célébrer ailleurs .

D'ailleurs la disposition qui permet de célébrer le mariage dans le lieu de la résidence , n' est qu'une exception à la règle gé-

(46)

nérale , à celle qui détermine le domicile et ses effets . Si cette faculté n'est qu'une exception , elle confirme la règle loin de la detruire .

(*Delle Opposizioni al Matrimonio. Cod. Nap. Lib. I, Tit. V, Cap. III.*)

ART. 176.

Ogni atto di opposizione esprimerà la qualità che attribuisce all'opponente il diritto di farlo: contrerà l'elezione di domicilio nel luogo dove il matrimonio si avrà a celebrare: dovrà egualmente contenere i motivi dell'opposizione, a meno che non fosse fatta sull'istanza di un ascendente; il tutto sotto pena di nullità, e dell'interdizione dell'ufficiale ministeriale che avesse sottoscritto l'atto dell'opposizione.

L'ufficiale ministeriale può egli intimare un atto di opposizione che non fosse fatto nei casi contemplati dalla legge e dalle persone cui essa ne dà il diritto ? Il Sig. Maleville crede che l'intenzione del Legislatore fosse per la negativa ; e sebbene il medesimo non abbia espressamente proibito di intimare l'opposizione nelle accennate ipotesi, non ostante egli ritiene che la proibizione essendo implicitamente compresa nella legge, l'atto debba essere nullo , e l'ufficiale soggetto alla pena.

Trovo della difficoltà in ammettere que-

sta opinione , e crederei anzi più appoggiata alla legge l' opinione contraria .

Tre condizioni sono prescritte per la validità dell'atto di opposizione ; la indicazione della qualità dell' opponente , l' elezione di domicilio , l' enunciazione dei motivi . La prima di queste condizioni , come si rileva da quanto dice il Locré sopra lo stesso art. 176 , è richiesta perchè il diritto di opposizione non dovendo degenerare in azione pubblica , era importante che le parti interessate avessero una cognizione perfetta della qualità dell' opponente , tosto che apparisca l' opposizione ; la seconda perchè non conveniva permettere all' odio ed alla briga di procrastinare i matrimoni , costringendo le parti ad andare in cerca dell' oppositore in luoghi lontani ; la terza per agevolare alle parti medesime i modi di torre di mezzo le opposizioni mal fondate .

Quando l' usciere abbia espresse nell' atto di opposizione le prescritte indicazioni , è certo ch' egli non potrà mai assoggettarsi alla pena dell' interdizione per avere intimata una opposizione fatta da chi non ne aveva diritto , o fuori dei casi dalla legge contemplati , pei quali motivi sia stata dal tribunale rigettata .

Ognuno comprende che la disposizione dell' articolo si limita soltanto alla forma con cui deve essere esteso l' atto di opposizione , ma che non può in alcun modo estendersi al merito stesso dell' opposizione .

Avvi molta differenza fra l' atto di opposizione in quanto alla sua forma , ed in quanto alla sua intrinseca validità . L' usciere è incaricato di stendere l' atto di opposizione , ed a questo riguardo è in obbligo di osservare le formalità dalla legge volute ; la mancanza ad un tale dovere lo rende giustamente soggetto alla penale sanzione . Ma non sarebbe egualmente ragionevole il sostenere che l' usciere non debba intimare un atto di opposizione , quando questa non fosse appoggiata alla legge ; e che qualora ne abbia eseguita l' intimazione debba essere pronunciata contro di lui l' interdizione . Ciò sarebbe dargli un potere ch' egli non ha , rendendolo giudice del merito dell' opposizione , affine di conoscere quando debba o non debba intimarla ; sarebbe punirlo per la mancanza ad un dovere che la legge non gli impone . L' intrinseca validità od invalidità dell' opposizione non può che riguardare l' opponente medesimo , ma non mai l' usciere . Egli solo deve essere punito per avere fatta una mal fondata opposizione . Ed è perciò che l' art. 179 lo sottopone ai danni ed interessi , allorchè l' opposizione sia rigettata ; ma in questo caso la legge osserva un giudizioso silenzio rapporto all' usciere , che non dee subire una pena per la colpa altrui .

La celerità con cui , a norma degli art. 177 e 178 , deve giudicarsi dell' opposizione ; i danni ed interessi ai quali l' art. 179 assog-

getta l'opponente, allorchè l'opposizione venga rigettata, le indicazioni che debbono contenersi nell'atto di opposizione, a termini del nostro articolo, sono sufficienti precauzioni, perchè niuno osi senza legale fondamento opporsi al matrimonio, e perchè la celebrazione di questo non sia che brevemente ritardata. In ogni caso sarebbe sempre un grande inconveniente il costituire l'usciere giudice della stessa opposizione, e quasi arbitro della di lei intimazione; il che aprirebbe un vasto campo ad infinite dispute fra l'usciere medesimo e l'opponente.

Conforme al mio sentimento è pure la decisione degli Autori delle Pandette Francesi, tom. 3. pag. 251. n.^o 108. *L'officier ministériel, essi dicono, n'est pas le juge du droit résultant de la qualité que se donne l'opposant. En conséquence il ne peut pas refuser de faire l'opposition, sous le prétexte que la qualité prise par celui qui le charge, ne lui attribue pas le droit de s'opposer. La loi ne le menace point d'interdiction pour avoir signifié un acte à la requête d'une personne sans droit; mais seulement faute d'expression de sa qualité. Il doit donc exiger la déclaration de cette qualité, et l'exprimer. Là se borne son ministère. C'est au juge à statuer sur le droit qui peut, ou non résulter de la qualité énoncée.*

Il nostro Autore confessa di non rinvenire nella lettera della legge alcun appog-

gio per la di lui opinione , e ricorre unicamente all'intenzione del Legislatore . Ma il Giureconsulto non dee recedere dal senso intrinseco e letterale della legge per seguire l'intenzione del Legislatore , che neppure potrebbe supporsi contraria a quanto dalla stessa legge risulta . Si avrà riguardo all'intenzione medesima , quando si tratta di interpretare una legge dubbia ed oscura , non mai però quando la legge è chiara , come nel nostro caso . Infatti l'articolo sopra cui si ragiona , considera unicamente l'atto di opposizione in quanto alle sue estrinseche formalità , ma non parla punto dell'invalidità intrinseca dell'opposizione . Ora non avvi ragione per estendere l'articolo anche a questo secondo caso non contemplato , contro la regola : *inclusio unius casus est exclusio alterius* ; tanto più trattandosi di disposizione penale , che vuol anzi essere intesa nel modo il più restrittivo .

D'altronnde le esposte osservazioni basterebbero poi anche a dimostrare , non essere possibile che l'intenzione del Legislatore fosse quale la suppone il nostro Autore .

(*Delle Domande per Nullità di Matrimonio. Cod. Nap. Lib. I, Tit. V, Cap. IV.*)

ART. 191.

Ogni matrimonio che non sia stato contratto pubblicamente, nè celebrato avanti il competente ufficiale pubblico, può essere impugnato dagli sposi medesimi, dal padre e dalla madre, dagli ascendenti, e da tutti quelli che vi hanno un interesse preesistente ed attuale, come pure dal pubblico ministero.

« Sebbene quest' articolo, dice il Sig. Ma-
 « leville , non indichi espressamente il consi-
 « glio di famiglia fra quelli che possono im-
 « pugnare il matrimonio, vi è però compreso
 « implicitamente; poichè vi sono ammessi tutti
 « quelli che hanno interesse. Ma quest' azione
 « del consiglio di famiglia non può aver luo-
 « go, se non contro il matrimonio del minore. »

Questa osservazione manca, a mio credere, alcun poco di precisione. Conviene distinguere il caso di un matrimonio contratto da un minore senza il consenso del consiglio di famiglia , dal caso di un matrimonio non contratto pubblicamente, nè celebrato avanti il competente ufficiale pubblico , sia da un minore , che avesse però ottenuto il necessario consenso del consiglio di famiglia, sia da un maggiore .

Il primo caso è contemplato espressa-

mente dall' art. 182 , ove trovasi stabilito che *il matrimonio contratto senza il consenso del padre e della madre , degli ascendenti , o del consiglio di famiglia , nel caso in cui tale consenso era prescritto , non può essere impugnato che da coloro il consenso dei quali era richiesto , ovvero dallo sposo a cui era necessario il consenso medesimo .* Quindi allorchè non sia intervenuto il consenso del consiglio di famiglia , questo potrà per tale mancanza , e senza un interesse preesistente ed attuale , impugnare il matrimonio ; prescindendosi dalla disputa se il medesimo sia anche nullo per non essere stato celebrato pubblicamente , nè avanti il competente ufficiale dello stato civile .

Il caso secondo è appunto quello che esclusivamente contempla il nostro articolo , il quale non fa alcuna distinzione fra il minore ed il maggiore ; e per conseguenza se il minore avesse ottenuto il consenso del consiglio di famiglia , sebbene il matrimonio non fosse stato celebrato pubblicamente , nè avanti il competente ufficiale , lo stesso consiglio di famiglia non avrà alcun diritto di impugnare il matrimonio , ma lo avrà ciascun parente del minore , quando abbia , come vuole la legge , *un interesse preesistente ed attuale* per impugnarlo . Lo stesso deve dirsi del matrimonio contratto dal maggiore , cui non fosse necessario il consenso del consiglio di famiglia , il quale più non esiste rapporto a colui che è pervenuto alla maggiore età .

Dunque , o trattasi di matrimonio nullo per difetto di consenso del consiglio di famiglia , e sarà vero , come dice l' Autore , che l' azione di esso non potrà aver luogo , se non contro il matrimonio del minore ; ma questo sarà il caso di applicare l' art. 182 , non però l' articolo presente . O trattasi del matrimonio di un minore che avesse ottenuto il necessario consenso del consiglio di famiglia , od anche di un maggiore , ma che però non si fosse contratto pubblicamente , nè celebrato avanti il competente ufficiale pubblico , ed in ambedue i casi ciascun parente degli sposi potrà impugnare il matrimonio del minore , egualmente che quello del maggiore . Egli è perciò che l' articolo non ha , come non doveva , ammesso il consiglio di famiglia ad impugnare lo stesso matrimonio ; ma bensì in generale tutti quelli che possono avere un interesse *preesistente ed attuale* di reclamarne la nullità .

ART. 192.

Se il matrimonio non è stato preceduto dalle due pubblicazioni prescritte , o non siansi o'tenute le dispense permesse dalla legge , ovvero non siano stati osservati i termini stabiliti per le pubblicazioni e celebrazioni , il Regio Procuratore farà condannare l' ufficiale pubblico in una multa che non potrà eccedere trecento lire , e , le parti contraenti , o quelli sotto la cui podestà le medesime hanno agito , in una multa proporzionata alla loro sostanza .

ART. 193.

Le persone soprannominate incorreranno nelle pene espresse nel precedente articolo, per qualunque contravvenzione alle regole prescritte all' articolo 165, ancorchè le medesime contravvenzioni non fossero giudicate sufficienti per fare pronunziare la nullità del matrimonio.

« Questo art. 193, osserva il Sig. Maleville, suppone che il matrimonio non sia radicalmente nullo pel solo motivo che non sarà stato celebrato pubblicamente, o avanti l'ufficiale competente; ed in ciò esso non è in contraddizione con l'art. 191; poichè quest'ultimo dice soltanto che nei supposti casi, il matrimonio può essere impugnato ec. Può dunque essere o non essere dichiarato nullo; ciò dipende dalle circostanze, dalla buona fede delle parti, dal tempo che il matrimonio avrà durato, dal possesso di stato; ed alla prudenza de' Giudici è perfettamente lasciata la decisione di tutto ».

Tale interpretazione dell' art. 191 non è conforme al vero senso della Legge.

L' art. 165 vuole che il matrimonio sia celebrato pubblicamente ed alla presenza dell' ufficiale civile del domicilio dell' uno o dell' altro de' contraenti. Però la contravvenzione all' una, od all' altra di queste due regole, non renderebbe radicalmente nullo il matri-

monio , come si deduce dalle ultime espressioni del premesso art. 195 . Se adunque il matrimonio si fosse bensì celebrato pubblicamente , ma avanti un ufficiale civile incompetente , ovvero si fosse contratto avanti il competente ufficiale , ma non pubblicamente ; in tali casi io pure convengo col Sig. Maleville , che lo stesso matrimonio potrebbe essere sostenuto a norma delle circostanze .

Ma l' art. 191 contempla un caso ben diverso da quello che suppone lo stesso Autore. Le espressioni *ogni matrimonio che non sia stato contratto pubblicamente, nè celebrato avanti il competente ufficiale pubblico* , chiaramente dimostrano , che il citato testo riguarda il solo caso di simultaneo concorso della mancanza di pubblicità , e della incompetenza dell' ufficiale civile , come può anche dedursi dalle ultime parole del passo del Sig. Locré trascritto in fine di questa osservazione. Nell' ipotesi accennata il matrimonio sarebbe radicalmente nullo , ed i tribunali dovrebbero pronunciare questa nullità , senza avere alcun riguardo a veruna delle circostanze indicate dal Sig. Maleville ; poichè trattasi di una nullità indefinita ed assoluta . *La plus grave de toutes les nullités* , disse a questo proposito il Sig. Portalis nell' esposizione dei motivi , *est celle qui dérive de ce qu'un mariage n'a pas été célébré publiquement , et en présence de l'officier civil compétent. Cette nullité donne action aux pères et aux mères , aux époux ,*

au ministère public, et à tous ceux qui y ont intérêt. Elle ne peut être couverte par la possession ni par aucun acte exprès ou tacite de la volonté des parties, elle est indéfinie et absolue. Il n'y a pas mariage, mais commerce illicite entre des personnes qui n'ont point formé leur engagement en présence de l'officier civil compétent, témoin nécessaire du contrat. Dans notre législation actuelle, le défaut de présence de l'officier civil compétent a les mêmes effets qu'avoit autrefois le défaut de présence du propre curé. Le mariage étoit radicalement nul, il n'offroit qu'un attentat aux droits de la société, et une infraction manifeste des lois de l'Etat.

Si è pure ingannato il nostro Autore nel credere, che dall'espressione *può essere impugnato* posta nell'art. 191, debba dedursi la conseguenza che il matrimonio possa essere o non essere dichiarato nullo. L'indicata espressione è solo riferibile alle parti interessate; dalla medesima deve unicamente indursi una facoltà che la legge accorda alle stesse parti di impugnare o non impugnare il matrimonio, ma non già un arbitrio che siasi voluto concedere ai tribunali di pronunciare o no la nullità a norma delle circostanze.

Conviene osservare che in niun articolo di questo Capo IV si dichiara positivamente la nullità del matrimonio. Il Legislatore ha sempre fatto uso dell'espressione *il matrimonio può essere impugnato*, siccome rilevasi dagli

art. 180, 182, 184 e 191; ma è però certo che in tutti quei casi, ne' quali la legge dice che il matrimonio può essere impugnato, essa lo ritiene assolutamente nullo. Infatti allorchè siasi contratto un secondo matrimonio avanti lo scioglimento del primo, non potrà dubitarsi dell' assoluta di lui nullità ; eppure nel cit. art. 184 non altro si dice, se non che questo matrimonio *può essere impugnato*. In tale caso non potrebbe certamente sostenersi che il matrimonio possa essere o non essere dichiarato nullo, quando valido fosse il primo, nè che debbaaversi riguardo alle circostanze, e molto meno che sia lasciato alla prudenza de' giudici il decidere se debba o non debba animettersi la nullità ; essi la dovrebbero assolutamente pronunciare. Lo stesso dee perciò dirsi di qualsivoglia altra nullità, e per conseguenza anche di quella contemplata nell' art. 191. *L' objet des nullités*, scrive il saggio Locré al Titolo del Matrimonio cap. 4. div. 1., *étant de rétablir l' ordre blessé par la violation de la loi, elles doivent avoir autant de causes différentes que le chapitre I établit d' empêchement, et le chapitre II de formalités essentielles.*

Il y aura donc NULLITÉ toutes les fois que le défaut de consentement aura empêché le contrat de se former ; toutes le fois que les parties auront contracté avant l'âge requis sans le consentement de leurs ascendans, ou de leur famille, si elles sont mineures ; au

mépris d'un mariage existant ; au degré prohibé ; TOUTES LES FOIS ENCORE QUE LE MARIAGE AURA ÉTÉ CÉLÉBRÉ HORS DE LA PRÉSENCE DU PUBLIC , DEVANT UN AUTRE OFFICIER CIVIL QUE CELUI DU DOMICILE .

Ved. anche quanto dice lo stesso Locré alla Parte 4. del cit. capo , sopra gli art. 191 e seguenti .

L' Autore in fine del presente Capo dopo aver fatto conoscere che la nuova legge non vieta i matrimoni *in extremis* , dice potervi essere della difficoltà relativamente al modo di osservare le prescritte formalità ; poichè la legge non dispensa in alcun caso dalla celebrazione del matrimonio avanti l' ufficiale civile , e nel luogo pubblico a ciò destinato .

Ogni dubbio , a questo riguardo , è sciolto da quanto ci dice il più volte nominato Locré sopra l'art. 191. *Le mariage célébré hors de la maison commune et même hors de la commune , pourvu qu'il l'ait été publiquement et par l' officier civil compétent , n'est pas frappé de nullité .*

Ainsi a été décidée la question agitée sur l'article 74 , et renvoyée au chapitre Des nullités . Elle consistoit à savoir si l' officier de l' état civil , dans le cas d' urgence , peut se transporter hors du lieu ordinaire de la célébration des mariages .

La loi ne lui ôte pas cette faculté ; car

non-seulement elle ne déclare pas nul le mariage qui a été ainsi célébré , mais elle ne voit même pas là une irregularité qui doive , comme celles qu'elle prévoit dans les articles 50 et 192 , entraîner la peine la plus légère .

La question secondaire sur la manière dont pourra s'opérer le transport , se trouve également résolue . Des trois propositions qui ont été faites à ce sujet , la première a été implicitement admise : l'officier de l'état civil demeure l'arbitre de l'urgence .

Au surplus , cette indulgence de la loi étoit la suite nécessaire du système adopté sur les mariages in extremis : on n'avoit pas voulu les rendre nuls dans le droit , il ne falloit donc pas les rendre impossibles dans le fait . C'est cependant ce qui seroit arrivé si l'on n'eût regardé comme valables que les mariages célébrés dans la maison commune .

{ *Delle Obbligazioni che nascono dal Matrimonio . Cod. Nap. Lib. I , Tit. V , Cap. V .* }

ART. 205.

I figli sono tenuti a somministrare gli alimenti ai loro genitori , e agli altri ascendenti i quali ne siano bisognosi .

Dice il nostro Autore che sebbene l'art. 203 non parli che dei genitori , l'obbligazione

degli alimenti si estende pure , in loro mancanza , agli altri ascendentì .

Ma quantunque il cit. art. 203 abbia soltanto imposto l' obbligo ai genitori di alimentare i propri figli , senza parlare degli ascendenti , questi però avranno lo stesso obbligo verso i loro discendenti , come si deduce dal nostro articolo , e più chiaramente ancora dall' art. 207.

Il riportato testo impone l' obbligo ai discendenti di somministrare gli alimenti ai loro ascendenti , ed essendo di regola che queste obbligazioni debbono essere essenzialmente reciproche , è certo che anche gli ascendenti avranno il dovere di prestare gli alimenti ai loro discendenti .

Questa reciprocità è d' altronde positivamente ordinata dall' art. 207 , il quale toglie ogni dubbio . Dopo essersi nell' art. 205 imposto l' obbligo ai figli di somministrare gli alimenti ai loro genitori ed agli altri ascendenti , e nell' art. 206 assoggettati alla stessa prestazione i generi e le nuore verso il suocero e la suocera , si è soggiunto nel successivo art. 207 che *le obbligazioni risultanti da queste disposizioni sono reciproche* . E' facile il conoscere , che quest' ultimo articolo rende espressamente reciproca l' obbligazione anche rapporto a tutti gli ascendenti verso i loro discendenti , 1.^o perchè l' espressione *risultanti da queste disposizioni* all' evidenza dimostra che lo stesso articolo si deve estendere

non solo alla disposizione dell' art. 206 , ma puranche a quella dell' art. 205 , rapporto agli ascendenti ; 2.^o perchè sarebbe irragionevole il supporre che il Legislatore volesse dichiarare espressamente reciproca l' obbligazione degli alimenti fra i generi e le nuore , ed il suocero e la suocera , e non dichiararla egualmente fra gli ascendenti ed i loro discendenti ; dacchè aveva obbligato questi ultimi verso i primi nell' art. 205 , come nell' art. 206 aveva obbligato i generi e le nuore agli alimenti a favore del suocero e della suocera .

(*Delle Forme di Divorzio per causa determinata. Cod. Nap. Lib. I, Tit. VI, Cap. II, Sez. I.*)

ART. 262.

In caso di appellazione dalla sentenza di ammissibilità , o dalla sentenza definitiva , pronunziata dal tribunale di prima istanza in punto di divorzio , il tribunale d' appello procederà e giudicherà , come nelle cause d' urgenza .

E d' avviso il Sig. Maleville che le parti possono anche appellare dalla sentenza che ammette la prova dei fatti , e da quella che decide sopra le eccezioni , che le stesse parti avessero proposte contro i rispettivi testimoni . Egli crede altresì che negli accennati casi l' appello debba avere un effetto sospensivo ;

ma però dichiara di proporre quest'ultima di lui opinione con qualche diffidenza.

Se volesse ritenersi che sia lecito di appellare durante la causa di divorzio, dalla sentenza la quale ammette la prova dei fatti, o che decide sopra le eccezioni proposte contro i testimonj, converrebbe necessariamente dare all'appello in ambedue i casi un effetto sospensivo; altrimenti inutile si renderebbe questa facoltà di appellare prima della sentenza definitiva, se coll'interposta appellaione non potesse impedirsi l'esecuzione di quella stessa sentenza, di cui fosse reclamata la riforma. Egli è perciò che l'appello da una sentenza preparatoria, non dovendo avere effetto sospensivo, non può neppure interporvi, se non dopo la sentenza definitiva; ed al contrario rapporto alle sentenze interlocutorie può interporvi prima della sentenza definitiva, ma in questo caso gli è sempre attribuito un effetto sospensivo. *Ved.* gli art. 451 e 452 del Codice di Procedura Civile.

Io però inclino a credere che, nel caso particolare di divorzio, dalle sentenze di cui si tratta, non sarà lecito di appellare prima della sentenza definitiva; e quindi, in mio senso, non potrà verificarsi la disputa se l'appello debba o non debba avere un effetto sospensivo. È vero che le sentenze sopra i due punti indicati voglion essere riguardate come interlocutorie, a termini del cit. art. 452 del Codice di Procedura; e che giusta l'art. 451

del medesimo, l'appello da una sentenza interlocutoria può interpor si prima della sentenza definitiva. Ma queste disposizioni non possono ricevere applicazione nel caso nostro; perchè tutte le regole relative al corso della procedura nelle cause di divorzio, sono esclusivamente precise e stabilite nel Codice Civile agli art. 234 e successivi. Questa verità è avvalorata dall'art. 881 dello stesso Codice di Procedura, il quale dice: *riguardo al Divorzio si procede come è prescritto dal Codice Napoleone.*

Niun articolo della presente Sezione accorda la facoltà di appellare, prima della sentenza definitiva, dalle sentenze interlocutorie accennate dal nostro Autore. Inoltre l'articolo attuale parla unicamente di appella zione dalla sentenza di ammissibilità o dalla sentenza definitiva; in esso è prescritta la norma con cui deve decidersi dal tribunale di appello, e nell'articolo successivo è pure stabilito il termine entro il quale deve interpor si l'appellazione, non che il ricorso in Cassazione; ma nulla si prescrive per il caso di appella zione dalle sentenze interlocutorie che formano l'oggetto della presente questione. E' dunque implicitamente vietato, almeno prima della sentenza definitiva, di appellare da una sentenza che ammettesse la prova dei fatti, o che avesse pronunziato sopra le eccezioni proposte contro i testimonj.

Veggansi anche gli art. 249, 250 e 252 Cod. Nap.

(*Delle Prove di Figliazione della prole legittima. Cod. Nap. Lib. I, Tit. VII, Cap. II.*)

ART. 322.

Nessuno può reclamare uno stato contrario a quello che gli attribuiscono l'atto della sua nascita ed il possesso conforme ad esso;

E parimente, nessuno potrà muovere controversia sopra lo stato di colui il quale ha un possesso conforme al titolo della sua nascita.

Crede il nostro Autore coll'appoggio dell'art. 323, che un fanciullo inserito sopra i registri sotto falsi nomi, cioè come figlio di Pietro e di Maria, quand'egli fosse figlio di Giovanni e di Luigia, e che infatti fosse stato allevato come figlio dei primi, sarebbe nonostante ammesso a pretendere ch'egli appartiene ai secondi, sebbene dal premesso art. 322 sembri risultare il contrario.

Mi perdoni il Sig. Maleville se oso affermare che questa di lui opinione è apertamente contraria al testo della legge.

La massima generale stabilità dal nostro articolo, non dà luogo ad alcuna eccezione. Allorchè il titolo di nascita ed il possesso conforme a questo titolo assicurano al figlio il proprio stato, egli invano cercherebbe di provare che fu inscritto sotto falsi nomi all'oggetto di reclamare uno stato contrario.

La legge stabilisce una regola uniforme, tanto a riguardo del figlio, quanto rapporto ai terzi. Se nessuno potrà muovere controversia sopra lo stato di colui, il quale ha un possesso conforme al titolo della sua nascita, è pure egualmente certo che nel medesimo caso anche lo stesso figlio non sarà giammai ammesso a reclamare uno stato contrario. Ciò viene all'evidenza dimostrato da quanto disse il dottissimo Giureconsulto Bigot - Préameneu nell'esposizione dei motivi: *Lorsque les deux principaux moyens de constater l'état civil d'un individu, qui sont le titre de naissance et la possession conforme à ce titre, se réunissent, son état est irrevoablement fixé.* La giustizia e la tranquillità delle famiglie reclamava una tale disposizione. Ma lo stato del figlio sarebbe egli *irrevocabilmente fissato*, se ancora gli fosse lecito di provare d'essere stato inscritto sotto falsi nomi, e di reclamare uno stato contrario? Qual'altra prova potrebbe mai distruggere e nel tempo stesso superare quella che la legge riguarda, per così dire infallibile, perchè appoggiata all'atto di nascita ed al costante uniforme possesso? *Le titre et la possession d'état*, sono parole del lodato espositore dei motivi, *ne pourroient être démentis par l'enfant, qu'autant qu'il opposeroit à ces faits celui de l'accouchement de la femme dont il prétendroit être né, et qu'il prouveroit que c'est lui à qui elle a donné le jour.*

*Comment entre des faits contraires , ce-
lui qui n' est qu' obscur et isolé , tel que l' ac-
couchement , balanceroit-il le fait littéralement
prouvé par le titre de naissance , ou cette
masse de faits notoires qui établissent la pos-
session d' état ?*

L' art. 323 cui si appoggia l' Autore , non può certamente favorire la di lui opinione . Esso stabilisce che *mancando il titolo ed il possesso continuo , o quando il figlio fosse stato inscritto sotto falsi nomi , o come nato da genitori incerti , la prova di figliazione può farsi col mezzo di testimonj* . È facile il comprendere che questa disposizione , in quanto ammette la prova di figliazione per mezzo di testimonj , allorchè il figlio sia stato inscritto sotto mentiti nomi , può unicamente riguardare il caso in cui esista bensì l' atto di nascita , ma non si trovi sostenuto dal conforme possesso . Infatti *ce n' est qu' à défaut de titre ou de possession , ou lorsque le titre et la possession sont en contradiction , que l'état devient douteux et incertain , siccome avverte il Sig. Bernardi nel suo Corso di Diritto Ci-
vile , lib. 6. cap. 2.*

La premessa dimostrazione che quando il possesso è conforme all' atto di nascita , non è ammissibile alcun reclamo in contrario , basterebbe sola per far ritenere che il cit. art. 323 deve necessariamente limitarsi al caso indicato . Ma qualora una più certa e chiara prova se ne volesse , ce la somministra la

seconda parte dello stesso articolo , in cui si dice che la prova col mezzo di testimonj non può essere ammessa che allorquando vi sia un principio di prova per iscritto , o quando le presunzioni o gl' indizj risultanti da fatti fino a quel tempo costanti , si trovino abbastanza gravi per determinarne l' ammissione . Come mai potrebbe esistere un principio di prova per iscritto ? Come potrebbero verificarsi le presunzioni o gl' indizj risultanti da fatti fino a quel tempo costanti , che fossero in opposizione con ciò che risulta dal titolo di nascita , se anzi nel caso in disputa si suppone una perfetta uniformità fra il titolo medesimo ed il continuo possesso di stato ?

L' opinione del Maleville fu pure confutata dal chiarissimo Commentatore dell' Analisi ragionata del diritto francese del Sig. Gin, il Professore Nani , ora Consigliere di Stato , dal quale ebbi la sorte d' essere istruito nelle parti più importanti della Giurisprudenza , ed il cui nome si ripeterà mai sempre dal mio labbro con sensi di vera considerazione e riconoscenza. *Ved.* il *tom.* I dell' indicata Ope-
ra , pag. 317. nota 195.

ART. 329.

La detta azione (cioè quella per reclamare lo stato) non può essere intentata dagli eredi del figlio il quale non abbia reclamato , se non nel caso in cui fosse morto in età minore , o nei cinque anni dopo la sua maggiore età .

ART. 330.

Gli eredi possono proseguire questa azione quando sia stata promossa dal figlio, purchè non abbia receduto formalmente, o non abbia lasciato oltrepassare tre anni computabili dall' ultimo atto della lite, senza proseguirla.

Pensa il nostro Autore che l' art. 330 supponga il caso in cui il figlio muoja dopo i cinque anni dalla sua maggiore età; e sostiene che se il medesimo fosse morto entro il detto termine, sebbene avesse lasciata perire l' azione già da lui promossa, i suoi eredi potrebbero intentarla di nuovo in forza dell' art. 329. Osserva però che altrimenti sarebbe la cosa, qualora lo stesso figlio avesse formalmente receduto dall' istanza.

La lettera e lo spirito della legge dimostrano luminosamente l' erroneità di questa opinione.

Da una parte l' art. 330 non fa alcuna distinzione fra il caso in cui il figlio sia mancato di vita entro i cinque anni dalla sua maggiore età, ovvero posteriormente; di modo che sarebbe mal fondato l' assunto di voler limitare a quest' ultimo caso la di lui disposizione; e dall' altra l' art. 329 riguarda il solo caso in cui il figlio *non abbia reclamato* giammai, e quindi sarebbe inapplicabile al caso in cui avesse reclamato, foss' egli morto prima, o dopo il termine dei cinque anni dalla sua maggiore età.

Lo spirito della legge si è che gli eredi non possano mai valersi dell'azione competente al figlio , quando risulti ch' egli stesso o non abbia avuto pensiere di proporre reclamo , od abbia avuta intenzione di recederne . *Si l' action a été intentée par l' enfant ,* dicea il Sig. Bigot Préameneu al Corpo Legislativo nell' esporre i motivi , *les héritiers la trouvent au nombre des droits qu' ils ont à exercer dans sa succession . Mais si on peut induire de la conduite de l' enfant qu' il n' ait pas cru avoir des droits , ou qu' il s' en soit désisté , les héritiers ne doivent plus être admis à s' introduire dans une famille à laquelle leur auteur s' est lui même regardé comme étranger .*

Il n' y aura aucun doute à cet égard , si l' enfant , après avoir intenté son action , s' en est formellement désisté .

L' intention de se désister sera présumée , respectivement aux héritiers , s' il a laissé trois années s' écouter sans donner suite à la procédure commencée .

Il sera de même réputé n' avoir jamais eu l' intention de réclamer , s' il est mort sans l' avoir fait , après cinq années expirées depuis sa majorité .

Dans tous ces cas , l' action ne pourra être intentée par ses héritiers .

Se adunque nel caso in cui il figlio ha lasciato passare tre anni senza dar corso alla procedura incominciata , viene , rispetto agli

eredi, presunta in lui l'intenzione di desistere, è certo che l'epoca della di lui morte non potrà mai alterare questa presunzione di diritto, la quale avrà sempre la stessa forza e gli stessi effetti, sia egli morto entro i cinque anni dalla sua maggiore età, ovvero posteriormente. La legge non indica diffatti alcuna differenza; e per verità non si saprebbe neppure rinvenire un plausibile motivo che avesse potuto determinare il Legislatore a sanzionare la distinzione dal nostro Autore ideata.

Qualora il figlio siasi reso defunto entro i cinque anni decorsi dall'epoca della maggiore età, senza avere in alcun modo reclamato, si concede a' suoi eredi il diritto di agire, perchè si ritiene ancora in lui l'intenzione di reclamare. Ma allorquando egli ha realmente reclamato, lasciando in seguito andar deserta l'istanza, vi è, rispetto agli eredi, la presunta intenzione ch'egli non più volesse reclamare, ed è perciò che quand'anche fosse morto nel termine di cinque anni, i suoi eredi non potrebbero più muovere reclamo sullo stato di lui.

Giova puranche osservare che lo stesso art. 330 non accorda agli eredi la facoltà di proseguire l'azione già promossa dal figlio, quando egli ne abbia formalmente receduto, o quando abbia lasciata perire l'istanza; rapporto ad essi il formale recesso, e la perenzione d'istanza deve perciò avere il medesimo effetto. Ora se gli eredi non potreb-

bero più agire , come disse lo stesso nostro Autore , allorchè il figlio avesse formalmente receduto dall' istanza , sebbene fosse morto entro i cinque anni dalla sua maggiore età , è fuori di dubbio che la stessa conseguenza dovrà pure ammettersi nel caso della perenzione d' istanza ; poichè la legge non solo non fa alcuna distinzione , ma anzi attribuisce , per riguardo agli eredi , lo stesso effetto alla formale rinunzia , come alla perenzione d' istanza . Quest' ultima non sarà di ostacolo al figlio medesimo che volesse nuovamente intentare la di lui azione , ma lo sarà in qualunque caso agli eredi . Ciò risulta dall' osservazione che fece il Tribunato , e riferita dal Locré sopra l' art. 330 *= si , lors du décès de l' enfant , egli disse , il y avoit trois ans qu' il avoit discontinué ses poursuites , cette cessation triennale doit être considérée , à l' égard des héritiers , comme un véritable désistement de la part de l' enfant : on ignore , en effet , si , dans le cas où l' enfant eût vécu , il auroit , après ce laps de temps , repris l' exercice de son action ; l' absence de données certaines sur son intention positive fait interpréter contre les héritiers le doute existant , et la société trouve en cela le précieux avantage d' extirper un germe de procès . Mais lorsque c' est l' enfant qui agit lui-même , le silence qu' il a gardé depuis ces dernières poursuites , ne peut opérer contre lui l' effet d' un désistement , quelque long que ce silence ait été : le droit qu' il*

(72)

exerce est tellement sacré , que la loi le déclare imprescriptible .

Veggasi inoltre la traduzione italiana dell' Opera del Maleville , fatta dal Sig. Giorgio Ricchi , il quale in una sua annotazione fece pure osservare che l' Autore erasi ingannato .

(*Della Legittimazione dei Figli naturali .*
Cod. Nap. Lib. I , Tit. VII , Cap. III ,
Sez. I .)

ART. 351.

I figli nati fuori di matrimonio , eccettuati gl'incestuosi , e gli adulterini , potranno essere legittimati mediante il susseguente matrimonio de' loro padri , e delle loro madri , quando questi gli avranno egualmente riconosciuti per figli prima del loro matrimonio , o che li riconosceranno nell' atto stesso della celebrazione .

Affinchè abbia luogo la legittimazione , crede il Sig. Maleville essere sufficiente che il matrimonio potesse verificarsi al tempo della concezione del figlio , o della sua nascita , conformemente all' antica giurisprudenza , e ad esempio di quanto le leggi romane decidevano in favore della libertà .

Dice altresì che il favore di cui sono meritevoli i figli è pure il fondamento della decisione comunemente seguita dagli autori , e giusta la quale gli stessi figli non sono con-

siderati incestuosi, allorchè i loro genitori non erano parenti che ad un grado, nel quale potevansi ottenere delle dispense, che sono state infatti accordate per il loro successivo matrimonio.

Sopra la prima di queste opinioni osservo che molti dei moderni Giureconsulti , fra i quali gli Autori delle Pandette, *tom. 4. pag. 213. n.^o 40*, sostengono che si debba sempre considerare la sola epoca della concezione . Ved. anche il Merlin *Répertoire* alla parola *légitimation*, non che il Rocca *Traité des Testamens* , *pag. 327*. Comprendo quale sia la forza degli argomenti che a sostegno di tale opinione si adducono . Peraltro se mi lice esternare sopra questa interessante questione il mio qualunque siasi avviso , io inclinerei a credere che nello stato della nuova legislazione, si debba unicamente avere riguardo all' epoca della nascita. Le espressioni del nostro articolo sembrano suggerire questa opinione . Ivi si dice *i figli nati fuori di matrimonio*; la parola *nati* mi induce a credere che il Legislatore volle si dovesse considerare soltanto l' epoca della nascita , e non quella della concezione ; poichè altrimenti avrebbe usata l' espressione *concepiti*, oppure avrebbe detto *nati o concepiti* .

Questa interpretazione si desume anche dal Discorso fatto dal Sig. Duveyrier al Corpo Legislativo: *La première condition*, egli dicea, *est que les deux époux fussent libres, c' est-*

à-dire qu'ils eussent la faculté légale de se marier AU MOMENT DE LA NAISSANCE DES ENFANS que leur mariage postérieur doit légitimer.

Sembra essere ancora più decisiva l'osservazione del Locré, il quale appoggiandosi all'asserzione del nominato Oratore, disse: *On voit maintenant quels enfans peuvent être légitimés. Ce sont ceux dont les père et mère étoient libres, c'est-à-dire, avoient la faculté légale de se marier au moment de la naissance de ces enfans. C'est ce que décide l'article 531.*

La incertezza sull'epoca precisa della concezione, e le molte dispute che sopra di ciò potrebbero insorgere, sono forse i motivi per cui l'articolo sembra espresso in modo da far comprendere, che l'intenzione del Legislatore fu di stabilire, doversi esclusivamente considerare il momento della nascita.

Anche la stessa legge romana, nelle questioni di stato, voleva si considerasse principalmente l'epoca della nascita; sebbene per uno speciale favore accordato alla libertà, permettevasi di avere riguardo altresì all'epoca della concezione, quando ciò esser potesse più favorevole al figlio: *Et generaliter definitimus, et quod super hujusmodi quaestionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis sed partus tempus inspectatur: et hoc favore facimus liberorum, ut editionis tempus statuamus esse inspectandum, exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptione-*

*nem magis approbari, infantium conditionis
utilitas expostulat. L. 11. C. de nat. lib.*

La seconda opinione che il Maleville accenna, e che trovo sostenuta anche dagli Autori delle Pandette, *tom. 4. pag. 212. n.^o 39*, non potrà certamente essere in oggi seguita.

La legge presente non ammette altra legittimazione, se non quella per mezzo del susseguente matrimonio: ove questo non possa verificarsi, neppure avrà effetto la legittimazione che da lui solo dipende. I figli nati da persone congiunte in un grado di parentela, nel quale non si ammettono dispense, non potranno mai essere legittimati, non solo in vista della loro macchia d'incesto, ma altresì perchè fra le dette persone giammai potrebbe effettuarsi un legittimo matrimonio. Questo caso è dunque estraneo alla disposizione dell'articolo, il quale suppone la possibilità e la reale verificaione del matrimonio.

Tale riflessione ne induce a ritener per fermo, essere appunto ai figli incestuosi nati da parenti fra i quali poteva, mediante dispensa, effettuarsi il matrimonio, cui può e deve applicarsi la disposizione del nostro articolo. Se i figli incestuosi non possono godere del beneficio della legittimazione per susseguente matrimonio, e se questo unicamente può verificarsi fra parenti ai quali la legge permetta di accordare l'abilitazione a stringere i vincoli nuziali, ne segue necessariamente che i figli nati dai medesimi avanti le nozze, non potranno essere legittimati, perchè incestuosi;

altrimenti non avrebbe mai effetto la disposizione della legge. Infatti, o trattasi di figli nati da parenti, ai quali non può essere permesso di unirsi in matrimonio, e neppure verrà il easo di applicare l' articolo , come si è superiormente osservato ; o trattasi dei nati da parenti, cui dal Governo siano state concesse le nozze, e se ad essi vuolsi accordare il favore della legittimazione, più non vi saranno figli incestuosi che non possano col susseguente matrimonio essere legittimati, contro l' espressa proibizione della legge.

Un favorevole argomento si deduce altresì da quanto fu detto dal Sig. Locré sopra gli art. 331 e 332 = *la loi ne pouvoit, sans affoiblir les dispositions par lesquelles elle réprime, dans l'intérêt des mœurs, l'inceste et l'adultére, accorder à ceux qui se seroient permis ces crimes les consolations de la paternité.*

Les principes ne résistoient pas moins fortement que les considérations à cette fausse indulgence .

En effet, la légitimation par mariage subséquent repose sur la fiction que les enfans sont nés du mariage même qui les légitime. Or si ces enfans étoient les fruits de l'inceste, la loi qui les légitimoit, supposeroit donc que les époux ont pu se relever eux-mêmes d'une incapacité qu'il n'appartient qu'à l'autorité publique de faire cesser par des dispenses accordées avec la plus entière connoissance de cause .

Si deve inoltre avvertire essere necessario , perchè abbia effetto la legittimazione , il precedente riconoscimento dei figli , secondo la disposizione del nostro articolo , e non potere aver luogo lo stesso riconoscimento in forza dell' art. 335 , *a favore dei figli nati dæ incesto* , nella cui generale disposizione sono pure compresi quelli dati alla luce da parenti fra i quali di regola ordinaria è proibito il matrimonio , sebbene possa il Governo dispensare per cause gravi da questo legale impedimento . *Ved.* gli art. 161 , 162 , 163 e 164 .

Affinchè dunque il susseguente matrimonio potesse rendere legittimi i figli incestuosi , de' quali si tratta , sarebbe stato almeno di assoluta necessità , che nel caso in cui il Governo può togliere fra i genitori l' impedimento risultante dal grado di parentela , si fosse pure ad esso riservata la facoltà di permettere la legittimazione dei figli procreati da quelle stesse persone , alle quali si concede la celebrazione del matrimonio .

(*Del riconoscimento dei Figli naturali.*
Cod. Nap. Lib. I, Tit. VII, Cap. III,
Sez. II.)

ART. 335.

Questo riconoscimento non potrà aver luogo a favore dei figli nati da incesto o da adulterio.

Trova una grande difficoltà il Sig. Maleville in conciliare gli art. 335 e 342 con gli art. 762 e 763, i quali vogliono che i figli adulterini ed incestuosi possano reclamare gli alimenti.

Egli dice che se da una parte gli stessi figli non possono essere riconosciuti dai loro genitori, e se dall'altra non possono essere ammessi a provare che il tale o la tale loro diede la vita, è ben difficile il comprendere a qual titolo potranno essi reclamare qualsiasi cosa; e conchiude col dire, che ciò avrebbe bisogno d'una esatta spiegazione ch'egli confessa non essere in grado di dare.

Il Locré, la cui autorità fu da me più volte invocata, all'art. 335 ci dà una chiara e giudiziosa spiegazione dell'esposta difficoltà. Credo utile di qui riportare le stesse di lui riflessioni concepite nei seguenti termini.

Ici se présente une difficulté. On demandera comment les enfans adultérins et incestueux peuvent obtenir les alimens que leur accorde l'art. 762, si, d'un côté, la recher-

che de la paternité et de la maternité leur étant interdite par l'art. 342, il est encore défendu de les reconnoître?

Voici la réponse à cette question.

Il est certain que tous les enfans incestueux ne profiteront pas de l'art. 762, et que les enfans adultérins n'en profiteront presque jamais. Cependant ce n'étoit pas un motif pour le retrancher; car, après tout, il est des circonstances où il peut recevoir son application.

Voyons quelles sont ces circonstances, et comment ceux que l'article concerne peuvent parvenir à justifier du droit qu'ils ont de l'invoquer.

La recherche de la paternité, quoique défendue en général, est admise dans le cas particulier de l'enlèvement (art. 340).

La recherche de la maternité est admise indéfiniment (art. 341), hors le cas de l'inceste et de l'adultére (art. 342).

Le bâtard simple non reconnu a donc deux moyens pour parvenir à la preuve de sa filiation.

Maintenant, prenons garde que la loi ne présume pas la qualité d'adultérin ou d'incestueux, et que, jusqu'à la preuve du contraire, les enfans illégitimes sont réputés simplement bâtards.

Il en résulte que celui qui, dans les deux cas des art. 340 et 341, se présente pour réclamer le titre de fils, doit être écouté, si

l'on ne lui oppose pas d'abord l'exception de l'adultére ou de l'inceste.

Supposons qu'on ne fasse pas valoir ces exceptions, que l'incestueux ou l'adultérin se présentant comme bâtarde simple soit admis à la preuve des faits, et qu'il y réussisse; la demande sera justifiée: mais des détails de la cause et de l'instruction pourront sortir accidentellement des indices d'inceste ou d'adultére, qui ne permettent pas aux Tribunaux de déclarer le réclamant bâtarde simple.

Dans ce cas, comme la paternité ou la maternité ne laissera pas d'être établie, il faudra bien prononcer que la filiation est certain; mais, comme il ne sera pas moins établi qu'il y a adultére ou inceste, il faudra, en même temps, déclarer l'enfant incestueux ou adultérin.

Ceci arrivera toutes les fois que l'enquête, en prouvant la filiation, prouvera, en même temps, qu'il y a eu un commerce adulterin ou incestueux.

Cette hypothèse n'est pas imaginaire: il est facile d'en trouver des exemples.

Un individu se pourvoit contre les héritiers du ravisseur de sa mère. Celle-ci étoit libre; le ravisseur étoit marié. Ses héritiers l'ignoroient. Ils découvrent ce fait après l'enquête, et lorsque la filiation est justifiée. Aussitôt ils le font valoir, et demandent que le Tribunal n'adjuge pas au réclamant la portion que l'art. 757 donne aux enfans natu-

*els , et qu' il ne lui soit attribué que les ali-
mens réglés par l' art. 762.*

*Autre exemple : Un enfant se prétend fils
d'une femme libre . Dans le cours de l'in-
struction on découvre qu'il est né du com-
merce que cette femme a eu avec un homme
marié ou avec un de ses parens . Les adver-
saires du réclamant demandent que ses droits
sur la succession de sa mère soient réduits
conformément à l' art. 762 .*

*Ces exemples et plusieurs autres qu'il est
facile de proposer , prouvent que l' art. 762
peut recevoir son application , sans que la
recherche de la paternité ou de la maternité
soit permise aux enfans adultérins ou ince-
stueux , et sans qu'on autorise leurs père et
mère à les reconnoître .*

*Sans doute que , s'ils se présentoient sous
ces titres , ils ne devroient pas être écoutés :
mais , s'ils réclament le titre de bâtarde sim-
ple , et que , par le cours de la procédure ,
on parvienne à reconnoître qu'à la vérité ils
sont réellement nés de ceux dont ils se pré-
tendent les enfans , que cependant ils sont les
fruits de l'inceste ou de l'adultére , la certi-
tude de leur filiation leur servira pour obtenir
des alimens , et la certitude qu'ils doivent le
jour à un crime , servira à leurs adversaires
pour leur faire refuser les droits que le Code
accorde aux bâtarde simples sur la succession
de leur père .*

E' d'uopo avvertire che anche lo stesso

(82)

Maleville ha posteriormente riconosciuto nella sua osservazione sopra l'art. 762, che il medesimo poteva ricevere applicazione, ad onta di quanto trovasi stabilito negli art. 535 e 542; convenendo egli pure che in tutti quei casi, ne' quali si avesse indirettamente la prova della paternità o della maternità, i figli incestuosi od adulterini dovrebbero approfittarne per ottenere gli alimenti, che loro accorda il cit. art. 762.

(*Dell'Adozione e della Tutela officiosa.*
Cod. Nap. Lib. I, Tit. VIII.)

Il nostro Autore nell'introduzione ch'egli fa a questo titolo, sostiene che qualora sia notoriamente pubblico, che il figlio presentato all'adozione è nato da colui che vuole adottarlo, i tribunali non lo debbono permettere; e che molto meno potrà autorizzarsi l'adozione, allorchè il figlio fosse stato legalmente riconosciuto.

Sembreranno giustissime a primo aspetto queste opinioni; ma quando si esamini la discussione che ebbe luogo al Consiglio di Stato, siccome viene riferita dal Locrè, si dovrà convenire che l'adozione dei propri figli naturali anche riconosciuti, non si è voluta dal Legislatore assolutamente proibire.

Lo stesso Locrè al Titolo dell'Adozione, cap. I., sez. I. parte I. div. I. suddiv. 3.

n.^o 2, ne accenna che gli avversarj dell'adozione la volevano esclusa dal Codice, principalmente perchè essa apriva l'adito ad adottare i proprij figli naturali, dando così la facilità di eludere le proibizioni contro di essi stabilitate. Per togliere questa obbiezione, la Sezione di Legislazione aveva presentato un articolo, così concepito : *Celui qui a reconnu, dans les formes établies par la loi, un enfant né hors du mariage, ne peut l'adopter, ni lui conférer d'autres droits que ceux qui résultent de cette reconnaissance ; mais, hors ce cas, il ne sera admis aucune action tendant à prouver que l'enfant adopté est l'enfant naturel de l'adoptant.* Dopo una lunga discussione sopra il proposto articolo, fu desso rigettato ; e la legge venne concepita in un senso che non portasse alcuna testuale proibizione di adottare un figlio naturale, sebbene fosse stato legalmente riconosciuto.

I motivi di questa decisione possono vedersi estesamente esposti dal nominato Locré. A me basterà di qui accennare che la ragione per cui furono limitati i diritti dei figli naturali, fu quella di far rispettare i costumi, e la dignità del matrimonio ; ma siccome potevasi ottenere questo scopo anche permettendo l'adozione dei medesimi, non conveniva usare un inutile rigore che sarebbe stato necessariamente ingiusto. Ai costumi infatti non si fa più oltraggio, se la capacità di succedere viene resa al figlio naturale indirettamente.

miente col mezzo dell'adozione , ossia per altro titolo che quello di figlio naturale . D'altronde è sempre bene che un uomo possa riparare i suoi torti , facendo sortire da una famiglia quel figlio che i suoi disordini vi avranno introdotto . Neppure è lesò l'interesse de' matrimonj , poichè permettendosi l'adozione soltanto all'età di 50 anni , non può supporsi che un giovane si allontanerà dalle nozze , nella speranza assai incerta di potere , a più avanzata età , chiamare per figlio e per erede l'infelice frutto delle sue passioni . Finalmente l'adozione essendo permessa solo a coloro che non hanno figli legittimi , si troverà rispettata la dignità del matrimonio , nè potrà essere pregiudicato l'interesse dei figli nati da una unione formata sotto gli auspicij della legge . Tali sono in breve i principali motivi per cui non fu proibita l'adozione dei figli naturali , sebbene riconosciuti : *Voici donc , conchiude il lodato Loqué , la doctrine du Code : la reduction des droits de l'enfant naturel à une créance sur la succession de ses père et mère , est le droit commun ; l'adoption est le cas particulier ; et , dans ce cas particulier , les prohibitions ne sont pas éludées , elles cessent .*

Conviene perciò prescindere da ogni considerazione , ed attenersi allo spirito della legge . Dacchè essa non volle pronunziare veruna proibizione di adottare i propri figli naturali anche riconosciuti , la conseguenza che

deesi dedurre da questo silenzio , si è che la medesima ha inteso rimettersi al prudente arbitrio dei giudici : essi non devono indicare alcun motivo nelle loro sentenze relative all'adozione , e sarà in loro facoltà di ammetterla o non ammetterla ; il Legislatore riposa sulla loro coscienza , sicuro che sapranno conciliare l'interesse dei figli naturali con il rispetto dovuto ai buoni costumi .

Si consulti anche il Grenier nel suo eruditissimo Trattato dell'Adozione , parte 2. , n.^o 35 , quale trovasi unito alla di lui Opera sopra le donazioni ed i testamenti .

(*Dell' Adozione e de' suoi effetti.* Cod. Nap. Lib. I, Tit. VIII , Cap. I , Sez. I.)

ART. 351.

Se l'adottato muore senza discendenti legittimi , le cose donate dall'adottante , o pervenute dalla di lui eredità le quali esisteranno in natura al tempo della morte dell'adottato , ritorneranno all'adottante o a' suoi discendenti , coll'obbligo di contribuire al pagamento de' debiti , e senza pregiudizio dei diritti dei terzi .

Sebbene l'articolo parli delle sole cose *le quali esisteranno in natura* , crede non ostante il nostro Autore , coll'appoggio della massima *prestum succedit loco rei* , che i Tribunali debbano seguire la stessa regola stabilita nell'art.

747, cioè accordare all'adottante od a' suoi discendenti il diritto di esigere il prezzo che ancora potesse essere dovuto, od anche di succedere all'azione di riscatto che potrebbe competere all'adottato, allorchè gli oggetti compresi nella donazione fossero stati da esso alienati.

I Giudici per verità non farebbero una giusta applicazione della legge, se volessero nelle loro decisioni adottare l'opinione, cui l'Autore suppone ch'essi debbansi attenere. La massima *preatum succedit loco rei*, non può essere attendibile nel caso in questione; mentre la legge apertamente la esclude: troppo letterale si è la di lei disposizione, perchè possa ammettere un'estensiva interpretazione. Essa limita il diritto dell'adottante e suoi discendenti al caso in cui gli oggetti *esisteranno in natura*; non è dunque lecito al Giureconsulto di estendere ad altri casi questa precisa disposizione, senza contravvenire alla volontà del Legislatore.

Per questa opinione, dettata dal testo della legge, e dalle regole di diritto, si è pure dichiarato il Sig. Grenier nel suo Trattato dell'Adozione, parte I. n.^o 15. Le sue convincenti ragioni serviranno a piena dimostrazione del mio assunto. *Le droit de retour*, dice quel dotto Giureconsulto, *soriant de la règle commune, il doit être strictement renfermé dans les limites posées par la loi*.

Lorsque la loi a voulu qu'un droit de

retour, par elle accordé sur la chose trouvée en nature, s'étendit au prix encore dû, et à l'action en reprise, elle a toujours eu soin de le dire.

C'est ainsi qu'elle l'a fait au titre des successions, art. 747, relativement au droit de retour des ascendans sur les choses par eux données à leurs enfans ou descendans morts sans postérité.

C'est ainsi qu'elle l'a fait encore au même titre, art. 766, relativement au droit de retour des frères et sœurs légitimes sur les biens que l'enfant naturel avoit reçus de ses père et mère, lorsque ces derniers sont morts avant lui, et qu'il est mort sans enfans ni descendans.

De là on doit conclure que le Législateur n'ayant pas dit la même chose sur le droit de retour accordé à l'adoptant par l'art. 351, c'est qu'il ne l'a pas voulu. Sans doute il a regardé ce retour comme moins favorable que les autres.

(*Della Tutela conferita dal Consiglio di famiglia. Cod. Nap. Lib. I, Tit. X, Cap. II, Sez. IV.*)

ART. 417.

Quando il minore, domiciliato nel Regno, possedesse beni nelle colonie, o viceversa, l'amministrazione di questi beni verrà affidata ad un protutore.

Osserva il Maleville che nel progetto della Sezione eravi un articolo, che permetteva al tutore di colui che aveva beni in Dipartimenti lontani, di nominare uno o più amministratori stipendiati ed amministranti sotto la di lui vigilanza. Ma tale articolo fu soppresso; il che per altro non impedisce, come dice lo stesso Autore, che per il caso di cui si tratta non si possano stabilire degli amministratori per le terre lontane coll' autorizzazione del consiglio di famiglia.

A questo caso provvede espressamente l'art. 454, che l'Autore sembra non avere ricordato. Al §. 2 del medesimo si dispone che l'atto del consiglio di famiglia specificherà se il tutore sia autorizzato a farsi coadiuvare, nella sua agenzia, da uno o più amministratori particolari, stipendiati ed amministranti sotto la sua responsabilità.

(*Dell' Incapacità e delle cause di Esclusione e di Rimozione dalla Tutela. Cod. Nap. Lib. I , Tit. X , Cap. II , Sez. VII.*)

ART. 442.

Non possono essere tutori, nè membri dei consigli di famiglia,

- 1.^o *I minori, eccettuati il padre o la madre;*
- 2.^o *Gli interdetti;*
- 3.^o *Le donne, a riserva della madre, e delle ascendentî;*

4.^o Tutti quelli, che hanno o dei quali il padre o la madre avesse col minore una lite in cui fossero compromessi lo stato, la sostanza o una parte considerabile de' beni dello stesso minore.

Il diritto romano, come osserva il Sig. Maleville sopra l' ultima parte dell' articolo, estendeva assai più l'esclusione dalla tutela per causa di liti; e sebbene lo stesso articolo siasi limitato a quelle che il tutore od i suoi genitori potessero avere con il minore, egli nondimeno è di parere che anche una lite che la moglie od i figli del tutore avessero con il minore, sia una causa di esclusione dalla tutela. Egli si appoggia al riflesso che se la presunta affezione del tutore per i suoi genitori è un motivo di esclusione, a più forte ragione deve esserlo quella che deesi avere per la propria moglie e per i propri figli; una legge che proibisce il meno, vieta ben-

(90)

anche il più . *L. 110. D. de R. I.* Osserva inoltre che la lite della moglie e dei figli del tutore gli è in certo modo personale .

Io non convengo in tale sentimento, sebbene mi sia pure contraria l'autorità del Sig. Delvincourt il quale segue la stessa opinione del Maleville. *Ved. Institutes de Droit Civil, tom. I. pag. 219. nota 2.*

La legge volle contemplare il solo caso di una lite del tutore o de' suoi genitori col minore ; ogni altro caso è adunque escluso , nè potrà valutarsi alcun' altra causa per farne derivare l' incapacità alla tutela .

Certamente non regge il paragone fra il caso di una lite che i genitori del tutore avessero con il minore, e quello di una lite vertente fra lo stesso minore e la moglie od i figli del tutore , perchè possa applicarsi la teoria della cit. *L. 110.* Allorchè trattasi del primo caso , non la sola presunta affezione , ma puranche il proprio interesse ed il rispetto verso coloro ai quali è debitore della propria esistenza , spingerebbero il tutore a trascurare gl'interessi del minore ; non era perciò conveniente il conferirgli la tutela . Ma tutti gli accennati motivi non si verificano nel secondo caso , nel quale vi sarebbe unicamente la presunta affezione del tutore verso la moglie ed i propri figli. Questo solo motivo non potrebbe dunque bilanciare , e molto meno superare quelli che indussero il Legislatore a stabilire nel primo caso l' incapacità alla tutela .

Giova poi osservare che in oggi l'incapacità alla tutela per causa di liti, poteva essere ristretta in più limitati confini ; poichè in ogni tutela deve esservi un tutore surrogato , art. 420 , le di cui funzioni consistono *nell'agire per gl'interessi del minore , allorchè si troveranno in opposizione con quelli del tutore* . Perciò nei casi dall'Autore esposti , lo stesso tutore surrogato agirebbe per gl'interessi del minore ; di modo che non è a temersi verun inconveniente , nè danno per il minore medesimo .

Si rifletta altresì che qualora il tutore fosse in comunione di beni colla di lui moglie , sarebbe egualmente interessato nella lite comune ; e quindi non verrebbe ammesso alla tutela , a termini dell'attuale articolo . Lo stesso si dica del caso in cui il tutore avesse il legale usufrutto de' beni dei propri figli ; giacchè sarebbe pure interessato nella causa , attesa la di lui qualità di usufruttuario . Ma quand'anche non avesse alcun diretto interesse nella causa , sarebbe sempre indispensabile che agisse il tutore surrogato del minore , allorchè i figli del vero tutore fossero ancora sotto la di lui tutela , non potendo egli rappresentare due persone nel medesimo giudizio .

Veggasi inoltre l'art. 435 §. 2 il quale permette al padre già incaricato della tutela de' propri figli , di ricusare un' altra tutela straniera .

(*Dell' Amministrazione del Tutore. Cod. Nap. Lib. I, Tit. X, Cap. II, Sez. VIII.*)

ART. 464.

Nessun tutore, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, potrà intentare in giudizio un'azione relativa ai diritti del minore sopra beni stabili, né aderire ad una domanda relativa ai medesimi diritti.

« Sembra che in quest' articolo , così scrive il Sig. Maleville , si autorizzi il tutore a difendersi da ogni azione intentata contro il minore per diritti immobiliari ; poichè è solo per intentare egli stesso una simile azione , o per aderirvi , che deve farsi autorizzare dal consiglio di famiglia . E' questa una lacuna nell' articolo che vuol essere rettificata , essendo incontrastabile che se il tutore insiste male a proposito nell' opporsi ad una domanda giusta ed evidente , deve essere egli stesso condannato personalmente nelle spese , si ratio litigandi non fuit L. 78. §. 2. D. de leg. 2.^o Perciò Despeisses , Baequet , Rebusse ec. consigliano al tutore di munirsi d' un consulto di Avvocati per difendersi ».

In verità io non trovo che siavi nella legge la supposta lacuna . Allorchè trattasi di agire è necessaria al tutore l'autorizzazione del consiglio di famiglia , cui è facoltativo il decidere se debba o non debba promuoversi

Il giudizio; ed il tutore, trattandosi di azione relativa a beni stabili ed eccedente i limiti della semplice amministrazione , non la può intentare , senza esserne previamente abilitato. Al contrario quando si tratta di difendere il minore contro un' azione anche relativa a beni immobili , il tutore lo può o lo deve , senza che siavi bisogno dell' autorizzazione del consiglio di famiglia ; poichè la difesa è forzata : *La règle , dice il Locré allo stesso art. 464 , ne devoit être étendue ni aux actions mobilières , attendu que le tuteur administre les biens meubles , ni aux actions immobilières intentées contre le mineur , attendu que la défense est forcée .*

Ma il nostro Autore osserva , che il tutore può male a proposito opporsi ad una domanda giusta ed evidente . E che perciò ? La legge deve provvedere soltanto all'interesse del minore , ma non già a quello del tutore . La generale disposizione dell' art. 450 garantisce abbastanza l'interesse del minore , prescrivendo che il tutore amministrerà i beni dello stesso minore *da buon padre di famiglia , e sarà responsabile d'ogni danno ed interesse che potessero risultare da una cattiva amministrazione .* In vista di questo preciso dovere che la legge impone al tutore , è indubitato che se il medesimo ingiustamente si oppone ad una domanda spiegata contro il minore , sarà tenuto ad indennizzarlo di tutte le spese fatte per la causa . Spetta dunque al tutore di

agire cautamente e da buon padre di famiglia. A questo proposito non era necessario, nè regolare, che la legge gli indicasse il modo di assicurare il proprio interesse; basta che essa gli abbia fatto conoscere il dovere di agire *da buon padre di famiglia*. Se lo stesso tutore vuole garantirsi in faccia al minore, ed evitare gli effetti della responsabilità, quando si tratta di difenderlo in giudizio, sarà utile che si munisca del consulto di Avvocati, e più utile ancora che richieda il parere del consiglio di famiglia.

Lo stesso deve dirsi del caso in cui il tutore volesse intentare un'azione unicamente relativa a beni mobili, ciò che gli è lecito senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, come chiaramente risulta dal nostro articolo, il quale si limita alle azioni relative a *beni stabili*.

Si ritenga però che quand'anche il tutore abbia difesa od intentata una causa, senza speciale consulto di Avvocati, e senza il parere del consiglio di famiglia, il che non è necessario, nè prescritto dalla legge, egli non sarebbe responsabile verso il minore, se non qualora l'avesse senza ragione sostenuta, *si ratio litigandi non fuit*; se vi erano plausibili ragioni, egli non potrebbe soggiacere ad alcuna responsabilità per l'esito sfavorevole del giudizio. In casi dubbi sarà poi prudente che il tutore, colle formalità volute dall'art. 467, procuri piuttosto una transazione, se la parte

(95)

avversaria non vi dissente, di quello che avventurare ad un incerto giudizio gl' interessi del minore.

Tutto ciò deve riguardarsi come la naturale conseguenza del principio generale stabilito nel §. 2 del cit. art. 450.

(*Del rendimento de' Conti della Tutela.*
Cod. Nap. Lib. I, Tit. X, Cap. II, Sez. IX.)

ART. 475.

Qualunque azione del minore contro il tutore, relativa alla tutela, si prescrive in dieci anni computabili dal tempo della maggiore età.

Il Sig. Maleville suppone il caso che il minore, qualche anno dopo essere divenuto maggiore, abbia stipulata una convenzione col suo tutore, senza che si fosse precedentemente osservato il prescritto dall' art. 472, e crede che lo stesso minore per farsi restituire in intiero contro questa convenzione, avrà dieci anni computabili non già dalla data della convenzione, ma bensì dall' epoca della maggiore età. La disposizione dell' articolo, egli dice, è troppo precisa; il minore non ha che dieci anni computabili dalla sua maggiore età per fare istanza contro il di lui tutore; e la giustizia sembra suggerire ch'esso non possa avere più di tempo per tale istanza, dopo aver fatta una convenzione col suo tutore, che non

ne avrebbe s' egli non l' avesse stipulata. Di-
chiara però lo stesso Autore di proporre que-
sto di lui sentimento con molta riserva , e *ad
referendum* .

Io credo che tale opinione non verrà cer-
mente seguita dal comune voto dei Giurecon-
sulti , nè adottata dai Magistrati , ai quali è
affidata l' applicazione della legge.

Il nostro articolo volendo che ogni azio-
ne del minore contro il tutore dipendente-
mente dalla tutela , si prescriva in dieci anni
computabili dal tempo della maggiore età ,
comprende senza dubbio quelle azioni soltan-
to , l' esercizio delle quali compete al minore
dall' epoca stessa della maggiore età . Sarebbe
infatti un assurdo che dovesse incominciare la
prescrizione di un' azione che non si fosse per
anche verificata ; e sarebbe pure egualmente as-
surdo che l' azione fosse in ogni caso pre-
scritta nella stessa epoca , quando la conven-
zione si fosse fatta in tempi diversi ; di mo-
do che la prescrizione avrebbe un termine
incerto , cioè ora di sette anni , ora di otto
ec. , secondo la diversa epoca della conven-
zione , contro i principj coi quali dee essere
la medesima regolata .

Inoltre nel riferito testo si parla di azio-
ni *relative alla tutela* , ossia di quelle unica-
mente che riguardano l' amministrazione del
tutore e la resa de' conti ; ma l' azione di nul-
lità di una convenzione fatta tra il minore
divenuto maggiore , ed il suo tutore , prima

della resa de' conti, non è propriamente azione relativa alla tutela. E' dunque certo che l' articolo non può estendersi al caso di cui si tratta , il quale sarà più giustamente deciso coll' applicazione dell' art. 1304.

L' art. 472 dichiara nulla qualunque convenzione potesse seguire tra il tutore ed il minore divenuto maggiore, prima della resa de' conti; e l' art. 1304 prescrive in generale che l'azione di nullità o di rescissione di una convenzione in tutti i casi dura per dieci anni. Perciò il minore divenuto maggiore per reclamare la nullità della convenzione stipulata col suo tutore, avrà il termine di dieci anni, computabili non già dalla maggiore età , ma bensì dalla data della convenzione nella qual' epoca ha principio l' azione , e può soltanto avere principio anche la prescrizione .

Il minore nell' indicato termine di dieci anni a contare dalla data della convenzione , non avrà solo diritto di far pronunziare la nullità della medesima , ma potrà altresì reclamare la resa de' conti , e far valere tutte le sue ragioni contro il di lui tutore , sebbene fossero scorsi più di dieci anni dall' epoca della sua maggiore età . Questa conseguenza spiace al nostro Autore , il quale fece osservare che la giustizia sembra suggerire , non dover il minore avere più di tempo per agire contro il suo tutore , dopo aver fatta una convenzione col medesimo , di quello che non ne ayrebbe s' egli non l' avesse stipulata . Ma

forse il Sig. Maleville non ha riflettuto, che la convenzione fatta dal minore con il di lui tutore qualche anno dopo cessata la tutela, avrebbe interrotto il corso della prescrizione delle azioni competenti allo stesso minore dipendentemente dalla tutela. Infatti l'art. 2248 stabilisce che *la prescrizione è interrotta, quando il debitore o il possessore riconosca il diritto di quello contro cui era incominciata*. Ora la convenzione che il tutore avesse fatta col suo minore, non è d'essa una riconoscenza dei diritti competenti a quest'ultimo? Non può esservi dubbio a questo proposito; poichè è massima generale, riferitaci dallo stesso Maleville nel suo commentario al cit. art. 2248, che *quoties actus tacitam aut expressam vel praesumptam juris alieni, vel debiti confessionem implicat, toties fit interruptio civilis.*

Se adunque la prescrizione è legalmente interrotta, dovremo ritenere essere più conforme, anzichè contrario ai dettami della giustizia, che il minore nel caso di seguita convenzione con il proprio tutore, possa agire contro di esso, sebbene fossero scorsi dieci anni dalla sua maggiore età. Sarebbe ingiusto di negare al minore una tale facoltà; poichè il corso della prescrizione delle azioni relative alla tutela potendo soltanto essere nuovamente incoato all'epoca stessa della convenzione, egli deve avere il diritto di intentare le stesse azioni fino al compimento della prescrizione,

che avrà luogo nell'epoca medesima in cui sarà prescritta l'azione di nullità della convenzione , a norma dei cit. art. 475 e 1304.

Quest'ultima opinione è poi anche fondata sopra un ragionevole motivo . Di niun vantaggio sarebbe infatti da una parte per il minore il diritto di invocare , nel termine di dieci anni , la nullità della stipulata convenzione col di lui tutore , se dall'altra non gli fosse sempre lecito di far valere tutti i suoi diritti contro lo stesso tutore relativamente alla tutela .

(*Dell'Emancipazione. Cod. Nap. Lib. I,
Tit. X, Cap. III.*)

ART. 482.

Non potrà (il minore emancipato) istituire un'azione sopra beni stabili , nè difendersi contro di essa , nè ricevere capitali , nè rilasciarne la liberazione , senza l'assistenza del suo curatore , il quale , in quest'ultimo caso , invigilerà per l'impiego del capitale ricevuto .

Fa riflettere il Sig. Maleville , che l'articolo esige l'assistenza del curatore solo per intentare un'azione immobiliare o difendersi contro di essa ; dal che , egli dice , sembrerebbe risultare che il minore non ne abbia bisogno per le azioni mobiliari. Malgrado però una simile induzione lo stesso Maleville pre-

tende , che il minore anche per le azioni mobiliari debba essere assistito da un curatore , conformemente al §. 2. *Inst. de Curat.* Egli crede che ciò possa altresì dedursi dall' art. 484 , il quale prescrive che il minore emancipato non potrà fare alcun atto oltre quelli di pura amministrazione , senza osservare le formalità richieste per il minore non emancipato . Ma agire in giudizio ed amministrare , così egli soggiunge , non sono la stessa cosa ; e la moglie separata che può amministrare , non può stare in giudizio senza l'autorizzazione di suo marito .

Mi sembra che il nostro Autore troppo facilmente si allontani dal senso naturale della legge . Essendo richiesta dall' articolo l' assistenza del curatore soltanto nel caso in cui l' emancipato voglia istituire un' azione sopra beni stabili , o difendersi contro di essa , è abbastanza chiaro ed indubitato che la legge volle abilitarlo ad agire senza l' assistenza del curatore , allorchè trattasi di azione puramente mobiliare , secondo la massima : *inclusio unius easus est exclusio alterius* .

Anche il colto e sensato Locré sopra l' art. 481 , ha dimostrato estesamente essere tale lo spirito della legge , cioè che il minore emancipato *a également* , sono le sue parole , *qualité pour intenter une action purement mobilière ou pour y défendre* .

A fronte della chiara volontà del Legislatore , nulla giova l' art. 484 cui crede p-

tersi appoggiare l' Autore. Conviene poi anche osservare che ogni azione mobiliare che potesse intentare il minore , o che fosse diretta contro di lui, sarebbe sempre relativa ad oggetti di amministrazione , ne' quali il minore può agire liberamente senza l' assistenza del curatore , ad eccezione che si trattasse di riscuotere un capitale , nel qual caso l' intervento del curatore sarebbe necessario. Così il tutore che non è abilitato, se non agli atti di amministrazione, può agire per diritti mobiliari competenti alla persona che è sotto la di lui tutela, appunto perchè una simile azione viene considerata come un oggetto di pura amministrazione. *Ved.* l' art. 464 e l' osservazione fatta sopra di esso .

Dice però l' Autore che agire in giudizio ed amministrare non sono la cosa stessa; ma quando l' oggetto del giudizio è relativo all' amministrazione , come lo sarà sempre trattandosi di azioni mobiliari, allora non vi può essere una reale differenza fra l' agire in giudizio e l' amministrare. Che la moglie debba sempre essere autorizzata dal marito a stare in giudizio anche quando può da sè stessa amministrare i propri beni, egli è per motivi particolari: *La nécessité de l' autorisation du mari vient de l' obéissance que la femme lui doit; elle est l' effet de la puissance maritale,* siccome scrive il Locré al Tit. del Matrimonio, cap. 6. parte 2. div. 1; ma nel caso nostro il minore emancipato non è più soggetto

all'autorità di alcuno, ed è persona abile a stare in giudizio.

ART. 484.

Non potrà parimente (il minore emancipato) vendere nè distrarre in alcun modo i suoi beni immobili, nè fare alcun atto, senza osservare le forme prescritte al minore non emancipato, a riserva di quelli di pura amministrazione.

Le obbligazioni ch' egli avesse contratte in via di compra od altrimenti, saranno soggette a riduzione nel caso che sieno eccedenti. I Tribunali, su quest' oggetto, prenderanno in considerazione la sostanza del minore, la buona o mala fede delle persone che avranno seco lui contrattato, l'utilità o l'inutilità delle spese.

Da quanto osserva il nostro Autore sopra di questo articolo, si rileva ch' egli ritiene applicabile la seconda parte anche al mutuo contratto dal minore emancipato, senza le volute formalità.

Ma io credo ch' egli sia corso in errore, siccome è facile il dimostrarlo.

La legge nell'art. 481 autorizzò il minore emancipato a contrarre tutte quelle obbligazioni che riguardano la semplice amministrazione; e per porre un utile freno alle di lui indiscrete disposizioni, ha stabilito nel presente articolo, che qualora le obbligazioni da lui contratte sieno eccedenti, saranno soggette a riduzione. E' dunque alle sole obbligazioni che l'emancipato ha diritto di contrarre per

eausa di amministrazione, alle quali vuol ritenersi applicabile la seconda parte del nostro articolo; poichè quelle che la legge non gli permette di stipulare, come il mutuo, sono per questo solo motivo rescindibili, nè sarebbe il caso di ricorrere al mezzo della riduzione.

Inoltre l' art. 485 dispone che quando le obbligazioni del minore saranno state ridotte, desso potrà privarsi del beneficio dell'emancipazione. E' questa una pena cui la legge volle assoggettarlo per avere abusato dei diritti che essa gli accorda; e ciò prova maggiormente che l' art. 484 riguarda le sole obbligazioni che il minore può contrarre; giacchè se volesse ritenersi estensibile anche alle altre obbligazioni a lui non permesse, come il mutuo, si supporrebbe che la legge lo avesse sottoposto ad una pena per l' abuso di que' diritti, che essa non gli permette di esercitare. Giova al proposito quanto osserva il dottissimo Locré sopra lo stesso art. 485 *= la révocation*, così egli scrive, *n'est attachée qu' au circonstances qui viennent d' être indiquées, parce que ce sont les seules où le mineur puisse se permettre des écarts. En effet, l'aliénation de ses biens, les emprunts, le droit de soutenir une action immobilière, d' accepter une succession ou une donation, de provoquer un partage, de recevoir un capital mobilier et d'en faire emploi, lui sont refusés; il peut, comme le majeur, consommer ses revenus sans être dissipateur: il*

ne restoit donc que les obligations pour achats ou autres dépenses, dans lesquelles il lui fût possible de se permettre des dispositions indiscrettes.

Per ciò che riguarda il mutuo converrà dunque ricorrere ad altri principj, cioè a quelli che sono stabiliti negli art. 1305 e 1312.

E' d'uopo osservare che il mutuo contratto senza le formalità volute dall'art. 485, non è nullo *ipso jure*, ma che il minore emancipato può soltanto essere restituito in intiero contro l'assuntasi obbligazione, ogni qual volta si verifichi lesione; poichè *restituitur non tanquam minor sed tanquam Iesus*. Questa regola è chiaramente stabilita nel cit. art. 1305, ove si dice che *la semplice lesione dà luogo alla rescissione in favore del minore emancipato, contro tutte le convenzioni che oltrepassano i limiti della sua capacità*, ossia contro tutte le convenzioni che non sono relative alla pura amministrazione, e che la legge non gli permette di stipulare, come si è appunto il mutuo. A questo riguardo i Tribunali non dovranno già prendere in considerazione le circostanze nel nostro articolo indicate; la sola ed unica loro ispezione sarà quella di verificare se vi è lesione, e se questa esiste, l'obbligazione non sarà semplicemente ridotta, ma bensì avrà luogo la rescissione di essa, conformemente al disposto nello stesso art. 1305.

E' però certo che il minore emancipato

il quale avrà preso a mutuo senza le debite formalità , non sarà liberato dall' obbligazione, almeno naturale , di restituire quanto si fosse convertito in di lui vantaggio . Ma tale questione dee decidersi coll' applicazione dell' art. 1312 il quale prescrive che *quando i minori..... sono ammessi, in tale qualità, ad essere restituiti in intiero contro le loro obbligazioni, non si può pretendere il rimborso di ciò che loro sia stato pagato..... eccetto che venga provato che quanto fu pagato venne convertito in loro vantaggio.* Questa generale disposizione si applica pure al minore emancipato, in quanto che, rapporto a tutti gli atti che la legge gli vieta di fare , egli è paragonato dagli art. 485, 484 e 1305 al minore non emancipato .

Tutto ciò è conforme alla dottrina del nominato Locré sopra gli art. 483 e 484, ove disse: *L' article 483 ne prononçant pas la nullité du contrat , ce contrat ne peut être anéanti que par la restitution ; et dès-lors il y a lieu d' appliquer cette maxime d' équité : restituitur non tanquam minor sed tanquam laesus . Le Code ne l' a pas abolie ; elle a été invoquée dans la discussion d' une autre matière , et l' article 1305 suppose que le mineur émancipé n' est pas restitué pour avoir passé , dans une convention , les bornes que la loi donne à sa capacité , mais seulement lorsque la léssion se joint à cette circonstance . Et ce principe est confirmé par l' article 1312 , qui même , lorsque la restitution a été obtenue ,*

n' oblige celui contre lequel elle l'a été , q' au remboursement des sommes qu' il ne peut pas prouver avoir tourné au profit du mineur .

ART. 487.

Il minore emancipato che esercita un traffico è considerato maggiore per i fatti relativi al traffico stesso .

Osserva il Maleville che da questo articolo sembra risultare che il minore commerciante non sia considerato maggiore per i fatti relativi al suo commercio , se non è emancipato . Non ostante egli dice , che secondo la pratica aveva luogo il contrario ; ma che però il più sicuro partito è quello di attenersi ai termini dell' articolo .

Sembrami non possa esservi alcun dubbio che il solo minore emancipato potrà esercitare qualche ramo di commercio , ed essere riguardato come maggiore per i fatti al medesimo relativi : *nul mineur* , dice il Locré all' art. 487 , *ne peut se livrer au commerce , s' il n' est émancipé* ; fuori di questo caso non gli è dalla legge accordata alcuna facoltà di commerciare . Ciò è ben ragionevole , in quanto che essendo sotto l' altrui tutela non è neppure abilitato agli atti di semplice amministrazione , e molto meno deve esserlo ad esercitare un ramo di commercio .

E' poi tolto ogni dubbio anche dall' art. 2 del Codice di Commercio , il quale parla

soltanto di minore *emancipato*, ed esige inoltre altre condizioni: Qualunque minore *emancipato*, così prescrive il citato articolo, sì dell'uno che dell'altro sesso, dell'età di diciotto anni compiti, che vorrà profitare della facoltà di commerciare accordatagli dall'art. 487 del Codice Napoleone, non potrà intraprendere veruna operazione commerciale, nè essere considerato maggiore riguardo alle obbligazioni da lui contratte in fatto di commercio, 1.^o se non è stato preventivamente autorizzato da suo padre, o, in caso di morte, d'interdizione o di assenza di questo, da sua madre, o in mancanza del padre e della madre, da una deliberazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale civile; 2.^o se inoltre latto che lo autorizza non è stato registrato ed affisso al tribunale di commercio del luogo ove il minore intende di stabilire il suo domicilio.

OSSERVAZIONI AL LIBRO SECONDO. DEI BENI E DELLE DIFFERENTI MODIFICAZIONI DELLA PROPRIETA

(*Dei Diritti dell' Usufruttuario. Cod. Nap.*
Lib. II., Tit. III., Cap. I., Sez. I.)

ART. 589.

Se l' usufrutto comprende cose che senza consarsi immediatamente, si deteriorano a poco a poco con l' uso, come la biancheria e la mobiglia, l' usufruttuario ha diritto di servirsene per l' uso a cui sono destinate, e non è obbligato a restituirle, in fine dell' usufrutto, se non nello stato in cui si trovano, non deteriorate però per suo dolo o colpa.

« Nella prima redazione di questo articolo, così dice il nostro Autore, erasi aggiunto che se alcuna delle cose di cui trattasi nel medesimo, si trovasse intieramente consunta dall' uso, senza colpa dell' usufruttuario, questi era dispensato dal restituirla. Tale si è infatti la disposizione della L. 9. §. 3. D. *usuf. quemad. cav.* Non ostante questa addizione fu tolta per il riflesso ch' egli

« è assai difficile che i mobili siano talmente
 « consunti dall'uso , che non ne rimanga al-
 « cun avvanzo ; e per la ragione ancora che
 « se si dispensasse l'usufruttuario dal resti-
 « tuire ciò che ne rimane , gli si sommini-
 « strerebbe il pretesto di sottrarli a proprio
 « vantaggio » .

Io non vedo come nella citata legge
 possa riscontrarsi la disposizione che suppone
 l'Autore: *Si vestis, dice il § 3, ususfructus
 legatus sit, scripsit Pomponius, quamquam
 haeres stipulatus sit, finito usufructu ve-
 stem reddi, attamen non obligari promisso-
 rem, si eam sine dolo malo adtritam reddi-
 derit.* Queste ultime parole dimostrano anzi
 che la restituzione si doveva sempre effettuare
 in qualunque stato potesse ritrovarsi la cosa ,
 come decide anche il nostro articolo .

Crede forse l'Autore che se l'erede non
 avesse stipulata la restituzione , non sarebbe
 stato tenuto l'usufruttuario a restituire le ve-
 sti , qualora si trovassero talmente consunte
 dall'uso , che non ne rimanessero se non se
 alcuni avanzi ? Dal riferito testo non po-
 trebbe certamente dedursi una simile conse-
 guenza . Conviene a questo proposito osser-
 vare che secondo il diritto romano , sopra le
 cose che si consumavano o che semplicemente
 deterioravansi coll'uso , aveva luogo il solo
quasi-usufrutto; e che la restituzione si faceva
 in oggetti della stessa specie , ovvero in equi-
 valente valore , a meno che non si trattasse

di vesti, sopra le quali poteva aver luogo il vero usufrutto, se non sempre, almeno in alcuni casi. Ved. su di ciò il titolo de' Digesti *de usuf. ear. rer. quae usu cons.*, non che i Commentarj del Brunemanno, il Voet *lib. 7. tit. 5. n.^o 4*, ed il Noodt *de Usufructu*, *lib. 1. cap. 20 e 21*.

Nel caso della citata Legge l'usufrutto delle vesti deve riguardarsi come vero usufrutto; mentre per la stessa convenzione dell'erede, la restituzione doveva farsi in natura. E' dunque della massima evidenza che anche dietro i principj del romano diritto, qualora si verificasse il vero usufrutto, non era mai dispensato l'usufruttuario dal restituire le cose, qualunque fosse lo stato in cui si ritrovassero; il che peraltro non poteva aver luogo nel caso di *quasi-usufrutto*, perchè la restituzione, come si disse, facevasi in oggetti della stessa specie ed in equivalente valore.

(*In qual maniera si estinguono le Servitù.* Cod. Nap. Lib. II, Tit. IV, Cap. III, Sez. IV.)

ART. 703.

Le servitù cessano quando le cose si trovano in uno stato tale per cui non se ne possa più far uso.

ART. 704.

Tornano ad aver luogo se le cose sono ristabilite in modo da poterne usare; eccetto che sia trascorso uno spazio di tempo bastante a far presumere estinta la servitù, come all' articolo 707.

Secondo i principj della romana legislazione, allorchè non si fosse potuto usare della servitù, era la medesima ristabilita dal momento in cui le cose venivano rimesse nello stato primiero, sebbene nell' intervallo fosse decorso il tempo per la prescrizione. Agli indicati principj suppone contraria il Sig. Maleville la eccezione contenuta nell' art. 704, ritenendo cioè che se le cose fossero rimesse nel primiero stato dopo il corso di trent' anni, non debba più aver luogo l' esercizio di qualunque servitù. Per giustificare questo supposto senso della legge, rapporto alle servitù urbane, egli dice che se il proprietario dell' edificio, al quale la servitù è dovuta, lascia scorrere trent' anni senza ricostruirlo, o senza

obbligare il proprietario dell'edificio servientie a metterlo in istato da sopportare la servitù, si presume avere rinunziato al suo diritto; e rapporto alle servitù rustiche osserva che quialora una sorgente essicinandosi, sia rimasta pel corso di trent' anni perduta, quella che rinasce dopo questo lungo spazio di tempo può essere considerata come nuova; ed infatti il principio generale per le servitù urbane e rustiche, senza distinzione, si è che desse perdonsi per il non uso durante un tempo determinato.

Sebbene questa opinione sia stata sostenuta da altri moderni interpreti, ed anche dal Sig. Delvincourt, *Institutes de Droit Civil*, tom. 1. pag. 377. nota 2; io però sono ben lunghi dall'approvarla, e non credo che la disposizione dell'art. 704 sia contraria alla massima sanzionata dal diritto romano, e seguita dalla generale opinione dei Giureconsulti coll'appoggio della L. 35. D. de serv. praed. rust. Ved. anche le LL. 14. pr. e 18. §. 2. D. quemad. serv. amit.

Non bisogna dare allo stesso articolo quel senso ch'egli sembra a primo aspetto presentare.

La perdita di un diritto mediante la prescrizione, è sempre appoggiata alla presunzione di una tacita rinunzia al diritto stesso. Egli è perciò che l'articolo 704, affinchè possa ritenersi perduta la servitù, richiede il decorso d'uno spazio di tempo *bastante* a

far presumere estinta la medesima, come all' articolo 707.

Convien fare attenzione alle espressioni *bastante a far presumere*. Potrà egli presumersi estinta la servitù, se quegli che ne aveva il diritto si è trovato per legge di natura nell'impossibilità di esercitarlo per il corso di trenta o più anni? O per meglio dire, potrà egli in questo caso presumersi che il proprietario del fondo dominante abbia voluto rinunciare al proprio diritto? Sarebbe contro l'equità e le regole di giurisprudenza il volerlo supporre: *ex non usu necessario non perditur jus*, siccome osserva il Brunemanno alla *L. 35. D. de serv. rust. praed.*, n.^o 8. Perciò ben a ragione i dotti Autori delle Pandette dissero che dalla disposizione del cit. art. 704, non si dee già dedurre la conseguenza che qualora siano scorsi trent'anni dall'epoca in cui avrà cessato l'esercizio della servitù, atteso lo stato delle cose, sia la medesima estinta; poichè, come essi si esprimono, *cette conséquence est contraire à la maxime contra non valentem agere non currit praescriptio. L'extinction de la servitude par le non usage résulte de la présomption que celui à qui elle appartenait a fait remise de son droit, ou l'a abandonné. Comment cette présomption pourroit-elle résulter d'un défaut d'exercice forcé? Cela est impossible puisqu'il n'y a aucune preuve, aucun indice du consentement essentiellement nécessaire pour la formation de quelque con-*

trat que ce soit. Aussi les lois Romaines décident-elles, dans ce cas, que l'interruption de l'usage, quelque long qu'il soit, n'anéantit pas la servitude, et qu'elle est due aussitôt que les choses sont remises en tel état que son exercice peut reprendre son cours.

Ces decisions sont conformes aux principes, à la justice et à l'équité. Tous seraient blessés par la conséquence qu'offre au premier coup-d'œil la contexture de cet article.

Il n'est donc pas possible que ce soit là le sens de la loi. tom. 5. pag. 508.

Il Legislatore nel prepresso art. 704, ha dichiarato che le servitù tornano ad aver luogo se le cose sono ristabilite in modo da poterne usare. Questa disposizione generale ed assoluta poteva lasciare luogo a qualche dubbio, qualora nell'intervallo avesse potuto, come si vedrà ne' casi qui appresso indicati, essere legalmente incoata e decorrere la prescrizione. Egli è perciò che fu opportunamente aggiunta la seconda parte dell'articolo, ma non già per introdurre una nuova giurisprudenza, nè per distruggere le massime incontrastabili di diritto.

Si osservi inoltre che la legge non dice assolutamente ed in generale che la servitù sarà estinta, se le cose non sono ristabilite nel primiero stato entro lo spazio di trent'anni. Essa vuole anzi che la perdita della servitù non possa avere luogo, se non *come all' articolo 707*. Dopo essersi stabilito nell'art.

706 che la servitù è estinta col non uso pel corso di trent' anni , si è soggiunto nel cit. art. 707 che i trent' anni cominciano a decorrere secondo le diverse specie di servitù , o dal giorno in cui si è cessato dall' usarne , se si tratta di servitù discontinue , o dal giorno in cui si è fatto un atto contrario alla servitù , se trattasi di servitù continue . A questa disposizione si riporta l' art. 704 , il quale non dovrà perciò diversamente interpretarsi , nè essere applicabile , se non nei casi ne' quali lo possono essere gli stessi art. 706 e 707 . Ora come potrà incominciare il corso della prescrizione d' una servitù discontinua , allorchè il non uso della medesima non derivi da una libera volontà ? Come potrà ammettersi la prescrizione di una servitù continua , se vi manca l' atto contrario che la legge richiede per il di lei incominciamento ?

Le premesse riflessioni mi inducono a ritenere che in qualunque tempo siano ristabilite le cose nel primiero stato , potrà sempre riprendersi l' esercizio della servitù ; a meno che non sia decorso il termine della prescrizione , computabile però non già dall' epoca in cui la situazione delle cose impedì l' uso della servitù , ma bensì dal tempo in cui sarà stato lecito di poterla nuovamente esercitare , se trattasi di servitù discontinua , o dal giorno in cui si fosse fatto un atto contrario ad essa , se trattasi di servitù continua .

Alcuni esempj renderanno più evidente questa verità .

Suppongasi che io abbia il diritto di condurre le bestie a pascere nel fondo del mio vicino, e che uno straordinario accidente , da cui fu alterato lo stato delle cose , abbia opposto un insuperabile ostacolo all' esercizio del mio diritto anche pel corso di trent' anni , potrò sempre nuovamente esercitarlo , se le cose ritornano nello stato primiero ; purchè non siano scorsi trent' anni dall' epoca soltanto in cui fosse stato in mia facoltà di praticare di nuovo la servitù :

Si faccia pure il caso che la sorgente irrigatrice del mio fondo sia rimasta priva di acque per più di trent' anni , e che poi ne siano nuovamente scaturite , mi sarà sempre lecito di riprendere l' esercizio del mio diritto . Ma però la servitù potrà essere prescritta , qualora si fosse verificato un *atto contrario* alla medesima , trattandosi di servitù continua , come ci viene definita nell'art. 688. Così se il proprietario del fondo serviente avesse chiusi i condotti senza mia opposizione ; se io stesso avessi tolto gli edifiscj che servivano alla decorrenza delle acque ; in tali casi e da queste epochhe avrebbe corso la prescrizione , perchè esiste l'*atto contrario* alla servitù , che appoggia la presunzione dell' abbandono del mio diritto . Se la sorgente avesse sempre somministrata l' ordinaria quantità di acque , e che io pel corso di trent' anni e più ancora , non ne avessi usato , senza togliere però gli edifiscj provanti il mio diritto , non

v' ha dubbio che l'avrei sempre conservato ; giacchè secondo l'art. 707 , mancando l'*atto contrario* alla servitù, la prescrizione non avrebbe mai potuto essere legalmente incoata . Ora sarebbe in vero straordinario , che la stessa servitù si ritenesse estinta pel solo non uso durante trent'anni , allorchè una causa naturale mi avesse tolta la facoltà di poterne usare , e che d'altronde non si fosse praticato alcun atto contrario alla medesima .

Facciasi per ultimo l'ipotesi che sia distrutto il mio edificio , al quale era dovuta una servitù continua ; se il proprietario del fondo serviente non fece mai alcun atto contrario alla servitù , affine di riacquistare la libertà , essa rivive quand'anche la casa fosse riedificata dopo i trent'anni ; poichè in forza dell'art. 707 , non potrebbe essere decorsa prescrizione alcuna .

E qualora la servitù fosse discontinua , mi sembra ragionevole che essendo in mio arbitrio di ricostruire la casa , la servitù si riterrà estinta s'io avrò mancato di restituire l'edificio nel primiero stato , e nel tempo stesso di far uso del mio diritto pel corso di trent'anni ; e ciò perchè trattasi di servitù che il solo non uso basta a rendere prescritta , indipendentemente da qualunque atto contrario ad essa . Così il Brunemanno al luogo indicato , dopo aver detto : *ex non usu necessario , non perditur jus ,* soggiunge : *quod limitat tamen Menoch. remed. 6. retin. poss. n.^o*

149 et seg. nisi culpa ei, qui habet jus, imputari possit; ut si habens molendinum cum aqueductu, et illud destructum fuerit, et dominus non refecerit molendinum.

Se poi fosse l'edificio serviente che si trovasse distrutto, in qualunque tempo venga riedificato, sarà sempre egualmente soggetto alla primiera servitù; mentre da una parte non è a me imputabile il non averne fatto uso, e dall'altra io non aveva alcun diritto di costringere il vicino a rimettere l'edificio nel primiero stato entro i trent'anni, sebbene lo supponga l'Autore, ma senza un legale fondamento. Ved. gli art. 698 e 699. Avrebbe però corso la prescrizione, allorchè io avessi levati dalla casa i segni indicanti il mio diritto di servitù, per la ragione che ciò farebbe supporre l'abbandono dello stesso diritto.

Tale si è l'interpretazione che deesi dare, in mio avviso, all'art. 704, interpretazione che viene dettata dal vero senso della legge, e suggerita dai principj fondamentali di diritto e di equità.

OSSERVAZIONI AL LIBRO TERZO DEI DIFFERENTI MODI COI QUALI SI ACQUISTA LA PROPRIETA.

(*Delle Qualità richieste per succedere.*
Cod. Nap. Lib. III, Tit. I, Cap. II.)

ART. 729.

L'erede escluso come indegno dalla successione, è obbligato a restituire tutti i frutti e proventi de' quali avesse goduto dopo aperta la successione.

Il prepresso articolo , in senso del Sig. Maleville , prova che l'indegno non è escluso di diritto dalla successione , e che ne ha il possesso come gli altri . Da questa riflessione egli pretende derivare che le alienazioni fatte dall' indegno a favore di terze persone in buona fede , avanti la dichiarazione della sua indegnità , saranno valide , salvo il ricorso dei veri eredi contro di esso .

A me sembra che non possa in alcun modo sostenersi una tale opinione .

E' facile che l'erede sebbene escluso dalla successione , ne abbia nonostante avuto il

possesso e godimento , potendo accadere che non sia conosciuta la causa dell'indegnità e pronunziata la condanna al tempo stesso dell'aperta successione . Era quindi necessario di obbligare l'erede dichiarato indegno , alla restituzione di tutti i frutti che non avrebbe legalmente percepiti , come prescrive l'articolo , dalla cui disposizione non può certamente dedursi la conseguenza che l'Autore ne vuol derivare .

Sarebbe veramente irragionevole che l'indegno , cui non si accorda neppure alcun godimento de' frutti già percepiti , perchè la legge non riconosce in lui nè titolo , nè buona fede , potesse validamente alienare i beni di quella successione dalla quale egli è escluso .

Coloro che dall'art. 727 sono dichiarati *indegni di succedere , e come tali esclusi dalle successioni* , non possono giammai avere nè il titolo , nè i diritti di un legittimo erede . La causa che li rende indegni di succedere esiste al momento stesso in cui si apre la successione , e da questo momento deve pur essere operativa , siccome rilevasi da quanto dice il celebre Commentatore del Gin , tom. 7. pag. 63. nota 16. *Sebbene sia necessaria la condanna , così egli scrive , all'oggetto di rendere operativa l'indegnità di succedere nell'uccisore del defunto , non ne viene perciò di conseguenza che il medesimo abbia potuto con giusto titolo approfittare della successione anteriormente alla stessa condan-*

na. Verificato il fatto dell'uccisione o il semplice attentato, emerge la causa criminosa dell'indeginità, e la condanna devesi riguardare non come produttiva della causa già verificata, ma come una prova esclusivamente autentica della medesima causa. Nulla importa adunque che la causa dell'indeginità siasi conosciuta posteriormente; questa circostanza non potrebbe mai legittimare gli atti che lo stesso indegno avesse eseguiti, senza essere vero erede, ed anche in piena mala fede. Infatti con quale titolo potrebbe egli validamente alienare i beni della successione, se trattasi di un atto che non avrebbe potuto fare, se non in qualità di erede, qualità che la legge in lui non riconosce?

Questa opinione è tanto più sostenibile in oggi, in quanto che la legge attuale equiparò, riguardo agli effetti, l'indeginità all'incapacità di succedere: *Nel diritto romano*, disse il lodato Commentatore, tom. cit. pag. 57. nota 11., *la semplice indegnità di succedere non distruggeva il carattere di succedere, ed essendo distinta dall'assoluta incapacità, si riscontrava nell'indegno un soggetto abile per il diritto della successione; perciò non poteva questa devolversi alle persone che posteriormente al medesimo fossero o dalla legge o dalla volontà del testatore chiamate a succedere, il fisco vi concorreva togliendo all'erede il personale godimento dei beni ereditari. Il nuovo Codice equiparò, quanto*

agli effetti, l' indegnità all' incapacità di succedere, siccome dalle costumanze e statuti di ben molte provincie già si vedeva equiparata.

L' erede indegno non ha dunque alcun diritto sopra i beni della successione, come non ne ha l' incapace. E da ciò ne deriva la certa conseguenza che ogni alienazione dei medesimi sarebbe nulla anche rapporto ai terzi che avessero acquistato in buona fede, la quale potrebbe bensì servire di appoggio per la prescrizione, e per la pretesa dei danni ed interessi contro l' alienante, ma non già per rendere valida un' alienazione che tale non può essere in diritto. Qualunque fatto della persona dichiarata indegna di succedere, non potrà mai pregiudicare ai diritti di coloro ai quali, in sua mancanza, è devoluta per legge la successione.

Inoltre non v' ha dubbio che nel caso nostro si tratterebbe dell' alienazione di cosa altrui; poichè l' indegno non fu mai il vero proprietario de' beni dell' eredità; e questa alienazione di cose altrui è positivamente dichiarata nulla dall' art. 1599, sebbene vi fosse tutta la buona fede nell' acquirente.

(*Dei Diritti dei Figli naturali sui beni dei loro genitori, e della Successione di questi ai Figli naturali morti senza prole. Cod. Nap. Lib. III, Tit. I, Cap. IV, Sez. I.*)

ART. 756.

I figli naturali non sono eredi; la legge non accorda ad essi alcun diritto sopra i beni del loro padre e della loro madre defunti, se non quando sono stati legalmente riconosciuti. Essa non accorda ai medesimi figli alcun diritto sopra i beni dei parenti del loro padre o della loro madre.

ART. 757.

Il diritto del figlio naturale sui beni del padre e della madre defunti, è regolato nel modo seguente:

Se il padre o la madre ha lasciato dei discendenti legittimi, il diritto del figlio naturale è di un terzo della porzione ereditaria ch' egli avrebbe conseguito se fosse stato legittimo: è della metà, quando il padre o la madre non avessero lasciato discendenti, ma bensì ascendenti o fratelli o sorelle: è di tre quarti, quando il padre o la madre non avessero lasciato nè discendenti nè ascendenti, nè fratelli nè sorelle.

ART. 758.

Il figlio naturale ha diritto sulla totalità dei beni, quando il padre o la madre non lasciano parenti in grado successibile.

Dispute della più alta importanza e della più difficile soluzione propone il nostro Autore sopra il primo di questi articoli. La prima consiste in sapere se il figlio naturale abbia diritto di far ridurre le donazioni tra vivi; la seconda se il medesimo possa essere privato con una disposizione testamentaria della parte che la legge gli accorda sopra l'eredità dei propri genitori.

Appoggiato al parere di grandi Giureconsulti, l'Autore sostiene che il figlio naturale non ha diritto di far ridurre le donazioni tra vivi; ma che però non potrà privarsi con una disposizione di ultima volontà della parte ad esso assegnata dalla legge.

Da quest'ultima opinione deriva una terza disputa, cioè sopra quale porzione dei beni dovrà dedursi la quota de' figli naturali. Il Sig. Maleville ritiene che debbasi dedurre dalla porzione disponibile; poichè la riserva stabilita dalla legge in favore dei discendenti e degli ascendenti, deve essere prelevata per la prima.

L'autorevole decisione di molti dotti Giureconsulti Francesi, dovrebbe bastare ad impormi un rispettoso silenzio sopra le due prime opinioni; sebbene non tutti i moderni scrittori siano di unanime avviso riguardo alle medesime. Io non oserò di impugnarle; ma siami almeno permesso di esternare alcuni miei dubbj, e di confessare ingenuamente che non so riscontrare testo nella legge, che

possa convincermi della giustizia delle accennate opinioni.

Se vuol ritenersi che il figlio naturale debba avere la medesima porzione non solo in caso di successione intestata , ma anche qualora il genitore volesse disporre de' suoi beni , perchè introdurre una differenza fra le disposizioni tra vivi e quelle di ultima volontà ? A che gioverebbe l' obbligare da una parte il genitore , in caso di testamento , a lasciare salva al di lui figlio naturale la porzione determinata nei premessi art. 757 e 758, se dall' altra egli avrebbe aperto il campo di privarlo della medesima con una disposizione tra vivi ? Egli potrebbe farla con riserva di usufrutto ; qual mezzo più facile per ottenere il proprio intento , senza perdere neppure il godimento delle sue sostanze ?

So bene che il sentimento di coloro i quali sostengono che il figlio naturale non possa far ridurre le donazioni tra vivi, si appoggia al motivo che secondo lo spirito della legge , il diritto a lui accordato sopra i beni de' suoi genitori deve riguardarsi come un semplice credito , e perciò esercibile soltanto sopra i beni liberi della successione . Sotto tale aspetto non v' ha dubbio che , a somiglianza di un creditore , non avrebbe il medesimo altri diritti , se non sopra i beni liberi che ritrovansi nella successione del defunto , della quale non fanno più parte quelli che si fossero donati tra vivi . Ma si osservi

che nel progetto di legge eravi l' espressione *credito*, la quale però fu tolta, essendosi ad essa sostituita la parola *diritti*. Dopo tale cangiamento come potrà ragionevolmente credersi che secondo lo spirito della legge, il diritto del figlio naturale debba considerarsi come un semplice credito ?

Quanto si disse è nell'ipotesi che il figlio naturale non possa privarsi, con disposizioni gratuite, della porzione a lui concessa dagli art. 757 e 758. Ma ciò è egli poi realmente vero e fondato nelle disposizioni del Codice ? Il nostro Autore e con lui altri valenti Giure-consulti pretendono che tale sia il voto del Legislatore, almeno rapporto alle disposizioni di ultima volontà. Io sento tutta l' equità di questa opinione, né mi propongo di impugnarla; accennerò soltanto che fra le altre difficoltà, una insuperabile mi si presenta nell' art. 758, il quale dispone che quando i genitori non lasciano parenti in grado successibile, il figlio naturale *ha diritto sulla totalità dei beni*. Se in questo caso il figlio naturale ha diritto sulla totalità dei beni, come mai gli si potrebbe accordare lo stesso diritto anche quando il genitore volesse disporre delle sue sostanze ? Non dovrebbe avere il medesimo almeno una porzione disponibile ? Converrebbe supporre che non ne avesse, e che il figlio naturale fosse in tal modo assai più favorito del figlio legittimo. Lo stesso Maleville ha ben dovuto conoscere che la let-

tera del citato articolo lo rende inapplicabile al caso in cui il genitore avesse voluto testare , e nelle sue aggiunte e correzioni in fine dell' ultimo volume , ha tentato di superare la difficoltà , dicendo che conviene ritenere , nello stesso art. 758 , il senso fissato dall' articolo precedente , ed intendere che quando non vi sono parenti in grado successibile , il figlio naturale abbia diritto alla totalità della porzione ch' egli avrebbe conseguito se fosse stato legittimo , non però alla totalità dei beni lasciati dal defunto . Questa interpretazione sarebbe contraria all' aperta disposizione della legge , ed alla stessa equità . Quando il genitore non abbia parenti in grado successibile , e che muoja senza testamento , tutti i di lui beni dovranno spettare al figlio naturale , ad esclusione del conjugue e del fisco , come vuole la legge . Ciò risulta altresì dall' art. 767 il quale accorda i beni della successione al conjugue od al fisco , soltanto allorchè il defunto non abbia lasciato parenti in grado successibile , nè *figli naturali* . Risulta egualmente dall' art. 773 , e da quanto disse il Sig. Chabot nel suo Rapporto al Tribunato sopra il titolo delle Successioni .

La forza dell' esposta obbiezione fu talmente sentita dall' Autore ch' egli si trovò obbligato a conchiudere « io non ostante ri- « conosco che sarebbe utile che il Legislatore « si spiegasse con una dichiarazione sopra « questo punto per far cessare tutte le difficoltà . »

Finchè la legge non venga sottoposta ad una nuova revisione , io ritengo che vani saranno gli sforzi dei più abili Giureconsulti per dimostrare che il genitore non possa , con gratuite disposizioni , privare il figlio naturale della porzione a questi assegnata dagli art. 757 e 758 sopra la di lui successione.

In vista di ciò si potrebbe anche sostener , non senza qualche plausibile appoggio , che qualora il genitore insensibile alle voci della natura , avesse disposto di tutti i propri beni , nulla lasciando al figlio naturale , questi dovesse sempre avere il diritto di reclamare la continuazione degli alimenti da quelle stesse persone che rappresentano il defunto , ed a favore delle quali avesse il medesimo disposto delle proprie sostanze . Riporterò a questo proposito quanto osserva il Sig. Delaporte nell' Opera : *Discussions du Code Napoléon dans le Conseil d' Etat , seconde édition , tom. 3 , pag. 204 e 205 . Un point plus douzeux , egli dice , et sur le quel je ne connais point encore d' arrêt , est celui de savoir si le père qui a reconnu légalement un enfant naturel , peut , par des dispositions gratuites , le priver de la portion que le Code lui attribue ; en d' autres termes , si cette portion peut être considérée comme une légitime .*

On peut dire pour la négative que pour avoir droit à la légitime , il faut être susceptible ; que les enfans naturels ne le sont pas , puisqu' ils ne succèdent point ; qu' en conse-

quence ils ne peuvent exercer leurs droits que sur ce qui se trouve dans la succession.

On répondra pour l'affirmative que par la reconnaissance le père a contracté l'obligation de fournir des alimens ; que la loi en règle la quotité et l'objet, d'où l'on doit conclure que le père ne peut pas en priver l'enfant par des dispositions gratuites.

J'avoue que la question présente une problème très-difficile à résoudre. La première proposition est incontestable suivant le strict droit ; mais elle est bien rigoureuse.

La seconde me paraît difficile à soutenir suivant les principes et l'esprit du Code. J'inclinerais pour accorder des alimens à l'enfant naturel. C'est une dette naturelle que rien ne peut effacer quand elle est avouée par une reconnaissance régulière.

Ma quand anche si volesse ritener che il figlio naturale non possa privarsi con disposizioni gratuite della porzione ad esso competente sopra i beni del di lui genitore, non potrebbe mai essere ammessa la terza opinione del nostro Autore, cioè che la quota del figlio naturale debba prendersi sopra la porzione disponibile. Seguendo una tale ipotesi è evidente che il numero dei figli naturali potrebbe assorbire, non mai interamente, ma almeno pressochè tutta la porzione disponibile. Ora sarebbe egli giusto che il genitore si trovasse ridotto a questa dura condizione, e privo della facoltà di disporre anche d'una

parte limitata de' suoi beni ? Un padre che avesse sei figli legittimi potrà disporre del quarto de' suoi beni , e non lo potrà , quando avesse soli tre figli legittimi e tre naturali ? Se il numero dei figli legittimi diminuisce in proporzione e la parte disponibile , e la porzione riservata , perchè lo stesso non dovrà essere quando esistono dei figli naturali ? L'opinione più conforme all'equità ed al buon senso , sarebbe quella che la quota dei figli naturali debba prededursi dalla massa dei beni , e diminuire così in proporzione , tanto la parte disponibile , quanto la porzione riservata ai figli legittimi .

Un esempio dimostrerà l'esposta opinione . Si supponga che un padre abbia lasciato in beni liberi la somma di lire 24,000 , e che avesse tre figli legittimi e tre naturali , la porzione disponibile sarebbe lire 6,000 , allorchè tutti i figli fossero legittimi , e la riserva lire 3,000 per ciascuno ; ma secondo il disposto nell'art. 757 , la parte de' figli naturali dovendo essere il terzo di ciò che avrebbero avuto come legittimi , essa sarà lire 1,000 per ciascheduno , che in totale formano lire 3,000 ; queste deducendosi dalla massa , resteranno lire 21,000 , ed è sopra tale somma , che dovrebbe essere determinata la porzione disponibile , e la riserva dei figli legittimi . La prima in forza dell'art. 913 , sarà il quarto , ossia lire 5,250 , il residuo formerà la riserva , e così i tre figli legittimi avranno lire 5,250 per ciascuno .

La giustizia di questa opinione si può vedere più estesamente e con molta dottrina dimostrata dal Grenier, *tom. 3. pag. 358. n.^o 666.* Essa diverrebbe poi anche incontrastabile, qualora il diritto del figlio naturale volesse riguardarsi come un credito, sotto del quale aspetto è certissimo che dovrebbe prelevarsi dalla massa dei beni ereditarj.

(*Dei Diritti del Coniuge superstite, e del Fisco. Cod. Nap. Lib. III, Tit. I, Cap. IV, Sez. II.*)

ART. 767.

Quando il defunto non lascia nè parenti in grado successibile, nè figli naturali, i beni della sua eredità appartengono al coniuge superstite non separato per divorzio.

Osserva l' Autore che secondo l' *Auth. praeterea Cod. unde vir et uxor*, il coniuge superstite che trovavasi nell' indigenza, mentre che pingue era l' eredità del predefunto, aveva diritto di domandare un quarto dei beni, quando non vi erano che tre figli o meno, oppure una porzione eguale a quella di ciascuno d' essi, quando erano in numero maggiore. Questo quarto gli apparteneva in proprietà, allorchè non eranvi figli; se ve n' erano, desso non aveva che l' usufrutto della sua porzione. Ma secondo la giurisprudenza

françese , non altro gli veniva aggiudicato che un usufrutto od una pensione .

Questa giurisprudenza , continua ad osservare lo stesso Autore , fu pure richiamata nella discussione del nostro articolo : non ne fu contestata la giustizia ; si disse soltanto che vi si era provveduto con un articolo del Codice , ma quest'articolo non vi si trova . Perciò egli conchiude che malgrado il silenzio della legge , ed in vista di quanto risulta dal processo verbale , l'equità ed il decoro del matrimonio autorizzano abbastanza i tribunali a conformarsi all' antica giurisprudenza , non avendo il Codice stabilito che sulla proprietà .

Mi sembra che il nostro Autore troppo facilmente si lasci trasportare a seguire i principj dell' antica legislazione , per introdurre poi anche delle regole che la nuova legge non volle ammettere .

L'art. 1094 bastevolmente provvede all' interesse de' coniugi : *Lo sposo , ivi si dice , sia nel contratto di matrimonio , sia durante il matrimonio , potrà , nel caso in cui non lasciasse nè figli nè discendenti , disporre in favore dell' altro coniuge , della proprietà di tutto ciò di cui potrebbe disporre in favore di un estraneo , e potrà lasciargli inoltre l' usufrutto della totalità di quella porzione di cui la legge proibisce di disporre in pregiudizio degli eredi . E nel caso in cui il coniuge donante lasciasse figli o discendenti , potrà donare all' altro coniuge o una quarta parte dei*

suoi beni in proprietà ed una quarta in usufrutto, o la metà di tutti i suoi beni soltanto in usufrutto. Questo è forse l'articolo di cui si intese parlare nella Discussione. Esso contiene una disposizione che molto si uniforma all'antica giurisprudenza; si noti però, 1.^o che il lucro di cui parla l'Autore, almeno secondo la legge romana, accordavasi alla sola moglie e non egualmente al marito, *N. 117. cap. 5*, essendo al contrario la riferita disposizione comune ad ambedue i coniugi; 2.^o che in oggi, affinchè il coniuge superstite possa avere qualche diritto sopra i beni del coniuge defunto, si richiede sempre un'espresa disposizione di quest'ultimo.

Da ciò chiaramente si deduce che non dovrà più aver luogo la regola della precedente giurisprudenza; mentre la legge attuale, all'effetto che il coniuge superstite, sia che si trovi o no nell'indigenza, possa avere un diritto di proprietà o di usufrutto sui beni del predefunto, fuori del caso di successione secondo il nostro articolo, vuole, e con ragione, che vi concorra la volontà del medesimo, cui si accorda l'arbitrio di beneficiarlo anche con qualche pregiudizio degli eredi legittimi.

Se i coniugi non si sono approfittati della saggia disposizione del cit. art. 1094, con assicurare nel contratto di matrimonio il proprio interesse nel caso di premorienza dell'uno di essi, sarà loro colpa. E se nemmeno durante lo stesso matrimonio, lo sposo non

ha provveduto alla futura sussistenza dell' altro conuge , nè con atto tra vivi , nè con testamentaria disposizione , la legge non deve a quest' ultimo accordare ciò che lo sposo defunto poteva e non volle accordargli .

Del resto non accaderà sì facilmente che lo sposo superstite di povera condizione , non abbia almeno persone dalle quali poter reclamare gli alimenti ; e non è poi neppure supponibile che un conuge privo di figli , e ricco di beni , voglia lasciare nell' indigenza la persona forse più cara al suo cuore .

ART. 771.

Il consorte superstite è pure tenuto ad impiegare il mobiliare , o a dare cauzione bastante ad assicurarne la restituzione agli eredi del defunto , nel caso che questi si presentassero nell' intervallo di tre anni : passato questo termine la cauzione è sciolta .

Se l' erede entro lo spazio di trent' anni venisse a reclamare l' eredità contro il conuge superstite o contro il fisco , potrà egli domandare la restituzione de' frutti dall' epoca dell' aperta successione ? Il Sig. Chabot , come riferisce il Maleville , è di opinione affermativa ; poichè secondo l' art. 777 , l' effetto dell' accettazione si retrotrae all' epoca in cui si è aperta la successione . Però lo stesso Maleville conviene in questa opinione nel solo caso , in cui il conuge od il fisco non avessero osservate le formalità prescritte dagli art.

769 e 770 ; mentre in allora sarebbero presunti in mala fede . Ma se il conjugé od il fisco hanno osservate le richieste formalità , egli crede che non dovranno restituire i frutti , se non per i primi tre anni ; perchè , come egli dice , la presunzione di buona fede è dalla parte loro ; e a questa presunzione si unisce quella della legge che ha sciolta la cauzione dopo tre anni : passato questo termine , essi hanno dovuto credere che non vi fosse erede naturale in grado successibile , e consumare i frutti in buona fede .

Trovo più giusta l'opinione del Sig. Malleville di quella del Sig. Chabot , poichè l'accettazione dell'eredità non potrebbe mai avere effetto retroattivo rapporto ai diritti che si fossero acquistati contro di essa , nè rapporto ai frutti percetti da terze persone in buona fede , ed in conseguenza di un legittimo possesso . E' regola infatti che un atto non può avere effetto retroattivo con danno altrui . In questo senso deve intendersi l' art. 777.

Non posso però egualmente approvare l'opinione del nostro Autore , in quella parte in cui egli pretende che il conjugé od il fisco debbano sempre restituire i frutti dei primi tre anni , e non quelli degli anni posteriori . Una tale distinzione non mi sembra in verun modo appoggiata . Se consultiamo il testo della legge , non vi si trova disposizione che assoggetti il conjugé od il fisco alla restituzione dei frutti per i primi tre anni . E se vuolsi

argomentare con legale criterio, non si può a meno di conchiudere che il conjugue od il fisco dovranno godere i frutti dall' epoca del loro legittimo possesso, e perciò anche quelli dei primi tre anni, senza alcun obbligo di restituzione. Tanto nei primi tre anni quanto dopo, il loro possesso è egualmente appoggiato ad un giusto titolo ed alla buona fede; e quindi le conseguenze non possono che essere le medesime.

Per l' interesse degli eredi legittimi che potessero esistere, ed affinchè siano avvertiti dell' aperta successione, ed abbiano campo di presentarsi, l' art. 770 vuole che il conjugue od il fisco debbano domandare al tribunale l' immissione in possesso, e che questa non si possa accordare, se non dopo tre pubblicazioni ed affissioni nelle solite forme, e sentito il Regio Procuratore. Ma dall' epoca in cui si sarà ottenuta questa legale immissione in possesso, non v' ha dubbio che il conjugue od il fisco dovranno indistintamente lucrare i frutti percetti. Questa decisione deriva necessariamente dalla regola generale stabilita nell' art. 549, secondo la quale i frutti percetti in buona fede appartengono sempre al possessore, ed è conforme altresì alla disposizione dell' art. 158. *Finchè l' assente, dice questo testo, non si presenterà, o le azioni a lui competenti non saranno promosse in suo nome, quelli che avranno avuta la successione, lucreranno i frutti da essi percetti in buona*

fede. Il Legislatore nella presente Sezione nulla stabili di contrario ; non fece neppure alcun cenno rapporto al lucro dei frutti. Conviene perciò attenersi alle regole dei due citati articoli ; tanto più che se la disposizione dell' art. 138 vale contro gli eredi che si conoscevano, e dei quali soltanto non consti l'esistenza, deve molto più valere contro gli eredi non conosciuti, e che si ignora se abbiano mai esistito.

Egli è poi in vero un errore il credere, come pretende l' Autore, che la legge ritenendo sciolta la cauzione passati tre anni, sia soltanto dopo quest' epoca che il conjugue od il fisco hanno dovuto credere, che non eravi erede naturale in grado successibile, e consumare i frutti in buona fede. Primieramente rapporto al fisco la cauzione non è richiesta ; e quindi l' argomento dell' Autore sarebbe solo applicabile al conjugue, cui corre l' obbligo della medesima. D'altronde quando si sono osservate le formalità prescritte dall' art. 770, può esservi rispetto al conjugue od al fisco un più legittimo possesso ? Può esservi maggior presunzione di buona fede dalla parte loro ? Con quale ragione si potrà dunque pretendere che questa buona fede, o non si verifichi se non dopo i tre anni, o che ne siano sospesi gli effetti per questo spazio di tempo ? Se dopo le tre pubblicazioni volute dal cit. art. 770 non si sono presentati eredi naturali, e che perciò il conjugue od il

fisco abbiano ottenuta l' immissione in possesso , sarà da quest' epoca che essi devono credere , non esservi eredi naturali in grado successibile , e godere i frutti in buona fede , e non già dopo il lasso di tre anni .

Conviene inoltre riflettere che la cauzione non si esige per i frutti , ma solo per il *mobiliare* esistente nell' eredità , e di cui non fanno parte i frutti percetti dopo l' ottenuto possesso ; di modo che dall' essere sciolta la cauzione dopo i tre anni , non può derivarsi la conseguenza che solo da quest' epoca possa aver luogo il godimento dei frutti . Essendo sciolta la cauzione , si dirà per questo che non debbasi neppure più render conto del mobiliare agli eredi che si presentassero ? No ; ora nell' ipotesi dell' Autore lo stesso dovrebbe pur essere dei frutti ; e perciò la disposizione relativa allo scioglimento della cauzione non può valutarsi , nè per accordare al conjugé od al fisco il diritto di godere i frutti della successione , nè per fissare l' epoca di questo godimento . La questione dee decidersi con i principj legali , e segnatamente coll' applicazione dei cit. art. 138 e 549 , come si è dimostrato .

(*Della Rinunzia alle Eredità . Cod. Nap.*
Lib. III , Tit. I , Cap. V , Sez. II .)

ART. 789.

La facoltà di accettare o rinunziare ad un' eredità , si prescrive col decorso del tempo richiesto per la più lunga prescrizione dei diritti su' beni immobiliari .

Crede il Sig. Maleville che se l' erede non si è immischiato nella successione , ossia non l' abbia accettata nè formalmente , nè tacitamente , i creditori non potranno dopo i trent' anni obbligarlo a pagare i debiti , e che lo stesso erede avrà sempre la facoltà di esonerarsi da quest' obbligo , dichiarando di non voler essere erede .

Se si ammette questa opinione , io non saprei in qual altro caso potrebbe avere effetto la disposizione dell' articolo . L' ipotesi dell' Autore mi sembra precisamente quella contemplata dalla legge ; e ritengo che l' erede non sarebbe più ammesso a rinunziare all' eredità .

Nessuno , dice l' art. 775 , è tenuto ad accettare un' eredità che gli sia devoluta . È questo un diritto soggetto come qualunque altro alla prescrizione , e tale prescrizione venne appunto stabilita dal nostro articolo , dal quale risulta che dopo il corso di trent'anni , termine stabilito dall' art. 2262 , il diritto di

rinunziare ad una eredità è prescritto ; e ciò è quanto dire che l'erede lo sarà irrevocabilmente , qualora abbia trascurato di rinunciarsi in modo formale , come prescrive l'art. 784.

Allorchè taluno abbia accettata l'eredità formalmente , o tacitamente con essersi immischiato nella medesima , la facoltà di rinunciarsi è dall'epoca stessa perduta , siccome risulta dagli art. 778 e 783 . Affinchè possa farsi valere questa facoltà , conviene perciò supporre che non siasi verificata nè accettazione espressa , nè accettazione tacita derivante dall'immischianza . Ma se in tale caso fossero decorsi trent'anni dall'aperta successione , il diritto di rinunciarsi sarà assolutamente perduto in conseguenza della prescrizione . Infatti il Sig. Delvincourt nelle sue Instituzioni di Diritto Civile , tom. 2. pag. 63 , fra le altre condizioni necessarie per poter rinunciare ad una eredità , accenna anche quella che l'erede *n' ait pas laissé prescrire la faculté de répudier* .

Questa opinione è pure appoggiata a quanto fu opportunamente osservato dall'eruditissimo Commentatore del Gin , tom. 7. pag. 186. nota 33. *Nel diritto romano* , così egli scrive , *non si presume giammai l'accettazione di un'eredità , la quale come cosa di fatto deve essere provata . E nel nuovo Codice non si presume giammai la rinunzia ad un'eredità , la quale come atto solenne deve giustificarsi*

nella prescritta forma. Pare quindi che il diritto all'eredità sia già acquistato, quando la solennità di un atto si esige per rinunziarlo. Veggasi a questo proposito il cit. art. 784. Se adunque il diritto all'eredità si ritiene già acquistato, e se la facoltà di rinunziarvi è prescrittibile col lasso di trent'anni, non avvi dubbio che dopo questo spazio di tempo, l'individuo sarà irrevocabilmente erede, nè potrebbe esimersi dal soddisfare i creditori, qualora non fossero altresì prescritte le loro azioni.

(*Del Beneficio dell'inventario, de' suoi effetti, e delle Obbligazioni dell'erede beneficiario. Cod. Nap. Lib. III, Tit. I, Cap. V, Sez. III.*)

ART. 802.

L'effetto del beneficio dell'inventario consiste nel dare all'erede il vantaggio:

1.^o *Che non sia tenuto al pagamento dei debiti ereditarij, se non sino alla concorrente somma del valore de' beni ad esso pervenuti, ed inoltre che possa liberarsi dal pagamento dei debiti col cedere tutti i beni dell'eredità ai creditori ed ai legatarj.*

2.^o *Che non siano confusi i suoi beni propri con quelli dell'eredità, e che gli sia conservato contro la medesima il diritto di pretendere il pagamento de' suoi crediti.*

Dice il nostro Autore che non conviene

in oggi seguire ciò che osservavasi ne' paesi di diritto scritto , ove la moglie erede non confondeva la sua dote , nè i figli la loro legitima , sebbene non facessero inventario . Egli osserva che questo privilegio non sarebbe certamente ammesso a fronte dei creditori ; che però potrebbe essere più favorevolmente ascoltato a riguardo dei legatarj , ed altri successori a titolo gratuito . Non ostante , siccome le disposizioni del Codice sono precise , ed assolute , egli dubitando assai che possa ammettersi alcuna distinzione , crede che il più sicuro mezzo per la moglie e per i figli si è di fare un *inventario* .

Con questa espressione *fare un inventario* , convien credere che l' Autore intenda che sia accettata l'eredità col beneficio dell'inventario ; poichè senza tale dichiarazione a norma dell' art. 793 , la semplice formazione di un inventario non potrebbe avere lo stesso effetto , e la moglie ed i figli sarebbero non ostante eredi puri e semplici , allorchè a termini dell' art. 800 , non avessero ancora la facoltà di qualificarsi eredi beneficiati .

Ciò posto , senza trattenermi nell' esame di quanto forse con poca esattezza asserisce l' Autore che osservavasi ne' paesi di diritto scritto , io ritengo che secondo i principj della nuova Legislazione , la moglie erede che non abbia espressamente accettata l'eredità con il beneficio dell'inventario , sarebbe tenuta ad eseguire tutte le disposizioni testa-

mentarie , ed a soddisfare tutti i debiti dell' eredità , anche colla propria dote , qualora fossero insufficienti i beni della successione . Essa non potrebbe concorrere per le sue ragioni dotali cogli altri creditori ; poichè l' erede perde la qualità di creditore , non avendo azione contro sè stesso , nè potendo rappresentare due persone . Per impedire la confusione e conservare contro l' eredità il diritto di pretendere il pagamento di un proprio credito , quale sarebbe quello della dote , conviene averla accettata col beneficio dell' inventario ; altrimenti rimane perduto , o per meglio dire estinto , attesa la confusione , come si rileva dall' art. 1300 e dal §. 2 dell' articolo attuale .

Non sarà però lo stesso rapporto ai figli . In quanto ai debiti della eredità , siccome non si dà legittima , a norma dei principj legali , che sopra i beni liberi , *dedotti i debiti* , come risulta anche dall' art. 922 , sarà perfettamente inutile che i figli accettino l' eredità col beneficio dell' inventario per conservare la loro legittima . Peraltro gli stessi figli che avessero accettata l' eredità senza il beneficio dell' inventario , sarebbero tenuti all' intiero pagamento dei debiti anche con i propri beni , qualora non bastassero quelli della successione . Ma si rifletta che anche in questo caso , se i figli non hanno altri beni propri , fuori di quelli loro pervenuti dalla riduzione delle donazioni fra vivi , non saranno tenuti

di supplire al pagamento dei debiti con questi beni ; poichè l'art. 921 prescrive letteralmente che i creditori non possono giammai domandare la riduzione, *nè approfittarne*. Questa disposizione deve egualmente aver luogo, sia che si fosse accettata l'eredità puramente, ovvero con beneficio d'inventario, non ammettendosi dalla legge alcuna distinzione.

Rapporto poi ai legatarj ed altri successori a titolo gratuito, io credo che i figli per conservare la loro legittima, non abbiano mai bisogno di accettare l'eredità col beneficio dell'inventario ; poichè nell'art. 913 è determinata la porzione de' beni della quale possono i genitori disporre, e se questi l'avessero ecceduta, i figli non devono mantenere ciò che si oppone al prescritto dalla legge. Essi hanno l'immediato possesso dei beni della successione, art. 724, e non dovranno soddisfare i legati, che in quella parte in cui non eccedono la porzione disponibile. Infatti nell'art. 920 si prescrive che *le disposizioni, tanto fra vivi, quanto per causa di morte, le quali eccederanno la porzione disponibile, saranno riducibili alla detta porzione, al tempo in cui si apre la successione*; nell'art. 925 è pure prescritto che quando il valore delle donazioni *fra vivi eccederà o eguaglierà la quota disponibile, tutte le disposizioni testamentarie saranno senza effetto*; e finalmente nell'art. 926 è stabilito che quando *le disposizioni testamentarie eccederanno o la*

quota disponibile, o la porzione di questa quota che resterebbe dopo aver dedotto il valore delle donazioni fra vivi, la riduzione si farà pro rata senza alcuna distinzione fra i legati universali ed i legati particolari. Tutte queste disposizioni sembra debbano aver luogo anche quando i figli non abbiano fatta la dichiarazione di accettare l'eredità col beneficio dell'inventario ; giacchè la mancanza di tale dichiarazione non li può privare di una parte di eredità , che in forza della legge era loro propria, ed indisponibile per il genitore. Sarebbe inutile , ed anche contrario al voto del Legislatore , l' obbligare i figli all' indicata dichiarazione per conservare que' diritti , che la legge stessa nel modo più positivo loro assicura .

Queste riflessioni mi fanno credere che anche gli Autori delle Pandette siansi ingannati, allorchè dissero che se il legatario universale avesse differito a chiedere il rilascio dei beni, e che l' erede naturale consapevole della testamentaria disposizione , avesse presa la qualità di erede sia espressamente , sia tacitamente , non potrebbe più lo stesso erede sopra la domanda del legatario , ritenere la propria legittima, perchè la qualità di legitimatario e di erede sono incompatibili, e perchè le donazioni excessive sia tra vivi o per testamento non sono nulle di diritto, ma solo riducibili , ed a questo diritto si può rinunciare. Ora il legitimatario che prese la qua-

(146)

lità di erede , ha rinunziato all' azione per la legittima . *Ved.* tom. 9. n:o 319. pag. 87. e *segu.* Questa decisione non parmi combinabile coi principj stabiliti nei cit. art. 724, 913, 920, 925 e 926.

Si ritenga però che sarà sempre indispensabile per i figli di formare un inventario all' oggetto di far constare agli interessati la quantità dei beni della successione , e di fissare quale poteva essere la porzione riservata , e quale la porzione disponibile . Quest' inventario ed anche la stima dei beni sarà essenziale , come si rileva dall' art. 922 ; altrimenti non si potrebbe determinare nè la quota della legittima , nè la riduzione .

(*Delle Eredità giacenti. Cod. Nap. Lib. III. Tit. I, Cap. V , Sez. IV.*)

ART. 814.

Le disposizioni della sezione III del presente capo , sopra le forme dell' inventario , sul modo di amministrazione , e sul rendimento de' conti per parte dell' erede beneficiato , sono inoltre comuni ai curatori delle eredità giacenti .

Secondo l' art. 804 l' erede beneficiato non è tenuto che delle mancanze gravi commesse nella sua amministrazione . Ma il nostro Autore crede che il curatore dell' eredità debba essere tenuto anche delle lievi man-

canze, ritenendo che le espressioni *sul modo di amministrazione* non debbano estendersi al punto della responsabilità. Egli si appoggia al riflesso che la situazione dell'erede beneficiato e del curatore è ben diversa; il primo amministra nello stesso tempo la cosa propria e l'altrui, ed il secondo al contrario è un vero agente dal quale si ha diritto di esigere una rigorosa vigilanza.

Io non posso determinarmi a seguire una tale opinione. Non v'ha dubbio che l'espressione generale *sul modo di amministrazione*, comprende necessariamente anche la diligenza che si dee usare nell'amministrazione stessa; giacchè il grado di questa diligenza forma appunto un oggetto relativo al *modo di amministrazione*. Quindi dal nostro articolo dee ritenersi richiamata anche la disposizione dell'art. 804; dal che ne deriva che il curatore dovrà soltanto essere tenuto delle *gravi mancanze*. Ciò deve tanto più ammettersi, in quanto che la legge non ha specialmente sottoposto il curatore dell'eredità ad una maggiore diligenza di quella, cui è tenuto l'erede beneficiato.

Inoltre se non dovesse ritenersi applicabile al curatore l'art. 804, non si saprebbe neppure quale grado di diligenza dovrebb'egli usare nell'amministrazione; mentre non sarebbero applicabili le disposizioni contenute nel titolo dei *Quasi-contratti*, sì perchè esse si limitano solo ai casi di amministrazione

volontaria , sì perchè ciò che riguarda il curatore di un' eredità è contemplato in questa Sezione , e non conviene ricorrere ad altre disposizioni .

Egli è poi anche ragionevole e giusto che il curatore sia soltanto tenuto delle *mancanze gravi* . Quando egli ha usata la stessa diligenza che suole usare nelle cose proprie , nulla di più potrebbe esigersi da lui , trattandosi di un ufficio involontario e gratuito . Tale era pure la disposizione del diritto romano . *Ved.* la *L.* 9. §. 5. *D. de reb. auct. jud. poss.*, alla quale il Gottofredo nella *nota* 38 dice : *curator vero immissus in bona , de dolo et lata culpa tantum tenetur* . Anche il Brunemanno alla stessa legge n.º 11, scrive : *et curatorem bonorum aequiparari creditoribus , ut tantum de dolo et culpa lata teneatur* .

Non convengo neppure sopra la grande differenza che crede esservi il nostro Autore fra l' erede beneficiato ed il curatore di una eredità vacante . Finchè l' erede beneficiato , a norma dell' art. 795 , non abbia deliberato sull' accettazione o rinunzia dell' eredità , si può perfettamente assomigliare al curatore : ambedue devono usare lo stesso grado di diligenza , non essendovi ragione per introdurre a riguardo di essi una diversa massima . Nulla può influire la circostanza che l' erede beneficiato sia esso pure interessato nell' eredità ; giacchè è certo che rapporto ai terzi , per l' interesse de' quali la responsabilità soltanto

(149)

è richiesta , la situazione dell' erede beneficiario e del curatore dell' eredità è perfettamente eguale ; e quindi è ragionevole che eguale pur sia la diligenza ch' essi dovranno usare .

(*Dell' Azione per la divisione e della sua forma . Cod. Nap. Lib. III , Tit. I , Cap. VI , Sez. I .*)

ART. 820.

I creditori pure potranno richiedere l'apposizione dei sigilli , in forza di un titolo esecutivo o di un permesso del giudice .

Le ultime espressioni dell' articolo voglion si limitare dal Sig. Maleville ad un permesso del tribunale del circondario ; poichè il giudice di pace non può , in di lui senso , apporre i sigilli , in mancanza di titolo esecutivo , se non dietro il permesso del tribunale .

Ma il nostro articolo parla di giudice in generale , e non esclusivamente del tribunale ; perciò vi è pure compreso il giudice di pace . Infatti l' art. 909 §. 2 del Codice di Procedura Civile , dal quale è tolta di mezzo ogni disputa , stabilisce che l' apposizione dei sigilli può essere richiesta da qualunque creditore che possiede un documento esecutivo , oppure che sia autorizzato da permesso del

*presidente del tribunale di prima istanza, o
DEL GIUDICE DI PACE del cantone ove do-
vranno apporsi i sigilli.*

ART. 822.

*L'azione per la divisione, e le controversie che
insorgessero nel corso delle operazioni, sono sotto-
poste al tribunale del luogo ove si è aperta la suc-
cessione.*

*Davanti a questo tribunale si procede agl'in-
canti, e devono essere prodotte le domande concer-
nenti la garanzia delle porzioni fra i condividenti,
come pure quelle dirette a rescindere la divisione.*

Dice il nostro Autore che quando vo-
gliasi proporre una domanda contro gli eredi
in generale, deve la medesima essere pro-
mossa avanti il tribunale del luogo ove si è
aperta la successione; ma se non si promuo-
ve azione che contro uno degli eredi, seb-
bene sia a causa della successione, dovrà
essa intentarsi avanti il giudice naturale dello
stesso erede. Non ostante egli è d'avviso che
se quest'azione particolare dasse luogo ad
una garanzia a favore dell'eredità convenuto
contro gli altri, questi potrebbero doman-
dere di essere rimessi avanti il giudice del
luogo dell'aperta successione; perchè allora
l'azione diviene comune a tutti, ed ogni azione
comune deve intentarsi avanti lo stesso giudi-
ce. Conchiude però dicendo, che il Codice di
Procedura deciderà senza dubbio tali questioni.

Il Codice di Procedura Civile contiene infatti delle regole, sull'appoggio delle quali possono decidersi le dispute dall'Autore proposte; sebbene le opinioni da lui esternate sopra di esse non siano pienamente conformi alle medesime regole.

L'art. 59 §. 6 dell'indicato Codice dispone che *in materia di successione* 1.^o *sulle domande fra coeredi fino alla divisione inclusivamente*; 2.^o *sulle domande intentate da' creditori del defunto prima della divisione*; 3.^o *sulle domande relative a disposizioni in causa di morte fino al giudizio definitivo*, il reo deve citarsi *avanti il tribunale del luogo in cui è aperta la successione*. Fuori di questi casi espressamente contemplati, e di quelli indicati nel nostro articolo, converrà agire avanti il giudice naturale della persona contro cui è diretta l'istanza.

Quindi allorchè si tratti di una domanda intentata dai creditori contro gli eredi in generale, avrà luogo l'opinione dell'Autore, purchè non sia seguita fra gli stessi eredi alcuna divisione, come è detto al n.^o 2.^o del riportato art. 59. Ma se fosse seguita divisione, la domanda dovrebbe proporsi al foro naturale di ciascun erede. Sarebbe però anche lecito di chiamare tutti gli eredi al tribunale del domicilio di uno di essi, a norma del §. 2 dello stesso articolo, il quale dispone che *se vi hanno de' correi l'attore può dirigersi, a sua scelta, al tribunale del domicilio di uno di essi*.

Qualora poi si trattasse di una domanda relativa a disposizioni in causa di morte, dovrebbe egualmente proporsi avanti il tribunale del luogo ove la successione si fosse aperta, finchè non sia pronunciata una sentenza definitiva sopra le medesime disposizioni, siccome trovasi prescritto al n.^o 3.^o dello stesso art. 59. Ma dopo pronunciato il giudizio definitivo, dovrà promuoversi l'istanza al foro naturale dell'eredità che si vuol convenire.

Le esposte regole dovranno aver luogo non solo quando la domanda fosse diretta contro tutti gli eredi, ma puranche allorchè fosse promossa contro un solo di essi; mentre le riferite disposizioni del Codice di Procedura non fanno alcuna distinzione.

In quanto all'ultima questione, cioè che se la domanda diretta contro un erede al di lui foro naturale, dasse luogo ad una garanzia a favore di esso contro gli altri, possano questi domandare di essere rimessi al tribunale del luogo dell'aperta successione, conviene distinguere la domanda principale legalmente intentata dall'attore al foro naturale dell'eredità convenuto, dalla disputa particolare fra gli eredi rapporto alla garanzia.

Non avvi dubbio che la domanda principale dovrà essere giudicata dal tribunale avanti cui fu promossa, e non potrà essere rimessa al tribunale del luogo in cui si è aperta la successione.

Se gli eredi chiamati in causa dall'erede convenuto, vogliono per il loro interesse sostenere la lite, ed opporsi alla domanda dell'attore, dovranno proporre le loro eccezioni avanti il tribunale ove pende la causa, a termini dell'art. 181 del citato Codice di Procedura, il quale prescrive che *la parte chiamata in giudizio a difesa è soggetta al tribunale della causa principale*. E' chiaro d'altronde che quando gli eredi chiamati a difesa la intraprendono, essi abbastanza riconoscono il loro obbligo della garanzia verso l'erede convenuto; e quindi non sarebbe il caso di rimettere la causa al tribunale del luogo dell'aperta successione; poichè non essendovi controversia sulla garanzia, esso sarebbe incompetente.

Se poi gli stessi eredi chiamati in causa, senza assumere la difesa della lite, pretendono di non essere tenuti ad alcuna garanzia, e facciano speciale istanza per essere rimessi, sopra questo punto, al tribunale del luogo in cui si fosse la successione aperta; in tale caso la disputa relativa alla garanzia dovrà bensì essere rimessa allo stesso tribunale in forza del nostro articolo, ma non egualmente la causa principale. Questa dovrà sempre essere decisa dal tribunale avanti cui fu promossa. Nè l'erede convenuto, nè gli altri coeredi chiamati in causa avrebbero diritto di chiedere che la medesima fosse rimessa al tribunale del luogo dell'aperta successione;

poichè rapporto ad essa questo tribunale sarebbe incompetente. La circostanza che la domanda possa dar luogo ad una garanzia a favore dell' erede convenuto contro gli altri, non lo esonera punto dagli obblighi ch' egli avesse verso l' attore. Ed infatti qualunque fosse l' esito del giudizio sopra la garanzia, la situazione dell' attore e del convenuto sarebbe sempre la stessa. Il primo non potrebbe mai essere costretto a rivolgere la propria azione contro i coeredi, ed il secondo avrebbe sempre la medesima obbligazione verso lo stesso attore; e perciò si renderebbe anche inutile di rimettere, con danno di quest' ultimo, la causa ad altro tribunale.

ART. 840.

Le divisioni fatte in conformità delle regole sopra stabilite (cioè negli art. 819 e successivi), sia dai tutori coll' autorizzazione del consiglio di famiglia, sia dai minori emancipati, assistiti dai loro curatori, sia in nome degli assenti o non presenti, sono definitive: se non sono state osservate le regole sopra prescritte, le divisioni non sono che provvisionali.

In senso del Sig. Maleville le espressioni *assenti o non presenti* indicano che il termine *assente* non dee intendersi del dichiarato assente, il quale per questo solo motivo non è ammesso alla successione, ma di colui che non è presente, o che è assente nel linguag-

gio ordinario ; e ciò è quanto dire che l' articolo non sia applicabile all' assente dichiarato.

Io credo al contrario che la disposizione della legge possa e debba applicarsi anche al dichiarato assente, rapporto però soltanto alle eredità che gli erano devolute prima del suo allontanamento, od in epoca in cui era certa la di lui esistenza : riguardo a quelle che si fossero verificate posteriormente , e nell' ipotesi che si ignorasse la di lui esistenza, non può accadere il caso di applicare l' articolo ; perchè egli non è ammesso alla successione .

Ved. gli art. 135 e 136.

Che il riportato testo possa aver luogo anche rapporto all' assente dichiarato, risulta dall' art. 817 , il quale dispone che *riguardo ai coeredi assenti, l' azione (per la divisione) spetta ai parenti che sono stati messi in possesso* . E certo che questo articolo suppone intervenuta la dichiarazione di assenza ; poichè è solo nel caso in cui l' assente sia dichiarato tale , che i di lui eredi presuntivi sono messi al possesso dei beni , art. 120 . Ora se gli stessi eredi volessero procedere alla divisione con i coeredi dell' assente , dovrebbero farla eseguire giudizialmente , come è prescritto nell' art. 838 ; ed in tale caso qual effetto avrebbe la medesima , riguardo all' assente che potesse ritornare , se non quello che le viene attribuito dal nostro articolo ? E' dunque necessario il ritenerne applicabile la disposizione anche al dichiarato assente .

Si deve osservare che il Sig. Maleville non ha specialmente parlato dell'esposto caso. Fu però contemplato dagli Autori delle Pandette, tom. 7. n.^o 407. pag. 170, i quali non ostante sostennero, che il termine *assente* è impiegato come sinonimo di *non presente*, e che l' articolo non riguarda l' assente dichiarato, col quale non può mai verificarsi alcuna divisione: *quand on supposerait*, essi dicono, *que la succession s'est ouverte dans un temps où son existence était certaine, le partage se ferait alors avec ses héritiers envoyés en possession de ses biens, et non avec lui.* Veramente non è ragione sufficiente il dire che la divisione si fa con gli eredi messi al possesso, e non con l' assente; poichè i medesimi non sono che semplici amministratori, ed è certo che la divisione sarebbe sempre fatta in nome e per l' interesse dello stesso assente. E poi io domando a questi saggi Giureconsulti se gli eredi messi al possesso de' beni dell' assente, qualora volessero passare ad una divisione in cui egli si trovasse interessato, debbano farla eseguire giudizialmente? L' affermativa sembra incontrastabile in vista del cit. art. 838; tanto più che non sarebbe né giusto, né regolare che gli eredi presuntivi, ai quali è solo conferita l' amministrazione dei beni dell' assente, art. 125, potessero devenire ad una divisione in cui egli fosse interessato, senza l' intervento della giudiziale autorità. Non potrebbe esser lecito

ad essi di pregiudicare gl' interessi dell' assente con una privata divisione fatta a loro arbitrio; e molto meno potrebbe, senza una manifesta ingiustizia, rendersi obbligatoria la medesima riguardo all' assente che ritornasse ai patrii lari. Se adunque la divisione dovrebbe eseguirsi giudizialmente, in conformità delle regole stabilite negli art. 819 e successivi, sembra evidente che dovrà essere *definitiva* se le medesime saranno state osservate, e *provisionale*, allorchè osservate non si fossero, come dispone il nostro articolo.

Nè si oppongono a quanto si disse le espressioni *assenti o non presenti*, mentre anche nell' art. 817 che pure riguarda, come si è veduto, l' assente dichiarato, si fece uso soltanto del termine *assente*. Non avvi ragione di credere che questa identica espressione debba avere un senso diverso nei due art. 817 e 840; l' addizione *o non presenti*, che fu posta in quest' ultimo, era necessaria per rendere altresì comune la disposizione a tutti quelli che non si trovano sul luogo. Il significato della stessa espressione *non presenti*, quale trovasi anche nell' art. 858, è d'altronde generale, e non potrassi negare che colui contro del quale fu pronunziata l' assenza, non debba pure ritenersi fra i *non presenti*, ed essere contemplato nella disposizione dell' articolo attuale, qualora si verifichi il caso di applicare rapporto a lui quanto il medesimo prescrive.

ART. 842.

Compita la divisione, si dovranno rimettere a ciascuno dei condividenti, i documenti relativi agli effetti speciali che loro sono pervenuti.

I documenti di una proprietà divisa rimangono a quello che ne ha la maggior parte, coll'obbligo però di comunicarli a coloro fra i suoi condividenti che vi arranno interesse, ogni qual volta ne venga richiesto.

I documenti comuni all'intiera eredità si consegneranno a colui che tutti gli eredi hanno scelto per esserne il depositario, coll'obbligo di somministrarli ai condividenti, ad ogni loro domanda. Se vi è difficoltà sulla scelta, essa verrà determinata dal giudice.

Il Sig. Maleville dice che l'ultimo §. dell'articolo è contrario al disposto nella *L. ult. D. de fide instrum.*

Quest'asserzione non mi sembra abbastanza appoggiata, nè posso persuadermi che il terzo §. dell'articolo debba riguardarsi come contrario alla disposizione della citata legge.

Il nostro Codice accorda primieramente ai coeredi il diritto di scegliere uno fra di loro, presso cui debbano rimanere i documenti comuni. In secondo luogo stabilisce che se vi è difficoltà sulla scelta, essa verrà determinata dal giudice.

La prima di queste disposizioni non è punto contraria al diritto romano; giacchè

questo non vietava ai coeredi di scegliere di comune accordo fra di essi la persona loro più benevola , presso cui dovessero rimanere i documenti comuni . Una tale facoltà non poteva loro esser tolta . Infatti la *L. 5. D. fam. ercis.* dice : *Si omnes iisdem ex partibus heredes sint , NEC INTER EOS CONVENIAT , apud quem potius esse debeant (cautiones hereditariae) , sortiri eos oportet : AUT EX CONSENSU , VEL SUFFRAGIO ELIGENDUS EST AMICUS , apud quem deponantur ; vel in aede sacra deponi debent.* Lo stesso si rileva dalla cit. *L. ult. D. de fide instrum.*, così concepita : *Si de tabulis testamenti deponendis agatur ET DUBITETUR , cui eas deponi oportet , semper seniorem juniori , et amplioris honoris inferiori , et marem feminae , et ingenuum libertino praferemus .* Le espressioni di queste leggi abbastanza ci convincono , che era sempre in arbitrio degli eredi di depositare i documenti comuni presso quella persona che più loro piacesse .

La disposizione dell' articolo relativa alla scelta da farsi dal giudice , qualora siavi difficoltà , non è meno conforme alla legge romana : *de instrumentis , quae communia fratrem vestrum tenere proponitis , Rector provinciae aditus , apud quem haec collocari debeant existimabit ,* così la *L. 5. C. commun. utr. jud.* Avvi questa sola differenza , che in caso di contestazione sulla scelta , la riferita *L. ult.* ha indicate espressamente le circostanze , che

dovevano prendersi in considerazione dal giudice per accordare la preferenza ad un erede, piuttosto che all' altro ; ed in vece la nuova legge si è intieramente rimessa al prudente arbitrio del giudice , senza indicare al medesimo quali circostanze debbano determinare la di lui decisione . Ma non per questo potrà dirsi che l'ultima disposizione dell'articolo si opponga a quanto era prescritto nella legge romana ; poichè anche in oggi dovranno i giudici avere riguardo all'età , alla fama , alle fortune , al sesso , ed al maggiore vantaggio degli eredi . Tale anzi è il voto della legge ; fra questa dunque , ed il romano diritto non avvi quella contrarietà che il nostro Autore suppose .

(*Delle Collazioni* . Cod. Nap. Lib. III ,
Tit. I , Cap. VI , Sez. II .)

ART. 869.

La collazione del danaro donato si fa col prenderne una minore quantità del danaro che si trova in effettivo nella eredità .

In caso che tale danaro non basti , il donatario può esimersi dal conferire altro danaro , cedendo , sino alla concorrente quantità , l'equivalente in mobiliare , o , in mancanza di questo , in immobili creditarj .

Con ragione fa riflettere il Sig. Male-

ville che se il valore della moneta avesse variato dopo la donazione, converrebbe, per osservare l'egualanza fra i coeredi, avere riguardo a questa differenza, appoggiandosi a quanto fu osservato dall'Autore delle Pandette, *tom. 7. pag. 294.*

Passando poi all'applicazione dell'indicato principio, egli dice che se l'erede presumtivo avesse ricevuto cento marchi d'argento a 50 lire il marco, e che all'apertura della successione, il marco ne valesse 100, dovrebbe lo stesso erede conferire duecento marchi; e viceversa se il marco valeva 100 lire all'epoca della donazione, e sole 50 alla morte del donante, l'erede non potrebbe essere obbligato, se non alla collazione di cinquanta marchi.

Mi sembra che questi esempi dall'Autore proposti rendano la regola apertamente contraria all'equità. Se l'erede, cui furono donati cento marchi, atteso l'avvenuto aumento di valore, ne dovesse conferire duecento, egli verrebbe obbligato, nell'ipotesi dell'Autore, alla collazione della somma di 20,000 lire, quando non ne ricevette che 5,000. E nel caso contrario, cioè della diminuzione di valore, verrebbe a conferire solamente 2,500 lire, quando ebbe in donazione 10,000 lire; il che non potrebbe certamente conciliarsi colla giustizia, né con quella egualanza che dee conservarsi fra gli eredi, e servir di base alla collazione.

Secondo il primo dei proposti esempi, l'erede presuntivo ebbe in donazione cento marchi a lire 50, cioè lire 5,000. Si supponga che il valore del marco all'epoca dell'aperta successione sia di 100 lire, l'erede a termini del nostro articolo, avrà adempito all'obbligo della collazione, prendendo in danaro cinquanta marchi, ossia lire 5,000 meno degli altri eredi, oppure cedendo, in mancanza di danaro effettivo, altrettanti beni mobili od immobili ereditarj per il valore delle stesse lire 5,000, somma perfettamente eguale a quella ch'egli ha ricevuta.

E se il marco valeva 100 lire all'epoca della donazione, e solamente 50 al tempo della morte, l'erede avendo ricevuto cento marchi, cioè in totale lire 10,000, sarebbe obbligato a conferire duecento marchi, che in vista dell'avvenuta diminuzione nel loro valore, formano precisamente la stessa somma di lire 10,000 all'erede donata.

Da ciò ne deriva che gli esempi dall'Autore riferiti (ne' quali è chiaro ch'egli ha voluto indicare colla parola *marco* un genere di moneta e non di peso) vogliono essere intesi in un senso del tutto opposto, cioè ove egli ritiene che l'erede debba conferire duecento marchi, non ne dovrà che cinquanta; ed ove lo crede tenuto a conferirne cinquanta, la collazione dovrà essere fatta di duecento.

Nè so poi comprendere come il saggio Maleville abbia potuto credere, che gli esempi

pj da lui proposti siano conformi a quanto
dissero gli Autori delle Pandette , alla cui
dottrina egli si appoggia . Ecco su tale pro-
posito la loro osservazione : *Il faut pourtant
remarquer qu' il (le donataire) doit rappor-
ter , non pas précisément la même somme
numérativement , mais autant qu' il a reçu
non idem sed tantundem . Cela est évident ;
car autrement le donataire rapporterait ou
plus qu' il n' a reçu , ou moins qu' il ne lui
a été donné ; et dans l'un comme dans l'autre cas , il y aurait injustice et inégalité .*

*En conséquence , s' il y a eu variation ,
soit dans la monnaie , soit dans son titre ,
c' est le moment de la donation qu' il faut
considérer , pour déterminer la somme qui doit
être rapportée . Si la monnaie a été augmen-
tée de valeur depuis la donation , le dona-
taire ne doit rapporter que celle qu' elle avait
lorsqu' il a reçu . Si elle a diminué , il doit
rapporter toute celle qui lui a été donnée ef-
fективement ; que si la monnaie n'avait qu'une
valeur idéale , il doit rapporter celle réelle
qu' elle avait lors de la donation .*

*C' est cette règle que l' on suit relative-
ment aux dots qui ont été fournies en assi-
gnats . On n' oblige l' enfant doté à rapporter
que la somme réelle que valaient les assi-
gnats , lors de la constitution de dot .*

E facile il conoscere che gli esposti prin-
cipj si oppongono anzi all' applicazione che
l' Autore ne fece : lo sbaglio è sì evidente

(164)

ch' io voglio attribuirlo piuttosto ad una semplice svista , di quello che all'intima di lui persuasione .

(*Della Forma delle Donazioni tra vivi.*
Cod. Nap. Lib. III , Tit. II , Cap. IV ,
Sez. I.)

ART. 941.

Potrà opporsi la mancanza di trascrizione da tutti gli aventi interesse , eccettuati però coloro che hanno l' obbligo di fare eseguire la trascrizione , o che hanno causa da questi , ed eccettuato pure il donatore .

Suppone il Sig. Maleville che la donazione sia nulla per mancanza di trascrizione , ed in conseguenza ritiene che tale nullità possa essere prescritta come tutte le altre azioni col lasso di trent'anni , decorribili dal giorno in cui quelli che avevano interesse di opporla , ne ebbero la facoltà .

Anche gli Autori delle Pandette , tom. 8. n.º 229. pag. 411 , sostengono la stessa opinione . Io però non saprei determinarmi a seguirla , mentre non mi sembra abbastanza conforme al senso della legge .

La trascrizione della donazione è una formalità unicamente voluta per l'interesse dei terzi ; essa non è di essenza per la vali-

dità della medesima , siccome osserva il Bernardi, *lib. 21. cap. 4*, ove dice che la mancanza d' insinuazione produceva bensì la nullità della donazione, ma che il difetto di trascrizione non annulla precisamente la donazione, e soltanto impedisce che se ne possa far uso in pregiudizio dei terzi .

Da ciò ne deriva che non si avrà diritto di reclamare la nullità della donazione, ma solo di opporre in via di eccezione la mancanza di trascrizione , il cui effetto sarà quello di rendere inefficace la donazione stessa riguardo all'opponente, come chiaramente risulta dai termini del nostro articolo , il quale si limita a dire che la mancanza di trascrizione *potrà opporsi* da tutti gli aventi interesse.

Trattasi adunque di una semplice eccezione , rapporto alla quale non può ammettersi prescrizione veruna . Le sole azioni soggiacciono a prescrizione , ma non le eccezioni ; perchè di queste non ci è lecito il far uso , se non quando si verifica il caso , ed allora debbono necessariamente opporsi : se la persona interessata omette di valersene , si riterrà ch' essa abbia rinunziato al proprio diritto ; l' eccezione rimarrà da quest' epoca per sempre estinta , nè potrebbe nuovamente opporsi dalla stessa persona . Questa verità non abbisogna di ulteriore dimostrazione .

Per gli esposti riflessi io ritengo essersi ingannato il Sig. Maleville , e con lui gli Autori delle Pandette , credendo che il diritto

accordato dall' articolo possa soggiacere a prescrizione come tutte le altre azioni ; daechè non trattasi propriamente di azione , ma di semplice eccezione , riguardo alla quale la prescrizione non può mai aver luogo .

(*Delle Eccezioni alla regola della irrevocabilità delle Donazioni tra vivi. Cod. Nap. Lib. III, Tit. II, Cap. IV, Sez. II.*)

ART. 957.

La domanda di revoca a titolo d' ingratitudine , dovrà essere proposta entro l' anno , computabile dal giorno del delitto imputato dal donante al donatario , o dal giorno in cui il donante avrà potuto averne notizia .

Si riteneva altre volte che l' azione di revoca per inadempimento delle condizioni dovesse durare trent' anni . Questa regola , dice il nostro Autore , deve seguirsi anche al presente , in quanto che il Codice non ne dà alcun' altra .

Non sembrami del tutto esatto il dire , che il Codice non dia alcuna regola per la durata dell' azione di revoca per causa d' inadempimento delle condizioni ; e che perciò si debba seguire la pratica antica .

Giova ritenere che l' odierna Legislazione al Titolo XX del Libro III , stabilisce tutte

(167)

le regole in generale per la prescrizione di ogni azione; e che a queste regole si dee ricorrere in tutti quei casi ne' quali la legge, rapporto ad alcune speciali materie, non abbia fatte espressamente delle particolari eccezioni, come si deduce dall'art. 2264. Per conseguenza nel caso nostro, ove non avvi particolare eccezione, il diritto di far rivocare una donazione per inadempimento delle condizioni, si prescriverà col decorso di trent'anni, a norma della regola generale fissata nell'art. 2262. E' per tale motivo che gli Autori delle Pandette, tom. 8. pag. 435, ragionando con maggiore precisione, dissero: *La loi ne prescrit point de délai pour la demande en révocation pour raison d'inexécution des conditions de la donation. Il résulte de son silence que cette demande n'est assujettie qu'à la prescription ordinaire des actions.*

(*Delle Regole generali sulla Forma dei Testamenti. Cod. Nap. Lib. III, Tit. II, Cap. V, Sez. I.*)

ART. 976.

Quando un testatore vorrà fare un testamento mistico o segreto, dovrà sottoscrivere le sue disposizioni, tanto se siano state scritte da sè stesso, quanto se le abbia fatte scrivere da un altro. La carta in cui saranno estese queste disposizioni, o quella che servirà d'involto, quando vi sia, sarà chiusa e sigillata. Il testatore la presenterà chiusa e sigillata al notaro, ed a sei testimonj almeno, ovvero la farà chiudere e sigillare in loro presenza; e dichiarerà che in quella carta è il suo testamento da esso scritto e sottoscritto, o scritto da un altro e da esso firmato: il notaro formerà l'atto di soprascrizione, che verrà esteso sulla carta medesima ovvero sul foglio che serve d'involto; quest'atto sarà sottoscritto dal testatore e dal notaro unitamente ai testimonj. Tutto ciò sarà fatto di seguito e senza deviare ad altri atti; e nel caso in cui il testatore, per un impedimento sopraggiunto dopo aver firmato il testamento, non potesse sottoscrivere l'atto di soprascrizione, si dovrà esprimere la dichiarazione ch' egli ne avrà fatta, senza che sia necessario, in questo caso, di accrescere il numero de' testimonj.

Allorchè il testamento mistico è fatto in campagna, sarà egli sufficiente che l'atto di soprascrizione sia firmato dalla metà dei testimonj? Trattandosi di testamento per atto

pubblico è certissimo che basta la firma della metà dei testimonj, secondo l'art. 974. Ma il Sig. Maleville sostiene che questa eccezione debba ammettersi anche rapporto al testamento mistico, 1.^o perchè avvi per ambedue i testamenti lo stesso motivo di decidere; 2.^o perchè appunto immediatamente dopo avere stabilita la forma del testamento mistico nella séduta dellì 19 ventoso an. XI, il Consiglio decise che basterebbe nelle campagne la firma della metà dei testimonj; di modo che è più precisamente ancora ai testamenti mistici ai quali l'art. 974 deve applicarsi.

Sebbene questa opinione sia sostenuta anche dagli Autori delle Pandette, tom. 9. pag. 35, e da qualche altro Giureconsulto francese, io credo però più appoggiata alla legge l'opinione contraria.

Il nostro articolo esige imperiosamente che l'atto di soprascrizione al testamento mistico sia firmato dal notaro *unitamente ai testimonj*. Questa generale disposizione dovrà osservarsi anche quando il testamento mistico fosse fatto in campagna; poichè la legge non fa alcuna espressa eccezione a questo riguardo.

L'art. 974 non può che applicarsi al testamento per atto pubblico al quale soltanto si riferisce. Conviene ritenere che il Legislatore con una saggia precisione ha distinte tutte le formalità necessarie per i diversi testamenti. L'art. 970 riguarda il testamento olografo. Gli art. 971, 972, 973, 974 e 975

abbracciano tutte le formalità richieste nel testamento per atto pubblico ; e gli art. 976, 977, 978 e 979 comprendono quelle volute nel testamento mistico . Quindi ciascun articolo deve esclusivamente applicarsi al testamento cui si riferisce .

Che l'art. 974 sia solo applicabile al testamento per atto pubblico , non se ne può dubitare . Ivi dopo essersi detto che il testamento deve essere sottoscritto dai testimonj , si aggiunge : *tuttavia nelle campagne basterà che sia sottoscritto da uno dei due testimonj, se è ricevuto da due notari, e che sia sottoscritto da due dei quattro testimonj, se è ricevuto da un notaro solo.* Ora il testamento che si riceve da due notari e due testimonj , o da un solo notaro e quattro testimonj , è appunto il testamento per atto pubblico , quale ci viene descritto nell' art. 971 , ed al medesimo soltanto può essere perciò applicabile , come sostiene anche il Sig. Grenier , il quale fece egualmente osservare che l' opinione del nostro Autore è suscettibile di molte difficoltà : *L' article 974 , sono le parole del lodato Giureconsulto , qui dit que dans les campagnes il suffira qu' un des témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires , et que deux témoins signent , s' il est reçu par un notaire , concerne uniquement , et par la place qu' il occupe , et par les rapports de ses dispositions à celles de l' article 971 , le testament par acte public; il est impossible d' en*

Faire l'application au testament mystique.
Traité des Donations et des Testamens, tom.
2. n.º 274. pag. 83.

Se l'art. 974 può solo applicarsi al testamento nuncupativo, è forza conchiudere che l'aperta intenzione del Legislatore fu anzi quella, che non dovesse avere luogo la stessa eccezione rapporto al testamento mistico. E' certo che se tale non fosse stato il di lui voto, egli o avrebbe rinnovata l'eccezione parlando delle formalità particolari al testamento mistico, o avrebbe espresso l'articolo in modo generale, collocandolo in seguito alle disposizioni relative ad ambedue le specie di testamento, per rendere a ciascuno applicabile la medesima eccezione. Ed infatti volendo lo stesso Legislatore che i testimonj richiesti ad essere presenti al testamento, debbano essere maschj, maggiori di età, domiciliati nel Regno, e partecipi dei diritti civili, e che tale disposizione fosse comune al testamento per atto pubblico, come a quello nella forma mistica, la espresse nell'art. 980 in modo generale, collocandola in seguito alle disposizioni relative ad ambedue le specie di testamento. Ciò prova anche più evidentemente che non la sola disposizione della legge, ma altresì la stessa intenzione del Legislatore favorisce la nostra opinione.

Per dare all'opinione medesima un maggior grado di evidenza, non voglio omettere di rispondere agli argomenti esposti dal nostro Autore.

Egli appoggia il di lui sentimento, 1.^a sull'esservi per ambedue i testamenti lo stesso motivo di decidere. A ciò rispondo colle parole del nominato Grenier, pag. 83 = *Mais rien ne garantit que cette parité de motifs ait été dans les vues du Législateur. Et la différence considérable établie par la loi entre les règles relatives aux deux testamens, ne permet pas qu'on la suppose.* E' noto abbastanza l'assioma: *quod de uno dicit, de altero negat*; e quando la disposizione di una legge è chiara ed espressa, non si può ragionare per analogia, all'oggetto di estenderla a dei casi, ai quali non può e non deve applicarsi.

E' facile altresì il conoscere che non può esservi realmente la supposta uniformità di motivi. Nel caso di testamento mistico la firma di tutti i testimonj è sempre necessaria per riconoscere l'identità della carta contenente il testamento. Quel testimonio che non vedesse la propria firma, come mai potrebbe, in occasione dell'apertura del testamento a norma dell'art. 1007, attestare con certezza se la carta sia realmente quella presentata dal testatore al notaro ed ai testimonj, e sopra cui fu steso l'atto di soprascrizione? E' chiaro che se non avvi la firma del testimonio, non conoscendo questi la segreta volontà del testatore, si potrebbe rapporto a lui impunemente alterare l'atto di soprascrizione, e sostituire altra scheda testamentaria; di modo che sarebbe lo stesso come se la di lui testi-

monianza non fosse intervenuta. Non è così rapporto al testamento per atto pubblico, 1.^o perchè questo è letto ai testimonj i quali conoscono pienamente la volontà del testatore, e sono per conseguenza in grado di rilevare se le disposizioni testamentarie siano state alterate, anche senza la prova derivante dall'identità delle loro firme; 2.^o perchè il testamento per atto pubblico non deve, come quello nella forma mistica, essere aperto giudizialmente e riconosciuto dai testimonj. Le esposte considerazioni abbastanza giustificano la diversa disposizione della legge; e convincono intimamente, essere sempre di assoluta necessità la firma di tutti i testimonj nell'atto di soprascrizione al testamento mistico.

Il secondo riflesso dell' Autore si è che l' eccezione per il caso in cui il testamento sia fatto in campagna, venne stabilita dopo essersi fissate le formalità del testamento mistico, e da ciò egli pretende dedurre che sia appunto più particolarmente ad esso cui debba applicarsi la stessa eccezione. Ma tale estranea circostanza non può valutarsi per dare alla legge un' applicazione che non può ricevere. Noi dobbiamo attenersi all' ordine attuale in cui la medesima si trova sanzionata, e non già a quello con cui fu proposta e discussa.

Il Sig. Grenier nell' Opera citata, pag. 84, risponde assai bene al riferito argomento dell' Autore: *La discussion du conseil d'état,*

così egli scrive , est sans contredit le meilleur guide qu' on puisse suivre , pour découvrir le sens d'un article qui peut présenter du doute . Mais il faut aussi qu' on y voie précisément l'intention du législateur . Or , en consultant la discussion du conseil d'état , tome 2 , page 566 , on voit quatre propositions arrêtées relativement aux testamens . Elles portent sur les testamens olographe , par acte public , et mystique . La quatrième de ces propositions fut que dans les campagnes il suffiroit que la moitié des témoins sût écrire . Mais on ne peut assurer si ce point étoit commun au testament mystique , comme au testament public ; et ce qui met dans le cas de croire qu'il concernoit seulement le testament public , c'est que cela résulte précisément de la rédaction de la loi et de la série de ses articles .

La transposition même , dont parle M. Maleville , vient à l'appui de cette idée , au lieu de la détruire . Si le législateur eût voulu que dans les campagnes , les signatures de la moitié des témoins requis fussent suffisantes pour les deux espèces de testament , il s'en seroit expliqué nettement dans un article qui auroit été à la suite de toutes les dispositions relatives à ces deux espèces de testament , comme il l'a fait dans l'article 980 , pour l'âge , le sexe , et l'état civil des témoins . C'est ainsi que dans l'article 45 de l'ordonnance de 1735 , on avoit fait une distinction

à ce sujet, qui se rapportoit à ces deux espèces de testamens, parce que cet article étoit à la suite des règles établies pour ces deux mêmes espèces.

Mais le Législateur n' ayant point établi cette distinction à la suite des articles relatifs aux deux espèces de testament, et l' ayant posée immédiatement après les règles relatives au testament fait par acte public, et encore dans des termes corrélatifs à ceux de l'article 971, qui a seulement trait à ce testament; il s'en tire la conséquence que l'application de l'article 974 doit se faire limitativement au testament par acte public, et que cet article est absolument étranger au testament mystique.

Ainsi, il y auroit tout lieu de craindre qu'un notaire ne compromît le sort des dispositions d'un testateur, faites par un testament mystique, s'il souffroit qu'on appellât à l'acte de souscription des témoins non signataires, quoique cet acte se passât dans les campagnes.

Di questo avviso è pure il Rocca, *Traité des Testamens*, pag. 67 §. 154, il quale alla pag. 485 riporta altresì una sentenza confermata dal Tribunale di Appello di Liege, con cui venne avvalorata la medesima opinione.

Il nostro Autore allo stesso art. 976 propone un'altra disputa nei seguenti termini:

« Il praticante del notaro può egli servire di testimonio nell'atto di soprascrizio-

« ne? Il nostro articolo non lo proibisce, e
 « l'art. 975 non esclude la testimonianza di
 « questi praticanti, se non nel testamento
 « pubblico. Nulla avvi altronde nel processo
 « verbale che indichi, essere questa esclusio-
 « ne applicabile ai testamenti mistici.

« Non ostante, d'altra parte, si può dire
 « che la legge sul notariato esclude positiva-
 « mente le testimonianze dei praticanti in
 « tutti gli atti ricevuti dai notari, di cui fre-
 « quentano lo studio. Essa non ecceitua pun-
 « to, dalla sua disposizione, i testamenti mi-
 « stici, e siccome il nostro articolo si tace
 « solamente a questo riguardo, è ben più
 « naturale di attenersi ad una disposizione
 « espressa, che ad un semplice argomento
 « dedotto dall'essersi l'art. 975 soltanto spie-
 « gato sopra il testamento pubblico; non è
 « questo infatti, se non un raziocinio messo
 « in opposizione colla legge. Si può aggiun-
 « gere che tutti i dubbj derivano da una
 « trasposizione dell'art. 975, ciò che provai
 « essere seguito anche rapporto all'art. 974.
 « Nell'ordinanza del 1735, l'art. 42, che ri-
 « getta la testimonianza dei praticanti de' no-
 « tari, non che gli articoli i quali regolano
 « le qualità dei testimonj, sono collocati dopo
 « quelli che determinano le forme dei diversi
 « testamenti; si è per inavvertenza, senza
 « dubbio, sconcertato quest'ordine nel no-
 « stro Codice».

Non posso dissimulare che anche il Sig.

Grenier , tom. 2. n.^o 270. pag. 77 , non che gli Autori delle Pandette , tom. 9. pag. 27 , convengono nella medesima opinione dal nostro Autore sostenuta . Con tutto il rispetto a questi grandi Giureconsulti , io mi determino per l' opinione contraria .

Mi sorprende che il Sig. Maleville voglia supporre inavvertenza nel Legislatore , e credo in vece che l' ordine , con cui era concepita la citata Ordinanza , siasi variato espresamente , e non senza uno scopo determinato . Questa medesima variazione di ordine serve anzi a dimostrare la diversa volontà del Legislatore , di rendere cioè inammissibile la testimonianza dei praticanti de' notari solamente nei testamenti per atto pubblico .

Le stesse ragioni che abbiamo accennate sopra la precedente questione per dimostrare che l' art. 974 è applicabile solo al testamento pubblico , valgono pure per far conoscere che anche l' art. 975 non si può estendere al testamento mistico ; tanto più che in esso si dice apertamente : *Nei testamenti PER ATTO PUBBLICO non potranno ammettersi per testimonj i praticanti dei notari dai quali saranno ricevuti i detti testamenti* . Non potrebbe essere più letterale la disposizione della legge , nè più manifesta l' intenzione del Legislatore , per ritenere che la testimonianza dei praticanti de' notari si volle escludere nel solo testamento *per atto pubblico* , ma non nell' atto di soprascrizione al testamento mistico .

Non senza un particolare motivo si è stabilita una tale differenza. La ragione per cui venne esclusa nel testamento pubblico la testimonianza del praticante del notaro, si è per allontanare ogni sospetto di frode e collusione; ma questa frode e collusione non può egualmente temersi rapporto al testamento mistico, 1.^o perchè il numero dei testimonj è maggiore; 2.^o perchè la testamentaria disposizione è scritta o dal testatore o da persona sua confidente, ed inoltre sigillata; al contrario il testamento per atto pubblico, essendo scritto dal notaro medesimo, e rimanendo aperto ne' suoi protocolli, potrebbe essere da lui più facilmente alterato.

Ma l' Autore si appoggia principalmente alla legge sul notariato. Io però non la credo applicabile alla materia dei testamenti in ciò che forma l' oggetto del Codice Civile.

Conviene ritenere la circostanza che quando venne promulgata la legge civile sopra i testamenti, era già in vigore nella Francia la legge sul notariato, la quale escludeva la testimonianza dei praticanti del notaro in tutti gli atti da esso ricevuti. Infatti la prima si promulgò il 25 Fiorile an. XI, e la seconda porta la data dei 25 Ventoso dello stesso anno. E' chiaro perciò che se quest'ultima legge dovesse applicarsi ai testamenti, il Legislatore non avrebbe da una parte inutilmente rinnovata la proibizione nell' art. 975, e dall'altra parte se avesse voluto che la stessa proi-

bizione dovesse aver luogo anche per l'atto di soprascrizione al testamento mistico, l'avrebbe stabilita in un articolo comune ad ambedue le specie di testamento ; poichè sarebbe strano che rapporto al testamento pubblico vi fosse l'espressa disposizione nella legge civile , e rapporto al testamento mistico convenisse rintracciarla nella legge sul notariato .

L'autorità del Sig. Joubert viene in appoggio della mia opinione. Egli nel suo Rapporto al Tribunato così si espresse : *Le projet dit aussi que les clercs des notaires par lesquels les testamens publics seront reçus, ne pourront être pris pour témoins. Le projet ne répète pas cette autre exclusion pour les testamens mystiques.*

La loi sur l'organisation du notariat exclut absolument les clercs des notaires.

Mais cette loi générale ne peut être invoquée dans la matière des testamens, pour lesquels une loi particulière règle tout ce qui est relatif aux témoins. Il faut remarquer d'ailleurs que la prohibition ne cesse que pour l'acte de suscription où la présence de six témoins est nécessaire.

Questa decisione merita il maggiore riguardo ; poichè gli Oratori del Governo, del Tribunato e del Corpo Legislativo, devono considerarsi come i migliori interpreti della nuova Legislazione .

Mi convince maggiormente l'art. 44 del regolamento sul notariato, pubblicato nel no-

stro Regno d'Italia con Reale Decreto 17 Giugno 1806. Dopo essersi nell'art. 43 prescritto il modo con cui debbono essere intestati e terminati i testamenti per atto pubblico e mistici, ed imposto al notaro l'obbligo di indicare l'ora precisa in cui sono ricevuti, si dichiara nel successivo art. 44 che *le altre speciali solennità da osservarsi tanto nei testamenti per atto pubblico, quanto nei testamenti mistici e nella loro consegna al notajo, COMPRESA LA QUALITÀ DEI TESTIMONJ, sono prescritte dal Codice Napoleone dall'art. 971 fino al 980 inclusivamente.* Da ciò si rileva che questa legge non può applicarsi, almeno nel caso nostro, ai testamenti, essendosi anzi riportata alle disposizioni del Codice Napoleone anche riguardo alla *qualità dei testimonj.* E' quindi della maggiore evidenza, che riscontrandosi nella legge civile esclusa la testimonianza del praticante del notaro soltanto nel testamento per atto pubblico, dovrà ritenersi che sia ammessa nel testamento nella forma mistica, come si è dimostrato.

Questa opinione è pure sostenuta da altri moderni interpreti, e principalmente dal Sig. Rocca nel suo giudizioso Trattato dei Testamenti, pag. 68. §. 135. Lo stesso Autore alla pag. 465 ci riferisce altresì due sentenze, l'una della Corte di Appello di Nismes, e l'altra di quella di Bruxelles, colle quali venne deciso che la legge sul notariato

(181)

è realmente inapplicabile ai testamenti , le cui formalità sono precise nel Codice Civile ; ed alla pag. 490 ci attesta che il tribunale civile di Torino ha dichiarato valido un testamento mistico , sebbene all' atto di soprascrizione fossero intervenuti due praticanti del notaro .

(*Della Revoca dei Testamenti e della loro caducità.* Cod. Nap. Lib. III, Tit. II, Cap. V , Sez. VIII.)

ART. 1035.

I testamenti non potranno essere rivocati , in tutto o in parte , che con un testamento posteriore , o con un atto avanti notaro , nel quale sia dichiarata la mutazione della volontà .

Riferisce il Sig. Maleville che il Consiglio di Stato aveva convenuto nell' opinione che un testamento posteriore , sebbene nullo , dovesse sempre avere l' effetto di rivocare il primo testamento ; e che erasi deciso di inserire nel Codice un articolo a questo proposito , il quale però non esiste . Ritiene non ostante lo stesso Autore che sia supplito dall' attuale art. 1035 ; poichè , come egli dice , se basta un atto avanti due notari , o un notaro e due testimonj , per rivocare un testamento , sarebbe bene straordinario , che il

secondo testamento non soddisfacesse almeno a questa formalità.

Non ignoro che anche gli Autori delle Pandette sono del medesimo sentimento, *tom. 9. pag. 195.* Però l'opinione contraria, che a me sembra preferibile, è sostenuta da altri Giureconsulti non meno accreditati.

Un testamento nullo non deve mai aver forza di rivocare un testamento anteriore. Ciò viene suggerito dalle massime di diritto, e dalla stessa volontà del testatore, che vuol essere principalmente seguita negli oggetti relativi alle testamentarie disposizioni.

Il nostro Autore crede che il premesso articolo basti ad appoggiare la di lui opinione. Ma io non sono persuaso che possa con legale fondamento sostenersi, che la posteriore disposizione, sebbene mancante di qualche formalità, debba almeno riguardarsi come un atto sufficiente per operare la revoca dell'anteriore testamento. Ammettendo questo principio sarebbe lo stesso che dare effetto ad un atto che non può averne alcuno, e ritennero valido sotto un aspetto, e nullo sotto un altro. Inoltre se il Consiglio di Stato che si era deciso, come dice l'Autore, a ritenere rivocato il primo testamento, sebbene valido non fosse il secondo, ha riconosciuta la necessità di fare un articolo espresso, affinchè avesse forza di legge una tale determinazione, e se quest'articolo non fu poi inserito nel Codice, si può credere con qualche fonda-

mento, che il testo riportato non si ritenne per sè solo bastante ad appoggiare l'indicata opinione, e che anzi dopo più maturo esame non sia stata la medesima definitivamente adottata.

E' fuori di dubbio che quando la legge per la revoca di una precedente disposizione richiede un testamento posteriore, o un atto avanti notaro contenente la sola dichiarazione della cangiata volontà, essa intende che questo testamento od atto sia valido in sè stesso; poichè ciò che è nullo non può produrre verun effetto, secondo i certi principj del diritto civile. *Il suffit que le testateur, scrive il Bernardi nel lib. 19. cap. 4, ait déclaré que son intention était d'annuler son premier testament; n'emporte ensuite que le second ait ou non exécution. Mais il faut du moins que le dernier testament soit valable dans la forme, autrement ce serait un acte nul, qui n'aurait pas la vertu de révoquer le testament antérieur.*

I sapienti Legislatori Teodosio e Valentianino hanno infatti sanzionata la massima, che un testamento posteriore imperfetto non può annullare l'anteriore perfetto; e se volnero ritenere rivocato il primo testamento da un posteriore, sebbene mancante di qualche formalità, qualora quest'ultimo contenesse l'istituzione dell'erede presuntivo, hanno però sostenuta nel tempo stesso l'ultima volontà del testatore. *Ved. la L. hac consultis-*

sima 21. §. 3. vers. nisi forte C. de testam.
 Ma il volere che sia sempre rivocato l'anteriore testamento da un posteriore che fosse nullo, senza che possa poi avere alcun effetto né la prima, né la seconda disposizione, non parmi conciliabile coi principj di giurisprudenza, nè coll'intenzione del testatore.

Affinchè la precedente disposizione sia annullata, l'art. 1036 vuole che nel posteriore testamento siasi fatta una revoca espressa della medesima. Ora è massima di diritto che la revoca contenuta in un posteriore testamento deve ritenersi condizionale, ed intieramente dipendente dall'esito stesso dell'atto in cui si contiene; di modo che non potendo sortire alcun effetto la nuova testamentaria disposizione, neppure potrà essere operativa, nè valutabile la revoca stessa, siccome avverte il Cardinale de Luca *De Testamentis, Disc. XXXI. n.^o 6*, ove dopo aver detto che sebbene basti un atto meno solenne per la revoca, quando il testatore lo abbia fatto nella sola vista di rivocare l'anteriore testamento, e di morire intestato, soggiunge: *Secus autem ubi actus principaliter ordinatus non est ad revocandum, ut disponens moreretur intestatus, sed ad ordinandum alterum testamentum, quoniam ita constat de voluntate non decadendi ab intestato, atque revocatio prioris testamenti, non est pura, sed CONDITIONALIS, quatenus scilicet posterius subsistat, suumque sortiatur effectum, sine quo regula*

est, prius non revocari, ut pluries alibi hoc eodem titulo advertitur.

Sarebbe poi anche contrario alla certa e chiara intenzione del testatore il ritenere inefficaci ambedue i testamenti, e l' ammettere la successione intestata nell' intiera di lui eredità. Allorchè dopo un primo testamento, si passa a fare una dichiarazione avanti notaro di semplice cangiamento di volontà, l' intenzione del testatore si è che la sua eredità debba intieramente spettare agli eredi chiamati dalla legge. Ma tale non è al certo, quando egli fa una nuova disposizione. Egli con essa maggiormente dimostra di non voler morire *ab intestato*. Egli revoca la precedente disposizione in quanto che suppone valida la seconda, e se questa fosse nulla, il di lui voto è certamente che debba almeno valere la prima: *Testator enim condendo secundum testamentum censentur nolle recedere a primo solemniter facto, nisi quatenus secundum teneat.* Rot. Rom. Decis. 652. n.^o § e 9. part. 4. tom. 5.

Un argomento che favorisce la nostra opinione, si deduce pure dall' art. 1037, in cui si dice che la revoca fatta con un testamento posteriore avrà pieno effetto, ancorchè il medesimo resti senza esecuzione per l' incapacità dell' erede o del legatario, o per la rinuncia dell' eredità, o del legato. Se il Legislatore avesse voluto ammettere la revoca anche quando fosse nullo il testamento poste-

riore, lo avrebbe egualmente dichiarato. Inoltre rapporto alla tacita revoca di un legato derivante dall' alienazione della cosa , perchè il Legislatore volle , per motivi particolari , che essa avesse luogo anche qualora l' alienazione fosse nulla , ne fece una speciale dichiarazione nell'art. 1058. Non conviene quindi , contro le regole della giusta interpretazione , moltiplicare le eccezioni che lo stesso Legislatore avrebbe marcate se avesse voluto ammetterle, dando così indistintamente il medesimo effetto al silenzio della legge , come alle sue espresse disposizioni .

Il dottissimo Grenier , il quale nel suo eccellente Trattato delle Donazioni e dei Testamenti , aveva seguita l' opinione del nostro Autore , nelle sue nuove Osservazioni , tom. 3. pag. 417 , non ha dubitato di ritrattarsi in questi termini : *Mais les réflexions que j' ai faites à ce sujet , et les conférences que j' ai eues avec des hommes instruits , m' engagent à rétracter franchement cette opinion .*

I Signori Bavoux e Loiseau Autori della Giurisprudenza del Codice Napoleone , non che il Rocca nell' Opera già citata , pag. 85 §. 187 e segu. , sono pure dello stesso sentimento . Quest' ultimo Autore alla pag. 567 riporta altresì una conforme e ben ragionata Sentenza della Corte d' Appello di Torino , dicendo ch' essa deve riunire tutte le opinioni sopra questo nuovo punto di giurisprudenza .

{ *Delle Disposizioni permesse a favore dei nipoti del donante o testatore, o dei figli de' suoi fratelli e delle sue sorelle.*
 Cod. Nap. Lib. III, Tit. II, Cap. VI. }

ART. 1057.

Il gravato che non avrà adempito al prescritto dell' articolo precedente (cioè all' obbligo di far nominare un tutore per l' esecuzione della disposizione), sarà decaduto dal beneficio della disposizione, ed in questo caso, il diritto potrà dichiararsi devoluto a favore de' chiamati, ad istanza o di loro stessi se sono in maggiore età, e se sono minori o interdetti, ad istanza dei loro tutori o curatori, o di qualunque parente dei chiamati maggiori, minori od interdetti, e anche ex officio, a richiesta del Regio Procuratore presso il tribunale di prima istanza del luogo in cui la successione è aperta.

Addomanda il Sig. Maleville se il gravato minore sarà esso pure soggetto alla pena pronunziata dall' articolo, qualora il di lui tutore non abbia soddisfatto a quanto prescrive l' art. 1056. Egli sì attiene all' opinione affermativa, perchè l' articolo non fa alcuna eccezione per il minore.

E letterale a questo proposito la disposizione dell' art. 1074, ove apertamente ~~è~~ in generale si dichiara che *se il gravato è in età minore, non potrà, anche nel caso d' insolubilità del suo tutore, essere restituito in*

intiero contro l' inadempimento delle regole che gli sono prescritte negli articoli di questo capo. Dopo un testo così evidente non so comprendere per qual motivo l' Autore potesse mettere in disputa il caso da lui accennato, non essendovi dubbio che la riferita disposizione rende soggetto il minore alla pena portata dal nostro articolo, anche quando il di lui tutore avesse mancato di far nominare, a termini dell' art. 1056, una persona incaricata dell' esecuzione della disposizione.

Si riscontrò altresì l' Osservazione al cit. art. 1074.

ART. 1069.

Le disposizioni per atto tra vivi o per testamento, col peso di restituzione, dovranno rendersi pubbliche, ad istanza o del gravato o del tutore depurato per l' esecuzione: cioè, quanto ai beni immobili, mediante la trascrizione degli atti sui registri dell' ufficio delle ipoteche del luogo dove sono situati, e quanto alle somme impiegate sui beni immobili con privilegio, mediante l' inscrizione sui beni affetti dal privilegio.

Opina il Sig. Maleville che debba accordarsi un termine alla trascrizione delle disposizioni col peso di rendere; e siccome l' articolo non ne fissa alcuno, egli crede cogli Autori delle Pandette, che sia d' uopo uniformarsi agli art. 27, 28 e 29, tit. 2 dell' Ordinanza del 1747, ed a quanto il Codice Ca-

vile prescrive , in simile caso, per la trascrizione delle donazioni .

Questo concorde sentimento di rispettabili Giureconsulti forma per me un' assai imponente autorità , ma non ostante io mi dichiaro per l' opinione contraria .

La legge all' art. 939 vuole che anche le donazioni di beni suscettibili di ipoteca siano trascritte , come lo debbono essere le disposizioni col peso di restituzione . Ma nè lo stesso art. 939, nè l' articolo attuale accordano per la trascrizione que' termini che dalle leggi anteriori si concedevano per l' insinuazione delle donazioni , o la pubblicazione delle sostituzioni ; sebbene sembri che il nostro Autore abbia per isbaglio creduto il contrario , almeno rapporto alle prime , allorchè disse che riguardo al supposto termine da accordarsi per la trascrizione di una sostituzione , conviene uniformarsi a quanto il Codice prescrive per la trascrizione delle donazioni . Il Legislatore per uniformità di principj non ha accordato alcun termine nè per la trascrizione delle donazioni , nè per quella delle disposizioni coll' obbligo di restituzione .

Quale sarà dunque la naturale conseguenza deducibile da questo volontario silenzio della legge ? Risponderò colle parole del Grenier , tom. 2. pag. 298 = *La conséquence la plus directe qu' on peut tirer de ce silence de la loi , est que toutes les fois qu' un tiers contracteroit avec le donneur ou avec le*

grevé, sans qu'il y eût transcription, il acquerra un droit préféablement au donataire ou aux appelés. Gioverà osservare quanto disse lo stesso Giureconsulto sopra questa importante questione, sebbene non siasi apertamente dichiarato per quella opinione ch'io oso di sostenere.

Lo scopo della presente legislazione rendeva indispensabile l'accennata trascrizione, determinata dagli stessi motivi che fecero decretare le inscrizioni delle ipoteche, cioè all'oggetto d'impedire che i terzi non possano giammai essere ingannati sullo stato della fortuna di quegli, col quale ebbero a contrattare. Ciò è talmente vero che non si voleva adottare l'art. 939, se prima non si fosse discusso ed approvato il sistema ipotecario, appunto perchè la disposizione dello stesso articolo non è che una conseguenza di questo sistema, siccome deve riguardarsi anche quella dell'art. 1069. Ved. *Discussions du Code Napoléon dans le Conseil d'Etat, seconde édition, tom. 2. pag. 176.* Giova pur anche osservare che la presente legge richiede la trascrizione nel solo caso in cui si tratti di donazione di beni *suscettibili di ipoteche*, quando che a termini delle leggi anteriori, l'insinuazione era altresì prescritta per le donazioni di mobili eccedenti una determinata somma. Un tale riflesso prova maggiormente che la trascrizione non per altri motivi fu ordinata, se non per quelli che fecero stabi-

lire le inscrizioni delle ipoteche ; e quindi dovrà essere regolata dagli stessi principj .

L'ipoteca non è operativa per rapporto ai terzi , se non dalla data dell' inscrizione , art. 2134. Converrà perciò ritenere che anche le donazioni o le disposizioni col peso di restituzione non dovranno avere effetto , se non dall' epoca dell' eseguita trascrizione , riguardo a quelle persone a cui favore fu essa introdotta . Sarebbe contrario allo spirito generale del regime ipotecario in oggi sanzionato , che una disposizione la quale deve rendersi pubblica per l' interesse dei terzi , potesse , a riguardo di essi , essere operativa anche prima della trascrizione , cui si accordasse un effetto retroattivo. Duranti i termini che si volessero ammettere per tale inscrizione , non v' ha dubbio che i terzi potrebbero sempre essere ingannati . Così , rimanendo imperfetto il sistema generale , il voto del Legislatore non si troverebbe compito , ed in gran parte sussisterebbero quegli stessi inconvenienti che la nuova legge si propose di evitare .

E' conforme al mio sentimento la dottrina del Bernardi , che nel suo Corso di Diritto Civile , lib. 21. cap. 4, non ha dubitato di affermare : *Le délai qu' on avoit pour l' insinuation n' existe plus pour la transcription : on doit donc se hâter de la faire faire, pour éviter les difficultés qui pourraient s' élèver , si le donneur venait à mourir avant la tran-*

scription, ou si, dans l'intervalle de la donation à la transcription, le donateur contractait de nouveaux engagemens.

Conviene altresì in questa opinione il Sig. Delvincourt, il quale addomanda entro qual termine deve farsi la trascrizione di una donazione, e giustamente risponde: *La loi ne le dit pas, et n'a pas dû le dire. Le donataire est intéressé à faire transcrire promptement, parce que tant qu'il n'a pas transcrit, si le donateur aliène, l'acquéreur ne peut être dépossédé.* Institutes du Droit Civil tom. 2. pag. 154. nota 5.

Un favorevole argomento ci viene pure somministrato dagli stessi nostri avversarj, gli Autori delle Pandette. Essi nell' osservazione sopra l'art. 939, tom. 8. pag. 409, ci dicono che diverse Corti dell' Impero hanno osservato, che conveniva accordare un termine alla trascrizione delle donazioni, a somiglianza di quanto era stabilito nelle antecedenti leggi. Ma questi voti non furono dal Legislatore secondati; dal che possiamo con ragione dedurre una prova della contraria di lui volontà, non essendo supponibile che se tali non fossero state le di lui viste, egli volesse omettere di spiegarsi sopra un punto così essenziale ed importante.

Si ritenga che quanto io dissi rapporto alla trascrizione delle donazioni è pure applicabile alla trascrizione delle disposizioni col peso di restituzione; poichè essendo de-

terminata dagli stessi motivi , non potrebbe ammettersi una diversa decisione .

Nelle osservazioni dei lodati Autori delle Pandette io non trovo per verità solidi argomenti che valgano a farmi inclinare alla loro opinione . Essi ragionando sopra l'art. 1069 , tom. 9. pag. 305 , dicono non essere possibile di fare la trascrizione subito dopo la morte del sostitente , e che deve necessariamente passare un certo tempo , prima che si possa accusare di negligenza il gravato , od il tutore . Mi sembra però che se il gravato fedele osservatore della volontà del defunto , non aliena e non obbliga i beni della sostituzione a favore di terze persone , non potrà mai verificarsi alcuna pregiudizievole conseguenza rapporto ai chiamati per la ritardata trascrizione . Il danno non può dunque avvenire che quando il gravato vendesse od ipotecasse i beni , prima d'avere adempito all'ingiunta trascrizione . Ma in questo caso potrassi non accusare il medesimo di negligenza ? Vi sarà in lui non una semplice negligenza , ma un vero dolo che lo renderà sempre obbligato per ogni danno verso i chiamati alla sostituzione . In quanto al tutore incaricato dell'esecuzione della disposizione , sono persuaso che non sarà responsabile verso il chiamato , se non quando possa incolparsi di negligenza in far trascrivere la stessa disposizione ; tanto più se non fosse stato nominato , che qualche tempo dopo la morte del donan-

te o testatore , secondo l' art. 1056. In qualunque caso però il sostituto avrà sempre salvo il suo regresso contro il gravato , che non potrà non essere responsabile verso di lui . *Ved.* gli art. 1070 e 1073.

Se poi trattasi di donazione per atto fra vivi , il donatario dovrebbe sempre incolpare sè stesso di ogni danno , per non essere stato abbastanza sollecito in far trascrivere l' atto di donazione .

La legge poteva dunque dispensarsi , senza pericolo d' inconveniente , dall' accordare alcun termine alla trascrizione .

Dissero inoltre i nominati Autori , che in vista del silenzio della nuova legge rispetto ai termini per la trascrizione , conviene uniformarsi alle disposizioni dell' ordinanza del 1747 , che non si trova su questo punto abrogata . Ma come può sostenersi che non sia la medesima abrogata dietro il Decreto dello stesso Legislatore , dal quale venne ordinato che all' epoca dell' attivazione del Codice , *le leggi romane , le ordinanze , consuetudini generali o locali , gli statuti o regolamenti cesseranno di aver forza di legge generale o particolare nelle materie che formano oggetto delle disposizioni contenute nel Codice Napoleone ?*

Io conchiudo che sarebbe sempre un grave disordine l' ammettere a danno dei terzi un termine che la legge non istabilisce ; termine che non è necessario , e che sarebbe d' altronde in opposizione coi principj del sistema in oggi adottato .

*I donatarj, legatarj o gli eredi legittimi di co-
lui che avrà fatto la disposizione, e neppure i loro
donatarj, legatarj od eredi, non potranno in alcun
caso, opporre ai chiamati la mancanza di trascri-
zione o d' inscrizione.*

Osserva l' Autore che secondo l' art. 31, titolo 2 dell' Ordinanza del 1747, il chiamato alla sostituzione, quand' anche fosse erede del gravato, poteva rivendicare i beni in essa compresi ed alienati dallo stesso gravato. Egli però crede che in oggi debba seguirsi la massima contraria, 1.^o perchè il nostro Codice non ha richiamato il citato art. dell' Ordinanza; 2.^o perchè esso era contrario ai principj generali, a norma de' quali l' erede deve essere tenuto di garantire i fatti di colui al quale succede; 3.^o perchè l' alienazione fatta dal gravato dei beni soggetti alla restituzione, non è nulla di pien diritto, essendo il gravato assolutamente rivestito della proprietà dei detti beni, proprietà soltanto risolvibile, verificandosi il caso della restituzione, come sarebbe pure risolvibile l' alienazione; quindi il sostituito accettando l' eredità del gravato, perde il diritto di esercitare l' azione di rescissione.

Soggiunge inoltre lo stesso Autore che quand' anche tale questione potesse soffrire difficoltà rapporto ai terzi acquirenti, egli crede

almeno che il sostituto, erede del gravato, sia sempre tenuto di pagare i creditori di quest'ultimo, sebbene avesse a loro favore ipotecati i beni della sostituzione.

Non posso a meno di non dichiararmi per l'opinione contraria, e tenere per fermo che il sostituto avrà diritto di rivendicare i beni della sostituzione alienati dal gravato, sebbene egli fosse erede del medesimo.

Il gravato non ha un pieno diritto di proprietà sopra i beni soggetti alla sostituzione; egli non può avere la facoltà di disporne, il che deriva dalla stessa natura della sostituzione. Abbiamo su di ciò un testo assai elegante nella *L. 3. C. commun. de legat.* *Nemo itaque heres*, così parla Giustiniano, *ea, quae per legatum, vel pure, vel sub certo die relicta sunt, vel quae restitui aliis disposita sunt, vel substitutioni supposita, secundum veterem dispositionem putet in posterum alienanda, vel pignoris, vel hypothecae titulo adsignanda, vel mancipia manumittenda:* *sed sciat hoc quod alienum est non ei licere, utpote sui patrimonii existens, alieno juri applicare: quia satis absurdum est, et irrationale, rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre, vel hypothecae, pignorisve nomine obligare, vel manumittere, et alienam spem decipere.* Si riscontri anche il §. 3 della stessa legge, ed il titolo del Cod. *de reb. alien. non alienand.*

E' pure da osservarsi che in oggi doven-

do rendersi pubblica la sostituzione mediante la trascrizione, art. 1069, i terzi avrebbero sempre acquistato in mala fede; e quindi non sarebbero in diritto di reclamare dall'erede l'osservanza del contratto. Le stesse leggi romane non accordavano agli acquirenti di mala fede il diritto all'evizione: *Emptor qui sciens*, dice il Brune manno alla L. 27. C. de evictionib., *rem alienam, vel alteri obligatam emit, non potest de evictione agere si evincatur. hic et L. 69. D. h. t., L. 7. in fine C. commun. utriusque iud.* Soltanto era concesso il diritto di ripetere il prezzo. Ved. l'Auth. res quae subjacent §. 4. C. commun. de legat., il Voet lib. 21. tit. 2. n.º 32, ed il Perezio lib. 8. tit. 45. n.º 25.

Sarebbe infatti un'ingiustizia che i detti acquirenti si dovessero mantenere nel loro illegale possesso a danno dei chiamati medesimi, o che questi fossero costretti a rinunciare all'eredità de' loro genitori, per non vedersi privi di que' beni che l'altrui libertà lor volle assicurare.

L'art. 1070 non ammette opposizione per parte dei creditori e terzi acquirenti, se non in mancanza della trascrizione; ma allorchè questa si sarà eseguita, niuna opposizione potranno fare alle ragioni dei chiamati, perchè il loro acquisto di mala fede ed acconsentito da colui che non aveva facoltà di disporre dei beni, non può trovare alcun favorevole appoggio nella legge.

Questa opinione acquista in oggi maggior grado di certezza , in quanto che l'art. 1599 dichiara *nulla* l'alienazione delle cose altrui , contro la massima delle leggi romane , secondo le quali era valida , *salvo* però *jure domini* . L. 28. D. *de cont. emt.* È sebbene l' Autore ci dica che il gravato è assolutamente rivestito della proprietà dei beni , proprietà soltanto risolvibile , verificandosi il caso della restituzione , è però certo che la medesima essendo disposta a favore di altre persone , non potrà mai lo stesso gravato avere sopra i beni della sostituzione i diritti di un vero proprietario , e molto meno la facoltà di validamente alienarli . Egli potrà bensì divenire proprietario irrevocabile nella decisa mancanza di chiamati ; ma fuori di questo caso non deve certamente riguardarsi come tale . L'alienazione verrebbe considerata come di cosa altrui , il che apertamente risulta dalla *L. ult. C. de reb. alien. non alienand.* , e dalla riportata *L. 3. C. commun. de legat.* , ove l'espressione *quod alienum est* , è riferibile anche ai beni che sono soltanto sottoposti a sostituzione . Essa cadrebbe dunque sotto la censura dell' art. 1599 , e come nulla di diritto niun obbligo potrebbe avere l'erede di mantenerla : *Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente..... hoc est, ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint*

facta, non solum iniuria, sed pro infectis etiam habeantur. L. 5. C. de legib.

Da questa dimostrazione facilmente si scorge che non debbono valutarsi gli argomenti esposti dall' Autore in appoggio della contraria opinione .

Non era mestieri che il Codice richiamasse espressamente lo stesso articolo dell' Ordinanza ; poichè la decisione del caso in disputa risulta sufficientemente dalla natura e dall' oggetto della sostituzione , dall' inalterabile diritto dei chiamati , e dallo spirito della nuova legislazione , quale ci viene chiaramente indicato nell' art. 1599.

La regola che l' erede deve essere tenuto a mantenere il fatto del defunto , non è applicabile al caso ; perchè si tratta di un fatto nullo , non autorizzato e non sostenuto dalla legge ; e perchè il chiamato tiene il suo diritto immediatamente dall'autore della disposizione . E' letterale su di ciò la dottrina del Chiarissimo Faber in *Cod. lib. 8. tit. 31. def. 5* = *Filius* , egli dice , *licet paternam haereditatem sine beneficio legis et inventarii agnoverit, si tamen jus aliquod habeat ex persona propria, ut puta fideicommissi in iis bonis, quae pater tamquam sua vendidit, potest contra factum patris venire, si pater de suo tantum, non etiam de filii jure sive transigendo, sive qua alia ratione contraxerat. Neque hoc casu iis legibus locus est, quae negant permetendum haeredi, ut factum defuncti imput*

gnet: sed tum demum, cum aut jus haeredis proprium nullum est, aut de eo quoque jure nominatim transactum actumque proponitur. Si osservi però che in oggi, sebbene il padre avesse nominatamente contrattato anche sopra il diritto del figlio, sembra che questi neppure sarebbe tenuto a mantenere la stipulata convenzione, per il motivo che la vendita essendo nulla di diritto, a termini del cit. art. 1599, non potrebbe mai esservi obbligo di osservarla in qualsivoglia caso.

Ma quantunque il sostituito possa rivendicare i beni della sostituzione, deve peraltro ritenersi che attesa la sua qualità di erede del gravato, sarebbe sempre tenuto alla restituzione del prezzo, non però ai danni ed interessi; poichè la mala fede dell'acquirente lo rende indegno di pretenderli, secondo lo stesso art. 1599.

Qualora poi i beni soggetti al vincolo della restituzione, fossero stati soltanto ipotecati, io ritengo egualmente per le sovraesposte ragioni, che l'ipoteca non sarebbe valida; il credito verrebbe considerato come non ipotecario, credito che però il sostituito, come erede del gravato, avrebbe sempre l'obbligo di soddisfare coi beni della successione, ed anche con i propri, quando l'avesse accettata senza il beneficio dell'inventario.

Se la forza delle ragioni superiormente accennate mi indusse a disapprovare il sentimento del Maleville, l'autorità dei Giurecons-

sulti anche maggiormente mi conferma nella mia opinione ; poichè la trovo sostenuta non solo dagli Autori delle Pandette, *tom. 9. n.^o 465. pag. 307*, ma puranche dal dotto Grenier, *tom. 2. n.^o 382. pag. 302.*

ART. 1074.

Se il gravato è in età minore, non potrà, anche nel caso d'insolubilità del suo tutore, essere restituito in intiero contro l'inadempimento delle regole che gli sono prescritte negli articoli di questo capo.

Dice il nostro Autore essere del tutto inutile il presente articolo, in vista dell'art. 1070.

Convien credere ch'egli non abbia bene esaminate le due disposizioni per sostenere l'inutilità di quella del nostro articolo. La semplice lettura dell'art. 1070 ci convince che contiene una disposizione ben diversa da quella che forma l'oggetto del testo attuale e quindi che il medesimo non può ritener-si come inutile. Il citato art. 1070 è così concepito : *La mancanza di trascrizione dell'atto contenente la disposizione, potrà dai creditori e dai terzi acquirenti essere opposta, anche ai minori o agl'interdetti; salvo il regresso contro il gravato e contro il tutore nominato per l'esecuzione, e senza che i minori o gl'interdetti possano essere restituiti in intiero contro l'omessa trascrizione, quand'*

anche il gravato ed il tesore non fossero solubili. E' facile il comprendere, 1.^o che l'art. 1070 si limita solo al caso della mancanza di trascrizione, e l'art. 1074 al contrario è generale, e comprende ogni inadempimento delle regole prescritte in tutto il presente capo; 2.^o che lo stesso art. 1070 è relativo al caso in cui il minore sia fra i chiamati alla sostituzione, ed in vece il nostro art. 1074 contempla il solo caso in cui il minore sia lo stesso gravato.

(*Delle Divisioni fatte dal padre, dalla madre, o da altri ascendenti, tra i loro discendenti. Cod. Nap. Lib. III, Tit. II, Cap. VII.)*

ART. 1075.

I padri e le madri e gli altri ascendenti potranno dividere e distribuire i loro beni tra i loro figli e discendenti.

Potranno i genitori con un medesimo testamento fare tra i propri figli e discendenti la divisione delle loro sostanze? Il nostro Autore dice che se non devono avere questo diritto, sarebbe d'ordinario impossibile la divisione rapporto a due conjugi che si trovassero in comunione, ed i beni de' quali fossero frammischiati e confusi, o composti di

acquisti da essi fatti. Egli osserva che l'art. 77 dell' Ordinanza del 1735, da cui era abolito l' uso dei mutui testamenti, manteneva però gli atti di divisione tra i figli, fatti da marito e moglie unitamente, e crede che il nuovo Codice non abolisca nè espressamente nè tacitamente la disposizione della citata Ordinanza. Egli è quindi di sentimento che debba ancora la medesima seguirsi, ritenendo che l'abolizione dei mutui testamenti portata dall' art. 968, non sia applicabile agli atti di divisione. Conchiude in fine lo stesso Autore che il dubbio può solo cadere sopra gli atti di divisione nella forma di testamento; poichè non vi sarebbe ragione d' impedire a due coniugi di fare con un solo atto di donazione tra vivi la divisione delle loro sostanze tra i propri figli.

Non potrò mai approvare questa costante inclinazione del Maleville di seguire le antiche Ordinanze. Quello che più mi sorprende si è il volere coll' appoggio delle medesime introdurre delle distinzioni, che il nuovo Codice non ammette, ed il volerle invocare non nel solo silenzio della legge, ma anche quando questa legge si esprime chiaramente, e contiene disposizioni contrarie alle stesse Ordinanze.

Forse il nostro Autore non fece attenzione alla letterale disposizione dell' art. 1076, in cui si permette di fare la divisione per atto tra vivi o per testamento, ma *colle stesse*

formalità, condizioni e regole prescritte per le donazioni tra vivi e pei testamenti. Vuole adunque la legge che quanto è prescritto relativamente ai testamenti, sia pure osservato nelle divisioni, quando venissero fatte con atto di ultima volontà. Ora è regola stabilita nell' art. 968, che non può farsi *un testamento da due o più persone nel medesimo atto.* Questa regola generale è pure richiamata dal cit. art. 1076, il quale non contiene alcuna eccezione; e quindi non avvi dubbio che la medesima dovrà essere pienamente osservata nelle divisioni dei beni, che due coniugi volessero fare tra i loro figli. Dopo una sì chiara e letterale disposizione della legge io non vedo con quale ragione abbia potuto credere l' Autore, che il nuovo Codice *non abolisca nè espressamente nè tacitamente la disposizione dell' Ordinanza.*

Il Sig. Bigot-Préameneu nell' esporre i motivi dell' art. 968 disse : *Il falloit éviter de faire renaître la diversité de jurisprudence qui avoit eu lieu sur la question de savoir si après le décès de l' un des testateurs, le testament pouvoit être révoqué par le survivant. Permettre de le révoquer, c' est violer la foi de la reciprocité ; le déclarer irrévocable, c' est changer la nature du testament, qui, dans ce cas, n' est plus réellement un acte de dernière volonté. Il falloit interdire une forme incompatible, soit avec la bonne foi, soit avec la nature des testamens.*

Non eravi un urgente motivo per lasciare sussistere gli enunciati inconvenienti , rapporto agli atti di divisione da farsi dagli ascendenti fra i loro discendenti . Il riflesso dell' Autore che qualora due coniugi si trovassero in comunione , ed i beni de' quali fossero frammischiat i e confusi , ne sarebbe ad essi impossibile la divisione , se non potessero farla con un medesimo testamento , non doveva valutarsi per ammettere un' eccezione alla regola generale . Sebbene gli stessi coniugi non possano fare la divisione de' loro beni con un mutuo testamento , è però sempre lecito ad essi di farla con un solo atto di donazione tra vivi , riservandosi l' usufrutto . Questo diritto si ammette dallo stesso Maleville . Dunque anche senza l' uso dei mutui testamenti , la divisione potrà sempre effettuarsi , se non per atto di ultima volontà , almeno con una donazione tra vivi ; e ciò dimostra abbastanza che il Legislatore ha saggiamente operato , vietando in qualunque caso a più persone di fare una testamentaria disposizione nel medesimo atto .

Si osservi anche quanto dice il dotto Autore dei Commenti all' Opera del Gin , *tom. 8. pag. 226. nota 67* , ed il Grenier , *tom. 2. n.^o 402. pag. 333* , il quale tratta più diffusamente la questione , confutando egli pure l' opinione del nostro Autore .

(*Delle Donazioni fatte per Contratto di matrimonio agli Sposi, ed ai Figli nascituri dai medesimi. Cod. Nap. Lib. III, Tit. II, Cap. VIII.*)

ART. 1081.

Ogni donazione fra vivi de' beni presenti, quantunque fatta per contratto di matrimonio agli sposi, o ad uno di essi, sarà sottoposta alle regole generali prescritte per le donazioni fatte a questo titolo.

Essa non potrà aver luogo a vantaggio dei figli nascituri, eccettuati i casi enunciati al capo VI di questo titolo.

Confessa il Sig. Maleville di non comprendere chiaramente per quale motivo la donazione de' beni presenti fatta per contratto di matrimonio, non potrà aver luogo a vantaggio dei figli nascituri, mentre che è regola incontrastabile, ammessa pure per base degli articoli seguenti, che ogni donazione per contratto di matrimonio si presume fatta in favore dei figli nascituri; e ritenuto inoltre che il donatario de' beni presenti e futuri, può, secondo l' art. 1084, ritenere i beni presenti rinunciando al soprappiù dei beni del donante.

Quando si faccia riflesso alla circostanza che in oggi per regola generale sono proibite le sostituzioni, art. 896, e che per essere capace di ricevere per atto di donazione tra

vivi è necessario essere concepito al tempo della donazione, e per atto di ultima volontà basta esserlo al tempo della morte del testatore, art. 906, sarà facile il comprendere per quale motivo la legge abbia stabilito, che la donazione nel caso dell'attuale articolo non possa aver luogo a vantaggio dei figli nascituri.

La donazione di cui si tratta riguardando i soli beni presenti, sorte il suo pieno effetto all'epoca stessa in cui vien fatta, ed il donante rimane *attualmente ed irrevocabilmente* spogliato della cosa donata, giusta l'art. 894. Affinchè la medesima potesse avere effetto a vantaggio dei figli nascituri, è chiaro che conveniva concedere la facoltà di obbligare lo sposo donatario a conservare i beni, e restituirli in seguito ai propri figli, oppure permettere di donare direttamente a persone non ancora concepite, lasciando allo sposo il solo usufrutto; ma con ciò si sarebbero distrutte, almeno per le donazioni a causa di matrimonio, le regole sanzionate nei due cit. art. 896 e 906, e si sarebbe reso generale il privilegio che si volle soltanto concedere ai genitori ed ai fratelli e sorelle cogli art. 1048 e 1049, privilegio che il §. 2 del presente articolo lascia sussistere in tutta la sua estensione.

Le disposizioni contemplate negli art. 1082, 1084 e 1086, alle quali allude l'Autore, e che ritengansi fatte, a norma del prescritto nell'art. 1089, anche a favore dei

discendenti degli sposi , non si oppongono punto ai principj consacrati nei detti art. 896 e 906.

L' art. 1082 permette a qualunque parente degli sposi , ed anche agli estranei di disporre di tutto o di parte dei beni che il donante fosse per lasciare al tempo della sua morte , *tanto in favore dei detti sposi , che de' figli nascituri dal loro matrimonio , nel caso in cui il donante sopravvivesse allo sposo donatario ;* e nel §. 2 dello stesso articolo è pure stabilito che *talé donazione , quantunque fatta a vantaggio soltanto degli sposi o di uno di essi , si presumerà sempre , nel sudetto caso di sopravvivenza del donante , fatta a favore dei figli e discendenti nascituri dal matrimonio .* Questo modo di disporre ci presenta l' idea dell' instituzione di erede contrattuale che ammettevasi presso i Francesi . Il pieno effetto di tale disposizione si verifica all' epoca della morte dell' instituente ; i beni donati rimangono in di lui possesso , ed è solo al termine di sua vita che ne passa il godimento negli sposi donatarj , o nei loro discendenti ; perciò il Grenier nel suo Trattato sopra le donazioni ed i testamenti , tom. 2. pag. 353, ci dice : *L' institué n' est saisi de la propriété qu' au décès de l' instituant , mais il est saisi du droit dès l' instant de la disposition .*

Si deve notare la condizione richiesta dalla legge , affinchè i discendenti possano

approfittare della disposizione, cioè che il donante sopravviva allo sposo donatario. In questo caso non ripugna agl' indicati principj, che i figli nati dal matrimonio, per una specie di sostituzione volgare espressa o tacita, autorizzata anche dall' art. 898, siano chiamati a conseguire direttamente e *jure suo* quella donazione che il loro genitore non ha potuto raccogliere per essere premorto al donante. Non si verifica infatti che un solo passaggio di beni dal donante nello sposo donatario, o, in caso di sua premorienza, nei di lui discendenti superstiti, e non rimane punto alterata la regola dell' art. 906; poichè trattandosi di disposizione che non sorte il suo pieno effetto, se non alla morte dell' instituente, basta esistere od essere almeno concepito a quest' epoca per poterne approfittare. Quindi i discendenti lasciati dal premorto donatario, senza aver bisogno di alcuna eccezione, saranno capaci di godere il favore della disposizione, e potranno legalmente in essi trasmettersi i beni donati.

Se poi lo sposo donatario sopravvive al donante, esso raccoglie i beni, e non ha verun obbligo di conservarli e restituirli ai suoi discendenti, i quali non avranno sopra gli stessi beni altro diritto, che quello della legittima accordatagli dalla legge sopra l' eredità de' loro genitori. Ciò chiaramente risulta dallo stesso art. 1082, il quale vuole che la disposizione possa essere a vantaggio dei di-

scendenti nel solo caso in cui il donante sopravvivesse allo sposo donatario.

In appoggio delle premesse riflessioni, trovo opportuno di qui riferire la dottrina del Grenier : *Un des objets les plus importans dans cette matière, est de bien saisir la manière dont les enfans du donataire sont appelés à recueillir l'effet de cette donation. Il ne peut y avoir de difficulté à cet égard, que dans le cas où le donataire décéderoit, laissant des enfans, avant le donateur ; car s'il survit à ce dernier, il est saisi lui-même, et il peut disposer à son gré des objets donnés, entre ses enfans, de quelque mariage qu'ils soient issus, sauf les réserves, comme de tous ses autres biens.*

On a toujours entendu, dans toutes les Coutumes où l'institution contractuelle étoit admise, et dans les pays de droit écrit, que les enfans provenus du mariage en faveur duquel l'institution contractuelle étoit faite, étoient appelés, au défaut de leur père institué, décédé avant l'instituant, par une espèce de substitution tacite et vulgaire. En sorte qu'on supposoit que l'instituant avoit voulu que l'époux institué eût sa succession, et que s'il ne pouvoit l'avoir, ce qui arrivoit s'il mourroit avant l'instituant, les descendans vinssent la recueillir. Alors les descendans venoient, jure suo, à la succession de l'instituant. Il ne se faisoit pas de transmission de l'institué à ses descendans. L'institué étoit ré-

*puté comme ne l' ayant pas été. Le droit ve-
noit toujours directement de l'instituant.*

*Il s'agit de savoir si ce mode de voca-
tion a reçu un changement par la nouvelle
législation. Or, il n'y a pas lieu de le penser.
tom. 2. n.º 415. pag. 360.*

Le stesse regole che formano il soggetto dei menzionati art. 896 e 906, sussistono pure rispetto alle donazioni permesse negli art. 1084 e 1086, i quali autorizzano la donazione dei beni presenti ed anche futuri. A questo proposito giova rislettere che i beni presenti passano immediatamente nello sposo donatario. Niuna sostituzione si verifica per rapporto ai medesimi; se il donatario sopravvive al donante, egli non è tenuto a conservare e restituire i beni ai propri figli; se egli premore, gli stessi beni si trasmettono nei discendenti non per effetto di sostituzione, ma come legittimi successori nei diritti dal loro genitore già acquistati, salvo il caso della caducità della donazione, a norma dell'art. 1089, qualora essi pure premorissero al donante. Anche su di ciò mi valgo dell'autorità dello stesso Grenier. *Il a fallu, così
egli si esprime, toute la faveur du mariage
pour faire admettre cumulativement la dona-
tion des biens à venir avec celle des biens
présens. Mais il n'est pas moins vrai que
par rapport à la donation des biens présens
elle est réputée parfaite dès qu'elle existe
dans les cas prévus par la loi, et avec les*

formes prescrites: ou au moins elle a acquis un caractère d' immutabilité , puisqu' elle ne peut être au décès du donateur que ce qu' elle étoit au moment de l' acte .

Ce qui seul confirme dans cette idée , c' est que très - certainement le donateur de biens présens et à venir ne peut plus vendre ni hypothéquer les biens présens . Il est donc dessaisi dès l' instant de la donation , et cet état de choses ne peut exister que parce que le donataire est saisi ; et dès - lors celui-ci , à son décès , transmet à ses enfans le droit qui lui étoit déjà acquis . tom. 2. n.º 434. pag. 394.

Riguardo poi ai beni futuri , la donazione non può ricevere piena esecuzione che alla morte del donante : *il y a , en quelque manière , così scrive il lodato Grenier loc. cit. deux donations , dont l' une peut avoir un effet à l' instant , et dont l' autre ne peut prendre effet qu' à la mort du disposant .* Non urta perciò con i principj stabiliti negli art. 896 e 906 , che se il donatario premore al donante , i di lui discendenti vengano direttamente , alla morte di quest'ultimo , a ricevere la donazione che si presume sempre fatta a loro favore ; e ciò per le stesse ragioni che abbiamo qui sopra accennate rispetto alla disposizione autorizzata nell' art. 1082. = *De ce qui vient d' être dit , sono le parole del nominato Giureconsulto pag. 396 , d' après la nature de la donation de biens présens et à*

venir, il résulte que la donation, quant aux biens présens, fait impression sur la personne même du donataire, que s' il meurt avant le donateur, il s' en fait transmission de lui à ses enfans, et que c' est seulement par rapport aux biens à venir, que les enfans viennent directement et jure suo, parce qu'à cet égard on est forcé d' assimiler la donation à une institution contractuelle, ainsi que l' observe Ricard, des Don. partie I. n.^o

1226.

Le esposte riflessioni abbastanza dimostrano, che il motivo per cui nel nostro articolo non si è voluto permettere la donazione a vantaggio dei figli nascituri, fu per non alterare le regole contenute negli art. 896 e 906, regole alle quali non si oppongono le disposizioni permesse negli art. 1082, 1084 e 1086.

ART. 1089.

Le donazioni fatte ad uno degli sposi ne' modi qui sopra enunciati negli articoli 1082, 1084 e 1086, saranno pure senza effetto, se il donante sopravvive allo sposo donatario ed alla sua discendenza.

Il Maleville propone la disputa: se nel caso in cui la donazione rimanesse senza effetto, i beni donati debbano ritornare al donante liberi ed esenti anche dall' ipoteca della dote e convenzioni matrimoniali. Egli dice che l' Autore delle Pandette decide l' affer-

mativa ; ma però espone diversi riflessi , i quali fanno chiaramente conoscere ch' egli crede preferibile l' opinione contraria , ritenendo che non siavi ragione per seguire una regola diversa da quella stabilita nell' art. 952 rapporto al caso di riversibilità convenzionale.

Non posso a meno di non essere convinto della giustizia dell' opinione emessa dagli Autori delle Pandette , a preferenza di quella che il nostro Maleville vorrebbe far prevalere .

Quando trattasi di una donazione ordinaria , essa è di sua natura irrevocabile , secondo l' art. 894. La legge poteva bene ammettere un' eccezione a questa regola permettendo , come fece nell' art. 951 , la stipulazione della riversabilità dei beni donati , colla limitazione però risultante dall' art. 952 , che i medesimi beni dovessero sempre restare sussidiariamente obbligati per l' ipoteca della dote e delle convenzioni matrimoniali , a vantaggio della moglie che passò alle nozze col favore della stessa donazione .

Ma non è così delle donazioni contemplate negli art. 1082, 1084 e 1086; esse rimangono di loro natura *senza effetto se il donante sopravvive allo sposo donatario ed alla sua discendenza*. E' dunque nell' ordine che i beni donati non possano restare neppure in sussidio obbligati per l' ipoteca della dote e convenzioni matrimoniali .

E' pure da osservarsi che la caducità della

donazione , nel caso del nostro articolo , è fondata sulla presunzione che il donante non siasi spogliato della proprietà de' suoi beni , che in favore del donatario o de' suoi discendenti , come dicono il Bernardi , *lib. 21. cap. 7* , e gli Autori delle Pandette , *tom. 9. pag. 355* . Al contrario quando è stipulata la riversibilità , secondo l'art. 951 , e che si tratti di donazione fatta nel contratto matrimoniale , i beni donati restano sussidiariamente obbligati , giusta l'art. 952 , a favore della moglie , qualora quelli del marito non sieno bistanti alla garanzia della dote ; poichè in tale caso , siccome osserva lo stesso Bernardi in fine del citato capo , si ritiene che il donante abbia voluto obbligare i beni donati per la restituzione della dote stipulata nel contratto di matrimonio , in cui favore egli dispose .

Inoltre nel caso dell' art. 952 i beni essendo divenuti propri del marito al momento della donazione , salva la convenuta riversibilità , potevano essere soggetti all' ipoteca a favore della moglie . Ma trattandosi delle donazioni permesse negli art. 1082, 1084 e 1086 , le quali nel caso contemplato dall' art. 1089 , rimangono senza effetto , non avrebbe potuto esistere veruna ipoteca sopra i beni donati ; perchè essendo premorti al donante lo sposo donatario ed i suoi discendenti , non si è mai da essi acquistata l' assoluta proprietà dei medesimi . Sarebbe quindi assurdo che i detti

beni dovessero restare obbligati per la dote : *Ni le donataire, sono le parole degli Autori delle Pandette loc. cit., ni ses descendans précédés n' ont jamais eu aucune propriété des biens donnés. Donc l'époux survivant ne peut avoir aucun droit.*

Questa opinione è pure sostenuta dal Grenier con ragionevoli argomenti . Egli dopo aver accennato che alcuni Giureconsulti sono d'avviso , che debbasi ammettere nel caso di cui si tratta la stessa eccezione dell' art. 952 , così soggiunge : *Mais je ne pense pas qu' on doive adopter cette exception. Les raisons sont les mêmes dans tous les cas .*

Il est vrai que suivant l' art. 952 , l' effet du droit de retour est de résoudre toutes les aliénations des biens donnés , et de faire revenir ces biens au donateur , francs et quittez de toutes charges et hypothèques , sauf néanmoins l'hypothèque de la dot , et des conventions matrimoniales , si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas , et dans le cas seulement où la donation lui aura été faite par le même contrat de mariage duquel résultent ses droits et hypothèques .

Mais cette disposition paroît étrangère à la matière dont il s' agit . Cet article 952 ne peut s' appliquer qu' à la stipulation d'un retour , qui auroit été faite dans une donation entre-vifs contenue dans un contrat de mariage , telle que celle dont il est parlé dans l' article 1081 , en conséquence de l' article

951, qui permet cette stipulation. Or, les principes de la caducité ne sont point ceux du retour. La donation entre-vifs dépouille et saisit le donataire à l'instant. La donation est seulement révoquée par l'événement prévu par le donateur. Il n'en est pas de même d'une disposition qui assure seulement une espérance qui, en cas de caducité, ne s'est jamais réalisée. D'ailleurs de ce que le Législateur ne s'est pas expliqué dans un cas comme dans l'autre, et dès qu'on aperçoit une disparité, on sent combien il seroit dangereux de faire extension de l'article 952, à l'article 1089, sur-tout dès que la disposition de ce dernier article est restreinte aux articles 1082, 1084 et 1086, par opposition à l'article 1081, qui seul pourroit être susceptible de l'application de l'article 952, si la donation entre-vifs contenoit la stipulation du retour. tom. 2. pag. 378. n.^o 424.

(*Dei Danni ed Interessi per l'inadempimento dell'Obbligazione. Cod. Nap. Lib. III, Tit. III, Cap. III, Sez. IV.*)

ART. 1153.

Nelle obbligazioni che sono ristrette al pagamento di una somma determinata, i danni ed interessi risultanti dal ritardo di eseguirle, non consistono giammai, se non nella condanna a pagare gli interessi fissati dalla legge, eccettuate le regole particolari al commercio ed alle assicurazioni.

Questi danni ed interessi sono dovuti senza che il creditore debba giustificare alcuna perdita.

Non sono dovuti se non dal giorno della domanda, eccettuati i casi in cui la legge dichiara che debbano ipso jure decorrere.

Dice il Sig. Maleville che vi fu qualche contestazione sopra la prima parte dell'articolo, rapporto alla misura dell'interesse legale, mentre non eravi legge che la determinasse, e rapporto al punto: se dalle espressioni *non consistono giammai*, si debba conchiudere che le parti non possano convenire un interesse eccedente quello che fosse stabilito dalla legge, il che sarebbe contrario al principio dell'articolo 1152. In quanto alla prima contestazione si osservò che le antiche leggi, le quali fissavano l'interesse al cinque per cento, esistevano ancora e potevano servire di regola per i giudici. In quanto alla

seconda , si disse che la convenzione fatta dalle parti relativamente alla misura dell'interesse , doveva essere eseguita . Siccome però , prosegue lo stesso Autore , eravi dubbio a questo riguardo , l'articolo fu rimesso alla Sezione ; ma venne in seguito approvato senza discussione , in vista dell'art. 1907 con il quale bisogna conciliarlo .

Ogni disputa sopra di ciò è sciolta dal Reale Decreto 31 Ottobre 1807 , il quale fissa l'interesse legale al cinque per cento , e stabilisce pure che l'interesse convenzionale non potrà eccedere la stessa misura del cinque per cento .

Se a termini dell'art. 1149 i danni ed interessi sono in genere dovuti al creditore per la perdita sofferta e pel guadagno di cui fu privo , e se allorquando l'obbligazione consiste nel pagamento di una determinata somma , ogni indennizzazione per il ritardo al pagamento , unicamente si riduce agl'interessi della somma dovuta , come vuole il nostro articolo , ne viene che in forza dell'accennato Decreto , non potranno le parti convenire gl'interessi oltre il cinque per cento .

Qualora poi l'obbligazione non consistesse nel pagamento di una determinata somma , ma bensì in tutt'altro oggetto , in tale caso essendo incerto il danno che può essere derivato al creditore a causa dell'inadempimento dell'obbligazione , e non potendo il medesimo essere meglio calcolato quanto dagli stessi

contraenti , si è loro lasciata nell' art. 1152 la facoltà di stipulare, che colui il quale mancherà di eseguire la convenzione debba pagare una determinata somma a titolo di danni ed interessi , senza che possa dal giudice attribuirsi all' altra parte una somma maggiore o minore . Ma tale facoltà non può essere estensibile al caso in cui l' obbligazione avesse per oggetto il pagamento di una determinata somma ; poichè sebbene siasi detto nell' art. 1907 che *l' interesse convenzionale può eccedere quello fissato dalla legge* , si è però sogiunto *ogni qual volta la legge non lo proibisce* . Ora l' indicato Decreto vieta appunto ed in generale di convenire gl' interessi oltre il cinque per cento .

(*Della Condizione sospensiva. Cod. Nap.*
Lib. III , Tit. III , Cap. IV , Sez. I ,
§. 2.^o)

ART. 1182.

Quando è stata contratta l' obbligazione sotto una condizione sospensiva , la cosa che forma il soggetto della convenzione , rimane a rischio del debitore che non si è obbligato di consegnarla , se non nel caso dell' evenienza della condizione .

Se la cosa è intieramente perita senza colpa del debitore , l' obbligazione è estinta .

Se la cosa è deteriorata senza colpa del debitore , il creditore ha la scelta o di sciogliere l' obbligazio-

ne , o di esigere la cosa nello stato in cui si trova , senza diminuzione del prezzo .

Se la cosa è deteriorata per colpa del debitore , il creditore ha il diritto di sciogliere l'obbligazione , o di esigere la cosa nello stato in cui si trova , unicamente ai danni ed interessi .

Il Maleville ci riferisce essersi osservato dal Sig. Bigot-Préameneu, che per ragioni di equità si è qui deviato dalla disposizione della *L. 8. D. de per. et com. rei vend.* Questa legge , aggiunge lo stesso Maleville , metteva *indistintamente* la cosa a pericolo del creditore pendente la condizione .

In vista dell'espressione *indistintamente* pare l'Autore supponga che a termini della citata legge , la cosa fosse sempre a pericolo del creditore , sia essa per intiero perita , oppure soltanto deteriorata senza colpa del debitore , non potendo esservi difficoltà qualora si fosse deteriorata per colpa , nel quale caso anche secondo la giurisprudenza romana , la deteriorazione sarebbe sempre stata a carico del debitore che l'avesse cagionata .

Il senso della disposizione del diritto romano nell'indicata legge è ben diverso da quello che viene supposto dal nostro Autore . Nel caso di totale deperimento il pericolo era sempre del debitore , ed era soltanto a carico del creditore la semplice deteriorazione della cosa : *Et sic pendente conditione periculum interim manet venditoris sed deteriorationis periculum etiam pendente conditio-*

ne, modo ea postea impleatur, est emptoris, così il Brunemanno alla cit. *L. 8. n.^o 15 e seg.* Ed il Gottofredo ne' suoi eruditi commenti alla stessa legge, *nota 25*, scrive: *emptio sub conditione contracta, quantum ad periculum deteriorationis, pro perfecta habetur, modo appareat quantum venierit. Interitus et custodia ad venditorem pertinent, nisi aliud convenerit*, ed alla *nota 32* dice: *si interierit, venditoris; si deterior tantum facta, emptoris erit periculum.* Lo stesso conferma alla *nota 44*, ove rende ragione della differenza. *Ved.* anche il Voet *lib. 18. tit. 6. n.^o 5.*

L'unica diversità fra la legge romana e quella del nuovo Codice, consiste adunque nell'essersi messa da quest'ultima a pericolo del debitore anche la semplice deteriorazione della cosa, accordandosi in questo caso al creditore la facoltà di sciogliere l'obbligazione. Ed infatti il Sig. Bigot-Préameneu nell'esposizione dei motivi non fece cenno che della deteriorazione, sopra di cui cade unicamente la differenza. Ecco le sue parole: *La loi romaine (8. D. de per. et com. rei vend.) décidait que si avant la condition accomplie il y avait diminution ou détérioration de la chose sans la faute du débiteur, le créancier devait en souffrir, de même qu'il profitait de l'augmentation qui serait survenue.*

Cette decision ne s'accorde pas avec le principe suivant lequel, dans le cas de la condition suspensive, il n'y a pas de transport

(225)

de propriété. Ce doit être aux risques du débiteur encore propriétaire que la chose diminue ou se détériore, par la même raison que ce serait à ses risques qu'elle périrait.

(*Dell' Obbligazione solidaria fra i creditori. Cod. Nap. Lib. III, Tit. III, Cap. IV, Sez. IV, §. 1.^o*)

ART. 1198.

Il debitore ha la scelta di pagare o all' uno o all' altro de' creditori solidarj, quando non sia stato prevenuto da uno di essi con giudiziale domanda.

Ciò nondimeno la condonazione fatta da un solo de' creditori solidarj, non libera il debitore che per la porzione di questo creditore.

ART. 1199.

Qualunque atto che interrompe la prescrizione relativamente ad uno dei creditori solidarj, giova egualmente agli altri creditori.

Secondo la *L. 31. D. de novat.*, l' uno dei creditori solidarj poteva far novazione col debitore; ma il Sig. Maleville dice che ciò è contrario alla *L. 27. D. de pactis*, e crede che quest'ultima legge debba essere ancora seguita, come più conforme allo spirito che ha dettata la seconda parte dell' art. 1198.

Non vi era dubbio secondo il diritto ro-

mano , che uno dei creditori solidarj potesse far novazione col debitore ; poichè *cui recte solvitur , is etiam novare potest* , siccome scrive il Giureconsulto Paolo nella *L. 10. D. de novat.* Nè vi si opponeva la *L. 27. D. de pactis* , come lo dimostra chiaramente il Voet ne' seguenti termini : *Quod autem operatur solutio aut exactio per unum aut uni ex pluribus debendi credendive reis facta , idem etiam acceptilatio novatioque facit ; cum fere convenerit , unius acceptilatione et novatione cum uno reorum debendi , vel credendi facta , totam omnium reorum intuitu perimi obligationem ; ex nova vero obligatione per novationem inducta nullum inter alios , sed inter solos novantes , jus nasci. L. si rem aliquam 31. §. si duo 1. D. de novat. L. et per jusjurandum 15. §. ult. D. de acceptil. L. cum duo 2. D. h. t. Non obstante L. si unus 27. in fine principii D. de pactis , cum verba finalia d. principii referenda sint ad id , quod in principio legis definitum fuerat , pactum unius ex argentariis sociis cum debitore , reliquis haud nocere , quibus deinde subjicitur , idemque in duobus stipulandi reis dicendum esse , adeoque nihil aliud ea lege significatur , nisi quod pactum unius de non petendo non noceat alteri ; et merito ; quia pacto obligationes ipso jure non tolluntur , sed tantum ope exceptionis pacti repellitur ille , qui pactus est , non item ceteri , cum quibus pactum factum non est . Lib. 45. tit. 2. n.^o 5. Si osservi an-*

che il Brunemanno alla *L. 16. D. de duob.*
reis, ed il Gottofredo alla *L. 10. D. de novat.*

In vista però dei principj dal nuovo Codice stabiliti, io ritengo che la novazione fatta da un solo de' creditori solidarj, non avrà effetto di liberare il debitore, se non che per la porzione competente allo stesso creditore. Parmi che questa decisione possa derivarsi dal §. 2 del riportato art. 1198, senza che debba seguirsi, come vorrebbe l'Autore, la citata *L. 27. D. de pactis*, la quale altronde non riguardava la novazione, giusta la riferita dottrina del Voet. E' regola fissata nello stesso art. 1198, che la condonazione fatta da un solo de' creditori solidarj, non libera il debitore che per la porzione di questo creditore, e siccome la novazione importa necessariamente la condonazione del debito principale, a norma di quanto si deduce dall' art. 1271, sembra certo che dessa non potrà pregiudicare gli altri creditori. Tale si è inoltre lo spirito della legge. Ed infatti anche nell' art. 1365 trovasi stabilito che *il giuramento deferito al debitore da uno de' creditori solidarj, non lo libera che per la porzione douée a questo creditore*. Il Sig. Bigot-Préameneu a questo riguardo, disse: *chaque créancier solidaire peut exiger l' exécution entière de l' obligation; mais il n' a pas seul le droit de changer ou d' anéantir cette obligation.* Questa dichiarazione maggiormente favorisce l'esposta opinione; poichè se un solo de' cre-

(226)

ditori non può cangiare od annullare l'obbligazione, non avrà neppure diritto di fare una novazione, colla quale verrebbe appunto a cangiare l'obbligazione stessa.

(*Della Cessione de' beni. Cod. Nap. Lib. III, Tit. III, Cap. V, Sez. I, §. 5.^o*)

ART. 1270.

I creditori non possono ricusare la cessione giudiziaria, se non ne' casi eccettuati dalla legge.

« *Se non ne' casi eccettuati dalla legge.*
« Si è richiesto, dice il nostro Autore, che
« questi casi fossero qui specificati, ma si
« persistette nell'opinione di rimetterli al Co-
« dice di Commercio. Intanto si può osser-
« vare che l'antica giurisprudenza escludeva
« dal beneficio della cessione giudiziaria gli
« affittuarj, i mercantj al minuto, particolar-
« mente i macellaj, i tutori per residuo de-
« bito di tutela, gli amministratori di fondi
« pubblici o degli spedali, quelli che avevano
« ottenuto dei rescritti di dilazione, i debi-
« tori di cose consegnate o depositate, e ge-
« neralmente tutti quelli che erano obbligati
« per debiti provenienti da delitto, dolo o
« frode. »

I casi ne' quali può ricusarsi la cessione giudiziaria, e che il Legislatore non ha creduto di indicare nel nostro articolo, trovansi

precisati nel Codice Civile, nel Codice di Procedura, ed in quello di Commercio.

Secondo l'art. 1945 del Codice Civile, *il depositario infedele non è ammesso al beneficio della cessione de' beni.*

L'art. 905 del Codice di Procedura nega lo stesso beneficio *ai forestieri, a chi ha commesso stellionato, ai falliti dolosi, ai condannati per furto o truffa, ai tutori, amministratori o depositarj, ed a qualunque persona in vigore d'ufficio obbligata a render conto.*

Finalmente in materia di commercio, l'art. 575 del relativo Codice dichiara che *non potranno essere ammessi al benefizio della cessione,*

1.^o I rei di stellionato, e rei di bancarotta dolosa, gl' individui condannati per titolo di furto o di scrocchio, nè le persone contabili;

2.^o I forestieri, i tutori, amministratori o depositarj.

(*Della Novazione . Cod. Nap. Lib. III ,
Tit. III , Cap. V , Sez. II .*)

« Si è omessa in questa Sezione , così
 « scrive il nostro Autore in fine della mede-
 « sima , una decisione assai importante , ed è
 « che il debitore delegato , il quale acconsente
 « alla delegazione , non può opporre al suo
 « nuovo creditore , l' eccezione ch' egli avrebb-
 « be ayuta contro il suo creditore originario ,
 « quand' anche l' avesse ignorata all' epoca
 « della delegazione ; salvo , in questo caso
 « d' ignoranza , il suo regresso contro il cre-
 « ditore originario . *L. 12. e 19. D. de novat.*
 « *Doli exceptio* , dice quest' ultima legge , *quae*
 « *poterat deleganti opponi , cessat in persona*
 « *creditoris cui quis delegatus est ; idemque*
 « *est in caeteris similibus exceptionibus . . .*
 « *imo et in macedoniano . . . aliud in vellejano ,*
 « *nam et in secunda promissione intercessio*
 « *est , et in minore qui circumscriptus de-*
 « *legatur . »*

Non credo che possa imputarsi al Legis-
 latore la supposta omissione .

È d' uopo ritenere che la delegazione , co-
 me osservano i Giureconsulti , contiene una
 novazione fra il creditore ed il delegante , e
 che ordinariamente avvi novazione anche fra
 il delegato ed il delegante . La delegazione
 comprende perciò il più delle volte una du-
 plice novazione ; giacchè la persona delegata

è quasi sempre un debitore del delegante, il quale per essere liberato dalla sua obbligazione verso lo stesso delegante, contrae per ordine di quest'ultimo una nuova obbligazione verso il di lui creditore. In questo caso si fa una novazione e dell' obbligazione del delegante verso il proprio creditore, a cui il delegante dà un altro debitore in sua vece, e dell' obbligazione della persona delegata verso il medesimo delegante, in conseguenza di quella che essa di suo ordine contrae verso il di lui creditore. E' questa la dottrina del celebre Pothier nel Trattato delle Obbligazioni, n.^o 565. Ved. anche il Voet lib. 46. tit. 2. n.^o 12 e 13.

Questa duplice novazione è chiaramente contemplata dall' art. 1271. Secondo questo testo la novazione si fa quando *un nuovo debitore è sostituito all' antico, il quale viene liberato dal creditore*: ecco la novazione fra il delegante ed il suo creditore. E' detto inoltre nello stesso articolo che avvi novazione quando *in forza d' una nuova obbligazione, un nuovo creditore viene sostituito all' antico verso cui il debitore è liberato*: ecco la novazione che può verificarsi fra il delegante ed il delegato.

Ora se il delegato avrà acconsentito alla delegazione, ed assunta l' obbligazione del delegante verso il di lui creditore, vi sarà novazione della prima obbligazione del delegato verso il delegante; e se a termini dell'

art. 1234, le obbligazioni si estinguono *colla novazione*, dovremo ritenere per certo, che il delegato non potrà opporre al suo nuovo creditore le eccezioni che avrebbe avute contro il delegante di lui creditore originario; poichè essendo estinta la sua prima obbligazione, sono pure estinte tutte le eccezioni che contro l'adempimento di essa potevansi opporre. Non è dunque omessa nel Codice la decisione importante di cui parla l'Autore, mentre essa evidentemente si deduce dai cit. art. 1271 e 1234.

Se poi non sia seguita novazione fra il delegato ed il delegante, non avendo il primo acconsentito alla delegazione, è chiaro ch'egli avrà salve tutte le sue eccezioni, e che potrà opporle a chiunque, per non essere estinta l'obbligazione contro la quale potevansi opporre.

Il nostro Autore disse inoltre che il delegato deve avere salvo il suo regresso contro il delegante, allorchè avesse ignorata l'eccezione che poteva militare a suo favore. Ma questa proposizione non è conforme al senso della *L. 12. D. de novat.* da esso citata.

Se tra il delegato ed il delegante è seguita novazione, il primo non avrà mai alcun regresso contro il delegante per avere ignorata un'eccezione, che a lui poteva competere contro quest'ultimo, per la ragione che tale ignoranza sarebbe la conseguenza di un errore di diritto; e quindi non potrebbe autoriz-

inarsi giammai alcuna pretesa contro lo stesso delegante. Si osservi sopra di ciò il Voet lib. 12. tit. 6. n.^o 7.

Il caso della indicata legge 12 è ben diverso. Essa contempla il solo errore di fatto, e la ripetizione dell'indebito pagamento, non già alcuna delle eccezioni di diritto. Giova a questo proposito quanto osserva il prelodato Pothier nello stesso Trattato delle Obbligazioni, n.^o 566. *Si la personne déléguée, egli dice, n'étoit pas débitrice du délégitant, quoi-
qu' elle ne se fût obligée en sa place envers son créancier que dans la fausse persuasion qu' elle étoit débitrice du délégitant, l' obligation qu' elle auroit contractée envers ce créan-
cier n'en seroit pas moins valable, et elle ne pourroit se défendre de le payer; sauf à elle son recours contre le délégitant, pour qu' il fût tenu de l' acquitter. Le créancier, qui par l' obligation que contracte envers lui la per-
sonne déléguée, ne fait que retirer ce qui lui étoit dû par son ancien débiteur qu' il a dé-
chargé, ne doit point souffrir de cette erreur* = *Si per ignorantiam promiserit, nulla quidem exceptione uti poterit adversus creditorem,
quia ille suum recepit; sed is qui delegavit,
tenetur condicione. L. 12. D. de novat.* Questa giudiziosa osservazione dimostra che la riferita legge riguarda il solo errore di fatto, e la ripetizione dell'indebito pagamento, non però alcuna delle eccezioni di diritto, che il delegato avesse potuto opporre contro il de-

legante , nell' ipotesi ch' egli fosse stato realmente obbligato verso il delegante medesimo . Tale interpretazione è pure suggerita da queste parole del testo *si per ignorantiam promiserit is qui delegavit , tenetur condicione.* Ved. anche le *LL. 44. D. de cond. indeb. e 5. §. 5. D. de doli mali* , citate dal Gottofredo sopra la stessa *L. 12. D. de novat.* Trattandosi di errore di fatto era ben giusto si accordasse al delegato il diritto di ripetere contro il delegante quanto egli avesse indebitamente pagato ; sebbene il medesimo per essersi obbligato verso il creditore del delegante , non possa per alcun titolo ricusare di soddisfarlo , nulla influendo rapporto a lui che lo stesso delegato fosse o non fosse debitore del delegante .

La stessa decisione avrà luogo anche in oggi , derivando dai principj di diritto , de' quali spetta al Giureconsulto e non alla legge il fare l'applicazione . Infatti riguardo all' obbligo del delegato di soddisfare il creditore , sebbene egli non fosse debitore del delegante , non può esservi dubbio , in vista delle ragioni esposte dal nominato Pothier ; e riguardo al regresso del delegato contro il delegante abbiamo l'appoggio dell' art. 1377 , ove è stabilita la regola generale che *quando una persona , la quale per errore si credeva debitrice , ha pagato un debito , essa ha il diritto della ripetizione contro il creditore.*

(*Delle Azioni di nullità o di rescissione delle convenzioni. Cod. Nap. Lib. III, Tit. III, Cap. V, Sez. VII.*)

ART. 1304.

L'azione di nullità o di rescissione d'una convenzione in tutti i casi dura per dieci anni, quando non sia stata ristretta ad un minor tempo da una legge particolare.

Nel caso di violenza, questo tempo non comincia a decorrere, che dal giorno in cui è cessata; nel caso di errore o di dolo, dal giorno in cui furono scoperti; e riguardo agli atti delle donne mariate fatti senza autorizzazione, dal giorno dello scioglimento del matrimonio.

Relativamente agli atti fatti dagli interdetti, il tempo non decorre, se non dal giorno in cui è tolta l'interdizione, e riguardo a quelli dei minori se non dal giorno della loro maggior età.

Osserva il Sig. Maleville che altre volte distinguevansi le nullità assolute e pronunziante per l'interesse pubblico, da quelle che non avevano per oggetto se non l'interesse dei particolari. Fra le prime si annoverava l'alienazione delle cose il cui commercio era interdetto per una causa pubblica e perpetua, le convenzioni che importavano qualche delitto o turpitudine; e la massima era che questa nullità non poteva essere sanata da alcun spazio di tempo. Fra quelle della secon-

da classe collocavasi l'alienazione dei fondi dotali , e dei beni de' minori , e si riteneva che le medesime potevano essere opposte per lo spazio di trent' anni . Quanto alla semplice rescissione degli atti , doveva essere doman- data nel termine di dieci anni secondo l'Or- dinanza del 1539.

Il Sig. Bigot - Préameneu , prosiegue il nostro Autore , disse che il presente articolo faceva un grande cangiamento all' antica giurisprudenza , limitando a dieci anni anche l' azione di nullità dei contratti . Ma lo stesso Maleville crede che tale disposizione dovrebbe riguardare le sole nullità della seconda specie , e che quelle pronunziate per l' interesse pubblico , dovrebbero avere un termine più lungo .

Se bene si esamini la disposizione dell'o- dierna legge , si comprenderà che il cangiamento fatto all' antica giurisprudenza non è sì grande , come sembra supporlo l' Autore , e che il nostro articolo non riguarda punto quelle nullità , alle quali egli lo crede forse applicabile .

Tutto il cangiamento fatto dal nuovo Co- dice all' antica giurisprudenza , si riduce solo in essersi limitata a dieci anni anche l' azione di nullità dei contratti , come l' azione di re- scissione . Ma non si dee già credere che que- sta disposizione possa applicarsi in generale a tutte le nullità dall' Autore accennate .

Quattro sono , secondo l' art. 1108 , le

condizioni essenziali per la validità di una convenzione : *il consenso di colui che si obbliga ; la capacità di contrattare ; un oggetto determinato che formi il soggetto della convenzione ; una causa lecita per obbligarsi.* Una convenzione può dunque essere nulla, 1.^o per difetto di consenso ; 2.^o per l'incapacità d'uno de' contraenti ; 3.^o perchè l'oggetto non poteva essere materia di contratto ; 4.^o perchè la causa fosse illecita .

È facile il comprendere che il nostro articolo si applica soltanto alle nullità derivanti dalla mancanza di consenso , o dalla incapacità di alcuno de' contraenti , ma non a quelle indicate ai numeri 3.^o e 4.^o. Ciò si rileva dai §§. 2 e 3 dello stesso articolo , ne' quali unicamente parlasi di violenza , errore o dolo , non che degli atti fatti dalle donne maritate senza autorizzazione , circostanze tutte che costituiscono la mancanza di libero o di legale consenso ; ed inoltre degli atti fatti dagl' interdetti e dai minori , ciò che propriamente riguarda l'incapacità dei contraenti .

Questa restrittiva interpretazione è pure suggerita dal buon senso , e dagli inalterabili principj di diritto . Quando una convenzione è nulla per difetto di consenso o per incapacità della persona , tale nullità può essere sanata per volontà di quella stessa persona a cui favore è dichiarata . Quindi se colui che ha il diritto di far annullare la convenzione non agisce nel termine dalla legge accordato ,

si ritiene ch' egli l'abbia approvata e rinunziato al suo diritto. In questo caso viene ad essere sanato il vizio inherente all' obbligazione, contro la quale non potrebbe più opporsi alcuna eccezione.

Ma se trattasi in vece di una convenzione fatta sopra cose che non potevano essere soggetto di contratto, o avente una causa illecita, la nullità è insanabile, per la ragione che qualunque spazio di tempo non potrebbe mai rendere soggetto di convenzione una cosa che non poteva esserlo, nè far divenire lecita la causa, quando tale non era all' epoca del contratto. È dunque incontrastabile che l' articolo non può assolutamente applicarsi a queste nullità: esse esisteranno in perpetuo, come la causa che le produce.

Tutto ciò è pure conforme a quanto venne osservato dal Sig. Joubert nel suo Rapporto al Tribunato: *Une cause illicite, egli disse, c'est à dire celle qui serait contraire à la loi, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, vicierait tellement la convention, qu'aucun laps de temps ne pourrait la rendre valable: il n'y a pas eu de contrat.*

Si la convention n'avait pas d'objet, il serait bien impossible qu'en aucun temps elle produisît une obligation, et ne serait pas non plus un contrat

L'action en nullité, ou en rescission ne s'applique donc qu'aux cas où la convention peut produire une action, qui néanmoins est

susceptible d' être repoussée par une exception ; c' est - à - dire , 1.^o au cas de l'incapacité ; 2.^o au défaut de consentement .

Inoltre , a norma del prescritto nell' art. 1558 , un' obbligazione contro la quale la legge ammette l' azione di nullità o di rescissione , può essere confermata e ratificata . E' chiaro che il detto articolo comprende quelle medesime nullità , alle quali può applicarsi il nostro art. 1504 ; quindi se questo fosse estensibile anche alle nullità derivanti dall'oggetto e dalla causa della convenzione , ne verrebbe di conseguenza , che un' obbligazione avente per oggetto una cosa fuori di commercio , o che importasse qualche delitto o turpitudine , potrebbe essere validamente confermata . Ma ciò non è ammissibile , come fece osservare il Sig. Mauricault nel suo Discorso al Corpo Legislativo : *A l'égard de la confirmation ou ratification , così egli si espresse , elle ne peut jamais valider les conventions dont la loi ne reconnaît pas l'existence , et qui en conséquence ne licit personne . Telles sont (ainsi qu'il est aisément de le conclure des diverses dispositions du projet) les conventions qui ont pour objet une chose hors du commerce ; celles qui n'ont point de cause , ou qui n'en ont qu'une fausse , ou qui n'en ont qu'une illicite .*

Quant aux actes qu' on a seulement la faculté d' attaquer par voie de nullité ou de rescission , et qui du moins obligent une des parties , ils peuvent être utilement ratifiés ou

confirmés par un nouvel acte valable, comme par leur exécution volontaire. Telles sont les conventions auxquelles on peut reprocher l'erreur, le dol ou la violence; telles sont celles souscrites par des incapables; telles sont enfin, dans les cas indiqués par la loi, celles qui font éprouver de la lésion à l'un des contractans.

Credo pure che il nostro Autore siasi ingannato nel supporre, che l'articolo sia applicabile alle alienazioni dei fondi dotali, e dei beni de' minori.

Si è abbastanza dimostrato che la disposizione del riferito testo si applica solo alle nullità derivanti o dalla mancanza di consenso, o dalla incapacità di uno de' contraenti. Non potrà quindi riguardare i difetti inerenti alle alienazioni dei fondi dotali, e dei beni de' minori; poichè dessi traggono origine da altre cause ben diverse. E' pure da osservarsi che la legge contempla i soli contraenti, ed è inapplicabile rapporto alle terze persone che avessero dei diritti sopra l'oggetto cadente nella convenzione, e non validamente alienato. Questi casi vogliono essere decisi con altre regole, e precisamente con quelle contenute nell'ultimo titolo del Codice, relativo alla prescrizione delle azioni. Converrà dunque ritenere che la moglie il cui immobile dotale sarà stato alienato dal marito nei casi ne' quali non ne era permessa l'alienazione, ed i minori i di cui immobili fossero stati

alienati senza le prescritte formalità , potranno rivendicare i loro beni durante il corso di trent' anni , a termini dell' art. 2262 , salve le cause che sospendono il corso della prescrizione , secondo gli art. 2252 e 2255.

ART. 1507.

La semplice dichiarazione fatta dal minore di essere maggiore , non lo esclude dal beneficio della restituzione .

Ritiene il Sig. Maleville che questo articolo sia contrario alla *L. 2. C. si minor se majorem dixerit.*

Quando però si intenda nel suo vero senso la disposizione del presente articolo , e quella della legge romana , si conoscerà che non avvi alcuna differenza .

Giova premettere la spiegazione che diede il Sig. Bigot-Préameneu nell' esporre i motivi della riferita disposizione : *On a voulu , egli disse , proscrire un moyen souvent employé pour mettre obstacle à la restitution des mineurs ; on leur opposait la déclaration de majorité qu'ils avaient faite dans l'acte . La loi présume que cette déclaration , dont la fausseté pouvait facilement être vérifiée sur les registres des actes de l'état civil , a été demandée par le créancier , pour exclure l'action en restitution , et elle ne veut pas qu'une pareille déclaration puisse être opposée . Si néanmoins celui qui veut s'en prévaloir prou-*

vait que le mineur l'a trompé, s'il prouait, par exemple, que le mineur a représenté des actes faux, ce ne serait plus cette simple déclaration dont il s'agit dans la loi.

Questa giudiziosa interpretazione, dettata dal senso e dalle espressioni della legge, ci dimostra, 1.^o che la semplice dichiarazione di essere maggiore non esclude il minore dal beneficio della restituzione, in quanto che si ritiene ch'egli non l'abbia dolosamente emessa, ma che anzi vi sia stato indotto da colui col quale ha contrattato; 2.^o che qualora si verificasse dolo nel minore, gli potrebbe anche in oggi essere negato il beneficio della restituzione; poichè l'articolo si limita alla semplice dichiarazione fatta dal minore di essere maggiore.

Tali erano puranco i principj del diritto romano, come si rileva dalle *LL. 2. e 3. C. si min. se major. dix.*

Si is qui minorem nunc se esse adseverat, fallaci majoris aetatis mendacio te deceperit: cum juxta statuta juris errantibus non etiam fallentibus minoribus pubblica jura subveniant, in integrum restitui non debet L. 2.

Si alterius circumveniendi causa, minor aetate majorem te probare aspectu laboraveris: cum malitia suppleat aetatem, restitutionis auxilium tam sacris Constitutionibus, quam Rescriptorum auctoritate denegari statutum est. Quod si per injuriam, vel circumventionem adversarii hoc fuerit factum, durabit

beneficium, quo minoribus causa cognita subveniri solet. Aditus itaque Praeses provinciae, probationis aetatis examinata causa, si tuum dolum non repererit intercessisse, ac te minorem tunc fuisse probaveris, causa cognita in integrum restitui providebit. Si tamen in instrumento, per sacramenti religionem, maiorem te esse adseverasti, non ignorare debes, exclusum tibi esse in integrum restitutionis beneficium, nisi palam et evidenter ex instrumentorum probatione, non per testium depositiones, te fuisse minorem ostenderis. L. 3.

La riferita legge 2 si applica unicamente al caso di dolo del minore. Essa infatti è inscritta *De dolo et fallacia minoris*; ed è perciò che nella successiva L. 3 si dice: *si tuum dolum non repererit intercessisse in integrum restitui providebit*. Ma una semplice dichiarazione di essere maggiore, non poteva considerarsi sufficiente per ritenere in dolo il minore, ed escluderlo dal beneficio della restituzione; altrimenti si sarebbe sempre potuto eludere la legge in favore dei minori sanzionata, poichè *eadem facilitate qua minor male contrahit, se maiorem temere asseverat*. Per questo motivo il Perezio commentando le riportate leggi, lib. 2. tit. 43. disse: *Aliud est si dolo adversarii inductus, aut errore lapsus, AUT SUA FACILITATE SE MAIOREM DIXERIT; nam probata minore aetate, causaque cognita, restitutionis beneficium poterit implorare.* Ed il Faber, Cod. lib. 2. tit.

28. *def.* 1, sostiene egualmente che si accorda la restituzione ai minori, ancorchè avessero giurato di essere maggiori: *Nec solum si contractui stare juraverint, sed etiam si maiores se cum jurejurando dixerint . . . alioqui qua facilitate contrahit minor eadem quoque jurat.* Se quand' anche il minore avesse giurato di essere maggiore, poteva non ostante ottenere il beneficio della restituzione, purchè provasse, conformemente alla stessa *L.* 3, con documenti e non col mezzo di testimoni che era minore, molto più quando lo avesse semplicemente asserito.

Anche il più volte lodato Commentatore dell' Opera di Gin, *tom. 4. pag. 100. nota 30,* ha con ragione disapprovata l' opinione del nostro Autore. Si osservi inoltre il Bernardi *lib. 27. cap. 2.*

(*Della privata Scrittura. Cod. Nap. Lib. III, Tit. III, Cap. VI, Sez. I, §. 2.^o*)

ART. 1329.

I registri de' mercanti non fanno prova delle somministrazioni che vi sono allibrate, contro le persone che non sono mercanti; salvo quanto sarà dichiarato in proposito del giuramento.

Dalle espressioni *contro le persone che non sono mercanti*, deduce il Maleville che i registri dei mercanti fanno prova contro al-

tri mercanti , allorchè siano regolarmente tenuti .

Non è però dichiarato nel Codice di Commercio in modo assoluto , che i libri de' mercanti facciano fede contro altri mercanti . Ciò è lasciato all' arbitrio de' giudici dall' art. 12 dello stesso Codice , il quale dispone che *i libri di commercio tenuti regolarmente possono venire ammessi dal giudice , per servire di prova tra commercianti in fatto di commercio.*

ART. 133o.

I libri de' mercanti fanno prova contro di essi ; ma quegli che vuole trarne vantaggio , non può pre-scindere da ciò che contengono di contrario alla sua pretensione .

Riferisce il nostro Autore che al Consiglio di Stato vi fu una discussione per sapere se i mercanti erano obbligati ad esibire i loro libri sopra la domanda dell' altra parte , senza che questa si offerisse di prestare fede ai medesimi ; se inoltre i giudici potevano ordinare la stessa esibizione d' ufficio . Egli dice che la discussione medesima non offre un risultato abbastanza chiaro , ed essere perciò cosa prudente l' attendere a questo riguardo la decisione che porterà il Codice di commercio .

Questo Codice decide infatti le proposte questioni .

È detto nell' art. 14 che *la comunicazione*

dei libri ed inventarj non può essere ordinata in giudizio, fuorchè negli affari di successione, comunione di beni, divisione di società, ed in caso di fallimento.

Nell' art. 15 è disposto che *il giudice può ordinare anche d' ufficio, nel corso di una lite, la presentazione dei libri, onde estrarre dai medesimi ciò che riguarda la controversia.*

Finalmente nell' art. 17 si prescrive che *se la parte a' di cui libri si offre di prestare fede, ricusa di presentarli, il giudice può deferire il giuramento all' altra parte.*

Da queste disposizioni si deduce, 1.^o che in alcuni casi i giudici possono ordinare d' ufficio la presentazione dei libri; 2.^o che in qualunque caso la detta presentazione può essere addomandata, ma la parte deve offerirsi di prestare fede ai libri stessi; 3.^o che non ostante questa offerta può il mercante ricusare di presentarli, ed allora è lecito al giudice di deferire il giuramento all' altra parte.

(*Del Giuramento decisorio. Cod. Nap.*
Lib. III, Tit. III, Cap. VI,
Sez. V, §. 1.^o)

ART. 1365.

Il giuramento prestato non fa prova che in vantaggio o contro di colui che l'ha deferito; ed a vantaggio de' suoi eredi od a venti causa o contro di essi:

Ciò nondimeno il giuramento deferito al debitore da uno de' creditori solidarj, non lo libera che per la porzione dovuta a questo creditore;

Il giuramento deferito al debitore principale libera egualmente i fidejussori;

Quello che è deferito ad uno dei debitori solidarj giova ai condebitori;

Quello deferito al fidejussore giova al debitore principale.

In questi ultimi due casi il giuramento del condebitore solidario o del fidejussore non giova agli altri condebitori o al debitore principale, se non quando fu deferito sul debito, e non quando fu deferito sul fatto della solidarietà o della fidejussione.

Il Sig. Maleville dice che l'articolo non contempla il caso del giuramento deferito da uno dei debitori solidarj al creditore; e soggiunge che nella *L. 28. D. de jurejur.* trovasi deciso, che se il pagamento viene ammesso dal creditore, il giuramento giova all' altro debitore, ma se il creditore negasse, tale negativa non nuocerebbe allo stesso condebitore.

Conviene a questo proposito osservare che la legge ha solo particolarmente regolato l'effetto del giuramento deferito al debitore da uno de' creditori solidarj, e di quello deferito dal creditore ad uno dei debitori solidarj; e che nulla disse dei due casi opposti, cioè del giuramento che fosse deferito dal debitore ad uno dei creditori solidarj, come pure di quello che potesse deferirsi da uno dei debitori solidarj al creditore. Non era però necessario che il Legislatore contemplasse espressamente questi ultimi due casi; poichè la decisione ne risulta dalle regole generali.

Se il giuramento è deferito dal debitore ad uno dei creditori solidarj, il quale giuri di non avere ricevuto il pagamento, ciò non gioverà all' altro creditore, secondo la regola stabilita nel principio del nostro testo. E se il creditore venisse ad ammettere il pagamento, riuscendo di giurare, tale rifiuto equivale alla confessione, come si deduce dall'art. 1361, e dalla *L. 38. D. de jurejur.*, ove il Giureconsulto Paolo scrive: *Manifestae turpitudinis, et confessionis est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre;* e perciò non avvi dubbio che essendo estinta l' obbligazione del debitore rispetto all' uno dei creditori, deve necessariamente essere estinta anche a riguardo dell' altro, che non potrebbe più obbligare lo stesso debitore ad un nuovo pagamento. L' effetto dell' obbligazione solidaria tra più creditori è infatti che ciascuno può chiedere l' in-

tiero credito , e che il pagamento fatto ad uno di essi libera il debitore verso gli altri . *Ved.* l'art. 1197.

Qualora poi , secondo l'ipotesi dell'Autore , il giuramento sia deferito da uno dei debitori solidarj al creditore , e questi venga ad ammettere il pagamento , non volendo prestarsi a giurare , tale rifiuto , come si disse qui sopra , ha lo stesso effetto di una confessione , a norma della citata *L. 38. D. de jurejur.* , e dell'indicato art. 1361. È quindi evidente che essendo estinta l'obbligazione rapporto ad uno dei debitori , non può non essere egualmente estinta riguardo agli altri . Avendosi la prova che il creditore ha ricevuto il pagamento , non gli potrebbe più competere alcuna azione contro i condebitori ; mentre secondo la natura dell'obbligazione solidaria per parte dei debitori , il pagamento eseguito da un solo libera gli altri verso il creditore . *Ved.* l'art. 1200. E se il creditore giura di non essere stato pagato , è certo che il giuramento non potrà nuocere ai condebitori , a termini della stessa regola dal Legislatore stabilita nel principio del nostro articolo . È conforme sopra di ciò la dottrina del Voet , *lib. 12. tit. 2. n.^o 21. Diversum tamen dicendum erit* , così egli scrive , *si unus ex pluribus debendi reis jusjurandum creditoris detulerit , isque sibi deberi juraverit ; quippe quo casu tantum adversus deferentem , non item alterum debendi reum , actionem in factum ex*

jurejurando jurans habere potest; cum res inter alios judicata, aut jurata, alios non gravet secundum ante dicta. La stessa questione fu pure trattata dal dottissimo Faber in *Rationalibus ad Leg. 28. §. 3. D. de jurejurando.* = *Quid ergo*, così egli si esprime, *si unus ex correis debendi jusjurandum detulerit adversario, isque juraverit? an alteri nocebit ea delatio, quemadmodum delatio ab uno ex correis stipulandi facta nocet alteri, hac ipsa lege in principio?* Et respondet Bartolus, non nocere sicuti nec sententia contra unum ex correis lata alteri noceret. Et recte ex L. ult. in fine C. de fidejuss. Ratio diversitatis hac parte inter correos stipulandi et debendi, quam non adsert Bartolus, ex eo petenda est, quod correus stipulandi, qui jusjurandum defert, occupat actionem, eamque sibi propriam facit, perinde ac si litem contestaretur: Correus vero debendi qui jusjurandum defert, non ideo transfert in se totam obligationem passivam, multo minus actionem, quam occupare nec debitoris est sed creditoris.

Dalle esposte riflessioni chiaramente risulta, che rispetto al giuramento prestato da uno dei creditori solidarj sulla delazione del debitore, come rapporto al giuramento prestato dal creditore a delazione di uno dei debitori solidarj, la questione è decisa dalla regola generale fissata nel §. 1.^o del presente articolo; e quindi era inutile che il Legislatore facesse espressamente l'applicazione della

regola stessa . Se poi il creditore in ambedue le accennate ipotesi ammette il pagamento , ricusando di giurare , la decisione della disputa vuol essere dedotta dalle regole contenute negli art. 1197 , 1200 e 1361 , come si è dimostrato ; giacchè l'attuale art. 1365 riguarda soltanto il caso di giuramento *prestato* . Per tale motivo non sarebbe stato regolare , che il Legislatore contemplasse nello stesso articolo un caso estraneo alla sua disposizione .

Parmi altresì che l'Autore abbia preso sbaglio in credere che il caso da lui indicato si trovi deciso nella citata *L. 28. D. de jure-jur.* Io non vedo in essa contemplati se non i due casi sopra i quali si è pure espresso il nostro articolo . Nel principio della stessa legge si dice : *In duobus reis stipulandi ab altero delatum jusjurandum, etiam alteri nocebit* , a cui corrispondono i due primi §§ dell'articolo , colla differenza però che a termini della nuova legge , il giuramento non libera il debitore che per la parte del creditore che lo ha deferito . È poi detto nel §. 3 del citato testo : *Ex duabus reis promittendi ejusdem pecuniae alter juravit? alteri quoque prodesse debebit* , conformemente al §. 4 dell'articolo , sopra cui si ragiona . Le altre disposizioni della medesima legge non riguardano punto i creditori o debitori solidarj . Anche nel Codice Romano non si è dunque creduto necessario di decidere specialmente qual dovesse essere

L'effetto del giuramento prestato dal creditore sulla delazione di uno dei debitori solidarj, essendo certo che non poteva nuocere ai con-debitori in forza della regola di diritto, alla quale infatti appoggiarono la loro decisione il prelodato Voet, ed anche il Faber. Che se il creditore avesse ricusato di giurare, la questione avrebbe dovuto decidersi con i principj contenuti nelle *LL. 38. D. de jurejur.* e *2. e 3. §. 1. D. de duob. reis const.*

(*Del Contratto di matrimonio e dei Diritti rispettivi degli sposi. Cod. Nap. Lib. III, Tit. V, Cap. I. Disposizioni generali.*)

ART. 1389.

Non possono (i coniugi) fare alcuna convenzione o rinunzia il di cui oggetto fosse tendente ad immutare l'ordine legale delle successioni, tanto riguardo ad essi medesimi nella successione de' loro figli o discendenti, quanto rapporto ai loro figli fra essi; salve però le donazioni fra vivi o per testamento, le quali potranno aver luogo secondo le forme e ne' casi determinati nel presente Codice.

È di sentimento il Maleville che in oggi gli sposi non potranno più, nel loro contratto di matrimonio, fare una donazione al primo-genito de' loro figli, della porzione disponibile de' beni al giorno della loro morte, ritenendo che tale donazione sia inconciliabile

collo spirito e le disposizioni del nuovo Codice. Essa avrebbe, egli dice, l'effetto di una sostituzione, e la legge non autorizza neppure le disposizioni officiose, che in quanto il peso della restituzione sia a vantaggio di tutti i figli nati e nascituri, senza eccezione nè preferenza di età o di sesso, come vuole l'art. 1050.

È certo che la donazione di cui parla l'Autore non sarebbe in oggi permessa; ma egli s'inganna in credere che non lo sia, perchè avrebbe l'effetto di una sostituzione. La medesima sarebbe nulla per l'unico motivo che secondo la regola generale stabilita nell'art. 906, non si può donare a colui che non è ancora concepito. Non si saprebbe infatti nella stessa donazione riscontrare il supposto effetto di una sostituzione, non comprendendo essa che una sola persona, ed un solo passaggio di beni direttamente dal donante nel donatario. Nulla perciò influirebbe che la medesima fosse fatta soltanto a favore del primogenito, non avendo la disposizione dell'art. 1050 alcuna analogia con il caso di cui si tratta. Allorchè il figlio fosse concepito è certo che sarebbe lecito di donare ad esso solo tutta la porzione disponibile. Dunque se nel caso nostro non può essere permessa la donazione, è per il solo motivo che la legge vieta di donare a colui che non è peranche concepito. A questa regola che interessa l'ordine pubblico non potrebbero i

conjugi derogare nel loro contratto di matrimonio.

La semplice stipulazione con cui la moglie si costituisce o le vengono costituiti dei beni in dote, non basta perchè sieno questi beni sottomessi al regime dotale, se nel contratto di matrimonio non siasi fatta sopra di ciò un' espressa dichiarazione.

Parimenti non risulta che gli sposi si sieno sottomessi al regime dotale colla semplice dichiarazione da essi fatta, di maritarsi senza comunione o di rimanere separati di beni.

Sostiene il Sig. Maleville che se *tutti i beni* della moglie fossero stipulati dotali, si debba ritenere essersi gli sposi sottomessi al regime dotale; perchè l'articolo non riguarda che il caso in cui siano costituiti solamente *dei beni* in dote.

Attenendosi alle disposizioni ed allo spirito della legge, mi sembra non appoggiata l'opinione del nostro Autore.

Conviene avvertire che anche senza dote può aver luogo il regime dotale, il che si deduce dall'art. 1575, come può aver luogo il regime di comunione, quand'anche siasi costituita una dote, ciò che rilevasi dal nostro articolo, e dall'art. 1540. La differenza perciò tra il regime della comunione ed il regime dotale, non deriva dall'essersi o no costituita una dote, ma dal diverso modo con-

cui sono regolati i diritti degli sposi, e dalle particolari regole alle quali la dote è sottoposta nell' uno e nell' altro sistema, siccome disse il Sig. Berlier nell' esposizione dei motivi.

Una naturale conseguenza di questi principj si è che comunque siasi costituita una dote, ciò non sarà sufficiente per ritenere che debba aver luogo fra i coniugi il sistema dotale, quand' anche tutti i beni della moglie fossero stipulati dotali. Infatti se a termini del presente articolo, la semplice costituzione di una dote non basta perchè sieno i beni sottomessi al regime dotale, e se a quest' effetto è necessario che *nel contratto di matrimonio siasi fatta sopra di ciò un' espressa dichiarazione*, pare indubitato che senza di questa, le regole del regime dotale non dovranno ammettersi, sia che la dote fosse costituita sopra beni particolari, sia che lo fosse sopra tutti i beni della moglie. La misura della dote non può cangiare la generale disposizione della legge. L' espressione *dei beni in dote* non deve limitarsi al caso in cui siasi convenuta la dote soltanto sopra una porzione di beni; mentre è per sè stessa un' espressione generale, che comprende tutti i beni che possono essersi costituiti in dote. La medesima è posta unicamente per indicare, che la semplice costituzione di una dote qualunque non basta, perchè i beni siano sottomessi al regime dotale, senza un' espressa dichiarazione de' coniugi, la quale non po-

trebbe certamente essere supplita dalla stipulazione che tutti i beni della moglie saranno dotali. Perciò il Bernardi, *lib. 7. cap. 2.*, disse con ragione che per essere gli sposi sottomessi al regime dotale, ossia affinchè li beni dotali della moglie sieno inalienabili, essendo questo il solo effetto del regime dotale, è d'uopo che i coniugi stessi dichiarino espressamente che intendono sottomettersi all'indicato regime. Ved. anche gli art. 1393, 1529 e 1581.

Inoltre l'art. 1540 dichiara che *la dote sotto questo regime* (cioè il dotale), *come sotto quello del capo II* (il regime della comunione) *consiste in quei beni che la moglie porta al marito per sostenere i pesi del matrimonio*. Ora siccome a norma dell'art. 1542, la dote può comprendere tutti i beni presenti ed anche futuri della moglie, ciò sarà senza dubbio comune all'uno ed all'altro sistema, non essendo incompatibile colle disposizioni dell'indicato capo II, che tutti i beni della moglie siano stipulati dotali. A questo proposito è d'uopo osservare che lo stesso capo II è diviso in due parti, la prima delle quali riguarda la comunione legale, e la seconda la comunione convenzionale, ed i patti che possono modificare od anche escludere la comunione legale, e che per conseguenza fra il regime della comunione legale, ed il regime dotale, avvi un terzo sistema, a norma del quale i coniugi

possono devenire a quelle stipulazioni che loro sembrano più opportune, regolandole conformemente al disposto negli art. 1497 e successivi. Quindi l'accennata stipulazione che tutti i beni della moglie saranno dotali, avrà bensì l'effetto di escludere fra gli sposi qualsunque comunione di beni; ma non per questo dovrà ritenersi che i medesimi abbiano ad essere soggetti al regime dotale: *L'exclusion de la communauté, disse il Sig. Siméon nel suo Discorso al Corpo Legislativo, n'établit pas seule le régime dotal auquel il faut se soumettre expressément.*

Gli interessi degli sposi saranno nell'esposto caso regolati dalle disposizioni del capo II, parte II, sezione XI *Delle Convenzioni esclusive della comunione*, §. 1^o, art. 1530 e successivi; mentre la stipulazione che tutti i beni della moglie saranno dotali, ha precisamente lo stesso effetto della convenzione di maritarsi senza comunione. In ultimo risultato le conseguenze saranno quasi le medesime, come si può conoscere dal confronto degli art. 1530, 1531, 1533 e 1534, cogli art. 1549 e 1562; ma però vi sarà sempre questa essenziale differenza, cioè che i beni immobili, secondo l'art. 1535, non saranno inalienabili, come lo sono sotto il regime dotale, in forza dell'art. 1554.

Mi sono maggiormente confermato nella esternata opinione dopo aver veduto nell'Opera del Gin, che il saggio Commentatore di

(256)

essa è pure di avviso contrario al Maleville.
Ved. tom. 4. pag. 257. nota 71.

ART. 1396.

I cangiamenti fatti (alle convenzioni matrimoniali) prima della celebrazione del matrimonio , devono essere comprovati da un atto del notaro , steso nella medesima forma del contratto di matrimonio .

Inoltre , nessun cangiamento o contro - dichiarazione in iscritto è valida , quando sia fatta senza la presenza ed il simultaneo consenso di tutte le persone che sono state parti nel contratto di matrimonio .

Si è richiesto nella discussione , come ci attesta il Maleville , che fosse aggiunto in fine dell' articolo o esse debitamente chiamate . Ma questa domanda non fu assecondata in conseguenza dei giusti riflessi fatti da alcuni membri del Consiglio di Stato . Ad onta di ciò lo stesso Sig. Maleville osserva che se fosse assolutamente necessario che tutte le parti comparissero personalmente al nuovo atto , nel quale volesse farsi qualche cangiamento che non riguardasse se non una di esse , questi cangiamenti diverrebbero qualche volta impossibili , ed il matrimonio potrebbe non avere effetto ; oppure converrebbe fare intieramente un nuovo contratto , nel quale verrebbero a perdere il frutto della donazione fatta dall' assente ; e se il donatario fosse morto , ciò sarebbe ancor peggio . Per tali considerazioni l' Autore ritiene che basti nella detta

ipotesi , come in tutte le altre , che le parti siano debitamente chiamate per assistere alla contro-dichiarazione ; e che se desse si presentano , possono dichiarare che qualora i cangiamenti abbiano luogo , revocano la loro liberalità ; se poi non compajono , si presuminano acconsentire alla contro-dichiarazione .

Questa opinione si oppone alle letterali espressioni della legge , al risultato della Discussione , ed ai principj generali di diritto : *nihil tam naturale est eodem modo quidquid dissolvi quo colligatum est.*

Se l' articolo per i cangiamenti alle convenzioni matrimoniali , vuole indistintamente la presenza ed il simultaneo consenso di tutte le persone che sono state parti nel contratto di matrimonio , e se la chiesta limitazione o esse debitamente chiamate non si fece all' articolo , mi sembra che male a proposito l' Autore insista nel voler sostenere che si possano validamente cangiare le convenzioni matrimoniali , senza la presenza e l' espresso consenso di tutte le parti , e che basti l'averle debitamente chiamate .

Hanno assai bene su di ciò ragionato gli Autori delle Pandette , tom. II. n.^o 205. pag. 251. *Un contrat de mariage , essi dissero , n' est pas seulement un acte passé entre les deux parties qui s' unissent , et pour leur seul intérêt . C' est un traité entre deux familles , dont il règle les droits pour les siècles à venir . Les époux ne peuvent donc pas*

seuls changer les conditions auxquelles ces familles ont concouru, et dans lesquelles elles ont véritablement stipulé pour elles-mêmes. Ed al successivo n.^o 206 sostennero non essere sufficiente che le parti siano debitamente chiamate, poichè *ce n'est pas une présence purement passive qui est nécessaire et que la loi exige. C'est le consentement.* On ne peut plus changer un contrat formé, sans le concours et la volonté de ceux avec qui il s'est fait. Il ne suffirait donc pas d'appeler les parties. Il faut qu'elles se présentent aux changemens et qu'elles les agréent.

Nè può ammettersi nel caso nostro, come vorrebbe l' Autore, che quando una parte fu debitamente chiamata, e che non si presenta, si ritiene acconsentire al proposto cangiamento. Senza disputare sopra questa forse non appoggiata presunzione, basta l' osservare che la legge richiedendo *il consenso* di tutte le parti, intende che questo consenso debba essere speciale ed espresso, quale è necessario per stipulare o disciogliere una convenzione; e per conseguenza non potrebbe valutarsi un consenso soltanto presunto. Avvi di più: la legge richiede pure *la presenza*, il che rende maggiormente inammissibile l' opinione del nostro Autore.

Io non vedo che dal giusto rigore della legge possa derivarne alcun inconveniente, né divenire impossibile ogni cangiamento, quand' anche una delle parti fosse defunta;

giacchè, come osservarono i nominati Autori delle Pandette tom. cit. n.^o 207, *on sait que la personne du défunt se continue en celle de ses héritiers*: Sustinent personam defuncti. *Ainsi les héritiers seraient capables de concourir à ces changemens; ce seraient toujours les mêmes parties.* Sarebbe poi singolare e contrario alle massime di diritto che fosse lecito modificare e cangiare una convenzione matrimoniale, senza un'expressa approvazione di tutte quelle persone che furono parti nel contratto di matrimonio.

(*Delle Attività della comunione.* Cod. Nap. Lib. III, Tit. V, Cap. II, Part. I, Sez. I, §. 1.^o

ART. 1407.

L'immobile acquistato durante il matrimonio, a titolo di permute con un immobile spettante all'altro dei coniugi, non cade nella comunione, ed è surrogato nel luogo di quello alienato; salvo il compenso in caso di eccedenza.

« Era di pratica, così scrive il Sig. Ma-
« leville, che quando l'uno dei coniugi rien-
« travà durante il matrimonio nel possesso di
« un immobile ch'esso aveva alienato prima,
« questo immobile rimaneva esclusivamente di
« sua proprietà, sia che lo avesse recuperato

« in conseguenza della rescissione o scioglimento della vendita, ovvero in forza di una clausola di riscatto , salva la ricompensa . « *Renusson, cap. 3. n.^o 52. Dumoulin, d' Argenté etc.* Questa regola di giurisprudenza « deve senza dubbio aver luogo ancora . »

A me sembra che non occorra avere riguardo all' antica giurisprudenza , quando la questione può decidersi colle regole nell' attuale legislazione stabilitate .

Le azioni di rescissione o scioglimento della vendita , come pure quelle di riscatto , avendo per oggetto nel caso nostro un immobile , sono classificate dall' art. 526 §. 3 fra i beni immobili . Ora , se a termini dell'art. 1404 , gl' immobili posseduti dai coniugi prima del matrimonio non cadono in comunione , ne verrà di certa conseguenza che anche le indicate azioni , avendo una causa anteriore al matrimonio , non dovranno cadere in comunione ; e quindi l' oggetto riacquistato in forza delle medesime rimarrà di esclusiva proprietà di quel coniuge , cui competevano le stesse azioni : *qui actionem habet, ipsam rem habere videtur.*

Può dunque anche in generale ritenersi , che quanto si acquistasse da uno de' coniugi in conseguenza di un' azione reale classificata fra i beni immobili , e già esistente all' epoca del matrimonio , non entrerà in comunione , perchè non vi entra l' azione stessa .

{ *Dell' Amministrazione della comunione ;
e dell' effetto degli atti di uno dei con-
jugi relativamente alla società conjuga-
le . Cod. Nap. Lib. III , Tit. V , Cap.
II , Part. I , Sez. II .* }

ART. 1422.

*Non può (il marito) disporre per atto fra vivi
a titolo gratuito degl' immobili della comunione , nè
della totalità o di una quota della sostanza mobilia-
re , eccetto che per dare uno stabilimento ai figli
comuni .*

*Non ostante può disporre a titolo gratuito e par-
ticolare degli effetti mobiliari a vantaggio di qualun-
que persona , purchè non se ne riservi l' usufrutto .*

ART. 1423.

*La donazione fatta dal marito per atto di ulti-
ma volontà non può eccedere la parte che gli spetta
nella comunione .*

*Se in questa forma ha donato una cosa della
comunione , il donatario non può pretenderla in na-
tura , se non nel caso in cui per accidentalità della
divisione , la cosa donata cada nella quota perve-
nuta agli eredi del marito : se l' effetto non cade nell'
indicata quota , il legatario riceve l' equivalente dell'
intiero valore della cosa donata sulla parte spettante
agli eredi del marito nella comunione e sopra i beni
particolari di quest' ultimo .*

Osserva il nostro Autore che il prin-

cipio dell' art. 1423 è preso dal 296° della consuetudine di Parigi ; gli sembra però veramente singolare che il Legislatore siasi creduto obbligato di farne una regola .

Quando bene si esamini questo punto , si comprenderà che non fu inutilmente dichiarato che la donazione fatta dal marito per atto di ultima volontà , non possa eccedere la parte che gli spetta nella comunione .

Secondo i principj della società , è indubbiato che un socio non può disporre oltre la parte che gli spetta sopra i beni comuni ; e ciò è tanto naturale che nel titolo del *Contratto di Società* , si è creduto inutile di stabilire questa massima . Non è però lo stesso relativamente alla comunione fra marito e moglie . L'autorità maritale fece accordare al marito maggiori diritti di quelli che possono competere ad un socio ; e secondo le consuetudini di Francia , questi diritti erano forse troppo illimitati .

Le droit coutumier , disse il Sig. Duveyrier nel suo Rapporto al Tribunato , *lui laisseoit (al marito) même la faculté de donner tout , meubles et immeubles , soit par acte entre-vifs , soit par testament .*

Mais depuis long-temps on sentoit l'abus de ce droit illimité , qui pouvoit dépouiller impunément la femme lorsque les biens personnels de son mari ne suffisoient pas à ses reprises .

Le nouveau projet y apporte une restriction raisonnable .

Il distingue à cet égard les meubles et les immeubles, les donations et les testamens

Par testament, le mari ne peut donner que sa part dans la communauté, quelle que soit la nature des biens qui la composent, c'est-à-dire la moitié seulement des meubles et des immeubles.

Par donation entre-vifs, il ne peut disposer d'aucune partie des immeubles de la communauté, si ce n'est pour fournir à l'établissement des enfans communs.

Il ne peut donner l'universalité du mobilier.

Et même, s'il veut en donner légalement une partie, il ne pourra pas s'en réservr l'usufruit: restriction ingénue qui tend à refroidir chez lui l'intention d'une libéralité, dont le droit ne pouvoit être absolument enlevé à la puissance maritale.

Non è dunque per istabilire una regola, ma piuttosto per modificare quanto era in uso secondo il diritto di consuetudine, che si credette necessario di espressamente ordinare, che il marito non potesse più in oggi donare per atto di ultima volontà, fuorchè la porzione che gli spetta nella comunione.

Si osservi altresì che dopo essersi nel primo dei premessi articoli accordata al marito la facoltà di disporre a titolo particolare per atto fra vivi degli effetti mobiliari, era anche indispensabile per maggiore precisione e chiarezza, che la legge dichiarasse

(264)

se lo stesso marito avrebbe potuto o no egualmente disporre per atto di ultima volontà, come lo poteva anche più estesamente secondo il diritto di consuetudine.

Ecco per quali motivi il Legislatore ha saggiamente prescritto, che la donazione fatta dal marito per atto di ultima volontà non possa eccedere la parte che gli spetta nella comunione.

(*Dell' Accettazione della Comunione, e della Rinunzia che vi si può fare colle condizioni che le sono relative. Cod. Nap. Lib. III, Tit. V, Cap. II, Part. I, Sez. IV.*)

ART. 1465.

La vedova, tanto accettando che rinunziando, ha diritto, duranti i tre mesi e quaranta giorni che le sono concessi per fare l'inventario e per deliberare, di percepire dalle provvisioni esistenti, gli alimenti per sè e per i suoi domestici, ed in mancanza di queste, può supplirvi prendendo danaro ad imprestito a conto della massa comune, coll' obbligo però di farne un uso moderato.

Essa non è tenuta ad alcuna pignone per aver abitata, duranti questi termini, in una casa dipendente dalla comunione o spettante agli eredi del marito; e se la casa che abitavano i conjugi al tempo dello scioglimento della comunione, era da essi posseduta per titolo d'affitto, la moglie non sarà obbligata a restituirla.

gata a contribuire , pendenti gli stessi termini , per il pagamento della pugione , il quale sarà levato dalla massa .

Se la moglie ottiene la proroga di cui parla l'art. 1458 , crede il nostro Autore che non potrebbe durante la medesima continuare a godere il favore ad essa accordato dall'attuale articolo , perchè questo è restrittivo .

Io non sono di questo avviso , e ritengo che anche nel caso in cui siano prorogati i termini per fare l'inventario e deliberare , la vedova dovrà godere gli stessi vantaggi che dall'articolo le sono giustamente accordati .

Finchè la moglie non abbia accettata la comunione o non vi abbia rinunziato , deve avere diritto di abitare nella casa conjugale , ed i mezzi di sussistenza sopra i beni comuni . Tale si è l'oggetto della legge . Sembra quindi ragionevole che anche allorquando i termini siano legalmente prorogati , la vedova non dovrà perdere gl'indicati diritti ; in quanto che non essendosi verificata nè l'accettazione della comunione , nè la rinunzia alla medesima , sussiste sempre lo stesso motivo della legge , e dee egualmente aver luogo la di lei disposizione .

Giova inoltre riflettere che quando si ottiene una proroga autorizzata dalla legge , l'effetto della medesima è sempre quello di mantenere nell'esercizio degli stessi diritti la persona cui venne accordata ; e perciò la ve-

dova non dovrebbe rimanere priva dei giusti vantaggi che le accorda l' articolo , allorchè le fosse concesso un nuovo termine per l' inventario e per deliberare . Se dessa dovesse perdere il diritto agli alimenti ed all' abitazione , infruttuoso le riuscirebbe in questa parte il beneficio della proroga che l' art. 1458 permette di accordarle , e la proroga stessa non sortirebbe quel compito effetto che deve regolarmente avere .

Lo stesso articolo 1458 sembra appoggiare la nostra opinione . Ivi è disposto : *questa proroga , se vi è luogo , è pronunziata in contraddittorio degli eredi del marito , o essi formalmente citati .* Ora , non è forse anche per la continuazione dei vantaggi dal nostro articolo accordati alla vedova , che si richiede il concorso degli eredi , all' oggetto che siano sentiti , e possano opporsi alla di lei domanda ?

Nè credo possa dedursi un fondato argomento per l' opinione del Maleville , dal riscontrarsi soltanto indicato nell' articolo il preciso termine di tre mesi e quaranta giorni . Non v' ha dubbio che questo essendo il termine ordinario già fissato nell' art. 1457 , il legislatore doveva richiamarlo anche nel presente articolo ; ma da questa semplice indicazione non si può dedurre che siasi voluta limitare la disposizione del medesimo , in modo che non debba egualmente estendersi al caso in cui la vedova abbia ottenuta una proroga .

La detta indicazione fu posta unicamente , a mio parere , per far comprendere che la vedova deve godere i diritti de' quali si tratta , finchè non abbia deciso di accettare o rinunciare alla comunione . Se dessa venisse a compiere l' inventario , e deliberasse qualche tempo prima che spirasse il termine dei tre mesi e quaranta giorni , è certo che non potrebbe più avere l' abitazione e la sussistenza sopra i beni comuni , ad onta che l' articolo le accordi questo diritto per l' intiero termine di tre mesi e quaranta giorni ; quindi per la stessa ragione dovrà continuare nel godimento dei sovraindicati vantaggi , allorchè abbia ottenuta una proroga ai termini ordinarij .

Trovo sostenuta la stessa opinione anche dal Bernardi , lib. 8. cap. 6. Quest' Autore ritienendo che i diritti dalla legge accordati alla vedova dal presente articolo , sono fondati sopra riguardi di giustizia e di umanità , e che non effettuandosi la divisione della comunione , finchè si ignora se la moglie accetti o rinunzii , si presume ch' essa esista , e per conseguenza dee vivere la moglie a spese della comunione stessa , come faceva per l' innanzi , non dubita di conchiudere che anche nel caso di ottenuta proroga debba la vedova egualmente approfittare delle favorevoli disposizioni dell' articolo .

(*Della Divisione dell' attivo . Cod. Nap.*
Lib. III, Tit. V, Cap. II, Part. I, Sez.
V, §. 1.^o)

ART. 1479.

I crediti particolari, che i coniugi hanno da proporre l' uno contro dell' altro, non producono interesse che dal giorno della domanda giudiziale.

« Non avvi contraddizione , dice il Sig.
 « Maleville , fra quest' articolo ed il 1473 ,
 « poichè i casi sono differenti ; ma le ragioni
 « della differenza nella decisione non sono ab-
 « bastanza evidenti . »

Mi sembra facile il conoscere quali sieno i motivi che hanno determinato il Legislatore a questa diversa decisione .

Nel caso del nostro articolo si è lasciata sussistere la regola generale, secondo la quale gl' interessi non sono dovuti che dal giorno della domanda : non eravi motivo per derogarvi , giacchè , siccome dicono a questo proposito gli Autori delle Pandette *tom. 11. pag. 441* , i diritti contemplati dal presente articolo *sont des créances ordinaires auxquelles on doit appliquer les principes communs à toutes les obligations* .

Deve pure osservarsi che potendo essere noti ai coniugi i loro rispettivi crediti particolari , è in arbitrio di essi il farne una for-

male domanda , per avere il diritto agl' interessi dal giorno della medesima .

Ma non è lo stesso rispetto ai crediti contemplati nell' art. 1473 , e risultanti dai *rinvestimenti e compensazioni*, cui è tenuta la *comunione verso i coniugi*, e dalle *compensazioni ed indennità* che questi devono alla *comunione*. A questo riguardo era necessario e giusto il far decorrere gl' interessi *ipso jure* dal giorno dello scioglimento della comunione, 1.^o perchè i crediti per i titoli accennati non possono immediatamente conoscersi , essendo necessaria una preventiva esatta liquidazione per istabilirli ; di modo che attesa l'impossibilità di farne la domanda , verrebbero necessariamente a perdere gl' interessi dal giorno in cui è sciolta la comunione , fino alla liquidazione de' conti; 2.^o perchè trattandosi di comunione vuol essere conservata fra i coniugi una perfetta egualanza , nè l' uno deve avere vantaggio o danno a fronte dell' altro . Se non decoressero *ipso jure* gl' interessi , quel coniuge che avesse maggiori crediti per i titoli indicati nello stesso art. 1473 , soffrirebbe un danno a confronto dell' altro , e questi sarebbe di più favorevole condizione.

Tali sembrano i motivi che hanno indotto il Legislatore a stabilire due regole diverse negli art. 1473 e 1479.

(*Della Restituzione della dote. Cod. Nap. Lib. III, Tit. V, Cap. III, Sez. III.*)

ART. 1570.

Se il matrimonio è sciolto per la morte della moglie, gl'interessi ed i frutti della dote che deve restituirsì, decorrono ipso jure a favore de' suoi eredi dal giorno dello scioglimento.

Se questo accade per la morte del marito, la moglie ha la scelta di esigere, durante l'anno del lutto, gl'interessi della sua dote, o di farsi somministrare gli alimenti per il tempo predetto, dall'eredità del marito; ma, in ambedue i casi, nel corso di detto anno deve l'eredità somministrarle l'abitazione e gli abiti del lutto, senza diminuzione degli interessi ad essa dovuti.

« Si suppone in quest' articolo, così dice « il nostro Autore, che non sianvi superstiti « figli del matrimonio; poichè se ve ne fossero, converrebbe allora ricorrere al titolo « della Patria Podestà. »

Non si comprende perchè il Sig. Maleville abbia creduto che l'articolo supponga la non esistenza di figli del matrimonio, quasi che se anche ve ne fossero, non potesse o non dovesse mai aver luogo la riferita disposizione. Questa potrà ricevere la sua applicazione anche allorquando esistessero dei figli. Deve però ritenersi che si può verificare un caso speciale, in cui la stessa dispo-

sizione non potrebbe sortire effetto. Nell' ipotesi infatti che i figli superstiti fossero tutti soggetti alla patria podestà, ed in età minore dei 18 anni, e che essi fossero i soli eredi di tutta la dote materna, o dell'intiera sostanza del padre, in questo unico caso, avendo il genitore superstite, a termini dell' art. 384, il legale usufrutto dei beni de' suoi figli, è chiaro che la disposizione del presente articolo rimarrebbe inefficace. Ma se tutti i figli, oppure alcuni di essi fossero emancipati, od in età maggiore dei 18 anni; se vi fossero dei legatarj universali o a titolo universale; e generalmente se il genitore superstite o non avesse il legale usufrutto, o lo avesse soltanto di una parte della dote, allorchè sia premorta la moglie, o di una porzione della eredità del marito, qualora di questi siasi verificata la premorienza; in tali casi, ad onta dell'esistenza di figli del matrimonio, potrà sempre avere effetto in tutto, o almeno in parte il disposto nel nostro articolo.

Veggansi anche gli eruditi Commenti all' Opera del Gin, tom. 4. pag. 504. nota 107.

(*Della Tradizione della cosa. Cod. Nap.*
Lib. III, Tit. VI, Cap. IV, Sez. II.)

ART. 1614.

La cosa deve consegnarsi nello stato in cui si trova al tempo della vendita.

Dal giorno della stessa vendita, tutti i frutti spettano al compratore.

« Nel nostro progetto, così scrive il Ma-
 « leville, noi avevamo detto che i frutti do-
 « vessero appartenere all' acquirente, sebbene
 « seminati da un terzo, qualora il venditore
 « non li avesse riservati, salvo il regresso di
 « questo terzo contro il venditore, il che è
 « conforme alla *L. 25. D. de usur. et fruct.*
 « Quest' addizione fu criticata dai Tribunali
 « di Appello di Montpellier e di Lione, i
 « quali dicevano che il diritto del colono era
 « anteriore a quello del compratore. La Se-
 « zione di Legislazione credette opportuno di
 « sopprimerla, e l' articolo fu, come trovasi,
 « presentato al Consiglio, ed adottato senza
 « discussione; ma dalla maniera sola con cui
 « si esprime, *tutti i frutti*, si deve conchius-
 « dere che non avvi eccezione per il colono,
 « ed infatti la *L. 25. de usur.* dice: *Omnis*
 « *fructus non jure seminis, sed jure soli*
 « *percipitur.* »

L' addizione di cui fa cenno l' Autore fu

con ragione soppressa ; poichè da una parte era inutile , e dall'altra poteva essere in certi casi contraria ad alcune disposizioni del Codice .

Per conoscere quali diritti debba avere il colono , e quali il compratore del fondo rapporto ai frutti di esso , non si ha che ad applicare le massime contenute negli art. 547 e 548 , e nel titolo *del Contratto di Locazione* .

Di regola generale è certo che il compratore acquistando la proprietà del fondo , avrà pure diritto sopra i frutti che ne sono un accessorio , sebbene siano stati seminati da un terzo , salvo nondimeno il rimborso delle spese de' lavori , delle fatiche e sementi dovute a terze persone . Tutto ciò risulta chiaramente dai cit. art. 547 e 548 . La massima : *omnis fructus non jure seminis , sed jure soli percipitur* , è dunque ritenuta anche dalla presente legislazione ; ed era quindi inutile a questo riguardo l' addizione che riscontravasi nel Progetto di legge .

Ma non sempre avrà il compratore diritto ai frutti , sebbene seminati da terze persone . Queste possono avere coltivato il fondo con un legittimo titolo , cioè con quello di locazione , ed essere per conseguenza in diritto di godere la totalità od una parte dei frutti , secondo la legge del loro contratto . In questo caso la regola generale posta nel Progetto , sarebbe stata contraria ai principj stabiliti nel titolo *del Contratto di Locazione* ,

qualora l'acquirente fosse tenuto a mantenere l'affitto.

L'odierna legge, scostandosi dal diritto romano, affinchè fosse maggiormente rispettata la fede dei contratti, e più favorito l'interesse dei conduttori, ha stabilito nell'art. 1743 che *il compratore non può espellere l'affittuario o l'inquilino, il quale abbia una scrittura autentica o di data certa, purchè il locatore stesso non siasi riservato un tale diritto nel contratto di locazione.* È dunque evidente che i frutti naturali ed industriali apparteranno al colono a termini del di lui contratto, che il compratore ha l'obbligo di mantenere.

Se poi nel contratto di affitto il locatore si fosse riservata la facoltà di espellere l'affittuario in caso di vendita, non potendo il compratore far uso di tale facoltà, se non dopo avere avvertito l'affittuario de' beni rustici almeno un anno prima, come vuole l'art. 1748, ne viene che se non si fosse eseguita questa dissidazione un anno avanti di effettuare la vendita, il colono avrebbe sempre diritto di godere i frutti del fondo per un intiero anno dall'epoca della dissidazione.

L'Autore però ha creduto che non dovesse esservi eccezione per il colono, perchè l'articolo dice in generale *tutti i frutti spettano al compratore.* A questo proposito deve osservarsi, 1.^o che l'articolo riguarda il solo venditore, e non i terzi che potessero avere

qualche diritto sopra i frutti ; 2.^o che questi frutti possono essere naturali, industriali e civili, come ci vengono descritti negli art. 583 e 584; e quand'anche il compratore non possa pretendere i frutti naturali o industriali, sarà però sempre in diritto di esigere i frutti civili, ossia i fitti in danaro, od anche tutti quei frutti in natura, che a norma del contratto di locazione sarebbero stati devoluti al venditore; per cui la regola nell' articolo stabilita avrà costantemente il suo effetto.

Ma se il contratto del colono fosse verbale, od anche in privata scrittura, la quale non avesse una data certa anteriore alla vendita, il compratore non essendo punto obbligato a mantenerlo, come si deduce dal cit. art. 1743, avrebbe diritto sopra i frutti del fondo a preferenza del colono dal giorno del suo acquisto, a norma di quanto si è superiormente osservato coll'appoggio degli art. 547 e 548; salvo il caso di una contraria convenzione fatta tra il venditore e lo stesso compratore.

Si ritenga però che anche quando il colono non può reclamare dal compratore l'osservanza del proprio contratto, avrà sempre salvo il suo regresso contro il locatore alienante, per essere indennizzato come sarà di ragione, e nel modo determinato dalla convenzione o dalla legge. *Ved.* gli art. 1744, 1745, 1746, 1749, 1750, ed anche gli art. 1134, 1147 e 1149.

(*Della Garanzia in caso di evizione.*
Cod. Nap. Lib. III, Tit. VI, Cap. IV,
Sez. III, §. 1.^o)

ART. 1629.

Nello stesso caso di stipulata esclusione della garanzia, il venditore, accadendo l'evizione, è tenuto alla restituzione del prezzo,

Eccetto che il compratore fosse consapevole del pericolo dell'evizione all'atto della vendita, o avesse comprato a suo rischio e pericolo.

Era massima stabilità nella *L. ult. in fine C. commun. de legat.*, che qualora il compratore d'una cosa altrui fosse stato in mala fede, poteva solamente reclamare la restituzione del prezzo, tanto nel caso in cui nulla avesse stipulato rapporto alla garanzia, quanto in quello in cui l'avesse anche espressamente convenuta.

Nell'ipotesi che nulla si fosse stipulato relativamente alla garanzia, il Sig. Maleville sostiene, e con ragione, che anche in oggi il compratore sciente che la cosa non apparteneva al venditore, avrà solo diritto di pretendere la restituzione del prezzo, e nel caso che lo avesse ignorato potrà reclamare altresì i danni ed interessi, conformemente alla citata *L. ult.*

Ma però lo stesso Autore si allontana dalla disposizione di essa legge, allorchè il

compratore, sebbene consapevole che la cosa apparteneva ad altri, avesse espressamente stipulata la garanzia; in questo caso egli pretende che siccome l'art. 1630 non fa più menzione della scienza od ignoranza del compratore, questi possa reclamare anche i danni ed interessi, eccetto che il venditore non ignorasse che la cosa era di altrui dominio, nel quale caso egli crede che non altro potrebbe domandare, fuorchè la restituzione del prezzo, essendovi del dolo dalla parte dello stesso acquirente.

Mi fa specie che il Sig. Maleville il quale si mostra forse troppo attaccato alle leggi romane, si discosti poi dalle loro disposizioni, quando meno il dovrebbe. La stessa decisione della citata *L. ult. C. commun. de legat.* dovrà aver luogo ancora, perchè viene pure dettata dalla legge del nuovo Codice.

Se il compratore era consapevole che la cosa non apparteneva al venditore, abbia o non abbia espressamente stipulata la garanzia, non potrà mai reclamare i danni ed interessi, ma la sola restituzione del prezzo. A questa opinione ne guida l'art. 1599, il quale dopo aver dichiarata nulla la vendita della cosa altrui, aggiunge: *essa può dar luogo al risarcimento dei danni ed interessi, quando il compratore abbia ignorato che la cosa fosse d'altri.* Se dunque il compratore è in mala fede, ossia consciò che la cosa non apparteneva al venditore, non potrà mai pretendere i danni

ed interessi, quand' anche avesse stipulata la garanzia; perchè l'articolo è generale, e non ammette veruna distinzione. Non sarebbe infatti ragionevole che fosse in arbitrio dell'acquirente di sottrarsi con un'espressa convenzione ai legali effetti della di lui mala fede. Se ciò si ammettesse, potrebbe sempre essere delusa la disposizione del cit. art. 1599; mentre il compratore di mala fede, per evitare le conseguenze, non avrebbe che a stipulare espressamente la garanzia. Inoltre il diritto ai danni ed interessi, di regola generale, dee costantemente avere per base la buona fede. Nè conviene farsi carico, siccome vorrebbe l'Autore, della scienza od ignoranza del venditore che la cosa apparteneva ad altri, per ammettere nel primo caso il compratore ad esigere anche i danni ed interessi, e nel secondo la sola restituzione del prezzo. È unicamente alla buona o mala fede dello stesso compratore, cui devesi nel concreto caso avere riguardo, e non a quella del venditore, in forza del riferito art. 1599.

L'Autore crede riscontrare un favorevole appoggio alla di lui opinione nell'art. 1630, il quale, in caso di evizione, accorda al compratore il diritto di domandare anche i danni ed interessi, senza fare alcuna distinzione se egli sapesse od ignorasse che la cosa non era di proprietà del venditore. Ma questa disposizione deve necessariamente limitarsi al caso in cui lo stesso compratore fosse in buona

fede; giacchè altrimenti è indubitato che non potrebbe reclamare i danni ed interessi giusta l'art. 1599, la cui precisa disposizione non può certamente ritenersi derogata dal cit. art. 1630.

Conviene altresì osservare che il nostro Autore, allorquando nulla siasi stipulato sopra la garanzia, disse apertamente che se il compratore era in mala fede, potrà solo pretendere la restituzione del prezzo. Ma perchè stabilire una differenza fra questo caso, e quello in cui la garanzia si fosse specialmente convenuta? Essa sarebbe in aperta opposizione collo stesso art. 1630, il quale ammette egualmente la domanda dei danni ed interessi in ambedue i casi: *quando siasi promessa la garanzia, sono le parole del testo, o nulla siasi stipulato su tale oggetto, se il compratore ha sofferta l'evizione, ha diritto di domandare dal venditore, 1.^o la restituzione del prezzo; 2.^o 3.^o 4.^o finalmente i danni ed interessi* Se dunque, anche in senso dell'Autore, non deve ammettersi l'azione per i danni ed interessi, allorchè il compratore fosse in mala fede, e non avesse stipulata la garanzia, converrà tenere che debba aver luogo la stessa regola anche quando la garanzia si fosse dal compratore espressamente convenuta, secondo il prescritto nell'art. 1599; ovvero se vuolsi ammettere la stessa azione in un caso, converrebbe pure accordarla nell'altro; dacchè il

riportato art. 1630 concede indistintamente i medesimi diritti , sia o non sia promessa la garanzia . Ma con ciò la regola dell'art. 1599 sarebbe intieramente distrutta .

ART. 1640.

La garanzia per causa d'evizione cessa quando il compratore si è lasciato condannare con una sentenza pronunciata in ultima istanza , o di cui non è più ammissibile l'appellazione , senza chiamare in giudizio il venditore , se questi provi che vi erano sufficienti motivi per far rigettare la domanda .

« Sonovi molti altri casi , dice il Sig. Maleville , in cui l'acquirente non può agire per la garanzia .

« 1.º S'egli è espulso per forza e violenza . *L. ult. C. de act. emt.*

« 2.º Se ciò avviene per fatto del Principe . *L. 11. D. de evict.*

« 3.º Quando egli può opporre la prescrizione a colui che lo disturba . *L. 54. D. de evict.*

« 4.º Allorchè la cosa gli è stata donata a titolo particolare dal vero proprietario . *L. 57. eod.* Allora soltanto egli può ripetere il prezzo . *L. 13. §. 15. D. de act. emt.*

« 5.º Quando il vero proprietario diviene erede del venditore , secondo la massima : *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.*

« Ma se il vero proprietario , continua

« Io stesso Maleville, non è erede che in parte
 « del venditore, potrà egli impugnare la ven-
 « dita che il suo autore avrà fatta? Potrà egli
 « esercitare questo diritto sopra l'intiera cosa
 « alienata, o soltanto lasciando all'acquirente
 « la parte corrispondente a quella in cui è
 « erede? L'erede beneficiato può egli agire
 « contro le vendite che il suo autore avrà
 « fatte de' beni propri dello stesso erede? Il
 « sostituito erede del gravato può egli impu-
 « gnare quelle che quest'ultimo avrà fatte de'
 « beni della sostituzione? I figli eredi dei loro
 « genitori hanno essi questo diritto relativa-
 « mente ai beni dotali venduti durante il ma-
 « trimonio? Ardue questioni, le quali hanno
 « divisi i pareri dei più valenti autori. Si pos-
 « sono vedere le loro opinioni raccolte in
 « *Lapeyrère*, lett. H, n.^o 22. *Rousseaud*,
 « verbo *évasion*, n.^o 10. Pothier, *Vente*, pag.
 « 178. e seg.

« Io credo, così decide il nostro Auto-
 « re, 1.^o che l'erede puro e semplice, ma
 « in parte, non può rivendicare la porzione
 « del proprio fondo venduto dal suo autore,
 « la quale corrisponde a quella in cui è ere-
 « de, ma che può rivendicare le altre por-
 « zioni, coll'obbligo di soggiacere ai danni
 « ed interessi verso l'acquirente, per una
 « parte eguale a quella in cui è erede. Tale
 « si è la decisione formale della *L. cum &*
matre 14. C. de rei vind., difesa da Pothier,
 « e seguita nella pratica.

« 2.º Che l' erede beneficiato può riven-
 « dicare il proprio fondo venduto dal defun-
 « to , poichè egli non confonde le sue azioni
 « con quelle dell'eredità . Non ostante se dopo
 « ciò divenisse erede puro e semplice , sa-
 « rebbe giusto che rendesse il fondo all'acqui-
 « rente , con tutti i danni ed interessi deri-
 « vati a quest'ultimo per la privazione ch'egli
 « avrebbe sofferta ; è perciò ch'io non vorrei
 « ammettere l'azione dell'erede beneficiato
 « che sotto cauzione .

« 3.º L'ordinanza del 1747 , art. 31 , del
 « titolo 2 , permetteva la rivendicazione al
 « sostituito , sebbene erede del gravato ; ma
 « io di già esposi sopra l'art. 1072 del Co-
 « dice , le ragioni che m'inducono a crede-
 « re , che questa disposizione non possa più
 « aver luogo .

« 4.º Io sono d'avviso che i figli , seb-
 « bene eredi dei loro genitori , possono riven-
 « dicare i fondi dotali alienati da essi durante
 « il matrimonio , coll'obbligo di soggiacere ai
 « danni ed interessi verso l'acquirente , nel
 « caso in cui , secondo l'art. 1560 , vi sa-
 « rebbe soggetto il loro autore medesimo . Il
 « motivo che mi fa inclinare a questa opinio-
 « ne , si è che i figli sono assai più favoriti
 « dei loro genitori , ai quali non ostante la
 « legge permette di rivendicare ciò che egli-
 « no stessi hanno venduto ; e che d'altronde
 « la vendita del fondo dotale *constante ma-*
trimonio essendo radicalmente nulla e proi-

«bita dalla legge, il compratore non può
«fare eccezione se non che per i suoi danni
«ed interessi, qualora fosse stato in buona
«fede. »

Il nostro Autore forse riscontrando qualche omissione nella legge, si è fatto carico di accennare altri casi ne' quali egli pretende che non si possa agire per la garanzia. Ma le di lui osservazioni a questo riguardo oltre ad essere assai poco esatte, contengono altresì delle fallaci opinioni. Ci sarà facile infatti il dimostrare che altri dei casi da lui indicati non riguardano la vera garanzia; che altri sono dal Codice contemplati; che in altri per ultimo egli si è ingannato, ritenendo che non possa aver luogo l'azione di garanzia.

Dagli art. 1603, 1623, 1626 e 1641 si rileva che il venditore è solo tenuto alla garanzia, 1.^o allorchè un terzo rivendichi la proprietà della cosa in tutto o in parte; 2.^o quando si pretendano dei pesi sopra la medesima che non furono manifestati all'atto della vendita; 3.^o qualora la cosa abbia dei difetti occulti o dei vizj che la rendono non atta all'uso cui è destinata, o che ne diminuiscono d'assai il valore. Fuori di questi casi non vi è dunque obbligo di garanzia. Se il compratore è privato della cosa per forza e violenza, o per fatto del Principe, come dice l'Autore ai num. 1.^o e 2.^o, non si verifica la vera evizione; poichè non è realmente rivendicata la proprietà della cosa; e

perciò mancando questo estremo , è naturale che non si potrà agire per la garanzia , non essendo questi i casi ne' quali essa debba aver luogo , trattandosi di fatti ed avvenimenti , di cui il venditore non deve e non può rispondere .

Il caso indicato dall' Autore al n.^o 3.^o , cioè che non ha luogo l' azione per la garanzia , quando l' acquirente può opporre la prescrizione a colui che lo disturba , è precisamente contemplato dallo stesso nostro articolo . Qualora il diritto di proprietà trovasi legalmente prescritto a danno del vero proprietario , è certo che non potrebbe verificarsi l' evizione , se non nel caso straordinario in cui non si fosse opposta la prescrizione . Ma anche in questa ipotesi non avrebbe diritto il compratore , in forza dell' attuale articolo , di agire per la garanzia ; poichè ivi è detto che cessa l' obbligo della medesima , quando il venditore *provi che vi erano sufficienti motivi per far rigettare la domanda* , e fra questi motivi deve appunto annoverarsi la prescrizione dell' azione vindicatoria ; se adunque l' acquirente non l' ha opposta in giudizio , affinchè fosse rigettata la domanda , egli agirebbe inutilmente contro il venditore , il quale provando che poteva essere opposta la prescrizione , verrebbe sciolto dall' obbligo della garanzia .

Allorchè la cosa sia stata donata particolarmente al compratore dal vero proprietario , è un errore il credere ch' egli perda il

diritto di agire per la garanzia. In tale caso, riferito dal Maleville al n.^o 4.^o, è indubitato che l'azione per la garanzia potrà essere egualmente promossa, ed avrà quel medesimo effetto che avrebbe nell'ipotesi che la cosa non fosse stata donata all'acquirente.

Quando siasi verificata l'evizione, il compratore, a norma dell'art. 1630, ha diritto di domandare, 1.^o *la restituzione del prezzo*; 2.^o *quella dei frutti*, quando sia obbligato di restituirli al proprietario da cui fu rivendicata la cosa; 3.^o *le spese fatte per la denunzia di lite al suo autore*, e quelle fatte dall'attore principale; 4.^o finalmente *i danni ed interessi*, come pure *le spese ed i legittimi pagamenti fatti per il contratto*. L'acquirente potrà conseguire tutte queste indennizzazioni anche nell'indicata ipotesi di donazione. La legge infatti non istabilisce alcuna regola contraria, nulla influendo la circostanza che l'acquirente abbia poi ottenuta la cosa stessa per titolo di donazione. Questa non deve giovare al venditore, né punto diminuire i di lui obblighi. Ogni qual volta sia stato legalmente riconosciuto che la proprietà della cosa venduta era di un terzo e non del venditore, ciò basterà perchè questi sia soggetto alle conseguenze della garanzia, e debba rimborsare al compratore tutto quello che gli è aggiudicato dal cit. art. 1630 *= Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet; id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor,*

facit et emtorem dominum: si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat. L. 11. §. 2. D. de act. emt.

Conforme a quanto si disse, è pure la disposizione della legge romana: *Si fundum mihi alienum vendideris, et hic ex causa lucrativa meus factus sit, nihilominus ex emtore mihi adversus te actio competit.* L. 13. §. 15.

D. de act. emt. Il nostro Autore ha creduto coll' appoggio di questa legge, che il compratore in caso di donazione abbia solo diritto di pretendere dal venditore la restituzione del prezzo; ma egli si è ingannato, poichè con l' azione *ex emto* può agirsi anche per l' *id quod interest*, siccome ce lo dimostra il Voet, lib. 21. tit. 2. n.^o 25, ove dice: *Agitur vero ob evictionem secutam adversus autorem actione ex emto aliave simili, ad pretium et id quod interest* L. *si controversia* 9. L. *si cum quaestio* 17. L. *enti actio* 21. L. *cum successores* 23. L. *si tibi C. h. t., sub quo et illud continetur, quod in rem emtam ab emtore, ut melior fieret erogatum fuit d.* L. *si controversia* 9. C. h. t., *si modo non nimium emtor modum excesserit, forte plurimum impendendo in rem, quae minimo pretio venit* L. *Titius cum 45. in fine L. 44. 45. D. de act. emt., et impensas ab evincente per retentionem recuperare non potuerit, nam si id potuerit per oppositam doli exceptionem, ad periculum autoris ea res non pertinet, nisi is eam sciens vendiderit L. item et Julianum 45.*

§. 1. **D.** de act. emt. **L.** super emti 16. **C. h. t.** Sed et sub eo quod interest, impensas litis contineri verius est; cum haec damna sint, quae emtor ob factam rerum evictionem passus est. arg. **L.** si cum quaestio 17. **C. h. t.** **L.** fidejussor **D.** de doli mali et metus except. junct. **L.** si commissa 15. **D.** rem rat. hab. Tutto ciò corrisponde al disposto nel già cit. art. 1630, in quanto che l' *id quod interest* comprende tutte le indennizzazioni in esso contemplate.

Può dunque a giusta ragione sostenersi che, sia in forza del diritto romano, sia in vigore della nuova legislazione, il compratore, sebbene abbia ricevuta la cosa dal vero proprietario a titolo di donazione, avrà sempre diritto di agire per la garanzia, cioè di ripetere non la sola restituzione del prezzo, ma puranche le altre indennizzazioni superiormente accennate.

A questi principj non si oppone la **L.** 57. **D.** de evict. citata dall' Autore in appoggio del di lui sentimento: *HABERE LICERE REM*, dice questa legge, *videtur emtor, et si is, qui emtorem in evictione rei vicerit, ante ablatam, vel abductam rem sine successore decesserit: ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint, neque privatim a creditoribus distrahi: tunc enim nulla competit emtori EX STIPULATU ACTIO: QUAIA REM HABERE EI LICET.* §. 1. Quod cum ita est, videamus, num et si ab eo, qui vicerit, donata lega-

sive res fuerit emtori, aequo dicendum sit;
EX STIPULATU ACTIONEM NON NASCI? Sci-
licet si, antequam abduceret, vel auferret,
donaverit, aut legaverit: alioquin SEMEL COM-
MISSA STIPULATIO RESOLVI NON POTEST.
 Relativamente alle parole *habere licere*, veg-
 gansi la *L. 11. §. ult. D. de act. emt.*, la *L.*
38. pr. e §. 1. D. de Verb. Oblig., ed il Voet
loc. cit., vers. *Et sane*, da cui si rileva che
 nella riferita legge si suppone convenuto tra
 il venditore ed il compratore *ut emtori liceat*
rem habere, come si esprime il nominato in-
 terprete. Deve perciò ritenersi che la stessa
 legge in primo luogo non contempla l'azione
ex emto, ma soltanto l'azione *ex stipulatu*;
 in secondo luogo che dalla medesima pro-
 priamente non risulta, che la donazione fac-
 cia perdere al compratore il diritto di agire
 per la garanzia, cioè di reclamare la restitu-
 zione del prezzo e l'*id quod interest*; sola-
 mente si richiede, in vista della convenzione,
 che la donazione gli sia stata fatta non solo
 dopo la sentenza definitiva, ma puranco do-
 po la di lei esecuzione, ossia quando lo stes-
 so compratore fosse stato realmente privato
 del godimento della cosa; altrimenti se il pro-
 prietario vittorioso nella causa, ne avesse do-
 nato l'oggetto al compratore prima di privarlo
 del reale possesso, stando al rigore dei ter-
 mini della convenzione fatta dal venditore,
 l'azione *ex stipulatu* non sarebbe stata am-
 messa, *quia rem habere ei licet*, come si
 esprime la legge.

Anche nel caso riferito dal nostro Autore al n.^o 5.^o, cioè quando il vero proprietario diviene erede del venditore, io ritengo che potrà il compratore agire per la garanzia, all'oggetto di ottenere quanto gli viene accordato dall' art. 1650 ; poichè il proprietario, sebbene erede del venditore, non sarà tenuto ad osservare il contratto.

È d'uopo avvertire che a termini del diritto romano la vendita delle cose altrui era valida ; e perciò se il vero proprietario fosse stato erede del venditore, poteva essere obbligato a mantenere il fatto del defunto , e garantire lo stesso contratto al compratore .

Ma il nuovo Codice ha stabilito altri principj, i quali debbono necessariamente produrre diverse conseguenze . In oggi *la vendita della cosa altrui è nulla*, e solo può dar luogo al risarcimento dei danni ed interessi , quando il compratore abbia ignorato che la cosa fosse d'altri . Tale si è l'aperta disposizione dell' art. 1599, col quale si sono tolte tutte quelle sottigliezze che riscontravansi nelle leggi romane, siccome fu osservato dal celebre Giureconsulto Portalis nell' esposizione dei motivi. Sarà quindi inammissibile la massima : *quem de evictione tenet actio , eundem agentem repellit exceptio*; mentre non potrebbe dal compratore essere reclamata l' osservanza di un contratto dichiarato nullo dalla stessa legge .

Nella discussione che ebbe luogo sopra

Part. 1560, fu pure invocata la riferita massima, affinchè non si accordasse al marito il diritto di far rivocare l'alienazione dei beni dotali da lui stesso venduti. Ma si rispose che trattandosi di nullità assoluta, deve essere permesso ad ognuno di valersi dell'azione alla quale può essa dar luogo, ed è principalmente per tale motivo che non fu ammessa l'accennata teoria, e che venne per conseguenza adottata la disposizione dello stesso art. 1560, il quale accorda al marito il diritto di far rescindere l'alienazione del fondo dotale, quantunque fatta da lui medesimo. Ved. *Discussions du Code Napoléon dans le Conseil d'Etat, seconde édition*, tom. 2. pag. 441.

Non avvi alcun dubbio che se l'alienazione del fondo dotale è nulla, non lo è meno l'alienazione d'una cosa altrui, a termini del cit. art. 1599; e se la prima non deve essere mantenuta, perchè trattasi di nullità assoluta, è forza convenire che la medesima conseguenza dovrà ammettersi anche nel caso nostro.

Lo stesso Maleville in fine dell'osservazione sovraripportata, sostenendo che i figli, sebbene eredi dei loro genitori, possono far rivocare l'alienazione del fondo dotale, ne addusse principalmente per ragione « che la « vendita del fondo dotale *constante matrimonio*, essendo radicalmente nulla e proibita dalla legge, l'acquirente non può far eccezione se non che per i suoi danni ed interessi, nel caso in cui fosse stato in

« buona fede . » In verità io non vedo quale ragionevole motivo lo abbia potuto indurre a sostenere una diversa opinione nella presente disputa. Egli ha forse obbligliata la precisa disposizione dell' art. 1599.

Giova pure al proposito la dottrina del Faber, *Cod. lib. 4. tit. 33. def. 10.* *Quod dicimus*, così egli scrive, *eum qui rem alienam sive sciens, sive ignorans vendidit, si postea dominus factus sit, actione ex emto cogen-dum, ut venditionem impleat, hoc est, ut dominium transferat in emtorem, aut jam forte translatum manere penes eum patiatur, eo demum casu obtinet, QUO VENDITIONIS CONTRACTUS, IPSO JURE VALUERIT*. Nam si vel AB INITIO NULLUS FUERIT, vel annul-landus ex causa doli, sive ex proposito, sive in re ipsa propter enormissimam laesionem, ABSURDUM FUERIT COGI VENDITOREM AD IMPLENDAM VENDITIONEM. Lo stesso prin-cipio in forza del quale il venditore, dive-nendo proprietario dell' oggetto alienato, do-veva, a norma della legge romana, mante-nere la vendita, era pur quello che obbligava il vero proprietario a non impugnarla, qua-lora egli fosse erede del venditore. E se nel primo caso il venditore medesimo non era tenu-to all' osservanza del contratto, allorchè questo non fosse valido in diritto, molto meno do-vremo ritenere che possa esservi obbligato nel secondo caso il proprietario erede del vendi-tore, per la ragione che la vendita della co-

(292)

sa altrui è sempre in oggi *ipso jure* nulla , secondo il cit. art. 1599.

Se adunque il vero proprietario, sebbene erede del venditore, può rivendicare l'oggetto alienato, ne viene di conseguenza che potrà aver luogo l'azione per la garanzia anche nel caso in disputa, in quanto che il compratore avrà diritto di reclamare dallo stesso proprietario, attesa la di lui qualità di erede, la restituzione del prezzo, ed anche i danni ed interessi, se era in buona fede.

Ammesso il principio che *la vendita della cosa altrui è nulla*, vengono pure ad essere sciolte le *ardue questioni* dal nostro Autore proposte, e le di cui opinioni sono inconciliabili con l'esposto principio.

Si è dimostrato coll'appoggio del riferito art. 1599, che il vero proprietario, sebbene erede del venditore, non è tenuto a mantenere la vendita. Dovremo quindi ritenere.

1.^o Che lo stesso proprietario, sia erede in tutti i beni del venditore, ovvero soltanto in una parte di essi, avrà egualmente diritto di rivendicare per intiero la di lui proprietà; salvo il rimborso da farsi all'acquirente in quella parte in cui egli è erede.

2.^o Che l'eguale diritto avrà l'eredità beneficiata, il quale non sarà giammai tenuto a restituire il fondo all'acquirente con tutti i danni ed interessi, come vorrebbe l'Autore, quand'anche fosse in seguito divenuto erede puro e semplice.

(295)

5.^o Che il sostituto erede del gravato potrà impugnare le vendite che quest'ultimo avesse fatte dei beni compresi nella sostituzione. *Ved.* a questo riguardo l' osservazione sopra l' art. 1072 , ove si è estesamente confutata la stessa opinione dell' Autore .

Rapporto all' ultima questione : se i figli eredi dei loro genitori , possano far rivocare l' alienazione dei beni dotali fatta durante il matrimonio , è certissimo che lo potranno , come sostiene pure l' Autore ; il che però è talmente chiaro in vista della letterale disposizione dell' art. 1560 , che non comprendo come egli abbia potuto formarne il soggetto di una disputa .

L' alienazione del fondo dotale è vietata non per il solo interesse de' coniugi , ma puranche per il favore de' figli . Se essa si effettuasse contro il divieto della legge , sarebbe radicalmente nulla , e come tale nium obbligo potrebbe esservi di osservarla : *Nullum enim pactum , nullam conventionem , nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum , qui contrahunt lege contrahere prohibente hoc est , ut ea , quae lege fieri prohibentur , si fuerint facta , non solum inutilia , sed pro infectis etiam habeantur . L. 5. C. de legibus .* Egli è perciò che nell' art. 1560 si è stabilito che *se fuori delle eccezioni indicate agli art. 1555 e segu. , la moglie o il marito , o entrambi unitamente alienano il fondo dotale , la moglie o I DI LEI EREDI po-*

tranno dopo lo scioglimento del matrimonio far rivocare l' alienazione , e che il marito potrà egli stesso durante il matrimonio farla rivocare , restando però obbligato per i danni ed interessi verso il compratore , nel caso che nel contratto di vendita non abbia dichiarato che la cosa venduta era dotale . L' espressione la moglie o i di lei eredi dimostra luminosamente che non può esservi disputa sul diritto competente ai figli , sebbene eredi dei loro genitori , di far rivocare l' alienazione del fondo dotale . Se anche nell' ipotesi che l' alienazione fosse fatta dalla sola moglie , che è pure la proprietaria della dote , possono non ostante i figli di lei eredi farla rivocare , molto più quando la medesima fosse fatta da entrambi i coniugi unitamente , ovvero dal solo marito del quale gli stessi figli fossero egualmente eredi ; in quest' ultimo caso l' alienazione sarebbe anche nulla per altro titolo , cioè come alienazione di cosa altrui , non avendo il marito alcun diritto di proprietà sul fondo dotale . Però essendo obbligato lo stesso marito per i danni ed interessi verso il compratore , allorchè nel contratto di vendita non abbia dichiarato che la cosa era dotale , è certo che i figli di lui eredi dovranno soddisfare quest' obbligo del loro genitore .

(*Della Rescissione della vendita per causa di lesione. Cod. Nap. Lib. III, Tit. VI, Cap. VI, Sez. II.*)

ART. 1677.

La prova della lesione non potrà essere ammessa che mediante sentenza, ed in caso soltanto in cui i fatti articolati fossero bastante mente verosimili e gravi per far presumere la lesione.

L' Autore propone la disputa : se i giudici possono ammettere l' azione e dichiarare sciolto il contratto , senza ordinare preventivamente la stima coll' opera dei periti , qualora , per esempio , la lesione risultasse da una perizia antecedente . Egli dice che l' affermativa fu sostenuta e adottata anche dal Consiglio , essendosene rimessa la redazione alla Sezione ; ma che però non fu richiamata alla seconda lettura .

Nulladimeno lo stesso Autore ritiene che non dovrebbe essere annullata una sentenza , nella quale i giudici avessero ammessa la rescissione della vendita , rigettando , dietro le risultanze degli atti , la domanda della perizia ; perchè l' articolo non vieta ad essi di pronunziare in tal modo , e perchè presenta una grande dissidenza delle operazioni dei periti .

Anche gli Autori delle Pandette , tom.

13. n.^o 32. pag. 108, sebbene confessino che la redazione del nostro articolo presenta un senso contrario alla loro opinione, pure appoggiandosi a quanto leggesi nel processo verbale della Discussione, sono d'avviso che i giudici possono decidere in merito, senza una preventiva speciale perizia, quando i documenti esibiti forniscano una prova sufficiente della lesione.

Io peraltro non so determinarmi a seguire questa opinione per le seguenti considerazioni, 1.^o Perchè quantunque fosse stata adottata dal Consiglio, non ostante dopo essersene rimessa la redazione alla Sezione, questa non se ne fece carico; ed avvi perciò tutto il fondamento di credere che dessa non siasi ritenuta conforme al voto del Legislatore, e che per tale motivo non sia stata definitivamente ammessa;

2.^o Perchè l'articolo richiedendo indistintamente una sentenza preparatoria che ammetta la prova della lesione, all'evidenza dimostra che una perizia antecedente od altra prova non deve mai ritenersi sufficiente per dichiarare sciolto il contratto con una sentenza in merito. Nè sembrami in vero abbastanza valido argomento il dire, che non è dall'articolo proibito di pronunciare la rescissione del contratto col solo appoggio dei documenti presentati, senza che prima sia ammessa la prova della lesione con speciale sentenza. Questa proibizione è chiara nel

senso della legge, per ciò appunto che non ammette veruna eccezione. *Ved.* gli art. 1677, 1678 e 1680;

3.^o Perchè l'art. 1678 prescrive espresamente che la prova della lesione *non potrà farsi che col mezzo di relazione di tre periti*. È dunque necessaria una particolare perizia prima di dichiarare sciolto il contratto per titolo di lesione. I giudici violerebbero la legge se ammettessero l'azione, decidendo il merito senza preventiva operazione dei periti. La loro decisione sarebbe destituita di base, cioè della speciale perizia, che è la prova esclusivamente voluta dalla legge;

4.^o Perchè quand'anche esistesse un'antecedente perizia del medesimo fondo, dessa non potrebbe valutarsi per istabilire la lesione. È chiaro infatti che il di lui valore potendo trovarsi cangiato al tempo della vendita, la perizia medesima non sarebbe bastante per fissare il vero grado di lesione nel caso concreto. Sarebbe inoltre *res inter alios acta*, e perciò non potrebbe per sè sola autorizzare i giudici a condannare la parte contro cui fosse stata prodotta.

È poi men vero che l'articolo presenti, come dice l'Autore, una grande diffidenza delle operazioni dei periti. Se l'art. 1678 non ammette altra prova che quella per mezzo di periti, non può dirsi al certo che si diffidi del loro giudizio. E se la legge esige che i fatti articolati siano **bastantemente ve-**

rosimili e gravi per far presumere la lesione, è perchè la presunzione sta contro lo stesso venditore , è perchè questi non possa troppo facilmente dare delle molestie al compratore senza ombra di ragione , non già perchè si abbia diffidenza del giudizio dei periti : *Des experts* , disse il dotto Portalis nell'esposizione dei motivi , *sont des espèces de magistrats qui ont l'habitude de leurs fonctions , et qui ont besoin de conserver la confiance . Ils sont obligés de motiver leur décision . S'ils se trompent ou s'ils veulent tromper , leur erreur ou leur fraude est à découvert . Ils ne peuvent s'égarer dans leurs opérations .*

Può adunque ritenersi che una perizia antecedente sarà bensì valutabile come qualunque altra prova , al solo oggetto però di indurre nell'animo de' giudici la presunzione della lesione , ed autorizzarli , giusta il prescritto dal presente articolo , ad ammetterne l'unica prova legale voluta dall'art. 1678 ; ma non mai per abilitarli a decidere col solo appoggio di essa il merito della causa , dichiarando la rescissione senza una uova regolare perizia a tale oggetto , ed in concorso delle parti litiganti: *Dans les procès en lésion , si espresse lo stesso Portalis nell'indicata esposizione dei motivi , les preuves littérales ne sont point exclues . On peut administrer des baux , des documens domestiques , des actes , et d'autres titres qu'il seroit inutile d'énumérer . Mais nous convenons que l'esti-*

(299)

mation par experts est la véritable preuve en pareille occurrence. Ciò dimostra maggiormente che ad onta delle risultanze degli atti, i giudici non possono dispensarsi dall' ordinare coll' opera dei periti la stima che determini il vero valore del fondo al tempo della vendita; e quindi ancorchè negli atti stessi fosse prodotta altra stima fatta per altro oggetto ed in altro tempo, pure sarà indispensabile il decretarne una nuova.

(*Delle Regole comuni alle Locazioni delle case e de' beni rustici. Cod. Nap. Lib. III, Tit. VIII, Cap. II, Sez. I.*)

ART. 1740.

Nel caso dei due articoli precedenti (cioè della tacita riconduzione), la sicurtà data per la pigione non s'estende alle obbligazioni risultanti dalla prolungazione del termine.

Secondo la L. 15. §. 11. *D. locati conducti* si riteneva rinnovata l'ipoteca per l'esecuzione della tacita riconduzione, *pignora vi-dentur durare obligata*. Ma il nostro Autore pretende che ciò debba intendersi *de inventis et illatis*, e non di un' ipoteca convenuta per l'affitto sopra gl' immobili del conduttore, appoggiandosi all'autorità di *Rousseau* verbo *Bail*, Sez. 6. n.^o 3, il quale dice altresì,

siccome riferisce lo stesso Maleville , che l'arresto personale cui si fosse sottoposto il conduttore a causa dell'affitto , non ha luogo per la riconduzione .

Sopra le indicate questioni è necessario il distinguere ciò che deve osservarsi a termini del nuovo Codice , da quanto poteva aver luogo dietro i principj della Legislazione del Lazio . Convengo che in oggi nè l'ipoteca stipulata per l'affitto , nè la convenzione dell'arresto personale potrà estendersi alla tacita riconduzione , come in appresso vedremo ; ma non convengo egualmente che dovesse ammettersi la stessa decisione secondo le disposizioni della giurisprudenza romana .

In senso della citata *L.* 13. §. 11. s'intendeva rinnovato il pegno non solo *in invectis et illatis* , come pensa l'Autore , ma anche sopra qualunque altra cosa sia mobile , sia immobile che il conduttore avesse obbligata a favore del locatore : *Qui impleto tempore conductionis , remansit in conductione , non solum reconduxisse videbitur , sed etiam pignora videntur durare obligata . Sed hoc ita verum est , si non aliis pro eo in priore conductione res obligaverat : hujus enim novus consensus erit necessarius . Eadem causa erit , et si Reipublicae praedia locata fuerint . Quod autem diximus taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri , ita accipiendum est : ut in ipso anno quo tacuerunt , videantur eamdem locationem renovasse ; non etiam*

in sequentibus annis : et si lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum . Sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum , eamdem vi- deri locationem in illo anno permansisse : hoc enim ipso , quo tacuerunt , consensisse vi- dentur : et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est . In rusticis praediis alio jure utimur : ut , prout quisque habitaverit , ita et obligetur , nisi in scriptis certum tem- pus conductioni comprehensum est . Tale si è il testo dell' indicata L. 13. §. 11. D. lo- cati conducti .

È d' uopo premettere , 1.^o che secondo il diritto romano non aveva luogo il pegno *in invectis et illatis* sopra il fondo rustico , se non quando fosse stato espressamente con- venuto , perchè ritenevasi abbastanza garan- tito il locatore sopra i frutti del fondo stes- so : *Eo jure utimur ut quae in praedia ur- bana , inducta , illata sunt , pignori esse cre- dantur , quasi id tacite convenerit : in rusti- cis praediis contra observatur . L. 4. D. in quib. caus. pign. Ved. anche il Perezio lib. 4. tit. 65. n.^o 25 , il Voet lib. 20. tit. 2. n.^o 2 , ed il Gottofredo alla L. 5. C. de lo- cato et cond.*

2.^o Che nei testi delle leggi romane , nella materia dei pegni e delle ipoteche , si trova usata l' espressione *pignus* anche quan- do si tratta dell' obbligazione di beni immo- bili ; poichè , in quanto agli effetti , non era-

vi alcuna differenza tra il pegno e l'ipoteca: *Inter pignus autem, et hypothecam tantum nominis sonus differt.* L. 5. §. 1. D. de *pign.* et *hypoth.* Veggasi pure il Voet lib. 20. tit. 1. n.^o 1. Per conseguenza la detta espressione *pignus* può comprendere ad un tempo, tanto il pegno propriamente detto, quanto l'ipoteca.

Ciò posto, se si ritiene rinnovato il pegno *in inventis et illatis* nel fondo rustico, quale pegno, affinchè abbia luogo, deve essere convenuto, a norma della citata L. 4. D. *in quib. caus. pign.*, non vedo ragione perchè non debba egualmente ritenersi rinnovata l'ipoteca che fosse pure convenuta a favore del locatore sopra gl'immobili dell'affittuario; molto più che la stessa legge 13. §. 11. D. *locati conducti*, non limita la di lei disposizione *ad inventa et illata*, ma usa anzi l'espressione generale *pignora*, la quale, come si fece osservare, abbraccia per sé stessa non solo il pegno, quanto anche l'ipoteca.

Un'altra prova di quanto asserisco si deduce altresì dall'essersi unicamente fatta nella riferita legge un'eccezione per il caso, in cui un terzo avesse obbligati i propri beni per il conduttore: *sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat: hujus enim novus consensus erit necessarius.* Non v'ha dubbio che l'espressione *res obligaverat* abbraccia tanto i mo-

bili, quanto gl' immobili che il terzo potesse avere obbligati per garanzia del locatore. Allorchè dunque i beni appartenessero allo stesso conduttore, siano mobili, siano immobili dovranno restare sottoposti alla medesima obbligazione nel caso della tacita riconduzione. Egli è perciò che il Brunemann, ed il Voet non parlano delle sole cose introdotte nel fondo, ma in generale di qualunque cosa può essere stata obbligata dal conduttore: *Si conductor*, scrive il Brunemann al §. ult. della citata *L. 13. num. 10.* e *11, post tempus remanet in praedio rustico, non modico tamen temporis spatio videtur reconduxisse ET PIGNORA MARENT OBLIGATA A DEBITORE DATA*. Ed il Voet appoggiandosi alla stessa legge, al *lib. 19. tit. 2. n.^o 9* dice: *Si impleto tempore, quod ab initio conductioni appositum est, conductor usum haud restituat, sed locatore non contradicente perseveret uti, tacite continuata seu repetita videtur locatio una cum obligatione pignoris, quod in primae conductionis seu pensionis securitatem suis in rebus CONDUCTOR CONSTITUERAT*.

Ciò che più mi conferma nella mia opinione, si è che la riconduzione non in altro differisce dalla locazione precedente se non nella durata, e che nel resto si ritengono rinnovati senza alcuna distinzione tutti i patti che erano stipulati nella medesima; poichè è la stessa locazione *camdem locationem* che

viene riconfermata. Questa massima è sostegnauta dall'unanime autorità dei Giureconsulti: *Conductor, qui finito conductionis tempore, remansit conductione praedii rustici, reconduxisse quidem intelligitur iisdem, quibus antea, conditionibus, Faber in Cod. lib. 4. tit. 42. def. 45.* Lo stesso confermano il Brunemann loc. cit. n.^o 14, il Richieri tom. X. §. 1235, ed il Voet lib. 19. tit. 2. n.^o 9. Se adunque la riconduzione s'intende fatta alle stesse condizioni e patti della precedente locazione, dovrà sussistere egualmente l'ipoteca che fosse in essa convenuta a vantaggio del locatore sopra gl' immobili del conduttore.

La stessa massima che la locazione si ritiene rinnovata alle medesime condizioni, mi induce pure a credere che secondo il diritto comune, anche la convenzione dell'arresto personale avrebbe dovuto sortire lo stesso effetto nella riconduzione. Giova al proposito la dottrina del Voet loc. cit. *Quod si primae conductionis instrumento inserta sit formula paratae executionis, seu secundum mores nostros consensus in condemnationem ad ea, quae ex conductionis lege praestanda sunt, non animadverto, cur non etiam ille in condemnationem consensus ad tacite repetitam produceretur conductionem: cum utique iisdem legibus, quibus prior constabat conductio, intelligatur quisque reconduxisse quoad ejus fieri potuit, dum lapsu primi contractus spatio remanebat in conductione; neque sufficit*

exiens diversitatis ratio reddi possit, quare magis vinculum pignoris in secundam perdu- raret conductionem, quoties obligatio ejus ab arbitrio conductoris pendet, quam persevera- ret clausula assensus in condemnationem, quae aequa spontanea processerat conductentis vo- luntate, ac ejus expressa potuisset conven- tione renovari. Dissent. Matth. de Afflictis decis. 565. n.^o 15. Menochius de praesumt. libr. 3. præs. 85. n.^o 46. Christinaeus ad leg. Mechlin. tit. 8. art. 8. n.^o 6. in addit. et ple- rique DD. quibus et ideo placet, nec poenam conductioni priori appositam in tacita con- ductione videri repetitam. Mantica de tacit. et ambig. convent. lib. 5. tit. 15. n.^o 23. sed sine fundamento, ut notat Brunemannus ad d. L. 13. D. h. t. num. 14. 15. Se qualunque stipulazione penale doveva estendersi alla ta- cita riconduzione, converrà ritenere che an- che la convenzione dell'arresto personale, cui si fosse il conduttore assoggettato, avreb- be dovuto sortire il suo effetto nella locazio- ne tacitamente rinnovata.

Dissi al principio di questa osservazione che secondo le disposizioni del nuovo Codice, nè l'ipoteca stipulata per l'affitto, nè la con- venzione dell'arresto personale, potrà aver effetto nella tacita riconduzione. Il motivo di questa diversa decisione ce lo accenna il Po- thier *Louage* n.^o 367, ed è che a termini del diritto romano, potendo aver luogo l'ipoteca mediante la sola convenzione, sebbene non

ridotta in iscritto , si riteneva la medesima rinnovata nella riconduzione , come qualunque altro patto ; al contrario , secondo il diritto francese , cui è conforme in questa parte l'odierna legge , l'ipoteca non poteva ritenersi rinnovata , perchè non bastava la semplice convenzione verbale a stabilirla , essendo necessario che fosse stipulata in atto autentico . Lo stesso può dirsi dell'arresto personale .

È fuori di dubbio che la tacita riconduzione non può considerarsi , se non come una convenzione verbale : *quoique la tacite réconduction* , dicono opportunamente gli Autori delle Pandette tom. 13. n.º 47. pag. 178 , *soit toujours censée faite aux mêmes conditions que le bail écrit auquel elle succède , elle n'est pas le même bail . Elle en est un nouveau , qui n'est plus que verbal* . Da questo principio ne deriva che quando la legge vuole espressamente , che una convenzione non possa valere se non stipulata per iscritto , sebbene la si fosse in tal modo convenuta nel contratto di locazione , non potrebbe però egualmente avere effetto nella tacita riconduzione , la quale non ha maggior forza di una convenzione semplicemente verbale . L'art. 2127 prescrive che l'ipoteca *convenzionale* non può stabilirsi che con atto stipulato in forma autentica avanti a due notaj , o avanti ad un notajo e a due testimonj . Quindi l'ipoteca legalmente stipulata nel contratto di affitto , non potrà sussistere per la tacita riconduzione .

ne , mancandovi l' atto autentico necessario a stabilirla , siccome fu pure osservato dal Sig. Mouricauld nel suo Rapporto al Tribunato .

Dee però osservarsi che in oggi , a norma del disposto nell'art. 2102, il locatore ha indistintamente il privilegio non solo sopra i frutti del fondo , ma puranco sopra tutti gli effetti introdotti in esso , sia che si tratti di fondo rustico , ovvero di fondo urbano . Tale privilegio avrà luogo altresì per la riconduzione , derivando dalla stessa disposizione di legge ; ma il medesimo sarà ristretto a ciò che viene concesso dal §. 2 del n.^o 1. del citato art. 2102 , appunto perchè la riconduzione deve ritenersi come una verbale locazione .

Lo stesso motivo per cui nella tacita riconduzione non può ritenersi operativa l'ipoteca , serve a dimostrare che neppure avrà forza la convenzione dell'arresto personale . L'art. 2062 dispone che *l'arresto personale non può ordinarsi contro i conduttori per il pagamento dei fitti de' beni rustici , se ciò non è stato espressamente stipulato nell'atto di locazione* . Vuole dunque la legge un *atto* scritto , affinchè possa decretarsi l'arresto ; e perciò i Giudici non sarebbero autorizzati ad ordinarlo nel caso della tacita riconduzione , che può solo avere gli effetti di una convenzione verbale . *Ved.* Pothier *Louage* , n.^o 364.

(*Degli Appalti e dei Cottimi. Cod. Nap.*
Lib. III, Tit. VIII, Cap. III, Sez. III.)

ART. 1795.

Il contratto di locazione d'un'opera si scioglie colla morte dell'artefice, dell'architetto od intraprenditore.

Allorchè un artefice fosse incaricato di mantenere per diversi anni un edificio in istato lodevole per una somma annuale, e venisse a morire avanti il fine della locazione, senza che l'edificio abbia avuto bisogno di riparazioni, la locazione sarà essa disciolta? Il Sig. Maleville tiene per certa l'affermativa in virtù dell'articolo, sebbene il proprietario venga a risentirne del danno.

Nè le massime di diritto, nè i principj di equità mi permettono di approvare la riferita opinione.

La morte dell'individuo che mediante una somma annuale obbligossi a conservare in lodevole stato un edificio per un certo numero di anni, non dee sciogliere la stipulata convenzione. Trattasi di una obbligazione assunta per un tempo determinato, che dovrà assolutamente passare negli eredi. Il prezzo annuale non è già il corrispettivo di quanto può occorrere in ciascun anno alla conservazione dell'edificio, ma bensì durante

tutto il termine convenuto. Sarebbe egli giusto che il proprietario dopo avere pagato il convenuto prezzo per alcuni anni, senza che fossero occorse riparazioni all'edificio, dovesse poi risentire tutto il danno delle riparazioni posteriori? Sarebbe egli giusto che agli eredi dell'artefice fosse tolta la speranza d'essere indennizzati col prezzo degli ultimi anni del contratto per le gravi spese di conservazione che l'artefice avesse dovuto sostenere negli anni precedenti? Lo scioglimento della locazione porterebbe sempre una di queste due egualmente ingiuste conseguenze.

Del tutto inapplicabile all'oggetto in disputa si è la disposizione del nostro articolo. Il caso è ben diverso, e non avvi neppure eguale motivo di ammettere la stessa decisione.

L'articolo riguarda propriamente il caso della locazione dell'opera per qualche nuova costruzione. Se l'artefice muore prima di averla compita, non vi è nè inconveniente, nè ingiustizia a ritenere sciolto il contratto; poichè venendo pagata, a stima di perito, la parte di lavoro già ultimata, non può verificarsi danno per gli eredi dell'artefice, nè per il proprietario, il quale dee essere libero di scegliere altra persona a lui benevisa. Ma nel caso concreto si tratta della sola conservazione di un edificio già esistente, di un contratto stipulato per un termine fisso, che non può essere sciolto colla morte dell'uno

dei contraenti; e sarebbe contrario ai principj di giurisprudenza e di equità il non ritenere obbligatorio anche per gli eredi.

Il motivo inoltre pel quale la locazione dell'opera rimane sciolta colla morte dell'artefice, deve ripetersi unicamente dalla presunzione che il proprietario abbia nella sola di lui abilità riposta la sua confidenza, e questa confidenza non può egualmenteaversi per gli eredi. Ma nel caso nostro non è ammissibile la stessa presunzione; mentre per la semplice conservazione di un edificio non si richiede la medesima particolare abilità, come per erigerne un nuovo. Il proprietario sarà abbastanza soddisfatto che i successori del defunto artifex adempiano all'obbligo da esso assunto. Non potrebbe quindi ritenersi sciolto il contratto, essendo certo che l'obbligazione passa negli eredi, quando non importa da quale persona essa venga eseguita, siccome dissero gli Autori delle Pandette, tom. 13. pag. 202. Non è anzi supponibile che lo stesso proprietario volesse esporsi a pagare per alcuni anni la convenuta somma, senza poi essere sicuro che l'edificio gli sarà mantenuto in istato lodevole per tutto il tempo dalla convenzione determinato. Nell'ipotesi dell'articolo si ritiene sciolto il contratto a vantaggio del proprietario, e coll'appoggio della presunzione ch'egli abbia riposta la sua confidenza nella sola persona da lui prescelta; ed al contrario nel caso in questione si

riterrebbe sciolto anche a suo danno , e contro la presunzione dedotta dal proprio di lui interesse ; non sembra perciò egualmente applicabile la regola dal presente articolo stabilita .

(*Della Soccida semplice. Cod. Nap. Lib. III , Tit. VIII , Cap. IV , Sez. II.*)

ART. 1810.

Se il bestiame perisce intieramente senza colpa del conduttore , la perdita ricade a danno del locatore .

Se non ne perisce che una parte , la perdita resta a carico comune , ragguagliata al prezzo della stima in origine , ed a quello della stima al termine della locazione .

Il Sig. Maleville crede che anche nel caso in cui il bestiame dato a soccida sia perito soltanto in parte , senza che siasi mai verificato nè accrescimento nè profitto , la perdita debba pure essere a danno del solo locatore , e che se vi fu del profitto , esso abbia a compensarsi colla perdita , ed il conduttore non debba partecipare al medesimo , se non dopo la compensazione della perdita .

Questa distinzione , sebbene conforme anche al sentimento degli Autori delle Pandette , tom. 13. n.^o 67. pag. 209 , mi sembra opporsi al vero e letterale senso della legge .

Conviene osservare che la perdita non

risulta ; se non dopo la deduzione dei profitti , e che il guadagno non si verifica , se non dedotte le perdite : *neque enim lucrum intelligitur, nisi omne damno deducto, neque damnum, nisi omne lucro deducto.* L. 50. D. pro socio . Se adunque , siccome prescrive il nostro articolo , allorchè perisce soltanto una parte di bestiame , *la perdita resta a carico comune* , e se non può esservi perdita , fuorchè dopo avere dedotti i vantaggi , parmi indubitato che il conduttore dovrà realmente soggiacere alla perdita parziale , anche quando non siavi stato alcun profitto , o che questo fosse minore delle perdite ; tanto più essendo solo nell' ipotesi in cui il bestiame perisce intieramente , che la perdita deve essere a carico esclusivo del locatore , a norma del prescritto nel §. 1. dell' attuale articolo .

Che tale sia il senso della legge , si deduce con maggior evidenza dall' art. 1804 , ove si definisce il contratto di soccida in questi termini : *La locazione a soccida semplice è un contratto per cui si danno ad altri dei bestiami per custodire , nutrire , ed averne cura , a condizione che il conduttore guadagnerà la metà nell' accrescimento , e dovrà soggiacere altresì alla metà della perdita.* In vista di questa disposizione io non saprei con qual ragionevole appoggio potrebbe sostenersi che la perdita parziale debba essere a carico del solo locatore , allorchè d' altra parte non siasi verificato alcun profitto , o che questo

fosse minore delle perdite. *Ved.* anche l'art. 1805.

Viene pure in appoggio della nostra opinione l'art. 1817 così concepito: *Al termine della locazione, ed al tempo dello scioglimento, si procede a nuova stima del bestiame dato a soccida. Il locatore può estrarre bestie dalle mandre d'ogni specie, sino alla concorrenza della prima stima, il di più si divide. Se non esistono bestiami sufficienti ad agguagliare la prima stima, il locatore prende quelli che rimangono, e le parti si compensano per la perdita.* Quest'ultima disposizione maggiormente dimostra che il conduttore soggiace alla perdita parziale in qual sivoglia ipotesi. Se non esistono bestiami sufficienti ad agguagliare la prima stima, è naturale che non vi sarà stato nè accrescimento, nè profitto, o almeno che questo sarà minore delle perdite; e se in ogni caso le parti debbono compensarsi per la perdita, come vuole la riportata disposizione, non potrebbe essere più evidente che il conduttore vi soggiacerà nell'eguale proporzione, in cui vi sarà sottoposto lo stesso locatore.

Allorchè il bestiame fosse accresciuto in numero, od anche solamente in valore, è chiaro che il conduttore avrà parte in tale accrescimento; poichè secondo il prescritto nel riferito art. 1817, il locatore non ha diritto che di estrarre bestie dalle mandre, sino alla concorrenza della prima stima, ed

il di più deve dividersi, qualunque sia la causa di questo aumento. Ora sarebbe in vero poco uniforme alle massime di equità e di giurisprudenza, che lo stesso conduttore non dovesse dall'altra parte soggiacere alla perdita, risultante dalla diminuzione del numero di bestiame, od anche del solo valore primitivo.

Se tale non fosse il senso della legge, ne verrebbe di conseguenza che il conduttore non soggiacerebbe mai ad alcuna perdita reale, contro la precisa e generale disposizione degli art. 1804, 1810 e 1817.

Quanto si è detto oltre ad essere conforme ai testi del Codice, lo è pure alle regole del contratto di società, di cui partecipa la locazione a soccida semplice. Il conduttore, a norma dell'art. 1811, profitta egli solo del latte, del concime, e del lavoro del bestiame, in compenso delle sue cure; egli ha parte nell'accrescimento, giusta gli art. 1804 e 1817. Quindi se non dovesse sopportare alcuna perdita che oltrepasse i suoi proventi, egli avrebbe un vantaggio sempre certo, senza mai essere sottoposto ad alcun danno; ed al contrario questo danno ricaderebbe intieramente a carico del locatore, il che urterebbe coi principj della società, e colla stessa equità naturale.

Anche il Sig. Bernardi nella nuova edizione delle Opere di Pothier coll'indicazione delle disposizioni del Codice Civile, al-

titolo del Contratto di Soccida n. 18. nota 10, ha dovuto convenire essere tale la decisione che risulta dal testo della legge, sebbene si trovi in opposizione coll'opinione d'alcuno dei Redattori.

Veggasi inoltre il Merlin *Répertoire de Jurisprudence*, alla parola *Cheptel simple* §. XII.

ART. 1817.

Al termine della locazione, ed al tempo dello scioglimento, si procede a nuova stima del bestiame dato a soccida.

Il locatore può estrarre bestie dalle mandre d'ogni specie, sino alla concorrenza della prima stima; il di più si divide.

Se non esistono bestiami sufficienti ad aggiungere la prima stima, il locatore prende quelli che rimangono, e le parti si compensano per la perdita.

« Una legge della Convenzione nazionale, così scrive il Maleville, sopra le locazioni a soccida, del 15 germile an. 3, voleva in generale che il conduttore fosse obbligato di rendere alla fine della locazione o alla divisione, lo stesso numero, e la stessa specie e qualità di bestiame ch'egli aveva ricevuto. Convien vedere le sue disposizioni distinte in 12 articoli.

« Questa legge era giustissima, ed è incontrastabile che l'aumento del prezzo di tutte le cose dopo la rivoluzione, è causa

« che il bestiame dato a soccida , già da dieci anni , per 300 lire , varrebbe ora 600 lire , di modo che il proprietario , cui dal conduttore si restituisce in oggi una soccida stimata 300 lire , non riceve in realtà se non la metà di ciò ch' egli ha consegnato .

« Sono insorte molte contestazioni , prosegue lo stesso Autore , fra i proprietarj ed i conduttori o coloni parziarj , per saper se la legge della Convenzione sia abrogata dal nostro articolo , ed i giudici sono molto imbarazzati nel determinarsi a decidere . I conduttori e coloni si fondano soprattutto sugli art. 1810 e 1817 , ne' quali si parla di due stime , l' una all' epoca del contratto , e l' altra al tempo del di lui scioglimento ; i proprietarj appoggiansi sopra l' art. 1826 , il quale dice che il conduttore deve lasciare bestiami di valore eguale a quelli ch' egli ha ricevuto . In quanto a me credo che la lettera della legge stia in favore del conduttore , e lo spirito di essa in favore del proprietario : io penso che sarebbe necessario di togliere questo dubbio , e far rivivere la legge della Convenzione , almeno finchè il prezzo dei bestiami sia reso costante , e rapporto a tutte le locazioni fatte durante la rivoluzione . Questi tempi non sono molto lontani , perchè i periti non possano sapere ciò che valevano dieci anni addietro , dei bestiami eguali a quelli che loro si danno a stimare . »

Non avvi alcun dubbio che l'indicata legge della Convenzione è apertamente abrogata dal nostro Codice, le cui disposizioni sono talmente precise ed evidenti, che mi sorprende come l'Autore abbia potuto credere che la lettera della legge favorisca il conduttore, e lo spirito di essa il proprietario. Quando la lettera, e la stessa ragione della legge è manifesta, non può esservi luogo a supporre che non vi corrisponda lo spirito.

Fece osservare lo stesso Autore che gli affittuarj e coloni si fondano sopra gli art. 1810 e 1817, ed i proprietarj sopra l'art. 1826. Conviene però avvertire che questi articoli riguardano contratti diversi, i quali non sono soggetti alle medesime regole. Avvi la locazione a soccida semplice, e la locazione a soccida con il proprio affittuario, o con il colono parziario. I due art. 1810 e 1817 sono unicamente applicabili alla soccida semplice, ed a quella contratta con il colono parziario, e l'art. 1826 riguarda esclusivamente la soccida contratta con il proprio affittuario.

Nella soccida semplice gli accrescimenti e le perdite si dividono per metà tra il locatore ed il conduttore, essendo stabilito nell'art. 1804 che *il conduttore guadagnerà la metà nell'accrescimento, e dovrà soggiacere altresì alla metà della perdita.* Se adunque, allorchè da una parte il bestiame fosse diminuito di prezzo, il conduttore dovrebbe soggiacere

alla metà di questa perdita , è giusto ch' egli abbia dall' altra la metà del guadagno risultante dall' aumento del prezzo medesimo . Tale si è il vero spirito della legge, cui pure corrisponde la lettera . *Ved.* l' osservazione precedente sopra l' art. 1810.

Un valido argomento si deduce anche dall' art. 1805 , nel quale è detto che la stima dei bestiami fatta nel contratto di locazione *ha per oggetto di determinare la perdita o il guadagno che potrà risultarne , terminata la locazione .* Ora , se il conduttore deve sempre avere la metà dei guadagni , è chiaro che qualora vi fosse un aumento anche nel solo prezzo delle bestie , qualunque ne sia la causa , ciò che eccede la prima stima dovrà essere diviso .

Non potrebbe poi essere più decisiva a questo riguardo la disposizione del nostro articolo , il quale vuole che al termine della locazione debba procedersi a nuova stima del bestiame , all' oggetto di determinare la perdita od il guadagno . È naturale che nella stessa stima dovràaversi riguardo al valore delle bestie al tempo in cui finisce la locazione , e non già a quello che avrebbero potuto ipoteticamente avere all' epoca del contratto . Quale dubbio può esservi dunque in caso di aumento nel prezzo , se il locatore può solo pretendere un numero di bestie *sino alla concorrenza della prima stima , e se deve dividersi tutto ciò che eccede la medesima ?*

Lo stesso si dica rispetto alla soccida contratta con il colono parzario, la quale in questa parte è soggetta alle medesime regole della soccida semplice, come prescrive l'art. 1830.

In quanto alla soccida contratta con il proprio affittuario, tutti i guadagni appartengono ad esso, siccome ogni perdita anche totale, ed avvenuta per caso fortuito, ricade intieramente a di lui danno, secondo gli art. 1823 e 1825. La condizione di tale contratto si è che l'affittuario al fine della locazione deve lasciare *degli animali di valore eguale al prezzo della stima di quelli che avrà ricevuti*, come vuole l'art. 1821, a cui corrisponde l'art. 1826, nel quale è stabilito che *al termine della locazione, l'affittuario non può ritenersi il bestiame compreso nella soccida pagando il valore della stima primitiva; ma deve lasciare bestiami d'egual valore di quelli che ha ricevuto. Se vi è mancanza di bestiami, deve pagarla; e soltanto gli appartiene ogni eccedenza*. È certo però che anche in questa specie di soccida deveaversi riguardo, nella stima del bestiame, al di lui valore all'epoca in cui cessa la locazione, e non già a quello che potrebbe avere al tempo in cui si fece il contratto; giacchè se l'affittuario deve soltanto restituire un numero di animali il cui valore sia *eguale al prezzo della stima di quelli che avrà ricevuti*, non si può dubitare che qualora il bestiame abbia aumentato di valore per qualsivoglia causa,

l' eccedenza appartiene al medesimo . Le espressioni : l' affittuario non può ritenersi il bestiame compreso nella soccida pagando il valore della stima primitiva , dimostrano vicepiù che lo stesso affittuario deve bensì consegnare altro bestiame in natura , ma solo sino alla concorrenza della stima primitiva , avuto riguardo al vero valore degli animali al tempo in cui finisce la locazione . Allorchè si avrà mancanza di bestiame per diminuzione di numero , od anche di solo valore , l' affittuario deve pagarla ; in vista di ciò sarebbe irragionevole che non dovesse godere il beneficio dell' aumento del prezzo ; egli è soggetto ai casi fortuiti per le perdite , e deve per conseguenza avere i vantaggi provenienti da straordinarie circostanze . Le esposte riflessioni provano che anche rapporto alla soccida contratta col proprio affittuario , lo spirito della legge è manifesto quanto la lettera della medesima , e che l' uno non può ritenersi in opposizione coll' altra .

Tanto nel caso di soccida semplice , quanto in quello di soccida contratta coll' affittuario o colono parziario , non viene fatta alcuna ingiustizia né al locatore , nè al proprietario , non essendo valutabile il riflesso del Maleville , che quando sia sopraggiunto un aumento nel prezzo degli animali , il locatore od il proprietario non riceverebbe più ciò ch' egli diede . Allorchè si lascia un numero di bestie il cui valore al fine del contratto

sia eguale al prezzo della stima di quelle date a soccida , lo stesso locatore o proprietario realmente riceve tutto ciò che ha consegnato, se si rifletta che deesi avere riguardo non al numero delle bestie, nè al loro valore all' epoca del contratto, ma soltanto a quello che possono avere al fine della locazione. Se dovesse prendersi per base il valore che potevano avere al tempo del contratto gli animali che si lasciano al termine della locazione , si potrebbe egualmente dire che il conduttore o l' assittuario nella stessa ipotesi di aumento nel prezzo , verrebbe a dare più di quello che in realtà ricevette .

È dunque all' evidenza dimostrato che non dovrà piùaversi riguardo alla legge della Convenzione nazionale , nè rispetto alla soccida semplice , nè relativamente a quella contratta col proprio affittuario o colono parziario, perchè l' odierna giurisprudenza ha stabilito diversi principj. Ma si rifletta, 1.^o che la stessa legge fu dettata dalle circostanze . Ed infatti diverse consuetudini della Francia erano anzi conformi a quanto dispone il nuovo Codice. *Ved.* l' Enciclopedia Metodica alla parola *Cheptel*, ed il Sig. Dufour sopra l' art. 1817;

2.^o Che la presente legge non potrà essere applicabile alle locazioni a soccida stipulate avanti la di lei promulgazione , ma solo a quelle che si fossero fatte posteriormente , dietro la massima che la legge non può mai avere effetto retroattivo. Le locazio-

ni anteriori saranno regolate fino al loro termine dalle leggi vigenti al tempo del contratto , alle quali dee aversi un esclusivo riguardo , come ne convengono tutti i Giure-consulti . A questo principio non fece riflesso l' Autore , allorchè disse che *sarebbe necessario di far rivivere la legge della Convenzione , rapporto a tutte le locazioni fatte durante la rivoluzione* . È abbastanza certo che queste locazioni non saranno regolate dalle disposizioni del Codice , ma bensi dalle leggi in allora vigenti ; e perciò potrà sempre essere alle medesime applicabile l' indicata legge della Convenzione nazionale .

Relativamente poi alle locazioni fatte sotto il regime del nuovo Codice , se l' uno o l' altro de' contraenti temesse di essere danneggiato per l' incertezza che potesse ancora esistere nel prezzo dei bestiami , è sempre in sua facoltà di fare a questo riguardo quelle convenzioni ch' egli crede , modificando le disposizioni della legge , ove non siavi un' espressa proibizione .

Per questi motivi sarebbe stato anche inutile in qualunque ipotesi di far rivivere la legge della Convenzione , come avrebbe voluto il Sig. Maleville .

(*Delle Obbligazioni de' Soci fra loro :*
Cod. Nap. Lib. III, Tit. IX, Cap. III,
Sez. I.)

ART. 1846.

Il socio che doveva conferire alla società una somma, e non l'ha conferita, resta ipso jure, e senza bisogno d'istanza, debitore degl'interessi di tale somma, dal giorno in cui doveva eseguirsi il pagamento.

Lo stesso ha luogo riguardo alle somme che avesse prese dalla cassa sociale, gl'interessi delle quali decorrono dal giorno che le ha ritirate per suo particolare vantaggio.

Tutto ciò senza pregiudizio de' maggiori danni ed interessi, quando vi sia luogo.

Si è domandato, dice il nostro Autore, se il socio che ha promesso di conferire un immobile nella società, deve dar conto de' frutti *ipso jure* alla scadenza del termine, entro cui doveva conferirlo. Egli ritiene l'affermativa in vista del presente articolo, e per parità di ragione.

Avvi però differenza fra il caso in cui siasi promesso di conferire nella società una somma, e quello in cui si è convenuto di conferirvi un immobile.

Nella prima ipotesi, non trattandosi di un corpo determinato, la società ha bensì un diritto di credito, ma non può ritrarre pro-

fitto dalla somma promessa, se non dopo che sia stata la medesima conferita. Per evitare questo danno alla società era quindi necessario che la legge assoggettasse il socio agl'interessi *ipso jure*, qualora non abbia conferita la somma nel termine convenuto.

Ma quando l'oggetto è determinato, come sarebbe un immobile, non era egualmente d'uopo che la legge facesse alcuna particolare ed expressa disposizione rapporto ai frutti; poichè l'immobile rimane comune al momento stesso in cui, secondo l'art. 1843, ha principio la società: *Illud sciendum est, corporalia quidem tempore societatis initiae penes socios reperta, ipso jure citra veram traditionem fieri sociorum communia.* Voet lib. 17. tit. 2. n.^o 6. Dall'epoca della contratta società, l'immobile che si è promesso di conferirvi è dunque amministrato per l'interesse sociale, e per conseguenza i frutti del medesimo rimangono di diritto propri della stessa società, a cui deve renderne conto il socio che ne avrà ritenuta l'amministrazione. *Ved. la L. 38. §. 1. D. pro socio.*

Con tali principj vuol essere decisa la proposta disputa, e non già coll'appoggio dell'attuale articolo, e per parità di ragione, come ha creduto l'Autore.

(*Delle Obbligazioni del comodatario :*
Cod. Nap. Lib. III , Tit. X , Cap. I ,
Sez. II .)

ART. 1886.

Se il comodatario ha fatto qualche spesa per potersi servire della cosa comodata , non potrà ripeterla .

Modica impendia ad comodatarium pertinent , dice la legge 18. §. 2. D. comodati , ed il Maleville ritiene essere ciò che si volle indicare con queste parole qualche spesa .

Non credo però che tali espressioni vogliano riferirsi alle sole spese modiche . Può essere che per potersi servire della cosa comodata , si debbano fare delle spese , e può essere che non se ne debbano fare . È per questo che la legge fece uso dell'espressione *qualche spesa* , ma non già per limitare la disposizione alle sole spese modiche . Infatti anche nell'art. 1890 si trova l'espressione *qualche spesa* , eppure lo stesso articolo riguarda ben altre spese che le modiche .

Io ritengo in generale da una parte , che tutte le spese fatte dal comodatario *per potersi servire della cosa comodata* , le quali comprendono anche le spese ordinarie di conservazione che sono inerenti all'uso stesso della cosa , non si potranno ripetere ; e ri-

tengo dall' altra che potrà il comodatario pretendere dal comodante il rimborso di tutte le spese straordinarie fatte *per conservare la cosa*. Ciò risulta chiaramente dal confronto del presente articolo con l' art. 1890 così concepito : *Se durante l'imprestito è stato obbligato il comodatario, per conservare la cosa, ad incontrare qualche spesa straordinaria, di necessità, e urgente in modo da non poterne prevenire il comodante, questi sarà tenuto a farne il rimborso.* Se le sole spese straordinarie *per conservare la cosa* si devono rimborsare dal comodante, ne viene che tutte le ordinarie fatte *per potersi servire della cosa comodata*, saranno a carico del comodatario, qualora gliene siano occorse. Non è dunque all' entità delle spese cui deve avversi riguardo, ma piuttosto al loro oggetto. Ved. inoltre l' osservazione sopra il seguente art. 1890.

Conviene avvertire che anche a termini della citata *L. 18. §. 2. D. Comodati*, le spese ordinarie di conservazione ed inerenti all' uso erano a carico del comodatario, qualunque fosse la loro quantità: *cibariorum impensae, naturali scilicet ratione, ad eum pertinent, qui utendum accepisset*. L' espressione *modica impendia* si riferisce soltanto alle spese straordinarie, che allorquando fossero state di poca entità, dovevano egualmente spettare al comodatario .

(*Delle Obbligazioni del comodante. Cod. Nap. Lib. III, Tit. X, Cap. I, Sez. III.*)

ART. 1890.

Se durante l'imprestito è stato obbligato il comodatario, per conservare la cosa, ad incontrare qualche spesa straordinaria, di necessità, e urgente in modo da non poterne prevenire il comodante, questi sarà tenuto a farne il rimborso.

Conviene combinare, dice il Maleville, quest' articolo col 1886. Avvi molta distanza nel senso fra l'espressione *qualche spesa*, e l'altra *qualche spesa straordinaria*, e potrebbe domandare a carico di chi saranno le spese intermedie. Egli inclina a credere in generale che ogni qual volta le spese eccedino di molto il prodotto che il comodante avrebbe potuto ritrarre dalla propria cosa, quest'eccidente debba essere a suo carico.

Il nostro Autore nella fallace ipotesi che l'espressione *qualche spesa*, contenuta nell'art. 1886, debba limitarsi alle sole spese modiche, come ivi ha sostenuto, trova ora della difficoltà in conciliare il senso del citato articolo con quello dell'articolo presente. Ma tale difficoltà non può realmente esistere.

Giova riflettere che gli stessi articoli non sono basati sull'entità delle spese, ma bensì sul loro oggetto. La legge distingue soltanto

le spese ordinarie ed inerenti all' uso , e le straordinarie relative alla pura conservazione della cosa . Non vi saranno perciò spese intermedie , sopra le quali possa esservi dubbio , in quanto che desse dovranno riferirsi alle prime , oppure alle seconde . Se sono ordinarie e per il semplice uso della cosa , spetteranno indistintamente al comodatario , a norma del disposto nell' art. 1886. Che se fossero straordinarie e per la conservazione stessa della cosa , si dovranno rimborsare dal comodante , quando il comodatario si fosse trovato nella necessità di farle , e ciò in forza del nostro articolo .

Questa distinzione risulta naturalmente dalle espressioni di ambedue gli articoli , ed è conforme altresì alla spiegazione che ne diedero gli Autori delle Pandette . Ved. tom. 14. n° 43 e 54.

Non vi sarebbe poi alcun appoggio per sostenere , come vorrebbe l' Autore , che se le spese eccedono di molto il prodotto che il comodante avesse potuto ritrarre dalla cosa , questa eccedenza debba essere a suo carico . La spesa non può essere divisa fra il comodante ed il comodatario ; essa dovrà spettare intieramente al primo , ovvero al secondo , giusta le regole contenute nel nostro articolo e nell' art. 1886. Ved. anche l' osservazione fatta sopra lo stesso art. 1886.

(*Delle Condizioni richieste per la validità del contratto vitalizio. Cod. Nap. Lib. III, Tit. XII, Cap. II, Sez. I.*)

ART. 1973.

Può costituirsi (la rendita vitalizia) a vantaggio di un terzo, benchè un altro ne abbia somministrato il prezzo.

In quest' ultimo caso, quantunque essa abbia il carattere d' una liberalità, non è però soggetta alle formalità richieste per le donazioni, eccettuati i casi di riduzione e di nullità espressi nell' articolo 1970.

L' Autore osserva che non si può rendere altra ragione dell' ultima parte dell' articolo, se non perchè così è piaciuto di stabilire, *sic voluere patres*, essendo infatti una regola antica.

Il Sig. Siméon nel suo Rapporto al Tribunato dimostrò assai bene la ragione della legge : *Il est essentiel*, egli disse, *de remarquer que cette disposition contenue dans l' article 1970 du projet* (corrispondente al 1973 del Codice) *n' est point en contradiction avec celle de l' article 1966 (1969) qui assujétit la rente viagère à titre gratuit aux formes des donations ou des legs.*

Il s' agit, dans l' article 1966, d' une rente que l' on crée sur soi ou sur ses héritiers, au profit de quelqu' un qui ne l' achète pas. On lui fait donation ou legs d' une

rente viagère ; il faut recourir aux formalités des donations ou des legs , parce qu' il n'y a pas d'autre contrat qu'une libéralité.

Au contraire , dans le cas de l'article 1970 , la libéralité n'est qu'accessoire à un autre contrat , à l'achat que l'on fait de la rente au profit d'un tiers . Il se passe une véritable vente entre le bailleur de fonds et celui qui s'oblige à la rente . On jugera donc le contrat par les règles de la vente et non par celles des donations .

(*Delle diverse Maniere colle quali si estingue il mandato . Cod. Nap. Lib. III , Tit. XIII , Cap. IV .*)

ART. 2004.

Il mandante può quando vuole rivocare la procura , e costringere , ove siavi luogo , il mandatario a restituigli la scrittura privata in cui è contenuta , o l'originale della procura , se è stata rilasciata in forma di breve , o la copia , se ne è stata conservata la minuta .

Dice il Sig. Maleville che il §. 9. *Inst. de mandato* limitava la libertà del mandante di rivocare la procura con questa condizione *si adhuc integra res sit* ; ma che Serres , sopra lo stesso §. , osservò con ragione , che siano le cose intre o nol siano , il man-

dante può sempre rivocare la procura ; coll' obbligo di tenere per valido ciò che fosse stato fatto fino a quell' epoca , e di indennizzare il mandatario .

Se a termini dell' articolo , il mandante può *quando vuole* rivocare la procura , lo poteva egualmente secondo i principj del diritto comune .

La precisione che tanto onora le sentenze dei romani Imperatori , fece dire a Giustiniano nel *cit.* §. 9. *Recte quoque mandatum contractum , si , dum adhuc integra res sit , revocatum fuerit , evanescit.* Ma da ciò non ne deriva che il mandante non potesse a suo arbitrio rivocare in qualunque tempo il mandato , *quia extinctum est mandatum , finita voluntate ,* come si riscontra nella *L. 12. §. 16. D. mandati.* Allorchè le cose non erano più nello stato primiero , la revoca poteva bensì aver luogo per ciò che ancora rimanesse ad eseguirsi , non mai però per quello che già si fosse eseguito . Egli è perciò che lo stesso Giustiniano disse che se la revoca ha luogo *dum adhuc integra res sit , mandatum evanescit* ; giacchè altrimenti sussisteva sempre l' obbligazione fra il mandante ed il mandatario , per rapporto a tutto ciò che anteriormente alla revoca si fosse effettuato : *Si mandassem tibi , ut fundum emeres , postea scripsissem ne emeres , tu antequam scias me vetuisse , emisses , mandati tibi obligatus ero , ne damno adficiatur is , qui suscipit mandatum . L. 15. D. mandati.*

È conforme su di ciò la spiegazione che ci dà il Vinnio dello stesso §. 9. *Inst. de mandato* = *Quid ergo*, egli dice, *si facta sit* (revocatio) *postquam res integra esse desiit*, *id est*, *postquam jam mandatario per causam mandati quid abesse caepit?* *Solvitur quidem nihilominus adhuc mandatum*, *ut*, *quod post a mandatario fit*, intelligatur non fieri ex mandato: ceterum hic ex antegesto, aut gesto antequam sciret, mandatorem revocasse, actionem mandati habet, ut consequatur, quod ei propter mandatum abest, ne damno afficiatur, per L. 15. L. inter 26. pr. hoc tit. Egualmente si esprime il Voet, lib. 17. tit. 1. n.^o 17.

È dunque certo che secondo la legge romana era lecito al mandante di rivocare quando voleva il mandato; ritenuto però che se le cose si trovassero nel primiero stato *mandatum evanescit*, diversamente cessavano gli effetti del mandato solo riguardo a ciò che non si fosse peranche eseguito, e nel resto *mandati tibi obligatus ero, ne damno adfficiatur is qui suscipit mandatum*. La revoca infatti non potrebbe mai avere effetto retroattivo, nè distruggere gli atti dal mandatario legittimamente eseguiti.

È forse stabilita una diversa regola dal nostro Codice? Non avvi nemmeno luogo a pensarla. Sarà lecito al mandante di rivocare quando vuole la procura, ma questa revoca non avrà effetto che per gli atti posteriori alla notificazione fattane al mandatario; di modo

che se nulla si fosse ancora eseguito, il mandato sarà estinto e come non avvenuto; se vi si avesse già in parte data esecuzione, sarà sempre obbligato il mandante verso il mandatario ed i terzi, siccome risulta dagli art. 2005 e 2008.

(*Degli Effetti della sicurtà fra il debitore ed il fidejussore. Cod. Nap. Lib. III, Tit. XIV, Cap. II, Sez. II.*)

ART. 2032.

Il fidejussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore per essere da lui rilevato,

1.^o Quando è convenuto giudizialmente per il pagamento;

2.^o Quando il debitore è fallito, o si trovi in istato di prossima decozione;

3.^o Quando il debitore siasi obbligato di liberarlo dalla sicurtà in un tempo determinato;

4.^o Quando il debito sia divenuto esigibile per essere scaduto il termine ch'era stato convenuto pel pagamento;

5.^o Al termine di anni dieci, quando l'obbligazione principale non abbia un termine fisso per la scadenza, purchè l'obbligazione principale non fosse di tal natura da non potersi estinguere prima di un tempo determinato, come accade riguardo alla tutela,

Quest' articolo si applica egli alle rendite costituite? cioè a dire, se il debitore della

rendita è esatto in pagarla , il fidejussore può egli costringerlo dopo dieci anni a rimborsare il capitale , sebbene nulla siavi di convenuto nell' atto a questo riguardo ? Tale si è la disputa che il nostro Autore propone , e sopra la quale egli è di opinione affermativa .

Non vedo però come possa esservi difficoltà rapporto alle rendite . È appunto ad esse cui deve principalmente applicarsi la disposizione portata dal n.º 5.º del nostro articolo ; mentre si tratta di obbligazione che non ha un termine fisso per la scadenza , essendo redimibile la rendita ad arbitrio del debitore , art. 530. Non dovrà neppure ammettersi , come suppone l' Autore , alcuna distinzione se il debitore sia o non sia esatto al pagamento della rendita ; perchè in ambedue i casi il fidejussore potrebbe sempre pretendere , dopo il lasso di dieci anni , d' essere sciolto dall' obbligo della sicurtà . Allorchè il debitore non fosse esatto a pagare , lo stesso fidejussore , dietro il disposto al n.º 4.º dell' articolo , avrebbe inoltre diritto di agire per essere rilevato , almeno per quelle rate che fossero divenute esigibili essendo scaduto il termine al pagamento .

Convien fare attenzione ai due estremi dalla legge richiesti , affinchè possa il fidejussore domandare la sua liberazione , cioè che l' obbligazione non abbia un termine fisso per la scadenza , e che non si tratti di obbligazione la quale fosse di tal natura da non po-

tersi estinguere prima di un tempo determinato. Egli è perciò che se si fosse convenuto, come permette il cit. art. 530, che la rendita non potesse redimersi se non dopo un certo tempo, che non può peraltro eccedere trent'anni, il fidejussore non sarebbe in diritto di essere rilevato avanti la scadenza del termine, prima del quale non può estinguersi l'obbligazione, in vista della stessa convenzione delle parti: *Lorsque l' obligation à laquelle une caution a accédé, doit par sa nature durer un certain temps, quelque long qu'il soit, la caution ne peut demander pendant tout ce temps, que le débiteur principal l'en fasse décharger; car ayant connu ou dû connoître la nature de l' obligation à laquelle elle accédoit, elle a dû compter qu'elle demeureroit obligée pendant tout ce temps.* Pothier *Traité des Obligations*, n.^o 443. Lo stesso avrà luogo se si trattasse di una rendita vitalizia, che ha un termine incerto bensì nell'epoca, ma certo per l'avvenimento, da cui pende la di lei durata, ed entra nella classe delle obbligazioni che non possono estinguersi prima di un determinato tempo, ossia prima della morte di colui sulla vita del quale la rendita fu costituita.

Il nostro Autore ha poi supposto impropriamente, che il fidejussore possa costringere il debitore a rimborsare il capitale, e redimere la rendita. Il fidejussore non ha certamente un tale diritto; egli ha solo quello

di essere rilevato , ma per quest' effetto non è di assoluta necessità la redenzione della rendita ; il debitore può prestare altra idonea sicurtà a favore del creditore , e lasciar sussistere la rendita stessa .

Si osservi pure che la disposizione dell' articolo al n.º 5.º ha luogo soltanto nel caso in cui nulla siasi convenuto sulla durata della fidejussione ; mentre se il fidejussore si fosse obbligato per un tempo determinato , sebbene eccedente i dieci anni , od anche finchè sussistesse l' obbligazione principale che non avesse un termine fisso per la scadenza , egli non potrebbe pretendere di essere liberato . Perciò il Sig. Treihard nell' esposizione dei motivi , così si espresse : *Nous avons même pensé qu' il étoit de toute justice LORSQUE LE TEMPS DE LA DURÉE DU CAUTIONNEMENT N' ÉTOIT PAS RÉGLÉ , ou lorsque le cautionnement n' étoit pas donné pour une obligation principale qui , par sa nature , devoit avoir un cours déterminé , tel , par exemple , qu' une tutelle , nous avons , dis-je , pensé qu' il falloit fixer une époque à laquelle la caution pourroit forcer le débiteur à lui procurer sa décharge .*

(*Delle Transazioni. Cod. Nap. Lib. III,
Tit. XV.*)

ART. 2044.

La transazione è un contratto con cui le parti pongono fine ad una lite già incominciata, o presentano una lite che sia per nascere.

Questo contratto deve essere ridotto in iscritto.

Crede il nostro Autore che, a somiglianza della vendita, anche la transazione non eccedente il valore di 150 lire, possa essere provata col mezzo di testimonj.

Io non convengo in questa opinione, poichè il senso della disposizione relativa alla vendita è ben diverso da quello che presenta l' articolo attuale. Nell' art. 1582 è detto che la vendita può essere fatta tanto per atto autentico, come per iscrrittura privata. È chiaro che con tale disposizione non si è punto cambiata la regola generale dell' art. 1341, il quale vuole la scrittura allora soltanto che il valore dell' oggetto cadente in contratto ecceda le 150 lire. Le indicate espressioni non altro denotano, se non che una semplice facoltà accordata alle parti di stipulare la vendita o per atto autentico, od anche per iscrrittura privata. Diffatti il Sig. Portalis nell' esposizione dei motivi disse: *L' écriture n' étant exigée, dans la vente, que pour la preuve de*

l'acte, le projet de loi LAISSE AUX PARTIES CONTRACTANTES LA LIBERTÉ de faire leurs accords par acte authentique ou sous seing-privé. All'incontro il nostro articolo prescrive assolutamente che il contratto di transazione *dove essere ridotto in iscritto*. Queste espressioni sono assai diverse da quelle, colle quali è concepito il cit. art. 1582, e ben dimostrano che il Legislatore, per rapporto alla transazione, volle stabilire una regola particolare.

L'art. 1834 dispone che *ogni società si deve contrarre col mezzo di scrittura*, ma perchè non si volle applicabile questa disposizione al caso in cui si trattasse di oggetto non eccedente il valore di 150 lire, si è soggiunto quando *l'oggetto della medesima ecceda il valore di cento cinquanta lire*. Non così nel nostro articolo, alla cui generale disposizione, espressa nel modo medesimo di quella contenuta nel cit. art. 1834, non venne fatta un'eguale limitazione; dal che manifesta ne risulta l'intenzione del Legislatore, che la transazione debba ridursi in iscritto anche quando non ecceda il valore di 150 lire.

Tale interpretazione viene pure suggerita per ragione di analogia dal confronto del presente articolo col 2085, il quale prescrive che *l'anticresi non può stabilirsi che mediante scrittura*. Lo stesso Maleville, nell'osservazione al medesimo art. 2085, riferisce che il Sig. Berlier, nel suo Discorso al Corpo Le-

gislativo , disse apertamente che la legge sottometteva all' obbligo della scrittura anche l' anticresi , che fosse concessa per una somma minore di 150 lire . Perciò dovrà essere precisamente lo stesso della transazione ; poichè quale differenza vi è mai fra le sovraindicate espressioni l' *anticresi* non può stabilirsi che mediante scrittura , e quelle colle quali è concepito l' articolo attuale *questo contratto* , cioè la transazione , deve essere ridotto in iscritto ? Non potrebbe essere più uniforme il vero senso di queste due disposizioni ; e quindi non dovranno interpretarsi in una maniera opposta .

Lo stesso spirito della legge suggerisce inoltre la premessa interpretazione , siccome può dedursi dall' osservazione che fece il Sig. Alisson nel suo Rapporto al Tribunato : *La seule condition* , egli disse , *que le projet ajoute , et qui devoit l' être par rapport à la nature particulière de la transaction , c' est qu' elle soit rédigée par écrit ; ce qui est infiniment sage ; car la transaction devant terminer un procès c' eût été risquer d' en faire naître un nouveau , que d' en laisser dépendre l' effet de la solution d' un problème sur l' admissibilité ou les résultats d' une épreuve testimoniale* . Questa spiegazione , come può da ognuno comprendersi , maggiormente appoggia la nostra opinione , e dimostra che in vista non solo della ragione della legge , quanto della generale e precisa di lei dispo-

(340)

sizione, dovrà sempre ed indistintamente essere ridotto in iscritto il contratto di transazione.

(*Dei Privilegi sopra determinati mobili.*
Cod. Nap. Lib. III, Tit. XVIII, Cap. II, Sez. I, §. 2.^o)

ART. 2102.

I crediti privilegiati sopra determinati mobili sono,

1.^o Le pigioni ed i fitti degl' immobili, sopra i frutti raccolti nell' anno, e sopra il valore di tutto ciò che serve a mobigliare la casa appigionata, o il fondo affittato, e di tutto ciò che serve alla coltivazione del medesimo, cioè, per tutto ciò che è scaduto, e per quanto deve scadere, se i contratti di locazione siano per atto autentico, ovvero essendo per iscrittura privata, abbiano una data certa; ed in questi due casi, gli altri creditori hanno il diritto di locare nuovamente la casa o la possessione per il tempo che rimane al termine del contratto, e di convertire a loro vantaggio le pigioni o i fitti, col peso però di pagare al proprietario tutto ciò che gli fosse ancora dovuto;

E per un'annata computabile dalla scadenza dell' anno corrente, quando non esista contratto autentico, o essendo questo per iscrrittura privata, non siavi data certa.

Lo stesso privilegio ha luogo per le riparazioni locative, e per tutto ciò che concerne l'esecuzione del contratto;

Ciò non ostante le somme dovute per le sementi o per le spese della raccolta dell'annata, sono pagate sul prezzo della raccolta medesima, e quelle dovute per gli utensili, sopra il prezzo degli utensili stessi. Tanto nel primo che nel secondo caso, esse sono pagate in preferenza del proprietario;

Il proprietario può sequestrare i mobili inservienti alla sua casa o al suo fondo affittato, quando siano stati traslocati senza il suo assenso, e conserva sopra essi il suo privilegio, purchè abbia proposta l'azione per rivendicarli nel termine di quaranta giorni, quando si tratti del mobiliare di cui è fornita la possessione, e nel termine di giorni quindici, quando si tratti della mobiglia di una casa;

2.^o Il credito sopra il pegno di cui il creditore si trova in possesso;

3.^o Le spese fatte per la conservazione della cosa;

4.^o Il prezzo di effetti mobiliari non pagati, se esistono tuttora in possesso del debitore, tanto che gli abbia comperati con dilazione al pagamento, o senza.

Se la vendita è stata fatta senza dilazione al pagamento, il venditore può ancora rivendicare questi effetti finchè si trovano in possesso del compratore, ed impedirne la rivendita, purchè la domanda per rivendicarli venga proposta entro gli otto giorni dal fattone rilascio, e che gli effetti si trovino in quello stato medesimo in cui erano al tempo della consegna.

Il privilegio del venditore non è esercibile però; se non dopo quello del proprietario della casa o del fondo, quando non sia provato che il proprietario fosse informato che i mobili e gli altri oggetti inservienti alla casa o al fondo affittato non erano di pertinenza del locatario;

Non resta derogato alle leggi e consuetudini commerciali concernenti la rivendicazione ;

5° Le somministrazioni d'un albergatore sopra gli effetti del viandante che sono stati introdotti nel suo albergo ;

6° Le spese di condotta e quelle accessorie sopra le cose condotte ;

7° I crediti che risultano per abusi e prevaricazioni commesse dai funzionarj pubblici nell'esercizio delle loro incombenze , sopra i capitali dati in cauzione e sopra gl'interessi che ne fossero dovuti .

I creditori privilegiati in caso di concorso , dovranno essi avere la preferenza secondo l'ordine dei numeri , con i quali trovansi enunciati ? Questa disputa è accennata dal Sig. Maleville , il quale però non la decide ; ma siccome egli la ripropone al seguente art. 2103 , perciò io mi riserbo ad ivi diffusamente discuterla .

(*Dei Privilegi sopra gl' immobili. Cod. Nap. Lib. III, Tit. XVIII, Cap. II, Sez. II.*)

ART. 2105.

I creditori privilegiati sopra gl' immobili sono;

1.^o Il venditore sopra l' immobile venduto, per il pagamento del prezzo;

Essendovi più vendite successive, il prezzo delle quali sia dovuto in tutto o in parte, il primo venditore è preferito al secondo, il secondo al terzo, e così progressivamente;

2.^o Quelli che hanno somministrato danaro per l' acquisto d'un immobile, purchè sia comprovato autenticamente con l' atto d'imprestito che la somma era destinata a tal impiego, e con la ricevuta del venditore, che il pagamento del prezzo dell' immobile sia stato fatto col danaro imprestato;

3.^o I coeredi sopra gl' immobili della eredità per la garanzia dei beni tra essi divisi, e per le compensazioni o per il conguaglio delle porzioni ereditarie;

4.^o Gli architetti, gl' intraprenditori, i maturatori ed altri operai impiegati nella fabbrica, ricostruzione o riparazione di edifizj, canali, o qualunque altra opera, purchè, mediante perito deputato ex officio dal tribunale di prima istanza nella cui giurisdizione sono situati gli edifizj, siasi preventivamente steso processo verbale ad oggetto di comprare lo stato dei luoghi relativamente ai lavori, rapporto ai quali il proprietario avrà dichiarata l'intenzione che si dovessero fare, e che i lavori siano stati verificati da un perito egualmente nominato ex officio, entro sei mesi al più dalla loro ultimazione.

L'ammontare però del credito privilegiato non può eccedere il valore comprovato col secondo processo verbale , e si riduce al maggior valore che ha lo stabile al tempo dell'alienazione , e che deriva dai lavori fatti al medesimo ;

5° Quelli che hanno imprestato il danaro per pagare o rimborsare gli operaj , godono dello stesso privilegio , purchè un tale impiego venga comprovato autenticamente coll'atto d'imprestito e con la quietanza degli operaj , come è stato prescritto superiormente per coloro che hanno prestato danaro per l'acquisto di un immobile .

Sopra di questo articolo l'Autore propone di nuovo la stessa questione già indicata all'articolo precedente , cioè se i creditori privilegiati , in caso di concorso , dovranno avere la preferenza secondo l'ordine dei numeri con i quali trovansi enunciati . Egli , senza decidere positivamente la disputa , si esprime in questi termini « Io sarei « tentato di dire , che in conseguenza dell' « art. 2097 , i creditori privilegiati , i quali « sono nel medesimo rango , debbano pagarsi per concorrenza ; poichè il Console « Cambacérès osservò nella discussione sopra « l'articolo precedente (2102) , che era necessario di precisare espressamente la preferenza da accordarsi al proprietario sopra « il venditore di mobili , per ciò appunto che « l'art. 2097 vuole che i creditori del medesimo grado vengano per concorrenza fra di essi ; ma io m'avveggo potersi rispondere « che l'art. 2101 non permette d'intendere

« in tal modo la cosa ; giacchè ivi si dice positivamente che i crediti privilegiati in esso enunciati , si esperimentano nell' ordine determinato dai numeri : la parola *grado, rango,* non dee dunque intendersi di tutti i crediti che sono indicati in un articolo , paragrafo, o in una sezione , ma di quelli che sono compresi nello stesso numero . Per esempio i macellari devono concorrere con i fornaj ec.

« È però forza il convenire che tutto ciò avrebbe bisogno d' una precisa spiegazione per parte del Legislatore medesimo . »

Sopra l' indicata questione parmi che convenga distinguere i privilegi che formano l' oggetto del precedente art. 2102 , da quelli che sono contemplati nel presente art. 2103 , non dovendosi seguire la medesima regola rapporto agli uni , come rapporto agli altri .

Per riguardo ai crediti privilegiati di cui si parla nell' art. 2102 , il senso non dubbio della legge mi sembra suggerire che l' ordine solo dei numeri non debba valutarsi per determinare la preferenza . Io mi attengo a questa opinione per i seguenti riflessi ,

1.^a Perchè se il solo ordine dei numeri bastasse a stabilire la preferenza , la legge all' art. 2101 non avrebbe detto : *i crediti privilegiati sopra la generalità dei mobili sono quelli enunciati in appresso , e si esperimentano con l' ordine seguente .* Quest' ultima particolare disposizione si esperimentano con l' ordine seguente , non sarebbe stata necessaria

nell' ipotesi che dal semplice ordine dei numeri dovesse risultare il diritto di preferenza, in quanto che nello stesso articolo i privilegi si trovano pure enunciati per ordine di numero, come lo sono nell' art. 2102;

2.^a Perchè non riscontrandosi nel cit. art. 2102 la stessa dichiarazione contenuta nell' art. 2101, cioè che i privilegi ivi indicati debbano esperimentarsi secondo l' ordine dei numeri, è forza riconoscere nel Legislatore una diversa intenzione, essendo diversa la redazione della legge. Se si fosse voluto che anche i privilegi collocati nell' art. 2102 avessero egualmente la preferenza secondo l' ordine dei numeri, è naturale che si sarebbe stabilita una regola comune a tutti, o che almeno l' accennata addizione *si esperimentano con l' ordine seguente*, sarebbesi pure ripetuta nello stesso art. 2102. I privilegi si sono collocati sotto diversi numeri più per distinguere l' uno dall' altro, di quello che per stabilire fra di essi un ordine positivo di classificazione nel caso di concorso;

3.^a Perchè nell' art. 2102 il privilegio del locatore trovasi enunciato prima di quello del venditore, e se dovesse decisamente seguirsi l' ordine dei numeri, è certo che il locatore sarebbe per questo solo motivo preferito al venditore; pure nel citato testo si è specialmente stabilito che *il privilegio del venditore non è esercibile però, se non dopo quello del proprietario della casa o del fondo.*

Questa disposizione non sarebbe stata necessaria , come fu pure osservato dal nostro Autore allo stesso art. 2102 , nell' ipotesi che l' ordine solo dell' enunciazione dasse la preferenza ;

4.^o Perchè quando la legge volle accordare preferenza ad un privilegio sopra dell' altro , lo ha positivamente dichiarato , come fece nell' art. 2101 ed anche nell' art. 2102 rapporto ad alcuni particolari privilegi ; dal che può dedursi per legittima conseguenza che l' ordine dei numeri non dee ritenersi per sè stesso bastante a dare diritto alla preferenza , se questa non sia dalla legge in modo speciale accordata ;

5.^o Perchè finalmente anche i privilegi sopra gl' immobili sono enunciati nell' art. 2103 per ordine di numero ; sebbene la classificazione fra questi privilegiati creditori , come vedremo in fine della presente osservazione , debba soltanto essere regolata dall' anteriorità dell' inscrizione , a norma del prescritto nell' art. 2106. Se adunque nello stabilire la preferenza per rapporto ai privilegi sopra gl' immobili , deve unicamente aversi riguardo alla data dell' inscrizione , è naturale che non potrà valutarsi l' ordine dei numeri ; altrimenti si distruggerebbe la regola espressa nel cit. art. 2106. Questa riflessione prova maggiormente , non essere possibile che il Legislatore abbia indicato sotto diversi numeri i privilegi , coll' intenzione che lo stesso ordine de' medesimi dovesse determinare la preferenza .

Ma se il solo ordine dei numeri non può autorizzare ad ammettere alcuna preferenza fra i creditori collocati nell' art. 2102 , quale sarà la regola cui dovremo attenersi ? L'unica regola che converrà seguire si è che i creditori privilegiati posti nello stesso articolo , dovranno ritenersi nel medesimo grado , ed in caso di simultaneo concorso essere pagati in eguale proporzione , a meno che la legge non abbia espressamente stabilita una particolare preferenza . Tale sembrami l' opinione più regolare , e più conforme allo spirito della legge . Lo stesso nostro Autore si mostrò inclinato per la medesima , ma non ha osato di sostenerla , perchè , com' egli dice , si potrebbe rispondere che l' art. 2101 non permette d' intendere in tal modo la cosa , essendo ivi positivamente prescritto che i crediti privilegiati ch' esso enuncia , si esperimentano nell' ordine determinato dai numeri ; e che perciò la parola *grado* dee intendersi solo di que' crediti che trovansi compresi nello stesso numero . Questa obbiezione però in nulla si oppone alla nostra opinione . L' art. 2097 prescrive che *i creditori privilegiati che sono nel medesimo grado , sono pagati in proporzione eguale* . Quindi la preferenza fra gli stessi creditori non potrà aver luogo , se non qualora siano in grado diverso ; ma non dee già credersi che la sola diversa causa da cui risulta il privilegio , porti di conseguenza la diversità del grado . Egli è

indubitato che questo grado debb' essere dalla legge espressamente assegnato , affinchè l' un creditore possa all' altro anteporsi ; altrimenti sarebbe arbitraria qualunque preferenza si volesse accordare . Ora , quali saranno i creditori nel medesimo grado , e quali in grado diverso ? Forse quelli che si trovano sotto differenti numeri ? No , perchè il solo ordine dei numeri non essendo attendibile per fissare la preferenza , come si è dimostrato , non può neppure ritenersi sufficiente per determinare la diversità del grado . Infatti la legge fece uso dell' espressione *nel medesimo grado* , non disse già *nel medesimo numero* . Se adunque è necessario che il grado di preferenza sia dalla legge precisamente assegnato , e se desso non può risultare dal semplice ordine con cui sono enunciati i diversi privilegi , dovremo conchiudere che non solo i creditori sotto un medesimo numero , ma quelli puranche compresi in uno stesso articolo , avranno a ritenersi *nel medesimo grado* , ogni qual volta però la legge non abbia con espressa disposizione loro assegnato un grado distinto .

Egli è vero che i privilegi indicati sotto i diversi numeri dell' art. 2101 devono ritenersi in grado diverso , ed essere pagati secondo l' ordine determinato dai medesimi . Ma per quale motivo ? Per quello appunto che nel citato articolo il Legislatore avendo positivamente dichiarato , che i privilegi ivi enun-

ciati dovessero esperimentarsi nell'ordine dei numeri, venne con ciò ad assegnare ai diversi creditori un grado distinto, non già perchè la diversità del numero basti per sè sola a stabilire la diversità del grado. Se dovesse ammettersi questo principio, sarebbe stato anche inutile che il Legislatore nello stesso art. 2101 avesse detto, che i privilegi ivi accennati debbano esperimentarsi conformemente all'ordine dei numeri; poichè in forza dell'art. 2097, dovendo aver luogo una preferenza fra i creditori che sono in diverso grado, niun'altra preferenza avrebbe potuto ammettersi, fuori di quella risultante dall'ordine dei numeri.

Sembra quindi potersi con ragione sostenere che tutti i creditori posti nell'art. 2102 dovranno ritenersi nel medesimo grado, ed essere pagati in eguale proporzione, eccettuati però que' casi nei quali la legge abbia assegnato un grado particolare, dichiarando che l'un creditore debba precedere all'altro.

Questa opinione è poi anche sostenuta dall'autorità del profondo Giureconsulto Cambacérès, il quale, siccome riferisce il nostro Autore, nella discussione sopra l'art. 2102 disse, *che era necessario di precisare espresamente la preferenza da accordarsi al proprietario sopra il venditore di mobili, per ciò appunto che l'art. 2097 vuole che i creditori nel medesimo grado vengano per concorrenza fra di essi.* Da ciò si comprende che lo stesso

Giureconsulto teneva per certo, che i creditori privilegiati posti in uno stesso articolo, sebbene sotto numeri diversi, dovessero essere considerati nel medesimo grado, e quindi pagati in eguale proporzione, ove la legge non avesse apertamente ordinata una preferenza.

Il Sig. Delvincourt, *Institutes du Droit Civil*, tom. 3. pag. 250 e segu., dice che il Codice non determina l'ordine di classificazione fra i creditori indicati nell'art. 2102; e con ciò viene ad ammettere che il solo ordine dei numeri non deve valutarsi per determinare la preferenza. Lo stesso Autore però propone una classificazione arbitraria, dalla quale rilevasi, non esser egli d'avviso che in caso di simultaneo concorso sopra lo stesso mobile, debbano i creditori essere pagati in eguale proporzione. Veggasi a questo proposito anche il Merlin *Répertoire de Jurisprudence* alla parola *Privilége*. Ma qualora non volesse ritenersi che i creditori collocati nell'art. 2102 debbano soddisfarsi in eguale proporzione, converrebbe piuttosto seguire l'ordine dei numeri, di quello che creare un'arbitraria classificazione e preferenza fra gli stessi creditori, essendo importante che i giudici abbiano una regola certa ed uniforme; altrimenti le loro decisioni varierebbero a norma delle particolari opinioni dei Giureconsulti.

Gli Autori delle Pandette sopra l'art.

2102, tom. 15. pag. 112. n.^o 83, forse per iscansare qualunque difficoltà, così si espressero : *la loi ne dit point ici que ces priviléges s'exercent dans l'ordre suivant lequel elle les énonce, parce que chacun de ces priviléges étant unique relativement aux meubles sur lesquels il porte, il ne peut y avoir d'ordre.* Questa osservazione sembra dimostrare, che non possa in loro senso verificarsi un simultaneo concorso di più creditori sopra lo stesso mobile. Ma questa si è una fallace ipotesi ; poichè sebbene non così facilmente possa accadere il caso di simultaneo concorso di più creditori sopra il medesimo oggetto, è però certo che alcune volte si potrà verificare, e questo basta perchè sia necessario di stabilire quale regola dovrassi osservare.

Riguardo poi ai privilegi contemplati nell' art. 2103, è d'uopo avvertire che cadendo essi unicamente sopra beni immobili, sono soggetti all' inscrizione, e *non hanno effetto fra i creditori se non . . . dalla data di tale inscrizione*, come letteralmente dispone l'art. 2106. La preferenza perciò fra i creditori privilegiati sullo stesso immobile verrà regolata dall' anteriorità dell' inscrizione. Che se avvenisse il caso, assai difficile peraltro a verificarsi, che vi fossero più creditori inscritti nel medesimo giorno, dovrebbero essere pagati in eguale proporzione, non essendovi motivo per ammettere una preferenza dell' un privilegio sopra dell' altro, in vista delle stesse

ragioni superiormente esposte rapporto ai privilegi di cui si tratta nell'art. 2102.

Giova inoltre osservare relativamente al cit. art. 2106, che la data di cui parla la legge è solo relativa ai creditori privilegiati fra di essi ; di modo che quegli il quale avrà per il primo fatto inscrivere il suo privilegio , ne profitterà a preferenza di colui che avesse presa inscrizione posteriormente ; ma però il creditore privilegiato sarà sempre preferito ai semplici ipotecarj , sebbene l' abbiano preventu coll' inscrizione , come risulta dagli art. 2095 e 2115. Se poi i privilegi non sono stati inscritti nel modo determinato dalla legge , divengono crediti semplicemente ipotecarj , e non avranno preferenza rapporto ai terzi , se non dall' epoca dell' inscrizione , a termini del cit. art. 2113. *Ved.* le Pandette Francesi , tom. 15 n.^o 158 e segu. pag. 199. Gli Autori però di quest' Opera stimabile , trovano qualche difficoltà nella spiegazione dello stesso art. 2106 , e dicono che conveniva omettere nel testo le espressioni *dalla data di tale inscrizione* . Ma ritenuto che la legge volle assoggettare i crediti privilegiati sopra gl' immobili alla formalità dell' inscrizione , era pure necessario lo stabilire che fra i creditori privilegiati sopra lo stesso immobile , la preferenza dovesse regalarsi secondo la data dell' inscrizione , a somiglianza dei crediti ipotecarj . Se essa non dovesse avere quest' effetto comune a tutte le inscrizioni , sarebbe anche

(354)

stato pressochè inutile in molti casi di ordinaria.

(*Delle Ipoteche. Cod. Nap. Lib. III,
Tit. XVIII, Cap. III.*)

ART. 2118.

Sono soltanto suscettibili d'ipoteca,

*1.^o I beni immobiliari che sono in commercio,
ed i loro accessori riputati come immobili;*

*2.^o L'usufrutto degli stessi beni e dei loro ac-
cessori durante l'usufrutto.*

« Io non vedo , dice il Sig. Mâleville ,
« perchè una rendita prediale stipulata non
« redimibile prima di trent anni , come lo
« permette l'art. 550 , non sarà egualmente
« suscettibile d'ipoteca siccome un usufrutto ,
« la cui durata può essere stabilita per un
« tempo più breve . »

Il Legislatore neppure nell'accennato caso
permise di ipotecare la rendita per essere coe-
rente ai principj già sanzionati . *L'ipoteca
sopra i mobili non ha luogo* , così dispone
l'art. 2119. Ora l'usufrutto delle cose immo-
biliari essendo posto nella classe dei beni im-
mobili dall'art. 526 , può essere suscettibile
di ipoteca , come lo dice l'attuale articolo .
Al contrario essendo stabilito nell'art. 529
che tutte le rendite perpetue sono *mobili* , e

(555)

redimibili , secondo l' art. 530 , il Legislatore sarebbe stato incoerente se avesse ammessa l' ipoteca sopra le medesime ; poichè sebbene siasi convenuto che non possano redimersi avanti trent' anni , non cessano però di essere sempre nella classe dei beni mobili .

(*Delle Ipoteche convenzionali . Cod. Nap.*
Lib. III , Tit. XVIII , Cap. III , Sez. III.)

ART. 2129.

Non vi è ipoteca convenzionale valida fuorchè quella la quale , o nell' atto autentico costitutivo del credito , o in un atto autentico posteriore , dichiara specialmente la natura e la situazione di ciascuno degl immobili attualmente appartenenti al debitore , i quali egli assoggetta all' ipoteca per il credito . Ciascuno dei suoi beni presenti può essere nominatamente sottomesso all' ipoteca .

I beni futuri non possono essere ipotecati .

ART. 2130.

Nondimeno , se i beni presenti e liberi del debitore sono insufficienti per cautelare il credito , può egli , esprimendo tale insufficienza , acconsentire che ciascuno dei beni che acquisterà in avvenire , resti ipotecato a misura de' suoi acquisti .

« Sebbene il nostro articolo (2130) , così scrive il Maleville , sembri esigere come assoluta condizione che i beni presenti siano

« insufficienti per cautelare il credito , pure
 « io non credo che il debitore , il quale avrà
 « egli stesso acconsentito che l' inscrizione
 « fosse presa sopra i beni futuri, possa essere
 « ammesso a provare che i beni presenti da
 « lui obbligati erano sufficienti . *Ved.* l' art.
 « 2161 nel quale è dichiarato che la disposi-
 « zione in esso contenuta non si applica alle
 « ipoteche convenzionali . »

A me sembra non doversi seguire questa opinione, non essendo conforme alle precise disposizioni della legge .

Nell' art. 2129 si dice apertamente che *i beni futuri non possono essere ipotecati*; e nel successivo si accorda la facoltà di ipotecarli, nel solo caso però in cui *i beni presenti e liberi del debitore sono insufficienti per cautelare il credito*. Mancando questo estremo voluto dalla legge , è certo che l' ipoteca convenzionale sarebbe nulla , perchè fuori del caso indicato i beni futuri non possono in generale legalmente ipotecarsi. Non vedo perciò ragione per negare al debitore il diritto di provare che i beni presenti da lui obbligati erano sufficienti a cautelare il credito , e di domandare in conseguenza , a termini dell' art. 2160 , la cancellazione dell' ipoteca sopra i beni futuri non legalmente costituita. Se non gli si accordasse questo diritto , si renderebbe rapporto a lui obbligatoria una convenzione che non è valida in senso della legge . Inoltre si lascierebbe sempre in arbitrio delle

parti di convenire , contro l' espresso divieto della legge , un' ipoteca sopra i beni futuri anche quando i beni presenti e liberi fossero sufficienti per la garanzia del credito , ipoteca che sarebbe valida , se non rapporto ai terzi , almeno rapporto al debitore medesimo ed al creditore cui si fosse concessa .

Nè potrebbe l' Autore giovarsi della disposizione dell' art. 2161 da lui invocata . È facile il dimostrare che quest' articolo non è punto applicabile al caso di cui si tratta . Eccone il testo : *Ogni qual volta le inscrizioni prese da un creditore il quale , a termini della legge , avrebbe diritto di far inscrivere l' obbligazione sui beni presenti o futuri del suo debitore , senza limitazione convenuta , cadranno sopra più fondi , oltre il bisogno per la cautela de' crediti , avrà il debitore azione per ottenere la riduzione delle inscrizioni , o perchè vengano cancellate in quella parte che eccede la conveniente proporzione . In tale proposito si devono osservare le regole di competenza stabilite nell' articolo 2159 . La disposizione del presente articolo non è applicabile alle ipoteche convenzionali .*

È d' uopo distinguere il caso dell' inscrizione di un' ipoteca illegalmente costituita , la quale debba perciò essere intieramente cancellata , dal caso in cui l' ipoteca inscritta sia bensì valida , ma però eccessiva , e quindi soggetta soltanto a riduzione .

Allorchè sia presa inscrizione di un'ipoteca nulla , deve esserne ordinata la cancellazione , sebbene si tratti di ipoteca convenzionale , e sebbene sia chiesta dallo stesso debitore che l'avesse accordata ; mentre l'art. 2160 prescrive indistintamente che *i tribunali devono ordinare la cancellazione , quando l'inscrizione fu fatta senza essere appoggiata nè alla legge , nè ad un titolo* . Nel caso concreto l'inscrizione rapporto ai beni futuri fu appunto fatta senza essere appoggiata ad un titolo valido , vietando la legge di convenire l'ipoteca sui beni futuri , qualora i beni presenti siano sufficienti per la garanzia del credito . Sembra quindi non esservi dubbio che anche lo stesso debitore potrà domandare la cancellazione dell'inscrizione sopra i beni futuri , e che il tribunale non potrà dispensarsi dall'ordinarla .

Ben diverso si è il caso contemplato nell'art. 2161 , nel quale si parla soltanto di un'ipoteca stabilita *a termini della legge* , giacchè se non lo fosse avrebbe luogo il disposto nel cit. art. 2160 ; e vi si tratta non già della cancellazione totale dell'inscrizione , ma solo della riduzione , allorquando l'inscrizione stessa cada sopra più fondi , oltre il bisogno per la cautela de' crediti . Questa riduzione però non si ammette rapporto all'ipoteca convenzionale ; perchè essendo in arbitrio del debitore di ipotecare specialmente tutti quei beni ch'egli vuole , purchè non vi osti la legge ,

non gli dee essere lecito di domandare alcuna riduzione, sebbene l' inscrizione fosse presa sopra più fondi, oltre il bisogno per la cautela de' crediti. Quando l' ipoteca sopra i medesimi fondi è legalmente convenuta, non può il debitore contravvenire alla propria obbligazione. Ma il caso nostro è assai diverso, come si è veduto, trattandosi di ipoteca convenuta contro l' aperta proibizione della legge.

Un argomento che appoggia l' esposta opinione si deduce altresì da quanto venne osservato dagli Autori delle Pandette, *tom. 15. n.^o 228. pag. 328.* *Il y a cependant un cas,* essi dicono, où cet article (2161) peut s'appliquer à l' hypothèque conventionnelle. C' est celui où, dans l' insuffisance, ou l' absence des biens présens, le débiteur a hypothéqué ses biens à venir. S' il a fait plusieurs acquisitions, et que le créancier se soit inscrit sur toutes, le débiteur peut demander que son hypothèque soit restreinte aux immeubles suffisants pour répondre de sa créance.

Cela est évidemment dans l' esprit de la loi, et le sens du §. de cet article est fixé par le procès-verbal des discussions.

Se nell' ipotesi in cui l' ipoteca fu legalmente costituita sopra i beni futuri, in vista della decisa insufficienza dei beni presenti, può non ostante il debitore chiedere la riduzione dell' inscrizione, molto più avrà diritto di domandare che sia cancel-

(360)

lata l' ipoteca sui beni futuri , ipoteca che non fu legalmente stabilita , essendo sufficienti , nella nostra ipotesi , i beni presenti a caute-
lare il credito .

(*Del Modo dell' inscrizione dei privilegi e delle ipoteche . Cod. Nap. Lib. III , Tit. XVIII , Cap. IV.)*

ART. 2154.

Le inscrizioni conservano l' ipoteca ed il privilegio per il corso di dieci anni , dal giorno della loro data : cessa il loro effetto , se prima della scadenza di detto termine non si sono rinnovate .

Qualora avvenisse il caso che si fosse omesso di prendere inscrizione sopra i beni dei mariti e dei tutori , ritiene il Maleville che le mogli alla morte dei mariti , ed i minori alla loro maggiore età , debbano avere un termine per prendere inscrizione loro stessi , assine di non essere preceduti nel rango da un terzo che prendesse inscrizione prima di loro ; e crede perciò che convenga seguire per rapporto alle mogli la disposizione dell' art. 23 della legge 11 brumale an. 7 , e l' editto del 1673 riguardo ai minori .

Da ciò si rileva che lo stesso Autore presuppone , che nell' esposto caso le mogli allo scioglimento del matrimonio , ed i mi-

nori alla maggiore età , debbano prendere inscrizione , all' oggetto di conservare l' anteriorità delle loro ipoteche .

Ma per verità io non scorgo con quale fondamento si possa nell' indicata ipotesi ritener , che le mogli ed i minori abbiano un preciso obbligo di far inserivere le loro ipoteche , sotto pena di perderne l' anteriorità .

È massima consacrata nell' art. 2135 , che a favore delle mogli e dei minori *esiste l' ipoteca indipendentemente da qualunque inscrizione* , dal giorno del matrimonio , o dal giorno in cui il tutore accettò la tutela . Il Legislatore per provvedere anche all' interesse dei terzi ha bensì prescritte delle sagge misure negli art. 2136 e successivi , affinchè non restino occulte le ipoteche delle mogli e dei minori ; ma per riguardo a questi , sia o non sia presa l' inscrizione , sarà sempre lo stesso . La loro condizione non potrà mai essere detiore , perchè si fosse omesso di prendere inscrizione in loro nome . Se infatti per regola generale *esiste l' ipoteca* a favore di essi *indipendentemente da qualunque inscrizione* , non avvi ragione per obbligare la moglie allo scioglimento del matrimonio , ed il minore alla maggiore età , a far inserivere le loro ipoteche nel caso in cui precedentemente non fossero state inserite . Sarebbe lo stesso che sottoporli ad un obbligo che niun testo del Codice loro impone , e privarli del favore che la legge nel cit. art. 2135 volle ad essi accordare .

Giova pure osservare che a termini delle leggi anteriori della Francia , nè l'ipoteca delle mogli, nè quella dei minori era dispensata dall' obbligo dell' inscrizione. È perciò che loro concedevasi un termine per prendere inscrizione essi medesimi dopo lo scioglimento del matrimonio , o dopo la maggiore età . Ma questa giurisprudenza essendosi cangiata col ricordato art. 2135 , non si verifica più nè la necessità , nè la convenienza di ammettere i termini che dessa accordava ; ciò sarebbe anzi contrario al principio stabilito nel citato testo , poichè si supporrebbe necessaria l' inscrizione , quando la legge accorda l' ipoteca indipendentemente dalla medesima .

Anche il Sig. Tyssandier nel suo trattato delle ipoteche sostenne che la moglie dopo la morte del marito , ed i minori dopo cessata la tutela , sono tenuti a far inscrivere le loro ipoteche . Ma gli eruditi Autori delle Pandette , nell' osservazione all' art. 2135 , *tom. 15. n.^o 203 e segu.* , confutando questa opinione , dissero : *La loi, en donnant à la femme et au mineur ou interdit l' hypothèque légale, la leur accorde incontestablement pour l' exercice de leurs créances . Donc elle subsiste indépendamment de l' inscription, jusqu' à ce que cet exercice soit consommé; autrement elle leur serait inutile . De quel secours serait une hypothèque qui s' éteindrait au moment de l' ouverture du droit ? une pareille règle serait une absurdité .*

Ed in fine conchiusero : *En général les formalités de rigueur doivent être établies par la loi. Elles ne peuvent point être supplées par des opinions incertaines ou arbitraires.* Ved. inoltre l'opera più volte citata = *Discussions du Code Napoléon dans le Conseil d'Etat, seconde édition, tom. 3. pag. 488*, ove il Sig. Delaporte, uno degli Autori delle Pan dette, tratta la medesima disputa, persistendo nella già emessa opinione.

Dopo essersi dimostrato che tanto le mogli, quanto i minori non dovranno mai in alcun tempo, nè in qualunque caso essere tenuti a far inscrivere le loro ipoteche, non è più ammissibile l'opinione dell'Autore, che le mogli allo scioglimento del matrimonio, ed i minori alla maggiore età, debbano avere un termine per far inscrivere le loro ipoteche, all'oggetto di conservarne l' anteriorità; dacchè quest' anteriorità è ad essi in generale assicurata *indipendentemente da qualunque inscrizione.*

(*Dell' Estinzione dei privilegi e delle ipoteche. Cod. Nap. Lib. III , Tit. XVIII, Cap. VII.*)

ART. 2180.

I privilegi e le ipoteche si estinguono ,

1.^o Con lo scioglimento dell' obbligazione principale ;

2.^o Con la rinunzia del creditore alla ipoteca ;

3.^o Coll' adempimento delle formalità e condizioni prescritte ai terzi possessori per render liberi i beni da essi acquistati ;

4.^o Colla prescrizione .

La prescrizione si acquista a vantaggio del debitore , riguardo ai beni che si trovano in suo potere , trascorso quel periodo di tempo che è determinato per la prescrizione delle azioni che producono l' ipoteca o il privilegio

La prescrizione riguardo ai beni posseduti da un terzo , si acquista da questo col periodo di tempo stabilito per prescrivere il dominio in suo favore : nel caso in cui la prescrizione si appoggi ad un titolo , essa comincia a decorrere dal giorno in cui il titolo predetto è stato trascritto sui registri del conservatore .

Le inscrizioni fatte eseguire dal creditore non interrompono il corso della prescrizione stabilita dalla legge a favore del debitore o del terzo possessore .

Osserva il nostro Autore che i privilegi e le ipoteche non estinguonsi soltanto per le cause nell' articolo enumerate ; ma che cessano altresì in conseguenza della novazione , e colla perdita totale della cosa ipotecata .

Mi sembra in vero singolare che lo stesso Autore alle cause enunciate nell' articolo , producenti l' estinzione dei privilegi e delle ipoteche , vi aggiunga la novazione , quasi che non sia per sè stessa compresa nel n.^o 1.^o del riferito articolo , il quale prescrive in generale che *lo scioglimento dell' obbligazione principale* porta l' estinzione del privilegio e dell' ipoteca . La novazione è appunto uno dei modi con cui si scioglie l' obbligazione principale , a termini dell' art. 1234 . Essa è dunque chiaramente compresa nella generale disposizione del nostro testo che abbraccia ciascuno dei modi , da cui può derivare lo scioglimento dell' obbligazione principale .

In quanto alla perdita totale della cosa ipotecata , è da osservarsi che non venne dal Legislatore particolarmente annoverata fra i modi di estinzione dell' ipoteca ; poichè sebbene sia vero che dessa non potrà esercitarsi sopra ciò che più non esiste , è però certo che il diritto di ipoteca per sè stesso non rimane propriamente estinto . Infatti , o si tratta di ipoteca sia legale , sia giudiziale , e sarà lecito al creditore di prendere inscrizione sopra altri immobili presenti , od anche futuri del proprio debitore , secondo gli art. 2122 e 2123 §. 2 ; o trattasi di ipoteca convenzionale , e l' art. 2131 dispone che *nel caso in cui l' immobile o gl' immobili presenti , assoggettati all' ipoteca , perissero , o si deteriorassero , in modo che fossero divenuti insuf-*

ficienti alla sicurezza del creditore , questi potrà o chiedere a momento il suo rimborso , od ottenere un supplimento alla ipoteca. Tutto ciò sembra essere appunto la conseguenza di quanto si disse , cioè che in stretto senso il diritto di ipoteca non rimane per sè stesso estinto colla perdita della cosa , sopra cui fosse la medesima inscritta .

Rapporto ai privilegi , se questi sono generali sopra tutti i mobili e gl' immobili , la perdita d' alcuno di tali beni non può mai produrre l' estinzione del privilegio , il quale non cadendo sopra un oggetto determinato , ma sopra la generalità dei beni , potrà sempre esercitarsi a misura che ne esisteranno . Se poi il privilegio fosse limitato a certi determinati mobili od immobili , è chiaro che non esistendo più l' oggetto su di cui la legge unicamente accorda il privilegio , ne verrà di necessaria conseguenza che più non potrassi esercitare . Rimarrà però sempre il diritto di credito , pel quale sembra che sarebbe anche lecito al creditore , qualora il privilegio fosse sopra beni immobili , di prendere un' inscrizione ipotecaria sopra altri beni del debitore , in quanto che un credito privilegiato è anche a più forte ragione ipotecario , siccome risulta dall' art. 2113; altrimenti il creditore privilegiato sarebbe in questa parte di peggiore condizione del creditore ipotecario , che ha diritto , come si disse , di prendere inscrizione sopra altri beni , o di chiedere al momento il suo rimborso .

Veggansi inoltre gli art. 1278, 1279 e 1280 relativamente all'estinzione dei privilegi e delle ipoteche nel caso di novazione, non che gli art. 865, 929, 952, 954, 958, 1263, 1299, 1673 §. 2, e 1254, i quali contemplano diversi casi in cui rimangono estinti i privilegi e le ipoteche.

(*Del Modo di render libere le proprietà dai privilegi e dalle ipoteche. Cod. Nap. Lib. III, Tit. XVIII, Cap. VIII.*)

ART. 2181.

I contratti che trasferiscono la proprietà degl' immobili o dei diritti reali immobiliari, che il terzo possessore vorrà liberare dai privilegi e dalle ipoteche, saranno trascritti per intiero dal conservatore delle ipoteche nel cui circondario i beni si troveranno.

Questa trascrizione si farà sopra un registro destinato a tale effetto, ed il conservatore sarà tenuto di rilasciarne il certificato a chi lo chiederà.

ART. 2182.

La semplice trascrizione dei titoli translativi di dominio sopra il registro del conservatore, non libera l'immobile dai privilegi e dalle ipoteche sopra di esso esistenti.

Il venditore trasferisce soltanto nell'acquirente la proprietà e le ragioni ch'egli aveva sulla cosa venduta, con i medesimi privilegi ed ipoteche di cui era gravata.

Il Sig. Maleville accenna esservi stata disputa al Consiglio di Stato sul punto, se la trascrizione dovesse essere necessaria per la traslazione della proprietà, e che il Consiglio decise la negativa; quindi un secondo compratore che avesse il primo fatto trascrivere il di lui contratto, non potrebbe per questo solo motivo essere preferito all'antecedente compratore. Ma dacchè la trascrizione del contratto, dice lo stesso Autore, non dee far preferire colui che la fece a quello che la omise, con quale regola si deciderà fra due acquirenti della medesima cosa? Egli ritiene che debbasi seguire anche per gl'immobili la legge *Quotiens C. de rei vind.*, come si è seguita per i mobili nell'art. 1141, osservando che sebbene l'art. 1585 stabilisca che la proprietà è acquistata *di diritto dal compratore, a riguardo del venditore*, dal momento che essi hanno convenuto sulla cosa e sul prezzo, pure tale disposizione non si oppone alla citata legge. La vendita, prosiegue lo stesso Maleville, è certamente perfetta fra il compratore ed il venditore, quando abbiano convenuto sulla cosa e sul prezzo, ed il compratore avrà diritto di agire per la garanzia contro il venditore, allorchè fosse spogliato da un altro compratore che avesse prima di lui preso possesso della cosa, ma riguardo a quest' terzo, la vendita non è punto perfetta, poichè è desso che rimane possessore.

Questo sentimento del Maleville mi sembra decisamente contrario alle regole dal nuovo Codice stabilite.

La massima del diritto romano : *traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur*, è in oggi abrogata, e lo è pure la citata *L. Quotiens*, almeno rapporto alla vendita di beni immobili. Secondo la presente legislazione, per acquistare la proprietà non è necessaria la tradizione. Questa regola generale è stabilita nell' art. 1138, in cui è detto : *L' obbligazione di consegnare la cosa è perfetta col solo consenso de' contraenti.* **TALE OBBLIGAZIONE COSTITUISCE PROPRIETARIO IL CREDITORE, e fa che la cosa resti a di lui pericolo dal momento in cui doveva essere consegnata, QUANTUNQUE NON NE SIA SEGUITA LA TRADIZIONE.** La stessa regola è pure richiamata nell' art. 1583, nel quale trovasi prescritto che *la vendita è perfetta fra le parti, e la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore, al momento che siasi convenuto sulla cosa e sul prezzo, QUANTUNQUE NON SIA SEGUITA ANCORA LA TRADIZIONE DELLA COSA, nè sia pagato il prezzo.* Se adunque la proprietà è trasferita di diritto nel compratore anche senza tradizione, con quale plausibile motivo potrassi sostenere che debba essere preferito un secondo compratore della medesima cosa, qualora fosse stato immesso nel reale possesso ?

Questo possesso non si valuta per l'acquisto della proprietà ; quindi non può dare alcun diritto al secondo compratore di essere preferito al primo , in quanto che quest'ultimo è già proprietario della cosa anche senza tradizione e possesso .

Inoltre se al momento in cui si è convenuto sulla cosa e sul prezzo , la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore , quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa , è chiaro che il venditore cessa al momento medesimo di esserne il proprietario , e come di altrui dominio non potrebbe più validamente alienarla , a norma del disposto nell'art. 1599 , che dichiara nulla la vendita della cosa altrui . Perciò il contratto con il secondo compratore , essendo radicalmente nullo , è certo ch'egli non potrebbe avere acquistato alcun diritto di proprietà , e molto meno quello di essere preferito al primo compratore , sebbene a lui solo fosse stata fatta la tradizione della cosa .

Il venditore , dice il §. 2 del riportato art. 2182 , trasferisce soltanto nell'acquirente la proprietà e le ragioni ch'egli aveva sulla cosa venduta . Ma quale proprietà , quali ragioni potrebbe mai trasferire nel caso nostro il venditore , se tanto l'una come le altre sono già di diritto acquistate dal primo compratore ? Egli non ha più sulla cosa nè proprietà , nè ragione alcuna , non ne potrebbe dunque trasferire nel secondo acquirente .

Si è poi maggiormente ingannato l' Autore nel dire che a riguardo del secondo compratore la vendita precedente *non è punto perfetta*, poichè è desso che rimane possessore. A nulla giova questo possesso, dacchè in oggi non è più colla tradizione, ma bensì in forza della sola convenzione che si acquista la proprietà. Di nūn appoggio può quindi essere il semplice possesso per asserire, che la prima vendita non è perfetta a riguardo dell' attuale possessore, ossia del secondo compratore. Essa sarà perfettissima anche rapporto a lui, e soltanto non lo sarà riguardo a coloro che avessero dei diritti sulla cosa all' epoca della di lei alienazione, in quanto che non li potrà distruggere. È per tale motivo che nell'art. 1583 si è detto, che la proprietà si acquista di diritto dal compratore soltanto *riguardo al venditore*, e nulla si disse dei terzi, potendo questi avere dei diritti anteriori alla vendita, cioè dei privilegi e delle ipoteche. Questi diritti devono sempre rimanere salvi, a termini dell' art. 2166, e del §. 2 del premesso art. 2182. Relativamente ai creditori ipotecarj o privilegiati, il compratore non acquista la piena e libera proprietà della cosa, se non quando abbia adempite tutte le formalità prescritte dagli art. 2183 e successivi per scioglierla dai privilegi e dalle ipoteche, di cui fosse gravata. Ma il secondo compratore all' epoca della prima vendita non aveva alcun diritto sopra la cosa, e po-

steriormente non può neppure averne acquistato; mentre il di lui contratto sarebbe nullo, come si è veduto, trattandosi di cosa che più non appartiene al venditore. Sarà dunque piuttosto la seconda vendita che non potrà ritenersi perfetta a riguardo del primo compratore; ma non mai la prima vendita a riguardo del posteriore acquirente. Nè vale che questi sia il possessore della cosa. Un possesso non appoggiato ad un titolo valido e sussistente, non può togliere la proprietà già acquistata dal primo compratore in forza del suo anteriore contratto, e dell'espressa disposizione della legge.

Quanto si è detto riguarda unicamente i beni immobili. Relativamente ai mobili si è ammessa anche dal nuovo Codice la stessa regola sanzionata dalla legge romana; ma però coll'appoggio di altri motivi. *Se la cosa, dispone l'art. 1141, che taluno si è obbligato di dare o di consegnare a due persone successivamente è puramente mobiliare, quella tra di esse cui ne fu dato il possesso reale sarà all'altra preferita, e resterà proprietaria, ancorchè il suo titolo sia posteriore di data, purchè il possesso sia di buona fede.* Le ragioni speciali di questa disposizione vennero indicate dal Sig. Bigot-Préameneu nell'esposizione dei motivi: *A l'égard des choses mobilières, così egli si esresse, quoique, respectivement aux parties, le transport de la propriété s'opère à l'époque où la li-*

La raison doit se faire ; cependant on a dû considérer l'intérêt d'un tiers dont le titre serait postérieur en date , mais qui , ayant acquis de bonne - foi , aurait été mis en possession réelle . La bonne - foi de cet acquéreur , la nécessité de maintenir la circulation libre des objets mobiliers , la difficulté de les suivre et de les reconnaître dans la main de tierces personnes , ont dû faire donner la préférence à celui qui est en possession , quoiqu'il y ait un titre antérieur au sien .

Questa particolare eccezione riguardo ai beni mobili conferma maggiormente la nostra opinione , sì perchè gli stessi motivi esposti dal predetto Oratore non si verificano rapporto ai beni immobili , sì perchè il Legislatore *quod de uno dicit , de altero negat* .

L' anteriorità del contratto sarà dunque la sola che potrà determinare la preferenza fra due compratori , ai quali dalla stessa persona fosse successivamente venduta la medesima cosa immobiliare .

Questa opinione è pure avvalorata dal giudizioso sentimento degli Autori delle Pandette , tom. 13. n.^o 28 e segu. pag. 32 ; sebbene il Sig. Bernardi nel suo Corso di Diritto Civile , lib. 22. cap. 6, contro la lettera della legge , e la stessa decisione del Consiglio di Stato , abbia sostenuta la preferenza a favore di un secondo compratore , che avesse prima dell' altro fatto trascrivere il suo contratto , e preso con tal mezzo il legale

(374)

possesso della cosa. Ved. a questo proposito
Discussion du Code Napoléon dans le Conseil d'Etat, seconde édition, tom. 2. pag. 833.

(*Del Modo di rendere libere le ipoteche, quando non esista inscrizione sui beni dei mariti e dei tutori. Cod. Nap. Lib. III , Tit. XVIII , Cap. IX.*)

ART. 2195.

Se nel corso dei due mesi da che venne affisso l'estratto del contratto, non è seguita inscrizione per parte ed in nome delle mogli, dei minori o degl' interdetti, sopra gl' immobili venduti, essi passano all' acquirente senza alcun peso per causa delle doti, ricupere e convenzioni matrimoniali della moglie, o dell'amministrazione del tutore, e salvo il regresso, ove siavi luogo, contro il marito e contro il tutore.

Se fu fatta inscrizione per parte ed in nome di dette mogli, minori o interdetti, e se esistono creditori anteriori i quali assorbiscano il prezzo in tutto o in parte, l'acquirente è liberato col pagamento del prezzo o di porzion del medesimo da lui fatto ai creditori collocati in grado utile, e le inscrizioni in nome delle mogli, dei minori o degl' interdetti, saranno cancellate, o in tutto o sino alla debita concorrenza.

Se le inscrizioni in nome delle mogli, dei minori o degl' interdetti, sono le più antiche, l'acquirente non potrà fare alcun pagamento di prezzo a pregiudizio delle dette inscrizioni, che avranno sempre, come fu detto antecedentemente, la data del

contratto del matrimonio, o dell'assunta amministrazione del tutore, e in tal caso, saranno cancellate le inscrizioni degli altri creditori che non si trovano in grado utile.

« Sopra queste ultime espressioni *o dell'assunta amministrazione* faccio osservare, così « si esprime il Sig. Maleville, che nell'art. « 2135 trovansi in vece usate le seguenti *dal giorno in cui* (il tutore) *ha accettata la tutela*; egli è vero potersi dire che il tutore « entra in amministrazione dal momento che « accetta la tutela.

« La legge *pro officio C. de admin. tut.*, « continua il nominato Autore, accorda l'ipoteca al minore, dal giorno della nomina « del tutore, ed io credo che questa sia un'ottima disposizione, quando il tutore è presente alla deliberazione del consiglio di famiglia che lo nomina; che se fosse assente, « l'ipoteca dovrebbe dattare dal giorno in cui « la nomina gli è notificata, perchè nell'intervallo avrebbe potuto di buona fede contrattare con terze persone. Mi sembra che « ciò si concili con gli art. 438 e seguenti « della Sezione VI del Titolo della *Minor età*. »

L'espressione *dell'assunta amministrazione*, e quella *dal giorno in cui* (il tutore) *ha accettata la tutela*, hanno lo stesso effetto, e non possono indurre diversità alcuna nella data dell'ipoteca; poichè all'epoca stessa nella quale si accetta la tutela, si assume pure

L'amministrazione, il di cui obbligo incomincia precisamente dalla stessa accettazione della tutela, come si rileva dall'art. 418. Nulla perciò influisce che nell'articolo attuale siasi usata un'espressione diversa da quella che si riscontra nell'art. 2155, avendo ambedue il medesimo effetto.

È poi certissimo che l'ipoteca a favore del minore od interdetto non incomincerà all'epoca in cui il tutore è nominato, ma bensì in generale all'epoca nella quale accetta la tutela, ed entra pure in amministrazione. Così se il tutore era presente alla deliberazione del consiglio di famiglia che lo ha nominato, si ritiene al momento medesimo accettata la tutela, ed assunta l'amministrazione; di modo che dal giorno stesso avrà egualmente principio l'ipoteca. Se poi il tutore non era presente, l'accettazione non può verificarsi, se non al tempo in cui gli sia notificata la nomina; mentre di ciò che si ignora non può supporsi accettazione. E se l'ipoteca deve solo incominciare dal giorno in cui il tutore accettò la tutela, essa non avrà luogo che all'epoca nella quale gli sarà stata notificata la nomina, per la già esposta ragione che solo a quest'epoca può ritenersi accettata la tutela, ed assunta l'amministrazione. Tutto ciò si deduce evidentemente dal cit. art. 418, il quale dispone che *il tutore, in tale qualità, agirà ed amministrerà, dal giorno della sua deputazione, se era pre-*

sente ; diversamente , dal giorno in cui gh' sarà stata notificata , appunto perchè dall'accettazione della tutela dee pure incominciare l' obbligo dell' amministrazione ; ma la medesima non può ritenersi accettata , se non allorchè il nominato tutore sia consapevole della sua deputazione .

Quanto abbiamo osservato aveva luogo altresì a norma delle massime del diritto romano . Nè bisogna credere col nostro Autore che la da lui citata *L. pro officio 20. C. de admin. tut.* , accordasse indistintamente l' ipoteca al minore sopra i beni del tutore dal giorno della di lui nomina . La stessa legge non ci presenta questo senso : *Pro officio* , ivi scrive l' Imperatore Costantino , *administrationis tutoris , vel curatoris bona , si debitores existant , tamquam pignoris titulo obligata , minores sibimet vindicare minime prohibentur . Idem est , et si tutor vel curator quis constitutus , res minorum non administraverit .* Si spiega a questo proposito assai chiaramente il Brunemanno alle *LL. 17 e 20. Cod. de admin. tut.* = *Haec autem hypotheca* , egli dice , *incipit a die susceptae tutelae* . Lo stesso conferma il Faber , il quale al *lib. 8. tit. 7. def. 1* , ci dimostra che l' ipoteca del minore ha principio *ab ipso suscepti officii die* . Ora , non potendo assumersi la tutela , nè incominciare l' obbligo dell' amministrazione , se non al momento in cui il tutore è reso consapevole della nomina , è certo che

da quest' epoca soltanto, anche a termini della giurisprudenza romana , doveva misurarsi la data dell' ipoteca , e non indistintamente dal giorno della stessa nomina .

(*Delle Cause che interrompono la prescrizione.* Cod. Nap. Lib. III, Tit. XX, Cap. IV , Sez. I.)

ART. 2245.

La citazione avanti il giudice di pace per la conciliazione, interrompe la prescrizione, dal giorno della di lei data, quando è susseguita da un decreto a comparire in giudizio, notificato ne' termini stabiliti dalla legge.

L' articolo non prescrive in qual termine debba essere promossa la domanda a comparire in giudizio per non seguita conciliazione . Il Sig. Maleville dice doversi attendere che il Codice di Procedura tolga ogni dubbio sopra di ciò ; egli peraltro sarebbe di sentimento che la citazione dovesse restare senza effetto , se non è susseguita da una domanda a comparire in giudizio , fatta entro l' anno .

Il Codice di Procedura ha tolto infatti ogni dubbio ; ma in esso non si è adottato il voto dell' Autore, essendosi stabilito un termine assai più breve : *La citazione per la*

(379)

conciliazione , dice l' art. 57 del citato Codice , interrompe la prescrizione , e fa decorrere gl' interessi , purchè la domanda a comparire in giudizio sia fatta entro un mese dal giorno della non comparsa , o della non seguita conciliazione .

(Delle Cause che sospendono il corso della prescrizione . Cod. Nap. Lib. III , Tit. XX , Cap. IV , Sez. II.)

ART. 2257.

La prescrizione non corre ,

Riguardo ad un credito dipendente da qualche condizione , sino a che la condizione siasi verificata ;

Riguardo ad un' azione per la garanzia del contratto , sino a che abbia avuto luogo l' evizione ;

Riguardo ad un credito a tempo determinato ; sino a che sia scaduto tal tempo .

Secondo la giurisprudenza dei romani , la prescrizione dell' azione ipotecaria non era sospesa fino all' evenienza della condizione , del giorno , o della evizione , ed aveva corso indistintamente a favore del terzo compratore dal giorno del di lui acquisto . Il nostro Autore dubita molto che questa giurisprudenza possa ancora aver luogo ; poichè , com' egli dice , l' articolo non fa alcuna eccezione .

Parmi che il Sig. Maleville abbia proposto dubbio sopra un punto della massima

evidenza . Non bisogna confondere il credito con l' ipoteca . Il nostro articolo è inapplicabile all' azione ipotecaria ; mentre riguarda soltanto il diritto di credito , e non già il diritto di ipoteca , il quale può essere perduto , senza che lo sia il primo . La legge non poteva perciò stabilire nel presente articolo un' eccezione per riguardo all' azione ipotecaria , poichè essa non la contempla .

La decisione della proposta disputa nou la si può dunque derivare dal testo attuale , ma bensì converrà dedurla dall' art. 2180 , il quale appunto particolarmente contempla la prescrizione del diritto di ipoteca . Dopo essersi nel medesimo stabilito che i privilegi e le ipoteche si estinguono anche colla prescrizione , viene disposto che *la prescrizione riguardo ai beni posseduti da un terzo , si acquista da questo col periodo di tempo stabilito per prescrivere il dominio in suo favore : nel caso in cui la prescrizione si appoggi ad un titolo , essa comincia a decorrere dal giorno in cui il titolo predetto è stato trascritto sui registri del conservatore* . Non avvi dubbio che questa generale disposizione comprende ogni ipoteca inscritta per qualsivoglia credito , non riscontrandosi nel testo veruna eccezione ; e perciò l' azione ipotecaria sarà sempre indistintamente prescritta a favore del terzo acquirente , qualunque fosse la natura dell' obbligazione principale , dal giorno in cui il titolo di acquisto sarà stato trascritto sui

registri del conservatore , o dal giorno del possesso , quando la prescrizione non si appoggiasse ad un titolo , conformemente al disposto nelle *LL. 1 e 2. C. si advo. cred. praes.* Questa regola è fondata sopra un ragionevole motivo . Nei casi dal nostro articolo accennati non corre la prescrizione , perchè il credito non essendo peranche verificato , nè esigibile , sarebbe assurdo che potesse aver luogo la prescrizione contro del medesimo ; ma non è lo stesso del diritto di ipoteca ; questo , sebbene accordato per un credito condizionale , a tempo determinato , o per causa di garanzia , esiste dal momento che si è costituito sopra l'immobile , e non già dall'epoca in cui viene a realizzarsi il credito , e ad essere esigibile ; può dunque soggiacere a prescrizione anche prima si verifichi la condizione , il giorno , o l'evizione . Allorchè si estingue l'obbligazione principale , rimane pure estinta l'ipoteca per una necessaria conseguenza ; ma però l'ipoteca stessa può essere perduta indipendentemente dal diritto di credito . Sarebbe inoltre singolare , che fosse prescritto lo stesso dominio del fondo a favore dell'acquirente , e che non fosse egualmente prescritta l'azione ipotecaria contro i terzi creditori .

(*Della Prescrizione di dieci e di venti anni.* Cod. Nap. Lib. III, Tit. XX, Cap. V, Sez. III.)

ART. 2269.

Basta che la buona fede sia esistita al tempo dell'acquisto.

Secondo l'avviso del Maleville, quest'articolo è contrario alla *L. unic. C. de usucap. transf.*, nella quale egli crede sia detto: *Longi temporis praescriptio, his qui bona fide acceptam possessionem et continuatam, nec interruptam inquietudine litis tenuerunt, solet patrocinari.*

Prende un vero sbaglio l'Autore in credere che il presente articolo sia contrario alla *cit. L. unic.* In questa legge non si riscontrano poi le espressioni ch'egli riferisce, le quali appartengono alla *L. 2. C. de praes. long. temp.*, e prevano soltanto essere necessario il continuo possesso, ma non già che debba anche essere continua la buona fede. Nella stessa *L. unic.* trovasi anzi prescritto: *Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus AB INITIO eam (rem) bona fide capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio;* da cui si rileva che la buona fede, anche secondo il diritto romano, esigevasi solo al tempo dell'acquisto *ab initio*. Infatti a questa espressio-

(383)

ne per sè stessa abbastanza chiara , il Gotto-
fredo nella *nota* 37 osserva : *in usucapione
satis est , si possessionis initio bona fides in-
tervenerit L. 48. D. de adq. rer. dom. L. 44.*
§. 2. D. de usurp. Ed il Brunemanno all' n-
dicata *L. unic.* conferma la medesima opi-
nione : *Et requiritur*, egli scrive, *in utraque
usucapione ab initio bona fides , nam se-
cuta mala fides non nocet .* E' conforme an-
che l'avviso del Voet, *hb. 41. tit. 3. n.^o 75* ;
di modo che sarebbe irragionevole il solo
dubitare sopra l'uniformità della disposizione
del presente articolo con quella della legge
romana .

F I N E.

se si misericordia nostra de nos est.
etiamque in : utrumque etiam illis dicit
mihi papa Bonifacius in , ut nos
deum a nobis non sit . O Domine
deus noster et misericordia tua
et misericordia tua semper tecum Domine : et
semper tuus es , et nos tibi debemus : et
semper tuus es . Vnde tu semper nos
deum a nobis non sit . O Domine , misericordia tua
et misericordia tua semper tecum Domine : et
semper tuus es .

. A N T E

I N D I C E

DELLE DISPUTE ED OSSERVAZIONI

Contenute nel presente Volume.

-
- È egli nel Codice abbastanza regolato l'uso del diritto di albinaggio in tutto ciò che riguarda le sue conseguenze, per modo che non si abbia a ricorrere alle leggi e pratiche antiche? (art. 11.).....,..... pag. 1*
- Per quali motivi si accordò la facoltà di citare uno straniero avanti i tribunali italiani, sebbene egli non si trovasse nel Regno? (art. 14.) ,....» 13*
- In qual modo potranno rendersi eseguibili nel Regno le sentenze di esteri tribunali? (idem).....» 14*
- In quali casi dovrà lo straniero prestare cauzione per agire in giudizio? Avrà luogo lo stesso obbligo della cauzione negli affari commerciali? (art. 16.) » 15*
- Nel caso di reale esecuzione della condanna alla morte naturale, potrà aver luogo alcuna delle conseguenze della morte civile? (art. 23.).....» 16*
- La condanna a pena importante la morte civile fa essa cessare la rendita vita-*

- | | |
|---|----|
| <i>L</i> izia che era dovuta al condannato? (art. 25.) | 18 |
| <i>L</i> ufficiale dello stato civile in caso di urgente pericolo, potrà egli trasferirsi sul luogo per stendere l'atto di nascita di un fanciullo? (art. 55.) | 19 |
| <i>S</i> arà lecito di appellare da una sentenza colla quale si fosse accordata o ricusata l'omologazione di un atto di notorietà? (art. 72.) | 20 |
| <i>In</i> qual modo potrà supplirsi all'impossibilità di produrre gli atti di morte dei genitori ed ascendenti, relativamente alla celebrazione del matrimonio? (art. 73.) | 21 |
| <i>I</i> l cangiamento di domicilio dovrà essere operativo immediatamente anche rapporto ai terzi, ovvero soltanto dopo un tempo determinato? (art. 105.) | 25 |
| <i>U</i> no stesso individuo potrà in oggi avere più domicili? (Tit. del Domicilio in fine) | 29 |
| <i>S</i> il conjugé presente sarà egli tenuto a dar cauzione, qualora, in caso di assenza dell'altro conjugé, abbia eletto di continuare nella comunione, assunzione o conservandone l'amministrazione? (art. 124.) | 32 |
| <i>L</i> e disposizioni degli art. 135 e 136 sono esse applicabili soltanto ai dichiarati assenti? (art. 135 e 136) | 35 |
| <i>I</i> l condannato in contumacia ad una pena importante la morte civile, sarà | |

- egli abilitato a prestare il suo consenso al matrimonio del proprio figlio, allorchè non fosse ancora trascorso il termine dei cinque anni dall'epoca della condanna? (art. 149.) pag. 42*
- Quando un individuo abbia dimorato per sei mesi continui in un comune, potrà non ostante celebrare il matrimonio nel suo antecedente domicilio? (art. 165 e segu.) » 43*
- L'ufficiale ministeriale sarà egli soggetto alla pena dell'interdizione per avere intimato un atto di opposizione al matrimonio, che non fosse fatto nei casi contemplati dalla legge, e dalle persone cui essa ne dà il diritto? (art. 176.) » 46*
- Il consiglio di famiglia sarà compreso fra quelli che hanno diritto d'impugnare un matrimonio non contratto pubblicamente, né celebrato avanti il competente ufficiale pubblico? (art. 191.) » 51*
- Allorchè un matrimonio non sarà stato contratto pubblicamente, né celebrato avanti il competente ufficiale pubblico, dovrà egli essere in arbitrio de' Giudici di pronunciarne o no la nullità a norma delle circostanze? (art. 192 e 193.) » 55*
- Un matrimonio in extremis potrà essere validamente celebrato nell'abitazione dello sposo che si trova nell'impossibilità di recarsi alla casa del comune?*

- Cap. Delle domande per nullità di matrimonio in fine) pag.* 58
- Gli ascendenti, oltre il padre e la madre, saranno tenuti a somministrare gli alimenti ai loro discendenti? (art. 205.) »* 59
- Nella causa di divorzio sarà lecito alle parti di appellare dalla sentenza che ammette la prova dei fatti, o che decide sopra le eccezioni proposte contro i testimonj? (art. 262.) »* 61
- Un figlio il cui atto di nascita sia conforme al possesso di stato, potrà non ostante esserè ammesso a provare che egli fu inscritto sopra i registri sotto falsi nomi, e reclamare uno stato contrario? (art. 322.) »* 64
- Se un figlio avesse lasciata perimere l'azione già da lui promossa per reclamare lo stato, potrebbero i suoi eredi intentarla di nuovo, allorchè egli fosse morto entro i cinque anni dalla sua maggiore età? (art. 329 e 330) »* 67
- Affinchè abbia luogo la legittimazione col susseguente matrimonio, dovrà egli aversi riguardo all'epoca della concezione del figlio, od a quella della di lui nascita? (art. 331.) »* 72
- Potranno legittimarsi i figli nati da persone che non erano parenti, se non ad un grado nel quale potevansi ottenere delle dispense per la celebrazione del matrimonio? (idem) »* 75

- (389)
- Come potranno i figli adulterini ed incestuosi ottenere gli alimenti che loro accorda l'art. 762, se a termini degli art. 342 e 355, non possono far indagine sulla paternità e maternità, nè essere legalmente riconosciuti? (art. 355.) pag. 78
- Sarà lecito di adottare un proprio figlio naturale, sebbene si fosse legalmente riconosciuto? (Tit. dell' Adozione pr.) » 82
- Allorchè gli oggetti compresi nella donazione fatta dall'adottante all'adottato morto senza discendenti legittimi, fossero stati da quest'ultimo alienati, avrà diritto lo stesso adottante di esigere il prezzo che ancora potesse essere dovuto, ed anche di succedera all'azione di riscatto competente al venditore? (art. 551.) » 85
- Nell'ipotesi che il minore possedesse beni in dipartimenti lontani, potranno essere nominati degli amministratori particolari per gli stessi beni? (art. 417.) » 88
- Una lite che la moglie od i figli del tutore avessero con il minore, sarà una causa di esclusione dalla tutela? (art. 442.) » 89
- È egli ragionevole che il tutore, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, possa opporsi ad una domanda diretta contro il minore per diritti sopra beni immobili? (art. 464.) » 93
- Se il minore dopo essere divenuto maggiore, avesse stipulata una convenzione

(590)

col suo tutore , senza che fosse stata precedentemente eseguita la resa de' conti , potrà reclamare ancora la nullità della stessa convenzione , sebbene fossero trascorsi dieci anni dalla sua maggiore età ? (art. 475.) pag.

95

Il minore emancipato per intentare in giudizio un' azione mobiliare o difendersi contro di essa , dovrà essere assistito da un curatore ? (art. 482.) »

99

La disposizione dell' art. 484. §. 2. è dessa applicabile al mutuo contratto dal minore emancipato senza le prescritte formalità ? (art. 484.) »

102

Affinchè il minore possa esercitare qualche ramo di commercio , dovrà essere necessariamente emancipato ? (art. 487.) »

106

A termini del diritto romano , allorchè trattavasi di cose che senza consumarsi immediatamente , si deteriorano a poco a poco con l' uso , l' usufruttuario era egli dispensato dal farne la restituzione , quando fossero talmente consunte dall' uso , che non ne rimanessero se non se alcuni avanzi ? (art. 589.) »

108

Dovrà aver luogo la reviviscenza di una servitù , allorchè le cose siano ristabilite nel primiero stato , sebbene nell' intervallo fosse decorso il termine di trenta anni ? (art. 703 e 704.) »

111

Saranno valide le alienazioni fatte dall' erede escluso come indegno dalla suc-

(391)

- Cessione , a favore di terze persone in buona fede ? (art. 729.) pag. 119*
- I figli naturali riconosciuti potranno essere privati dai loro genitori , tanto con disposizioni fra vivi , come di ultima volontà della quota che loro accorda la legge sopra i beni dei medesimi ? (art. 756 e segu.) » 123*
- Nell' ipotesi che gli stessi figli non possano privarsi dell' indicata quota , da quale porzione di beni dovrà la medesima dedursi ? (idem) » 129*
- La moglie indigente dovrà in oggi avere qualche diritto sopra l' eredità del marito , conformemente all' antica giurisprudenza ? (art. 767.) » 131*
- Se l' erede entro lo spazio di trent' anni venisse a reclamare l' eredità contro il conjugue superstite od il fisco , potrà egli domandare la restituzione dei frutti dall' epoca dell' aperta successione ? (art. 771.) » 134*
- L' erede dopo il corso di trent' anni senza avere accettata l' eredità , sarà ancora in diritto di dichiarare di non voler essere erede , all' oggetto di esonerarsi dall' obbligo di pagare i creditori ? (art. 789.) » 139*
- Sarà egli necessario che la moglie erede , per conservare il credito della propria dote , ed i figli la loro legittima , accettino l' eredità col beneficio dell' inventario ? (art. 802.) » 141*

(592)

- Il curatore dell'eredità vacante sarà egli tenuto anche delle lievi mancanze commesse nella sua amministrazione? (art. 814.) pag. 146*
- Potranno i creditori di una eredità, senza titolo esecutivo, far apporre i sigilli colla sola autorizzazione del giudice di pace? (art. 820.) » 149*
- Qualora vogliasi proporre una domanda contro gli eredi, avanti qual tribunale dovrà essere promossa? (art. 822.) » 150*
- Se l'azione diretta contro un erede al di lui foro naturale, dasse luogo ad una garanzia a suo favore contro gli altri coeredi, potranno questi domandare che la causa sia rimessa al tribunale del luogo ove si fosse aperta la successione? (idem) » 152*
- La disposizione dell'art. 840. è d'essa applicabile anche riguardo ai dichiarati assenti? (art. 840) » 154*
- La disposizione contenuta nel §. 3 dell'art. 842 debb' essa riguardarsi contraria alla legge romana? (art. 842.) . » 158*
- Allorchè il valore delle monete avesse variato dopo la donazione fatta all'erede presuntivo, quale regola dovrà seguirsi nel fare la collazione? (art. 869.) . » 160*
- Potrà aver luogo la prescrizione contro il diritto di opporre la mancanza di trascrizione di una donazione? (art. 941) » 164*
- Quale spazio di tempo dovrà decorrere,*

(393)

- perehè sia prescritta l'azione di revoca
di una donazione per inadempimento
delle condizioni? (art. 957.) . . . pag. 166*
- Allorchè il testamento mistico è fatto in
campagna, sarà egli sufficiente che
l'atto di soprascrizione sia firmato
dalla metà dei testimonj? (art. 976.) » 168*
- Il praticante del notaro potrà ammettersi
per testimonio nel testamento mistico?
(idem) » 175*
- Un testamento nullo potrà in oggi valutarsi per ritenere rivocato il testamento
anteriore? (art. 1055.) » 181*
- Il gravato quantunque minore di età,
sarà decaduto dal beneficio della sosti-
tuzione, qualora il di lui tutore abbia
maneato di far nominare una persona
incaricata dell'esecuzione della dispo-
sizione, a norma del prescritto nell'
art. 1056? (art. 1057.) » 187*
- Dovrà in oggi accordarsi un termine
alla trascrizione delle donazioni, e delle
disposizioni coll'obbligo di restituzione?
(art. 1069.) » 188*
- Il chiamato alla sostituzione avrà egli
diritto di rivendicare i beni in essa
compresi, sebbene fosse erede di co-
lui dal quale furono alienati? (art. 1072.) » 195*
- La disposizione dell'art. 1074 è dessa
inutile in vista dell'art. 1070? (art. 1074.) » 201*
- Potranno i genitori con un medesimo
atto di ultima volontà fare tra i pro-*

(394)

- prj figli e discendenti la divisione delle loro sostanze? (art. 1075.) pag. 202*
- Per quali motivi la donazione de' beni presenti fatta per contratto di matrimonio, non potrà aver luogo a vantaggio de' figli nascituri? (art. 1081.) » 206*
- Nel caso di caducità della donazione fatta per contratto di matrimonio, i beni donati dovranno ritornare al donante liberi ed esenti anche dall'ipoteca della dote e convenzioni matrimoniali? (art. 1089.) » 213*
- Quando l'obbligazione è ristretta al pagamento di una somma determinata, potranno le parti per titolo di danni risultanti dal ritardo nell'eseguirla, convenire un interesse eccedente quello del cinque per cento fissato dalla legge? (art. 1153.) » 218*
- A termini del diritto romano, la deteriorazione od anche la perdita totale della cosa pendente la condizione, era essa indistintamente a pericolo del debitore? (art. 1182.) » 220*
- Uno dei creditori solidari potrà in oggi far novazione col debitore? (art. 1198 e 1199.) » 223*
- In quali casi potranno i creditori riconoscere al debitore il beneficio della cessione giudiziaria dei beni? (art. 1270.) » 226*
- Il debitore delegato che acconsente alla delegazione, potrà opporre al suo nuo-*

(395)

- so creditore l'eccezione ch'egli avrebbe
avuto diritto di opporre contro il suo
creditore originario , sebbene l'avesse
ignorata? (Sez. della Novazione) pag. 228
- Nell'accennato caso d'ignoranza dovrà
lo stesso delegato aver salvo il suo re-
gresso contro il delegante? (ibidem) » 230
- La disposizione dell'art. 1304 sarà essa
applicabile anche alle nullità derivanti
dalla causa dell'obbligazione , o dall'
oggetto sopra di cui si è contrattato ,
non che alle nullità delle alienazioni
dei fondi dotali e de' beni dei minori ?
(art. 1304.) » 233
- La regola stabilita nell'art. 1307 è des-
sa contraria ai principj della legisla-
zione romana ? (art. 1307.) » 239
- I registri dei mercanti fanno prova delle
sommministrazioni che vi sono allibrate ,
contro altri mercanti ? (art. 1329). » 242
- Potranno essere obbligati i mercanti ad
esibire i loro libri sopra la domanda
dell'altra parte , od anche ex officio ?
(art. 1330.) » 243
- Quale sarà l'effetto del giuramento de-
ferito dal debitore ad uno dei credi-
tori solidarij , o di quello deferito da
uno dei debitori solidarij al creditore ?
(art. 1365.) » 245
- Per quale motivo non potranno in oggi
gli sposi , nel contratto di matrimonio ,
fare una donazione al primogenito dei
loro figli ? (art. 1389.) » 250

(596)

La stipulazione che tutti i beni della moglie saranno dotali, basterà per ritenere che gli sposi siansi sottomessi al regime dotale? (art. 1592.) pag. 253

Volendosi fare qualche cangiamento alle convenzioni matrimoniali, sarà sufficiente che le persone le quali sono state parti nel contratto di matrimonio, siano debitamente chiamate? (art. 1596.) » 256

Se l' uno de' coniugi durante il matrimonio rientra nel possesso di un immobile in forza di un' azione già esistente all' epoca del medesimo, dovrà lo stesso immobile cadere in comunione? (art. 1407.) » 259

Per quale motivo si è dichiarato nell' art. 1425 che la donazione fatta dal marito per atto di ultima volontà, non possa eccedere la parte che gli spetta nella comunione? (art 1422 e 1425.) » 261

Se la moglie ottiene una proroga all' inventario secondo l' art. 1458, avrà diritto di continuare a godere i vantaggi ad essa accordati dall' art. 1465? (art. 1465.) » 264

Quali sono i motivi della differenza fra la disposizione dell' art. 1475, e quella dell' art. 1479? (art. 1479.) » 268

Affinchè abbia effetto la disposizione dell' art. 1570, convien' egli supporre sciolto il matrimonio senza prole superstite? (art. 1570.) » 270

(597)

*Il compratore di un fondo avrà diritto
ai frutti , sebbene seminati da un ter-
zo ? (art. 1614.) pag. 272*

*Il compratore sciente che la cosa appar-
teneva ad altri , potrà reclamare an-
che i danni ed interessi , allorchè aves-
se espressamente stipulata la garanzia ?
(art. 1629.) » 276*

*Potrà il compratore agire per la garan-
zia , quando fosse spogliato della cosa
per forza e violenza , o per fatto del
Principe ? (art. 1640.) » 280*

*Avrà salvo il compratore il diritto alla
garanzia nell'ipotesi che avesse potuto
opporre la prescrizione a colui che re-
clamasse la proprietà della cosa da lui
acquistata ? (idem) » 284*

*Allorchè la cosa fosse donata dal vero
proprietario al compratore , perderà
quest'ultimo il diritto di ripetere con-
tro il venditore la restituzione del prezzo
ed anche i danni ed interessi ? (idem) » ivi*

*Il vero proprietario potrà egli rivendicare
l'oggetto alienato da quella stessa per-
sona di cui fosse erede ? (idem) .. » 289*

*I figli eredi dei loro genitori potranno
far rivocare l'alienazione del fondo
dotale fatta durante il matrimonio , e
fuori dei casi ne' quali è la medesima
permessa ? (idem) » 293*

*Potranno i giudici pronunciare lo sciogli-
mento della vendita per titolo di lesione*

(398)

col solo appoggio delle risultanze degli atti, senza avere preventivamente ammessa con sentenza preparatoria la prova della lesione, ed ordinata una regolare stima col mezzo de' periti?

(art. 1677.) pag. 295

Secondo i principj del diritto romano, doveva ritenersi rinnovata nella tacita riconduzione anche la convenzione dell'ipoteca e dell'arresto personale? Quale regola avrà luogo a questo riguardo a termini della nuova legislazione? (art. 1740.) » 299

Qualora un artefice si fosse incaricato di mantenere per un tempo determinato un edificio in istato lodevole mediante una somma annuale, sarà sciolta la locazione se lo stesso artefice venisse a morire avanti il termine della medesima? (art. 1795.) » 308

La perdita anche parziale della soccida dovrà essere a carico del solo locatore, nel caso che non vi fosse stato alcun profitto? (art. 1810.) » 311

Il conduttore a soccida dovrà egli essere a parte del guadagno risultante anche dal solo aumento sopravvenuto nel prezzo de' bestiami? (art. 1817.) » 315

Il socio che ha promesso di conferire un immobile nella società, dovrà dar conto de' frutti ipso jure dalla scadenza del termine, entro cui doveva conferirlo? (art. 1846.) » 323

(599)

- L'espressione qualche spesa posta nell'art. 1886, è dessa riferibile alle sole spese modiche? (art. 1886.) pag. 525
- Quali saranno le spese straordinarie che il comodante dovrà rimborsare al comodatario? (art. 1890.) » 527
- Per quale motivo allorchè la rendita vitalizia è costituita a vantaggio di un terzo, e che un altro ne abbia somministrato il prezzo, non dev'essere soggetta alle formalità richieste per le donazioni? (art. 1975.) » 529
- A termini della giurisprudenza romana era egli lecito di rivocare la procura, sebbene le cose non fossero più nel primiero stato? (art. 2004.) » 530
- Il fidejussore per una rendita perpetua potrà dopo il corso di dieci anni ottenere la sua liberazione, ed obbligare il debitore a redimere la rendita? (art. 2032.) » 535
- La transazione potrà essere provata col mezzo di testimonj, quando non ecceda il valore di 150 lire? (art. 2044.) .. » 537
- I creditori privilegiati sopra particolari mobili od immobili, dovranno essi avere la preferenza secondo l'ordine dei numeri con cui sono enunciati? (art. 2102 e 2103.) » 540
- Per quale motivo una rendita prediale stipulata non redimibile avanti trenta anni, non sarà suscettibile d'ipoteca,

(400)

Come lo è l'usufrutto di beni immobili? (art. 2118.) pag. 354

Un debitore che avrà accordata l'ipoteca sopra i beni futuri, allorchè i suoi beni presenti bastavano a garantire il creditore, sarà in diritto di domandare la cancellazione dell'iscrizione presa dallo stesso creditore sopra i beni futuri? (art. 2129 e 2130.) » 355

Le mogli allo scioglimento del matrimonio, ed i minori alla maggiore età, saranno essi obbligati di far iscrivere le loro ipoteche legali per conservarne l'anteriorità, quando precedentemente non si fosse presa alcuna iscrizione in loro nome? (art. 2154.) » 360

Saranno estinti i privilegi e le ipoteche colla novazione dell'obbligazione principale, e colla perdita della cosa sopra cui cadeva il privilegio o l'ipoteca? (art. 2180.) » 364

Allorchè taluno avesse successivamente venduto lo stesso immobile a due diverse persone, dovrà essere preferito il secondo compratore, quando egli fosse stato immesso prima dell'altro nel reale possesso della cosa? (art. 2181 e 2182.) » 367

Da qual'epoca avrà principio l'ipoteca del minore sopra i beni del tutore? (art. 2195.) » 374

Quest'ipoteca secondo il diritto romano,

— 59 —

(401)

- Aveva essa sempre principio dal giorno della nomina del tutore? (idem) pag. 377*
- Affinchè la citazione per la conciliazione possa avere l' effetto di interrompere la prescrizione, entro qual termine dovrà essere promossa la domanda a comparire in giudizio? (art. 2245.) . . . » 378*
- La prescrizione dell' azione ipotecaria avrà corso a favore del terzo compratore, sebbene il credito pel quale trovasi inscritta fosse condizionale, a tempo determinato, o per causa della garanzia di un contratto? (art. 2257.) » 379*
- Affinchè la prescrizione sortisse effetto, era egli necessario secondo i principj della legge romana, che la buona fede avesse continuato per tutto il tempo del possesso? (art. 2269.) » 382*

2280

	Errori	Correzioni
Pag. 4. lin. 18.	<i>donnés</i>	<i>données</i>
28.	<i>14. un source</i>	<i>une source</i>
40.	<i>7. insinement</i>	<i>insiniment</i>
41.	<i>31. connue</i>	<i>reconnue</i>
57.	<i>25. d' empêchement</i>	<i>d' empêchemens</i>
71.	<i>18. poursuites</i>	<i>poursuites</i>
78.	<i>26. demandra</i>	<i>demandera</i>
80.	<i>10. permettent</i>	<i>permettront</i>
103.	<i>23. au circonstanees</i>	<i>aux circonstan- ces</i>
106.	<i>1. q' au rembourse- ment</i>	<i>qu' au rembour- sement</i>
129.	<i>9. une problème</i>	<i>un problème</i>
175.	<i>21. souscription</i>	<i>suscription</i>
185.	<i>20. censemur</i>	<i>censemur</i>
214.	<i>17. riversabilità</i>	<i>riversibilità</i>
237.	<i>18. Mauricault</i>	<i>Mouricauld</i>

46588

*La presente edizione è sotto la salva-
guardia del Reale Decreto 30 Novembre
1810, essendosi adempito a quanto in esso
si prescrive.*

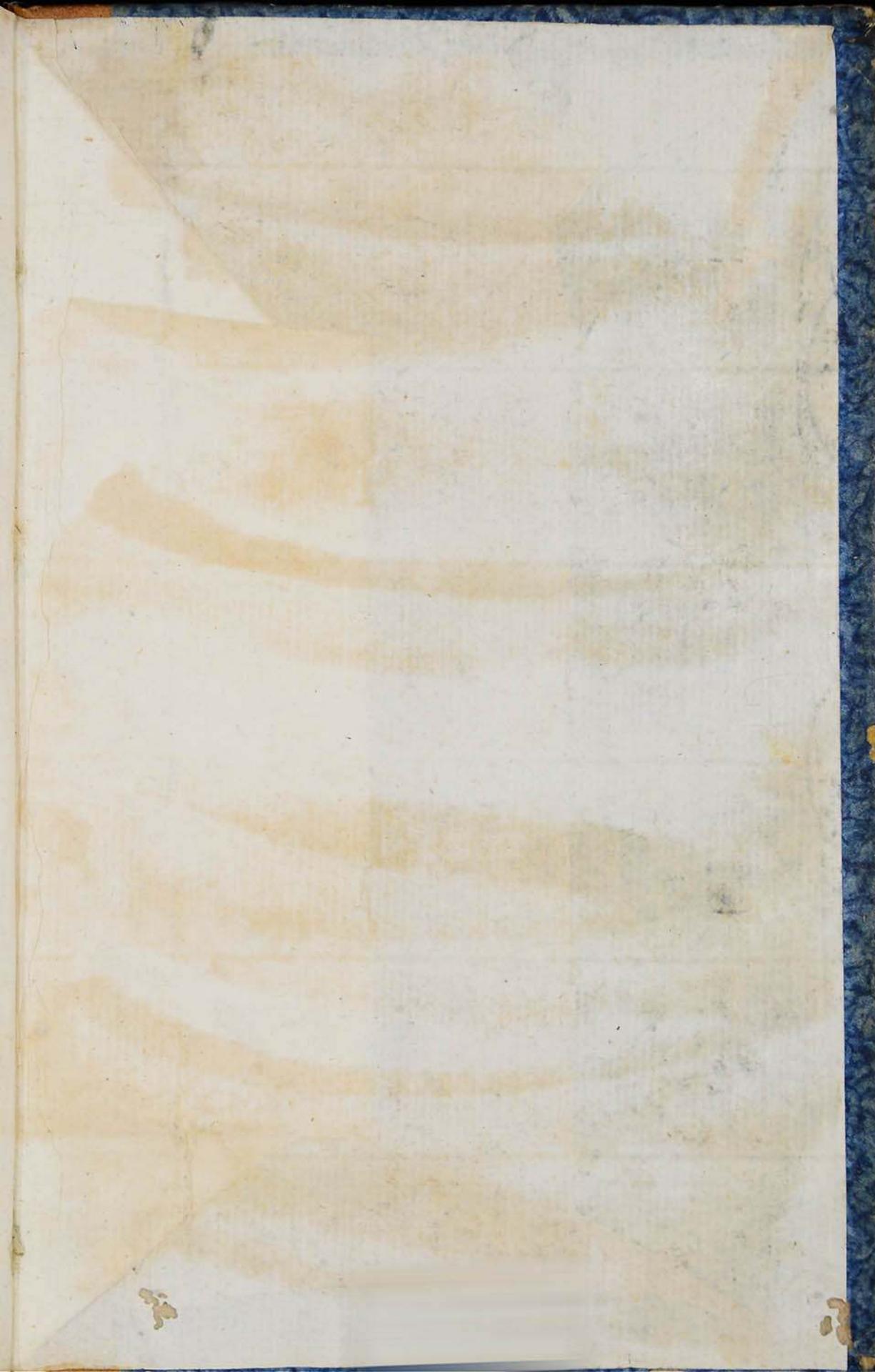
22892

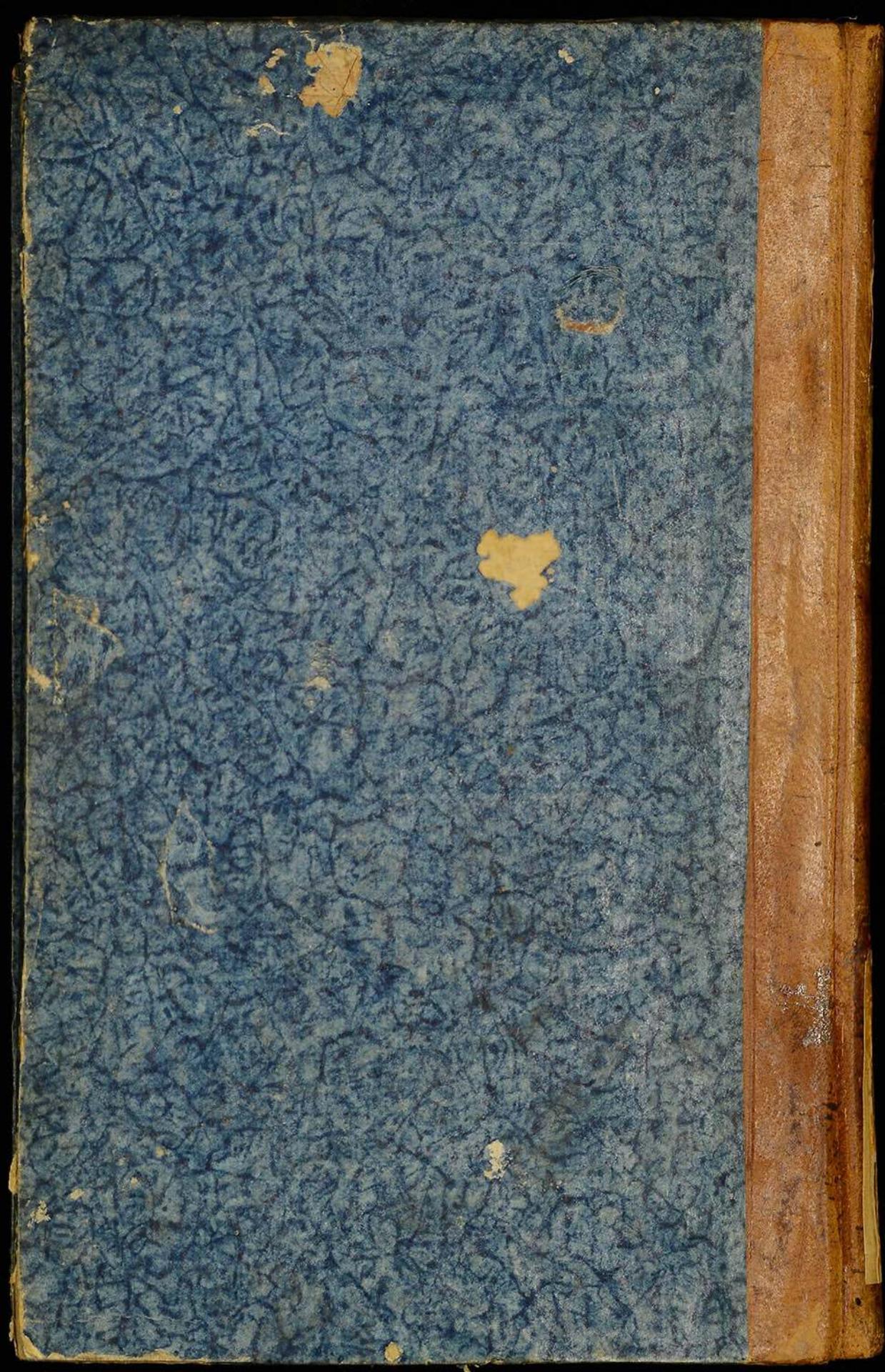
4688

4688

七言律詩

4688





BECCARIA
OSSERVAZIONI
AL
MALEVILLE

UNIVERSITÀ DI PADOVA

Isr. di File Diritto
ediz. 1. 1. 1. 1. 1.

VIBG

(214)

mativa ; ma però espone diversi riflessi , i quali fanno chiaramente conoscere ch' egli crede preferibile l' opinione contraria , ritenendo che non siavi ragione per seguire una regola di rapporto .

N

vinto da
gli Au-
quella
prevale-

Q
ria , es-
condo
mettere
tendo ,
zione di
limitazioni
i medesim-
sidiariame-
te e delle
taggio d'
favore di

Ma
plate ne-
gono di
soprav-
discende-
donati ri-
dio obb-
venzioni

E'



(215)

donazione , nel caso del nostro articolo , è fondata sulla presunzione che il donante non siasi spogliato della proprietà de' suoi beni , anche in favore del donatario o de' suoi discen-

i. cap.

pag.

river-

tratti

tonia-

te ob-

a mo-

no ba-

n tale

di in

l do-

ati per

con-

e egli

eni es-

omento

riversi-

teca a

le do-

1086,

1089,

potuto

onati ;

sposo

è mai

ei me-

i det