

I V S

VII

VITTORIO SCIALOJA

STUDI GIURIDICI

VOLUME III

I. dha 27/3.

DIRITTO PRIVATO

PRIMA PARTE



I. 4.665.



ANONIMA ROMANA EDITORIALE - MCMXXXII

1697/da

I V S

VII

VITTORIO SCIALOJA

STUDI GIURIDICI

VOLUME III

DIRITTO PRIVATO

PRIMA PARTE

Inv. čis: 6.

Sign: 2

I. dha - 27/3.



I. 4.665.

ANONIMA ROMANA EDITORIALE - MCMXXXII

7691/2

I V S
Collezione di scritti giuridici
diretta da
Pietro de Francisci e Amedeo Giannini

VII
VITTORIO SCIALOJA
STUDI GIURIDICI
Volume III



**Pubblicazione promossa dal *Comitato nazionale*
per le onoranze a Vittorio Scialoja,
curata dall'Autore e dall'avv. Luigi Trompeo**

INDICE DEL PRESENTE VOLUME

	Pag.
Del diritto positivo e dell'equità (Discorso inaugurale) . . .	1
Proposta di una raccolta di usi giuridici popolari italiani . . .	» 24
Raccolta degli usi e consuetudini relative agli atti giuridici od alle cerimonie che li accompagnano in Roma e nel suo territorio (Relazione, con notizie sulla Commis- sione Reale per la raccolta delle consuetudini e degli usi giuridici)	» 27
Saggio intorno ad una questione di diritto preistorico, di MAFFEO PANTALEONI (Recensione)	» 31
Diritto privato e processo nella loro reciproca influenza, di A. S. SCHULTZE (Notizia bibliografica)	» 34
L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto po- sitivo	» 37
Sulla teoria della interpretazione delle leggi	» 46
Sul diritto al nome e allo stemma (Parere)	» 49
Ancora sul diritto al nome e allo stemma (Note aggiunte) . . .	» 82
Cognome e stemma (Parere)	» 90
Sulla precedenza obbligatoria del matrimonio civile al reli- gioso (Disegno di legge)	» 105
Per l'abolizione dell'autorizzazione maritale (Proposta di legge)	» 133
Questioni di matrimonio e di filiazione (Memoria difensiva) . . .	» 141
Assistenza agli esposti ed all'infanzia abbandonata (Discorsi in Senato)	» 164
Disposizioni relative ai figli naturali (Disegno di legge) . . .	» 168
Sulla riforma legislativa intorno alle indagini sulla pater- nità (Discorso)	» 183
Degli atti d'emulazione nell'esercizio dei diritti (Nota a sentenza)	» 194

Sopra alcune limitazioni dell'esercizio della proprietà e di nuovo sull'emulazione (Nota a sentenza)	Pag. 207
Del divieto degli atti emulativi in materia d'acque (Nota critica)	» 210
<i>Aemulatio</i> (Monografia)	» 216
Sulla dottrina degli atti ad emulazione, di F. ATZERI VACCA (Recensione)	» 260
Del demanio pubblico dello Stato, di P. G. E. BAILLIÈRE (Recensione)	» 262
Sulla proprietà delle cose appartenenti al demanio pubblico (Nota a sentenza)	» 264
I temperamenti della proprietà prediale, di G. LOMONACO (Recensione)	» 273
Sulla protezione delle bellezze naturali (Discorsi in Senato)	» 276
Provvedimenti sull'affrancazione dei terreni dagli usi civici e sull'esercizio di questi (Discorsi in Senato)	» 282
Sugli usi civici (Discorsi in Senato)	» 292
Sopra un caso d'enfiteusi revocabile ad arbitrio (Nota a sentenza)	» 295
Sulle decime e altre prestazioni fondiari (Relazione al Senato)	» 297
Proroga dei termini per le commutazioni delle prestazioni fondiari perpetue (Relazione al Senato)	» 316
Sull'affrancazione dei canoni, censi ed altre prestazioni perpetue (Breve discorso in Senato)	» 317
Della revocabilità del precario specialmente in materia di acque (Nota critica)	» 318
Sulla riduzione dell'interesse legale (Discorsi in Senato)	» 323
Dell'obbligazione in proprio dei componenti un comitato per promuovere l'erezione di un monumento verso l'artefice a cui fu commesso (Nota a sentenza)	» 333
Nei contratti aleatorii, la reticenza di circostanze note ad una delle parti e tali da far variare essenzialmente l'alea è causa di nullità (Appunti pratici)	» 335
La trascrizione della costituzione di dote immobiliare fatta dalla donna a se stessa (Nota a sentenza)	» 337
Insanabilità per esecuzione volontaria data dalla donna, divenuta maggiorenne durante il matrimonio, alla costi-	

tuzione dei propri beni in dote fatta in età minore senza la prescritta assistenza (Nota a sentenza)	Pag. 346
Della donazione fatta dal mandatario per mandato a fare atti di donazione in genere (Nota a sentenza)	» 350
Ancora della donazione fatta dal mandatario per mandato a fare atti di donazione in genere (Nota a sentenza)	» 365
Ancora della donazione fatta in virtù di un mandato generale a donare (Nota a sentenza)	» 367
Responsabilità nei rapporti con i proprietari vicini del locatore di case ad uso di prostitute (Nota a sentenza)	» 369
Sulla locazione dell'esercizio di un fondaco e sulla proprietà delle merci in esso esistenti (Nota a sentenza)	» 371
Sulla natura giuridica dell'azione contro il committente concessa dall'articolo 1645 cod. civ. ai muratori, fabbri ed altri artefici impiegati nella costruzione di una opera data in appalto (Nota a sentenza)	» 384
Sulla diligenza che deve prestare il creditore pignoratizio nella vendita del pegno (Nota a sentenza)	» 387
Della <i>negotiorum gestio prohibente domino</i> ed in specie dell'azione di regresso del terzo che paghi un debito altrui contro la volontà del debitore (Nota a sentenza)	» 390
<i>Errata corrigere</i>	» 404

DEL DIRITTO POSITIVO E DELL' EQUITÀ^(*)

Non senza trepidanza, o Signori, io vengo dinanzi a voi per la prima volta in questa solenne occasione; poichè mi è stato affidato l'incarico di inaugurare il nuovo anno scolastico dall'ospitale cortesia di coloro, che mi hanno voluto chiamare loro collega, ma che io onoro come miei maestri nella scienza. E per vero, considerando i meriti di sapienza e d'ingegno di quanti mi hanno preceduto in questo incarico, e la debolezza e la poca esperienza mia, ho ragion di temere che troppo si sia richiesto dalle scarse mie forze. Tuttavia mi sarebbe sembrato scortese il rifiutare, ed ho confidato che pari alla gentilezza sarebbe stata la vostra indulgenza.

Una giusta consuetudine vuole che si ragioni sopra uno dei temi più generali, che si appartengano al proprio insegnamento. Per la qual cosa io, che debbo esporre diritto positivo, ho creduto che non sarebbe stato inopportuno di svolgere alcuni dei principali caratteri di questo diritto, e di esaminare in qual relazione esso stia con quella che si suol chiamare equità.

Nella maggior parte delle sentenze dei magistrati, negli scritti dei giuristi della cattedra e del foro noi troviamo l'uno contro l'altro questi due principii: l'equità e il diritto. La guerra è antica quanto la scienza giuridica, e non accenna punto a voler finire. Anzi anche recentemente abbiamo veduto dotti autori sostenere i due estremi, ed altri cercarne la conciliazione (2). A

(*) Discorso inaugurale nel solenne riaprimiento degli studi nell'università di Camerino, letto nella grande aula della biblioteca Valentiniana il 23 novembre 1879 dall'avv. V. S., professore di diritto romano e di codice civile; pubblicato (Tipografia Savini, Camerino, 1880) con note, la prima delle quali è la seguente:

« Nel pubblicare questo discorso mi pare utile di aggiungervi alcune note, per meglio dichiarare alcuni punti oscuri o troppo recisamente affermati; queste note peraltro non valgono a togliere al presente lavoro il suo carattere di scritto d'occasione. Lo scopo suo e i suoi limiti mi hanno impedito di svolgere il concetto dell'equità nel diritto canonico materia tanto vasta quanto importante; nè in queste poche note ardisco colmare la lacuna. Così pure ometto di trattare le mille divisioni dell'equità in *naturalis*, *civilis*, *canonica*, *scripta* o *constituta*, *non scripta*, *cerebrina*, etc. che non è difficile trovare in qualsivoglia libro giuridico dei secoli scorsi. Nè ho voluto entrare nella intricata e specialissima questione dell'equità e delle corti di equità inglesi, prodotto singolarissimo dei concetti giuridici di un popolo così diverso dal nostro. La letteratura su questo punto è assai ricca; citerò, solo a cagion d'esempio, alcuno dei libri nei quali mi sono imbattuto: STORY, *Commentaries on equity jurisprudence, as administered in England and America* (London 1839; 3^a ed. Boston 1843); GOLDSMITH, *The doctrine and practice of equity* (London 1849); HAYNES, *Outlines of equity* (Cambridge 1858); SMITH, *A manual of equity jurisprudence* (London 1864).

(2) Veggansi infatti C. LOZZI, *Della interpretazione delle leggi e dei contratti per via dell'equità (Temi veneta, 1878, p. 445 segg.)* e parecchi altri articoli: *La parola della legge,*

me certamente non s'addice di entrare nella lotta con ispirito polemico; ma evitando per quanto è possibile quei problemi filosofici, che non sono di mia competenza, mi sforzerò di determinare la natura dei due opposti principii, per poter quindi stabilire quanta parte si debba concedere a ciascuno di essi, in ispecial modo secondo la nostra vigente legislazione.

Nella umana società — la cui necessaria esistenza chiedo mi si conceda come postulato, — si svolgono tutte le forze fisiche e morali che l'uomo fa sue o che sono in lui stesso. Considerando che ciascuna di esse non potrebbe stare da sè, ma per esistere ha bisogno di esser congiunta con le altre, si può dire ch'esse sono limitate per loro propria natura; tuttavia, concepite indipendenti l'una dall'altra, esse ci appaiono limitate dalla loro coesistenza. Il diritto, che deve ordinare i rapporti umani e deve esserne garanzia, sorge come risultante di tutte queste forze; non solo perchè pone le condizioni della

ecc. che formano una serie intitolata: *Introduzione al codice civile, saggio teoretico e pratico (Temi veneta, 1879, p. 17 segg., 41 segg. ecc.)*; E. DEODATI, *Alcune considerazioni sopra un'unica corte regolatrice nella capitale del regno e sui giudizi di equità, a proposito di una censura fatta ad un giudicato della cassazione di Roma (Temi veneta 1878, p. 509 segg.)*, e di nuovo *Dei giudizi di equità (Temi veneta 1878, p. 577)* ove riferisce un brano di discorso del pres. Eula; M. DIENA, *Della equità nella interpretazione delle leggi e dei contratti e della corte di cassazione unica (Venezia 1879, estratto dalla Temi Veneta)*. Il cons. Lozzi è strenuo difensore della equità, del diritto naturale ed anche della moralità, come fondamento dei giudizi dei magistrati. Al contrario il senatore Deodati non solo vorrebbe toglier di mezzo ogni elemento non giuridico e legale, ma sostiene che si debba stare alla parola della legge senza ammettere interpretazione logica; egli in suo aiuto contro i fautori dell'equità giudiziaria riferisce il discorso del senatore Eula, oggi presidente della corte di cassazione di Torino. Lo scritto del Diena tiene una via di mezzo; a me pare peraltro ch'esso non provi se non la necessità della logica interpretazione, onde non intendo come venga, nella conclusione, ad « accogliere le idee che furono esposte dall'onorevole comm. Lozzi « nella sua memoria, quando pure, a primo tratto, potesse sembrare per avventura soverchia « l'influenza ch'egli consente all'elemento della equità anche nelle alte e più serene regioni « delle corti di cassazione » (vedi *loc. cit.*, p. 23, 24).

Del resto veggansi per la letteratura più antica:

OLDENDORPIUS, *Liber de iure de aequitate forensi*, etc. (Rost. 1529; Col. 1611) — LO STESSO, *Assertiones ex iure et aequitate*, etc. (nella Coll. delle sue opere Lugd. 1545; Bas. 1559, t. 1, n. 11) — LO STESSO, *Isagoge*, etc. (Col. 1580) — SALOMONIUS, *De bono et aequo* (Bas. 1530) — CONNANUS, *Comm. iuris civilis*, lib. I, cap. XI (Par. 1553; Neap. 1724) — DETLER LANGENBECKIUS, *De iustitia, iure et aequitate* (Vit. 1572) — HOLSTEIN, *De aequitate iuris* (Col. 1566) — F. MARTINI, *Disp. II de summo iure et aequitate* (Ing. 1576; Frib. Brig. 1596) — BONACOSSA, *De aequitate canonica* (Ven. 1580) — OSTENIUS, *Orat. de iure scripto et aequo* (Gryph. 1589; 1690) — A. BOLOGNETUS, *De aequitate, iure et legibus* (Roma 1571; Vit. 1549; ins. in *Tractatus universi iuris* dello ZILETTO, vol. 1) — CELICHIUS, *De aequitate, quid quantumque praestet in legibus* (Vit. 1602) — CAVALCANUS, *De aequitate et rigore* — MARQ. FREHERUS, *Sulpitius sive de aequitate* (Francof. 1608; ins. nel Tesoro di OTTONE, Traj. 1733, v. 4^o) — AVERANIUS, *Disp. de aequitate* (Vit. 1619) — SCHAPER, *De aequitate* (Arg. 1621) — SVEVIUS, *Diss. de iure et aequitate* (Jen. 1631) — CALVINUS, *De aequitate* (Med. 1635); più che un trattato sull'equità è una raccolta di questioni da decidersi secondo equità — MEVIUS, *Norma aequitatis* (Rost. 1639) — FABER, *Jurisprudentia Papiniana* (Lugd. 1658⁷, tit. 1, pag. 3 segg. — MARANUS, *Comm. II de aequitate* (Tol. 1622; 1634; e in Oper. 1741) — NORICUS, *De aequitate* (Lips. 1664) — FINGER, *Diss. de aequitate* (Lips. 1666) — RACHELIUS, *De aequitate* (Kil. 1671) — LIST, *Diss. de legali aequitatis subsidio* (Marb. 1690) — FROMMANNUS, *Positiones ex Diss. de aequo et bono* (Tub. 1679, in Coll. Disp.) — GROTIUS, *Libellus de aequitate indulgentia et facilitate* (Francof. 1696, annesso alle opere) — FABRITIUS, *Diss. de aequitate sive subsidio aequitatis* (Lugd. Bat. 1697) — STRUVIUS, *Diss. de iure*

loro coesistenza, affinché tutte insieme possano conseguire il loro fine, ma anche perchè dal loro complesso deve trarre gli elementi della propria sua forza destinata ad imporsi al trasgredire delle altre.

Essenza del diritto è la coazione, per la quale soltanto le forze morali sono in realtà costrette ad agire nel modo che si vuole stabilire per mezzo del diritto. Senza coazione il comando giuridico si ridurrebbe ad un semplice precetto morale; il quale può bensì imporsi alla mente umana come imperativo categorico, ma non può diventare una necessità di fatto. La sentenza senza formula esecutiva si riduce ad un semplice parere.

Quando si parla di forze morali, che sono le umane tendenze, le passioni, la volontà, convien sempre rammentare che non si tratta già di forze

aequitate et interpretatione (Jen. 1676, in HOFFMAN, *Thes. Jurisp.*, T. 1, Jen. 1748) — J. VOET, *De aequitate* (Lugd. Bat. 1681) — RANNEMANNUS, *Diss. de interpretatione iuris in genere et de iure stricto et de aequitate in specie* (In *Procl. iur. priv. rom. germ.*) — SAGITTARIUS, *Diss. II de aequitate* (in *Diss. Acad.*, pag. 502, 520) — SCHULTING, *De aequitate et stricto iure* (Lugd. Bat. 1717) — VAN BRANDWYK VAN BLOKLAND, *Disp. de aequitate et stricto iure* (Lugd. Bat. 1717) — BESTIUS, *Orat. de aequitate iuris romani*, etc. (Hard. 1717; aggiunta alla *Ratio emendandi leges*, Lips. 1745) — VAN DER DOES, *Diss. de aequitate* (Lugd. Bat. 1720) — MÜLLER, *Diss. de aequo iniquo*, etc. (Marb. 1727) — HARTMANN, *Diss. de aequitate iuridica* (Kil. 1730) — LO STESSO, *Quid intersit inter ius summum seu strictum et aequitatem* (Kil. 1730) — MANZEL, *Diss. de limitibus iustitiae aequitatis*, etc. (Rost. 1738) — KRESS, *De aequitate* (Helmst. 1731) — CRAMER, *Spec. iuris naturalis de aequitate in probabilibus* (Marb. 1731) — HERTLING, *Disp. de officio iudicis circa aequitatem* (Helmst. 1731) — BERTUCH, *Disp. de eo quod circa aequitatem iniustum*, etc. (Erf. 1736) — WEISIUS, *Disp. de usu aequitatis in interpretatione legum* (Bas. 1737) — LUDWELL, *Diss. de summo iure et legum contemptu* (aggiunta al suo *Tract. de iure accrescendi*) — CARLIER, *Diss. de aequitate* (Wirc. 1743) — HOMMEL, *Diss. pro summo iure contra aequitatis defensores* (Lips. 1751) — DE BALTHASAR, *Orat. de aequitate cerebrina iustitiae peste* (Gryph. 1753) — BAUER, *Diss. de aequitate a iustitia naturali diversa* (Lips. 1760) — LO STESSO, *Progr. de aequitatis in iure usu* (Lips. 1761) e *Progr. de aequitate* (Lips. 1761) — BREYNING, *Spec. de pugna inter aequitatem et iustitiam* (Lips. 1766) — NELLER, *Principia iuris de aequitate* (in *Opusc. T. 1 p. 1 n. 2*) — BERT, *De aequitate iuris romani* (nella raccolta *Variorum opuscula* etc. Pisis 1769-71, vol. 3^o) — BONSI, *Introduzione allo studio del diritto municipale privato della città di Bergamo* (Berg. 1788), § 395-403, pag. 206-212.

E tra i più recenti, escludendo sempre, come ho fatto sin qui, gli scrittori di diritto non positivo: — GLÜCK, *Ausf. Erläut. der Pandecten* (Erlangen 1797) vol. I, specialmente § 26 p. 167 segg. — KLOTZ, *De aequitate* (Tub. 1806) — CONRADT, *De iuris et aequitatis inter se consensu* (in *opusc. Vol. 1, p. 317 segg.*) — L. H. JORDAN, *Ueber die Billigkeit bei Entscheidung der Rechtsfälle* (Götting 1804 e 1814) — K. G. BROSE, *Ueber Recht und Billigkeit* (Götting 1821) — C. A. ALBRECHT, *Die Stellung der römischen Aequitas in der Theorie des Civilrechts* (Dresd. e Lips. 1834) — F. A. SCHILLING, *De aequitatis notione ex sententiis juris romani definienda* (Lips. 1835) — LO STESSO, *Institutionen*, vol. II (Leipzig 1837), § 10 Zusatz, pag. 37 segg. — G. SCALAMANDRÈ, *Dell'equità* (Napoli 1845) — HARTTER, *Ueber bonum und aequum und ihre Gehegsätze in römischen Recht* (inserito nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 29, an. 1846, pag. 253 segg. e vol. 30, an. 1847, pag. 377 segg.) — l'opera capitale su questa materia, secondo il diritto romano, di M. VOÏCT, *Das ius naturale, aequum bonum et ius gentium* (veggasi specialmente il vol. I, Lips. 1856). Inoltre non v'ha quasi autore di diritto romano o civile che nel comporre un trattato completo non ragioni del nostro argomento. Si confrontino specialmente HOFACKER, *Principia iuris civilis romano-germanici* (Tubingae 1800) lib. 1, cap. 1, § 12, vol. 1, pag. 8 — HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, vol. 2^o, *Lehrbuch des Naturrechts* (Berlin 1819), § 74, p. 92 seg., § 146, p. 186 seg. — WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* (Muench. 1837), vol. 1^o, § 24, p. 69 segg. — KIERULFF, *Theorie des gemeinen Civilrechts* (Altona 1839), p. 3

perpetuamente uguali a se stesse, rette da leggi esatte ed immutabili che possono determinarsi, come si fa per le forze fisiche. Il loro ordine può variare entro certi limiti, ed anche questi sono larghissimi. Trattasi dunque di trovare non l'ottimo, ma il migliore ordinamento.

Reprimere le forze contrarie all'ordine, far sì che le altre possano produrre il loro effetto nel miglior modo possibile: questo è lo scopo del diritto. Convieni peraltro por mente di non fare entrare nel campo giuridico tutto ciò che appartiene al campo della pura morale. E per vero l'identità dell'ultimo scopo non deve condurci ad ammettere una identità di estensione tra la morale e il diritto, poichè affatto differenti sono i mezzi dei quali dispongono.

segg. — MÜHLENBRUCH, *Doctrina pandectarum* (Hal. Sax. 1830), vol. I, § 42-44, p. 104 segg. — GOESCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht* (Göttingen 1838), I, § 15, vol. I, pag. 48 segg. — SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin 1840-49, tradotto in francese dal GUÉNOUX sotto l'inesatto titolo *Traité de droit romain*, Paris 1840-1850) tutto il primo volume. — PUCHTA, *Cursus der Institutionen* (Lips. 1841), vol. I, § 73, p. 278, § 84, p. 352 segg.; *Pandekten* (Lips. 1853), § 21, p. 33 segg.; *Vorlesungen über das heutige römische Recht* (Lips. 1852), § 21, vol. I, p. 48 segg. — TRAUTTWEIN DE BELLE, *Aequitatem quomodo servaverint veteres iurisconsulti romani integro stricto iure servando* (Berolini 1856) — BESCHORNER, *Ueber die Billigkeit und deren Einfluss auf Gesetzgebung, Staatsverwaltung und Rechtspflege* (Dresden 1858) — FORTI, *Libri due delle istituzioni di diritto civile* (Firenze 1863), lib. I, cap. II, § IX, vol. I, pag. 12 — DOVERI, *Istituzioni di diritto romano* (Firenze 1866), vol. I, § 22, p. 19 — KELLER, *Pandekten* (Lipsia 1866) *Einleitung*, § II, vol. I, p. XX segg., § 3, p. 17 segg. — WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Stuttgart 1879, vol. I, § 28, p. 70 segg. — DEMANGEAT, *Cours élémentaire de droit romain* (Paris 1876), vol. I, p. 8 segg. — CAPUANO, *I primi del diritto romano* (Napoli 1878), lib. I, cap. II-VII e specialmente cap. V, pag. 74 segg. — KUNTZE, *Cursus des römischen Rechts* (Lipsia 1879), § 20, p. 9, § 39, p. 17, § 192, p. 115 segg. — JHERING, *Geist des römischen Rechts* (traduzione francese di O. Meulenaere, Parigi 1877-78) vol. I, § 24, p. 322 segg.; vol. II, § 28, p. 20 segg., § 29 segg. p. 28 segg. § 33 p. 87 segg.; vol. III tutto il capo I del tit. III lib. II 1^a parte pag. 3-78, cap. II sez. 2 *ibid.* § 49 pag. 129 segg. § 50 pag. 156 segg. e così pure § 51-57 sino alla fine del vol. Riguardo al diritto civile così francese, come italiano veggansi: MERLIN, *Répertoire*, V. *Mineur* (Paris 1827-30) — TOULLIER, *Cours de droit civil* (trad. ital. Napoli 1820) tit. prel. sez. I n. 8-13 vol. 1^o pag. 9-11; sez. XI n. 141 pag. 100 — DURANTON *Cours de droit civil* (trad. ital. Napoli 1854) tit. prel. cap. I n. 1-21, vol. I, p. 5-8, cap. II, sez. 6 n. 95-96, pag. 25 segg. — TAULIER, *Théorie raisonnée du code civil* (Paris 1840), introd. p. 19-31, vol. I — MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code Civil* (Paris 1877), introd. C. I. n. 7-8, p. 4-6, vol. I; tit. prélim. § IV n. 85, p. 59 seg. — DEMOLOMBE, *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général* (Paris 1869), tit. prélim. n. 2-12, p. 2-12, col quale autore pienamente consento — LAURENT, *Principes de droit civil* (Bruxelles-Paris 1869...), introd. § 3, n. 29, pag. 41 segg., vol. I; C. VI, n. 273, pag. 342-347, il quale tratta bene la materia, ma toglie di peso dal MERLIN, senza citarlo, i passi che riporta del ROUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, del FABRO, *Jurisprudentia Papiniana*, del D'ARGENTRÉ, e del D'ACUESSEAU, IX *Mercuriale sur l'autorité du magistrat* — ANCIERI, *Studi legali* (Napoli 1854) Disp. prel. n. 1-18, pag. 5-15, vol. I — BUNIVA, *Delle leggi in generale* (Torino 1858), cap. I, p. 21-32, ecc. ecc. — BORSARI, *Commentario del codice civile* (Torino 1871...) all'art. I delle disp. prel. specialmente § 3, pag. 20 segg., all'art. 3 disp. prel., § 39, p. 70. Recentissimo poi PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, 3^a ediz., specialmente nella prefazione al vol. I, che per cortesia dell'autore ho potuto leggere sulle bozze di stampa; ma poichè al momento in che pubblico queste note il 1^o volume è già uscito alla luce (Firenze 1880), confr. *ivi* prefaz. § VI, pag. XXIII segg., nota 11, pag. LXIV, nota 37, pagina LXX; lib. I, tit. I, n. 1, pag. 2 segg., tit. II, cap. II, sez. I, n. 16-20, pag. 38 segg. specialmente pag. 46, 47, 48.

Essenziale alla prima è la libertà, al secondo, come abbiamo detto, la coazione (1).

L'amore della libertà e della morale, o Signori, sono due delle principali forze, delle quali deve tener conto il diritto. Disconoscendole, esso disconosce il proprio fine. Perciò quando o la preponderanza delle idee religiose, o l'esagerazione dei poteri dello Stato vollero dirigere tutte le umane azioni e le volontà senza rispettare quelle due forze, senza lasciar loro, per così dire, uno spazio libero entro il quale potessero muoversi, quelle forze reagirono con violenza; e nella dottrina sorsero teorie, le quali, partendo più che da un'ampia libertà da un'esagerato arbitrio individuale, costruivano tutto il diritto sopra una base puramente contrattuale, disconoscendo molte di quelle forze che per lo innanzi troppo avevano dominato.

Quale pertanto sarà l'ordinamento che potrà chiamarsi diritto? qual sarà la sua estensione? e da chi sarà costituito?

Abbiamo detto ch'esso può variare entro limiti assai larghi. Un limite si trova nella semplice coesistenza delle forze, la quale fa loro assumere una certa

(1) Nel diritto privato, astrazione fatta dai diritti di famiglia che sono d'indole affatto speciale, il rapporto tra la morale e il diritto si presenta sotto duplice aspetto. Da una parte il diritto deve tutelare la libertà di ciascuno perchè possa essere spontaneamente morale; dall'altra non deve costringere nessuno ad atti immorali. Beninteso la morale che viene considerata dal diritto positivo è anch'essa una morale positiva, ossia quella che è ammessa dal popolo, il quale si regge con un determinato diritto. (Cfr. LAURENT, *Principes de droit civil*, vol. I, n. 54-57, pag. 88 segg.). La prima relazione si manifesta specialmente nell'ordinamento dei diritti reali, la seconda in quello delle obbligazioni. Infatti, nel diritto patrimoniale, i primi rappresentano la sfera giuridica di ciascun uomo indipendentemente da quella degli altri, colla quale non ha se non rapporti negativi; le seconde invece rappresentano l'intersezione di due sfere giuridiche, per esse un uomo è costretto forzatamente a compiere determinati atti; allora evidentemente questi atti coattivi non devono essere contrari alla morale. Ogni uomo adunque deve potere usare, in modo conforme o no alla morale, dei propri diritti reali, finchè non leda il diritto altrui (cfr. SAVIGNY, *System*, lib. II, cap. I, § 56, trad. franc., I, pag. 356), ma non deve essere costretto giuridicamente ad atti immorali. Perciò nel codice civile troviamo definito il diritto di proprietà (tipo dei diritti reali): *diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti* (art. 436); e al contrario nella parte generale dei contratti leggiamo che *non può avere alcun effetto l'obbligazione... fondata sopra una causa illecita ossia contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico* (art. 1119, 1122); ove si vede che la proibizione di atti giuridici contrari al buon costume o alla morale si limita, nel diritto patrimoniale, alle obbligazioni; poichè l'articolo 12, disp. prel., cod. civ., che è più generale, non parla più di buon costume semplicemente, ma di leggi riguardanti il buon costume.

Questa semplice distinzione, la quale io ritengo conforme al nostro diritto positivo, risponde alle ragioni che il ch. consiglier Lozzi (*Temi Veneta*, 1879, pag. 352 seg.) rivolge, del resto con molta cortesia, contro la mia opinione circa gli atti emulativi, che io ritengo per regola generale leciti nell'esercizio dei diritti reali (V. il mio scritto *Degli atti di emulazione nell'esercizio dei diritti*, Roma 1878; inserito pure nel *Foro italiano*, 1878, pag. 481 segg.) (a). Egli dice che l'atto di emulazione è contrario al fine pel quale il diritto è concesso, e che perciò bisogna opporvi un'actio in factum doli mali. Ma il fine pel quale si concedono i diritti reali è appunto quello di lasciare all'uomo una sfera entro la quale possa liberamente muoversi ed esser morale spontaneamente; cosicchè deve essergli lecito anche di essere immorale, purchè non violi la legge, il regolamento o il vero diritto altrui. Finchè egli non esce da questi limiti non vi può esser dolo giuridico, *Nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur* (fr. 55 de R. J. 50, 17). E come vi potrebbe esser dolo giuridico, se chi

(a) [V. pag. 194, e cfr. pag. 216].

proporzione. Ogni uomo è disposto a difendere con la propria forza fisica la propria volontà, e la comunanza dell'utilità, dei sentimenti e della persuasione induce gli uomini ad accomunare le proprie forze. Quindi nasce una certa coazione che si può considerare come il minimo del diritto. Se questo concetto si è mai avverato nella storia, si ha in essa un periodo di lotte tendenti a stabilire un più sicuro ordinamento giuridico (1). Ma il diritto veramente degno di questo nome sorge con lo Stato, nella cui unità si armonizzano le forze individuali. Lo Stato è superiore a tutti gl'individui, i quali ad esso devono ricorrere per la tutela delle loro pretese. Ciò necessariamente porta a determinare certe regole generali come condizioni per la concessione di quella tutela, e queste regole costituiscono il contenuto del diritto positivo, ossia di quello che per essere unito ad un'effettiva coazione veramente merita il nome di diritto. Tali regole sono sancite dal comune consenso di coloro che formano lo Stato; pertanto esse partecipano della natura delle convenzioni. Non già perchè gli uomini possano arbitrariamente creare o non creare lo Stato e il diritto, e nemmeno perchè sia interamente arbitrario il crearlo in un modo anzi che in un altro; ma perchè consensuale e mutevole col mutar del consenso è la forma particolare di ciascun diritto positivo; onde gli stessi propugnatori del diritto consuetudinario professano che la consuetudine non ha valore di diritto come semplice ripetizione macchinale di atti, ma bensì come prova della coscienza popolare che le cose debbano esser fatte così come sogliono farsi (2).

esercita il proprio diritto reale, male o bene, entro quei limiti, non viene in giuridica relazione con altri? Perchè nasca tale relazione giuridica deve esistere o una convenzione o un danno; ma gli atti di emulazione possono nuocere forse all'interesse o al comodo altrui, ma non recano loro danno giuridico, come io ho dimostrato nel mio scritto citato, e come pare che ammetta anche il ch. Lozzi. Forse tale concetto di un'actio doli è stato al Lozzi suggerito dal fr. 1 § 12 de aq. et aq. pl. arc. 39, 3, dove Ulpiano dice: *Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec DE DOLO ACTIONEM: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi, id fecit*; dal quale frammento si può dedurre, che nel caso che il vicino in suo fodiens fontem vicini avertit animo ei nocendi si dà contro lui un'actio de dolo. Ma è facile osservare che per quei particolari principii che governano la materia delle acque qui siamo in un caso del tutto eccezionale (Confr. il mio scritto sopra citato, pag. 13, nota a, ed un altro mio articolo *Del divieto degli atti emulativi in materia d'acque* inserito nel periodico *La legge*, 1879, parte III, p. 235 segg.) (a). I rapporti tra due proprietari rispetto alle acque costituiscono sempre un conflitto di diritti; conflitto che il medesimo cons. Lozzi ammette non aver luogo nei casi ordinari. Nell'ipotesi data si ha dunque che il proprietario non utitur jure suo; ma lede il diritto del vicino, il quale deve aver l'acqua, purchè non vi si opponga l'utile del vicino; tale lesione è un vero danno, e l'atto stesso è veramente doloso. Sul modo come possa nascere l'actio doli anche quando l'atto non fu compiuto dolosamente confr. fr. 3, § 6 de hom. lib. exh. 43, 29.

(1) Veggasi su questo punto l'opera citata dello JHERING, vol. I, tit. I, cap. I (pagine 103-177).

(2) Le parole *arbitrario* e *consensuale* non debbono spaventarci. Che il diritto nasca per consenso si può dimostrare per qualunque forma di governo; ma è poi chiaro specialmente nei governi costituzionali, come il nostro, dove il consenso è espresso. Nè diversa era l'idea dei romani. Veggansi fr. 1 D. de leg. 1, 3: *communis reipublicae sponsio*; fr. 32 § 1 D. eod.: *quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt*; fr. 40 D. eod.: *omne ius... consensus facit*; MACROBIO, in *Somn. Scip.* 1, 8, *Illam autem sola iusta est multitudo, cuius universitas in legum consentit obsequium*; CICERONE,

(a) [V. pag. 210].

Ogni regola di diritto si traduce dunque, nella sua forma elementare, in una concessione condizionata delle forze dello Stato per attuare una data pretesione. Scegliamo a caso un esempio. L'art. 1507 del codice civile dice: « L'obbligazione principale del compratore è di pagare il prezzo nel giorno e nel luogo determinati dal contratto di vendita ». Ciò si traduce elementarmente così: se tra due persone si sia concluso un contratto di vendita, lo Stato concede al venditore la propria forza per costringere il compratore a pagare il prezzo nel giorno e nel luogo convenuti (1).

In tale determinazione di condizioni hanno origine le forme giuridiche. Forme sono i modi con che si costituiscono le leggi; forme gli atti nei quali si riconoscono le consuetudini; forme le parole stesse delle leggi. Ma di queste parleremo più oltre. Ora ci convien fermarci su quelle forme che sono tanta parte del contenuto di ogni diritto positivo, e la necessità e l'importanza delle quali raramente si sanno dagli inesperti apprezzare; intendo dire di quel mirabile organismo di presunzioni, finzioni e formalità propriamente dette, che rende più sicura e più agevole l'applicazione del diritto.

de Rep. I, 25: *populus... iuris consensu et utilitatis communione sociatus*. Confr. ibid. III, 33. E rispetto alla consuetudine: VARRONE in SERVIO in *Aen.* VII, 601: *Mores sunt communis consensus omnium simul habitantium, qui inveteratus consuetudinem facit*. Confr. MACROBIO, *Saturn.*, III, 8; CICERONE, de *Inv.* II, 54: *consuetudine jus est... quod in morem vetustas vulgi approbatione perduxit*; ibid.: *consuetudinis ius esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit*; *Inst.* § 9 de *jur. nat.* 1, 2: *diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur*; *Inst.* § 11 ibid.: *saepe mutari solent vel tacito consensu populi... Fr. 32 § 1 D. de leg. 1, 3: quid interest suffragio populus voluntatem suam declarat an rebus ipsis et factis?... tacito consensu omnium... Fr. 35 eod.: tacita civium conventio*; GAIUS, III, 82: *... eo jure quod consensu receptum est*; ULPIANO, fr. I, § 4 *Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*.

Il timore che si ha di queste parole *arbitrio*, *volontà*, *consenso* deriva dalla confusione che se ne fa con *capriccio*. Ma è evidente che la volontà del maggior numero, la quale crea il diritto, non si determina pazzamente; è presumibile anzi che voglia ciò che è più conforme agli interessi comuni e al modo, come da tutti si concepisce l'armonia degli interessi particolari. Così, per usar di un esempio volgarissimo, la maggior parte degli uomini veste panni più gravi d'inverno che d'estate, sebbene il vestire in un modo anzi che in un altro sia lasciato all'arbitrio di ciascuno; ma ciascuno vuole andar vestito nel modo più conveniente alla temperatura della stagione.

Con questa considerazione i risultati del mio ragionamento sul diritto positivo si possono conciliare anche coll'opinione di coloro, i quali credono esistere un diritto ideale che rifugge alla mente dell'uomo e che si deve applicare. La volontà in questo caso sarebbe il mezzo per tradurre questo ideale in diritto positivo, ma il diritto positivo nascerebbe pur sempre dalla volontà.

Così pure questa considerazione ci spiega come il diritto positivo, sebbene arbitrario, si svolga armonicamente colle condizioni della società. Solamente bisogna rifuggire dalla esagerazione di certi seguaci della scuola storica, che vorrebbero fare dello svolgimento del diritto qualche cosa di simile all'inconscia vita di una pianta. Circa la formazione necessaria, eppure per fatto dell'uomo, dello Stato e del diritto confronta le energiche parole del BRINZ, *Lehrbuch der Pandecten*, 2ª ediz. (Erlangen 1873) lib. II, § 35, vol. I, pag. 136.

(1) Tale, mi pare, è il vero contenuto delle regole del diritto positivo. Non ogni articolo peraltro si può ridurre a questa forma; molti sono diretti a dare schiarimenti intorno alle condizioni di che parlo nel testo; ma pur sempre si rilegano con altre disposizioni, le quali sono quelle che si applicano in pratica e possono tutte assumere la forma da me esposta. Lo JHERING (*op. cit.*, vol. I, Introd. tit. C. I, § 4, pag. 52) si contenta di dire: « Ogni regola di diritto annette ad un'ipotesi determinata (se taluno ha fatto questo o quello) una determinata conseguenza (in tal caso avverrà questo o quello) ».

Io non istarò a ripetere come il formalismo sia cosa tanto naturale all'uomo e tanto conveniente al suo modo simbolico di conoscere e di pensare, che lo si ritrova in tutti i suoi atti e non solamente nei giuridici; ma dimostrerò che in questi esso è una vera necessità.

Non bisogna dimenticare che il momento pratico nel diritto sta nella risoluzione di una controversia, ossia nel giudizio. È allora che innanzi ad un terzo le parti contendenti debbono provare di essere in quelle condizioni, che valgono ad ottenere in favore delle proprie pretese le forze dello Stato. Tali condizioni per lo più corrispondono a fatti spirituali, come sono il consenso, l'intensità del volere, la capacità, ecc. Perchè questi fatti possano entrare a far parte del mondo giuridico debbono assumere una forma, e nella maggior parte dei casi non una forma qualunque, ma una forma determinata. Ciò non è molto difficile a intendere, ma, valendoci di un esempio, ne avremo un'idea più chiara.

Affinchè una persona sia obbligata ad una certa prestazione verso un'altra, conviene che tra loro sia nata un'obbligazione, poniamo, contrattuale. Si potrebbe dire che quando tra quelle due persone vi fu consenso intorno all'obbligazione stessa, una di esse ha diritto di esigere dall'altra la prestazione convenuta; e ciò si dice infatti nella trattazione scientifica del diritto; ma nulla di più assurdo si potrebbe dare che lo scrivere in una legge un articolo simile senz'altro. Per riconoscere l'esistenza del consenso il giudice sarebbe chiamato a risolvere col suo nudo criterio e senza norme prestabilite una serie di questioni tanto gravi, che sarebbe come ridurre tutto in quella incertezza che dal diritto appunto si vuole tolta di mezzo. *Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias*, scriveva Cicerone assai rettamente (*de off.*, III, 17, 68) *leges quatenus manu tenere possunt; philosophi, quatenus ratione et intelligentia*. Di tante questioni, ne rileverò solamente alcune.

Affinchè vi sia consenso è necessario vi sia volontà, e perchè questa possa veramente considerarsi tale, è d'uopo vi sia capacità di volere, la quale implica libertà e svolgimento della ragione. Il giudice dunque sarebbe chiamato anzitutto ad esaminare le condizioni psicologiche delle parti, al tempo che il consenso avrebbe dovuto formarsi. Invece la legge stabilisce un termine di età, dopo il quale presume un'intera capacità, prima del quale la mancanza di questa; cosicchè il giudice non si trova più dinanzi ad una quantità d'inestricabili e pericolosi problemi, ma deve solo constatare il semplice fatto dell'età delle parti; fatto che gli è tanto più facile di accertare, in quanto la data della nascita si determina esattamente per mezzo degli atti dello stato civile, che sono altre formalità giuridiche. Osservate intanto, o Signori, questo concatenamento, che mostra quanto sia pericoloso l'alterare una sola parte dell'organismo del diritto!

Così noi abbiamo già una ampia giustificazione della presunzione della maggiore e minore età, la quale tuttavia (in particolar modo per l'età minore) in un gran numero di casi non corrisponde alla realtà delle cose. Ma questa presunzione porta ancora un altro prezioso vantaggio; poichè per essa le parti conoscendo in modo sicuro la propria capacità di fronte al diritto, possono esser certe della validità dei loro atti, osservando per gl'incapaci le forme prescritte dalla legge ad integrarne la capacità. Senza di ciò gl'incapaci non potrebbero mai compiere e per nessuna maniera atti giuridici, ed i capaci pure, sempre incerti della propria capacità, dovrebbero per cautela far premettere ad ogni loro atto un giudizio sopra di essa.

Seguitiamo col nostro esempio. Affinchè il consenso sia tale da generare un'obbligazione non basta la sola esistenza della volontà, ma conviene che

questa sia fatta palese mediante una dichiarazione, la quale pure è dalla legge vincolata a certe forme. Queste possono essere stabilite a cagione della prova; possono tendere a scopi fiscali od altri; ma hanno spesso il fine di misurare l'intensità del volere. Il giudice infatti dovrebbe in ciascun caso esaminare se la dichiarazione veramente corrisponde ad una volontà tanto determinata e forte da esser diretta ad ottenere effetti giuridici. Così per istabilire se e quando fu concluso un matrimonio egli dovrebbe distinguere la vera dichiarazione di volontà a ciò diretta da tutte quelle vaghe espressioni, che meglio si potrebbero chiamare di velleità, e da tutte le trattative, che sogliono precedere un matrimonio; le quali potrebbero nella forma esser forse del tutto simili a quella dichiarazione. Ognun vede a quali conseguenze potrebbe portare l'arbitraria valutazione di questa quantità e qualità di volere senza l'aiuto delle forme prefisse! Da una parte si proporrebbe al giudice un problema irto di difficoltà; dall'altra parte si toglierebbe alle parti contraenti la possibilità di determinare esse medesime il momento, nel quale il contratto si deve ritenere esser nato; cosa che si ottiene col servirsi in quel momento della forma legale e coll'usare prima qualsivoglia altra forma. Il diritto per elevarsi ad astratti ideali tradirebbe il proprio ufficio, privando gli uomini della certezza che in caso di contesa i loro atti saranno giudicati di quella natura che essi vogliono loro attribuire, e porteranno quegli effetti ch'essi vogliono sieno prodotti.

Altro vantaggio spesso notato delle forme nella dichiarazione di volontà, è il freno che la loro solennità pone a coloro che stiano sul punto d'imprendere atti inconsiderati.

Se poi continuiamo ad esaminare l'esempio che ci siamo proposti, troviamo che alla risoluzione del giudice si presenta anche il problema della concordanza delle due volontà, senza la quale non vi può esser consenso. Ed anche a questo il diritto talora soccorre; così per esempio l'antico diritto romano ordinava che nella stipulazione le parti ripetessero i medesimi termini nella domanda e nella risposta.

Molto ancora, o Signori, io dovrei parlare, se volessi esporvi con qualche precisione questo organizzazione del diritto positivo, ma non voglio uscir dai limiti di un semplice discorso. Spero tuttavia che da questi rapidi cenni ed imperfetti possa apparire l'importanza e la necessità delle forme, non solo nelle leggi di procedura, dove la cosa è evidente, ma anche in quelle che riguardano la sostanza del diritto. Ma le forme, che sono un mezzo, per avere efficacia debbono diventare esse stesse un fine del diritto; in altri termini, esse si sostituiscono al fine pel quale sono state create. Così, per tornare al nostro esempio, il giudice non deve più guardare se le parti hanno la ragione abbastanza sviluppata, ma solo se hanno 21 anno; non deve più guardare se con qualche loro dichiarazione di volontà hanno voluto concludere un matrimonio, ma solo se hanno compiute tutte le formalità dalla legge prescritte. Altrimenti sarebbe lo stesso non averle stabilite.

Peraltro questo diritto così scritto, così sancito, così ordinato è egli senza difetti? O Signori, per quanto io possa essere fautore del diritto positivo non cadrò al certo in tale esagerazione. La storia sarebbe pronta a smentirmi! Ma si tratta di vedere quali siano questi difetti, e sarà utile il chiederlo alla storia medesima.

Pomponio ci attesta (fr. 2 § 3, 4 *de orig. iur.* I, 2) che per uscire dall'incertezza delle consuetudini, il che è come dire per amor di libertà, in Roma si stabilì di scriver legge, *constitui viros*, egli dice con energica frase, *per quos peterentur leges a Graecis civitatibus et CIVITAS FUNDARETUR LEGIBUS*.

Così furono compilate le dodici tavole. Nacque allora il bisogno dell'interpretazione, la quale in principio tenendosi stretta alla lettera della legge si ridusse a compilar formule adatte alla sua parola ed applicare le forme legali agli atti quotidiani della vita. Il territorio era piccolo, la popolazione poco numerosa, la fede pubblica assai forte, il bisogno del diritto non si sentiva in molti atti, l'assistenza dei giuristi era pronta in ogni occasione. Le leggi, perchè conquistate con gran pena, eran dal popolo considerate con rispetto ed amore; e vi andava unito il sentimento della forma sempre vivacissimo nei popoli meno avanzati ed ancora imbevuti dei principii religiosi.

Ma in seguito coll'allargarsi del territorio, col moltiplicarsi delle relazioni non solo tra cittadini, ma anche con gli stranieri, col modificarsi degli antichi costumi, il rigoroso ordinamento della procedura e del diritto civile cominciò a farsi sentire soverchiamente gravoso. È celebre anche troppo il fatto narrato da GAI (Inst. IV, 11) di colui che perdette la lite per aver detto *viti* invece di *alberi* nel corso di una *legis actio*. La memoria che rimase di questo fatto, il quale non avrebbe per se stesso grande importanza, ci dimostra che al nuovo popolo ciò, che prima si stimava necessità giuridica, cominciava a parere mera sottigliezza. Nella procedura ai mutamenti già portati nelle *legis actiones* succedette la radicale riforma della legge Ebuza, onde nacque il sistema formulare e con esso quella larghezza del *ius edicendi* per la quale, mentre il pretore peregrino giudicava le controversie degli stranieri secondo i principii del *ius gentium*, anche il pretore urbano potè gradatamente venirvisi accostando. E qui mi sia lecito aprire una parentesi, per notare che, l'ordinamento giudiziario moderno essendo totalmente diverso da quello romano, il volere inferire da ciò che fecero i pretori ciò che dovrebbero fare i nostri tribunali altro non sarebbe che un errore di storia (1).

Accanto al pretore, che svolgeva il diritto con l'autorità conferitagli dal popolo, cominciò ad esplicarsi l'opera dei giuristi, che, uscendo dai limiti nei quali per lo innanzi si erano ristretti, presero ad interpretar le leggi più liberamente, a studiarne l'applicazione ai nuovi bisogni, a dirigere la formazione del diritto consuetudinario. L'importanza loro si accrebbe poi notevolmente quando Augusto conferì ad una parte di essi il *ius respondendi*. Nella loro opera si fusero tutti i progressi della legislazione, degli editti, della scienza, per modo che Giustiniano potè ricavarne la parte principale della sua compilazione. Ma giunti a questo punto noi assistiamo ad una nuova rivoluzione.

L'immensa estensione dello Stato romano, la varietà delle popolazioni, le interne discordie e il pericolo degli esterni nemici avevano reso impossibile il governo repubblicano. L'impero sorse come ineluttabile necessità; e il diritto si trasformò, come si trasformò lo Stato. Pompeo e Cesare tentarono una codificazione; ma troncò l'opera del primo il timor de' maligni, quella del secondo la morte (2). Augusto non seguì quei tentativi; ma completò la

(1) Circa il concetto che dell'interpretazione avevano i giureconsulti romani veggasi specialmente SAVIGNY, *op. cit.*, vol. I, C. IV, § 57, pag. 289 segg. Circa l'editto pretorio, lo stesso C. III, § 22, pag. 114 segg. Egli fa notare appunto come quel concetto oggi non sia più applicabile.

(2) Confr. SVETONIO, *Vita di Cesare*, 44: *Destinabat ius civile ad certum modum redigere, atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros... talia agentem atque meditantem mors praevenit. E ISIDORO di Siviglia, Origines, V, 1, 5: Leges redigere in libris primus consul Pompeius instituit, sed non perseveravit, obtractatorum metu. Deinde Caesar coepit id facere sed ante interfectus est.*

procedura formulare, propose molte leggi civili e penali, concesse ai giuristi il *ius respondendi*. Dopo di lui l'attività legislatrice si concentrò nella corte imperiale. Sul diritto di Roma, si edificò il diritto del mondo. Le prime forme strette, logiche, rigorose caddero in gran parte; alle antiche tradizioni si sostituì l'equità e la ragione dell'umanità.

Di tutto ciò che dall'antico leal popolo era stato lasciato al solo imperio della morale, non d'altro armata che della forza della coscienza e del rispetto alla pubblica opinione, gran parte venne posta sotto la regola esternamente coattiva del diritto. Fu codificato l'editto pretorio, poichè a continuare l'evoluzione verso il *ius gentium* bastavano le costituzioni imperiali e l'opera dei giureconsulti. Questi con la loro cresciuta autorità non si contentarono solamente di svolgere gli antichi principii, ma, traendone dei nuovi dalla coscienza del nuovo popolo, opposero a ciò che fu chiamato stretto diritto, *strictum, summum ius, ius civile*, ecc. l'*aequum bonum*, la *naturalis ratio*. Così furono più rispettati dal diritto i vincoli di sangue e l'uguaglianza dei coniugi nel matrimonio; nelle obbligazioni si ebbe maggior riguardo alla buona fede, la dichiarazione di volontà si spogliò delle sue più strette forme e alla dichiarazione si fece prevalere l'intimo volere; molti rapporti giuridici che erano stati ridotti sotto poche e rigide regole generali presero un carattere proprio (1). Così formato il nuovo diritto ci apparisce di molto più morale e con-

(1) Circa lo svolgimento del concetto dell'equità presso i romani giureconsulti veggasi l'opera citata del VOIGT. Egli studia profondamente in questa materia le opinioni particolarmente di Cicerone per l'epoca più antica, e dei principali *prudentes* per la più recente; ponendole a raffronto coi concetti del *ius naturale* e del *ius gentium*. Secondo questo autore il concetto dell'equità in Cicerone era triplice: 1° quello volgare di norme dettate dalla coscienza popolare del diritto che ha per opposto *ius* o *iniquum*; 2° quello scientifico o speciale che rappresenta un principio giuridico uscito dalla coscienza popolare ed ha per opposto *iustitia, ratio iuris civilis*; 3° il concetto filosofico, che rappresenta il principio direttivo di tutto il *ius* o *ius humanum* e trova il suo opposto in *religio* come principio del *ius divinum*. (Confr. *op. cit.*, § 6, p. 35). Il punto sul quale Cicerone più insiste trattando dell'*aequitas* è quello della interpretazione più lata del diritto scostandosi dalla stretta parola. A ciò si riferisce la massima *Summum ius, summa iniuria* (*De officiis* I, 10, 33; confr. TERENZIO, *Heautont.*, IV, 5, 18; COLUMELLA, *R. R.* I, 7, 2); a ciò si riferiscono pure tutte le sue invettive contro gli *aucupia verborum et literarum tendiculas* (*Pro Caecina* 23) di che sono piene non solo le sue orazioni, ma anche le sue opere giuridiche, rettoriche e filosofiche. Del resto questo stesso concetto non è sempre rispettato dallo stesso Cicerone; nel quale bisogna fare molta parte alla sua professione d'avvocato.

Il Voigt medesimo (§ 70-74, pag. 368 segg.) riordina i testi, che abbiamo degli antichi giureconsulti, circa l'equità, e quelli contenuti nella compilazione giustiniana, sotto diverse categorie, che credo utile qui riprodurre più brevemente con ordine un po' diverso, ma senza alterarne la sostanza.

Prima categoria: rispetto ai vincoli di sangue: GAI, *Inst.* III, 7, 18-24; ULP., *Fragm. lib. sing. Reg.* 26, 2; *Fragm. Vat.* 198, 306; *Collatio XVI*, 7, § 2, 9 § 2; *Digesta* fr. 5 § 2, 25, 3; fr. 1 § 6, 37, 1; fr. 1 pr. 37, 5; fr. 2 pr. 37, 11; fr. 2, 38, 8; fr. 1 § 4, 38, 16; fr. 1 § 6, 38, 17; fr. 5 pr. *eod.*; fr. 20, 42, 1; fr. 21 *eod.*; fr. 7 pr. 48, 20; fr. 4, 48, 23.

Seconda categoria: rispetto alle obbligazioni assunte in buona fede: GAI, *Inst.* IV, 71; *Digesta* fr. 1 pr. 2, 14; fr. 1 pr. 13, 5; fr. 95 § 4, 46, 3.

Terza categoria: principio della giusta ripartizione del vantaggio e della perdita: GAI, *Inst.* IV, 61; PAUL., *Sent. rec.* II, 1, 1; V, 16, 1; IUST., *Inst.* § 39, 2, 1, § 30, 4, 6; *Digesta*, fr. 1 pr. 2, 2; fr. 46 § 4, 3, 3; fr. 2, 3, 5; fr. 1 pr. 4, 4; fr. 24 § 1 *eod.*; fr. 22, 5, 3; fr. 14 § 1, 10, 3; fr. 32, 12, 1; fr. 3 § 7, 12, 4; fr. 14, 12, 6; fr. 65 § 4 *eod.*; fr. 1, 14, 5; fr. 11 pr. 15, 1; fr. 32 pr. *eod.*; fr. 8, § 8, 17, 1; fr. 2 § 3, 18, 4; fr. 37, 19, 1; fr. 16 § 6, 20, 1; fr. 44 § 1, 21, 1; fr. 38 § 7, 22, 1; fr. 6 § 2, 23, 3; fr. 7 pr. *eod.*; fr. 36, 26, 7; fr. 20 pr. 27,

forme alla natura delle cose che l'antico. Forse, o Signori, a volerne indagare le ragioni, di tanto scemerebbe la nostra ammirazione per il popolo di quanto si accresce quella per il suo diritto; ma da buoni giuristi noi non guarderemo che questo ed applaudiremo alle modificazioni introdotte dall'equità, la quale derivando dai bisogni sentiti per tanti secoli nell'intero mondo civile dovette certamente contenere gran parte degli elementi propri dell'umanità. Perciò il diritto romano allora formato potè per sì lungo tempo governare le principali nazioni d'Europa. Ma questa sua qualità fu a scapito di un'altra, che è pur tenuta in gran conto presso i popoli liberi; voglio dire di quella facilità e sicurezza di tradursi in pratica, di che già dianzi abbiamo ragionato. Quindi non è meraviglia che, unendosi questa causa alle peggiori condizioni sociali, l'antico ordine dei giudizi abbia dovuto mutarsi e il magistrato riunire in sè anche l'ufficio del *iudex*.

Ed eccoci ad un tempo nel quale il progresso sociale si fermò come fiume che s'impaluda; e il diritto pure soffrì di questo ristagno. Cessata l'attività dei giureconsulti, la legislazione, retta da incerti principii, non era più rappresentata che dai rescritti imperiali; la giurisprudenza si confondeva tra innumerevoli opere giuridiche, e nei casi ove al giudice paresse che il diritto positivo fosse insufficiente o poco conveniente, la risoluzione era rimessa all'imperatore, che non si peritava di decidere per mezzo di legge. La legge famosa di citazione fu insufficiente, come insufficienti le collezioni di Gregoriano ed Ermogeniano. Ma pur sentendosi il bisogno di una nuova solida base, ecco il codice ufficiale di Teodosio; ecco nelle provincie sottoposte alla dominazione dei barbari nuovi corpi di diritto; ecco finalmente la vasta compilazione giustiniana, tempio sepolcrale della grandezza giuridica romana. E Giustiniano stesso, posto su più salde basi l'edificio legislativo, può avere coscienza di altri bisogni; ecco le Novelle, principalissime fra le quali quelle che rovesciano l'antico ordine delle successioni.

3; fr. 84 pr. 28, 5; fr. 54, 36, 1; fr. 1 pr. 37, 6; fr. 1 § 1, 39, 3; fr. 2 § 6 *eod.*; fr. 22, 39, 5; fr. 4, 43, 5; fr. 4 § 13, 44, 4; fr. 34 pr. 44, 7; fr. 63 § 5, 47, 2; fr. 1 § 1, 47, 4; fr. 47 pr. 49, 14; fr. 206, 50, 17; *Codex const.* 5, 4, 31; *const.* 6 *eod.*; *const.* 2, 4, 32; *const.* 1, 5, 21; *const.* 1, 6, 2.

Quarta categoria: libertà nelle forme e prevalenza della vera volontà sulla dichiarazione: *GAL., Inst.*, III, 137, IV, 30; *ULP., Fragm. lib. Reg.* 25, 1; *Digesta* fr. 12 § 2, 7, 8; fr. 20 § 2, 8, 2; fr. 8 § 16, 20, 6; fr. 23, 26, 7; fr. 13, 28, 2; fr. 17, 28, 3; fr. 88 § 1, 35, 2; fr. 76, 36, 1; fr. 9 § 3, 41, 1; fr. 2 § 2, 43, 26; fr. 2 § 3, 44, 7; fr. 36, 45, 1; fr. 12 § 8, 49, 15; *Codex const.* 6, 6, 24.

Quinta categoria: riguardo all'individualità dei singoli rapporti concreti: *IUST., Inst.* § 10, 3, 26, § 31, 4, 6; *Digesta* fr. 2 § 1, § 8, 2, 11; fr. 7 pr. 4, 1; fr. 26 § 9, 4, 6; fr. 38 § 1 *eod.*; fr. 50 § 1, 5, 3; fr. 11, 8, 3; fr. 51 § 2, 9, 2; fr. 5 § 5, 9, 3; fr. 12, 11, 1; fr. 14 § 6, § 13, 11, 7; fr. 43 *eod.*; fr. 20, 12, 1; fr. 2 pr. 13, 4; fr. 4 § 1 *eod.*; fr. 30, 13, 5; fr. 67 § 1, 23, 2; fr. 32 pr. 24, 1; fr. 29, 28, 5; fr. 86 pr. 29, 2; fr. 71 § 1, 30; fr. 16, 35, 1; fr. 19, 39, 2; fr. 25, 39, 5; fr. 24 § 10, 40, 5; fr. 28 pr. 40, 7; fr. 7 § 5, 41, 1; fr. 13 § 4, 41, 2; fr. 32 § 2, 41, 3; fr. 14 pr. 44, 3; fr. 91 § 3, 45, 1; fr. 12, 46, 6; fr. 11 § 1, 47, 10; fr. 18 pr. *eod.*; fr. 1 § 10, 48, 16; fr. 19, 49, 1; fr. 28 § 2 *eod.*; fr. 12 § 5, 49, 5; fr. 183, 50, 17; *Codex const.* 3, 2, 1; *const.* 1, 8, 1; *const. un.* 10, 63.

Testi appartenenti a più categorie insieme: *Digesta* fr. 22, 40, 4; fr. 1 § 1, 44, 4; fr. 12 *eod.*

Testi non appartenenti ad alcuna delle cinque categorie: *Digesta* fr. 25, 1, 3; fr. 2 § 5, 39, 3; fr. 3 pr. 48, 12; fr. 19 pr. 49, 15; fr. 66, 50, 17; fr. 90 *eod.*; *Codex const.* 4, 2, 1; *const.* 8 *eod.*; *const.* 1, 5, 17; *const.* 3, 7, 72.

Questo diritto, o Signori, durò come dritto comune fino al principio del nostro secolo e dura ancora in Germania. Ma chi può ripetere in breve a quante modificazioni andò soggetto, le quali tutte vi furon portate in nome dell'equità? Chi può dire quanta influenza vi ebbe il diritto canonico, il quale, più che mutarne apparentemente le istituzioni, vi insufflò il nuovo spirito medioevale? E da una parte dalla costituzione politica sorge il diritto feudale; dall'altra parte dai comuni si redigono in legge le consuetudini, si formano innumerevoli statuti. E nasce in questo tempo quel diritto, al cui svolgimento oggi ancora alacramente si lavora, e che, opposto da principio al diritto che si considerava come universale, oggi, da tutti riconosciuto, è quello che maggiormente tende all'universalità; voi intendete ch'io parlo del diritto commerciale. Qual meraviglia dunque se gli scrittori di quei tempi pur tenendo dietro al diritto romano e commentandone i testi, per renderlo applicabile spesso lo travisavano? Questo, che a noi, troppo avvezzi a sprezzarne le opere, sembra un vizio intollerabile, era forse, come giuristi, la loro maggiore virtù, ed è forse a questa virtù che si deve la gran fama di Bartolo e il vederne in parecchie università spiegate le opere accanto al testo del *corpus juris*.

Che se da quei tempi noi volgiamo lo sguardo all'età più recente, troviamo che, quando cadono gli ultimi avanzi delle costituzioni medioevali, e si fa vivo il concetto dello Stato moderno, forte si sente la necessità di un diritto che più gli si convenga; e la separazione dei poteri dello Stato ed il bisogno di certezza favoriscono la redazione dei nuovi codici.

Se, giunti a questo punto, ci volgiamo indietro a guardar la strada fatta, noteremo che accanto al diritto positivo si manifesta l'azione di una forza, la quale, dapprima sottomessa al diritto stesso, a poco a poco gli si ribella, finchè giunge il momento nel quale o il diritto viene modificato regolarmente, secondo i casi, dalla consuetudine o dalla legge, ovvero, se per altri motivi non

Molti altri materiali per lo studio dell'equità nel diritto romano possono trovarsi nello stesso Voigt e in BRISSONIUS, *De verborum quae ad ius pertinent significatione* (Parisiis 1596) alle voci: *aequum est* — *aequo pretio*; *benigna interpretatione* — *benignitatis aequitas*; *utilitas* etc.; in DIRKSEN, *Manuale latininitatis fontium iuris civilis romanorum* (Berolini 1837) alle voci: *aequalis* — *aequus*.

Del resto bisogna notare, per non cadere in facile errore, che pel diritto romano nella massima parte dei casi l'*aequitas* è considerata come fonte legislativa, anche quando è applicata dal pretore o dai giuristi, per le ragioni dette più sopra (V. il testo del discorso e la nota 1 a p. 10. Cfr. VOIGT, *op. cit.*, § 66, p. 354). Spesse volte la parola *aequitas* ha significato diverso da quello che noi sogliamo attribuire alla parola *equità*. L'ammissibilità della *aequitas* nel giudizio per le azioni *bonae fidei* e specialmente per le *arbitrarie* non altera il concetto del puro diritto, poichè è appunto dal diritto stesso accettata. Finalmente conviene por mente all'insieme di ciascun testo, badando di non estrarne poche parole, le quali possono in tal modo venire a rappresentare un'idea totalmente diversa da quella del giureconsulto romano. Questo vizio delle citazioni parziali è causa di non pochi errori specialmente nella materia della quale qui si tratta. Eccone un esempio: Si suol dire che per dritto romano era lecito al giudice di correggere la legge nelle parti difettose e si cita il passo seguente: *Veruntamen quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium*. Ma per rigettare tale opinione basta integrare il frammento, il quale letto per intero ci dice (fr. 13 *de testibus* 22, 5): *Quaesitum scio an in publicis judiciis calumniae damnati testimonium iudicio publico perhibere possunt. Sed neque lege Remmia prohibentur et Julia lex de vi et repetendarum et peculatus eos homines testimonium dicere non vetuerunt. Veruntamen quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium, ad quorum officium pertinet eius quoque testimonii fidem quod integrae frontis homo dixerit perpendere*. Ciò che di questo si può dire di molti altri casi.

si vuol toccare il diritto, esso viene nella pratica continuamente violato. Questa forza è l'equità.

Qual'è la sua natura? Come va essa intesa? Qual parte le si può concedere sotto l'impero del diritto positivo attuale?

Stando all'etimologia della parola, equità corrisponde ad uguaglianza e perciò può rappresentare il principio dell'uguaglianza degli uomini di fronte alla legge e quello che i casi simili abbiano simile soluzione, i differenti differenti: *aequitas*, come dice Cicerone (*Top. c. 4*) *quae paribus in causis paria jura desiderat*. Io non mi fermerò molto su questo punto (1). Tale specie di equità infatti non ha nulla che non si possa accordare col diritto stretto, e se, intesa in un certo modo, può dar luogo a discussione, essa rientra ne' concetti dei quali mi occuperò in seguito.

A me pare che dalle cose sin qui dette si possa ricavare esser l'equità un sentimento o un concetto, talora individuale talora generale, il quale richiede, che un dato rapporto o che una serie di rapporti debbano regolarsi in un determinato modo (2). L'equità, così concepita, può concordare o no col diritto positivo; e si vuol chiamare stretto diritto quella parte del diritto positivo che ad essa si oppone. L'equità che ha per noi maggiore importanza è l'equità comune, non quella individuale; poichè essa contiene come un'aspirazione di un popolo ad un certo diritto. Peraltro, finchè resta allo stato di aspirazione, l'equità non può pretendere di esser norma dei giudizi dei magistrati; per aver questo potere deve mutarsi in diritto. Se mi fosse lecito usare una similitudine in argomento scientifico, io direi che nell'equità la materia giuridica si trova allo stato amorfo e non depurata, nel diritto positivo invece essa è schietta e cristallizzata.

Ma quando quel pensiero o quel sentimento sia divenuto vera persuasione del popolo; quando questa abbia acquistato tale stabilità da vincere le prove necessarie e imposte dalla costituzione dello Stato per diventar legge, allora solo si può parlare di forza obbligatoria, allora solo è permesso al giudice di tenerla presente nei giudizi, perchè solo allora gli è concesso, da chi ne ha il potere, di disporre di quella forza pubblica della quale egli non è che depositario. Ripetiamo qui pel diritto stesso ciò che più sopra osservammo per la volontà privata nel diritto: non ogni volontà produce effetti giuridici, ma solamente quella che giunge ad un certo grado d'intensità riconoscibile dalla forma esterna; non ogni movimento della coscienza popolare diventa diritto, ma quello soltanto che giunge al punto di tradursi nelle forme richieste dalla costituzione.

(1) Confr. SCHILLING, *Instit.*, § 10; *Zusatz*, vol. II, p. 37 segg.

(2) Sono lieto di vedere che per altra via il Voigt, che è forse l'autore più competente su questa materia, viene ad ammettere questo stesso concetto dell'equità. Egli dopo aver criticate le diverse opinioni fino allora espresse, conchiude (*op. cit.*, p. 15) che la differenza tra l'equità e il diritto sta nel rapporto che ognun d'essi ha col suo autore e soggetto; nel carattere soggettivo della prima e nel carattere oggettivo del diritto; e continua coll'osservare che il diritto una volta stabilito si fa indipendente dalla volontà del suo autore, si oggettivizza, se così posso esprimermi; mentre l'equità dipende ancora dalla volontà del suo autore, è ancora intimamente collegata col complesso delle sue idee. La relatività, il riguardo ai singoli casi ecc. non sono altro che conseguenze di cotesta essenza. (Confr. pure per una idea simile a questa CAPUANO, *I primi del diritto romano*, lib. 1. cap. V, pag. 74 segg.; LENEL, *Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionem* (Heidelberg 1876), § 6, pag. 56 segg.)

Circa l'equità, come principio della formazione del diritto, veggansi le belle parole del KELLER, *Pandekten Einleitung*, § II. i. f. pag. XX. XXI (Lipsia 1866).

Un antico detto suona: *Jus legislatori, aequitas judici magis convenit* (1); io crederei più vicino al vero il contrario: *Aequitas legislatori, jus judici magis convenit*. Se questa regola si fosse sempre osservata i Savoia non avrebbero dovuto dire al re francese Francesco I: Salvateci, Sire, dall'equità dei parlamenti!

Non tutti peraltro sono di questo parere, e l'equità s'intende in varii modi e le si attribuisce vario potere, sia che la si consideri come qualche cosa di superiore alla legge, sia che la si prenda come regola d'interpretazione e di correzione della legge stessa.

È opinione volgare che ogni uomo porti scritto nella propria coscienza un codice eterno, il quale è sufficiente a risolvere ogni controversia, al quale la legge positiva deve uniformarsi, se vuole aver qualche valore, lontana dal quale essa non è che capriccio e non merita di essere attesa; questo codice si vuol chiamare equità.

Poche parole mi bastano per far la critica di questo concetto. Dalle cose sin qui dette è facile rilevare che in esso v'ha una qualche parte di vero, poichè il diritto si fonda appunto sul comune consenso costituzionalmente espresso. Ma accanto a questo vero quanta parte di falso! Falso è che i principii giuridici sieno intuitivi; la storia ci dimostra che essi non si conquistano se non tra gli stenti e le lotte, e che le nuove generazioni non si elevano se non salendo sulle generazioni cadute. A chi non sembrano oggi volgari i concetti della libertà dell'uomo, del rispetto a' diritti dello straniero? Tuttavia il primo era solo platonicamente riconosciuto dai più avanzati giuristi romani, era dimostrato falso da Aristotile, e che più? appena da pochi anni esso fu proclamato dopo una guerra crudele in America, appena da pochi giorni in alcune isole esso giunse ad attuarsi. Il secondo poi non è ancora totalmente riconosciuto dalla maggior parte delle nazioni civili. Altri principii come l'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, regnarono un tempo, furon quindi calpestati, e non risorsero che in mezzo al sangue versato.

Eppure, o Signori, io non vi ho parlato che di principii generalissimi. Che sarà dunque, ove si voglia scendere a regole più particolari e che siano il prodotto della combinazione di principii diversi? « Quante cose in una legge! » esclamava il Bentham chiudendo un suo libro famoso; « quante cose in una legge! » ripeteva il Keller nella prefazione del suo aureo libretto sulla procedura romana (2). Eppure ancora v'ha chi crede di aver tutte queste cose fin dalla nascita nella propria coscienza. Ciò non deriva che dall'ignoranza delle difficoltà e del metodo giuridico; onde non varrebbe neppur la pena di trattarsi a confutarlo, se non avesse troppo spesso in pratica le più tristi conseguenze. Chi è che con tale equità non giustifica le maggiori contraddizioni? Poichè essa sta scritta nella coscienza, anche in buona fede si può da ogni uomo appoggiarvi la giustificazione dei suoi atti, che alla sua coscienza corrispondono; ed ecco il diritto soggettivo, unilaterale; ecco per meglio dire, il maggior nemico del diritto. Noi italiani la conosciamo codesta equità; essa

(1) Confr. MARQUARDUS FREHERUS, *Sulpitius sive de aequitate commentarius Thes. Ottonis* (Traj. ad. Rhen. 1733) vol. IV, col. 371.

(2) Confr. BENTHAM, *Introduction to the principles of morals and legislation*, in fine; KELLER, *Il processo civile romano* (trad. ital. del prof. FILOMUSI-GUELFI, Napoli 1872), pref. alla 1^a ediz., p. IX.

fu proclamata nel trattato di Vienna come regola di condotta tra i monarchi della Santa alleanza! (1).

Non lontano da questo volgare concetto ve n'ha uno che appartiene agli scienziati e che, portato alle sue pratiche conseguenze, non è meno pericoloso (2).

Al disopra delle leggi positive si ammette una legge naturale ed universale, di che le prime non sono se non accidentali ed imperfette espressioni. A siffatta legge solo si deve attendere, e, quando la positiva se ne allontana, conviene in ogni modo tornare a quella. Ammesso questo concetto, se ne possono trarre due conseguenze: la prima è che, dovunque la legge positiva non sia sufficiente, si deve ricorrere alla naturale; la seconda, più grave, è che la legge positiva, che non sia conforme alla naturale, si può, anzi si deve, porre in disparte. Non è meraviglia che questa seconda conclusione sia stata sostenuta dalla scuola teologica, sebbene, a onor del vero, i padri cristiani abbiano sempre predicata l'ubbidienza alla legge costituita. La religione determina essa stessa una legge positiva nella quale riconosce la naturale ed eterna; logicamente dunque essa può rifiutare tutto ciò che alla sua legge si oppone. Siamo alla presenza di un fenomeno prodotto da quello stesso bisogno di certezza, che nel campo giuridico ci spinge alla formazione di un diritto positivo. Ma ciò che deve farci maggior meraviglia, è il trovar ripetuta quella idea anche da giureconsulti come il Blackstone, e da noi, per tacere d'altri, recentemente il Lozzi (3).

Per verità non è facile il combattere contro i fautori di simili dottrine; poichè gli argomenti tratti dalla legislazione sono per essi nulli, quelli fondati sui fatti sono buoni o cattivi, secondo che rispondono o no alle loro idee. Forse il miglior modo di combatterli sarebbe quello di metterli a confronto per risolvere una questione giuridica; poichè ognuno d'essi secondo il tempo nel quale ha vissuto e la sua indole e i suoi studi, verrebbe in campo con un proprio diritto naturale, altrettanto naturale, assoluto e perpetuo, quanto quello dell'altro a lui opposto. E poichè ogni uomo dovrà pure farsi un concetto di questo diritto naturale, il quale d'altronde appunto perchè naturale s'imporrà alla sua mente, a voler esser logici, dovrà lasciarsi libero ogni uomo di agire secondo il proprio concetto di tale diritto. Davvero sarebbe difficile immaginare l'ordine di una società che fosse retta da siffatti principii!

Peraltro, mi si potrebbe replicare, non ogni idea individuale si deve ritenere per quella legge o equità naturale, alla quale si attribuisce tanto valore; ma conviene ricercare qual sia la vera legge e farla ubbidire da tutti. Chi farà questa ricerca? Chi avrà il potere di rendere obbligatoria la legge così ritrovata? Qualunque cosa rispondano i nostri avversari a queste domande, una sola ne è la necessaria conclusione: cioè che per aver forza, e meritar così il nome di diritto, la legge naturale deve tradursi in legge positiva.

Ma pur rigettando questo diritto naturale, sarà utile l'esaminare come mai ne sia nato il concetto e qual parte di verità vi possa essere racchiusa.

(1) Confr. Atto del 26 settembre 1815: MARTENS, *Recueil suppl.*, VI, 556; KLÜBER, *Droit des gens*, § 2 e 146.

(2) Circa la differenza tra il volgo e i giuristi veggansi JHERING, *op. cit.*, (trad. franc.) tutta la prima metà del 3° vol.; SAVIGNY, *op. cit.*, vol. I, § 20, pag. 89.

(3) Confr. LOZZI, *op. cit.*, BENTHAM, *Principes de législation*, C. XIII, 10 *Loi imaginaire n'est pas raison* (*Oeuvres de J. BENTHAM*, Bruxelles 1840, vol. 1, p. 46 seg.) e Lo STESSO, *Sophismes anarchiques* (vol. I, p. 525 seg.). Le critiche di questo acuto autore al concetto del diritto naturale sono piene di quel brio proprio degli autori inglesi.

Abbiamo già veduto nello studio dei caratteri del diritto positivo, come esso contenga parecchi elementi arbitrarii, quantunque necessari. Ora se un diritto positivo si voglia estendere a popoli di diversa natura ovvero se si voglia conservare intatto per lunga serie di anni, necessariamente avverrà che una parte di esso potrà continuare ad aver vigore, un'altra parte cesserà di essere conveniente. Poichè, a quel modo che in ogni uomo si può distinguere il suo generico carattere di uomo e quello particolare del tempo e dello stato in che egli vive e finalmente il suo carattere individuale, in ogni diritto positivo si debbono trovare principii che appartengono all'intera umanità e principii che si convengono al tempo e al popolo che con esso si governa. Col mutarsi de' tempi si mutano le condizioni della società; alcune forze diminuiscono o cessano, altre si accrescono o nascono; ciò che prima era uguale, diventa disuguale; e la maggior sensibilità dei popoli progrediti fa loro scorgere certe differenze che prima non avvertivano. Mutando ciò che si deve ordinare convien che l'ordine stesso si muti. Le forme sono le prime a far sentire i loro difetti; eppure il formalismo è così irradicato nell'animo umano, che spesso esse continuano ancora per lungo tempo a sussistere come forme prive di contenuto. Quando incomincia a manifestarsi questo stato di cose, il popolo che sente un certo disagio nel vivere sotto l'imperio di un diritto positivo, che più non gli si addice, e vede un continuo disaccordo tra la soluzione giuridica delle questioni e quella che gli pare più conveniente, concepisce un vero timore del diritto. Mi rammento di due iscrizioni romane una delle quali termina così: *Ab iis omnibus dolus malus abesto et ius civile*, e l'altra similmente *huius modus malus abesto et iurisconsultus* (1), dove si vede il *ius civile* e il *iurisconsultus* rappresentar la stessa idea che il *dolus malus*. E del pari in alcuni nostri statuti mercantili, p. e. in quel di Pesaro, dopo aver detto che gli affari di commercio « con summa integrità siano expediti post ponendo le cauillationi sottitilitate et subterfugii de aduocati et procuratori » avevasi un capo speciale col titolo « Che nessuno aduocato o procuratore pallatino possi interuenire nante il tribunale de li consuli o iudici de appellatione » (2).

Tuttavia questo timore dei giureconsulti non è sempre interamente giustificato. Essi al contrario avvezzi all'interpettazione del diritto positivo, astraendo ciò che vi ha di comune nelle regole giuridiche, con quello stesso metodo col quale ogni scienza si costruisce, formano del diritto come una piramide, che ha per cima la definizione, per base la regola pratica. Quindi nasce l'idea degl'istituti giuridici, i quali il giurista, come osservano il Savigny e l'Jhering (3), tratta quasi veri enti oggettivi. Al suo occhio esperto si

(1) Vedi BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui* (Tubinga 1876), pag. 195, ORELLI, *Inscript.*, 4391, 4374.

(2) Confr. *Statuti del collegio mercantile de la città di Pesaro 1533*; Proemio e cap. 24. Simile disposizione, sebbene non motivata espressamente, trovasi in parecchi altri statuti, come p. e. negli *Statuti della Mercanzia di Brescia e suo distretto* (1788), Cap. LXXXVIII *De audientia non danda Advocatis nec Procuratoribus*; e negli *Statuti et capitoli dell'arte de' mercanti di lana dell'illustre città di Camerino* (Camerino 1621: lo statuto peraltro fu redatto da tre commissari deputati dall'arte della lana con decreto 13 febbraio 1577), cap. IV *De le liti* (pag. 12): « Item che accadendo liti con detti mercanti avanti del capitano, o Riveditori che non ci possa comparir Procuratore salvo per pupilli e vedove per questi ci possa comparire altrimenti no ».

(3) Confr. SAVIGNY, *Ueber den Beruf unserer Zeit etc.* (3ª ediz.) p. 39: « Le nozioni per i giuristi son diventate esseri reali la cui presenza e genealogia si è fatta loro familiare « per lunga frequentazione ». E JHERING, *op. cit.* (trad. franc.) vol. 3°, § 46, pag. 51.

rivela l'interno collegamento degli elementi di ogni istituto e dei vari istituti tra di loro; ed egli può analizzare i motivi pei quali il diritto positivo fu costituito a quel dato modo. Egli quindi più d'ogni altro è in grado di giudicare qual peso debbono avere sul diritto le nuove condizioni sociali e di agevolare l'opera legislatrice, perchè si metta con esse d'accordo. Ma in quest'operazione scientifica egli può facilmente discernere qual sia la parte del diritto destinata a durare e quale la transitoria. Or come ciò che dura ci si presenta alla mente come solo essenziale e vero, accade che si ritiene per tale solo quella parte del diritto che si è trovata adatta a varii popoli e tempi, e si può credere che il rimanente sia errore da sfuggire. Ma ciò è falso, quanto il credere che in un dato uomo non siano necessari che i caratteri dell'uomo in genere; mentre ad esso sono essenziali tutti quegli altri, che lo fanno essere quel dato individuo diverso dagli altri.

Quell'astrazione adunque di alcuni più generali elementi della materia ordinata nel diritto, non solo non è diritto, poichè questo è qualche cosa di essenzialmente pratico, ma neppure potrebbe per sè sola bastare a costruire un diritto. E ne abbiamo parecchie prove di fatto. Così quando Cicerone nel suo trattato *de legibus*, dopo aver parlato a lungo di natura e di divinità, passa a formulare un modello di legislazione, gli avviene di darci, come osservava il compianto mio maestro ed amico Guido Padelletti (1) « una seconda edizione riveduta e leggermente corretta della costituzione romana del buon tempo ». Eppure di quella costituzione che cosa è rimasto a noi posteri lontani? Così anche quando nel secolo passato e nel principio di questo gli scrittori di diritto naturale si provavano a farne un trattato completo per l'applicazione, che cosa ci davano se non un sistema del diritto romano allora vigente rimesso un poco a nuovo?

Ma su questo punto ci siamo trattenuti abbastanza. Passiamo all'opinione che fa dell'equità un sussidio e una correzione del diritto positivo.

Si suol dire che le regole di diritto vanno variate e temperate a seconda delle circostanze dei casi pratici, i quali possono differire tra loro per l'oggetto e per il soggetto. Qui vi ha divergenza tra gli autori che vogliono che l'equità consista nel tener conto delle differenze dell'ultimo e quelli che sostengono invece che si debba por mente al primo; ma a me basterà di averla accennata, poichè non è di grande importanza (2). Veniamo all'esame di quest'opinione nella sua generalità. Il primo appunto che le si può fare, mi par che sia quello della indeterminatezza. Posta infatti una regola giuridica, e dato un caso al quale debba applicarsi, non s'intende bene che cosa significhi la facoltà di temperar quella regola. Se ciò vuol dire che il giudice per considerazioni estranee al diritto, come, per esempio, per riguardi di morale o di pietà (noto solo questi riguardi virtuosi), possa modificare la regola stabilita dal legislatore, io non dubito di affermare che egli mancherebbe al suo più stretto dovere e violerebbe quindi quella moralità, che, senza esservi chiamato, si fosse tolta la briga di tutelare (3). Se s'intende che una regola im-

(1) PADELLETTI, *Roma nella storia del diritto*, nota 2 (*Archivio giuridico*, 1874, vol. 12, pag. 211).

(2) Su questo punto confr. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Stuttgart 1879) § 28, nota 1, vol. I, pag. 70; e gli autori ivi citati.

(3) L'ill. cons. Lozzi vorrebbe che gli avvocati fondassero le loro ragioni specialmente sull'equità (V. op. cit. *Della interpret. ecc. Temi veneta* 1878, pag. 448). Non saprei davvero dividere la sua opinione. Mi spaventa il vedere dato lo stesso consiglio, con uno scopo del

perfettamente espressa dal legislatore, per modo che possa prestarsi a diverse interpretazioni, debba interpretarsi ora in un modo ora in un altro per quei medesimi riguardi, mi sembra poter per le medesime ragioni ripeter la condanna di tale equità; sarebbe infatti un ricadere nel vizio dianzi notato. Poichè, senza insistere sul fatto che la necessità dell'interpretazione non può essere riconosciuta che dal giudice medesimo, se una volta si sia trovato ciò che il legislatore intendeva realmente dire, una differente interpretazione altro non sarebbe se non uno svisamento della volontà di lui. Non deve essere lecito mutare l'interpretazione, se non quando si riconosca erronea la prima.

Che se finalmente questo concetto dell'equità significhi che il giudice debba aver presenti tutti gli elementi giuridici che sogliono trovarsi nei casi da decidere, per solito molto complessi, a me pare che tra questa specie di equità e il puro diritto non vi sia differenza alcuna. Quando un fatto in apparenza unico sottoposto all'analisi giuridica si risolve per modo da dover essere deciso con più regole di diritto, evidentemente, e il diritto stesso lo richiede, queste debbono coordinarsi e subordinarsi tra loro e la sentenza dev'essere la risultante di tutte. L'osservatore inesperto delle costruzioni scientifiche esaminando questa risultante potrà credere che alcuna di quelle regole non produca effetto ovvero in un caso ne produca uno, in un caso un altro. Quest'illusione non avviene solo nell'applicazione del diritto. Chi assista alla caduta di un corpo nel vuoto e determini coi dati di questa osservazione il modo di agire della forza di gravità, e poi lasci cadere lo stesso corpo in uno spazio pieno d'aria, potrà forse credere che la forza di gravità in questo caso sia venuta meno alle sue leggi; ma tale errore non sarebbe imputabile che al suo difetto di osservazione e di metodo scientifico. Così una regola giuridica può praticamente produrre gli effetti più diversi, non perchè si muti, ma perchè la si combina con altre (1).

tutto diverso certamente, da Quintiliano per le cause disperate. Ecco le parole dell'autore latino (*Inst. Or.*, VII, 1, 63): « *Plerumque autem in fine causarum de aequitate tractabitur quia nihil libentius iudices audiunt. Aliquando tamen hunc ordinem mutabit utilitas: ut, si in iure minus fiduciae erit, aequitate iudicem praeparemus* ».

(1) Vi sono due altri modi di considerare l'equità da applicarsi dal giudice, i quali meritano la nostra attenzione. Non ne ho parlato nel testo del discorso, perchè in sostanza rientrano nei concetti principali da me criticati, e perchè sono così difficili a definirsi in poche parole, ch'io non poteva trattarne senza oltrepassare i limiti, che aveva prefissi al discorso medesimo.

Si dice da taluno che il sistema dell'applicazione del puro diritto legale tende ad esagerare il danno, inerente alla codificazione, di pietrificare il diritto, ed è per conseguenza necessario per la stessa durata delle leggi il temperarle coll'equità, ossia il farle piegare nell'interpretazione ai bisogni imprevedibili di ciascun caso particolare ed ai bisogni dei nuovi tempi.

Si dice da altri che, quando la rigida applicazione delle disposizioni del diritto porterebbe ad una iniqua decisione, il giudice deve studiare il modo d'interpretar le leggi così largamente, da condurle ad una più mite applicazione; si soggiunge che il giudice è a ciò indotto da naturale impulso dell'animo, che lo costringe a seguire tale sistema quasi inconsciamente.

Esaminiamo la prima opinione. Anzitutto mi sia lecito esprimere la mia meraviglia per l'amore che i fautori di essa dimostrano verso la durata delle leggi, che vogliono poi sin da principio violate. Noi crediamo di portare alle leggi maggior rispetto chiedendo che si mutino se cattive, che si applichino pienamente, finchè non sieno mutate; non desideriamo punto che un codice si mantenga per centinaia d'anni in modo tale da non esser più che un vano simulacro, atto ad ingannare soltanto coloro, che, troppo creduli, vi si confor-

O Signori, se qui ho paragonato il mondo giuridico al mondo fisico, non crediate che io voglia con ciò parificarli del tutto. So bene che i principii di diritto non sono formule matematiche; ma desidererei che non si cadesse nell'esagerazione contraria, dando ai principii tale elasticità da farli uscire dalla legge. Una buona legge non pone i principii; essa detta comandi, la natura dei quali abbiamo già studiato. Da questi comandi si possono astrarre i principii; ma la somma difficoltà consiste nel formularli. Evidentemente una cattiva formula non si può porre a base di ragionamento; ma non bisogna accusarne nè la legge, nè il principio.

Ad alcune più concrete osservazioni può dar luogo il nostro diritto civile. Le accennerò a sommi capi, o Signori, per non alterare l'indole di questo discorso.

L'articolo fondamentale su questa materia è il terzo delle disposizioni preliminari: « Nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. — Qualora una controversia

massero come a vera legge. Sarebbe questo il modo di unire a tutti gli svantaggi della codificazione tutti i danni dell'opposto sistema.

Ma lasciando da parte tale considerazione, osserverò che si possono dare due casi: o la legge è così precisa, che il piegarla ai nuovi bisogni equivale ad alterarla, ed allora si deve rifiutare tale facoltà al giudice per le ragioni dette nel testo del presente discorso; o la legge è oscura ed allora l'interpretazione deve restituirle il suo vero significato, il quale non può essere che uno solo, come la verità. Ma qui appunto si dice che l'interprete può giovare dell'oscurità della legge per darle quel significato, che meglio si conviene alle condizioni dei vari casi e dei vari tempi. Il che a primo aspetto può parere un'ottima cosa; ma se si pensa che il dare ad una legge una interpretazione diversa da quella che essa oggettivamente comporta, non è più interpretare, come è ufficio del giudice, ma correggere e fare la legge, prerogativa questa del solo legislatore, si dovrà, in forza dei principii sostenuti nel testo, respingere anche questa opinione.

Tuttavia anche in essa mi sembra si possa trovare una parte di vero, che mi conviene far rilevare; non volendo imitar l'esempio di quei cavalieri, i quali si uccisero sostenendo l'uno che un certo scudo era rosso, ed affermando l'altro che era bianco, mentre lo scudo era bianco da una parte e rosso dall'altra. Così mi paiono utili, specialmente riguardo alla evoluzione storica della interpretazione, le osservazioni seguenti: Per applicare una disposizione di legge bisogna confrontarla non solo con tutte l'altre della legge medesima; ma con tutto il sistema legislativo vigente. È questo uno dei canoni fondamentali della retta interpretazione. Ora avviene spesso che una disposizione di legge precedente, la quale aveva una data forza, accordata con disposizioni di altre leggi posteriori, acquisti una forza diversa anche se non sia abrogata. Ma ciò avviene per la volontà stessa del legislatore, cosicchè l'interpretazione, riconoscendo tale mutamento, non tradisce il proprio ufficio; anzi lo eseguisce fedelmente. La legislazione giustiniana ci fornisce esempi luminosi di tale mutamento p. e. riguardo alla *cessio*: confr. fr. 63 *de usufructu* 7, 1; fr. 20 § 1 *de serv. P. U.* 8, 2, etc.; fr. 11 *pr. de public* 6, 2; fr. 5 *pr. de damn. inf.* 39, 2; fr. 18 § 15 *eod.* (Veggasi SAVIGNY, *System* (trad. franc.) vol. 1, c. IV, § 41, nota *f. g.*, pag. 251 seg.) — Lo stesso dicasi dei molti testi prima riguardanti i *caduca*, il *ius liberorum* etc. E questo metodo dovrebbe applicarsi sempre alle nostre leggi, che si seguono così rapidamente.

Inoltre spesso il legislatore adopera espressioni di significato relativo, che è sua volontà sieno interpretate secondo le idee, i sentimenti, le condizioni dei diversi casi e dei tempi diversi. Allora nel mutare l'applicazione (non l'interpretazione) non si fa altro che ubbidire alla volontà della legge ed al puro diritto. È opera di buon legislatore l'usare di tali espressioni, quando si tratti di materia di sua natura relativa e mobilissima; ma s'egli nol faccia, lo ripeto, non può il giudice supplirvi. Non istarò a riferire esempi di disposizioni relative ai vari casi: un esempio di legge relativa a vari tempi mi pare si possa trovare nel-

« non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principii generali di diritto ».

Questo articolo comincia coll'ammettere l'interpretazione grammaticale e logica; esclude quindi lo star vincolati alla sola parola della legge. Questa maggior larghezza d'interpretazione fu anch'essa chiamata equità, specialmente ai tempi di Cicerone; ma io accettandola non posso trattenermi a discuterla. Nè discuterò l'argomento d'analogia che non turba punto la teoria del puro diritto. Più degno di nota è il rinvio ai *principii generali di diritto*. Nulla di più tormentato dagli interpreti che questi *principii generali di diritto*. Chi vi ha voluto vedere il diritto comune dei secoli passati; chi il puro diritto romano; chi il diritto naturale; chi l'equità intesa in vario senso. La prima e la seconda opinione, che più si converrebbero al codice Ticinese, (art. 5) che vuole si giudichi « in difetto di analogia secondo le disposizioni del diritto comune », sono combattute vigorosamente dall'illustre mio maestro prof. Pacifici Mazzoni (1), del quale voi, o Signori, ricordate con af-

l'articolo 12 delle disp. prel. al nostro codice civile, nel quale le espressioni *leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume* (confr. pure art. 1119 e 1122 c. civ.) si riferiscono appunto a condizioni mutevoli della società e della morale sociale (Vedi più sopra nota 3); cosicchè, mutando tali condizioni, bisognerà giudicare che taluni principii giuridici, che riguardavano p. e. il buon costume, più non abbiano relazione con questo. Tale credo il caso del divorzio, la cui proibizione in Italia aveva un tempo fondamento sull'ordine pubblico e il buon costume; oggi invece non vi ha più attinenza. Per tal modo anch'io vengo a mutare l'applicazione del citato art. 12, ma senza alterarlo e senza disubbidire alla volontà del legislatore, mantenendomi nei limiti del puro diritto.

Che dire dell'altra opinione che consiglia al giudice di cercare ogni sotterfugio legale per non cadere in sentenza conforme bensì al diritto, ma contraria alla equità? Anche qui il concetto dei nostri avversari non è ben chiaro: infatti se per venire alla conciliazione del diritto con la sua idea dell'equità, il giudice deve uscire dai limiti del diritto, come li abbiamo segnati, non occorre ch'io aggiunga altro per dimostrare che tale opinione è falsa; se invece quella conciliazione si ottenga collo studiare diligentemente il caso da decidere e coll'applicarvi coscienziosamente le regole di diritto, il giudice non fa altro che il proprio dovere comandatogli dallo stretto diritto; il quale allora non differisce dall'equità dei miei avversari, se non in ciò, che comanda ai giudici di studiare tutte le cause con quella stessa somma diligenza e non solamente quelle nelle quali credono di vedere una questione di equità.

(1) V. PACIFICI MAZZONI, *op. cit.* nella nota a pag. 4 in fine. Prefaz. § XV, pag. XXXVII segg.: lib. I, tit. II, cap. II, sez. II: n. 21 nota 2, pag. 50 seg. Confronta BORSARI, *Commento al codice civile* I, 42; IMPALLOMENI, *Il diritto romano ha vigore legislativo nei casi non contemplati dal codice civile italiano?* (*Gazz. Trib. Napoli*, XXV, 380 segg.). In senso contrario BUONAMICI, *Dell'uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna. Prelazione* (Pisa 1876).

L'opinione mia intorno ai principii generali del diritto secondo l'art. 3 disp. prel. non è altra che quella oggi dalla maggior parte degli scrittori accettata.

Nell'applicare i principii generali conviene por mente ai punti seguenti: 1° non credere che ogni elemento di un fatto sia un elemento giuridico, e perciò non voler tener conto ad ogni costo di alcuni elementi che non trovino la loro conveniente soluzione nei principii del diritto positivo; 2° al contrario non dimenticare di dare il loro giusto valore a quegli elementi, direi quasi a quei residui, di un fatto, che a prima vista non appaiono come elementi giuridici, e che pure, per precise disposizioni legali o per principii generali del diritto, devono portare qualche modificazione nella soluzione finale del problema giuridico proposto. Ciò è tutt'altro che agevole in pratica; ma chi può riescirvi, vedrà facilmente che la maggior parte dei così detti temperamenti di equità non derivano da altro, che dal vago

fetto gli anni che passò come studente in questa università. Alla terza ho già risposto più sopra, e noterò qui solamente che corrisponde meglio al codice civile austriaco, che parla appunto (§ 7) dei « principii del diritto naturale « avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate ».

L'ultima è quella che più ci riguarda. Anzi tutto osserverò che nell'articolo si parla di principii di diritto, con la qual cosa si esclude tutto ciò che non è diritto. Ma come distinguere ciò che è diritto da ciò che non lo è? Conviene partire dalle disposizioni delle leggi ed astraendo risalire da concetto a concetto sempre più generalizzando, e dal generale tornando a discendere al particolare, si giudicherà per dirla con ARISTOTELE (*Eth. Nic. V, 10*) « come « lo stesso legislatore avrebbe detto se fosse stato presente e come avrebbe pre-scritto se lo avesse preveduto ». Ecco, mi pare, come va inteso l'articolo in questione; esso dunque non si allontana dal puro diritto.

Ma alcuni articoli del codice civile e di altre leggi fanno espressa menzione dell'equità: così gli articoli 463, 578, 1124, 1652, 1718 cod. civ. e l'articolo 162 della legge sulle opere pubbliche (20 marzo 1865 all. F). I limiti del discorso mi vietano di farne un'analisi minuta; ma noterò in generale che la parola *equità* vi è usata in significati assai vari; in alcuni, per esempio, vuol dire uguaglianza tra le parti (1). Ma è innegabile che in altri essa valga a rinviare il giudice alla propria coscienza ed al sentimento universale, però sempre entro certi limiti. Mi sembra tuttavia perentorio l'osservare che siffatta equità può in tali casi servir di criterio al giudice appunto e solamente perchè il diritto positivo glielo permette; il quale non volendo sottoporre la materia a regole fisse, ha imposto alle parti una specie di arbitramento. Ciò esclude la facoltà di usare dell'equità medesima fuori dei casi preveduti.

Da queste considerazioni particolari passando ad altre più generali, rileverò prima che il nostro codice, per il modo molto equo col quale è stato redatto, non fa sentire il bisogno di questa spuria equità giudiziale; in esso fu tenuto gran conto del dovere che ha il legislatore d'ispirarsi nell'equità; a noi tocca tener conto del dovere del giudice di non oltrepassare i suoi poteri, dando effetti giuridici a ciò che non è diritto.

Altro punto da non dimenticare è il poco o niun conto che si tiene nel nostro diritto positivo della consuetudine; essa non ha vigore che quando la legge scritta glielo permette. E perchè? perchè non si considera come diritto, se non quello che ha vinto la prova delle forme costituzionali. Ora se si nega valore alla consuetudine, che pure rappresenta una universale ed inveterata persuasione popolare, come vorremmo noi darne tanto ad una equità che può esser molto da meno?

E l'istituto della cassazione, che deve vegliare alla esatta applicazione del diritto, che deve rigettare il ricorso che non si appoggi espressamente sopra un articolo di legge, non è esso, per qualunque ragione si sia fondato, un istituto di puro diritto?

E finalmente per coloro che, rifuggendo dai rigori del diritto positivo, amano meglio di farsi giudicare secondo l'equità più o meno naturale, non è forse aperta la via coll'arbitramento per amichevoli compositori? Ma sembra

che il grande amore per l'equità sia oggi piuttosto teorico che pratico; poichè il numero delle controversie portate dinanzi ad arbitri diminuisce ogni giorno; e dove, come in Francia ai tempi delle ordinanze, nelle cose commerciali l'arbitramento era obbligatorio, furono le stesse parti interessate che si adoperarono per farlo abolire.

Qui, o Signori, mi convien terminare questa dimostrazione; ma prima di lasciarvi permettete ch'io aggiunga una ultima parola di difesa.

Coloro, che, come me, propugnano il puro diritto positivo, sono stati spesso accusati di grettezza d'idee e di mancanza di ideali. Tali accuse non furono mai meno meritate. Noi non neghiamo ogni attività diretta a migliorare la legislazione, non neghiamo anzi difendiamo l'imperio della morale nella vita. Ma dove non vogliamo vedere regnare altro che la legge si è nelle aule dei tribunali. Noi crediamo che l'inchinare la privata volontà, il privato giudizio dinanzi al volere dello Stato, qualunque esso sia, è opera di buon cittadino; e che solamente così si possa mantenere intatta quella libertà, che fu dai nostri padri con tanta fatica conquistata. Dell'amore della patria vogliamo che non si faccia pompa solo nelle grandi occasioni, ma che lo si eserciti in ogni momento; e in nome suo domandiamo ai cittadini anche qualche sacrificio, se richiesto dal rispetto della legge. E se chi ci accusava di mancar d'ideale, ci dirà che troppo si vuole facendo di quell'amore una virtù quotidiana, risponderemo che così, e solamente così, si potrà rendere alla patria l'antica grandezza (1).

(1) Leggansi le nobilissime parole di Socrate in PLATONE, *Critone*, XII.

sentimento dell'esistenza di questi elementi difficili ad analizzare; con questo peraltro che l'analisi ci conduce ad un risultato certamente giusto e ragionevole, il sentimento è invece cosa tutta soggettiva e può esser causa dei più gravi errori.

(1) Tale significato ha la parola equità p. e. evidentemente nell'art. 1718 cod. civ.

PROPOSTA DI UNA RACCOLTA DI USI GIURIDICI POPOLARI ITALIANI

Al signor professore PIETRO DELOGU (*).

Mentre d'ogni parte si pubblicano, con un'attività così grande che in certi casi potrebbe parere eccessiva, documenti storici di tutti i generi, e anche di storia del diritto, a me sembra strano e doloroso che si lascino perire, senza prenderne nota, quei preziosi documenti di natura assai diversa, che non si ritrovano nei polverosi scaffali delle biblioteche, ma si conservano ancora nelle costumanze delle nostre popolazioni. Non passerà gran tempo, e questi verranno distrutti dalla rapidità delle comunicazioni, dalla maggiore attività degli scambi, dalla vasta uniformità della vita civile moderna; nè io piango su questa distruzione; ma faccio però voti affinché sia in qualche modo fissata la memoria di questi usi, nei quali si trova spesso la plastica e viva testimonianza di diritti remoti ed estinti delle più varie origini.

Tutti sanno quanta diversità vi è ancora nella vita sociale delle provincie italiane e quanto interessante è lo studio delle costumanze, che ci rappresentano i gradi più differenti di civiltà, e serbano tenacemente l'impronta delle antiche stirpi, che, nella storia lunga, a vicenda dolorosa e gloriosa, di questa nostra grande patria, son venute a prender stanza o nella penisola o nelle isole italiane. Tutto un ramo della letteratura moderna è dedicato allo studio di siffatte costumanze e tradizioni sotto le loro più diverse manifestazioni, e tale studio ha presso di noi più d'un illustre rappresentante. Nelle pubblicazioni fatte da questi si può rintracciare anche una parte considerevole di ciò che riguarda il diritto; ma a me non sembra che possa bastare.

È necessario che ai fatti giuridici sia rivolta una speciale attenzione, che siano ricercati e studiati metodicamente e sottoposti ad un esame storico e comparativo, che ne renda fruttuosa la raccolta; e ciò richiede tali e tante cognizioni teoriche, che non si può far senza dell'osservazione e dell'opera dei giuristi.

Oltre ai fatti, che presentano un interesse meramente storico, ve ne sono altri importantissimi, i quali possono attrarre anche l'attenzione del filosofo del diritto e del legislatore; fatti i quali valgono a mostrarci lo stato reale dei

(*) Lettera pubblicata nell'*Antologia giuridica*, 1886, p. 441, e nella *Riv. di dir. agrario (Atti e studi della commissione reale per la raccolta delle consuetudini e usi giuridici)*, 1930, pag. 436. Cfr. nota 1 a pag. 28.

rapporti giuridici spesso ben diversi da ciò che risulterebbe dalla generale e uniforme legge scritta. Questi ci rivelano o l'esistenza di istituti giuridici, come p. es. il condominio familiare, che non appartengono a quel grado di sviluppo storico, che è presupposto dalla legge scritta; o ci dimostrano come siano talora esclusivamente praticati alcuni istituti, i quali nel diritto scritto appaiono misti e contemperati con altri, per es. il testamento in relazione con la successione ab intestato. Degno d'osservazione è anche in questo genere il modo come sogliono, in questo o quel luogo, essere applicate certe facoltà, che la legge lascia all'autonomia individuale, ma che ordinariamente sono da tutti coloro, che appartengono a certi gruppi determinati dalla posizione sociale o dalla località, usate secondo certe norme tipiche consuetudinarie: così per es., come si suole dividere per testamento il proprio patrimonio in una data provincia? Come dal nobile signore, come dal borghese, come dal contadino?

Un interesse affatto particolare per il civilista e per il pratico in genere offrono quelle consuetudini, alle quali la stessa legge scritta rinvia le parti e il giudice. Anche queste sono per la massima parte ignote, e l'ignoranza ne rende difficile l'applicazione.

Io dunque propongo a lei, mio caro collega, di fare mediante la sua pregevole *Antologia giuridica* questa raccolta di usi giuridici popolari, invitando tutti coloro che possono avere notizie di tal genere a comunicargliene, affinché ella le possa pubblicare, con tutto il possibile corredo di fatti e di studi, che giovino ad illustrarle; ma ricordando a tutti che sopra ogni cosa è da curare l'esatta osservazione del fatto, o la precisa relazione delle notizie raccolte sopra fatti, i quali già oggi non sieno forse più in uso.

Dalle cose sin qui dette mi pare che si possa dedurre, che gli usi da ricercarsi e studiarsi si possono distinguere in tre categorie diverse:

1. Usi d'importanza storica, i quali comprenderanno per la maggior parte le forme degli atti giuridici osservate tanto negli atti verbali simbolici, quanto negli atti scritti, come verbigravia negli atti notarili che conservano ancora quasi dappertutto vecchie formole, le quali oggi sono prive di significato. — Dirò anche che l'idea della raccolta, ch'io propongo, mi nacque appunto dall'osservazione da me fatta delle forme con cui si sogliono in alcuni luoghi perfezionare i contratti nelle fiere dei bestiami, e si sogliono contrarre le fideiussioni. — Io non dubito che lo studio di questo genere di usanze ci dimostrerà l'esistenza di un formalismo molto antico e che servirà a togliere dalla mente di molti più di un pregiudizio relativo all'importanza dell'elemento formale del diritto. — Evidentemente allo studio di tali usi gioverà molto congiungere la ricerca storica, e anche la ricerca giuridica circa gli effetti prodotti, secondo la coscienza popolare, dall'adempimento delle forme sulla validità e la forza dell'atto in relazione coi vizi del consenso ecc. ecc.

2. Istituti giuridici vigenti, o contrarii alla legge scritta, o da questa non contemplati, o da essa lasciati all'arbitrio individuale. Qui allo studio giuridico di grande interesse andrebbe accoppiato non solo lo storico, ma anche l'economico, poichè molti di questi istituti hanno soprattutto un'importanza economica; noi vediamo infatti che in molte ricerche dirette specialmente al lato economico di questi istituti si trovano raccolti materiali buoni anche pel giurista. Oltre a tutto ciò che si riferisce al diritto patrimoniale, qui converrà tener conto dell'ordinamento della famiglia, che è in Italia assai più vario di quanto a primo aspetto si possa vedere, e che in gran parte è anche collegato o come causa o come effetto all'ordinamento patrimoniale.

3. Consuetudini giuridiche, che hanno valore di legge per il rinvio ad esse fatto dai codici e dalle altre leggi scritte. Qui sarebbe forse utile di restringere le ricerche alle consuetudini puramente civili, lasciando in disparte quelle del diritto commerciale e del diritto pubblico. Non già che queste non meritino di essere anch'esse raccolte, ma per esse si è già fatto assai di più, che per quelle civili, ed è bene che siano raccolte in collezioni speciali e da specialisti.

Del resto è inutile e anche impossibile per ora il fare programmi; il miglior programma consiste nel raccogliere quanti più materiali e quanto più esattamente si possano.

Gradisca, caro collega, l'espressione della mia stima ed amicizia e mi abbia sempre per il

Suo dev.mo

VITTORIO SCIALOJA.

RACCOLTA DEGLI USI E CONSUETUDINI RELATIVE AGLI ATTI GIURIDICI OD ALLE CERIMONIE CHE LI ACCOMPAGNANO IN ROMA E NEL SUO TERRITORIO (*)

Mentre sono già numerose e si vanno ancora moltiplicando le collezioni di novelle e di canti popolari e di usi e consuetudini della vita delle varie genti, molto più rare sono le raccolte di usi giuridici, che pur tanto gioverebbero alla conoscenza della storia del diritto e dell'animo delle popolazioni.

Non mancano scritti in proposito e parziali studi relativi ad alcune regioni. Parecchi decenni or sono anch'io, in un articolo pubblicato nella *Antologia giuridica* (1) di Catania, invitai i giuristi italiani a non lasciar perdere le tracce degli usi giuridici ancora viventi, che col progredire della legislazione e dell'istruzione comune si andavano fin d'allora estinguendo; ma non fui ascoltato e le vicende della vita m'impedirono di attuare quel disegno.

Ora io vorrei che almeno gli usi giuridici ancora superstiti non andassero sperduti. Essi sono preziosi documenti, che valgono talvolta quanto le testimonianze scritte e dovrebbero perciò conservarsi con la stessa cura di queste.

Il campo da sfruttare è ancora largo.

Debbono raccogliersi i riti e le forme che accompagnano solennemente i momenti e gli atti più importanti della vita. Non vanno trascurati neppure quelli di origine religiosa relativi alla nascita, al battesimo, al matrimonio, alla morte, che possono oggi apparire quasi naturalmente connessi a questi momenti solenni, ma che pur costituiscono usi che variano col tempo e che meritano perciò di essere fissati mentre sono in vigore. Parecchi di questi sono stati studiati sotto altri riguardi; non conviene trascurare la loro importanza storica e giuridica.

Un materiale di molto valore si troverà negli usi civici, nelle varie specie e forme di dominio utile, nelle consuetudini agrarie.

Importantissimi sono anche gli usi contrattuali, così quelli che riguardano le forme, come quelli che si riferiscono all'abituale contenuto degli atti, alle garanzie delle obbligazioni, all'esecuzione di queste.

Naturalmente debbono distinguersi le usanze delle famiglie dei contadini da quelle degli altri ceti sociali regolati da norme diverse più raramente lontane dalle disposizioni delle leggi vigenti, ma perciò stesso più difficili ad indagare.

(*) Relazione al primo Congresso nazionale di studi romani, aprile 1928 (*Atti del I Congresso naz. di studi romani*, vol. II, pag. 163).

(1) [V. pag. 24].

I contratti nelle fiere e nei mercati importantissimi per la storia sono più noti; ma conviene che l'esame di essi sia fatto con scrupolosa minuzia di osservazione e di esposizione. Converrà anche raccogliere dagli atti notarili dei decenni scorsi le formule, che si sono conservate pure da chi ne ignorava ormai il significato, spesso cumulando cautele e patti contraddittori, che sono tuttavia preziosi residui storici. Non dovrà il ricercatore omettere di verificare se alcuno ancora ne comprenda il significato e in qual modo.

Delle famiglie contadinesche dovrà indagarsi la normale composizione, i rapporti interni di potestà, la divisione del lavoro e del guadagno, le norme della successione.

Per quanto concerne la successione si dovrà fissare l'attenzione sulle regole ordinarie della ripartizione dei beni e della divisione materiale di questi.

Importantissimo è l'esame formale e sostanziale dei testamenti. Anche qui l'indagine dovrà farsi specialmente presso i notai.

Non al solo diritto civile e commerciale, ma anche al diritto penale dovrà rivolgersi il nostro studio. Qui non si tratterà di osservare gli usi esercitati giuridicamente, ma di raccogliere le tracce, che antichi diritti possono aver lasciate negli animi della popolazione; così, per esempio, dovrà notarsi il modo com'è considerata la vendetta, potranno rilevarsi le tracce dell'infamia che segue la condanna, il valore attribuito a ciascuna pena e così via dicendo.

La grande differenza, che corre tra le diverse regioni e spesso tra le diverse località in Italia, fa sì che la ricerca deve farsi luogo per luogo. Ben potrà il lavoro incominciarsi dalla provincia romana, per iniziativa e per opera della *Società per gli studi romani*, che con la sua autorità potrà riunire il non piccolo numero di studiosi atti a compiere l'indagine col rigore scientifico necessario e dettare le norme fondamentali da seguire per ottenere l'opportuna omogeneità delle osservazioni e dei risultati.

Non mancherà il modo di pubblicare via via quanto si verrà raccogliendo in modo da formar quasi uno speciale archivio (1).

(1) Nel 1930 fu costituita una *Commissione reale per la raccolta delle consuetudini ed usi giuridici*, presso il ministero della giustizia. Nel fasc. I degli *Atti ecc. della commissione* (*Riv. di dir. agrario*, 1930, pag. 423) sono riportati:

RISPOSTA DI S. E. IL PROF. VITTORIO SCIALOJA
AL DISCORSO DEL MINISTRO PER LA GIUSTIZIA

S. E. Scialoja ringrazia il ministro ed afferma che è atto pieno di saggezza quello compiuto da S. E. Rocco per cercare di realizzare ciò che per tanto tempo è stato un voto insoddisfatto degli studiosi. Il compito di raccogliere gli usi e le consuetudini è assai complesso poichè non bisogna solo indirizzarsi a scopi pratici, cioè a raccogliere le consuetudini che integrano il diritto scritto così nel campo civile e commerciale come in quello del diritto pubblico, bensì occorre estendere le ricerche alle consuetudini che non possono più considerarsi come diritto vigente, ma costituiscono ricordo vivo dei diritti passati.

Sotto questo punto di vista la consuetudine può dirsi insigne monumento della nostra storia giuridica, in cui si contengono sempre elementi della varia vita delle nostre regioni. Perciò un'analisi storica delle consuetudini regionali presenta un notevole interesse.

È un compito questo che non può evidentemente realizzarsi in breve tempo; il lavoro deve essere organizzato con grande larghezza di criteri. Affinchè riesca veramente utile, la raccolta deve essere quanto più ampia è possibile; l'accertamento poi occorre che sia sempre preciso. Governerà senza dubbio il sussidio dei giuristi, ma non bisogna dimenticare che esso può essere anche pericoloso, perchè i giuristi, per loro abitudine mentale sono tratti facil-

mente a sceverare gli elementi raccolti, i quali, attraverso questa opera di distinzione, possono perdere la loro originaria genuinità.

La commissione dovrà essere come un ufficio centrale, al quale occorre che sia trasmesso tutto il materiale che sarà raccolto da magistrati, da maestri, da studenti e possibilmente anche da sacerdoti, che possono meglio degli altri raccogliere le consuetudini famigliari.

La commissione dovrà quindi procedere all'analisi degli elementi raccolti, tenendo conto della varietà delle consuetudini nelle diverse provincie e non trascurando quelle di origine straniera (albanesi, greche, ecc.), che, direttamente o indirettamente, hanno esercitata influenza nelle consuetudini di alcune nostre regioni. Occorrerà anche assicurarsi il concorso di altri ministeri, come il ministero dell'agricoltura per le consuetudini in materia agraria e quello delle comunicazioni per le consuetudini marittime.

S. E. Scialoja termina rinnovando, a nome dell'intera commissione, i ringraziamenti a S. E. il ministro, anche per essersi compiaciuto di inaugurare i lavori con il suo lucido discorso.

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA
E DEGLI AFFARI DI CULTO

Roma, 4 novembre 1930 (IX)

Commissione Reale per la raccolta
delle consuetudini e degli usi giuridici

Protoc. N. 108.

*Ai Chiar.mi Sigg. Presidi delle facoltà di giurisprudenza e Direttori
degli istituti e scuole universitarie d'agricoltura.*

*Oggetto: « Concorso a premio fra i laureandi in giurisprudenza ed in agraria per le migliori
tesi in materia di consuetudini ed usi giuridici ».*

Con R. decreto 18 febbraio 1930-VIII, è stata istituita presso il ministero della giustizia e degli affari di culto, la commissione reale, che ha l'incarico « di curare la raccolta delle consuetudini e degli usi giuridici relativi specialmente ai rapporti di natura civile, organizzando e controllando criticamente il materiale raccolto dal punto di vista storico e legislativo ».

La commissione stessa, tracciando il programma del proprio lavoro, ha stabilito di provocare, parallelamente alla collaborazione di enti e studiosi, quella assai opportuna e proficua degli studenti di giurisprudenza e di agraria.

S. E. il Guardasigilli, nel discorso d'insediamento della commissione, già ebbe a lamentare come l'Italia sia rimasta estranea al fervore di studi e di ricerche nel campo degli usi giuridici, che in altri stati ha dato frutti rigogliosi. Cosicchè da noi, aggiunse il ministro, è rimasto fin ora patrimonio negletto tutto quel complesso di usi regionali che nacquero per determinati bisogni, non del tutto però cessati e che provvedono, pur nell'ombra, a disciplinare istituti i quali vivono una loro prospera vita, fuori della legge scritta, ignorati dal legislatore, ma non dall'interprete, e di quelle costumanze che perennemente rinnovano, ravvivano e rammodernano la legge.

Nè invero può esservi dubbio che la raccolta delle consuetudini nel campo del diritto privato e sopra tutto in un ramo speciale di esso, nel diritto agrario, si imponga non solo per il suo alto valore ed interesse pratico e politico-legislativo, ma altresì per il suo interesse storico e scientifico.

Per questo, mentre mi è grato segnalare a V. S. Chiar.ma l'iniziativa del Governo Fascista, La prego di voler esortare i giovani, sia direttamente sia a mezzo degli insegnanti,

affinchè portino la loro attenzione su questi studi di interesse nazionale, e di avvertirli inoltre che, sotto gli auspici di questa commissione reale, la *Rivista di diritto agrario* che si pubblica in Firenze sotto la illuminata direzione del prof. Giangastone Bolla, che è pure membro della suddetta commissione reale, ha bandito un concorso tra i laureandi in giurisprudenza ed in agraria dell'anno scolastico 1930-1931, ponendo a disposizione della commissione giudicatrice L. 3000 di premi.

Sarebbe altresì auspicatissimo che pure i professori e segnatamente gli storici del diritto apportassero il contributo dei loro studi e delle loro conoscenze in materia.

Sarà indispensabile raccomandare poi agli studenti che *principalmente* il loro lavoro dovrà consistere nella raccolta di notizie concrete, nella fedele constatazione e nell'esatto rilievo dello stato di fatto in rapporto a ciascun uso o a ciascun istituto, cercando di evitare ogni deformazione nella descrizione di circostanze, di formalità, di simboli caratteristici di un determinato rapporto giuridico consuetudinario. Riuscirà anche preziosa la collaborazione di studenti, studiosi ed insegnanti per la parte bibliografica (indicazione di raccolte edite o inedite di consuetudini e di usi, indicazione di fonti storiche, di articoli di riviste o di giornali regionali, ecc.).

Uno speciale comitato costituito in seno alla commissione e con sede presso il ministero della giustizia fornirà, su richiesta, ogni ulteriore notizia.

Nella fiducia che V. S. Chiar.ma vorrà dare pubblica notizia di quanto sopra mi pregio allegarLe il bando di concorso.

In attesa di un cortese cenno di assicurazione riceva, illustre collega, cordiali saluti e ringraziamenti.

Il presidente

VITTORIO SCIALOJA.

SAGGIO INTORNO AD UNA QUESTIONE DI DIRITTO PREISTORICO di MAFFEO PANTALEONI (*)

MAFFEO PANTALEONI. — *Saggio intorno ad una questione di diritto preistorico.*
Firenze, 1882 (Estratto dal periodico *la Rassegna nazionale*).

Il Sumner Maine, nel suo rinomato libro sull'*Antico diritto*, capo I, opina che, nei così detti tempi preistorici, i re, o capi di qualsivoglia altra natura, non seguissero, nel giudicare i singoli casi, una norma preesistente sanzionata dal costume; ma procedessero secondo il proprio arbitrio individuale, e che la serie di sentenze ripetute costituisse il costume. Ogni sentenza si sarebbe ritenuta frutto di una momentanea ispirazione divina.

Il Sumner Maine crede di trovare la base di questa sua opinione in Omero, ed attribuisce il significato di sentenza o comando di siffatta natura alle *θέμιστες* dei re omerici, osservando pure che in Omero non si rinviene la parola *νόμος*.

Il signor M. Pantaleoni prende a studiare queste *θέμιστες* omeriche, per esaminare se la proposizione del Maine sia ben fondata. Prima peraltro scarta l'argomento che quest'autore vorrebbe trarre dalla mancanza della parola *νόμος* in Omero. Se per *νόμος* s'intende la legge e il costume sanzionato da tempo immemorabile e dal sentimento naturale di rispetto, in Omero si trova lo stesso concetto espresso con le parole *θέμις* o *δίκη* o *εὐδικίη* o *εὐνομίη*; sicchè il non rinvenirsi la parola *νόμος* non ha importanza giuridica. Se invece per *νόμος* s'intende quel genere di leggi non scritte, composte in forma metrica, contenenti un embrione di sistema, ma non disposizioni minute, ritenute d'origine divina, ma tuttavia conosciute, che danno precetti universali, e che sono a tutti note, convien riconoscere che siffatto genere di leggi appartiene ad un tempo storico di molto posteriore ad Omero, ritrovandosene il tipo nelle leggi date da Licurgo a Sparta. Vano sarebbe dunque il ricercarle nell'antico poeta; ma ciò non vuol dir punto che il diritto consuetudinario omerico abbia origine dai ripetuti comandi dei capi.

Forse ciò si potrà desumere dal concetto delle *θέμιστες*? Neppure. In due passi dell'*Iliade* (IX, 156, 298) questa parola non può significare altro che *tributi*. In altri poi (*Iliade*, I, 238; II, 206; IX, 99; XVI, 387) la si trova adoperata in modo che apparisce esser le *θέμιστες* un dono fatto da Zeus ai re una volta per sempre. Derivando esse da Zeus e dalla *δίκη* non sono

(*) Recensione in *Archivio giuridico*, 1882, vol. 28, pag. 539.

punto nell'arbitrio dei re, ma strettamente collegate al fine pel quale sono state concesse; sicchè Zeus severamente punisce gli autori d'ingiuste *θέμιστες*. Perciò le *θέμιστες* non possono essere comandi arbitrarii dei capi ispirati volta per volta dalla divinità, comandi indipendenti da una regola preesistente, come vuole il Maine; ma bensì debbono considerarsi come giurisdizione concessa insieme col potere regio una volta per sempre, ovvero come sentenze conformi alla volontà di Zeus e al costume.

Nell'*Odissea* (XVI, 403; IX, 112; IX, 215) pure la parola *θέμιστες* è usata in modo che sarebbe assurdo tradurla con *comandi arbitrarii*; essa è posta in correlazione con la legge generale, con la deliberazione delle assemblee, come quella che determina la specie di fronte a norme generali.

Nè ha fondamento di verità l'opinione pur sostenuta dal Grote che, secondo Omero, i re vendessero le loro sentenze al maggior offerente. Nessuno dei passi riferiti a sostegno di questa affermazione ha il minimo valore probante.

Il re era in rapporto con la divinità, che lo collocava al di sopra degli altri uomini, ma appunto perciò il suo volere non era un mero arbitrio. Aggiungasi poi che la volontà del re era limitata anche effettivamente da quella di altri. Nell'*Iliade*, poema guerresco e più antico, essa ci apparisce limitata dal consiglio dei *patres* propriamente detti.

Il singolare di *θέμιστες* è *θέμις*, che ha un significato alquanto diverso dal plurale. In molti luoghi designa la dea Temi. In un passo (*Iliade*, XI, 807) il luogo dei giudizi; in altri la consuetudine, il costume, ciò che è conveniente, lecito, utile secondo l'esperienza (*Il.*, II, 73; IX, 33, 134; XIX, 177; V, 761; XIV, 386).

Nell'*Odissea* poi trovasi nel senso di conveniente secondo la volontà divina (*Od.*, IX, 189, 428; X, 73; III, 45; XIV, 56).

E come *θέμις* a *θέμιστες* così sta *δίκη* a *δίκαι*, che vuol dir sentenze (*Il.*, XVI, 542; XVII, 508, al singolare; *Od.*, XI, 570). Il passo dell'*Iliade*, XVIII, citato è di molta importanza, perchè se ne può trarre più precisa notizia del diritto omerico. Da esso si ricava specialmente che in tempo di pace erano giudici i *γέροντες* e non il re, giudice, come l'*Iliade* ci dimostra, in tempo di guerra. Questi giudici, come spesso il re, sono detti *ἵστορες* ossia arbitri; ma è dubbio se ciò significhi che i giudizi non avevan luogo secondo lo stretto diritto. Finalmente (ammessa l'interpretazione seguita dal Pantaleoni) si vede che l'uccisione di un uomo si scontava col pagamento di una somma ai parenti, e che il potere sociale garantiva già i diritti personali.

Trovansi ancora *δίκη* in senso di uso, abitudine, consuetudine e simili nell'*Iliade*, XIV, 84; XVI, 388; XIX, 180; nell'*Odissea*, XIX, 43; XI, 218. Nell'ultimo passo prende il senso di sorte.

Da queste particolari ricerche si possono trarre i seguenti risultati generali circa il diritto omerico. La consuetudine è considerata come norma giuridica, secondo la quale le azioni degli uomini sono giudicate lecite o illecite; essa è ritenuta di origine divina. La divinità peraltro si ritiene esercitare direttamente il suo influsso; non esiste una casta sacerdotale organizzata, che faccia una politica sistematica. Quantunque le norme giuridiche non siano ancora formate a sistema, pure sembra che prevedano la massima parte de' casi, sicchè piccolo è il campo libero lasciato all'arbitrio del re. Le norme giuridiche non sono scritte, ma sono note al popolo, e nessuno ne ha il monopolio.

Si può dunque dire che la teorica del Maine esposta più sopra non può riferirsi che a un tempo anteriore all'omerico.

Ho voluto render conto piuttosto minutamente di questo lavoro del sig. Pantaleoni, perchè le sue ricerche non avessero a sfuggire ai giuristi, che sono la parte del pubblico più interessata a conoscerle. Purtroppo le questioni preistoriche, che tanto si prestano agli esercizi della fantasia, non sogliono esser trattate con quella accuratezza e serietà che l'autore dimostra in questo scritto, sicchè gliene va data doppia lode; e se in questa o in quella interpretazione si può avere un'opinione diversa dalla sua, a me pare che i principali risultati, ai quali egli giunge, si possano francamente accettare.

Egli evita, come si vede, di giudicare assolutamente l'opinione del Sumner Maine, contentandosi di dimostrare non potersi rettamente riferire al mondo omerico.

Mi sia lecito esprimere in poche parole il mio pensiero circa il valore di quella opinione.

A me pare che essa pecchi nel confondere varii distinti concetti del diritto. Anzi tutto è necessario porre in chiaro che se il re (o un'altra qualunque autorità come il padre di famiglia, il capo della gente, ecc.) ha il potere di giudicare, comunque si voglia concepire questo giudizio, necessariamente deve ammettersi che in quella società è già riconosciuto un diritto pubblico, per quanto questo possa essere embrionale. Tale diritto, si fondi o no sulle idee religiose o su vincoli famigliari o di conquista, ha certamente il carattere di diritto consuetudinario. La sentenza emanata dal re ha dunque il carattere di legge speciale, in forza appunto di tale diritto consuetudinario. Perciò non si può dire assolutamente che la sentenza preceda il diritto consuetudinario in genere.

Il Maine, lo riconosco, non ha certo voluto parlare di diritto consuetudinario di tal natura; ma il non aver notato questo punto fa sì che il suo concetto rimanga un po' vago. La vera idea del Maine, è che la sentenza preceda quella determinata norma giuridica secondo la quale si dovrebbe risolvere il caso da giudicare. Anche su questo punto è necessario fare alcune osservazioni. Nella massima parte dei casi la sentenza regia sarà fondata su quei criterii per distinguere il bene dal male, che sono ammessi dalla società da lui governata, o almeno da quella parte della società, la cui forza costituisce il suo potere. Nel caso contrario questo suo potere, a lungo andare, verrebbe meno. Si può dunque esser certi che quella serie di uguali sentenze, dalla quale, secondo il Maine, nascerebbe la consuetudine, è tale, perchè le sentenze che la costituiscono sono conformi a ciò che comunemente si ritiene esser buono (1). Si deve perciò ritenere che la norma preesiste alla sentenza e trova in essa la sua giuridica applicazione. Quella norma tuttavia non è ancora norma giuridica, in questo il Maine ha ragione; perchè, finchè un numero grande di sentenze non faccia nascere la certezza ch'essa sarà sanzionata dal depositario della pubblica forza, il re, essa non

(1) E' questa la regola generale. Possono darsi delle eccezioni, ma non difficili a spiegare. Talora la serie delle sentenze poteva dare autorità giuridica a una norma non conforme al sentimento del popolo o della parte preponderante di esso. Ciò peraltro significava che il potere del re, derivante dal diritto pubblico consuetudinario, era così forte da permettergli siffatta violazione della norma relativa al caso speciale. Anche ai nostri tempi si verificano fatti simili nella legislazione e nella giurisprudenza.

fa ancora parte del diritto propriamente detto. Ma a sua volta il re, in forza del diritto pubblico consuetudinario, non può alla lunga sottrarsi dal giudicare secondo quella norma, trasformandola così in norma giuridica.

Se queste mie osservazioni non sono errate, se ne può dedurre che il concetto del Maine troppo indeterminato, inteso in un certo modo può esser vero, inteso in un altro è falso. Nel senso poi che io ritengo vero, esso non contiene nulla di così singolare, che non si possa ritrovare anche in società molto più avanzate di quelle antichissime, delle quali parla il Maine. Quei requisiti, ai quali i nostri vecchi davano un gran peso per riconoscere se una consuetudine aveva, o no, valore giuridico, l'essere cioè riconosciuta in giudizio e approvata dal principe, avevano un fondamento simile a quello pel quale, in quei primi tempi, non si aveva norma giuridica se non dopo una serie di conformi sentenze del re.

Siena, giugno 1882.

DIRITTO PRIVATO E PROCESSO NELLA LORO RECIPROCA INFLUENZA

di A. S. SCHULTZE (*)

A. S. SCHULTZE. — *Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung.* — *Ester Theil.* Freiburg u. Tübingen, Mohr (Siebeck), 1883. Pag. XLIV-603, in-8°.

Non essendo ancora stata pubblicata la seconda parte di questa opera, quantunque promessa come assai prossima al momento della pubblicazione della prima, ci contenteremo di farne intanto un brevissimo cenno, trasandando tutte le questioni secondarie e particolari.

Dall'esame della questione circa la natura dell'istituto della trasmissione degli atti, promossa per decidere se si debba questa ritenere abrogata tacitamente dalle nuove leggi germaniche di procedura (vedi su tal questione la mia nota alla traduzione del *Sistema* del Savigny, I, pagg. 184 segg.), l'A. fu mosso a studiare la storia delle trasformazioni dei sistemi di procedura in relazione coi mutamenti delle fonti del diritto privato. Egli crede di poter porre la legge che i sistemi di procedura dipendono dalla natura delle fonti del diritto privato, sicchè ad ogni fondamentale trasformazione di queste tien dietro un cambiamento di quelli; nè vi è alcun cambiamento fondamentale dei primi, che non derivi da una trasformazione delle seconde. A me non pare che ciò sia dimostrato, almeno in questa prima parte dell'opera. In molti casi si può dubitare che il rapporto sia inverso, cioè che i mutamenti delle fonti dipendano da quelli della procedura; e, se debbo esprimere il mio pensiero, io credo che non possa veramente stabilirsi tra gli uni e gli altri un necessario rapporto di causa ed effetto, ma anche siano tutti effetto di cause comuni, meno formali, più sostanziali.

Il libro è piuttosto disordinato. La questione della trasmissione degli atti s'intralcia con quella più generale, che forma il vero tema del libro; la storia non vi è esposta in ordine cronologico; parecchie sono le ripetizioni.

Interessanti, quantunque, a parer mio, errate per unilateralità di vedute, sono le idee esposte circa il diritto oggettivo, dov'è notevole la negazione del carattere di fonte del diritto al diritto consuetudinario. Notevoli, quantunque anche queste inaccettabili, le considerazioni circa i vari sistemi di procedura. Al tempo delle *legis actiones* i diritti dei singoli erano posti fuori di ogni dubbio dalle leggi; nel processo l'affermazione delle parti valeva sentenza, il giudizio era di semplice verificaione della verità della sentenza. Al tempo

(*) Notizia in *Riv. crit. delle scienze giuridiche e sociali*, 1885, pag. 117.

delle formule il diritto civile aveva perduto il carattere di vero diritto, questo era costituito caso per caso dal pretore con la formula (cosa che ricorda le *θέμιστες* dei re omerici, che erano sentenze ipotetiche). La natura di sentenza attribuita all'affermazione delle parti prima, e alla formula poi, spiega la consunzione dell'azione per *litis contestationem*. Con Adriano si ri-stabilisce il diritto generale certo, e perciò tempo dopo (troppo tempo dopo!) le formule vengono meno, e il giudizio diventa una semplice applicazione del diritto al singolo caso, fatta dal magistrato. Nel medioevo torna la confusione delle fonti e manca di nuovo il diritto oggettivo certo; la procedura quindi riprende carattere di costituzione del diritto caso per caso.

Evidentemente i fatti son qui guardati attraverso alla lente della teoria preconcepita, e spesso si fa anche violenza alle dirette attestazioni delle fonti.

Tuttavia il libro si legge con interesse per la ricchezza del contenuto, e spesso se ne trae un profitto, se non altro, indiretto, perchè la mente ne viene eccitata a nuovi studi e meditazioni.

L'ARBITRIO DEL LEGISLATORE NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO POSITIVO (*)

Chi interrogasse il sentimento volgare circa il valore della volontà del legislatore, facilmente ne riceverebbe le risposte più diverse e contraddittorie. Molti infatti credono che la volontà del legislatore abbia una forza sua propria onnipotente, onde non solo possa modificare, ma addirittura plasmare o creare a suo libito i rapporti sociali; molti invece negano ogni potere a quella volontà, ove non sia la pura e semplice sanzione dei rapporti costituiti dai vari fattori sociali, che si considerano come forze naturali. Vero è che in pratica parecchi di coloro, che la pensano in quest'ultimo modo, si sforzano di ottenere leggi in un senso o nell'altro, e rivolgono acuti strali contro il diritto, che si vien costituendo in modo non conforme a ciò che loro sembra più giusto.

Diversamente considerano le cose i cultori della scienza. Sieno giuristi, o filosofi, o economisti, o sociologi, essi in generale dirigono la loro attenzione sull'origine stessa della legge e la concepiscono come espressione della volontà dello Stato elaborata dai propri organi costituzionali e studiano la formazione di tale volontà e la relazione di essa con le forze sociali. Alcuni affermano in modo assoluto essere la legge giuridica necessariamente soggetta alle leggi che governano lo svolgimento degli altri rapporti, essere essa non altro che la resultante delle cause generali che agiscono sulla vita sociale; sicchè non lasciano quasi campo alcuno allo svolgimento di una volontà, che non sia la semplice espressione di tale resultante; e non pochi riducendo ad una sola la causa attiva originaria, fanno della volontà legislativa un mero strumento di questa. Altri, e talvolta quegli stessi, mitigando il rigore dell'affermazione, ammettono che la volontà legislativa possa o accelerare o rallentare la produzione degli effetti di quella o di quelle cause, pur ritenendo gli effetti stessi inevitabili, onde convien dire inevitabile anche il movimento legislativo in quel senso. Altri ritengono che il legislatore possa con la sua ragione contemperare le varie forze sociali in modo da dar loro indirizzi diversi da quelli che avrebbero, se fossero lasciate in balia di sè stesse. Altri attribuiscono alla volontà legislativa una decisiva importanza nella formazione del diritto, pur riconnettendola alle altre forze sociali: anzi in questa efficacia della volontà alcuni vedono una delle essenziali caratteristiche, per

(*) Pubbl. negli *Atti della Società ital. per il progr. delle scienze, terza riunione, Padova, settembre 1909*, pag. 367; e in *Scientia*, 1910, pag. 131.

cui il diritto differisce dalla morale o dall'economia o da altre norme del vivere sociale.

Io non voglio qui discutere i più ardui e fondamentali problemi della filosofia del diritto, che si riconnettono a tali questioni; ma mi contento di rivendicare soltanto un posto, se non molto grande, certamente notevole, all'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo.

La parola è pericolosa, ond'è giustificato il timore di esser frainteso già fin da principio. Convien dunque rifarci un po' più da lontano, per non correre il rischio di sbagliare strada.

Quando la scuola storica proclamò essere il diritto il prodotto della coscienza del popolo, fece fare un gran passo alla scienza giuridica, e in generale alle scienze sociali, non solo perchè negò l'esistenza di un astratto diritto razionale, che si diceva naturale, ma che, distaccato com'era dalle sue cause, più propriamente si sarebbe dovuto dire soprannaturale; ma anche perchè, quantunque in modo troppo oscuro e indeterminato, pose la causa immediata del diritto in un fattore psichico, che, bene o male, chiamò coscienza. Ma questa coscienza non era essa stessa il prodotto di altre cause? Il difetto precipuo della teoria filosofica della scuola storica stava appunto nel fermarsi all'indistinta coscienza popolare, senza esaminarne più chiaramente e più profondamente la natura e le cause. Anzi l'espressione stessa di *coscienza popolare* era atta a nascondere la vera natura del fenomeno stesso, e produsse infatti qualche notevole effetto sulla teoria delle fonti del diritto; perchè metteva in soverchio rilievo il fatto della coscienza, diminuendo quasi il valore della volontà, non determinando la potenza di tale volontà, e perchè non bene distingueva gli elementi del popolo, che se ne diceva il soggetto. Fu merito precipuo di economisti e di sociologi lo spingere più innanzi lo sguardo indagatore, ricercando la reale composizione della società, che costituisce il substrato dello Stato, riportando la coscienza e la volontà ai loro veri ed effettivi soggetti e studiando meglio le forze sociali, che agiscono anche sulla formazione della legge, sia attribuendo a date persone o classi di persone il potere di stabilire la legge, sia determinandone l'intrinseco contenuto.

In tal modo il diritto positivo e la legislazione appaiono come un elemento, e per alcuni potrebbe dirsi persino soltanto come un particolare aspetto, della grande meccanica sociale, nella quale le forze spingono in determinate direzioni la società umana e formano, secondo norme necessarie, determinate organizzazioni, la cui vita, il cui svolgimento e la cui dissoluzione sono soggette a regole scientifiche riconoscibili.

Poichè siffatte forze agiscono sull'attività degli uomini, come motivi della loro volontà, e poichè nei grandi numeri questi motivi producono effetti normali, è accaduto che quelle forze facilmente si sono considerate come cause immediate degli effetti della volontà degli uomini; e questa si è venuta così trascurando e quasi eliminando dallo studio scientifico della vita sociale. Meno degli altri, com'è naturale, peccarono in questo senso i giuristi; ma anche tra questi la volontà, sebbene non dimenticata, è tuttavia spesso ridotta puramente e semplicemente alle cause principali che si considerano come forze sociali.

Conseguenza di questo troppo semplice e grosso modo di vedere, è che le leggi, che la scienza dovrebbe e vorrebbe stabilire, assai poco corrispondono alla realtà storica. Ed allora i rimedi, che si sogliono usare, sono diversi: o si fa addirittura senza dell'incomodo riscontro della storia; o si fabbrica una storia *ad usum Delphini*; o si procede a salti, traendo dalla storia quella sola

parte, che meglio corrisponde alla teoria che si vuol sostenere. Per contro avviene che coloro che non vogliono staccarsi dalla realtà dei fatti sono indotti a negare l'esistenza di quelle leggi generali della società e, particolarmente per noi che trattiamo del diritto, di quelle generali e necessarie leggi dello svolgimento storico del diritto, le quali non trovano perfetto riscontro nella storia.

Non si cela forse in tutto ciò qualche errore di metodo? Il pensiero trascinato da questa o da quella corrente, non omette forse di esaminare qualche elemento essenziale della storia?

A me pare di sì; ed uno di questi elementi trascurati è appunto quello ch'io chiamerei arbitrio del legislatore.

Infatti non bisogna dimenticare che la volontà, che costituisce il diritto, non è in realtà la volontà media direttamente determinata dalle grandi correnti prodotte dalla evoluzione della società da quel diritto governata, come molti se la raffigurano; ma è la volontà di quella persona o di quelle persone, che hanno il potere di fare la legge. Vero è che, guardando le cose molto dall'alto, il fatto stesso che il potere risieda presso queste persone, apparisce dipendente dalla volontà generale del popolo, che vi si sottomette, volontà determinata dai naturali fattori della vita sociale; vero è pure che la volontà del legislatore suol essere determinata essa medesima da quei fattori, o almeno suol essere limitata da essi; ma quanto numerose e quanto forti sono le cause perturbatrici di questa così semplice teoria astratta!

Anzitutto un primo vizio di queste argomentazioni sta nel considerare quasi chiuso e senza contatti esteriori il cerchio di ogni società soggetta ad un determinato diritto. Se invece noi pensiamo che ciascuna di tali società vive in mezzo alle altre; che ciascuna può trovarsi ad un grado di sviluppo diverso; e che l'una agisce più o meno potentemente sull'altra; noi vediamo che già solo per questo dovranno riscontrarsi gravissime alterazioni nella teorica evoluzione di ciascuna società. Tali alterazioni possono prodursi nei fattori stessi, che d'ordinario si considerano come cause di quella evoluzione, e quindi indirettamente nella formazione del diritto; ma possono anche più direttamente colpire l'ordinamento giuridico di una società e la legislazione di questa.

Le due più salienti forme di tale influenza esteriore sono la violenza e la imitazione, le quali nella storia si riscontrano frequentemente ed in gradi molto diversi.

La violenza con la conquista può addirittura distruggere la vita indipendente di una società; può sottoporla ad un potere, che non abbia fondamento alcuno nella spontanea volontà del popolo, e questo potere può, se ne attinge al di fuori la forza sufficiente, imporre al popolo un diritto, che in esso non si sarebbe certamente prodotto. In tal caso il diritto diventa fattore precipuo della vita sociale e può spesso modificare gli altri fattori, che normalmente ed astrattamente sogliono considerarsi come cause del diritto. È notevole che, nei casi di tal natura, il diritto imposto può essere anche diverso da quello che governa il vincitore. Può darsi anche che la forza esterna determini soltanto la prevalenza in una società di elementi, che per sè stessi non l'avrebbero avuta, spostando in questo modo il potere dagli uni agli altri e dando artificialmente nella legislazione la preponderanza a correnti diverse; anche in questo caso, il diritto può diventare causa modificatrice degli altri rapporti sociali. Non credo vi sia bisogno di citare esempî antichi o moderni, che abbondano nella storia del mondo e anche in quella del no-

stro paese, per dimostrare la verità di queste affermazioni: la violenza ha regnato infinite volte ed esercita anche oggi un impero maggiore di quello, che a noi piace confessare.

Ma anche se si potesse fare astrazione dalle invasioni, dalle conquiste, dalle oppressioni violente, l'efficacia delle forze esteriori su quelle interne di una società dovrebbe sempre riconoscersi potentissima. Dal punto di vista del diritto, essa ci si presenta come una graduale assimilazione, che talvolta può giungere fino alla rinuncia del proprio diritto per accettare quello straniero. E anche qui la imitazione può avere per oggetto la struttura stessa dei poteri costituzionali e perciò degli organi legislativi, come è avvenuto nella imitazione della costituzione inglese da parte di tanti Stati moderni, e di leggi elettorali, e di ordinamenti del potere esecutivo e giudiziario di altri paesi. Certamente in questi casi è necessario che l'imitatore abbia una qualche disposizione a conformarsi al diritto imitato; ma è anche certo che senza l'imitazione assai difficilmente gli ordini giuridici importati sarebbero nati in quel tempo, e forse anche non sarebbero mai nati in quella forma. E poichè non può esser negata seriamente, neppure dai più restii, l'efficacia almeno consolidatrice della struttura giuridica sulle forze sociali, deve riconoscersi nell'ordinamento importato non soltanto un prodotto giuridico non generato immediatamente dalle forze interne sociali, ma un fattore non trascurabile di queste stesse forze e dell'ulteriore formazione del diritto.

Quotidiana poi è la importazione di norme giuridiche dal di fuori. La volontà del legislatore è propensa all'imitazione, come tutte le volontà umane; e nel diritto la imitazione è tanto più ragionevole e opportuna, che non solo toglie di mezzo ad un tratto tutte le difficoltà, che si oppongono ad ogni tentata innovazione, e facilita i rapporti internazionali con la somiglianza della norma giuridica, ma offre il vantaggio dell'esperienza, che altrimenti in siffatta materia è pressochè impossibile. Di questa imitazione sono piene le storie di tutti i diritti, sicchè convenien riprovare come falsa esagerazione il concetto di un logico e continuato interno svolgimento degli istituti giuridici di un popolo, che un tempo appariva quasi canone fondamentale della storia del diritto. Gli esempi più clamorosi sono quelli della pacifica importazione o della volontaria adozione di intere parti del diritto straniero in complesso. In alcuni casi si tratta di riproduzione a guisa di propaggine, come avvenne nelle colonie greche e romane, e più recentemente nelle spagnuole e nelle inglesi, anche là dove non si può parlare di violenta imposizione per conquista. In altri di imitazione per ottenere l'unità del diritto con popoli, coi quali si hanno comuni rapporti, come avvenne nell'assimilazione di tante norme di diritto greco e in generale mediterraneo da parte dei romani, il cui esempio più manifesto è quello del diritto marittimo; e come accadde poi in Europa pel diritto marittimo italiano, spagnuolo e francese. In altri casi, ancora più importanti per la scienza, si riscontra addirittura l'imitazione di tutto un sistema giuridico a causa della incapacità, in cui si sente un popolo o il suo legislatore, di compiere ad un tratto un'immensa riforma del diritto senza appigliarsi alla grande opera compiuta da altri. Così noi troviamo adottato per una seconda volta in Europa e fuori come diritto comune il diritto romano nella forma datagli dalla compilazione giustiniana; così nel diritto musulmano si riscontrano tanti elementi del diritto bizantino; così gli statuti di alcuni comuni servirono di modello agli altri; così il diritto germanico s'infiltrò presso popoli slavi ed ungheresi; il diritto francese diventò il modello di tanti codici europei, americani ed afri-

cani; alcune parti del diritto commerciale tedesco furono accolte da parecchie altre legislazioni; e così, per chiudere con uno degli esempi più recenti e di maggior valore, nel Giappone, dove molti secoli or sono era stato adottato il diritto cinese, negli ultimi anni del secolo decimonono fu imitato in grandissima parte prima il diritto pubblico e il penale e poi il diritto privato europeo. Questo esempio, che può da noi essere studiato meglio, perchè siamo dinanzi ad esso nella posizione di osservatori presenti e disinteressati, vale anche a dimostrare quanto può esservi di arbitrario e di accidentale in un fenomeno giuridico di tanta importanza. Certamente le condizioni della popolazione giapponese tendente ad espandere la propria attività oltre il proprio territorio avevano preparato in singolar modo il fondamento della portentosa pacifica rivoluzione politica, giuridica ed economica, per cui il Giappone passò quasi d'un salto dalla civiltà dell'oriente asiatico alla civiltà europea. Ma il passaggio stesso fu determinato appunto dal contatto coi popoli europei ed americani, la cui civiltà si era formata in modo del tutto indipendente dalla giapponese, sicchè rispetto a questa essa costituiva un elemento estrinseco accidentale; le cose sarebbero andate diversamente se gli europei non avessero in certo modo forzate le porte chiuse del Giappone. Questo poi si trovava in quel momento in condizioni tali che non gli sarebbe stato possibile di mettersi alla pari delle nazioni europee e di emanciparsi dalle giurisdizioni straniere, senza imitarle con volontario, gigantesco e vittorioso sforzo, rompendo tutte le proprie tradizioni. L'imitazione fu fatta con perfetta intelligenza; ma nella storia interna del Giappone tutta l'opera nuova legislativa (e non soltanto questa) apparisce come un atto di solenne arbitrio di fronte alle leggi normali della interna evoluzione. Di più, se consideriamo, per esempio, la legislazione civile, troviamo che nello scegliere il modello europeo intervenne di nuovo l'efficacia di cause, che appaiono arbitrarie e accidentali. Fu infatti da principio assunto a tipo il codice francese, di cui più alta risonava la fama, perchè era stato imitato dalla legislazione civile di parecchi Stati, e furono pubblicati nel 1890 parecchi libri del nuovo codice con tale carattere; col 1° gennaio 1893 avrebbe dovuto andare in vigore tutto il codice. Ma resistevano alla corrente coloro che si erano educati in Inghilterra o negli Stati Uniti americani e preferivano perciò il sistema inglese. Intervenne finalmente un altro elemento portato da coloro che si erano recati a studiare in Germania, dove appunto in quegli anni si veniva preparando il nuovo codice civile dell'impero. Così non fu più attuato il codice già pubblicato, ma se ne formò un altro, entrato veramente in vigore nel 1898, di tipo misto, in cui furono chiamate a contributo le principali legislazioni vigenti, ma soprattutto la germanica. Come si vede, tutto ciò poco si ricollega con le grandi correnti dei fattori interni della civiltà giapponese. Certamente in tale opera di recezione, per quanto intelligentemente condotta, insieme con istituti bene adatti se ne saranno importati altri meno convenienti. Resisteranno essi tutti? Finora pare di sì. Nessuno poi vorrà negare che in questo caso il diritto introdotto con illuminato arbitrio non sia stato e non sia causa importantissima della evoluzione sociale del Giappone; causa che, relativamente al Giappone stesso, non si può senz'altro considerare come effetto diretto degli altri normali fattori sociali.

Abbiamo così, con un rapido colpo d'occhio, veduto come l'arbitrio o violento o pacifico ed intellettuale possa anche profondamente alterare il corso ordinario dello svolgimento del diritto, agendo sulla società soggetta come causa perturbatrice del normale indirizzo delle altre forze sociali. In

questo esame più d'una volta abbiamo usati quasi promiscuamente gli epiteti di arbitrario e di accidentale, non senza una profonda ragione, che oramai possiamo dichiarare con la sicurezza di non correre il rischio di essere fraintesi.

Per arbitrio del legislatore noi dobbiamo intendere quella volontà, che costituisce una legge, non determinata dalle cause normali dello svolgimento della società, cui la legge stessa si applica, e perciò anche non prevedibile da chi fermi la sua attenzione soltanto sull'ordinaria e immediata azione di quelle cause. Ciò non significa che anche questo arbitrio non abbia le sue cause e non sia quindi soggetto a leggi superiori meno facili a conoscersi.

Tale volontà apparisce così staccata dalla serie delle cause ordinarie e si presenta alla nostra mente in figura simile a quella di ciò che noi chiamiamo « caso » nella serie dei fenomeni naturali. Come nel « caso » si ha l'imprevisto incontro di cause, che operano, senza che a noi apparisca uno stretto nesso tra loro, così lo stesso deve dirsi dell'arbitrio di cui ragioniamo. Il parlare di arbitrio non significa dunque negare ch'esso sia motivato, ma solo negare ch'esso sia l'effetto della azione di alcune date cause, la cui normale efficacia ci sia nota.

Fin qui abbiamo considerato alcuni gruppi di casi di grande ampiezza ed importanza, nei quali la formazione del diritto è soggetta a cause che agiscono dal di fuori sopra un determinato popolo, onde il diritto pare costituito dall'arbitrio.

Dobbiamo ora portare lo sguardo sopra altri casi, relativi alla formazione del diritto nell'interno stesso di uno Stato, anche astraendo da influenze esterne perturbatrici.

La costituzione del potere presso certe persone, alle quali spetterà di fare la legge, suol essere determinata da correnti di volontà comuni dirette a certi scopi generalissimi. La prevalenza di questi scopi fa sì che il legislatore, che trae da siffatte volontà il suo potere, può anche esplicitare la volontà propria in tutto ciò che non è sufficientemente determinato da quelle; anzi entro limiti, che talora possono essere abbastanza larghi, egli può anche opporre la volontà propria ad altre forze, che agiscono come cause sociali. Ciò si può riscontrare sempre; ma naturalmente in gradi molto diversi, secondo la diversa posizione costituzionale e politica, di chi è in possesso del potere legislativo. La sfera d'arbitrio può essere più ampia presso il tiranno, che desume la sua forza dalle necessità militari, e via via minore quando molti partecipino alla formazione della legge. Ma anche nei governi popolari di tipo odierno, in cui la legge è il prodotto di tante volontà concorrenti, non si può mai negare l'efficacia dell'arbitrio, sia delle molte volontà, che costituiscono un partito, sia di quelle che dominano i partiti e che più direttamente formano la legge.

Si hanno così numerosi casi di arbitrio legislativo, che spesso, quando la volontà del legislatore urta contro ciò che sarebbe il più naturale effetto delle altre forze sociali, colpisce manifestamente il sentimento popolare. Talora quelle forze reagiscono, e se l'arbitrio si oppone eccessivamente a forze molto efficaci, potrà prodursi anche la ribellione contro la norma o addirittura contro il legislatore. Ma questo è un ultimo limite; più spesso la pratica trova modo di sottrarsi più o meno indirettamente al diritto costituito; o gli uomini stessi chiamati ad applicare ed eseguire la legge non prestano la loro necessaria cooperazione; o l'arte dei giuristi e degli uomini di affari trova vie oblique per frustrare il precetto legislativo. Ma ciò non sempre

accade; e se il legislatore è abbastanza forte e abbastanza abile, può molte volte riuscire ad imporre la propria volontà. Quando questa sia diretta a fini lodevoli, egli può così agire molto favorevolmente sul progresso della società, alla quale egli detta i suoi comandi; laddove egli può riuscire di non lieve nocimento quando, o per dolo o per errore, rivolga a scopi riprovevoli il potente strumento di cui dispone.

Una forma oggi assai comune d'imposizione, nell'interno degli Stati, di diritti che non sono l'effetto della condizione della società in varie regioni del territorio, si ha nell'unificazione della legislazione, che si considera appunto come fattore della unificazione di molti altri rapporti sociali. È facile di rilevare qui l'importanza del diritto di fronte a tali rapporti, perchè può non di rado accadere che paesi di condizioni molto differenti siano soggetti alla medesima legge; mentre al contrario paesi di condizioni pari si trovino divisi tra diversi Stati e quindi soggetti a leggi diverse.

Di solito, quando si studiano questioni come questa di cui ragioniamo, la nostra attenzione è attratta soprattutto dal diritto privato, e anzi dal diritto patrimoniale; ma per valutar bene tutta l'importanza dell'azione del legislatore sulla società, conviene rivolgere la mente a tutto il complesso del diritto, al penale, al costituzionale, all'amministrativo, dove è vasto il campo aperto alla volontà del legislatore ed efficace l'azione sua sullo svolgimento della vita sociale. Ma nello stesso diritto privato patrimoniale, che pure è così strettamente legato ai rapporti economici, noi troviamo molti istituti, nei quali l'arbitrio del legislatore, nel senso oramai noto della parola, almeno in parte si manifesta. Il famoso principio del diritto francese del passaggio della proprietà pel solo consenso e soprattutto il vincolo di necessità con cui fu legato al nascere dell'obbligazione, non fu forse un frutto di teorie meramente giuridiche applicate più o meno felicemente ad alcuni risultati della pratica precedente? La prescrizione può veramente considerarsi come un prodotto di necessità sociali; ma la determinazione del tempo, in cui ciascuna prescrizione si compie, non è forse in gran parte arbitraria? e non possono tuttavia da tale determinazione nascere talora impreveduti, ma sensibili effetti economici? E nella tanto delicata e grave materia delle successioni per causa di morte, non ha forse avuto e non ha tuttavia larga parte l'arbitrio legislativo, sebbene essa abbia così grande influenza sulla costituzione economica della società? In molti casi, anche se il legislatore voglia soltanto adattare il suo comando alla presente condizione dei rapporti sociali, egli dovrà arbitrariamente valutarli e soprattutto arbitrariamente determinare la convenienza ad essi del proprio precetto legale, perchè spesso la coscienza di tutto ciò è oscura; e può accadere che l'intelletto cada in errore e produca effetti inaspettati.

Ho supposto in questi ultimi miei ragionamenti che il potere legislativo stia nelle mani di colui o di coloro ai quali spetta, secondo la vera generale volontà del popolo organizzato; ma bisogna pure ammettere che alcune volte (anche facendo astrazione da ogni estranea violenza o ingerenza) il potere si trova presso un legislatore, che tale non dovrebbe essere. Uno dei casi più frequenti è quello, in cui il potere rimane presso chi prima giustamente lo possedeva, in forza degli ordinamenti giuridici costituiti. Ho già fatto cenno di tale resistenza; essa non ha bisogno di essere dimostrata qui particolarmente, perchè è uno dei fatti più riconosciuti e si può dire che non sia che una particolare applicazione di una legge universale di resistenza di tutte le organizzazioni. Ma se il potere legislativo può essere perciò esercitato da chi

non dovrebbe secondo i più immediati effetti delle forze sociali, è chiaro che la legge da esso costituita può molte volte trovarsi in conflitto con queste forze medesime, ed apparire perciò ed essere, nel senso da noi ammesso, arbitraria.

È superfluo avvertire che questi diversi gruppi di casi, che si sono così passati rapidamente in rassegna, non sono in realtà distinti e separati l'uno dall'altro, ma anzi s'intrecciano e si combinano insieme, in tal modo che spesso sarebbe difficile classificare il caso nell'una o nell'altra categoria; e specialmente l'imitazione si può riscontrare in gran numero di fenomeni di arbitrio legislativo.

Questo vario e molteplice arbitrio, che pur noi dobbiamo riconoscere come fattore della formazione del diritto e che può agire anche con una certa efficacia sulle altre forze normali della vita sociale, non è però illimitato; anzi per la sua stessa natura esso può talora essere circoscritto in limiti ristrettissimi. Tutto dipende dalla forza, su cui si fonda il potere legislativo e dal complesso delle cause, che agiscono sulla sua volontà.

Anzitutto dovranno riconoscersi limiti psicologici. La mente umana non crea, ma raccoglie e combina; sicchè gli elementi intellettuali che muovono la volontà del legislatore sono sempre dati dalle cognizioni, che gli sono fornite dal suo tempo, e la preferenza per l'una o per l'altra deliberazione è determinata da correnti, alle quali partecipa lo spirito di lui; ciò si può verificare non soltanto nei più forti motivi, economici, religiosi, morali, militari, ecc., ma persino nelle più piccole e apparentemente capricciose determinazioni. Per esempio, fu già osservato, che la preferenza per certi numeri arbitrariamente stabiliti dal legislatore è cagionata da quella che, per tutt'altri motivi, il popolo ha per alcuni numeri fondamentali e per alcune combinazioni di essi.

Altri limiti sono imposti dalla necessità, in cui ogni legislatore si trova di disporre di mezzi di applicazione del suo comando: mezzi materiali e uomini, come già abbiamo dianzi di passaggio accennato.

Finalmente l'azione delle grandi forze sociali, se non ha determinato il precetto legislativo, può contrapporsi ad esso, o suscitando la ribellione, o affrettando l'abrogazione, o con più lenta e silenziosa resistenza lasciando cadere in desuetudine la legge. Così le forze che non furono causa, o almeno causa immediata, possono essere limiti dell'arbitrio. Ma la limitazione non è negazione di questo.

Si dice che per far prevalere un'idea conviene esagerarla alquanto; ma in uno studio scientifico deve rifuggirsi da ogni artificio di tal natura, ed io non voglio attribuire all'arbitrio, che pur mi sembra di dover porre in rilievo, un valore superiore al vero. Io ammetto che il diritto sia in gran parte il prodotto delle maggiori forze sociali; anzi quando dico che l'arbitrio del legislatore consiste nel complesso degli svariati casi, nei quali la volontà legislativa non è immediatamente determinata da quelle forze, con ciò stesso riconosco l'efficacia normale di queste. Ma noto soltanto che la combinazione dei motivi, onde nasce la volontà del legislatore, può essere indipendente e talora avversa alla direzione di quelle forze nel popolo, che deve ubbidire al comando. Questo fenomeno può turbare lo svolgimento ordinario di una data società; ma la constatazione di esso non deve spingerci a negare la efficacia delle forze normali; anzi essa, obbligandoci ad esaminare con maggior rigore e con più minuta analisi i fatti storici, può giovare a spiegare il fatto della non corrispondenza della storica realtà alla logica deduzione della teo-

ria. L'arbitrio del legislatore rappresenta la maggior complicazione dei motivi, che si combinano per determinare la volontà; e non bisogna dimenticare la forza delle combinazioni.

Coloro che ammettono che il legislatore possa affrettare o ritardare il naturale movimento della vita sociale, riconoscono che in un dato momento storico la volontà legislativa possa portare anche a molto più profonde perturbazioni; perchè il trovarsi una società ad un dato grado di sviluppo, in un dato momento storico, può essere, a causa delle combinazioni con le altre società, decisivo per l'esistenza sua stessa o per il modo di esistenza. Basti ricordare l'esempio del Giappone, sul quale ci siamo dianzi soffermati.

In ogni modo, sia grande o sia tenue l'efficacia dell'arbitrio del legislatore, sia duratura o sia transitoria, non deve trascurarsi dalla scienza nostra. Anche i fatti tenui, anche i transitori sono fatti, e la scienza che non li spiega è una scienza imperfetta. È necessario constatare le apparenti disarmonie per poterle risolvere in armonie superiori.

E poichè le scienze morali e politiche non possono rinunciare ad esercitare la loro influenza sull'umana attività, conviene anche riconoscere che è moralmente confortante il constatare che la vita del diritto non è meramente fatale, ma che la volontà vi esercita la propria efficacia; e in un popolo libero questa volontà appartiene a tutti. In essa si combinano le cause persistenti, ed ogni combinazione è materia e causa di altre nuove. Or come in natura certe combinazioni non avvengono se non a un dato grado di calore, così anche nello spirito nostro deve, per le più utili combinazioni delle forze sociali, continuamente alimentarsi la fiamma dell'intelletto e dell'amore.

SULLA TEORIA DELLA INTERPRETAZIONE DELLE LEGGI (*)

L'interpretazione delle leggi è la nostra quotidiana occupazione; ma non ostante ciò, o forse anche appunto per ciò, la teoria di essa non è ben chiara, nè sicura e certa. Dopo la classica trattazione del Savigny molte discussioni hanno avuto luogo, e talvolta sopra punti così importanti (1) che i fondamenti stessi della teoria ne sono rimasti scossi. Tuttavia è stato, a parer mio, troppo trascurato un punto essenzialissimo, sul quale io vorrei brevemente richiamare l'attenzione dei lettori. Mi riservo di svolgere altrove più a lungo il mio concetto, nel caso che non mi sia dimostrato erroneo.

Si è spesso ripetuto che la teoria delle fonti del diritto appartiene al diritto pubblico. Or della teoria delle fonti è parte importantissima quella della interpretazione, la quale spetta quindi anch'essa al diritto pubblico: basta per persuadersene ricordare che l'interpretazione non è che un elemento dell'applicazione delle leggi ed è parte del riconoscimento dell'esistenza del diritto, che si deve applicare. Ciò si è troppe volte dimenticato, facendo dell'ermeneutica quasi un capitolo di una invariabile logica generale.

Il pensiero, che si manifesta nella legge, è il contenuto di una volontà. Per determinare il valore della legge e per interpretarla convien dunque conoscere qual sia e di chi sia veramente la volontà legislativa, donde essa tragga la sua forza, per chi e in quale estensione abbia vigore, se e come debba essere manifestata. Tutte questioni, alle quali non può dare risposta che il diritto pubblico; e la risposta sarà necessariamente diversa secondo i tempi, i luoghi e la natura stessa delle varie leggi. Perciò può avvenire che disposizioni concepite con le identiche parole debbano ricevere differenti interpretazioni secondo le varie norme di diritto pubblico, che ne regolano l'applicazione. Ciò riesce evidente, ove si pensi, per esempio, al contrapposto di una legge emanata da un sovrano assoluto, la cui sola volontà individuale abbia forza obbligatoria, o di una legge pubblicata in uno stato libero, dove la funzione legislativa quasi sia contrattuale e dove valga il principio che la libertà dei cittadini non può limitarsi se non per espressa vo-

(*) Nota pubblicata nella parte III degli *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer nella ricorrenza del XXXV anno del suo insegnamento* (Bocca ed., Torino, 1898), pag. 305.

(1) Come p. es. se debba ricercarsi la volontà del legislatore o quella della legge considerata in se stessa, se debba attribuirsi valore ai lavori preparatorii, se l'interpretazione autentica sia vera interpretazione, qual sia la natura dell'analogia.

lontà della legge. E tra questi estremi quante gradazioni, quante varietà, quante sfumature!

Le norme dell'interpretazione sono dunque determinate dalla struttura del corpo politico, al quale la legge appartiene, e specialmente dai rapporti intercedenti tra i cittadini e l'autorità legislativa, tra questa e le autorità giudiziarie o amministrative. Tali rapporti in generale sono regolati solo parzialmente dal diritto scritto: essi sono determinati più direttamente da quella necessità degli uomini e delle cose, che è la fonte prima del diritto, appartengono a quel diritto tacito, fondamentale, immediata emanazione delle forze sociali ordinate, che con parola oramai tradizionale si può chiamare diritto consuetudinario, purchè a quest'espressione non si connetta la idea di una *lunga* consuetudine. Tutto il diritto scritto ha la sua base in tale diritto consuetudinario, perchè il diritto che governa le leggi non può essere che essenzialmente consuetudinario (1). Indi è che le regole dell'interpretazione sono il più delle volte incoscienti e appaiono quasi come il risultato di una generale logica necessità. Indi è pure che quelle regole mal si adattano ad esser formulate in articoli di legge, ed anche quando si vogliono rivestire della forma di precetti legali, questi praticamente non hanno, come legge, quasi alcun valore, perchè la consuetudine, secondo l'esperienza ci insegna, rivendica tacitamente il suo imperio su tutta questa parte del diritto fondamentale. E chi detterà infatti le regole per l'interpretazione e la applicazione delle leggi relative all'interpretazione?

La disposizione legale su tale materia potrà dunque qualche volta giovare come cosciente formulazione di principi, che possono rimanere oscuri alla individuale intelligenza di questo o quel magistrato; ma più spesso rimarrà non senza ragione trascurata, quale espressione imperfetta del diritto veramente vigente.

Nè si creda che le norme generali del diritto positivo siano uguali per tutte le leggi in un dato momento e paese, perchè anzi il diritto richiede che le leggi si interpretino diversamente secondo la varia loro natura. Così, per esempio, le leggi civili vanno interpretate oggi presso di noi diversamente dalle penali, perchè il principio della libertà individuale limita le leggi restrittive; le leggi amministrative s'interpretano diversamente dalle civili e dalle penali, soprattutto perchè, essendo destinate a governare la positiva azione dello Stato, vanno intese ed applicate tenendo specialmente conto dello scopo, al quale ciascuna legge è diretta e dal quale è dominata.

Come il diritto generale fondamentale imponga tale diversità di trattamento, risulterà chiaramente a chi osservi la differenza della ammissibilità e della estensione dell'analogia nei vari gruppi di leggi da me testè accennati. L'analogia infatti ci costringe a risalire ai supremi principi regolatori delle leggi, e secondo che questi principi le siano favorevoli o contrari essa si applica o si respinge: la qual cosa, si noti qui di passaggio, dimostra quanto poco corrisponda al vero la gradazione stabilita dall'art. 3 delle disposizioni preliminari al nostro codice civile tra la interpretazione letterale e logica, l'analogia e la ricerca dei principi generali, quantunque a prima vista sembri ragionevole. Similmente si debbono riconoscere alcuni principi speciali derivati da quelli più generali, scritti o non scritti, poco importa, che anch'essi governano in modo positivo l'interpretazione delle leggi, onde

(1) Tale diritto consuetudinario esercita sul diritto scritto un'efficacia tanto maggiore, quanto più vicine ad esso logicamente sono le norme contenute nelle leggi.

a ragione vanno distinte, per esempio, le disposizioni favorevoli e le odiose, il che oggi alcuni vorrebbero negare.

L'illusione di una unica e universale teoria dell'interpretazione delle leggi, sopra una base di mera logica astratta, non ha potuto generarsi se non per l'abitudine degli interpreti e di coloro, che più particolarmente della ermeneutica si sono occupati, di trattare leggi di diritto privato in legislazioni, le quali sotto il rispetto del diritto privato seguivano tutte i principi della libertà individuale, qualunque fosse d'altronde il carattere della costituzione politica. Onde veramente la generalità delle regole che si ponevano, non incontrava per questa parte difficoltà pratiche. Ma ciò non toglie che la teoria così costituita sia per se stessa imperfetta e sotto certi rispetti falsa, sicchè non è da meravigliare che non si possano con essa risolvere parecchi gravi problemi.

SUL DIRITTO AL NOME E ALLO STEMMA^(*)

I. Da secoli un ramo della famiglia Giustiniani di Genova si era trasferito in Roma. Il 21 novembre 1644 papa Innocenzo X creò principi di Bassano Andrea Giustiniani, appartenente alla famiglia romana, e Maria Pamphili moglie di lui e nipote del papa stesso, convertendo in principato il marchesato della terra di Bassano, che apparteneva ad Andrea Giustiniani come parte della primogenitura istituita da un Vincenzo Giustiniani. La famiglia Giustiniani di Roma si estinse con la morte di D. Cecilia Giustiniani maritata al marchese Carlo Bandini e madre di D. Sigismondo. Prima erano morti il cardinal Giacomo e il cavaliere Lorenzo ultimi maschi di questa linea, lasciando erede D. Sigismondo di tutti i loro beni. Il fedecommesso istituito da Vincenzo Giustiniani, dopo esser passato ad altra linea chiamata, pervenne al marchese Pantaleo e da questo al marchese Alessandro Giustiniani della casa genovese, sebbene la cognazione tra questo e l'ultimo titolare della famiglia romana fosse di più di venti gradi.

D. Sigismondo prese il cognome di Bandini Giustiniani, aggiungendo al proprio quello della estinta famiglia, di cui egli era per parte di madre un rampollo, ed i cui beni aveva ereditati. Di più inquartò nel proprio stemma quello dei Giustiniani.

Nel 27 gennaio 1853 papa Pio IX con un suo breve innalzò D. Sigismondo Bandini Giustiniani alla dignità principesca, e gli espresse quindi il desiderio, ch'egli mutando l'ordine dei casati assumesse il cognome di Giustiniani-Bandini, e gli attribuì il rango e gli onori spettanti prima ai principi Giustiniani.

Il marchese Alessandro, che per lungo tempo aveva taciuto e che nel trattare col principe Sigismondo per più anni gli aveva sempre attribuito il cognome di Bandini Giustiniani e Giustiniani Bandini, incominciò a dolersi di ciò; e finalmente nel 1880 citò il principe dinanzi al tribunale di Roma per costringerlo a smettere il cognome di Giustiniani e le insegne della casa Giustiniani.

(*) Parere per la verità nella causa tra il Principe Sigismondo Giustiniani-Bandini e il Marchese Alessandro Giustiniani (Tipografia Pallotta, Roma, 1889). — Le parti più importanti del parere, col titolo *Della facoltà di assumere il cognome portato da altri, secondo il diritto romano e il diritto comune, e della facoltà d'inquartare nel proprio lo stemma della famiglia materna*, vennero riprodotte in nota alla sentenza 14 agosto 1889 della corte d'appello di Ancona (presidente ed estensore RATTI), Giustiniani-Bandini (avvocati MATTEUCCI, BONACCI e FERRONI) contro Giustiniani (avvocati PARADISI, CENERI, PAPAIOZZI e ACRESTINI), pubbl. nel *Foro italiano*, 1889, I, col. 1101. — Al presente parere fa seguito la *Risposta ai professori Alibrandi e sen. Ceneri*; v. pag. 82. Si veda poi anche il parere a pag. 90.

Il tribunale con sentenza del 12-20 aprile 1881 respinse l'istanza del marchese; ma la corte d'appello di Roma con sentenza del 12 marzo 1886 non solo l'accollse, ordinando al principe di smettere le insegne Giustiniani e concedendogli solo di chiamarsi Bandini Giustiniani e non Giustiniani Bandini, ma, entrando in un campo, nel quale dalle parti stesse non era stata chiamata, decise pure, che il titolo di principe spettasse all'attore Alessandro Giustiniani.

La corte di cassazione di Roma, con decisione del 27 dicembre 1887, cassò la sentenza della corte d'appello per avere giudicato *ultra-petita*; e poichè i ragionamenti fatti sul titolo principesco avevano alterata tutta la motivazione della sentenza, rinviò le parti dinanzi alla corte di Ancona per rinnovare totalmente il giudizio di secondo grado.

Giunte le cose a questo punto, il principe Sigismondo Giustiniani-Bandini mi ha richiesto del mio parere per la verità sulle varie questioni agitate nella causa.

Presa cognizione degli atti della causa e delle sentenze fin qui emanate, ed inoltre di un parere redatto per la causa stessa dall'illustre prof. Alibrandi a richiesta del marchese Alessandro Giustiniani, ed esaminate attentamente le varie questioni giuridiche, rispondo alla domanda fattami.

I. — SULLA QUESTIONE DEL COGNOME.

II. Poichè il cognome Giustiniani Bandini fu dal principe Sigismondo assunto, mentre vigeva in Roma il diritto pontificio, non par dubbio, e fu ammesso da ambo le parti contendenti, che di tale assunzione si debba giudicare secondo le regole del diritto romano; e ciò del resto io proverò in ogni modo più oltre.

Il testo di legge fondamentale in questa materia è la l. un. Cod. *de mutatione nominis* 9,25.

« Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Juliano. *Sicut initio nominis praenominis recognoscendi singulos impositio privatim libera est, ita horum mutatio innocentibus periculosa non est. Mutare itaque nomen sive praenomen sine aliqua fraude licito iure, si liber es, secundum ea quae saepe statuta sunt minime prohiberis, nulli ex hoc praeiudicio futuro.* (S. XV K. Jan. AA. cons. [anno 293 d. Cr.]) ».

Il significato di questa legge è chiarissimo. Vi è stabilito il principio, che ad ogni uomo libero (1) è lecito di mutare a volontà il proprio prenome, o il nome gentilizio, o il cognome di famiglia.

Questo principio non è senza eccezione; ma ogni eccezione ad esso, secondo le regole dell'interpretazione, deve chiaramente risultare dalle disposizioni della legge.

L'eccezione, che risulta dal nostro testo, è che la mutazione del nome non è lecita, quando sia fatta per nuocere, quando sia un atto fraudolento.

Il chiarissimo prof. ALIBRANDI (*Parere*, n. 6, pag. 3) vorrebbe vedere due altre limitazioni alla facoltà di mutare il nome nelle parole *secundum ea quae saepe statuta sunt* e *nullo ex hoc praeiudicio futuro*, interpretando le prime come se dicessero: *purchè sia conforme a ciò che il giure romano ha*

(1) Gli schiavi erano eccettuati, perchè anche pel nome erano soggetti alla volontà del padrone.

già stabilito in proposito; le seconde come se significassero: *purchè con questo cangiamento al nome non venga pregiudicata alcuna questione.*

A me non pare che questo sia il vero senso di quelle frasi, e, qualunque l'interpretazione del chiarissimo Alibrandi non possa far mutare le conclusioni relative alla causa presente, credo utile insistere un poco anche su queste parti secondarie di una legge per noi fondamentale.

Le parole *secundum ea quae saepe statuta sunt* sono connesse grammaticalmente con le altre *minime prohiberis*; e perciò non contengono punto una limitazione al *mutare nomen*, ma significano soltanto « *come più volte fu già stabilito* ». Gli imperatori Diocleziano e Massimiano riconoscono così, che la libertà di mutare il nome era ammessa già da tempo nel diritto romano, ed essi con la loro costituzione altro non fanno che ripetere un principio del diritto comune anteriore (1). Lungi dunque dall'essere una limitazione, quelle parole sono valido argomento a favore di una interpretazione piena ed ampia della facoltà di mutare liberamente il nome.

L'ultima frase della legge non è così chiara come tutto il resto. Dubbia ne è anche la lettura, poichè mentre nelle edizioni più antiche si legge: *nullo ex hoc praeiudicio futuro*, nell'ultima del Krueger si trova: *nulli ex hoc praeiudicio futuro*. Tanto l'una, quanto l'altra lezione si presta a varie interpretazioni.

L'ablativo assoluto in fine del periodo è forma propria del latino decadente (2), e per lo più si trova in costituzioni dello stesso Giustiniano o in testi interpolati dai compilatori giustiniani; non è dunque impossibile, che l'intera frase *nulli ex hoc praeiudicio futuro* si debba a questi compilatori, e sia stata posta per generalizzare la regola, sicchè si debba tradurre: *niuno dovendo per ciò* (ossia pel mutamento del nome) *incorrere in alcun pregiudizio*; dove *praeiudicium*, come spesso nel codice (3), ha significato di danno, che per eventuali accuse potrebbe nascere dal fatto del mutamento del nome. Lo stesso significato del resto può avere la frase, anche se fu così veramente scritta dagli imperatori Diocleziano e Massimiano.

Un altro modo di spiegare quelle parole potrebbe essere: *nè ad alcuno da ciò proverrà pregiudizio* (pregiudizio in senso di danno ovvero anche in senso di questione pregiudiziale specialmente di stato).

Escluderei invece il significato: *purchè ad alcuno non ne provenga pregiudizio*, ovvero: *purchè non venga pregiudicata alcuna questione*. Dei molti esempi di ablativo assoluto con participio futuro in fine del periodo, che ho potuto riscontrare nel codice giustiniano (4), io non ne ho trovato alcuno in cui esso avesse il significato di *condizione* e dovesse tradursi con un *purchè*; tutti invece contengono in quella forma nuove disposizioni accessorie alle precedenti.

(1) Frasi simili si ritrovano con uguale significato in parecchi altri testi. Vedi p. es. l. 5 Cod. *de contr. et comm. stip.* 8,37 (38) (degli stessi imperatori Diocleziano e Massimiano, stesso anno 293) «... *secundum ea quae saepe constituta sunt*»; l. 12 Cod. *qui accus. non poss.* 9, 1 (degli stessi imperatori, stesso anno 293) «... *secundum antiquitas statuta...*»; l. 3 Cod. *de resc. vend.* 4,44 (medesimi imperatori, medesimo anno) « *saepe constitutum est* », e così moltissime altre volte: confr. BRISSONIUS, *De formulis*, lib. III, cap. 32, pag. 283 (Francof. et Lipsiae, 1754).

(2) Vedi EISELE nella *Rivista della fondazione Savigny per la storia del diritto*, VII, 1, pag. 23 sgg. — KALE, *Il latino dei giuriconsulti (das Iuristenlatein)*, 2ª ediz., pag. 71.

(3) Confr. BRISSONIUS, *de verb. sign. ad h.*; v. DIRKSEN, *Manuale latininitatis fontium iuris civilis romanorum ad h. v.*, § 3.

(4) Vedi un lungo elenco in EISELE, *loc. cit.*, p. 24 sgg.

Concludendo dunque la l. un. Cod. *de mutat. nominis* sancisce il principio della libertà di mutar nome, purchè ciò non si faccia fraudolentemente.

Ma che avverrà, se la mutazione è dolosa?

Il titolo *De mutatione nominis* è collocato nel codice nel libro nono, nella serie di quelli che trattano dei pubblici giudizi criminali, ed è, come i due titoli precedenti (*De his qui sibi adscribunt in testamento* e *De falsa moneta*), un'appendice del titolo *Ad legem Corneliam de falsis*. La mutazione del nome dolosa, di cui parla il nostro testo, è dunque colpita dalla pena del falso. Nulla ci si dice di azioni private, che possano competere eventualmente a chi si credesse leso dal nome mutato. Ciò vale a dimostrarci di qual dolo si tratti nella legge; il dolo deve costituire *falsità*, e perciò gli imperatori ai dolosi mutatori di nome oppongono gli *innocentes*.

Ci conferma nella persuasione, che questa nostra interpretazione sia giusta, il modo come il testo fu tradotto e riassunto dai bizantini nei Basilici (lib. LX tit. 60 c. 3):

Δύναται τις ἀνεύθυνος ὦν ἐναλλάξαι τὸ ἴδιον ὄνομα ».

così tradotto da Heimbach nella sua edizione:

« *Innocens nomen suum mutare potest* ».

Ed il greco commentatore dei Basilici bene intese in che consistesse il dolo preveduto dalla legge, quando scrisse:

Τυχόν τινες ἐγκλήμασιν ὑποκειμενοὶ χάριν τοῦ λαθεῖν ἀμείψουσι τὰ οἰκεῖα ὀνόματα, ἢ τοὺς χρηματισμούς, ἢ τὰς πατρωνυμίας. τοὺς δὲ ἀνευθύνους ἀνέγκλητόν ἐστι τὸ ἐναλλάττειν τὰ ὀνόματα. Τί γάρ, ὅτι Πέτρος φευδῶς ἑαυτὸν ὀνομάσας ἀπήτησεν ληγάτον ληγατευθέν τινι Πέτρῳ; Ζήτει βιβ. μβ' τιτ. δ'. κεφ. ιγ'. ἔξεστιν ἐκάστῳ ἐλευθέρῳ ἐναλλάττειν τὸ ἴδιον ὄνομα, οὐκ ἐπὶ βλάβῃ μέντοιγε, οὐδὲ κατὰ τινὰ κακουργίαν.

che si deve tradurre:

« *Quidam forte crimini obnoxii, dum latere student, mutant sua nomina, vel prænominina, vel cognomina..... Innocentibus igitur impune licet mutare nomen. Quid vero, si Petrus hoc nomine falso sibi imposito legatum Petro cuidam relicto petierit? Quaere lib. 42 tit. 4 cap. 13. Licet cuilibet libero homini mutare nomen suum, scilicet sine aliqua fraude, et sine maleficio* ».

III. Tale è il vero significato della l. un. Cod. *de mutat. nom.* Vedremo in seguito ch'esso fu giustamente riconosciuto dai più stimati interpreti; ma, prima di riferire le opinioni di costoro, è utile di esaminare gli altri testi, che possono illuminare la nostra questione.

Nella l. 13 D. *ad legem Corneliam de falsis* 48, 10, si legge:

« *Papinianus libro quinto responsorum. Falsi nominis vel cognominis adseveratio poena falsi coercetur* ».

Questo testo altro non fa che esprimere più brevemente ciò che già abbiamo trovato nella l. un. Cod. *de mutat. nom.* La falsità nel nome è punita con la pena del falso; ma per falsità evidentemente non si deve intendere qualunque mutazione di nome, ma bensì quella fraudolenta, per la quale alcuno coll'assumere un falso nome cerchi di occultare la propria identità o voglia commettere qualche inganno o malefizio.

Anche qui i testi greci dei Basilici e dell'antico scoliasta delle Pandette Doroteo (1) ci danno la retta interpretazione:

(1) HEIMBACH, vol. V, p. 782. Confr. vol. VI (*Manuale*), p. 332.

Καὶ ὁ πλαστόν ὄνομα ἢ ἐπώνυμον ἑαυτῷ περιτιθεὶς ὑπόκειται τῷ πλαστῷ.
« *Etiam qui falsum nomen vel cognomen sibi imponit tenetur falsi* ».

Ὁ ἀλλότριον ὄνομα ἢ ἐπώνυμον ἑαυτῷ περιτιθεὶς καὶ ἐντεῦθεν ἀπατῶν τινὰ, ἐνέχεται τῷ δὲ φάλσις.

« *Qui alienum nomen vel cognomen sibi imponit ATQUE ITA DECIPIT ALIQUEM tenetur lege de falsis* ».

Dove è detto chiaramente che la falsità punibile consiste nell'ingannare altri, mutando il proprio nome. E chi ciò dice è quel Doroteo, che fu uno dei principali collaboratori di Triboniano nella redazione delle Istituzioni, delle Pandette e del Codice!

IV. Quantunque non faccia parte della compilazione giustiniana e perciò non abbia forza di legge, deve anche considerarsi un passo delle Sentenze di Paolo, il quale per la somma autorità di questo giureconsulto giova ad intendere il vero spirito del diritto romano in questa materia.

« *PAULUS Sententiae, lib. V, 25, § 11: Qui sibi falsum nomen imposuerit, genus parentesve finxerit, QUO QUID ALIENUM INTERCIPERET CAPERET POSSIDERET, poena legis Corneliae de falsis coercetur* ».

Anche qui dunque, come nella l. un. Cod. *de mutat. nom.* e come nella spiegazione dataci da Doroteo della l. 13 pr. D. *ad l. Corn. de falsis*, si fa espressamente notare, che non la mutazione del nome di per sè, ma lo inganno, che per mezzo di questa si commette, è ciò che si punisce come reato di falso.

Io non saprei trovare autorità maggiori di Paolo e di Doroteo per la illustrazione di leggi romane; nè so intendere, per qual ragione anche nel dotto parere del prof. Alibrandi, questi passi furono trascurati, mentre nelle Sentenze di Paolo egli ha cercato in altri luoghi, assai più lontani dal caso nostro, indiretti argomenti ed ha riportato solo in parte il paragrafo citato, e mentre dei greci Scoliasi egli suole apprezzar molto il valore.

V. Trovasi talora ricordata da scrittori, che trattarono la materia dei nomi, anche la l. 1, § 2 in fin. Cod. *de privilegiis scholarum* 12, 29 (30):

« *Illud etiam observari non sine ratione conveniet, ne is, cui domestici officium per militiae gradum vel quinquennii tempus interdici censuimus, familiaritate comitis simulata rem prohibitam alio nomine valeat usurpare* » (1).

Ma il riferire questo testo al nostro soggetto è un manifesto errore, poichè le parole *alio nomine* significano, come fu già bene osservato (2), *alio titolo*. Gli imperatori Teodosio e Valentiniano, autori di questa costituzione, vollero, con la disposizione che abbiamo trascritta, impedire che coloro, ai quali erasi vietato l'onorevole ufficio di *Domesticus* del *Comes*, potessero in altra forma, sotto altro titolo usurpare i vantaggi di tal grado.

Del resto anche se, con una insostenibile interpretazione, questo testo si volesse applicare ai mutamenti di nome, noi non troveremmo in esso proibita l'assunzione di un altro nome, se non in quanto ciò fosse fatto in frode di uno speciale divieto, per usurpare una *res prohibita*.

(1) Vedi il testo anche tra le Novelle Teodosiane 21.

(2) Vedi HAENEL, *Novellae Constit. imp. Theodosii II, Valentiniani III, etc.*, col. 81, nota g.

VI. Per ben valutare le disposizioni del diritto romano circa la facoltà di mutare il nome, conviene tener presenti anche alcuni testi, dove si dichiara quali concetti i romani, e specialmente i giureconsulti e i legislatori, avessero dei nomi personali e della loro mutabilità.

Ulpiano nella l. 4 D. *de legatis* I (30) scrive che l'errore circa il nome personale non è causa di nullità dei legati, ma bensì l'errore circa il nome delle cose; e di tal differenza assegna la ragione:

« *Rerum enim vocabula immutabilia sunt; hominum mutabilia* ».

Di qui risulta, che la mutabilità dei nomi degli uomini era cosa tanto ammessa e ordinaria, che se ne traevano anche conseguenze in questioni giuridiche. E come si negherà allora che la libertà del cambiamento era regola generale, le cui eccezioni non possono presumersi, ma debbono provarsi?

La regola, che le disposizioni testamentarie ed anche i contratti sono validi nonostante l'errore nel nome personale, regola che si riconnette, come abbiamo veduto, alla mutazione del nome, è ripetuta in numerose leggi (l. 21 § 1 D. *qui test.* 28, 1; l. 8 § 2 D. *de bon. poss. sec. tab.* 37, 11; l. 54 pr. D. *de man. test.* 40, 4; l. 7 § 1 C. *de legat.* 6, 37; l. 4 C. *de testam.* 6, 23; l. 32, l. 65 § 1 D. *de verb. obl.* 45, 1); ma il modo come essa è enunciata in alcuni luoghi può avere ancora qualche interesse per la nostra questione.

Il § 29 Inst. *de legatis* 2, 20 è così concepito:

« *Si quid in nomine cognomine praenomine legatarii erraverit testator, si de persona constat, nihilo minus valet legatum: idem in heredibus servatur et recte: nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si quolibet alio modo intelligantur, nihil interest* ».

Nelle ultime frasi, che contengono la motivazione, si vede che al nome delle persone non si dava altra importanza che quella di un segno di riconoscimento.

Ugual modo di considerare il nome si ritrova nella l. 10 C. *de ingen. manum.* 7, 14:

« *Impm. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Athenodora. Ad recogno-scendos singulos nomina comparata publico consensu, ob celandos natalis ingenius si mutantur, minime nocet, natosque, licet in ministerio servitutis, liberae condicionis non servos possessio, sed status ingenuos edipercit* ».

Dove gli stessi imperatori autori della l. un. C. *de mut. nom.*, disponendo che la imposizione di un nome servile non può pregiudicare lo stato di ingenuità di chi sia nato da madre libera, sebbene ritenuta come schiava, dichiarano che il nome altro non è che un segno di riconoscimento delle persone.

VII. Una legge molto citata in questa materia, e che fu addotta anche nella causa Giustiniani, è la l. 65 (63) § 10 D. *ad S. C. Trebell.* 36, 1, nella quale Gaio scrive:

« *Si vero nominis ferendi condicio est, quam praetor exigit, recte quidem facturum videtur, si eam expleverit: NIHIL ENIM MALE EST HONESTI HOMINIS NOMEN ADSUMERE, nec enim in famosis et turpibus nominibus hanc condicionem exigit praetor. Sed tamen si recuset nomen ferre, remittenda est ei condicio, ut Julianus ait, et permittendae utiles actiones, aut bonorum possessio secundum tabulas danda est, uti nactus actiones transferat eas ex senatus consulto* ».

Come risulta chiaramente anche dai passi della stessa legge, che precedono questo § 10, in esso si tratta del caso che un testatore abbia istituito un

erede sotto condizione potestativa e gli abbia quindi ordinato di restituire l'eredità ad un fidecommissario. È noto che, nel caso che il fiduciario non voglia adire l'eredità, può esser dal pretore costretto ad adire e a restituirla al fidecommissario. Se l'istituzione dell'erede è condizionata *si neque difficultatem neque turpitudinem ullam habet condicio nec impendium aliquid, iubendus est parere condicione et adire et ita restituere*. Tale è la regola. Se dunque l'istituzione del fiduciario fu fatta sotto la condizione di assumere il nome del testatore, come si dovrà decidere? A ciò risponde il nostro § 10 che, se il nome non è turpe, l'erede farà bene ad assumerlo; ma, se tuttavia egli non lo vorrà, la condizione gli si dovrà rimettere, ma egli dovrà adire l'eredità e restituirla al fidecommissario.

Di qui si vede, che questo testo non riguarda direttamente il caso nostro, nè la frase *nihil enim male est honesti hominis nomen adsumere* si può invocare per provare che ognuno può prendere il nome di altri, poichè essa qui significa solamente che non è un male l'assumere un nome di uomo onorato e che perciò conviene ottemperare alla condizione imposta nel testamento.

Tuttavia, se per queste ragioni io non credo che la l. 65 (63) § 10 *ad S. C. Trebell.* possa portar molta luce sulla questione, che si dibatte tra il marchese Alessandro Giustiniani e il principe Sigismondo Giustiniani Bandini, non mi pare affatto inutile il tener presente anche questo testo, in quanto che esso ci dimostra come dovesse frequentemente nei testamenti romani imporsi all'erede l'obbligo di assumere il nome del testatore, e come tale assunzione fosse ritenuta dai romani cosa tanto regolare, che non solo non trovava alcun ostacolo nel diritto, ma era riguardata come doverosa per parte dell'erede.

Alle stesse conclusioni ci conduce per i negozi tra vivi la l. 19 § 6. D. *de donat.* 39, 5 di Ulpiano:

« *Denique Pegasus putabat, si tibi centum spondero hac condicione, si iurasses te nomen meum laturum, non esse donationem quia ob rem facta est, res secuta est* ».

Questi due ultimi testi ci dimostrano poi anche che ogni individuo aveva diritto di trasmettere ad altri il proprio nome e che ciò non poteva essergli impedito da altri, che tal nome portasse; infatti questa libera facoltà è nei due casi menzionati presupposta dai giureconsulti autori delle due leggi, nè vi sono altri luoghi, nei quali essa sia o negata o limitata.

VIII. Notevole per gl'indiretti argomenti, che se ne possono trarre, è la l. 76 § 5 D. *de legat.* II (31), che contiene il passo seguente del libro settimo dei Responsi di Papiniano:

« *Pater cum filia pro semisse herede instituta sic testamento locutus fuerat: cum morieris, licet alios quoque filios susceperis, Sempronio nepoti meo plus tribuas in honorem nominis mei*. *Necessitas quidem restituendi nepotibus viriles partes praecedere videbatur, sed moderandae portionis, quam maiorem in unius nepotis personam conferri voluit, arbitrium filiae datum* ».

Ciò che a noi importa è soprattutto il caso, del quale qui si discute. Uno dei figli della figlia del testatore porta il *nomen* (il che significa il nome gentilizio) non già del proprio padre, ma bensì dell'avo materno testatore, il quale di ciò si compiace e vuole che questo sia tra i suoi nipoti preferito nella ripartizione della eredità fidecommissaria.

Questa legge accolta nella compilazione giustiniana ci attesta dunque l'uso, che sotto l'impero ebbero i romani di portare nomi diversi da quelli della propria famiglia paterna, e specialmente il nome della famiglia ma-

terna, e nello stesso tempo ci dimostra, che tale uso era pienamente riconosciuto dal diritto.

IX. Esaurito in tal modo l'esame delle leggi, che più o meno direttamente si riferiscono all'assunzione di nomi diversi da quello originario paterno, noi dobbiamo rispondere alla domanda: Era secondo queste leggi lecito al marchese Bandini, figlio di D. Cecilia ultima rappresentante del ramo della casa Giustiniani di Roma ed erede anche degli ultimi due maschi di questa casa cav. Lorenzo e cardinal Giacomo, di assumere accanto al proprio cognome quello di Giustiniani, prima posponendolo e poi antepoendolo?

Abbiamo veduto che i testi romani, che trattano più direttamente del cambiamento del nome e lo ammettono, se non sia fatto fraudolentemente, parlano in generale di *mutatio nominis*, senza dire se questo mutamento debba consistere nell'assunzione di un nome, che ad alcun altro non appartenga, ovvero se possa anche farsi assumendo un nome altrui.

Già questo modo generale di esprimersi della legge deve persuaderci che entrambe le maniere di mutare il nome dovevano essere lecite, poichè in nessun luogo delle fonti romane si trova indicata l'eccezione, di una di esse. Naturalmente, se alcuno senza buona ragione assumeva il nome di un altro, più facilmente poteva nascere il sospetto del dolo; ma in tal caso ciò che si proibiva era sempre la dolosa mutazione non il semplice fatto dell'aver preso un nome altrui.

X. Non mancano però altri argomenti per dimostrar ciò. Le ll. 65 (63) § 10 D. *ad SC. Trebell.* 36, 1, e 19 § 6 D. *de donat.* 39, 5, provano che in certi casi non solo era lecito, ma doveroso assumere il nome di un altro, e dimostrano anche che ogni individuo, che portava un nome, aveva diritto di trasmetterlo ad un terzo, indipendentemente dalla volontà degli altri portatori del nome stesso.

Anche il numero non grande dei gentilizi e dei cognomi romani induce la presunzione, che assai facilmente una mutazione di nome dovesse consistere nell'assumerne uno già ad altri pertinente, e il non trovare alcuna proibizione o limitazione a tal riguardo porta alla conseguenza che proibizione e limitazione non v'era.

XI. Ma ogni dubbio, che potesse ancora rimanere, cade, appena si consideri qual era l'uso dei romani in questa materia al tempo dell'impero, quando fu emanata la l. C. *de mutat. nom.* 9, 25 da Diocleziano e Massimiano. È naturale infatti che questa legge si interpreti in relazione al costume di quei tempi (1); e poichè gl'imperatori dicono espressamente, che si può mutare nome liberamente, come liberamente si può prendere da principio, « *sicut initio nominis cognominis praenomnis recognoscendi singulos impositio privatim libera est* », è utile anche guardare, se era uso dei romani sotto l'impero di dare ai membri di una famiglia nomi spettanti ad altre famiglie.

XII. Anche il prof. Alibrandi nel suo *Parere* ha riconosciuta l'utilità di tali ricerche; egli ha però creduto di potere limitarsi a riferire due versi di

(1) Ciò vale anche per chi interpreti la frase « *secundum ea quae saepe statuta sunt* » come una limitazione.

Plauto e un passo di Valerio Massimo. Ma molti sono i fatti che si debbono ricordare, nè quei due possono aver valore.

In una scena del suo *Miles gloriosus* (atto 2°, scena 5ª) Plauto fa che il servo Sceledro scopra Filocomasia, concubina del padrone, mentre esce di casa del giovane suo amante. Il servo vuol fermare Filocomasia e ricondurla a casa, ma essa finge di essere un'altra, una Glicera, sua sorella somigliantissima. Tra gli altri versi del comico dialogo, si leggono questi (v. 434 segg. [v. 24 segg. della scena]):

SC. . . .

Tibi ego dico: heus, Philocomasium.

PH.

Quae te intemperiae tenent,

Qui me perperam perplexo nomine appelles?

SC.

Eho,

Quis igitur vocare?

PH.

Glycerae nomen est.

SC.

Iniuria

Falsum nomen possidere, Philocomasium, postulas.

Abi scelesti: nam insignite meo ero facis iniuriam.

Il volere dalle ultime parole dello schiavo Sceledro ricavare il principio di diritto, che non fosse lecito di mutare il proprio nome, mi sembra un modo di argomentare poco corretto. Sceledro dice soltanto che la concubina del padrone, che, fingendosi un falso nome, vuol negare la propria identità, fa ingiuria al padrone; ma ciò non significa punto che in ogni caso sia negato di mutare il proprio nome; nè d'altronde lo schiavo plautino fu mai, ch'io sappia, legislatore di Roma.

XIII. Non è più valido di questo l'argomento tratto da Valerio Massimo. Ecco per intero il passo, al quale allude il prof. Alibrandi:

VALERIUS MAXIMUS, *Factorum et dictorum memorabilium libri novem* (Lipsiae, Teubner, 1838) lib. IX, cap. XV, *De iis qui infimo loco nati mendacio se clarissimis familiis inserere conati sunt.*

« *...Quod sequitur impudentiae genus nec ferendum ullo modo periculique cum privatim tum etiam publice late patentis.*

« *Nam ut Equitium Firmo Piceno monstrum veniens, relatum iam in huiusce libri superiore parte, praeteream, cuius in amplectendo Ti. Graccho a patre evidens mendacium turbulento vulgi errore, amplissima tribunatus a potestate vallatum est, Herophilus oculus medicus C. Marium VII consulem avum sibi vindicando ita se extudit, ut et coloniae se veteranorum complures et municipia splendida collegiaeque fere omnia patronum adoptarent. Quin etiam cum C. Caesar Cn. Pompeio adulescente in Hispania oppresso populum in hortis suis admisisset, proximo intercolumnio paene pari studio frequentiae salutatus est. Quod nisi divinae Caesaris vires huic erubescendae procellae obstitissent, simile vulnus res publica excepisset atque in Equitio acceperat. Ceterum decreto eius extra Italiam relegatus, postquam ille caelo receptus est, in urbem rediit et consilium interficiendi a senatus capere sustinuit. Quo nomine iussu patrum necatus in carcere seras a prompti animi ad omne molendum scelus poenas pependit ».*

Il prof. Alibrandi ritiene che Erofilo fosse condannato da Giulio Cesare alla relegazione per avere assunto il nome di Mario. Ma ciò non dice il testo di Valerio Massimo, il quale nota non tanto la falsità del nome, quanto la falsa pretesa di essere nipote di Mario, e la pubblica perturbazione, che ne

derivava; e, quando parla di Cesare, dice che egli relegò con un decreto il bugiardo pretendente. Siamo dunque ben lontani da una pena per il semplice fatto della assunzione di un nuovo nome! D'altronde tutti gli altri casi da Valerio Massimo riuniti nel capo citato si riferiscono sempre a persone, che hanno non già assunto un altro nome, ma falsificata la propria identità, il che è ben diverso.

Nulla pertanto da tali esempi si può dedurre, che valga ad illustrare la questione, che ci siamo proposti. Nè in ogni modo potrebbero mai aver valore esempi tratti dai tempi della repubblica o dai primi anni dell'impero romano.

XIV. E cosa da tutti risaputa, che il sistema dei nomi romani subì nei primi due secoli dell'impero una profonda mutazione, sicchè dalla più antica rigida regolarità si giunge ad una libertà così grande, da poter parere talvolta soverchia (1).

Uno dei migliori scrittori di questa materia, H. Cannegieter, intitolò addirittura il suo libro pubblicato a Leida (*Lugduni Batavorum*) nel 1774: *De mutata Romanorum nominum sub principibus ratione*; e nel cap. I, pagina 4, scrisse: « *Forma autem et ratio nominum quae Caesarum aetate fuit longe diversa est illi, quae sub consulibus et republica salva erat* ».

Convien dunque per intendere i testi di legge, che tutti appartengono al tempo dell'impero (la l. un. C. *de mutat. nom.* è, come più volte s'è detto, dell'anno 293 di Cristo) tener conto di questi nuovi usi dell'impero.

XV. Or chi prenda a studiare anche per poco le consuetudini dei primi secoli dell'era volgare in materia di nomi, ben presto troverà molto comuni e diffuse le seguenti usanze:

1. Una stessa persona porta molti nomi e il più delle volte uno di questi nomi è quello della famiglia materna.
2. Spesso non si porta altro nome che quello della famiglia materna.
3. Frequente è il caso della mutazione del nome e dell'assunzione del nome materno o di quello del defunto, del quale si è raccolta l'eredità.
4. Non vi è regola fissa sulla precedenza dei diversi nomi, quando se ne portino parecchi, p. es. il paterno e il materno.

Or se tale era veramente la condizione di fatto, quando Diocleziano e Massimiano emanarono la costituzione un. C. *de mutatione nominis*, risulta certo, che la libertà da essi proclamata tanto più doveva concedersi, quanto più era conforme agli usi esistenti.

XVI. Nulla mi sembra più adatto per dare un'idea sicura ed esatta della libertà che vi era nell'epoca imperiale di mutar nome e specialmente di assumere il gentilizio o il cognome materno collocandolo prima o dopo il proprio, che il riferire qui alcuni passi delle opere di Bartolomeo Borghesi, il principe degli archeologi del suo tempo, dinanzi all'autorità del quale tutti debbono inchinarsi.

BORGHESI, *Dichiarazione di una lapide Gruteriana (Memorie dell'Accademia di Torino, XXXVIII, anno 1835, p. 1-57), Oeuvres, vol. III, pagine 488 segg.*

(1) Confr. MARQUARDT, *Vita privata dei romani (Privatleben der Römer)*, 2^a ediz., Lipsia, 1886, pag. 23.

« ...restringendomi a parlare del doppio cognome, dirò bene che fu molto più frequente dopo sotto l'impero, specialmente fra i nobili... Per autenticare il mio detto e per dare un saggio della nomenclatura romana nei tempi imperiali sottoporro una lista delle denominazioni di molti principi, siccome di quelli di cui si hanno maggiori notizie, e non la incomincerò se non dopo la metà del secondo secolo cristiano, per avvicinarmi di più agli anni de' quali mi occorre di ragionare... »

« DIDIO GIULIANO — *M. Didius Severus Julianus*. Severo fu il cognome del padre, Giuliano quello dello zio materno Salvio Giuliano.

« »
« SEVERO — *L. Septimius Severus Pertinax*. Desunse il primo dallo zio, e s'impose il secondo in memoria del predecessore Pertinace.

« »
« DIADUMENIANO — *M. Opellius Diadumenianus Antoninus*. Ricevette quello dall'avo materno, gli fu dato questo allorchè fu dichiarato Cesare.

« ELACABALO — *M. Aurelius Bassianus Antoninus*. Portò il primo da privato desumendolo dalla madre Giulia Soemiade Bassiana, e trasse il secondo dal preteso padre Caracalla.

« »
« GORDIANO AFRICANO — *M. Antonius Gordianus Africanus*. Trasse il primo dalla madre Ulpia Gordiana, ma non si è d'accordo sulla origine del secondo.

« PUPIENO — *M. Clodius Pupienus Maximus*. Pupienus fu il nome suo proprio forse tolto dalla madre, *Maximus* quello del padre.

« FILIPPO GIUNIORE — *M. Julius Severus Philippus*. Nascono dalla madre Otacilia Severa, e dal padre M. Giulio Filippo.

« ETRUSCO — *Q. Herennius Etruscus Messius Decius*. L'*Etruscus* gli fu comunicato dalla madre *Herennia Etruscilla*, il *Decius* dal padre.

« »
« SALONINO — *P. Licinius Cornelius Saloninus Valerianus*. Derivarono dalla madre Cornelia Salonina e dall'avo paterno Licinio Valeriano.

« Questa serie basterebbe da sè sola a dimostrare quanto sia fallace la legge che il nome diacritico si mettesse sempre da ultimo; conciossiachè s'ella si trova osservata in molti di questi principi, si vede poi smentita in parecchi altri... E così dev'essere, perchè consultando le loro medaglie si conosce che non avevano alcuna regola fissa per la collocazione del cognome particolare. Imperocchè se il figlio di Macrino, per esempio, chiamossi più comunemente M. Opellio Antonino Diadumeniano, non manca però il caso di trovarlo appellato al rovescio M. Opellio Diadumeniano Antonino. E così Trajano Decio tanto fu detto *C. Messius Quintus Traianus Decius* quanto *C. Messius Quintus Decius Traianus*. Ma vi è di più chè non si fu nè meno costanti nel mantenere sempre questo istesso cognome. Di fatti il citato Diadumeniano ora si chiamò semplicemente *M. Opellius Diadumenianus* ora *M. Opellius Antoninus* e del pari Trajano Decio fu domandato talvolta *C. Messius Traianus* talvolta *Decius Aug.* Anzi nelle stesse medaglie romane Treboniano Gallo prende indifferentemente la denominazione d'*Imp. Caes. Trebonianus Aug.* e d'*Imp. C. Gallus Aug.* Questa incostanza apparisce pure nei nomi dei figli di Decio, il primo dei quali usò a vicenda i cognomi di Decio e di Etrusco, come risulta dalle leggende *Q. Herennius Messius Etruscus* e *Q. Herennius Traianus Decius*, in ciò imitato dal fratello per riguardo ai suoi cognomi di Ostiliano e di Quinto, del quale pure abbiamo la doppia

« epigrafe *C. Valens Hostilianus* e *C. Valens Messius Quintus*, e anche *C. Valens Quintus*. La qual varietà è poi chiarissima ove si paragonino le due medaglie, in cui sono congiunte le teste d'ambidue; imperocchè in quella dello Spanemio sono indicati con la leggenda *Q. Her. Etr. Decius. C. Val. Hostilianus*, mentre nell'altra di Bandurio si designano coi nomi *Aetruscus et Quintus Caes.* Questi nummi provano dunque ad evidenza la libertà che si ebbe sotto gli Augusti di chiamare gli uomini di più cognomi con quello che meglio talentava a ciascuno...

« Ma perchè queste eccezioni alla norma del Sirmondo non si credano ristrette ai soli principi della casa Augusta, io proseguirò ad esaminare quanto ella si avveri anche per riguardo ai privati. Una delle precipue fonti della polionimia provenne dall'uso generalmente invalso presso i nobili di accusare l'origine materna, attaccando un qualche nome da lei procedente agli altri ereditati dal padre; uso ch'è rimasto tuttora presso la nazione spagnuola. In più modi ciò si fece, ora assumendo tutti i nomi della madre, o dell'avolo materno, che talvolta si anteposero, talvolta si posposero, talvolta si mischiarono coi propri; ora prendendone il solo gentilizio, che anch'esso talora si fa precedere, talora succedere all'ereditario; il che essendosi fatto ad arbitrio, ne viene quindi la frequente difficoltà, quando non concorrano altri aiuti, di statuire la vera casa a cui appartiene il polionimo, e l'impossibilità di ordinare la genealogia delle famiglie in questi secoli. A me, cui non occorre ora di favellare se non che della pluralità dei cognomi uniti ad un solo gentilizio, basterà di osservare che uno dei modi più consueti fu quello di prendere il cognome della madre, del che parecchi esempi sono stati addotti dal mio egregio amico il ch. Labus (*antichi monumenti scoperti in Brescia*, p. 26), ovvero di allungare il nome o il cognome materno in una terminazione derivativa, come al tempo della repubblica si fece per le adozioni, e come nel caso nostro potrebbe essere *Paulinus* dedotto da *Paula*. L'ordinaria, ma non però invariabile collocazione del derivativo materno fu alla coda degli altri nomi, e molto spesso servi di agnome, il che spiega l'abbondanza di queste terminazioni sotto il governo degli Augusti... ».

Il caso dell'assunzione del nome e del cognome materno fu poi dallo stesso Borghesi ritenuto così normale nelle più elevate classi della società romana, ch'egli lo considerò come un sicuro indizio di nobiltà. Veggasi per esempio, ciò ch'egli scrisse a proposito di *M. Valerius Antonius Antico* (*Oeuvres*, IV, pag. 298):

« Egli chiamavasi Marco Valerio Antonio Anticone e il doppio gentilizio, di cui è provveduto, uno dei quali secondo il solito dovrebbe essere il paterno, l'altro il materno, persuade che non fosse persona del volgo ».

XVII. Dopo così autorevole testimonianza può sembrare superfluo portare altre prove; tuttavia citeremo qui solo alcuni altri passi di scrittori che si sono specialmente occupati della materia.

CANNEGIETERUS, *De mutata romanorum nominum sub principibus ratione*, Lugduni Batavorum, 1774, c. II, pag. 8:

« *Duarum pluriumque gentium nomina commista videas Gruter. MCXXI, 8. T. Cocceius Salvius, id quod in memoriam redigit Didium Salvium Julianum imperatorem. . . Πολυώνυμος ille fuit, dictus namque Marcus Didius Salvius Julianus Severus, natus patre Petronio Didio, teste Spartiano. Cognoscis etiam hunc nomine retulisse duas gentes, retulit etiam duas Avidius Cas-*

« *sus imperator. Retulerunt et alii imperatores quos mitto. Aetate iis omnibus priores fuerunt Roscius Caelius et Fulvius Aurelius. De illo Tacitus historiar. lib. 1, cap. 60. De hoc Idem cap. 79. . . . C. Caecilius Claudius Isidorus fuit Asinio Gallo et C. Marcio Censorino Cos. memoratus Plinio nat. histor. lib. 33, cap. 5 ».*

Lo STESSO, cap. VII, pag. 30 segg.:

« *Romae..... consuetudine inductum ut quisque sibi nomina quae vellet adscisceret. Uno homini haud raro multa, imo plurima nomina tributa aut sumta videas. Quae nominum accumulatio coepit sub primis principibus cum duarum gentium nomina in unum hominem collata. Gliscente paullatim hac luxuria undecim unius hominis nomina reperies. Muratorius Inscr. CCCXX, 1, ubi M. Cutius M. filius Gal. Priscus Messius Rusticus Aemilius Papius, Arius Proculus Julius Celsus Cos. Sodalis Augustalis, Legatus pro praetore Imp. Caesaris Aelii Adriani. CCLIX, 1 est M. Rubrenus Verius Priscus Pomponianus, Magdanus Proculus Cos. pro praetore Africae, et DCLXXXII, 7. C. Batius C. F. Trocilo Minucianus Valens Antonius Celer Publius Sigonius Rufinus Liguvianus, qui lapis est etiam apud Gruter. CCCXXV, 4. Lapis Muratorii DCLXXXIX, 4 scriptus est Cestio L. F. Po. Amp. Gallo Vareniano Lutatio, Natali Aemiliano. Sic enim sculptum fuisse puto. DCLXXXI, 3 Urbinius Quintilianus Curiatius Maternus. Dius Nummus Acilius Strabo. Ex quibus nominibus unum hoc Nummi paternum habuit, patri namque positus est cippus his nominibus: C. Clodio, C. F. Maec. Nummo Trib. Leg. XIII. Gem. X Vir. Stil. Jud. Provinciae Asiae. Non cito plura ex monumentorum titulis..... Et haec nominum constipatio a consuetudine corradendi undique nomina est orta.*

« *Rapiebant ea a matre, ab avo utroque, aliis, ut ante probatis exemplis demonstravimus, neque veris tantum, sed et adoptivis. Frequentior autem adoptio fuit per haec tempora, quam sub libera republica, frequentior etiam jussus testatorum in testamentis, ut heres nomen suum ferat.....*

« *Usu invaluit mutandi nominis consuetudo, quae et tandem lege lata permissa est a Diocletiano et Maximiano, imo et ante eos imperatores ab aliis vid. l. un. C. de mutatione nominis..... Verba, secundum ea, quae saepe statuta sunt, arguunt, diu ante legis auctores Diocletianum et Maximianum, ius illud obtinuisse, et nomina mutare licuisse. Id quod et ex Ulpiano discas, qui Antoninorum saeculo floruit, et non rerum, sed hominum vocabula mutabilia esse scripsit, l. 4 pr. ff. de leg. et fideicomm. I.».*

XVIII. L'uso di aggiungere al paterno anche il nome materno era tra gli altri abbastanza antico, e se ne hanno esempi anche del tempo della repubblica. Due erano i modi tenuti in ciò: o si assumeva il nome materno con forma derivativa: o si assumeva tal quale. Così, mentre i discendenti di *M. Porcius Cato Censorius* e della prima moglie *Licinia* si chiamavano *Liciniani*, quelli della seconda moglie figlia di Salone erano denominati *Saloniani* (PLINIUS, *nat. hist.*, VII. 14, 61, 62; GELLIUS, *N. Att.* XIII, 20 (19), 8; PLUTARCHUS, *Cato maior*, 24). Così pure *C. Salvius Vitellianus* era figlio di *Salvius Liberalis* e di *Vitellia Rufilia* (ORELLI 1171); *A. Curtius Auspicatus Titinnianus* era figlio di *A. Curtius Crispinus* (CORP. INSCR. LAT. III. 231). Ma d'altra parte il figlio di *T. Carinius Felix* e di *Tussidia Fortunata* fu chiamato *Sex. Tussidius Felix* (CORP. INSCR. LAT. IX, 678); la figlia di *Aemilius Hermes* e di *Plotia* si appellò *Plotia Aemilia* (CORP. INSCR. LAT. III, 1228); il figlio di *Tib. Claudius Constantinus* e di *Cassia Vera* ebbe nome

Tib. Cassius Constantinus (CORP. INSCR. LAT. III, 5890); il figlio di *Claudius Nicephorus* e di *Statilia Homoea* fu detto *M. Statilius Felix* (CORP. INSCR. LAT. VI, 5073); quello di *P. Attius Successus* e di *Annia Pithane* fu denominato *P. Annius Successus* (CORP. INSCR. LAT. VI, 5080); quello di *L. Apusius Euhemerus* e di *Julia Rhodope* si chiamò *Sex. Julius Atimetus* (CORP. INSCR. LAT. X, 1307). Ma non vogliamo oramai moltiplicare prove di ciò, che nessuna persona competente vorrà negare (1).

XIX. Questi numerosi esempî e gli altri addotti dagli scrittori, che abbiamo riferiti, ci dimostrano pure, che non vi era regola alcuna circa la precedenza dei nomi, quando parecchi se ne portavano. Spesso anche la stessa persona metteva innanzi ora l'uno, ora l'altro nome. Meglio di tutti il BORGESI, *loc. cit.*, ha ciò luminosamente dimostrato. Aggiungeremo solo che tale variazione era ammessa anche in tempi antichi, quando assai più rigoroso era il sistema dei nomi. Nei Fasti Capitolini all'anno 365 a. u. c. si ha *L. Lucretius Tricipitinus Flavius*, laddove all'anno 370 e 373 si trova *L. Lucretius Flavius Tricipitinus*. Similmente più tardi *M. Pedo Virgilianus* (CORP. INSCR. LAT. VI, 1894) si chiama anche *M. Virgilianus Pedo* (CORP. INSCR. LAT. VI, 44); e la cosa da straordinaria, che era, diventa addirittura ordinaria, come risulta dai nomi stessi degli imperatori.

XX. In quanto poi all'assunzione del nome di colui che aveva fatta l'istituzione di erede, noteremo ancora che essa era assai conforme al carattere della istituzione stessa. Il testatore nominando l'erede lo chiamava a capo della sua *familia*, lo poneva nella stessa posizione, che naturalmente avevano i figli, e non solo le sostanze, ma rapporti moralmente assai più cari e congiunti alla posizione personale nella famiglia erano oggetto nella successione ereditaria (2). L'erede avea parte ai sepolcri ereditarii (l. 5. 6 D. *de relig.* 17, 1), egli doveva aver cura dei *sacra* del defunto (CICERO, *de leg.* II, 19; GAIUS, II, 55); egli doveva farne i funerali (l. 12 § 4 D. *de relig.* 17, 1); egli doveva difenderne il cadavere, egli doveva tutelarne l'onorata memoria (l. 1. § 4, 6 D. *de iniuriis* 47, 10); egli doveva ottener vendetta della violenta uccisione di lui (l. 5, § 2; l. 15 D. *ad SC. Silan.* 29, 29, 5; l. 21 D. *de his quae ut indignis* 34, 9; l. 1, 7, 9; C. *de his quae ut indignis* 6, 35). Perciò era uso presso i romani che il testatore consegnasse all'erede il proprio anello (VAL. MAX., VII c. 8 n. 5, 8, 9) (3), così come allora si soleva e ora si suole consegnare l'anello alla sposa; perciò la istituzione d'erede era un vero onore (l. 5 § 6 D. *de leg praest.* 37, 5); perciò Cicerone poteva scrivere (*de leg.* II, 19, 48): « *heredum causa iustissima est; nulla est enim persona, quae ad vicem eius, qui e vita emigravit, propius accedat* ».

Nulla dunque di più naturale, che l'uso non infrequente dei testatori di imporre il proprio nome all'erede, che diventava pari alla persona di famiglia *nominis sacrorum familiaeque heres* (4); e per conseguenza anche doveva

(1) Veggasi in generale: MARQUARDT, *Vita privata dei romani* (Römisches Privatleben) 2ª ediz., parte I, cap. I, nomi, pag. 7-27, e si riscontrino gl'indici del *Corpus inscriptionum latinarum*.

(2) Vedi su questo punto NEUNER, *Heredis institutio ex re certa*, pag. 28 sgg.

(3) Confr. FORNERIUS, *Select.* I, c. 3, in *Otonis Thesaur.* II, col. 8 s.; BRISSONIUS, *de form.*, VIII, 59, p. 592; KIRCHMANN, *de annulis*, c. 22, e gli altri autori citati in OTTO, *Jurispr. symbol.*, pag. 203.

(4) Confr. LIVIUS, XLV, c. 41, § 7; CICERO, *de domo*, XIII, 35.

parere non solo naturale, ma pia l'assunzione volontaria del nome del testatore.

XXI. Io credo di aver così provate le proposizioni più sopra enunciate (vedi n. XIV). Taluno anzi potrà dire anche che le prove furono troppe per fatti abbastanza noti; ma ho ritenuto mio dovere il dare una piena dimostrazione di questi fatti di fronte alle contrarie asserzioni di sì autorevoli giuriconsulti, quali sono gli avvocati del marchese Giustiniani e il professore Alibrandi nel suo parere.

Mi sembra pertanto che si possa concludere con sicurezza, che per diritto romano in generale la mutazione del nome era liberamente ammessa, e che in particolare l'assunzione del cognome materno e di quello di colui, del quale si è raccolta l'eredità, era molto usitata, sia che il nuovo nome si sostituisse all'antico, sia che a questo si aggiungesse posponendolo o antepoendolo.

Poichè dunque il principe Sigismondo Giustiniani Bandini prese il nome Giustiniani, che apparteneva alla madre sua, ultimo rampollo della casa Giustiniani di Roma, e che era anche quello dei due ultimi Giustiniani maschi di questa casa, dei quali egli era stato erede, nulla in ciò si può trovare di contrario alle leggi romane.

XXII. Abbiamo fin qui veduto quali furono i limiti, che il diritto romano poneva alla libertà di mutar nome da esso riconosciuta.

Nei testi non trovasi alcun accenno ad azioni, che dai privati si potessero intentare per impedire ad altri di assumere e portare il proprio nome; da ciò si può desumere che tali azioni non esistevano, e che i limiti imposti alla libertà in materia di nomi erano tutti di diritto pubblico, rimanendo ai privati solo le azioni dirette al risarcimento del danno patrimoniale derivante dai reati in tale materia.

Tale è infatti l'opinione dei più autorevoli romanisti, come p. es. del Jhering nel suo *Spirito del diritto romano* (1).

Solo apparente è l'eccezione, che ci si presenta nel caso, che il mutamento del nome dia luogo all'esercizio di azioni private penali; solo apparente dico, perchè anzitutto le azioni penali private, in quanto vanno al dilà del risarcimento del danno, appartengono solo storicamente, non già essenzialmente, al diritto privato; in secondo luogo poi perchè con queste azioni non si perseguiva già l'assunzione del nome per sè stessa, ma bensì il delitto, che mediante tale assunzione era commesso. Si produce insomma per queste azioni, ciò che già abbiamo più sopra osservato relativamente al crimine di falso commesso mediante mutazione di nome.

Così per esempio nelle leggi 67 (66) § 4 e l. 81 (80) § 6 D. *de furtis* 47, si trova data l'azione di furto contro colui, che sotto finto nome, facendosi credere un altro, si presentò ad esigere il danaro.

Similmente, quantunque non se ne trovi parola nei testi, potrebbe ammettersi l'*actio iniuriarum* contro chi, assumendo l'altrui nome, ledesse l'altrui reputazione e recasse ad altri tale offesa da rientrare nel concetto della *iniuria*,

(1) *Esprit du droit romain*, trad. franc. di MEULENAERE, tom. IV (Paris, 1878), lib. 2, part. 2ª, tit. I, § 71, pag. 338: « *Là où il n'y a plus de place pour l'action, le droit civil cesse de protéger les intérêts et l'administration prend sa place...* » e quindi, nota 520, soggiunge: « *Un exemple est fourni par la question du droit au nom, le cas échéant, du droit de défendre à un autre de porter ce nom. De tels intérêts sont l'affaire de l'administration* ».

p. es. si volesse far passare per figlio, per coniuge altrui senza esserlo veramente etc. Con questo mezzo anche sotto l'impero del diritto comune poteva tutelarsi il così detto diritto al nome, ma nei limiti che all'azione stessa erano tracciati. Anche qui ciò che si colpisce non è il nome di per sè, nè l'assunzione di esso, ma l'ingiuria che per mezzo di tale assunzione si commette.

Questa tesi, che già si trova accennata in più antichi autori (1), fu recentemente svolta assai bene dallo Jhering in una sua monografia sulla *Difesa giuridica contro le ingiuriose lesioni del diritto* (2). Questo illustre autore trattando la questione appunto in riguardo al diritto comune vigente in Germania, il quale, come tutti sanno, è per questa parte il diritto comune romano che vigeva prima nella massima parte d'Europa ed era legge nello Stato pontificio, sostiene, come già aveva sostenuto nel suo *Spirito del diritto romano*, che non può punto riconoscersi un diritto al nome di per sè stesso; ma ammette l'azione d'ingiuria, quando l'assunzione del nome abbia carattere ingiurioso, dimostrando che in tal modo non è veramente il nome, che si difende, ma la persona, sicchè l'azione si concede anche per proibire l'uso ingiurioso di uno pseudonimo.

Lo stesso dice il Salveton in un suo nuovissimo libro *Le nom en droit romain et en droit français* (Lyon 1887), pag. 195, il quale alla domanda, se alcuno possa in diritto romano assumere il nome altrui risponde:

« *Avant de répondre il faut s'entendre sur ce que peut bien vouloir dire « notre expression prendre le nom d'un autre. Il faut l'entendre dans le sens « de prendre un nom pouvant amener à confondre celui qui le prend avec « celui qui a véritablement le droit de le porter.*

« *Pour cela il ne suffit pas de prendre ou le praenomen ou le nomen gentilium ou le cognomen d'un autre. Aucun de ces éléments du nom n'est le « monopole d'un seul individu. Le caractère des noms multiples en général « et du nom romain en particulier, est qu'ils ne sont véritablement propres « que par la juxtaposition de tous leurs éléments. Pour qu'un citoyen romain « prenne le nom d'un autre citoyen romain, dans toute la force du terme, il « faut donc qu' il prenne tous les éléments de ce nom, sans y apporter la plus « légère modification. Alors, et seulement si les circonstances s'y prêtent, celui « dont le nom est usurpé pourra s'y opposer par l'action iniuriarum. L'iniuria, en effet, est assez mal définie pour qu'à la rigueur on puisse comprendre sous ce terme notre délit. Pour qu'il y ait iniuria, en effet, il faut un « fait de l'homme, accompli sans droit de la part de son auteur, portant un « préjudice moral à celui qui en est victime, et accompagné, chez son auteur, « de l'animus iniuriandi. Lors donc que le fait par un homme de porter le « nom d'un autre homme sans avoir le droit de le faire est accompagné de « toutes les autres conditions constitutives de l'iniuria, celui dont le nom est « ainsi usurpé pourra le faire condamner par l'action iniuriarum. Cette action « lui fera défaut si l'usurpateur peut établir qu'il n'avait nullement l'animus « iniuriandi, ou que le plaignant n'a éprouvé aucun préjudice à ce que son*

(1) Vedi EINERT, *Dichiarazione di alcune materie del diritto civile* (Erörterungen einzelner Materien des Civilrechts), Dresden und Leipzig, 1840, pag. 101.

(2) *Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen*, inserita negli *Annali dello JHERING* (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts) vol. XXIII, anno 1885, n. VI. Vedi specialmente pag. 320-326. — Questa monografia fu tradotta in francese da O. DE MEULENAERE col titolo: *Actio iniuriarum Des lésions injurieuses en droit romain par Rud. von Jhering*, Paris, 1888. Vedi in questa traduzione le pp. 161-170.

« *nom fût porté par un autre. Or, à défaut de l'action iniuriarum, celui dont « le nom est usurpé n'a aucun moyen de droit à sa disposition pour obtenir « satisfaction: il suffit pour s'en convaincre de jeter un regard sur la liste des « actions du droit romain. Donc, ce n'est pas l'usurpation de nom qui est ici « réprimée, mais l'iniuria qui peut en résulter. Là encore point de sanction ».*

E questo passo è tanto più notevole, in quanto che l'autore mostra una forte tendenza a considerare il nome come oggetto di un diritto esclusivo, e nello stesso diritto romano in generale non distingue abbastanza il più antico e rigoroso periodo repubblicano dal periodo imperiale del secondo e terzo secolo.

XXIII. Ammettendo questa teoria, che a me sembra giusta, e che in ogni modo è quella, con la quale, vigente il diritto romano, si può più ampiamente difendere il nome, si può guardare se nel caso del principe Giustiniani-Bandini l'assunzione del casato Giustiniani potesse contenere ingiuria verso la famiglia Giustiniani dell'altro ramo. Ma basta considerare le circostanze, che precedettero, che accompagnarono e che seguirono l'atto del marchese Bandini, per escludere assolutamente ogni applicazione dell'*actio iniuriarum*.

Infatti la causa, che mosse il marchese Bandini a chiamarsi Bandini-Giustiniani, fu l'esser figlio dell'ultima Giustiniani ed erede degli ultimi due maschi della casa di Roma e il desiderio di perpetuare il nome di questa casa che si era estinta. Niuna intenzione in lui di recare offesa ai Giustiniani della casa genovese. Niuna intenzione di affermare coi Giustiniani un vincolo di parentela più stretto di quello realmente esistente. Il cognome Giustiniani fu assunto accanto a quello di Bandini, non in luogo di questo; non vi era dunque possibilità di confusioni pericolose. Ad escludere poi fino l'ombra della ammissibilità di un'azione d'ingiuria basta il notare come lo stesso marchese Giustiniani trattando col Bandini lo chiamò Bandini-Giustiniani e Giustiniani-Bandini; egli stesso dunque non vide alcuna offesa nell'atto del Bandini. Le circostanze per le quali il Bandini aveva aggiunto al proprio il nome Giustiniani erano note a tutti, nè egli le nascondeva. Il sovrano pontefice Pio IX nel suo atto di concessione del titolo principesco del 27 gennaio 1863 dimostrò di conoscere bene i fatti: « *cujus proinde cognomen tuo cognomini adieceris* », e non trovò in ciò nulla da riprovare, anzi ne fece al Bandini titolo di lode.

Niuna offesa dunque; niun dolo; niun danno.

Nè offesa vi fu nell'anteposizione del nome Giustiniani a quello di Bandini. Abbiamo già veduto come la collocazione dei vari nomi non avesse sotto l'impero del diritto romano alcuna importanza. Nel caso presente poi l'anteposizione fu fatta per ottemperare al desiderio del pontefice espresso nel dispaccio 25 febbraio 1863 della segreteria dei brevi. Lo aver poi sempre conservato il cognome Bandini continuava a togliere ogni pericolo di pregiudizio pel marchese Giustiniani.

Un pregiudizio, è vero, il prof. Alibrandi volle vedere nella controversia per il priorato di S. Maria del Sole sorta tra il marchese Giustiniani e il principe Giustiniani Bandini; ma quella questione dipendeva dalla qualità, che il principe aveva, di essere erede della casa Giustiniani di Roma, mentre il fedecommesso istituito da Vincenzo Giustiniani apparteneva al marchese Giustiniani; ora la qualità di erede spettava al Bandini indipendentemente da ogni mutazione di nome.

XXIV. La sentenza della corte d'appello di Roma, che bene a ragione fu annullata dalla corte di cassazione, mischiando ai suoi ragionamenti una

questione che neppure il marchese Giustiniani aveva mai sollevata, cioè quella della pertinenza all'attore o al convenuto degli onori principeschi, sembra ritenere che il principe Giustiniani-Bandini avesse col nome assunto anche il titolo di principe spettante al Giustiniani. Ma ciò non era soltanto un giudicare *ultra-petita*, ma anche un giudicare male assolutamente.

È utile fermarsi un poco su questo punto, perchè, quando si sia bene inteso, ne risulterà sempre più chiara la mancanza di ogni dolo e di ogni danno nella assunzione del nome.

Il papa Innocenzo X con breve del 1644 concesse il titolo di principi ad Andrea Giustiniani e a Maria Pamphili moglie di lui. Maria Pamphili era nipote del papa, e questi ciò nota espressamente nel breve: « *...dilectus filius « Nobilis vir Andreas Justinianus, eiusdem Vincentii heres et Terrae praedictae « Marchio, dilectae in Christo filiae Nobilis mulieris Mariae Pamphiliae no- « strae secundum carnem ex fratre germano neptis, vir existit... »*. Il pontefice per elevare a maggior dignità la nipote e i suoi discendenti, diede il titolo al marito di lei, com'era necessario; ma la sua intenzione si rileva manifestamente nel congiungere costantemente il nome della donna a quello del marito, pel parlare dei loro figli e discendenti, nel ricordare la famiglia Pamphili anche prima di quella Giustiniani: « *...ac familiae nostrae de Pamphiliis nec non illius de Justinianis huiusmodi gradus, titulos et merita praesentibus haberi volumus pro expressis... »*. Perciò il titolo principesco deve ritenersi concesso ai discendenti dei due coniugi, e non trasmissibile ad altri della casa Giustiniani, nei quali non si trovasse il sangue della casa Pamphili.

Inoltre il titolo di principe è dal papa annesso al dominio sulla terra di Bassano, della quale Andrea Giustiniani era signore e marchese; il marchesato fu convertito in principato. Ciò è molte volte ripetuto nel breve, e non può essere posto in dubbio.

Siccome poi la terra di Bassano faceva parte della primogenitura Giustiniani, il pontefice si richiama anche a questa primogenitura, disponendo che il titolo di principe dovesse spettare a quelli tra i discendenti di Andrea e Maria, che ottenendo la primogenitura diventassero signori di Bassano.

Da tutto ciò deriva che tre erano le condizioni assegnate dal papa al conseguimento del titolo principesco: 1) essere del sangue di Andrea Giustiniani e di Maria Pamphili; 2) avere la primogenitura Giustiniani; 3) essere per mezzo di tale primogenitura signore di Bassano.

Quando la famiglia Giustiniani di Roma si estinse, il titolo di principe anch'esso fu estinto.

Il fedecommesso istituito da Vincenzo Giustiniani passò bensì al marchese Giustiniani, ma questi non potè assumere il titolo principesco, perchè gli mancavano gli altri due requisiti. Egli non era del sangue di Andrea Giustiniani e Maria Pamphili, condizione principalissima, come abbiamo veduto. Egli non diventò signore di Bassano, perchè questa terra fu alienata e non fece più parte del fedecommesso.

Ben fece dunque il marchese Giustiniani a non affacciare pretese al principato nella causa, e assai male invece la corte d'appello di Roma allargò di proprio arbitrio la controversia anche su questo punto.

Allorchè il pontefice Pio IX col breve del 27 gennaio 1863 concesse il titolo di principe al marchese Sigismondo Bandini Giustiniani, motivò tale concessione tanto sulla nobiltà e i meriti della famiglia Bandini, quanto su quelli della casa Giustiniani, notando essere il marchese Sigismondo figlio dell'ultima Giustiniani di Roma « *postrema foemina nobilissimae eius stirpis, quae ab Innocentio X Praedecessor nostro Principis titulum promeruit* », ed

erede del cardinal Giacomo, il cui cognome aveva aggiunto al proprio « *Huc porro accedit, quod tu heres extiteris, dilecte fili, bo: me: Jacobi ex principibus Justiniani Cardinalis, cuius proinde cognomen tuo cognomini adieceris* ». Dolente il papa che alla nobiltà romana fosse mancata una famiglia illustre e cara al pontificato volle far risorgere nel figlio di Donna Cecilia ed erede dei beni della casa, il titolo e il nome di essa « *Quapropter tum ad augendam honore Bandinorium stirpem tot laudibus illustrem, TUM VERO UT JUSTINIANAE GENTIS UNA CUM COGNOMINE REFERRE ETIAM, DILECTE FILI, POSSIS DIGNITATEM ATQUE AMPLITUDINEM, imperit tibi constituimus Principis titulum tuae etiam posteritati trasmittendum* ». Vedremo più oltre, come questi motivi del breve, e lo scopo che il pontefice dichiarò essersi proposto nell'innalzare il marchese Sigismondo alla dignità principesca, non sieno di lieve importanza per la risoluzione della controversia presente. Per ora basti il notare, che evidentemente il titolo di principe spetta al Giustiniani-Bandini per propria concessione a lui fattane dal sovrano, e non appartiene minimamente al marchese Giustiniani; sicchè a questo riguardo non si può parlare di danno, che il Giustiniani abbia patito, o di offesa, che abbia sofferta; come pure non v'è traccia di dolo da parte del principe Sigismondo Giustiniani-Bandini.

XXV. Del resto, riguardo all'azione promossa dal marchese Giustiniani, conviene tener conto anche di un'altra considerazione.

Ciò, di che egli si querela, non può certamente essere il fatto, che il Bandini abbia assunto accanto al proprio il cognome di Giustiniani in astratto, ma bensì che il cognome si sia assunto precisamente in relazione a quello da esso marchese Giustiniani portato. Molti sono infatti i Giustiniani in Italia, e molti pure ed appartenenti ad ogni classe sociale sono in Roma. I difensori del principe Sigismondo Giustiniani-Bandini hanno nella loro conclusione di primo grado riferita una lunga enumerazione dei vari Giustiniani viventi in Roma; ed è chiaro che il marchese Giustiniani non ha mai potuto avere il pensiero di andare ad esaminare con qual diritto tutti costoro portino un cognome simile al suo.

Per potere ammettere un'azione come quella esercitata dal marchese Giustiniani è dunque da premettere anzitutto l'esame della relazione che intercede tra il nome assunto dal convenuto e quello dell'attore. Quando la relazione esista e sia tale da ritenere possibile l'ingiuria, si deve esaminare se veramente l'ingiuria abbia luogo nel caso concreto.

Tutti i ragionamenti fin qui fatti sono basati sul presupposto, che al Giustiniani non osti quella questione pregiudiziale; ma bisogna pure aggiungere adesso che si può molto ragionevolmente dubitare di ciò.

Il principe Giustiniani Bandini ha preso il nome Giustiniani senza riguardo alcuno alla stirpe genovese, alla quale appartiene il marchese Giustiniani; ma bensì in riguardo alla casa romana dei Giustiniani. Tra questa casa e quella del marchese esisteva bensì una lontana comunione d'origine, ma per risalire allo stipite comune occorrevano molte e molte generazioni, sicchè dallo stesso albero genealogico prodotto in causa dal marchese Giustiniani non si intende bene qual grado di agnazione corresse tra lui e gli ultimi Giustiniani di Roma. Ciò posto è difficile ammettere che l'assunzione del cognome dei Giustiniani di Roma possa in alcun modo considerarsi come una offensiva usurpazione del cognome del marchese, poichè le due famiglie erano da lunghissimo tempo distinte l'una dall'altra.

XXVI. La corte d'appello di Firenze con sentenza del 28 luglio 1884, Strozzi contro Del Turco (*Annali*, 1885, 252; *Monitore dei tribunali*, 1886, 121), in una causa dove si trattava dell'uso del casato Strozzi a scopi commerciali, vigente il codice italiano — tutte circostanze assai più sfavorevoli al convenuto, che non siano quelle della causa Giustiniani — ben riconobbe tali principii ritenendo: « che gli attori manchino d'azione a proporre la domanda « da loro avanzata si dimostra facilmente, quando si consideri che fra la « famiglia dei principi Strozzi e quella di Alessandro Strozzi da cui la con- « venuta sostiene aver causa, nessun rapporto familiare esiste più, come so- « pra si disse, nessun vincolo d'agnazione civile, e questa era la base della « azione intentata dagli attori. Infatti questi alla eccezione loro opposta dalla « convenuta della mancanza d'azione, rispondevano che Alessandro Strozzi « apparteneva alla medesima famiglia ed agnazione loro, che non si trattava « di beni od azioni ereditarie, ma di cognome e di prerogative agnatizie. Ora « ciò è inesatto. È bensì vero che le due famiglie discendono da uno stipite « comune e ciò può costituire un'agnazione semplicemente naturale; ma non « basta per poter vantare dei diritti e prerogative da servire di fondamento « ad un'azione; occorre per ciò una agnazione civile, tale che possa essere ri- « conosciuta dalla legge, e questa per ammissione degli stessi attori non esiste « punto tra le due famiglie, essendo cessata da più secoli, perchè la discen- « denza Strozzi, divisa in due colonnelli, riconosce oltre allo stipite comune « ciascuno uno stipite speciale; cosicchè fra Alessandro Strozzi e gli attori « intercedendo oltre i trenta gradi, non rimane di comune che un omo- « nimo (1).

« Se fosse lecito il procedere nel modo che fecero gli attori, si aprirebbe « troppo facilmente l'adito a delle azioni vessatorie, non essendo difficile di « stabilire, che risalendo venti o trenta gradi più innanzi nella parentela, si « trovi sempre qualche coincidenza di nomi, che offra pretesto ad esercitare « delle molestie e vantare dei diritti immaginari.

« La circostanza di portar noi un cognome, che suoni identico ad un al- « tro, di cui pure per ipotesi si abusi, non può dare diritto alcuno neppure « per quanto ha riguardo al cognome stesso, se non si provi, che è del nostro « che si abusa, e non già dell'altro. Ora l'azione dei principi Strozzi è fon- « data appunto sopra questo equivoco, di supporre, cioè, che siasi usato od « abusato del cognome loro, mentre la convenuta non fece e non fa uso che « di un altro cognome, il quale suona bensì identico a quello degli attori, ma « che in realtà è diverso, perchè è quello di Alessandro Strozzi appartenente « ad altra linea, discendente da altro stipite, che non sia quello dei principi « Strozzi, quantunque in origine provenienti da uno stipite comune. La qua- « lifica stessa di principi, che accompagna il cognome degli attori, addimo- « stra per sè stessa la diversità, che esiste fra il loro casato e l'omonimo cor- « rispondente adoperato dalla signora Uguccioni per la cereria.

« Se abuso adunque vi fosse od usurpazione di nome, come gli attori pre- « tendono, l'azione a far cessare questo abuso spetterebbe a coloro che potes- « sero vantarsi della linea e dell'agnazione di Geri, da cui Alessandro Strozzi « discende. Nè giova agli attori sostenere, come oggi fanno, massime dopo la

(1) Dagli alberi genealogici prodotti dal marchese Giustiniani risulterebbe che tra gli ultimi Giustiniani di Roma, dei quali il Bandini prese il nome, e il marchese Alessandro vi erano ventidue o ventitré gradi. Anzi il marchese Giustiniani si ricollega ai Giustiniani della casa di Roma, e al Vincenzo istitutore della primogenitura, per parte di donne. Il vincolo per parte di maschi non si può neppure rilevare dagli alberi genealogici.

« sentenza da cui si è appellato, la quale in questa parte favorì il loro assunto, « che l'agnazione o parentela non era di nessun fondamento e motivo alla « azione da loro spiegata; perchè questa agnazione o parentela realmente fu in « principio la base dell'azione da loro proposta, come si espose in narrativa.

« Del resto, il dire oggi che il nome patronomico è una proprietà, che « per conservarla o rivendicarla da chi l'avesse *usurpata* non è necessaria la « parentela civile; che basta giustificare che altri si è appropriato *quello che* « *appartiene esclusivamente a noi*, e che questo è un diritto che spetta a chiun- « que, non cambia i termini della questione; perchè, per le cose già dette, nel « caso concreto manca appunto la prova, che la convenuta siasi appropriata « il cognome degli attori, e che questo cognome appartenga esclusivamente « ai medesimi, mentre anzi si ha la prova contraria che, in ogni caso, la si- « gnora Uguccioni avrebbe fatto uso del cognome di Alessandro Strozzi, e « che questo cognome non appartiene esclusivamente agli attori, i quali, con « questa deduzione, ricadono nell'equivoco già sopra accennato ».

Lo stesso ripeterebbe certamente la corte di Firenze, se il marchese Giustiniani si presentasse innanzi ad essa a pretendere che il Bandini figlio dell'ultima Giustiniani di Roma, colla quale il Giustiniani non era quasi più in relazione agnatizia, non dovesse unire al proprio casato quello di Giustiniani di Roma, che era della madre non solo, ma anche di coloro di cui il Bandini fu l'erede.

È tutto ciò mentre gli ultimi Giustiniani di Roma mostrarono col loro testamento di ritenere assai più vicino a sè il Bandini che il Giustiniani attore, e mentre il diritto romano vigente al momento dell'assunzione del cognome era in questa materia così largo, come abbiamo più sopra dimostrato.

XXVII. Avrei posto qui termine assai volentieri a questo lungo discorso, per quanto riguarda il cognome Giustiniani posto dal Bandini accanto al proprio. Ma per togliere di mezzo ogni possibile dubbio su tutto quanto ho scritto fin qui, conviene anche dimostrare che il diritto giustiniano rimase veramente in Roma la base legale delle regole relative alla mutazione dei nomi e all'assunzione dei nomi altrui.

Non vi fu certamente alcuna nuova legge in proposito. Ma si originò forse un diritto consuetudinario diverso?

Gli autori del diritto comune ci dimostrano di no.

Il glossatore Azone nella sua *Lectura* sul Codice di Giustiniano (*Lutetiae Parisiorum*, 1611) fa questa nota alla parola *innocentibus* della l. un. *de mutatione nominis* (pag. 703):

« *Si autem fraudulenter mutavit, ut scilicet creditores sui non possint eum convenire, vel simili de causa, punitur tamquam falsarius, si sit liber; ut. ff. ad l. Corn. de fals. l. falsi nominis. In servo autem semper praesumitur fraus: inde nullo modo licet ei nomen mutare.* ».

Nella *Glossa ordinaria Accursiana* si formula così il caso alla l. un. *de mut. nom.:*

« *Aliquis nomen impositum ei, an mutare possit quaeritur. Et dicitur quod sic, si liber fuerit, si in alterius fraudem non fecerit.* ».

E questa frode è così spiegata alla parola *innocentibus* e all'altra *fraude: Innocentibus*) *id est non fraudulenter facientibus.*

« *Fraude) secus si fraus feret, ut alius deciperetur, puta libertus, ut in genuis crederetur et patronum fraudaret: poena enim falsi tenetur.* ».

La scuola bolognese formulava dunque la regola giustamente così, come

già più sopra abbiamo veduto averla formulata il giureconsulto Paolo e il greco Doroteo. E tale fu il fondamento del diritto susseguente.

Cino da Pistoia nei suoi *Commentaria in Codicem* al titolo *de mutat. nom.* 9, 25, dopo aver posto la regola che colui, che cambia nome, lo può fare impunemente, prosegue (Francof. ad Moenum 1578, fol. 557 b):

«...aut cum alterius laesione facit, ut quia sub alterius nomine vult ali-
« quid usurpare vel evitare, et tunc falsum committit, ut hic in fine a con-
« trario sensu, et ita intelligitur lex contraria ».

Nè altrimenti insegnano i due grandi dottori, fonti precipue del diritto comune medioevale, Bartolo da Sassoferrato e Baldo degli Ubaldi.

BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In secundam ff. novi Partem*, Venetiis 1580 (fol. 168°) tit. *ad legem Cornel. de falsis*. I. XIII pr.:

« *Falsi nominis*) Op. C. *de mutat. nom. l. j. Respondeo debetis scire*
« *quod nomina imponuntur ad homines recognoscendos C. de inge. man. l.*
« *ad recognoscendos. Aut ergo ista mutatio nominis fit fraudolose et ad alium*
« *decipendum, et tunc mutans nomen punitur lege Cornelia de falsis. Aut*
« *fit ob aliam causam, non fraudolose, et tunc fieri potest, ut ibi. Nam quando*
« *quis mutat statum, semper mutatio nominis fit, puta quando efficitur miles*
« *vel Doctor ».*

Di Baldo nelle edizioni glossate del *Corpus iuris civilis* si legge in testa alla l. un. C. *de mutat. nom.* questo sommario:

« *Mutatio nominis non fraudolosa, libero homini est permessa ».*

Nè certo altrimenti da come l'intese Bartolo, Baldo concepì il danno là dove scrisse:

BALDUS UBALDUS PERUSINUS, *In VII, VIII, IX, X et XI Codicis libros Commentaria*, Venetiis 1586 (fol. 223 a) *ad tit. de mut. nominis*:

« *Sicut*) *Ab initio potest cuilibet imponi nomen ad beneplacitum, ex post*
« *facto vero bona fide, et sine alterius damno potest nomen mutari, aliter*
« *non. h. d. In tex. ibi, recognoscendi, nota quod quis cognoscitur non so-*
« *lum per nomen sed etiam per cognomen. dic de ista materia ut plene dicit*
« *Jac. in prooe. Digest. et nota bene ».*

La scuola dei commentatori e pratici italiani non deviò dunque dalla tradizione romana; e ben chiara risulta l'intenzione costante di applicare il diritto giustiniano e non altro ai rapporti giuridici, dei quali qui si discute. Perciò, se anche qualche autore avesse dato di quel diritto una falsa interpretazione, questa non avrebbe costituito mai un diritto consuetudinario contrario al romano, e noi dovremmo sempre ricercare il vero spirito della legislazione giustiniana.

Ma non sembra neppure che divergenza notevole di parere vi sia stata tra gli interpreti, per verità non molto numerosi, che si sono occupati di questa materia.

In Francia Giovanni Barbier, dopo aver dimostrato che il nome può liberamente mutarsi *sine fraude*, così definisce la mutazione fraudolenta proibita:

JO. BERBERIUS, *Viatorium seu directorium iuris ex visceribus et medullis iuris utriusque excerptum*, Lugduni 1536, pars I, rubr. 11 *de falsa nominis mutatione*, fol. 14.

« *Alia est mutatio dolosa, ut pluries vidi contingere de tempore meo.*
« *Nam sunt qui colludunt cum debitoribus aliquorum creditorum volentium*
« *liberare a creditoribus qui coram aliquo notario fungunt talem esse credi-*
« *torem quem nominant nomine creditoris et ille fictus creditor sub nomine*

« *veri creditoris quittat debitorem: vel exemplificari posset de illo qui colluso*
« *cum quodam qui alicuius heres effici optabat falsum supposuit testatorem*
« *in aliqua camera opaca per quem testari et se heredem institui ac si esset*
« *verus testator fecit. Item et illo qui optans unum bonum et pingue benefi-*
« *cium alicuius antiqui prioris supposito in lecto et loco obscuro aliqui scienter*
« *fingere verba dicti prioris sibi beneficium resignari et procuratores ad re-*
« *signandum constitui fecit ».*

Pietro Gregorio Tolosano, al quale spesso fanno rinvio gli scrittori successivi, scrisse:

PETRUS GREGORIUS THOLOSANUS, *Syntagma iuris Universi*, vol. 2.° (Venetiis 1593), pars III, lib. 36, cap. 4, pag. 375 seq.:

« *Falsi nominis vel cognominis asseveratio, ut scribit Papinianus, poena*
« *falsi coeretur (Papin. l. falsi nominis, l. 13 ad leg. Corn. de falsis), scilicet*
« *si cum fraude mutatio fiat: alioquin vero sine fraude, impunita (l. 1 de*
« *muta. nomi. li. 9 C. t. 25). Nomina quippe ad recognoscendos singulos tan-*
« *tum imposita sunt ex arbitrio (d. l. 1 et § si quis in nomine. de lega. apud*
« *Justin.), ut parum de nomine, si de corpore constet curemus (l. si nomine*
« *C. de testa l. si Fortidianum C. de lega. l. 4 de leg. 1) potissimum cum ho-*
« *minum nomina Ulpianus dixerit mutabilia (l. 4 eo) ».*

Così i pratici francesi. Non diversamente i teorici, tra i quali basterà ricordare il sommo Cuiacio, che ripetutamente trattò questa materia.

CUIACIUS, *in lib. XV, Respons. Papiniani ad l. 13 pr. Ad l. Corn. de fals.* (Opp., Prati 1838, vol. 4.° col. 2632 seq.):

« *Initio huius l. 13 ostenditur falsi nominis vel cognominis adseveratio-*
« *nem lege Cornelia quasi falsum coerceri, puta si quis falsum sibi nomen*
« *vel cognomen imposuerit in fraudem alterius et Graeci interpretes suppleant*
« *rectissime ἐπι βλάβην τινός ἢ ἀπάτην et Paulus 5 Sent. eod. tit.: quo quid*
« *alienum interciperet vel possideret: nam sine fraude et captione alterius*
« *liber homo non prohibetur sibi mutare nomen, l. 1 C. de mut. nom. ».*

CUIACIUS, *Paratitla in Cod. IX, 25* (Opp., vol. 8°, col. 1342):

« *Ad legis Corneliae de falsis poenam redigitur etiam is, qui dolo malo*
« *seipsum adoptat, et novum sibi nomen imponit, quo quid alienum interci-*
« *piat, ut Paulus ait in Sent. tit. ad leg. Corn. et l. falsi ff. cod. Si dolus*
« *malus absit, unicuique libero homini liberum est quodcumque volet sibi*
« *nomen adsumere, nec ex eo solo, quod novum sibi nomen adsumperit, ulla*
« *actione tenetur; sed ita demum si alium ea re in fraudem induxerit, arg.*
« *l. ult. ff. quod fal. tut. auc. ».*

Lo stesso ripete più diffusamente il grande interprete nelle *Recitationes solemnes* in Cod. lib. IX tit. 25 (Opp., vol. 9, col. 2209).

Così pure il Fournier: RAD. FORNERIUS, *Rerum quotidianarum*, lib. V, cap. XVII (Ottonis Thesaur., II, col. 269):

« *Qui in fraudem alterius novum sibi nomen aut cognomen assumunt le-*
« *gis Corneliae poena coercentur, l. falsi 13 D. ad l. Corn. de fals. Paulus*
« *lib. 5 Sent. tit. 25.... Certe ubi fraus et malum consilium abest, unicuique*
« *libero liberum est mutandi nominis arbitrium, l. un. C. de mut. nom. Imo*
« *multiplicem alieni nominis assumendi rationem videmus usitatam fuisse*
« *Romanis.... ».*

Del resto a provare che in Francia, secondo il diritto comune romano, era lecita la mutazione del nome, basterà ricordare il fatto che la soverchia libertà degenerò in licenza, e così si rese necessario l'intervento del legislatore. Il re Enrico II il 26 marzo 1553 con una sua ordinanza vietò infatti il

mutamento del nome senza il permesso del sovrano, sotto pena di lire 1000 di multa e di esser punito come falsario e privato di ogni grado e privilegio di nobiltà.

Se dalla Francia volgiamo lo sguardo sul diritto accettato da altri paesi di diritto comune, troviamo nel Belgio lo spagnuolo Antonio Perez insegnare la stessa dottrina dei dottori italiani e dei francesi.

A. PEREZIUS, *Praelectiones in XII libros Codicis* (Venetiis 1773) lib. IX tit. 25; tom. II, pag. 107:

« *Ad legis Corneliae de falsis poenam redigitur etiam is, qui dolo malo se ipsum adoptat et novum sibi nomen imponit, vel conditionem suam mentitus est, ad imponendum aliis, ut si quis se nobilem, militem, studiosum dicat et ostendat falso diplomate ut tuto commeari possit, l. 27 § fin. ff. ad l. Corn. de falsis, aut si mutet nomen suum in alterius fraudem, l. 13 ff. d. t. veluti si cum alio contrahens, vocet se alio nomine aut cognomine quam revera vocetur, ne postea contraxisse dicatur, et ex instrumento obligatorio conventus excipere possit, se non esse eum, qui in instrumento dicitur promississe. Sic et tabellio signum semel assumptum et consuetum, contra falsi crimen mutare non potest.* »

« *At vero si fraus et dolus malus absit, unicuique libero homini liberum est quodcumque nomen assumere, nec ex eo, quod novum sumpserit, ulla actione tenetur, l. un. h. t. Imo saepe interest ut quis alterius nomen assumat. Hinc arrogatus nomen et familiam arrogatoris; servus manumissus patroni nomen; HERES INSTITUTUS NOMEN TESTATORIS SUSCIPERE SOLET. Imo interdum debet, si institutus sit sub conditione gerendi certi nominis etc.* ».

In Germania lo stesso ci viene attestato dal Brunnemann nelle sue note alla l. 13 D. *ad l. Corn. de falsis* 48, 10 e alla l. un. C. *mut. nom.* 9, 25; il cui testo io non istarò qui a riferire, perchè si trova ripetuto in tutte le memorie dei difensori nei vari gradi di giurisdizione per i quali la causa è passata.

Il Leyser poi in una delle sue dissertazioni (*Meditationes ad Pandectas, Franckenthalii* 1778, vol. 9, specimen 616, pag. 301 segg.) svolse a lungo la tesi che: « *Cuilibet nomen suum mutare et aliud adsumere, si hoc in alterius fraudem non fiat, impune licet* ».

In Ispagna il Maiansio ripete in sostanza ad illustrazione del testo giustiniano ciò che Paolo scrisse nelle sue sentenze.

MAIANSIUS, *De mutatione nominis* (*Disputationes*, Lugd. Bat. 1752, vol. II, disp. 46, pag. 173 segg.) pag. 176:

« *Dixi etiam initio unicuique homini libero licitam esse nominis mutationem, dummodo nulla fraus intercedat. Nam qui sibi falsum nomen imposuerit genus parentesve finxerit, quo quid alienum interceperit, possederit, poena legis Corneliae de falsis coercetur* ».

Che se da questi estranei paesi torniamo a volger l'attenzione all'Italia, noi vediam sempre continuare la corrente delle stesse dottrine.

Ecco come si esprime il Bossi: AEGIDIUS BOSSIUS, *Tractatus varii, ad tit. de mut. nominis*, pag. 330:

« *Mutatio nominis in fraudem, uti saepe faciunt falsi testes ut criminibus notatione detegantur, poena falsi punitur, quae fraude cessante cessat* ».

Jacopo Menochio lungamente sviluppava gli stessi pensieri nel suo libro *De arbitrariis iudicium quaestionibus* (Col. Agripp. 1605), lib. II, cent. 4, casus 318 (pag. 443 segg.), dove, posta la regola della impunità della mutazione

del nome, ammette che vi sia luogo a pena in due casi: 1° quando alcuno muti il nome fraudolentemente; 2° quando alcuno si faccia passare per altri.

Ma invece di citare singoli autori sarà utile riferire oramai qui ciò che si trova nei libri destinati a raccogliere le opinioni più comunemente accettate. La testimonianza che queste opere ci possono dare è appunto quella che noi ricerchiamo.

FRANCISCUS VIVIUS, *Sylvae communium opinionum utriusque censurae* (Francof. 1611), lib. II, opin. 540, pag. 102 segg.:

« 1. *Nomina propria imponuntur ad beneplacitum. l. si quis in fundi vocabulo ff. de leg. I.* »

« 2. *Et mutari possunt quodcumque: Cum nomen suum mutare cullibet liberum sit. l. unica C. de mu. nom. Nihil enim mali est, honesti hominis nomen assumere, l. facta, § si in danda. ff. ad Trebell. cessante tamen fraude, et sic ista nominum mutatio liberis hominibus impune censetur permissa, dumtamen fiat sine fraude. ut supra. l. 1 cum ibi not. C. de mut. nom. et firmat Bal. in l. 1 C. quae res ven. non poss. Sebastianus Brunt. in exposit. titu. iuris civil. et canon. super tit. de mu. nom. Fely. post alios, in prooemio Gregoriano, nume. 35 et in prooemio sexti, Franciscus Marci, decis. 211 nu. 3 in 1 par. Bossius in practica crim. in tit. de mutat. nominis, Ripa in l. si quis in fundi. n. 16 ff. due leg. I. Gloss. in l. 2 C. de constit. pecun. et in d. l. si quis, ubi eam sequuntur omnes Doct. et sequitur quoque Alex. et dicit esse communem in rub. nu. 7 ff. solut. mat. et Bonifacius de Vitel. in tract. malefic. in rub. de poena mutantis sibi nomen. nu. 1 cum aliis seq. fol. 25.* »

« 3. *Ubi declarat, quando liceat mutare sibi nomen, et quando, et quomodo puniatur, nomen proprium praenomen, et agnomen suum, mutans dolose vel in fraudem, et notant etiam Doct. per text. ibi in l. 1 C. de mutat. nom. Bal. in l. constit. ff. orum, § nos vero, et in l. falsi nominis. ff. de fals. et ibi etiam Alex. et in d. § nos vero* ».

E nella *Summa* del Sabelli similmente.

SABELLI, *Summa diversorum tractatum* (Parmae 1717), tom. III, pag. 304, v. *Nomen*, n. 2:

« *Nomen sibi mutare non est prohibitum nisi fiat cum fraude, et in alterius detrimentum vel deceptionem, l. I ubi DD. C. de mut. nom. late Menoch. de arbitr. cas. 31 per tot. Clar. § fin. q. 83 vers. si quis etc. Farinacc. q. 150 part. 5, n. 136 et seqq. Bonifac. de furt. § 1 num. 93 fol. mihi 28 dixi in Pract. § Falsità n. 21 ubi quod stante dolo et deceptione intrat poena arbitraria, vide in § Mutatio n. 3. Pichard. Pract. Instit. part. 3 tit. de poen. omn. delict. n. 87 fol. 103. Vivi. Comm. opi. 540 ubi etiam pluro de bono et malo nomine ac eius effectibus, et idem de insigniis et armis alienis, ut licitum sit illis uti, si non tendat in alterius praepiudicium; non tamen insigniis dignitatis a non habente illam dignitatem sub poena falsi, Conciol. et Romaguer. ad Statut. Eugub. lib. 4 Rub. 50 per tot. Add. Carpzov. in Prax. crim. part. 2 quaest. 93 a num. 33 et Em. De. Luc. de Praem. disc. 10 num. 10* ».

Non occorre accrescere il numero di queste citazioni, per conchiudere con certezza, che il diritto giustiniano rimase per questa parte in vigore nel diritto comune; e ciò è quanto io doveva provare.

Ma risulta ancora dagli scritti riferiti che il diritto giustiniano fu sempre interpretato nella retta maniera da me più sopra dimostrata.

Aggiungerò soltanto, che anche recentemente in Germania, dove, com'è noto, il diritto comune vigente è costituito degli stessi elementi romani del diritto comune, che imperava in Italia, e di regole di diritto tedesco assai più numerose, che non fossero quelle accettate in Italia, si è tuttavia dagli scrittori e dalla giurisprudenza applicato alle questioni di nomi il diritto giustiniano. Così l'Einert nelle già citate sue *Erörterungen einzelner Materien des Civilrechts*, dove sono riferite anche alcune sentenze di tribunali germanici, ritiene applicabile la l. un. C. *de mut. nom.* intesa, come noi la intendiamo; e Roberto Hermann in un suo articolo nell'*Archivio per la pratica civile (Archiv für die civilistische Praxis)* vol. XLV (1862), pag. 153 segg., 315 segg., ove sostiene la necessità di regolare questa materia legislativamente, come hanno fatto parecchi degli Stati moderni, ammette tuttavia che per diritto comune vigente debbono riconoscersi i larghi principii della legislazione giustiniana. Così pure abbiamo già veduto che Rodolfo di Jhering, nel suo scritto sulle lesioni ingiuriose del diritto, ricorre sempre al diritto romano.

XXVIII. Ma dai difensori del marchese Giustiniani e dal prof. Alibrandi nel suo *Parere* si allegano in contrario un passo di Antonio Fabro, un altro del Voet e un terzo del cardinal De Luca.

Se questi scrittori avessero avuto veramente una opinione diversa da quella degli altri, ciò non farebbe che confermare, ciò ch'io ho fin qui detto: non essersi cioè mai costituito uno speciale diritto consuetudinario in questa materia e doversi perciò sempre ricorrere alla interpretazione dei testi romani.

Ma non mi pare che i passi addotti abbiano un gran valore.

Il passo di Antonio Fabro è tratto dal suo *Codex IX*, 16, 1, dove egli raccolse la giurisprudenza del senato di Savoia da lui presieduto. Si tratta pertanto di un caso pratico, e convien perciò esaminare bene gli elementi di fatto. Or ecco il fatto:

« *Cum carnifex quidam honesti viri et advocati nomen sibi adrogasset, « seque pro agnato publice iactaret, falso tamen et dolo malo ut probi et « nobilis viri existimationem laederet, aut ab eo pecuniam ne id faceret extorqueret, putavit Senatus caedendum virgis et exilio mulctandum esse ».*

Che cosa mai può aver di comune questo caso con la questione che si discute tra il Giustiniani e il Giustiniani-Bandini? Tanto valeva allora ricordare anche quell'altro caso interessante, che trovo menzionato dallo STRYKIO (*Disp. de delictis circa identitatem c. 5; Opp.*, Florentiae 1840, vol. 13, col. 1251, § 3), di un Arnolfo de Tilla, il quale fingendosi Martino Guerra visse lungo tempo con la moglie di costui. Il de Tilla fu condannato a morte (1). Si vorrà per questo mandare all'ultimo supplizio il principe Sigismondo Giustiniani-Bandini?

Nè giova il ricorrere alla frase, che si trova in una nota del Fabro: « *falsi enim nominis vel cognominis asseveratio poena falsi coercetur, maxime « vero cum fit in alterius fraudem et iniuriam »*: poichè qui il *maxime*, come spesso nelle fonti stesse del diritto, non va inteso a parola, ma è forma per dichiarare quando la pena ha luogo. Il Fabro stesso ci dimostra chiaro il suo

pensiero nelle parole, che seguono quelle dal prof. Alibrandi riferite: « *Caeterum innocentibus et bonam mentem habentibus mutatio nominis periculosa non est, l. 1 ubi Glossa et Doctores. C. hoc tit.* ».

E il titolo apposto dal Fabro alla sua *definitio* è: « *Mutatio nominis in familiae nobilioris iniuriam virgis et exilio castiganda est* ».

Meno ancora provano le parole del Voet. Questi nei suoi commentari alle pandette, lib. 48 tit. 10 *ad legem Corneliam de falsis* n. 6, fa un lungo elenco di casi, che costituiscono il crimine di falso, e tra gli altri pone quello, ove uno *alienum nomen praenomen aut cognomen assumit*. Si vorrà dire per ciò che il Voet faceva astrazione dalla frode in questo caso? Io nol credo. La frode è presupposta sempre quando si tratta del reato di falso, e non era quindi necessario allo scrittore di ripetere per ogni singolo caso questo presupposto; e d'altra parte, rinviando il Voet, subito dopo quelle parole, al *Syntagma* di Pietro Gregorio di Tolosa, di cui abbiamo più sopra trascritto il testo, si deve ritenere che la sua opinione non differisse da quella del Tolosano.

Il cardinale De Luca si riferisce ad un caso speciale. Una congregazione vuole assumere il nome di altra congregazione già esistente, e ciò può generare una pregiudizievole confusione; il cardinale ritiene che tale atto possa vietarsi, e perciò scrive:

DE LUCA, *Theatrum ver. et iust.*, lib. III, part. 2.

De praeeminentiis.

Disc. 10, n. 10 (pag. 293):

« *Et in simili habemus in eo qui praevenit in se denominando de aliqua « familia, seu cognomine, ut ius habeat prohibendi alteri in eodem loco no- « vam eiusdem cognominis, seu intitutionis assumptionem, quoties de prae- « senti, vel tractu temporis id aliquod praeiudicium sibi generare potest, quia « licet nomina sit ad placitum, secus tamen est ubi exinde alterius praeiudicium oriri potest, Cassan. in catal. glor. mundi p. 1 consider. l. concl. 21. « Caval. dec. 549, n. 2. Rot. in Ampurien. denominationis canonicorum seu « capituli 20 aprilis 1646, coram Melzio, de qua habetur supra in Ampurien. « Cathedralitatis seu Unionis disc. 7 ».*

IDEM, Disc. 30 n. 13 (pag. 327):

« *Et de prohibenda nova assumptione nominum seu adiectorum, quoties « alterius praeiudicium vel inconueniens resultare potest, caeteris allegatis « habetur per Rotam in Ampurien. denominationis capituli 20 aprilis 1646 « coram Melzio per text. in l. Un. Cod. de mutat. nominum, ubi Cinus et « alii ».*

Evidentemente, trattandosi di nomi di enti morali, l'analogia coi nomi di persone private non è perfetta, perchè tutto ciò che concerne i primi ha sempre un carattere di ordine pubblico assai più spiccato, che non ciò che riguarda le seconde; e la confusione tra due congregazioni può poi troppo facilmente dar luogo a danni patrimoniali e morali per l'una o per l'altra. Male si può dunque trarre un argomento da decisioni relative a nomi di congregazioni per determinare le regole dei nomi privati. Tuttavia il De Luca anche nei luoghi riportati dice chiaramente, che il divieto proviene dal pregiudizio presente o futuro, non già dal nome di per sé stesso; e citando la l. un. C. *de mut. nom.* e il commento di Cino da Pistoia, ricorda il principio generale della libertà, che per diritto romano vige in materia di nomi.

Ciò che ho detto del De Luca si deve ripetere per la decisione della Rota romana da lui citata.

(1) Confr. CORASIUS, *opp.*, tom. 2, fol. 762-813: GILHAUSEN, *Arbor jud. crim.*, c. 8, n. 5, pag. 442.

Nella *Summa*, che dovrebbe essere un compendio della opera maggiore *Theatrum veritatis et iustitiae*, i passi surriferiti sono ristretti in una forma un poco equivoca (Vedi *Summa*, vol. III, Romae 1679, pag. 298 seg., n. 88-89):

« *De iure etenim indebitos, sive incongruos titulos, et nuncupationes asumentibus interdendum est; atque leges desuper proferri hanc refrenantes licentiam commendabile reputatur.* »

« *Cognominis vel familiae sive alterius adiecti vel stemmatum sive armorum et insignium novus usus ab aliquo assumptus, ab eo qui antiquiorem illius cognominis vel adiecti seu insignium antiquiorem usum iam obtinet, Judicis officium et auctoritatem implorante, interdici potest, ob gravia praeiudicia, quae nobilitati aliisque praeeminentiis antiqui possessoris ita manare solent.* »

« *In ecclesiastica quoque hierarchia ex eadem vel simili ratione praeiudicium eadem etc.* ».

Ma qui il cardinale De Luca scrisse forse più seguendo le sue idee di *iure condendo*, che spiegando il diritto positivo vigente, come lo dimostrano le parole *atque ad leges desuper proferri etc.* In ogni modo però non bisogna dimenticare che anche qui egli si fonda sul pregiudizio nascente dall'assunzione del nome e se vi è qualche parola ambigua come per esempio *manare solent*, questa si deve spiegare ponendo mente che il De Luca parla di una facoltà, non già di un dovere del giudice (*interdici potest*) da lui trattato quasi come ufficiale amministrativo; e d'altra parte non bisogna dimenticare, che non la *Summa*, ma il *Theatrum veritatis et iustitiae* fu l'opera che godè maggiore autorità tra i pratici.

Curioso, perchè dimostra la poca sicurezza delle idee del De Luca su tali questioni, è anche un altro passo di lui nel *Dottor volgare* (Colonia 1775) vol. I, lib. III, cap. 10, n. 6, pag. 456:

« *Quindi con molta ragione sta ricevuto appresso li giuristi, che si possa proibire a persone d'inferior condizione l'assumere e l'usare il proprio cognome o le proprie arme per la suddetta ragione del pregiudizio, che in progresso di tempo ne può nascere per la mistura di gente ignobile o per esercizi vili, che da questi si facessero.* »

Dove oltre al concetto del pregiudizio, che sempre ritorna ad affacciarsi, la proibizione si dà solo al nobile contro persona di condizione inferiore.

Questa stessa oscillazione del De Luca dimostra la mancanza del diritto consuetudinario.

Del resto nel caso nostro nessuna delle varie condizioni poste dal De Luca nei contraddittorii suoi passi si verifica. D. Sigismondo non è certo di condizione inferiore al marchese Giustiniani, nè alcun pregiudizio o confusione è neppur possibile, perchè D. Sigismondo non ha assunto il nome Giustiniani in vece del proprio, ma bensì accanto al proprio, circostanza che non va mai dimenticata.

Nulla dunque anche qui, che possa farci allontanare dalle conclusioni, alle quali siamo giunti studiando le leggi romane ed i loro interpreti (1).

(1) Per persuadersi sempre più come in tutta questa materia si applicasse il diritto giustiniano, basta il dare un'occhiata alla decisione del senato piemontese riferita da A. THESAURUS, *Novae decisiones Sen. Pedemontani*, Decis. CCLXX, sul tema, *Arma et cognomen deferre alicuius, an quis gravari possit*. Ivi tutto è puro diritto romano in questa parte.

A parer mio poi, quantunque la regola romana possa sembrare un pò troppo larga, sicchè molte moderne legislazioni se ne sono discostate, non è difficile lo spiegare, come mai nel diritto comune essa abbia sempre continuato ad avere vigore.

I casi pratici non sono molto frequenti; ai più gravi, cioè a quelli fraudolenti e ingiuriosi, provvedeva già il diritto romano. Per regolare gli altri (le leggi moderne lo dimostrano) il modo più adatto era l'intervento dello Stato all'atto della mutazione o assunzione del nome; ma a tale scopo era necessario una deliberazione dello Stato stesso, cioè una legge. Il diritto consuetudinario, specialmente quello dei giureconsulti, non poteva di per sè giungere a tanto.

XXIX. Ma non è necessario andar tanto lontano a cercare argomenti per dimostrare qual fosse il diritto vigente nello Stato pontificio, quando l'atto sovrano, col quale il papa Pio IX creò principe Don Sigismondo, ce ne fornisce esso stesso prova buona e sicura. Il papa infatti dichiara in quel breve di riconoscere che D. Sigismondo, erede dei Giustiniani di Roma, ne aveva di propria volontà assunto il cognome, unendolo a quello dei Bandini « *cuius proinde cognomen tuo cognomine adieceris* »; e ben lungi dal muovergliene rimprovero, come di cosa illecita, glie ne fa titolo di lode. Non è questa una delle migliori possibili testimonianze?

Questo breve pontificio può essere poi riguardato anche sotto un altro aspetto.

Abbiamo veduto più sopra, che il papa dimostra chiaramente in esso la intenzione di riempire col principe Sigismondo il posto lasciato vacante nella nobiltà romana dall'estinta famiglia Giustiniani « *ut Justiniana Gentis una cum cognomine referre etiam, dilecte fili, possis dignitatem atque amplitudinem impertiri tibi constituimus Principis titulum* ». Questa unione della concessione del titolo con l'approvazione data all'assunzione del cognome, è prova manifesta che il papa voleva che D. Sigismondo si chiamasse principe Giustiniani. Ed è certamente una ulteriore dichiarazione di questa volontà, quella contenuta nel dispaccio della segreteria dei brevi 25 febbraio 1863: « *avendo Sua Santità manifestato il desiderio già a V. E. espresso, che cioè preponesse il casato Giustiniani al casato Bandini* », e l'altra del dispaccio del ministro dell'interno in data 17 gennaio 1866: « *.....sua Beatitudine si è degnata dichiarare, che ha riconosciuto consentaneo al tenore ed allo scopo del citato breve che l'E. V. ed i suoi discendenti primogeniti maschi abbiano a godere del rango e degli onori personali, che si appartenevano alla famiglia principesca Giustiniani* ».

Quando dunque il Bandini-Giustiniani incominciò a chiamarsi Giustiniani-Bandini, non fece che obbedire alla volontà sovrana, la quale in tal modo compiva quanto aveva voluto col breve del 27 gennaio 1863.

Se dunque anche qualche difficoltà vi fosse stata nel diritto comune vigente (e non v'era), l'atto sovrano l'avrebbe certamente tolta di mezzo.

A ciò peraltro si oppone dai valenti difensori del marchese Giustiniani, che quando alla fine del 1872 il marchese aveva presentato una sua istanza al papa, perchè si dichiarasse non essere il breve 27 gennaio 1863 ostacolo a promuovere giudizio contro il principe per la questione del nome e dello stemma, D. Sigismondo stesso in un suo memoriale aveva osservato essere il breve tassativamente limitato alla concessione di usare non già del nome agnaticio, ma della sola dignità principesca; nulla avere disposto circa il cognome, ma averlo soltanto supposto.

Ciò è vero; ma dato che tale interpretazione del breve non fosse giusta, si può domandare, se il diritto del principe Sigismondo se ne trovi pregiudicato. Che l'interpretazione non sia del tutto giusta apparisce da quanto ho detto poc'anzi; che il principe possa esserne pregiudicato, non credo si possa ritenere, perchè quella dichiarazione non era contrattuale, e non poteva menomare la forza di un atto sovrano. Nè alcuno vorrà poi vedere in essa un atto di rinuncia al cognome, che il principe si preparava anzi a difendere in giudizio.

D'altronde la dichiarazione del principe presentava anche un lato giusto, ed era che, pure indipendentemente dal breve, per diritto comune, egli aveva facoltà di portare unito a quello dei Bandini il casato Giustiniani, ed è forse soltanto una forma esagerata di questo pensiero, quella che si contiene in quella dichiarazione.

Chi poi legga per intero la dichiarazione del principe Sigismondo vedrà che non si deve punto esagerare l'importanza delle parole rilevate dai difensori del marchese.

In ogni modo, poichè realmente per diritto comune il Bandini aveva facoltà di assumere il cognome dei Giustiniani (o prima o dopo il proprio), e poichè sempre per diritto comune il marchese Giustiniani non vi si poteva opporre, tutte le questioni circa quelle dichiarazioni nel giudizio presente possono considerarsi superflue ed oziose.

II. — SULLA QUESTIONE DELLO STEMMA.

XXX. Passiamo ora all'esame della controversia relativa allo stemma.

Se realmente il principe Sigismondo avesse di proprio arbitrio sostituito allo stemma dei Bandini quello dei Giustiniani, il suo diritto a ciò fare potrebbe apparire dubbio.

I testi del diritto romano in materia di insegne, come la l. 27 § ult. D. ad l. Corn. de falsis 48, 10, la l. 3 in fin. D. ad l. Jul. Maiest. 48, 4, la l. 2 C. ut nemo 2, 15 (16), PAUL. Sent. 5, 25, 12, non sono certo applicabili al caso; poichè trattano di usurpazione di insegne di gradi militari, di magistrature o di insegne imperiali; casi, che nulla hanno che fare col presente.

Gli scrittori di diritto comune si dividono in due gruppi.

Molti ammettono che si possano assumere le armi ed insegne anche pertinenti ad altra famiglia, purchè ciò non sia a questa pregiudizievole.

Per esempio, ecco che cosa scrive il sommo Bartolo nella sua speciale monografia sulle insegne:

BARTOLUS, *Consilia, quaestiones et tractatus*, Venetiis 1571. *Tract. de insigniis*, fol. 124. b. n. 5:

« Sed quaero: unus portat certa arma vel insignia, alius vult portare eadem, an licet vel prohiberi possit? Videtur quod possit portare, quia quilibet potest sumere nomen alterius, ff. ad Treb. l. facta § si dandae, ver. si vero nominis, de leg. 2, l. cum filius § pater. et possunt esse plures eiusdem nominis ut l. duo sunt Titii. de test. a. tut. et de leg. 2 l. Sed et si quis servum § si inter duos. ergo potest quis sumere arma aliena, et plures eadem insignia portare vel rebus imponere possunt, cum utrumque fiat ad cognoscendum. E contra videtur de reg. iur. l. id quod nostrum. Si enim prius est nostrum, sine facto nostro a nobis auferri non potest. Sed hoc non

« bene facit, loquitur enim in his quibus plures in solidum uti non possunt, alias secus, ut in usu plateae, balnei, theatri, et l. Si ut certo. § si duobus, vehiculum ff. commoda. Praeterea signum quod portat alius non est unum et idem, imò sunt diversa habentia tamen eandem similitudinem. Ad decisionem ergo praedictorum praemitto quod signum alienum portare prohibere potest ille cuius est signum seu petere quod prohibeatur, si ex hoc ipse iniuriatur: quia forte ille cum vituperio portat seu tractat. C. de epi. aud. l. minae. et est expressum extra. de excus. prael. a. c. dilecta. arg. C. de iudae. l. iudaeos, quos. Secundo de hoc potest conqueri quilibet tertius qui laeditur, et ad ipsius petitionem potest prohiberi ne portet. C. de his quae pae. not. l. 1 et ibi no. et in Auth. de man. prin. § pe. Tertio si iudex ex officio suo viderit hoc scandalum posse esse, et dissensionem subditorum potest prohibere arg. C. de lati lib. tol. l. 1 § sed et qui domini. ubi circa eos qui pileati incedunt, lex Jul. statuit ne populus decipiatur, expressus extra de iudt. c. in nonnullis etc. »

Così pure Francesco Vivi nelle sue *Sylvae communium opinionum*, sopra citate (opin. 540, n. 14):

« Et quod licitum sit uti insigniis et armis alienis, dum tamen non tenet in alterius praeiudicium, tenet etiam Bart. in tract. de insigniis et armis et Bal. in l. 1 quae res vend. possunt, Ang. de Clavasio, Sylvester et Tabienus in locis praeallegatis. Sed insignia dignitatis non habens, illam dignitatem assumere non potest; alias esset falsarius, l. eos, et quod ibi not. ff. de fals. facit c. de cleric. non ordina minist.... »

Gli stessi principii in sostanza sono professati dall'Urselli:

LAURENTIUS URSELLIUS, *Examen apum sive conclusionum legalium*, tom. 2° (Romae 1637) conclusio CXLIV, pag. 504:

« n. 1. Arma, sive insignia unius familiae nota, quod alter propria auctoritate sumere non potest.... »

« n. 3. Declara secundo, non procedere, quando unus sumeret Arma et insignia alterius, sine praeiudicio alicuius, quia tunc illis bene uti posset, ex regula, quod tibi non nocet, et alteri prodest, facile venia concedenda; imò periniquum est denegari, ad tradita per Franciscum Marcum in sua dec. 882 n. 4 par. prima ».

Ma se questa corrente d'idee era, specialmente in Italia, rappresentata da gravi autori, non si può negare che un'opinione diversa contava pure molti seguaci, soprattutto tra gli scrittori forestieri.

Così p. es. tra quelli già più sopra citati il Maiansio (*l. cit.*, pag. 177), che esplicitamente nota la differenza delle regole relative al nome e di quelle relative alle insegne.

Infatti nel diritto germanico, che in questa materia aveva maggior valore del romano, il diritto alle armi di famiglia era considerato come un esclusivo privilegio della famiglia stessa (Vedi specialmente MITTERMAIER, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, 7.^a ediz., Regensburg 1847, vol. I, § 70, pag. 235), sicchè l'uso di esse poteva vietarsi ai terzi, senza bisogno di provare il pregiudizio o il dolo nei singoli casi.

Se dunque realmente, nel caso ora in questione, il principe Sigismondo Giustiniani Bandini avesse assunto lo stemma Giustiniani in luogo di quello Bandini, la decisione dipenderebbe dalla preferenza da darsi all'una o all'altra teoria, ed io forse sarei propenso ad accettare quella germanica più rigorosa.

XXXI. Ma il caso è ben diverso; e non bisogna fare confusioni, come pur troppo mi pare che anche nella sentenza della corte d'appello di Roma si siano fatte.

Anche riguardo al cognome abbiamo più volte notato, che D. Sigismondo non sostituì già al proprio il cognome altrui, ma solo al proprio aggiunse quello Giustiniani, che era della madre e di coloro dei quali egli era erede.

Così anche per lo stemma. Il principe ha soltanto inquartato nel paterno stemma dei Bandini quello dei Giustiniani, cioè lo stemma materno ed ereditario dell'estinta famiglia di Roma; e lo ha inquartato in secondo luogo.

Convien dunque vedere, se questo inquartamento fu regolare; e mi pare si debba necessariamente convenire che fu regolarissimo.

Inquartare nel proprio stemma uno stemma altrui, non significa punto usurpare l'altrui insegna; ma soltanto significa, che vi è un certo rapporto con la famiglia, a cui lo stemma inquartato appartiene. Rapporto che può essere di assai svariata natura; tra gli altri, può essere di cognazione e di eredità, come appunto nel caso del principe Giustiniani-Bandini.

Basterebbe a provarlo il dare un'occhiata a molti degli stemmi delle nostre principali famiglie italiane che spesse volte sono inquartati. Basterebbe ricordare la frase dei *quarti di nobiltà*, che allude appunto all'inquartamento nel proprio stendardo dei blasoni paterni e materni propri e dei propri ascendenti paterni e materni.

Ma ogni dubbio sarà tolto di mezzo, leggendo i passi seguenti di uno dei più celebri scrittori di araldica, il padre Menestrier, i cui libri molte volte ristampati furono per quasi due secoli il manuale prediletto dei cultori di questa materia.

Ecco che cosa egli scrive:

MENESTRIER, *Nouvelle méthode raisonnée du blason* (Lyon 1770), pag. 442:

« *Enfin on observera avec une attention particulière les maisons qui portent plusieurs quartiers: on en remarquera les causes, dont les plus ordinaires sont les alliances honorables avec les Princes ou les grandes maisons du royaume, ou avec étrangères, les substitutions de noms et d'armes, les prétentions, les concessions etc. Nous avons donné des exemples de toutes ces choses dans la description des armoiries des Princes, des Royaumes, des Ducs et Pairs de France: ces exemples doivent suffire pour donner une connaissance exacte de cette pratique* ».

Riferiamo ora due di questi esempi:

Uno riguarda i rapporti di matrimonio e per conseguenza di maternità.

IBIDEM, p. 222 « *On peut encore briser en écartelant les armes de sa maison avec les armes d'une famille dans laquelle on a pris alliance, ainsi Bourbon S. Paul écarteloit de Bourbon et de Luxembourg; Orleans-Longueville écarteloit de Langueville et de Bourbon* ».

Un altro si riferisce ad eredità:

IBIDEM, p. 432 « *Les princes et les comtes de Furstemberg portent d'or à l'aigle de gueules, becqué, membré d'azur, qui sont les armes propres de la maison de Furstemberg, à la bordure ondée d'argent et d'azur, prises de armoiries de Blumen-Eck dont la maison de Furstemberg hérita* ».

Nel caso del principe Sigismondo Giustiniani-Bandini concorrevano entrambe queste ragioni; ed una terza ancora si poteva trovare nel cognome assunto, consenziente il sovrano, come già si è veduto.

Un altro scrittore di grande autorità, tedesco e rigoroso perciò nelle questioni di assunzioni di armi altrui, Teodoro Hoepingk, autore di uno dei più

grandi trattati sul diritto araldico, scrive in proposito alcuni passi, che voglio qui riportare, perchè contengono una attestazione della consuetudine vigente in Italia:

TH. HOEPINGK, *De insignium sive armorum prisco et novo iure tractatus*, Noribergae 1642, cap. VII, n. 65, pag. 466 segg.:

« *Denique cum nobilitas filiorum ei clarior et illustrior fiat, si praeter paternam ex parte matris quoque claritas generis superveniat.... maxime cum omne compositum participet de materia et forma.... negarique nequeat quin natus ex nobili matre non naturaliter aliquid nobilitatis participet, Otalor. d. part. 2 cap. 2 n. 7, ita ut ex his parentibus ortus absolutam consecutus dicatur nobilitatem; Deciam. resp. 19 n. 237 vol. 3 et resp. 21 n. 43 vol. 1 ideo etiam in nonnullis provinciis et regionibus consuetudine receptum deprehendimus, quod Gentilitia utriusque prosapiae et paternae et maternae Insignia simul colligantur, sicuti de Italis scriptum reliquit Joseph. de Rustic. d. tract. lib. 3 cap. 1 n. 102 et de Germanis P. Gregor. lib. 7 de Rep. cap. II n. 90 et post eum M. Steph. lib. 1 de nobil. cap. 5 n. 63 et lib. 2 de jurisd. part. I cap. 7 m. 2 n. 54 et seqq. quorum haec sunt verba: Sed et hodie video Principes, Magnates, Heroes, Nobiles et Reges suis insignibus admiscere Insignia familiae matrum perinde ac patrum etc.* ».

E più oltre al n. 71:

« *An autem consuetudo illa, qua invaluit apud illustres nobilesque familias, ut una materni quoque generis insignia et nobilitas.... attendatur, rationabilis sit, convenienter quaeritur?* »

« *Rectissime hoc affirmare Decium ad d. l. feminae 2 n. 68 et 69 de R. J. et in cap. novit. de judic. Bon. de Curtil. de nobil. part. 4 n. 28 et 29 Chassan. d. p. I cons. 38 concl. 26 et 40. Otalor. d. p. 2 c. 2 n. 7, Tiraq. de nobil. cap. 20 n. 19, P. Gregor. lib. 7 de Rep. cap. II n. 90, M. Steph. d. lib. I cap. 5 n. 67 et 68, Joan. Zur Nedden disp. de Nobil. concl. 78. Petrus Fritz, de Nobil. concl. 20 lit. a per ibi relat. sequentes suadunt textus et rationes etc.* ».

Sul modo poi di fare l'unione dei due stemmi, vedi il n. 335, pag. 510:

« *Unde ex communi observantia et usu Insignia domus seu familiae non aliter transeunt ad cognatos et affines, quam cum adiectione in una parte armorum alterius familiae ex parte sinistra, maxime in descententibus ab illis, quia dipingere soleat arma sua divisa et bipartita, ita, ut in parte dextra sint arma patris et in sinistra arma matris* ».

Ciò basterà per affermare con tutta sicurezza, che l'inquartamento dello stemma Giustiniani in quello Bandini era al principe Sigismondo del tutto lecito e conforme agli usi araldici della nobiltà italiana.

XXXII. Giunto a questo punto io debbo porre termine al lungo ragionamento, conchiudendo, che a mio giudizio, secondo verità, l'azione intentata dal marchese Alessandro Giustiniani contro il principe Giustiniani-Bandini è infondata, sia per quanto riguarda la pretesa d'impedire al principe l'uso del cognome Giustiniani anche anteposto a quello dei Bandini, sia per quanto concerne il divieto di portare inquartato nello stemma dei Bandini quello dei Giustiniani.

ANCORA SUL DIRITTO AL NOME E ALLO STEMMA^(*)

I.

Le ragioni da me addotte nel mio parere (1) nella causa tra il principe D. Sigismondo Giustiniani-Bandini e il marchese Alessandro Giustiniani a sostegno della conclusione, che l'azione del marchese era priva di ogni fondamento, trovarono opposizione per parte del chiarissimo prof. Ilario Alibrandi nel suo scritto « *Alcune osservazioni sopra il parere del sig. prof. Vittorio Scialoja nella causa tra il marchese Alessandro Giustiniani e il principe Sigismondo Bandini* » che ci fu comunicato soltanto un'ora prima dell'udienza, e per parte del chiarissimo prof. Giuseppe Ceneri nella sua dotta ed elegante difesa orale.

Quantunque all'udienza stessa io abbia replicato agli argomenti messi innanzi da questi due forti avversari, e quantunque io ritenga che già nello stesso mio parere sia contenuta la preventiva confutazione di tali argomenti, pur tuttavia, profittando del breve termine concesso per presentare note aggiunte, credo utile sottoporre alla considerazione della Eccellentissima Corte d'appello le seguenti osservazioni.

II.

SUL NUOVO PARERE DEL PROF. ALIBRANDI.

Il prof. Alibrandi in più di un punto dimostra di non voler continuare a sostenere tutte le argomentazioni messe innanzi nel suo primo parere.

In sostanza ciò ch'egli ora dice, si può così riassumere: « È necessario stabilire in fatto che D. Sigismondo aggiungendo al proprio cognome Bandini quello dei Giustiniani, ha danneggiato il marchese Alessandro moralmente, usurpandogli la dignità e gli onori che a questo competevano, e anche materialmente, facendo nascere controversie come quella del priorato di Santa Maria del Sole. Il danno così dimostrato basta a fondare l'azione del marchese, perchè la legge un. Cod. *de mut. nominis* nega la libertà di mutare il nome, quando altri ne risenta danno; così essa fu intesa dagli stessi greci scoliasti citati nel parere Scialoja, e così deve intendersi la frase

(*) Risposta ai professori Alibrandi e senatore Ceneri, presentata, come note aggiunte, nella causa tra Giustiniani-Bandini e Giustiniani dinanzi alla corte d'appello d'Ancona, in grado di rinvio (Tip. Pallotta, Roma, 1891).

(1) [V. pag. 49].

« *nulli ex hoc praeiudicio futuro*, con la quale la legge finisce. Le altre leggi e i fatti addotti nel parere Scialoja nulla provano, perchè non si può sapere se i fatti erano legittimi, e perchè non si sa se nei casi trattati dalle leggi fossero esistenti altri individui portanti il nome nuovamente assunto. Lo Scialoja, che ritiene legittimo l'inquartamento dello stemma, perchè fu fatto al secondo posto, doveva logicamente ritenere legittima l'aggiunzione del cognome solo in secondo luogo ».

Ma anzitutto i fatti, che il prof. Alibrandi vuol porre a base delle sue osservazioni, sono erronei e smentiti dagli atti della causa. Il principe D. Sigismondo non usurpò alcuna dignità, nè alcuna onorificenza spettante al marchese Alessandro.

Posto pure che il marchese avesse diritto al fedecomesso (cosa che oggi apparisce più che dubbia) niuno vorrà affermare che D. Sigismondo pretendesse di avervi diritto, nè soprattutto di avervi diritto in forza dell'assunto cognome Giustiniani. La dignità principesca dei Giustiniani in Roma si era estinta con la casa romana, nè il marchese Alessandro, nè altri poteva avervi diritto; e pare che oggi, nonostante le passate velleità, il marchese Alessandro stesso lo riconosca (Veggasi del resto il mio parere, n. XXIV, pag. 48-62 (1), e alle ragioni ivi esposte si aggiunga ora il dubbio circa la pertinenza del fedecomesso al marchese Alessandro). Il principe D. Sigismondo, se avesse dunque assunto di proprio arbitrio il titolo principesco, non avrebbe fatto torto al marchese; ma egli ottenne personalmente dal pontefice, allora sovrano, questo titolo, nulla nascondendo della verità dei fatti. Lo stesso papa Pio IX nel suo breve dichiara essere D. Sigismondo per parte di padre un Bandini, per parte di madre un Giustiniani, e dimostra di sapere che egli aveva aggiunto spontaneamente il nome dei Giustiniani a quello dei Bandini. Sarebbe dunque assurdo il dire, che D. Sigismondo ha usurpato o almeno ottenuto il principato, facendosi passare falsamente per un Giustiniani. E se finalmente il papa volle che a D. Sigismondo si attribuissero il rango e gli onori personali, che appartenevano alla famiglia principesca Giustiniani, ciò fu pure con piena cognizione del vero stato delle cose, senza ignorare l'esistenza della linea genovese, cui apparteneva il marchese Alessandro, il quale si era venuto a stabilire in Roma. Il papa preferì rinnovare il titolo di principe a favore di D. Sigismondo figlio dell'ultimo Giustiniani di Roma ed erede del cardinale Giacomo; può forse il marchese Alessandro di ciò giustamente lamentarsi, quasi di un danno arrecatogli dal Bandini con l'assumere accanto al proprio il cognome Giustiniani? Anche se D. Sigismondo si fosse da sè chiamato *ottavo nella serie dei principi della illustre famiglia Giustiniani*, dopo quanto abbiain detto, ognun vede che niun danno morale ne sarebbe provenuto al marchese, e che la cosa non sarebbe stata neppure contraria alla volontà manifestata dal pontefice nel breve e nei suoi atti successivi; ma anche ogni apparenza più lontana di usurpazione cade, quando si rammenti che quella frase tante volte ripetuta dai difensori del marchese non appartiene a D. Sigismondo, ma bensì al *Giornale di Roma*, foglio ufficiale dello Stato Pontificio!

Del resto D. Sigismondo, avendo sempre conservato, o prima o dopo il cognome dei Giustiniani, quello dei Bandini, non ha mai dato luogo ad alcuna confusione col marchese Giustiniani; e si può aggiungere che la stessa

(1) [V. pag. 65 segg.].

differenza dei titoli — purchè ciascuno conservi il proprio — toglie di mezzo ogni possibilità di confusione.

Ma se niun danno morale fu arrecato neppure indirettamente al marchese Alessandro, è oltre ogni dire inesatto il pretendere, che gli si sia prodotto un danno materiale per la controversia circa il priorato di S. Maria del Sole. Il prof. Alibrandi, a pag. 3 delle sue osservazioni, vuol cogliermi in fallo su questo punto, ma io non merito i suoi rimproveri, come il principe D. Sigismondo non merita quelli del marchese Alessandro. Quella controversia dipendeva dal fatto che il principe D. Sigismondo, erede dei Giustiniani di Roma, credeva che il priorato appartenesse alla eredità e non al fedecomesso di primogenitura; appena seppe che veramente spettava al fedecomesso, desistè da ogni opposizione, quantunque la causa continuasse poi, per volontà del marchese, per sapere che cosa realmente si doveva restituire, non già se in genere si dovesse restituire. Bene a ragione dunque io potei dire che la causa nulla aveva che vedere col cognome Giustiniani, ma dipendeva solo dalla qualità di erede, che D. Sigismondo aveva indipendentemente dal nome, mentre il fedecomesso spettava, o almeno pareva allora che spettasse, al marchese Alessandro.

Ristabilita in tal modo la verità dei fatti, ognuno vede come gli argomenti del prof. Alibrandi, che su fatti erronei erano fondati, precipitino tutti senza bisogno di altra scossa.

Ma io non saprei consentire col chiarissimo professore neppure nei suoi ragionamenti giuridici e nelle sue interpretazioni. Come debba interpretarsi la frase *nulli ex hoc praeiudicio futuro* della l. un. Cod. de mutatione nominis, io l'ho già detto nel mio parere a pag. 10-12 (1), ed ivi ho osservato non essere possibile lo spiegare quelle parole come una nuova condizione « *purchè ad alcuno non ne provenga pregiudizio* », perchè vi si oppone la sintassi latina. Tutti gli incisi in forma di ablativo assoluto con participio futuro o con gerundio, che si trovano nel latino delle costituzioni dei tempi più avanzati, da Diocleziano in poi, non contengono mai condizioni di ciò che sta scritto innanzi, ma bensì nuove disposizioni aggiunte alle precedenti; e il più delle volte tali incisi si debbono ai compilatori del codice giustiniano, i quali vollero in tal modo aggiungere qualche cosa alle leggi dei precedenti imperatori, ovvero generalizzare la massima, che l'imperatore autore della legge aveva stabilita per un caso determinato. Questa seconda ipotesi è la più verisimile nel caso nostro, ed essa toglie di mezzo tutte le difficoltà poste innanzi dal prof. Alibrandi a pag. 7 e 8 delle sue osservazioni. Queste cose io aveva già detto nel mio parere a pag. 10-11 (2), e le aveva anche rafforzate con la grave autorità di illustri romanisti, come l'EISELE (*Rivista della fondazione Savigny*, vol. VII, parte I, pag. 23 segg.) e di chiari filologi come il KALB (*Il latino dei giureconsulti*, 2ª edizione, pag. 71); ma pare che le mie considerazioni siano sfuggite al prof. Alibrandi. Se alcuno può avere ancora qualche dubbio, guardi la lunga serie di forme analoghe a quelle della nostra legge, che io ho raccolto nel solo libro primo del cod. giustiniano: L. 14 de episc. 1, 3; l. 16 eod.; l. 18 eod.; l. 32 (33) § 4, 5, 7 eod.; l. 36 (37) § 2 eod.; l. 40 (41) eod.; l. 48 (49) § 4, 5 eod.; l. 27 § 3 de episc. aud. 1, 4; l. 28 pr. eod.; l. 3 pr. de haeret. 1, 5; l. 5 § 1, 3 eod.; l. 19 pr. § 4 eod.; l. 3 § 1 ne sanct. bapt. iter. 1, 6; l. 1 ne christ. manc. 1, 10; l. 2 ut lite pend.

(1-2) [V. pag. 51].

l. 21; l. 6 de div. rescr. 1, 23; l. 3 de off. mag. mil. 1, 29; l. 3 de off. quaest. 1, 30; l. 14 § 4 de adess. 1, 51.

Nè gli scoliasti greci danno ragione al prof. Alibrandi. Doroteo, più autorevole fra tutti (vedi pag. 14 del mio parere) (1), dice espressamente: *Qui alienum nomen vel cognomen sibi imponit atque ita DECIPIT ALIQUEM tenetur lege de falsis*; precisamente come Paolo, la cui autorità il prof. Alibrandi non vorrebbe qui riconoscere, scriveva (*Sent. V, 25, II*): *Qui sibi falsum nomen imposuerit, genus parentesve finxerit, QUO QUID ALIENUM INTERCIPERET CAPERET POSSIDERET, poena legis Corneliae de falsis coercetur*. E se lo scoliaste più recente, il cui testo fu da me riferito a pag. 13 del mio parere (2), parla di agire in danno altrui e di agire per maleficio, non lo fa già per escludere il dolo dal danno, ma bensì per distinguere l'agire dolosamente per danneggiare terzi, per esempio, per carpire un legato ad altri lasciato, dall'agire per maleficio che non rechi danno a privati, come per esempio per isfuggire alle ricerche della polizia (*crimini obnoxii dum latere student* etc.).

Concludo dunque di nuovo che la l. un. Cod. de mut. nom. sancisce la libertà di mutar nome, salvo il caso di dolosa mutazione. Ripeto poi che, se anche si volesse estendere la limitazione al caso del semplice danno del terzo, nel fatto del principe Sigismondo anche questo danno non esiste nè punto nè poco.

Nè si deve dire, che nulla provino tutte le altre leggi da me addotte nel mio parere. Esse dimostrano, come io già dissi, che i giuristi romani dell'impero non credevano punto cosa contraria al diritto, nè insolita il mutare il nome; dimostrano che per testamento o per contratto tra vivi chiunque portasse un nome poteva addirittura imporre ad un terzo l'obbligo di assumere il proprio nome, senza che si facesse mai cenno della possibilità di una opposizione per parte dei terzi portatori dello stesso nome; esse dimostrano come fosse dal diritto riconosciuta la consuetudine, largamente attestata in fatto dalle fonti storiche ed epigrafiche, di assumere il nome del testatore, della madre, dell'avo materno etc. Di tutto ciò il prof. Alibrandi non vorrebbe tener conto, perchè è contrario alla tesi da lui sostenuta; ma è forse colpa nostra, se la sua tesi non è conforme al diritto romano?

Del resto dell'assunzione del nome materno etc. tornerò a parlare confutando le argomentazioni del chiarissimo prof. Ceneri. Basti per ora il rinvio a quanto su tutti questi punti fu da me già scritto nel parere, e fu dimostrato anche dall'illustre Borghesi nei passi da me riferiti, dove questo principe degli archeologi non parla solo del *cognomen* (e questo del resto per noi basterebbe, poichè dei tre elementi del nome romano *praenomen, nomen, cognomen* questi due ultimi corrispondevano alla funzione del cognome dei nostri giorni), ma anche del *nomen gentilicium*, come tutti coloro che leggono le pagine da me trascritte, possono vedere.

Che dire dell'argomento *ad hominem*, col quale il prof. Alibrandi a pag. 4 delle sue osservazioni vuol cogliermi in contraddizione? Egli pretende che se, a parer mio, lo stemma dei Giustiniani fu bene inquadrate dal principe Sigismondo, ponendolo in secondo luogo, io doveva necessariamente dire lo stesso del cognome e non riconoscere legittima l'aggiunzione di questo, se non in secondo luogo.

(1) [V. pag. 52-53].

(2) [V. pag. 52].

Ma io aveva espressamente notato, che mentre pel diritto comune alla materia dei nomi si applicava il diritto romano, ed era perciò ammessa liberamente la mutazione e l'assunzione del nome altrui (e perciò tanto più l'aggiunzione in primo o secondo luogo indifferentemente), purchè non fraudolenta e dannosa; relativamente allo stemma nel diritto comune vi erano due scuole diverse; una rappresentata da celebri giureconsulti italiani come Bartolo, il Vivi, l'Urselli ecc., i quali applicavano a questa materia un diritto non molto dissimile da quello applicato ai cognomi; un'altra costituita soprattutto da giuristi stranieri, che invece propugnava per lo stemma un diritto di origine tedesca più rigoroso ed esclusivo. Io aveva notato che scrittori valorosi, come il Maiansio, rilevavano appunto la differenza delle regole relative al cognome e di quelle concernenti le insegne. E perciò io aveva conchiuso che, se si fosse trattato di vera sostituzione dello stemma Giustiniani a quello Bandini, il diritto di D. Sigismondo poteva essere dubbio, potendosi dare la preferenza all'una o all'altra scuola. Ma ogni dubbio era tolto di mezzo, dal fatto che D. Sigismondo non aveva sostituito uno stemma all'altro, ma solo aveva inquantato in secondo luogo lo stemma Giustiniani in quello dei Bandini; e tale inquantamento era riconosciuto valido, legittimo e pienamente conforme alle consuetudini araldiche vigenti in Italia anche dai più severi scrittori tedeschi, come T. Hoepfing, e dalle maggiori autorità in materia di blasoni come il padre Menestrier. Ora potrei aggiungere ai passi citati anche il seguente dell'illustre prof. A. GLORIA, *Lezioni teorico-pratiche di paleografia e diplomatiche*, Padova, 1870, pag. 485: « Alle cose già dette aggiungasi ciò che segue: I. Parecchie famiglie moltiplicarono nel proprio scudo le armi, perchè « aggiunsero alle proprie quelle delle famiglie con cui s'imparentarono ».

E sarebbero pure da confrontare: DE LA ROQUE, *De la noblesse maternelle*, pag. 45-49; DE SAMAINVILLE, *Armoiries*, pag. 439 seg.; LEVESQUE, *Du droit nobiliaire*, Paris, 1866, al titolo *Acquisition et transmission des titres*.

La notata differenza di diritto tra lo stemma e il nome vale anche a spiegare le parole del Tesoro citate dal prof. Alibrandi a pag. 5 delle sue osservazioni; le quali parole del resto perdono anche del loro valore, se si legga tutta la decisione.

Mi sembra pertanto di poter concludere con sicurezza che le osservazioni del prof. Alibrandi non valgono ad alterare in alcuna parte le conclusioni e i motivi del mio parere.

III.

SULLA DIFESA ORALE DEL PROF. CENERI.

Le ragioni messe innanzi dal prof. Ceneri solo in parte coincidono con quelle del prof. Alibrandi.

Il prof. Ceneri, se si spogliano i suoi concetti della forma splendida colla quale egli, secondo è solito, li ha rivestiti, ha detto in sostanza: « Non è possibile che la L. un. Cod. *de mut. nom.* si interpreti come lo Scialoja, perchè « la soverchia libertà delle mutazioni avrebbe generato una intollerabile confusione; molto meno poi si può ammettere che nella mutazione permessa fosse « compresa l'assunzione di un nome già da altri portato; la famiglia romana « non avrebbe mai permesso ciò; la l. 196 D. *de verb. sign.* 50, 16 ci dice « espressamente, che i figli seguono il padre e non la madre; non poteva « dunque esser lecito assumere il nome materno. In ogni modo il passo della

« *Summa* del cardinal De Luca dimostra che nel diritto pontificio l'assunzione del nome altrui non era permesso ».

Come vedesi, nella prima parte l'illustre difensore del marchese Giustiniani ha voluto provare l'impossibilità della mia interpretazione dei testi romani riducendola all'assurdo per i soverchi inconvenienti, che se ne sarebbero prodotti.

Ma è qui da osservare anzitutto, che una legge non può dirsi inesistente o priva di forza solo perchè produttiva d'inconvenienti, fossero pure inconvenienti eccessivi: questi saranno una buona ragione per modificare la legge; ma, finchè la modificazione non è avvenuta, la legge vige e deve rispettarsi.

Or che realmente la L. un. Cod. *de mut. nom.* e le altre da me riferite nel parere sancissero la libertà della mutazione del nome (salvo il caso di mutazione dolosa) non può mettersi in dubbio dopo le cose già dette; bisognerebbe opporre altre leggi limitatrici; ma queste non esistono.

Che poi nella lecita mutazione non fosse compresa anche l'assunzione di un nome altrui, è cosa che gli avversarii affermano, ma non provano. Or di fronte ad una legge generale come la L. un. Cod. *de mut. nom.* l'eccezione, sino a dimostrazione in contrario, non può riconoscersi.

Ma v'ha di più, si può da noi dare la prova, che realmente tale eccezione non v'era, e che anche l'assunzione del nome altrui, non dolosa, era permessa. Molti sono gli argomenti, che si possono perciò addurre:

a) La stessa legge un. Cod. *de mut. nom.* riconosce che il nome può mutarsi liberamente, come può liberamente imporsi da principio. Ora è cosa notissima che nelle famiglie romane al tempo dell'impero era abituale di dare ai secondi figli il nome materno, e ai seguenti il nome di altri parenti. (L'esempio è nei digesti alla L. 76 § 5 *de legat.* II (31) il fatto poi è attestato da numerosi esempi storici ed epigrafici; vedi il mio parere pag. 28, 38 (1) e gli autori ivi citati). Dunque doveva esser lecito mutare il proprio nome assumendo uno di tali nomi.

b) In tutte le leggi romane in materia, e specialmente in quelle che, come la l. 65 (63) § 10 D. *ad S. C. Trebell.* 35, 1 e la l. 19 § 6 D. *De donat.* 39, 5 parlano dell'obbligo imposto da un privato per testamento o per contratto di mutare il proprio nome, la mutazione è ammessa senza far mai cenno della possibile opposizione di altri portatori del nome stesso. È assurdo il ritenere che in tutti questi esempi si presupponesse che niun altro portasse più quel nome, e che tale necessario presupposto fosse sempre taciuto dai giureconsulti e dagli imperatori.

c) I nomi e i cognomi che noi troviamo essere stati in fatto assunti, nei casi di cui abbiamo memoria, sono tali che è impossibile il supporre che non vi fosse nel mondo romano altri che li portasse: tali sono p. e. *Julianus, Gordianus, Severus, Cornelius, Plotius, Cassius, Statilius, Annius, Julius*, ecc.

d) Finalmente chi ammette nel diritto romano una facoltà dei terzi di vietare ad altri l'assunzione anche non dolosa del loro nome, deve indicare un'azione da concedersi a questi terzi. Ora tale azione non esiste; e solo dagli interpreti, che più larga difesa vollero concedere, fu ritenuta qui applicabile l'*actio iniuriarum*. (Vedi nel mio parere le citazioni di Einert, Jhering, Salveton a pag. 43 e 45) (2). Ma questa azione fondata sulla *iniuria* richiede

(1) [V. pag. 58, 62].

(2) [V. pag. 63-65].

pur sempre, che esistano gli estremi di questa, cioè l'*animus iniuriandi* e l'offesa realmente arrecata all'attore.

Che vale contro tali ragioni il ricorrere alla l. 196 D. de V. S. 50, 16? Ecco il testo di questa legge: *GAIUS libro sexto decimo ad edictum provinciale. Familiae appellatione et ipse princeps familiae continetur. Feminarum liberos in familia earum non esse palam est, quia qui nascuntur patris familiam sequuntur.*

La parola *familia* aveva in latino, e soprattutto nel latino giuridico, molti vari sensi: poteva indicare il più ristretto gruppo familiare unito dal vincolo della patria potestà; poteva significare il più largo gruppo agnatizio; si poteva riferire al gruppo dei cognati; talora anche ai servi soltanto di una determinata casa, ed anche alle cose della casa stessa. In tutti questi sensi la parola si trova usata e definita nel *corpus juris* (Vedi l. 195 de V. S. 50, 16; l. 40 § 2, 3 Cod.; l. 5 Cod. de V. S. 6, 38 e le numerosissime altre leggi citate nei dizionari giuridici: BRISSONIUS, de verb. signif., v. familia; DIRKSEN, manuale latinitatis fontium juris civilis, v. familia). Una di queste definizioni per uno di quei sensi è data nella nostra legge 196 de V. S., nella quale Gaio, come si rileva dal libro onde il frammento è estratto, parlava della parola *familia* usata dal pretore nell'editto relativo alla *bonorum possessio* accordata alla *familia patroni* sulla eredità del liberto defunto (Vedi LENEL, *Edictum perpetuum*, pag. 285, nota 8, *Palingenesia juris civilis*, vol. I, colonna 224, n. 296. Naturalmente qui si aveva riguardo alla famiglia stretta dal vincolo della patria potestà, e ne erano esclusi i figli di figlia passata per matrimonio in altra famiglia.

Ma che cosa ha che fare tutto ciò con la nostra questione? Si potrà forse da quella definizione dedurre non esser lecito ad alcuno di mutar il proprio nome e di assumere il materno? No davvero: al massimo si potrà dire che il figlio nasce soggetto alla potestà del padre; che dalla volontà del padre, e non da quella della madre riceve il nome e che ordinariamente riceve il nome paterno. Nulla più. Se si volesse dire, che il figlio non può dal padre ricevere un nome diverso, si andrebbe contro alla testimonianza di tutta la storia, e di leggi come la legge 76 § 5 de leg. II (31); se si volesse inferire che anche uscito dalla patria potestà, o per morte del padre o per emancipazione, il figlio non potesse mutar nome, si andrebbe contro e alla storia e alle leggi numerose da noi tante volte citate.

Ma il ricordo della l. 196 de V. S. 50, 16 fatto dal prof. Ceneri, ci richiama appunto a considerare, come molti istituti sociali, molte forze e di interessi e di affetti si opponevano a quell'abuso di mutazioni di nomi e di assunzioni di nomi altrui, che il prof. Ceneri stesso crede essere un ostacolo insuperabile alla mia interpretazione. Il diritto può lasciare libero campo all'arbitrio individuale, quando questo è nella società sufficientemente frenato da vincoli non giuridici: la necessità dello intervento coattivo della legge si prova soltanto quando le forze sociali e psicologiche non bastino di per sè. Ora in materia di mutazione di nome l'amore che ognuno suol portare al proprio, la immedesimazione che in esso si sente della propria individualità, l'interesse di mantenere salvi e riconoscibili i propri rapporti fanno sì che di rado si sia indotti a mutarlo: di più la soggezione alla patria potestà faceva sì che in Roma il figlio, anche in età molto avanzata, non avrebbe potuto di suo arbitrio, senza la volontà del padre, modificare in alcun modo il nome a lui imposto. Alle dolose mutazioni provvedeva il diritto. Dov'era dunque quel tremendo pericolo, che dovrebbe rendere assurda la mia interpretazione? Può dirsi che

qualche leggero abuso vi sia stato: ma non bastevole a far nascere provvedimenti giuridici. Quando gli abusi crebbero, come nell'età di mezzo in qualche paese, si ebbero infatti le nuove leggi; e così in Francia Enrico II emanò nel 1553 la celebre sua ordinanza restrittiva.

Ma in Italia, e specialmente negli Stati Pontifici, il diritto romano mantenne il suo rigore.

Alla lunga serie di autori da me addotti nel mio parere per dimostrare la continuazione dell'applicazione dei principii del diritto romano, al fatto stesso che in Germania anche oggi si ritengono applicabili quei principii come parte del diritto comune colà dall'Italia importato, gli avversari riconosciuta la forza dei miei argomenti circa il Fabro e il Voet, non sanno più obiettare altro che un passo del cardinal De Luca da me pure trascritto a pag. 75 del mio parere (1). Ma quel passo, come io già osservai, è in disaccordo con altri due passi dello stesso cardinal DE LUCA nel *Theatrum veritatis et iustitiae*, e nel *Dottor volgare*; e tale disaccordo dimostra di per sè luminosamente, che non vi era un diritto pratico fisso diverso dal romano, che il De Luca non esponeva il diritto vigente, ma sue idee individuali. D'altronde, anche in quello stesso passo della *Summa*, il cardinale ammette intervento del giudice solo nel caso di *gravia praeiudicia*; e questi nel fatto D. Sigismondo Giustiniani-Bandini non esistono nè punto, nè poco.

D'altronde anche se il cardinale De Luca non avesse avuto che una sola ed identica opinione nei tre suoi scritti, questa non sarebbe stata sufficiente a dimostrare l'esistenza di un diritto consuetudinario diverso dal romano, poichè: 1) mancano del tutto sentenze atte a formare quella lunga serie di giudicati conformi necessari a stabilire il diritto consuetudinario; 2) tutti gli altri dottori, dei quali molti furono da noi citati nel parere, stavano per l'applicazione del diritto romano, e, tra questi, vari scrittori pratici contemporanei ed anche posteriori al De Luca (come p. es. in Italia il Sabelli, in Germania tutti i citati nel parere); 3) l'uso continuato di mutare il nome e di assumerne un altro accanto al proprio (prima e dopo) e addirittura in sostituzione del proprio, è attestato dalla lunga serie di esempi di famiglie nobili romane raccolti e addotti negli atti di difesa del principe Sigismondo Giustiniani-Bandini; 4) finalmente il diritto vigente nello Stato pontificio è attestato dal breve stesso del papa Pio IX, il quale, esposta la vera condizione dei fatti, nulla trova da ridire nell'aggiunta del nome Giustiniani a quello Bandini fatta da D. Sigismondo, anzi ne trae argomento di lode e di premio.

Concludo adunque di nuovo, che l'atto di D. Sigismondo di unire al proprio il cognome Giustiniani è sotto tutti gli aspetti conforme al diritto vigente nello Stato Pontificio al momento, in cui l'atto stesso fu compiuto; e che oltre all'essere legittimo, esso è anche buono e pio, se si considera che il cognome Giustiniani ch'egli assunse, è quello della estinta casa di Roma, i cui beni ereditari erano stati raccolti da Don Sigismondo, e il cui ultimo rampollo era stata Donna Cecilia madre di D. Sigismondo.

Roma, 9 luglio 1889.

(1) [V. pag. 76].

COGNOME E STEMMA^(*)

FATTO

Il cav. Angelo Fondi di Siena, presago che la sua famiglia si sarebbe estinta con lui, con testamento 7 febbraio 1764, istituì erede universale il signor Curzio Ugurgieri, a condizione che questi prendesse il nome, cognome ed arma della Casa del testatore e rinunziasse formalmente ad ogni pretesa sui propri beni paterni e materni, di qualunque specie. E l'Ugurgieri, divenuto maggiorenne, con pubblico istrumento 19 agosto 1774, emise la più ampia e formale rinunzia a tutti i beni di sua famiglia. Da Curzio Ugurgieri, divenuto così Angelo Fondi, nacque Alfonso Fondi e da questo l'unica figlia, la signora Luisa, la quale nel 1850 andò sposa al cav. Lorenzo Grottanelli di Siena. Fin da quel tempo, il cav. Grottanelli unì pubblicamente lo stemma Ugurgieri al suo nelle chiese delle contrade di Siena, delle quali è protettore, nelle case di sua proprietà, nelle carrozze ecc.; e in Siena la sua famiglia venne comunemente chiamata Grottanelli-Ugurgieri. Nel 1877 lo stesso cav. Grottanelli, compiuto il suo villino di Firenze in via Jacopo da Diacceto num. 5, fece apporre nei cancelli la sua arma con a sinistra quella degli Ugurgieri, e sopra una buca destinata a ricevere le lettere fece incidere le parole « Grottanelli-Ugurgieri ».

Contro l'uso di questo nome nessuno delle varie famiglie Ugurgieri aveva mai fatto opposizione, o mossa lagnanza, finchè, essendo morto il 16 gennaio 1886 il sig. Bandino Ugurgieri, il figlio di lui dott. Francesco, con atto 18 dicembre 1886, notificò ai coniugi Grottanelli-Ugurgieri ed ai loro figli Ruggero e Gualtiero una protesta, colla quale contestava ad essi il fatto della usurpazione del cognome Ugurgieri, dello stemma e del titolo di conte appartenenti a tale famiglia, ed intimava loro di cessare da tale abuso e di togliere in breve termine lo stemma Ugurgieri dai cancelli del villino, ed il cognome dalla buca delle lettere.

(*) Parere nella causa tra Ugurgieri dott. Francesco e Grottanelli conte Lorenzo, e figli Ruggero e Gualtiero, e Grottanelli-Ugurgieri Luisa (Tip. L. Niccolai, Firenze, 1896).

Non essendosi dai Grottanelli ottemperato a tale intimazione, l'Ugurgieri notificò ad essi in data 7 maggio 1887 analogo atto di citazione a comparire avanti il tribunale di Firenze, chiedendo:

a) che fosse dichiarato non avere i signori Grottanelli diritto di assumere in qualsivoglia modo ed in qualsivoglia atto il cognome e grado della famiglia Ugurgieri, e di fare uso dello stemma esclusivamente spettante a questa famiglia;

b) che fosse assegnato ad essi un breve termine a togliere dal villino lo stemma Ugurgieri, che unito a quello Grottanelli sta sopra il cancello, e la iscrizione « Grottanelli-Ugurgieri » apposta sopra la buca per le lettere.

I signori Ruggero e Gualtiero Grottanelli, allora non comparsi, con atto d'uscire 24 giugno 1887 da essi firmato e notificato all'attore, dichiararono che la seconda parte della domanda non li riguardava, perchè essi non avevano diritto alcuno sul villino, che è di proprietà del padre loro; e che, in riguardo alla prima parte, essi non avevano mai fatto uso del cognome Ugurgieri, nè lo avrebbero usato in appresso, se non seguendo le norme dettate dalle vigenti disposizioni di legge. Il tribunale, con sentenza 19-22 ottobre 1887, ordinò che la causa, iniziata a richiesta dell'attore con rito sommario, si proseguisse col rito formale.

Il 3 gennaio 1889 i coniugi Grottanelli riassunsero la causa, con atto, nel quale comparvero anche i figli Ruggero e Gualtiero.

Da parte dell'attore si sostenne che la signora Luisa Grottanelli non aveva diritto di portare il nome Ugurgieri in seguito alla rinunzia fatta dal suo avo Angelo Fondi; — che, in ogni caso, se la donna avesse avuto diritto di *accostare* il proprio stemma a quello del marito, non poteva invece *inquartarlo* nello scudo di questo; — che non è vero che, per diritto comune, sia lecito ad ognuno di mutare nome ed assumere quello di un altro, purchè non vi sia il pregiudizio di questo; — che l'Ugurgieri aveva interesse e quindi azione ad impedire l'abuso del suo cognome da parte dei Grottanelli; — che il diritto di proprietà, che ognuno ha sul proprio nome patronimico, autorizza ad agire contro le usurpazioni di esso; — che, una volta adita la via giudiziaria, si ha diritto ad ottenere il giudicato, senza attendere le dichiarazioni dei convenuti; — che, infine, a provare l'abuso del cognome Ugurgieri per parte dei Grottanelli, era lecito chiedere la prova testimoniale.

A tutti questi argomenti e pretese dell'attore si rispose ampiamente e con varii scritti dai convenuti, i quali si opposero alla chiesta prova testimoniale, dopo avere sostenuto, in via pregiudiziale, la mancanza di azione e d'interesse nell'Ugurgieri. Il presidente, con ordinanza del 4 maggio 1892, attesa la discordia delle parti sull'incidente della prova, le rinviò innanzi al tribunale.

La causa fu discussa all'udienza del 28 giugno successivo, e quindi il tribunale stesso, con sentenza pubblicata il 9 agosto, riservando il giudizio sul merito della controversia, respinse le eccezioni pregiudiziali affacciate dai convenuti, e, aderendo alla domanda dell'attore, ammise la prova.

Contro questa sentenza i Grottanelli padre e figli, essendo la signora Luisa mancata ai vivi fin dal 19 febbraio 1892, hanno appellato con atto del 28 novembre 1892.

Essendo le cose a questo punto, i signori Grottanelli mi hanno richiesto del mio parere intorno alle varie questioni, che si agitano nella causa.

DIRITTO

PRIMA QUESTIONE.

Dove possano trovarsi le norme che regolano il diritto del privato di convenire altri in giudizio per l'uso del proprio cognome.

Invano si cercherebbe sia nella legislazione vigente in Toscana fino al 1866, sia nel nostro codice civile, sia infine nel regio decreto 15 novembre 1865, n. 2602, per l'ordinamento dello stato civile, una qualsiasi disposizione, con la quale si conceda al privato il diritto di adire l'autorità giudiziaria per chiedere che venga impedito ad altri di assumere un dato cognome. Intorno ai cambiamenti ed aggiunte di nomi dispongono gli art. 119-125 del citato regio decreto 15 novembre 1865, coi quali si stabilisce che la relativa domanda debba essere fatta al Re per mezzo del ministro di grazia e giustizia; — che, qualora venga presa in considerazione, essa debba essere pubblicata per inserzioni ed affissioni; — che, entro quattro mesi, possa farvisi opposizione da chiunque creda di avervi interesse; — che, data l'opposizione, il guardasigilli deve udire il consiglio di Stato. Contro la decisione del guardasigilli si avrà ricorso all'autorità giudiziaria, quando vi sia stata lesione di *diritti acquisiti*, a norma degli art. 2 e 5 della legge 20 marzo 1865, alleg. E, sulla abolizione del contenzioso. Ma, all'infuori di questa procedura speciale, che regola una materia esclusivamente amministrativa, nelle leggi vigenti non abbiamo disposizione alcuna, che stabilisca se ed a quali condizioni sia concesso ad un privato l'esercizio dell'azione.

La citata sentenza del tribunale ha ritenuto che la controversia dovesse dirimersi in base al diritto odierno: e dopo avere ammesso che per le nostre leggi il nome ed il cognome degli individui siano oggetto di un loro diritto civile e facciano parte del loro patrimonio, ne ha dedotto che debba concedersi la corrispondente azione a chi si vede usurpato da altri il proprio cognome, aggiungendo che, se nella legge non vi è un testo preciso intorno a questa azione, vi è però l'art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile, il quale richiama ai principii generali, secondo cui non si può concepire un diritto senza la conseguente azione giudiziaria, tendente alla piena attuazione del diritto stesso contro chi lo nega o lo contrasta.

Ora l'accennata sentenza, pur dichiarando che le vigenti leggi regolano questa specie di diritti civili concernenti lo stato civile delle persone, non risolve la questione se quelle norme legislative concedano diritti ai privati, o non abbiano piuttosto l'unico scopo di regolare la materia dal punto di vista del diritto pubblico; quindi è che da quella premessa non si è autorizzati a concludere, senz'altro, essere naturale che debbasi concedere la corrispondente azione a chi vede da altri usato il proprio nome. Le leggi sullo stato civile si aggirano intorno a materie di diritto pubblico: la violazione di esse costituisce una *contravvenzione*, che si perseguita dai pubblici ufficiali; in materia di mutazione di nomi, la legge italiana si limita a regolare la procedura necessaria per ottenerle, e l'esercizio di una facoltà rimessa al potere esecutivo, e non s'interessa dei diritti dei privati.

Non ogni norma giuridica, la quale sia pure diretta alla difesa di interessi di privati, costituisce per costoro un *diritto soggettivo protetto da azione privata*; basta, per convincersene il ricordare che oggi, per esempio, in Italia

abbiamo una giurisdizione speciale (la IV sezione del consiglio di Stato) chiamata appunto a giudicare dei ricorsi per violazioni di tali norme.

Valgono benissimo anche per il diritto italiano le importanti osservazioni, che si trovano in una magistrale sentenza del 22 ottobre 1891, emanata dal tribunale dell'impero germanico (FENNER e MECKE, *Archiv für civilrechtliche Entscheidungen*, III, num. 55, pag. 98), il quale — notisi bene — giudica secondo quelle norme di diritto comune, che, nel silenzio delle nostre leggi, meritano di essere osservate anche presso di noi. In quel giudicato si legge: « Se, a stregua della costumanza moderna, le singole persone si distinguono per guisa che entro la società umana si distinguono anzitutto le « famiglie a mezzo di un nome familiare, e quindi entro i gruppi formati « dalle famiglie i singoli membri di esse a mezzo di prenomi; e questa costumanza, in grazia del *pubblico interesse*, che siavi una distinzione fissa « e chiara degl'individui, è diventata un elemento dell'ordinamento giuridico; trattasi in prima linea di un *obbligo avente la sua base nel diritto « pubblico*, in quanto la scelta del nome di famiglia non sta nel piacimento « del singolo, ma ciascuno ha da portare il nome della famiglia, cui — sia « per nascita o per atto giuridico (matrimonio, adozione, legittimazione) « — appartiene, nè ha più luogo la libertà di mutar nome riconosciuta « dal diritto romano ». (Confr. FADDA e BENZA, note alla traduzione del WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, pag. 634).

È dunque per ragioni di interesse pubblico che il nostro legislatore ha vietata l'arbitraria mutazione del proprio nome e cognome, e a ragioni di pubblico interesse esclusivamente sono ispirate le disposizioni, che regolano il cambiamento o l'aggiunta di nomi, mediante quella procedura, che abbiamo più sopra riassunta. A tale pubblico interesse provvede la tutela amministrativa. Ciò è riconosciuto anche da gravi scrittori. Lo JHERING (*Esprit du droit romain*, trad. franc. di MEULENAERE, tom. IV, Paris, lib. 2, part. 2, tit. 1, § 71, pag. 338, nota 520) infatti dichiara che *tali interessi sono affari dell'amministrazione*. E hanno scritto anche in questo senso EINERT, *Erörterungen*, 2ª ediz. 1846, pag. 75 segg.; GERBER, *Privatrecht*, § 34, n. 1; STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 2ª ediz., III, § 163, p. 52 seg. ecc.

Da queste considerazioni si deduce che male a proposito si cercherebbe nelle leggi vigenti il fondamento di quell'azione privata, di cui parliamo; il privato potrà solo denunziare alle autorità competenti la violazione della legge sull'ordinamento dello stato civile, chiedendo provvedimenti.

Adunque, se in Italia non vi è una legge positiva, che definisca, nei rapporti privati, le azioni concernenti il diritto al nome, questo dovrà essere regolato in base all'articolo 3 delle disposizioni preliminari. Tale articolo, facendo richiamo ai principii generali di diritto, non autorizza il giudice a sostituire ai veri *principii del diritto costituito* altri principii, che egli possa credere buoni per il diritto costituendo, così come ha fatto il tribunale di Firenze; sicchè, se non vuolsi che la ricerca abbia un carattere del tutto astratto e pericolosamente arbitrario, è necessario fare ricorso al diritto comune. Questo, che del resto vigeva come diritto positivo in Toscana prima del codice attuale, contiene i principii che la nostra vigente legislazione non ha per questa parte modificati. Nè tuttavia sarà da trascurare la razionale ricerca intorno alla natura del così detto *diritto al nome*, in confronto con le più certe categorie giuridiche del nostro diritto.

Stabilita per tal modo la via da seguirsi, non basterà vedere, se il diritto al nome sia stato nel diritto comune riconosciuto e quale natura debbasi ad

esso attribuire; ma bisognerà eziandio indagare quali condizioni siano richieste all'esercizio dell'azione da parte del privato, od, in altri termini, in che cosa debba consistere la violazione di quel diritto.

SECONDA QUESTIONE

Se ed a quali condizioni il privato possa, per diritto comune e pei principii generali del diritto costituito, agire contro chi usa il nome della propria famiglia.

Relativamente a tale questione, ci richiamiamo innanzi tutto a quanto fu da noi dimostrato nel parere redatto intorno alla causa Giustiniani-Bandini e Giustiniani, definitivamente decisa in modo conforme alla opinione da noi sostenuta. In quello scritto (1), basandosi sulla notissima legge un. Cod. *de mutatione nominis*, 9, 25, interpretata ed illustrata col sussidio di molti altri testi romani e coll'autorità dei più insigni giureconsulti, potemmo con sicurezza concludere, che per diritto romano, in generale, la mutazione del nome era liberamente ammessa, e che, in particolare, l'assunzione del cognome materno e di quello di colui, del quale si è raccolta l'eredità, era molto usitata, sia che il nuovo nome si sostituisse all'antico, sia che a questo si aggiungesse, posponendolo od antepoendolo. Dimostrammo pure che in diritto romano non sono concesse ai privati azioni per impedire ad altri di assumere e portare il proprio nome, e che ai privati stessi rimangono solo le azioni dirette al risarcimento del danno derivante dai reati in tale materia. E con tali azioni private non si perseguiva già l'assunzione del nome per sè stesso, ma bensì il delitto, che, mediante tale assunzione, era commesso.

Nel diritto comune poi, quantunque non se ne trovi parola nei testi, si concesse l'*actio injuriarum* contro chi, assumendo l'altrui nome, ledesse l'altrui reputazione, e recasse ad altri offesa tale, da rientrare nel concetto dell'*injuria*; e così si tutelò il così detto *diritto al nome*, ma nei limiti, che all'azione stessa erano tracciati. Ed anche qui ciò che si colpisce non è il nome di per sè, nè l'assunzione di esso, ma l'*ingiuria specifica*, che, per mezzo di tale assunzione, si commette.

A questo punto, e ritenuto come non dubbio quanto abbiamo or ora riportato delle conclusioni, alle quali venivamo nel parere per la causa Giustiniani-Bandini, crediamo opportuno di ricercare anche quale natura abbia tale *diritto al nome*, di cui così spesso si sente fare parola. La questione è per noi interessante, perchè dal vario modo di concepire questo diritto si traggono conseguenze diverse, specialmente in riguardo alle violazioni ed alla tutela di esso, e perchè la tendenza manifestatasi di concedere al privato azione per impedire ogni uso del suo nome, deriva dal ritenere che il diritto in parola rientri pienamente nell'ordinaria figura del *diritto di proprietà*.

Fra i seguaci di questa opinione, alcuni limitansi ad affermare dogmaticamente, che il diritto al nome è un diritto di proprietà, che il nome patrimoniale fa parte del *patrimonio* di ogni cittadino, e simili, senza però dimostrare il fondamento giuridico di tale principio; altri lo sostiene, basandosi sul riflesso, che dal nome si ha il godimento e la disponibilità, come di ogni altro oggetto del diritto di proprietà. Ai primi si può rispondere

(1) [V. pag. 49 e 82].

che, nelle materie giuridiche, le affermazioni di principii debbono essere dimostrate; ai secondi noteremo, che il godimento è una qualità intrinseca di ogni diritto, poichè non si può nemmeno concepire un diritto, che non apporti un godimento nel soggetto di esso. Quanto poi alla disponibilità del diritto al nome ed, in genere, quanto al sostenere che si tratti di un diritto di proprietà, noi ci domandiamo come sia compatibile con un simile concetto il fatto, che il nome è immutabile per legge di ordine pubblico, che non è trasmissibile, se non mediante la figliazione per *masculos*, — che è inalienabile, — che non ha valore economico di sorta, — che non è esclusivamente proprio di alcuno che lo porta, ma è comune a tutti i membri della famiglia, — che l'uso che altri ne faccia, non toglie a noi l'uso che ne facciamo, nè per sè stesso (ove non concorrano altre circostanze) lo *perturba*. Date tutte queste restrizioni, come può sostenersi il concetto della *proprietà del nome*, per trarne la conseguenza, che chi ha diritto al nome può, in ogni caso, agire contro il terzo, che se lo appropria? Se alcuno, dando alla parola *proprietà* il più lato significato di pertinenza giuridica, vuole usarla anche per questi rapporti, si rammenti però sempre che egli non parla della proprietà vera e propria, e che la maggior parte delle regole, che questa governano, non sono a quella così lata proprietà applicabili. Pur troppo la confusione delle parole produce in queste materie spesso una deplorabile confusione di cose.

Or se non è possibile il ritenere che trattisi di un vero diritto di proprietà, che cosa diremo che sia nel diritto italiano questo diritto al nome?

Tale questione trovasi svolta, colla solita maestria ed elevatezza di concetti, dai moderni giuristi tedeschi, i quali, — come è noto, — continuano ad illustrare quel diritto comune, che vige tuttora in Germania, che forma anche la base del nostro diritto positivo, e che, come abbiamo di sopra veduto, non può trascurarsi, quando si voglia fondatamente risolvere la proposita questione. — Noi esamineremo brevemente in primo luogo le teorie intorno ai diritti incorporali in genere, e poi quelle sul diritto al nome in specie.

A proposito dei diritti su cose incorporali è grave disputa fra i moderni non solo intorno all'essenza di essi, ma persino intorno alla terminologia.

Ma se il concetto della proprietà intellettuale, letteraria, artistica ed industriale era, con diversa forma e con varia tendenza, prevalente nell'antica dottrina, senza però giungere alla confusione di siffatta proprietà con quella che ha per oggetto cose corporali ed è la proprietà propriamente detta, nei tempi più recenti il diritto sulle cose incorporali del genere indicato si rappresenta piuttosto, sotto varie forme e con varie graduazioni, come diritto della personalità.

Importante è, a questo proposito, la teoria del Kohler, che ebbe tante volte occasione di occuparsi nei suoi libri di diritti di tale natura, e sul quale può vedersi Franchi nella *Riv. it. per le scienze giuridiche*, I, 457 e seg. Egli in più luoghi dei suoi scritti ha giustamente sostenuto doversi distinguere fra questi diversi diritti. Da un canto pone i diritti d'autore e di patente; dall'altro i diritti al nome, al titolo, alle armi di famiglia, all'insegna, alla ditta ecc. Nei primi si tratta di beni aventi un'esistenza a sè con qualità e valore proprio; all'incontro i secondi sono soltanto la *designazione di una persona*, o in sè o come dirigente un'impresa. L'individuo ha diritto di distinguersi da ogni altra persona nella moltitudine degli uomini che lo circonda, affinchè in qualunque modo, per qualunque scopo egli sia facil-

mente riconoscibile, e perchè a lui solo si ascrive il merito od il demerito delle sue azioni. Ora questo diritto di distinzione è un *diritto individuale* in grado eminente; ed il nome, il marchio, l'insegna non sono che dei modi, dei mezzi, per cui esso diritto si fa valere, e che soltanto come mezzi si adoperano, senza che, sciolti da questo ufficio o rapporto, abbiano alcun valore. Ne consegue che, a difendere dalla usurpazione del nome o del marchio, a porre il fondamento della protezione giuridica loro, non vi è punto bisogno di creare alcun rapporto speciale di diritto tra la persona e il nome o marchio stesso, ma basta il diritto individuale. In altri termini, è inutile (oltrechè inesatto) *quando si contesta agli altri l'uso del proprio nome o marchio individuale*, dire che vi fu violazione di un *diritto di proprietà*; si è invece semplicemente offeso l'*individuo*, ed è questi soltanto che vuol essere protetto, vietando qualunque usurpazione di quel nome o marchio, in quanto rappresenta la sua persona, pel quale egli si fa conoscere e pel quale possono ascriverglisi azioni disoneste e sleali, diminuire la sua fama o godere illecitamente gli utili del suo bene operare. A mostrare che, in questi casi, l'oggetto del diritto non ha, per sè stesso, valore, il Kohler così ragiona (*über das Recht an Zeitungs-Titeln* nel *Centralblatt f. die juristische Praxis*, I): « Il diritto alla designazione poi è il diritto sulla persona, poichè « non già il nome in sè ha valore patrimoniale, nè porta in sè un bene capace « di godimento, ma è solo il mezzo per la designazione, per la separazione, « per far risaltare l'individualità; esso non ha altro valore fuor della persona che lo porta. Onde la conseguenza: *esso intanto è protetto, in quanto « ha efficacia designativa individualizzante*. Chi assume un marchio per una « merce non può impedire che altri assuma lo stesso marchio per un'altra « merce, in quanto queste merci tanto si differenzino l'una dall'altra, da « non poterne sorgere confusione ».

All'idea del Kohler si accosta l'opinione di coloro, che, nelle figure giuridiche in esame, scorgono *diritti assoluti*, da non confondere coi diritti reali, appunto per l'immaterialità dell'oggetto (cfr. HARUM, *La legislazione austriaca sulla stampa*, citato da Randa; e lo stesso RANDA, *Proprietà*, pag. 47, § 3, nota 43; FRANKEN, *Dir. priv. ted.*, § 13, pag. 118 seg., § 16, pag. 154 seg.; STOBBE, *Handbuch*, loc. cit.).

Il Bekker poi (*Pand.*, I, § 20, app. 1, pag. 63) raggruppa tutti i diritti in questione, e li considera a parte come *diritti su cose incorporali*, asseverando che questo almeno dovrebbe ritenersi per costante, che cioè non si possono far rientrare in una delle categorie principali di diritti privati finora conosciuti, nè in quelle dei diritti reali, nè in quelle delle obbligazioni.

Da questa teoria generale dei diritti su cose incorporali, passando a parlare più specialmente del diritto al nome per determinarne la natura, bisogna in primo luogo fissarne lo scopo. È evidente come il nome, — intesa questa espressione in senso largo — abbia per iscopo di designare in modo certo un determinato individuo. « *Nomina significandorum hominum gratia reperta sunt* »: è detto assai esattamente nel § 29, I, *de legat.* 2, 20. Su ciò non può cadere dubbio.

Il nome del cittadino italiano consta di due elementi: *nome e cognome*. Il primo (che è detto anche *nome proprio* o *nome di battesimo*) è la designazione speciale dell'individuo, tratta d'ordinario dai calendari dei diversi culti, o dai nomi di personaggi storici; il secondo è il *nome di famiglia*, o *casato* o *nome patronimico*.

Le nostre leggi determinano l'obbligatorietà dell'imposizione del nome e del cognome negli atti di nascita, ed i cambiamenti di cognome, che avvengono in forza del codice civile, per mutamenti della condizione civile, ed inoltre regolano le mutazioni ed aggiunte ai nomi da concedersi in via amministrativa per decreto reale; disposizioni che si limitano al campo del diritto pubblico.

Da un lato abbiamo veduto come non sia giuridicamente sostenibile il concetto della vera proprietà del nome; dall'altro abbiamo che la sua funzione sociale è quella di distinguere gl'individui nella società — abbiamo che il nome è la espressione della persona considerata in relazione alla famiglia, ossia null'altro che un elemento della nostra personalità immateriale; — abbiamo insomma che il nome è per l'uomo, come scrive il MAYER, (*De la contrefaçon*, n. 17); « *la marque sociale, le signe de son identité et de « son individualité* »; e quindi seguendo la bella teoria del Kohler, siamo portati a riconoscere che il diritto al nome è un vero *diritto sulla persona propria*, che si confonde nel *diritto stesso di personalità*, e che non è affatto un *diritto di proprietà* su cosa incorporale, il quale importerebbe che l'oggetto del diritto stesso fosse qualche cosa *fuori di noi* ed avente un *valore patrimoniale*.

Questo valore patrimoniale non c'è per sè stesso nel nome, che *inaestimabilis res est*; è soltanto la violazione del diritto al nome, che può eventualmente far sorgere una ragione di carattere patrimoniale, allo stesso modo che la fa sorgere una violazione del diritto sul nostro corpo.

Nè vale il sostenere, che per lo meno il nome patronimico è qualche cosa che non appartiene a noi soli, ma alla parentela agnatizia in genere, e quindi è fuori di noi; poichè, in quanto esso contribuisce alla formazione del nome individuale e può essere indizio di qualità spettanti alla persona, non è se non l'espressione della persona stessa, e sotto questo punto di vista soltanto forma oggetto del diritto speciale in esame.

Escluso adunque il concetto, che il diritto al nome sia un vero diritto di proprietà, ne segue che bisogna pure negare il corollario, che cioè il preteso proprietario del nome abbia azione in ogni caso di assunzione di quel nome per opera di un terzo. Infatti in tanto la proprietà dà luogo ad azioni, indipendentemente dalla dimostrazione d'interessi d'altro genere offesi nella persona del proprietario, in quanto appunto l'uso totale o parziale, che altri voglia fare dell'obbietto della proprietà, implica necessariamente una *privazione* od una *turbativa* del diritto del proprietario su quello obbietto. È dunque inutile e falso il parlare di proprietà, nel senso giuridico di questa parola, ossia in relazione agli effetti giuridici di essa, quando ciò, che sarebbe oggetto di questa pretesa proprietà, è di tal natura, che può essere usato da più persone, senza che l'uso dell'una privi minimamente l'altra del suo pieno ed imperturbato uso. Ora il nome ha appunto indole tale, che l'uso di uno non è, per sè stesso, indipendentemente da circostanze concomitanti, menomato dall'uso che altri ne faccia; e ciò tanto è vero, che ordinariamente e nomi e cognomi appartengono in solido a più persone. L'uso, che altri faccia di un dato nome, può costituire turbativa, ma *in quanto turbi i fini, ai quali è socialmente destinato il nome*. Ora ciò non avviene per il fatto in sè dell'assunzione del nome, ma in forza del concorso di altre circostanze. Onde per sapere se azione vi sia, bisogna vedere, se, oltre al fatto in sè dell'assunzione del nome, vi fu concorso di alcuna di quelle circostanze.

Posto questo fondamento, noi passiamo a ricercare e determinare, quali siano queste circostanze, queste condizioni, per le quali il privato abbia facoltà di esperire la via giudiziaria contro chi usa il suo nome.

Noi abbiamo veduto che il fondamento giuridico del diritto al nome è la designazione individuale, è la stessa personalità umana; onde si comprende di leggieri, come l'azione del privato non possa aversi, quando non vi sia stata offesa alla personalità sua, al suo diritto di non essere confuso con altri. Lo JHERING (*Annali per la dogm.*, XXIII, 324 e segg.) afferma che non esiste un vero e proprio diritto al nome considerato in sè stesso, e che solo si può agire contro l'usurpatore, quando questi attenta alla fama del titolare del nome, cercando d'ingannare circa la identità della persona, o quando, con l'assunzione del nome, si spaccia indebitamente per membro di una determinata famiglia.

Il Bekker poi (*Annali per la dogmatica del diritto*, XXX, p. 278) si pronunzia addirittura per l'incompetenza dell'autorità giudiziaria.

I professori Fadda e Bensa in una loro bella nota al libro II del *Diritto delle pandette* del Windscheid da essi tradotto (Vedi disp. 18, pag. 627 e seg.) ove si trovano molte idee e molti richiami da noi riferiti, si esprimono in questi termini a proposito della nostra questione nel diritto italiano: « A noi pare che di fronte al sistema completo stabilito dall'ordinamento dello stato civile, i criteri direttivi siano facili. Se altri adottò un nome eguale al nostro, senza che da tale assunzione risulti l'intento e la possibilità di confondere quella persona con noi o di essere considerata (naturalmente quando non se ne abbia diritto) come appartenente alla nostra parentela, MANCA AFFATTO L'AZIONE GIUDIZIARIA. Questa può mirare soltanto a tutelare la nostra identità o la nostra qualità di membri di una famiglia ».

Ed a questo proposito i chiarissimi scrittori richiamano la sentenza 14 agosto 1889 della corte d'appello d'Ancona in causa Giustiniani e Giustiniani Bandini (1), la quale poi ebbe la sua piena conferma in cassazione.

Adunque l'eguaglianza del nome non basta a dare base all'azione giudiziaria; occorre la necessità di difendere la propria identità e la propria ragione di parentela. Se altri assume un nome in contravvenzione agli articoli 119 e seguenti del citato regio decreto sull'ordinamento dello stato civile, si potrà solo far ricorso all'autorità amministrativa competente in tema di mutazione di nomi, la quale provvederà come meglio reputerà opportuno.

Concludiamo colle parole dei sopra citati illustratori del Windscheid: « La competenza giudiziaria non è attualmente più estesa di quello che fosse per il diritto romano; essa limitasi a tutelare non già il nome per sè stesso, ma il nome come espressione della personalità offesa pel tentativo di confonderla con altri o per la pretesa di un estraneo, che vuol passare per congiunto. La differenza fra il diritto romano ed il moderno sta in ciò, che quello finchè non fossero lesi diritti privati, ammetteva piena libertà di cangiar nome; questo invece non ammette alterazione del nome, se non per via di regio decreto. Ma, come fu detto, tale cangiamento non altera i limiti della possibilità d'un'azione giudiziaria. E questo risultato riafferma viemmeglio le nostre osservazioni sul concetto del diritto al nome. Il nome considerato come espressione della personalità e del suo stato di famiglia, costituisce un diritto sulla persona propria, e l'azione giudiziaria compete solo quando vi sia violazione di quei diritti, di cui il nome è l'espressione ».

(1) [V. pag. 49 e 82].

Riassumendo abbiamo che:

1° Il diritto al nome non è un diritto di proprietà, e quindi colui che ne gode non può agire giudiziariamente di fronte a qualsiasi assunzione, che ne venga fatta da un terzo, come avviene per i veri casi del diritto di proprietà.

E di tale differenza noi abbiamo più sopra accennata la ragione.

2° Il privato avrà azione contro le usurpazioni del proprio nome, quando queste offendano e danneggino la sua personalità, — o perchè diminuiscono la rispettabilità di quel nome, — o perchè possano produrre confusione ed incertezza della sua individualità, — o infine perchè mirino a far passare ingiustamente l'usurpatore come appartenente alla sua parentela.

Giunti a questo punto non ci rimane che applicare tali principii al caso nostro, e vedere se in esso si rinvenga alcuna di quelle condizioni, per le quali dovrebbe concedersi l'azione.

Non sarebbe serio, — nè d'altra parte è stato nemmeno accennato dallo stesso attore, — anche il semplice dubbio che la famiglia Grottanelli sia tale, da far cadere nel ridicolo, o, tanto meno, da degradare la onoratezza del casato Ugurgieri. Del resto, qualora ve ne fosse stato bisogno, i convenuti hanno avuto cura di mostrare ampiamente l'antichità e nobiltà della loro famiglia; i meriti non comuni di parecchi loro antecessori; le illustri e alte parentele che hanno; e vi si aggiunge anche il diritto recentemente sancito con regio decreto di portare il titolo di conte.

Quindi, su questo punto, nessuna discussione.

Quanto alla possibilità di ingenerare confusioni ed al pericolo per il dott. Francesco Ugurgieri, che quella assunzione di nome possa danneggiare l'identità sua, egualmente non ci pare che siano cose sostenibili.

Altro è chiamarsi Ugurgieri, ed altro è chiamarsi Grottanelli-Ugurgieri; altro è alzare esclusivamente lo stemma Ugurgieri, altro è usare uno stemma formato colla unione di quelli delle due famiglie. Inoltre i Grottanelli provano che quel cognome Ugurgieri si aggiungeva al loro più per fatto dei terzi che per fatto proprio, e che del resto l'unione dei due cognomi non sarebbe stata dettata da capriccio o da vanità, ma che, — a prescindere dal diritto che potessero avervi e di cui vedremo in appresso, — essa serviva a distinguere la famiglia loro da altre famiglie Grottanelli, le quali abitavano pure in Siena, e colle quali perciò era più facile la confusione.

Per tal modo si può anche affermare che, con quella unione, i Grottanelli avrebbero cercato di raggiungere lo scopo e la funzione, che l'istituto del nome ha nella società, e che consiste appunto nella individualizzazione delle persone e delle famiglie e nell'evitare qualsiasi confusione.

E veniamo alla terza condizione, che potrebbe apparire come meno infondata nella nostra fattispecie. Nell'aggiungere il cognome Ugurgieri al loro, avrebbero i Grottanelli mirato a farsi considerare ingiustamente come appartenenti alla parentela, alla famiglia Ugurgieri?

Ad emettere parere negativo in questo giudizio di fatto siamo indotti da varii motivi.

In primo luogo notiamo essere consuetudine abbastanza estesa in Italia quella di aggiungere al casato del marito il cognome della moglie. Vero è che il conte Ugurgieri nega che la signora Luisa in Grottanelli sia una Ugurgieri; ma — a prescindere da una simile questione che esamineremo

in seguito (Vedi più sotto questione 4^a) — qui notiamo essere fuori di dubbio, che e la signora Luisa ed il suo consorte ed i figli di lei hanno sempre avuto e mantengono ferma la convinzione, che ella fosse un'Urgieri, e ciò vale ad escludere in essi qualsiasi idea meno che retta di volere indebitamente figurare come uniti da vincoli di parentela agli Urgieri. Inoltre è del pari innegabile che la signora Luisa ed i figli di lei siano consanguinei dell'attore, e quindi l'aggiunta del cognome Urgieri a quello di Grottanelli non sta a designare un rapporto infondato, ma si basa sulla realtà dei fatti, cioè su di un vero legame di parentela fra i convenuti e l'attore.

Ed inoltre, poichè, come si è detto, in Italia è comunissima ed in certe località quasi assolutamente necessaria l'aggiunta del cognome materno al paterno, quando si sente alcuno chiamarsi con due cognomi, ciò che s'intende da tutti è che il secondo cognome ad altro non vale, che ad affermare una parentela per mezzo di donna con la famiglia, che porta esclusivamente quel cognome aggiunto. Facciamo questa osservazione per escludere che, con quella aggiunta, i Grottanelli potessero avere intenzione di passare come membri del ramo agnazio di casa Urgieri, e per escludere del pari che l'atto loro potesse anche in apparenza riguardarsi come l'espressione di siffatta pretesione.

Ci pare di avere così dimostrato che, data la natura del diritto al nome nel diritto comune e secondo i principii generali del nostro diritto attuale, e date le condizioni, per le quali soltanto il privato può agire giudiziariamente contro l'usurpazione del suo cognome, al conte Urgieri manca l'azione contro i conti Grottanelli per impedire l'aggiunta, che costoro avessero fatta del cognome di sua casa al cognome loro.

TERZA QUESTIONE.

Se, a prescindere dalla questione precedente, avesse più il signor Urgieri interesse ed azione nella causa attuale, dal momento che, quanto agli abusi, i quali si sarebbero verificati in passato, non fu chiesta alcuna riparazione, e quanto all'avvenire, tre dei convenuti hanno dichiarato che non intendevano di assumere nè il cognome, nè il titolo, nè le insegne in questione.

Prima di entrare nell'esame di quest'altra pregiudiziale, crediamo opportuno, — anche per debito di lealtà, — di far cenno di un'altra eccezione, che la difesa dei signori Grottanelli affacciò avanti al tribunale.

Si volle infatti sostenere che l'azione promossa dall'Urgieri non apparteneva esclusivamente a lui, e che non era proponibile se non col concorso di tutti coloro, cui avrebbe potuto spettare, cioè di tutti gli appartenenti alla famiglia Urgieri, o almeno della maggioranza di essi; e ciò perchè, spettando il cognome egualmente a tutti per intero, il diritto di escludere altri dal parteciparvi non può essere esercitato, se non da tutti, potendo ognuno comunicare ad altri il diritto di assumere, e per intero, il cognome stesso.

Il tribunale ha decisamente respinta questa argomentazione, e, secondo noi, non a torto. Infatti, pur lasciando di ripetere le ragioni della sentenza, ci sembra incontrastabile che il cognome, in quanto contribuisce alla desi-

gnazione individuale, appartenga per intero a ciascuno dei membri della famiglia e che ognuno possa avere interesse e diritto di tutelarne il decoro e di impedirne le dannose usurpazioni. Vero è che ciascuno dei componenti della famiglia può comunicare in modo legittimo quel cognome ad estranei, ma questa comunicazione toglie agli altri il diritto di lagnarsene solo in quanto costituisce nella persona, in cui il nome è legittimamente trasmesso, un pari diritto di portarlo.

La pregiudiziale avrebbe valore giuridico, se l'attore appartenesse ad un ramo diverso e lontano della famiglia, il cui cognome fu usato dai Grottanelli accanto al proprio.

Ma questa circostanza di fatto non apparisce chiara dagli atti, che io ho esaminati.

Pur respingendo giuridicamente una tale eccezione, noi troviamo tuttavia che da essa si può desumere un argomento d'indole morale a favore dei signori Grottanelli, inquantochè il fatto dell'azione promossa dal solo dott. Francesco in mezzo a tanti membri di casa Urgieri, dimostra che non si è ritenuto da tutti costoro che vi fosse stata offesa o pregiudizio di sorta. Considerazione morale, che ha pure una certa efficacia giuridica; perchè se ne può dedurre la conseguenza, che mancano quelle condizioni, la cui esistenza è necessaria per l'esercizio dell'azione.

Non priva di buon fondamento giuridico invece è l'altra eccezione pregiudiziale affacciata dai convenuti, tendente in pari modo a costatare la mancanza di azione nell'attore, almeno di fronte ai signori conti Lorenzo, Ruggero e Gualtiero Grottanelli. Nell'atto introduttivo del giudizio, l'Urgieri chiedeva che fosse dichiarato non avere i Grottanelli diritto alcuno di assumere in qualsivoglia atto il cognome e grado della famiglia Urgieri, e di fare uso dello stemma esclusivamente spettante a questa famiglia. Poco tempo dopo i signori Ruggero e Gualtiero Grottanelli emettevano e notificavano all'attore quella dichiarazione, cui si associò il padre loro cav. Lorenzo, della quale abbiamo detto nella esposizione del fatto.

Obbligandosi per tal modo i convenuti a non fare uso del cognome Urgieri (nè a tale dichiarazione toglieva efficacia la riserva di ottenere l'aggiunta del nome per decreto reale, poichè questo è un diritto concesso dalla legge che lascia salva la opposizione degli interessati), essi prestavano quello che l'attore aveva domandato, e, per l'avvenuta prestazione, il corso dell'azione contro di loro doveva rimanere estinto. *Superest ut admoneamus, quod si ante rem iudicatam is cum quo actum est satisfaciat actori, officio iudicis convenit eum absolvere, licet iudicii accipiendi tempore in ea causa fuisset, ut damnari debeat: et hoc est quod ante vulgo dicebatur omnia iudicia absoluta esse.* Così le Istituzioni di Giustiniano nel § 2 del lib. IV, tit. 12 seguendo Gaio IV, § 114. E tale precetto vero per diritto romano è verissimo anche per l'attuale nostro diritto.

L'Urgieri sostiene di avere interesse a far constatare dall'autorità giudiziaria i pretesi abusi del suo cognome operati per il passato dai Grottanelli, sia per giustificare l'azione promossa, sia per chiedere — qualora la costatazione giudiziale riesca ad aversi — che ne sia impedita la rinnovazione per l'avvenire. Egli aggiunge inoltre che la dichiarazione della parte non ha la forza della cosa giudicata, che anzi, qualora non fosse in seguito osservata, essa lascerebbe sempre l'adito aperto a futuri giudizi. A questo ordine di idee si è associato il tribunale.

Ci sembra ovvio l'osservare che, per ciò che riguarda gli abusi del cognome Ugurgieri, che si dice essersi verificati prima della lite, la constatazione di fatti può essere giudiziariamente chiesta o per ottenere una liquidazione di danni, o come premessa di una statuizione del giudice per l'avvenire; e soltanto in questo senso possono ammettersi quelle sentenze dichiarative o ricognitive, cui ha accennato il tribunale. Ora mentre da un lato l'Ugurgieri non ha chiesto nessun risarcimento di danni, e nemmeno si è assunto di provare che quei fatti fossero stati per lui dannosi; d'altra parte la constatazione di essi allo scopo di impedirne la rinnovazione è ormai del tutto inutile per lui, poichè dagli abusi per l'avvenire lo garantisce la dichiarazione e relativa obbligazione assuntasi dai Grottanelli. Nè vale dire che questa non ha la forza di una sentenza, per la ragione che può essere violata e dar luogo al risorgere della controversia; poichè anche la sentenza potrebbe non essere osservata; ma, in qualsiasi caso di violazione, l'Ugurgieri potrà valersi della dichiarazione, come si varrebbe della sentenza, per impedire il rinnovarsi della lite in merito, allegando in via pregiudiziale l'obbligo assuntosi dai Grottanelli, e chiedendo la loro condanna al risarcimento dei danni.

Nè merita di esser presa in seria considerazione quella specie di interesse, che, secondo l'attore, si sarebbe da lui pur sempre avuto di ottenere una sentenza sul merito della lite, in quanto di essa avrebbe potuto valersi nella opposizione, ch'ei fosse per fare alla concessione dell'aggiunta del cognome Ugurgieri, quando la si chiedesse dai Grottanelli. Con ciò l'attore confonde e sovverte le competenze, e riconosce di avere istituito un giudizio, il quale, di per sè stesso, non avrebbe ragione di essere e servirebbe solo a provare la esistenza di un certo malanimo contro i convenuti. Del resto anche a tal fine potrebbe egli servirsi della dichiarazione obbligatoria rilasciata dai Grottanelli.

Questa seconda pregiudiziale quindi ben vale a respingere l'azione dell'Ugurgieri contro i signori Grottanelli cav. Lorenzo, Ruggero e Gualtiero.

Ma, contro il primo, l'attore denuncia altresì l'abuso dello stemma di casa Ugurgieri, da lui fatto alzare — insieme col proprio — sui cancelli del villino di Firenze, nonchè l'aggiunta del cognome Ugurgieri a quello Grottanelli nella scritta sopra la buca delle lettere nel detto villino.

Della legittimità di questi atti non potrebbe giudicarsi prima di avere ricercato

a) se la signora Luisa Grottanelli fosse una Ugurgieri;

b) se, data l'affermativa di tale questione, potesse il cav. Lorenzo inquantare nel proprio stemma quello della moglie.

QUARTA QUESTIONE.

Se la signora Luisa in Grottanelli fosse una Ugurgieri.

La rinunzia emessa da Curzio Ugurgieri, in seguito alla accettazione dell'eredità Fondi, ha portato per conseguenza la perdita in lui e nei discendenti suoi dell'appartenenza e del diritto al casato Ugurgieri? La risposta deve essere negativa, nè la questione merita che vi si spendano molte parole. In primo luogo osserviamo che il testamento di Angelo Fondi e l'atto di rinunzia dell'Ugurgieri parlano solo di positiva assunzione del nome e del patrimonio Fondi; ma, mentre contengono la rinunzia ai beni Ugurgieri, non

accennano minimamente alla rinunzia al nome Ugurgieri; e poichè gli atti di rinunzia, essendo sfavorevoli al rinunziante, debbono, di fronte a lui, essere interpretati restrittivamente, ed inoltre l'assunzione di un nuovo cognome non è incompatibile colla conservazione del proprio, ne segue che, nel caso nostro, è insostenibile una rinunzia al casato, che non fu espressa e che non risulta nemmeno dalla necessità delle cose. A tale argomento si aggiunge poi l'altro della inalienabilità del cognome di famiglia, come hanno ampiamente dimostrato i Grottanelli nelle loro difese.

Se adunque Curzio Ugurgieri, divenuto Fondi, non cessò di essere un Ugurgieri, tali rimasero i discendenti suoi, i quali del resto — e ciò dicesi solo per abbondanza — non abbandonarono mai totalmente quel nome dei loro antenati.

Nè vale il dire che nei registri dello stato civile questi discendenti portano soltanto il nome di Fondi. La rivendicazione dei proprii cognomi e dei proprii titoli è cosa a tutti permessa e che si opera di continuo, e la legge concede facoltà a chi vi ha interesse di procedere alla rettificazione di quegli atti dello stato civile, che non hanno valore probatorio assoluto, purchè dimostri la base giuridica della domanda di rettificazione.

Ma i terzi non possono imporre l'uso del nome conformemente alle risultanze dei registri dello stato civile, la cui osservanza è solo tutelata dai pubblici ufficiali; il terzo, che dichiara usurpato un nome, deve dimostrarlo tale nella questione di diritto, indipendentemente dallo stato civile, e sempre quando, s'intende, possa concederglisi l'azione.

QUINTA QUESTIONE.

Se, essendo la signora Luisa Crottanelli una Ugurgieri, potesse il suo stemma Ugurgieri essere inquantato in quello del marito.

Intorno a tale questione puramente araldica abbiamo scritto ampiamente nel citato nostro parere in causa Giustiniani-Bandini e Giustiniani (1), ed anche su questo punto la suprema autorità giudiziaria ha definitivamente accolta la nostra opinione.

Gli argomenti ivi adottati per la soluzione affermativa della controversia valgono in tutto per il caso presente, poichè identiche sono le basi giuridiche della questione.

Anche là si trattava di vedere se il principe Giustiniani-Bandini avesse avuto diritto di inquantare nel paterno stemma dei Bandini quello dei Giustiniani, cioè lo stemma materno, e le nostre ricerche ci portarono a questa conclusione: « Ciò basterà per affermare con tutta sicurezza che l'inquantamento dello stemma Giustiniani in quello Bandini era al principe Sigismondo del tutto lecito e conforme agli usi araldici della nobiltà italiana ».

Agli argomenti da noi adottati varii altri sono stati aggiunti dalla difesa dei signori Grottanelli, per modo che non può revocarsi in dubbio il diritto d'inquantare nel proprio stemma lo stemma della moglie o della madre. Del resto, in questa materia, superiore ad ogni autorità è la consuetudine, la quale appunto si afferma costantemente e comunemente in Italia in questo senso.

(1) [V. pag. 49 e, specialmente, 78].

Il conte Ugurgieri sostiene che, se la moglie ha facoltà d'inquartare il proprio stemma in quello del marito, non può questi alzare lo stemma inquartato per conto suo e nelle cose sue. Ora, quando si pensi che in quel villino di via Iacopo da Diacceto abitavano ambedue i coniugi Grottanelli, e vi abitavano ambedue come padroni, non si arriva a comprendere, perchè non vi si potessero alzare i due stemmi! La verità è che, quando sia riconosciuto che la signora Luisa era una Ugurgieri, questa questione dello stemma non ha più ragione di essere, come non ha più ragione di essere la questione, che si sollevò per la scritta: « Grottanelli-Ugurgieri » posta sopra la buca delle lettere nel detto villino.

Nella disputa fra le parti è stata portata in campo la questione della nobiltà uterina, la quale consisterebbe nel privilegio di alcune donne di trasmettere lo stemma ai proprii discendenti.

Ma, nel caso nostro, a proposito dello stemma, i discendenti della signora Luisa Ugurgieri sono fuori di questione. Qui si tratta soltanto di uno stemma accollato od inquartato fra coniugi, e, per conseguenza, è fuor di luogo la nobiltà uterina.

Quanto poi alle irregolarità araldiche, che secondo l'Ugurgieri si riscontrerebbero nello stemma alzato dal conte Grottanelli, non si comprende su che egli si basi per aver diritto a lagnarsene; l'osservanza delle regole dell'araldica sfugge, assai più che quelle del nome, alle azioni giudiziarie dei privati.

Concludiamo che, sia per eccezioni pregiudiziali, sia per la questione di merito, l'azione promossa dal conte Ugurgieri deve, a parer nostro, essere respinta.

Roma, 26 maggio 1893.

SULLA PRECEDENZA OBBLIGATORIA DEL MATRIMONIO CIVILE AL RELIGIOSO (*)

SIGNORI! — Le speranze, concepite al tempo della formazione del codice civile, circa la possibilità di lasciare, senza inconvenienti, del tutto libera e illimitata la celebrazione del matrimonio religioso accanto alla istituzione del matrimonio civile, sono pur troppo andate fallite.

Il numero dei matrimoni celebrati soltanto dinanzi ai ministri del culto si è mantenuto sempre grandissimo, e grandissimi sono i danni, che ne derivano.

Più volte, in occasione della preparazione di progetti di legge, furono raccolti dati statistici, i quali, sebbene imperfetti, rivelarono l'estensione spaventosa del male. Nei primi sei anni dopo la pubblicazione del codice civile si avevano già, senza tener conto delle provincie venete e romane, più di 120.000 matrimoni religiosi non celebrati civilmente; e i dati degli anni successivi dimostrarono, che la proporzione annuale di queste unioni illegittime si manteneva quasi uguale. E poichè ora a tal proposito continuano gravi da ogni parte le lagnanze, le quali sono autorevolmente accertate nelle

(*) Disegno di legge presentato dal ministro di grazia e giustizia e dei culti (BONACCI) alla camera dei deputati il 17 dicembre 1892 (*Atti parlamentari, Camera dei deputati, legislatura XVIII, 1ª sess.; Documenti, n. 108*). Il testo, però, che qui viene pubblicato non è esattamente uguale a quello del disegno di legge Bonacci. Le differenze sono minime, come risulta dalla seguente lettera del ministro Bonacci:

4 marzo 1893.

Carissimo amico,

ti rimetto la prima copia del *tuo* bellissimo disegno di legge sulla precedenza del matrimonio civile al religioso.

Forse ti parrà guastata la tua stupenda relazione da un capo e da una coda, che sono stato costretto ad appiccicarle. Dico, che sono stato costretto, perchè mi si era fitto in capo, e non ho potuto scacciare il pensiero, che fosse logico e quasi necessario il cominciare dal definire in poche parole le parti dello Stato e quelle della Chiesa nel matrimonio.

Se poi io l'abbia fatto bene o male, non so. Non ho trovato altra formula più precisa e concisa.

Quanto alla coda, posso errare, ma essa mi pare una necessaria e temperatissima risposta alle violenze dei clericali.

Ad ogni modo ti chiedo scusa della profanazione che ho commessa. La tua amicizia ha sì gran braccia, che accoglierà anche il mio appello alla tua indulgenza.

E grazie di nuovo per me e per il paese, al quale hai servito mentre hai dimostrata tanta amicizia al

tuo obbl.mo aff.mo
T. BONACCI.

relazioni dei procuratori generali e dei procuratori del Re, sono ripetute nelle pubblicazioni di scrittori imparziali (1), e nella stampa quotidiana, e possono essere attestate da quanti conoscono le condizioni delle nostre popolazioni, urgente s'impone allo Stato il dovere di provvedere affinchè cessi questa trista condizione di cose.

Il governo non ha creduto di far compilare nuove statistiche, non solo per non metter tempo in mezzo e non esser causa di ulteriori indugi, ma perchè è ormai dimostrato, che coi dati, dei quali si può disporre, non è possibile ottenere una statistica esatta e neppure abbastanza approssimativa. Vi si oppongono la cattiva volontà dei parroci, i quali non forniscono i dati richiesti, o li forniscono incompleti; la impossibilità di conoscere quanti dei matrimoni civili non siano stati accompagnati dal matrimonio religioso; la frequenza dei matrimoni celebrati civilmente in un luogo, religiosamente in un altro; la non coincidenza delle circoscrizioni parrocchiali colle amministrative e delle une e delle altre con le circoscrizioni giudiziarie, e molte altre difficoltà (1).

Ma, se non si può ottenere la cifra vera o prossima al vero, che ci dia la misura esatta del male, basta che il male esista perchè sia giustificata la necessità di una legge che vi porti rimedio.

Le cause, che inducono gli sposi a contrarre il matrimonio religioso senza accompagnarlo col civile furono già più volte studiate. Esse agiscono diversamente secondo i luoghi e secondo la condizione sociale delle persone; ma si può sicuramente dire, che niuna ve ne ha dinanzi alla quale debba arrestarsi il rigore della legge.

Fu creduto da principio che l'ignoranza della legge civile fosse la causa principale del male, e perciò si sperò che con l'andare del tempo e con la maggior diffusione della conoscenza del codice, il male dovesse venir meno quasi del tutto. Ma l'esperienza ha dimostrato che questa ignoranza solo in piccola parte ha contribuito e contribuisce tuttora a mantenere il grande numero dei matrimoni meramente religiosi; che anzi l'ignoranza non potrebbe più esistere, se non fosse alimentata in qualche luogo dal fraudolento consiglio di chi dovrebbe invece portar luce e predicare moralità e rispetto alle leggi.

Più che l'ignoranza agisce l'indifferenza e la noncuranza, alla quale si accompagna il timore della spesa, benchè questa sia assai tenue nella massima parte dei casi. La mancanza degli effetti civili del matrimonio, che al legislatore appariva come sufficiente sanzione della omessa celebrazione

(1) Confr.: SIGHÈLE, *Della necessità di ordinare la precedenza del matrimonio civile al religioso e di statuire una sanzione penale contro il ministro del culto che contravenisse* (Milano, 1873); — MAZZOLENI, *Della obbligatorietà del matrimonio civile prima dell'ecclesiastico (Risposta all'indirizzo dell'episcopato lombardo a S. M. il Re)* (Milano, 1874); — BORGATTI, *Il matrimonio civile e il matrimonio ecclesiastico* (Firenze, 1874); — FILOMUSI-GUELFI, *Il matrimonio religioso e il diritto* (Roma, 1874); — PADELLETTI, *Lo Stato e il matrimonio ecclesiastico* (Nuova antologia, 1874, vol. XXVI, pag. 5 segg.); — GABBA, *I due matrimoni, civile e religioso nel dir. ital.* (Pisa, 1874); — DEL GIUDICE, *Lo Stato e la Chiesa rispetto al matr.* (Annuario delle scienze giur., soc. e pol., diretto da C. F. Ferraris, II (1881), pag. 142 segg.); — FILOMUSI-GUELFI, *Enciclopedia giuridica*, 3ª disp. (1885), pag. 186; — BONGHI, *Nuova antologia*, 28 sett. 1891.

(2) Veggasi su questo punto una memoria del direttore generale della statistica, comm. BODIO, nell'*Archivio di statistica*, 1878, vol. IV; riprodotta negli *Annali di statistica*, serie 2ª, vol. 15, anno 1880, pag. 281 e segg.

del matrimonio civile, pur troppo non basta a vincere questa inerzia; tanto è ancor basso in alcuni luoghi e in alcuni strati sociali il sentimento del diritto e della dignità civile. La benedizione religiosa toglie ogni scrupolo alla coscienza degli sposi, e la pubblica opinione non colpisce di alcuna nota infamante la loro unione; i danni maggiori relativi allo stato dei figli sono troppo tardi e lontani, perchè il pensiero di essi valga come spinta all'adempimento delle forme civili.

Un numero rilevante di casi è dovuto alla volontà di vivere in matrimonio, frodando le disposizioni delle leggi. Così molti sono gli ufficiali dell'esercito, che nella unione religiosa trovarono la via di sottrarsi alle proibizioni e limitazioni delle leggi militari; frode, che ha più volte richiamata l'attenzione delle autorità militari, e per le quali anche recentemente il ministro della guerra ha dovuto modificare il testo del § 226 del regolamento di disciplina. Altre volte gli sposi omettono la celebrazione del matrimonio civile, perchè solo a questo le leggi civili annettono alcune conseguenze da essi temute: la cessazione di pensioni e di assegni, la perdita dell'usufrutto legale, la deficienza della condizione di vedovanza, ecc. Molto più raro è il caso, in cui il matrimonio civile si vuole evitare per non produrre un danno ad altri, come per esempio, ai figli di un primo matrimonio, coll'ammettere il nuovo coniuge e figli che da lui si possono avere a prender parte alla successione.

Questo caso di frode alla legge pel riguardo verso altri può ad alcuno parere a prima vista meno condannevole; ma non può tuttavia essere tollerato, poichè è pur sempre una violazione delle alte ragioni giuridiche, che dettarono quelle norme, alle quali si vuole sfuggire, e in pari tempo costituisce un rapporto che per la sua illegittimità, non solo è contrario alla più elevata morale, ma può tornare pericoloso a quegli stessi interessi, che male si vorrebbero per mezzo di esso salvare. Taluno si trattiene dal celebrare il matrimonio civile anche perchè, quantunque voglia vivere in matrimonio, teme l'indissolubilità del vincolo, e preferisce perciò l'unione religiosa, la quale, benchè pei cattolici sia anche essa indissolubile secondo il diritto e la morale della Chiesa, tuttavia non è sancita dalla legge civile.

Anche in tal caso manifesta è la volontà di contravvenire a quelle regole, che la legge civile ritiene essere d'ordine pubblico. Potrà forse negarsi l'esistenza di ragioni sufficienti ad escludere il divorzio; ma finchè la legge vuole l'indissolubilità del vincolo coniugale, non può ammettere che si possa, senza pena, sfuggirvi, ricorrendo ad una figura di convivenza che pretenderebbe di essere matrimonio, senza poter essere tale civilmente. Nè certamente le condizioni del nostro diritto e della nostra civiltà possono tollerare la men che onesta volontà di coloro, che si appigliano al matrimonio meramente religioso, perchè la disuguaglianza dello stato sociale fa loro temere la pubblica sanzione del matrimonio civile. Questa specie di surrogato del matrimonio morganatico, che crea uno stato di cose illegittimo e immorale, è affatto contrario allo spirito di tutta la nostra legislazione. Più riprovevole ancora è l'unione religiosa di coloro che non possono celebrare il matrimonio civile, perchè vi osta qualche civile impedimento. Gli impedimenti al matrimonio sono stabiliti per alte e gravi ragioni di ordine sociale e morale, e non deve esser lecito costituire società coniugali, neppure in modo imperfetto e illegale, quando quelle ragioni si oppongono al più perfetto e legittimo connubio. Degniissimi di pena, e in modo anche assai più grave, sono finalmente i casi, nei quali l'omissione del matrimonio

civile è prodotta o dalle arti fraudolenti del ministro del culto avverso gli ordinamenti civili, o dalla dolosa intenzione dell'uomo che vuol trarre in inganno la sposa innocente e ignorante, o troppo arrendevole.

E pur troppo quest'ultimo caso, nel quale sembra quasi che la legge, privando degli effetti civili il matrimonio religioso, si faccia complice della umana nequizia, non è dei meno frequenti.

Che se dalle cause, che producono il doloroso fenomeno di un così gran numero di matrimoni semplicemente religiosi, noi volgiamo lo sguardo agli effetti che ne derivano, sempre più si conferma la persuasione e il sentimento della necessità di penali sanzioni, che pongano un argine al male irrompente.

Di fronte all'istituto del matrimonio civile, che deve essere il solo vero matrimonio, si erige un istituto meramente ecclesiastico, che vuole avere carattere di matrimonio, e che è matrimonio secondo le leggi della Chiesa, matrimonio nella volontà di coloro che lo contraggono e del sacerdote che lo celebra, matrimonio nell'opinione volgare della popolazione, presso la quale è ancor viva la lunghissima tradizione del passato mantenuta dal sentimento religioso. E il linguaggio comune infatti, lungi dall'infamare col nome di concubinato le unioni benedette dalla Chiesa, le chiama matrimoni religiosi; fatto importante che il legislatore non deve fingere di ignorare, evitando persino con trasparente artificio di dare a quei rapporti il nome, che la coscienza del popolo ad essi attribuisce.

Ma questo matrimonio religioso, quando si voglia sostituire al matrimonio civile, diventa con pericoloso esempio un atto di disprezzo alla legge civile per parte di chi lo contrae, un atto di usurpazione della civile potestà per parte del sacerdote che lo celebra. E se il fatto di matrimoni celebrati religiosamente e non civilmente si moltiplica, come in realtà avviene, ne nasce una perturbazione negli ordini giuridici e sociali, che lo Stato non deve e non può tollerare.

La famiglia illegalmente costituita in base al solo matrimonio religioso è un ente imperfetto, che, appunto perchè non è reputato contrario alla morale più volgare, è di ostacolo a quella più elevata e pura moralità sociale, che lo Stato deve promuovere e tutelare. Lo Stato dunque, che non può convertire quella famiglia in un ente giuridicamente perfetto, se non vuol rinunciare a tutti i benefizi del sistema del matrimonio civile, intorno al quale non è più oramai ammissibile discussione alcuna, deve con le penali sanzioni impedire che possa aver luogo il matrimonio religioso disgiunto dal civile. Solo così cesserà il vergognoso spettacolo di spose e madri iniquamente derelitte coi figli da chi falsamente si disse marito e fu da esse creduto; spettacolo pur troppo frequente e che assume una gravità spaventevole nelle popolazioni, presso le quali è più in uso la emigrazione. Non è raro infatti il caso, che i nostri coloni emigrati contraggano fuori d'Italia giuste nozze, e richiedano per mezzo dei consoli stessi i documenti a ciò necessari, mentre lasciano in patria abbandonata la donna, che ad essi troppo prestò fede, e i figli, che vanno ad accrescere la misera e pericolosa schiera degli illegittimi e dei diseredati. Ed anche quando la unione religiosa perdura, altri mali vanno congiunti ad essa, perchè lo stato giuridico delle persone che compongono siffatta famiglia non corrisponde a quello, che molte di esse possono credere di avere. Grave soprattutto è la posizione dei figli, i quali, fatti uomini, risentono tutta la vergogna e tutto il danno della frode o dell'imprudenza dei genitori.

Ad essi infatti si applica quella nota di minore estimazione sociale, della quale è colpita l'illegittima nascita. E anche giuridicamente essi non possono giovare dei vantaggi che la legge concede ai figli legittimi al momento della chiamata al servizio militare, non hanno i pieni diritti dei legittimi alla successione dell'eredità paterna e materna, sono in gran parte privati dei benefizi derivanti dalla parentela; e così via dicendo. Noto è d'altra parte quanto sia dannoso per la società e per lo Stato il gran numero dei nati illegittimi; esso non è soltanto un indizio di bassa moralità, ma è, a sua volta, causa di nuova immoralità, e pur troppo spesso anche di delinquenza.

Lo Stato ha dunque il dovere di intervenire tanto pel suo alto e nobile carattere di tutore dei deboli e degli umili, quanto per la sua necessaria qualità di solerte difensore dell'ordine giuridico.

Tutte queste considerazioni sono, a parer nostro, più che sufficienti a giustificare sotto l'aspetto legislativo la nostra proposta di legge. Che se da alcuno si volessero contro di esse affacciare obiezioni, traendole dai principii, che regolano il nostro diritto relativamente al mero concubinato che si è tollerato, o si volesse tentare di trovare una contraddizione tra una legge penale vietante di far precedere il matrimonio religioso al matrimonio civile e le norme liberali, che governano i rapporti tra lo Stato e la Chiesa, non ci sarebbe difficile la risposta.

Fu detto infatti che la legge, che lascia impunito il concubinato, non può punire il matrimonio meramente religioso, il quale è il più morale dei concubinati. Ma, così ragionando, i difensori del matrimonio religioso tengono una via abbastanza strana: essi incominciano coll'applicare ad esso senz'altro il nome infamante di concubinato, per provar poi che come tale non può cadere sotto la sanzione penale, perchè più morale d'ogni altro concubinato impunito. Si chiudono così gli occhi sulla verità dei fatti, per negarne la esistenza. E la verità è che, se il matrimonio semplicemente religioso viene dalla volgare opinione considerato come un rapporto meno immorale del concubinato vero e proprio, ciò lo rende assai più pericoloso per la società e per lo Stato, poichè manca per esso ogni ritegno, che valga a moderarne l'espansione, sicchè nulla vi è di illogico o men che ragionevole nel ricorrere alla sanzione del diritto, là dove mancano le alte sanzioni sociali. La verità, per chi esamini i fatti con l'imparzialità della scientifica osservazione, è che il matrimonio religioso, come abbiamo già più sopra notato, non è un vero concubinato per chi lo contrae, non per il sacerdote che lo benedice, non per la società che accoglie senza disonore gli sposi. Se la coscienza della sposa fosse tanto civilmente educata e sveglia da comprendere, che nell'appressarsi all'altare per ottenere la divina benedizione sul vincolo contratto con l'uomo amato, essa non inizia uno stato matrimoniale, ma solo un mero concubinato, ben diversa certamente sarebbe la condizione delle cose.

Se il sacerdote celebrante, nel benedire gli sposi, ne proclamasse il concubinato, e non già il matrimonio, ben diverso carattere avrebbe l'atto da lui compiuto.

Ma alla volontà dei contraenti, all'intenzione dei ministri del culto pericolosamente corrisponde l'opinione volgare creata dalla storia e dalla religione. Ed in tal modo il matrimonio religioso viene ad occupare nella società un posto, che contraddice all'istituto del matrimonio civile, che lo Stato vuole sia il solo vero matrimonio. Di qui si rivela nettamente il carattere del matrimonio meramente religioso, che lo rende punibile, a differenza del con-

cubinatio propriamente detto. In poche parole: posto come indiscutibile e indiscusso il matrimonio civile, com'è regolato nel nostro codice, un rapporto che ad esso si venga a contrapporre, assumendo nella società il carattere di matrimonio, è certamente meritevole di repressione e di pena.

Amnesso il matrimonio civile, vien meno anche ogni dubbio circa la legittimità di un sistema penale che ne garantisca la regolare applicazione di fronte alla potestà ecclesiastica.

Lo Stato, rispettando la spirituale sfera d'azione della Chiesa, non deve permettere a questa d'invadere il proprio carapo. È anzi nostra ferma persuasione che i conflitti tra Stato e Chiesa, non si evitano, ma piuttosto si aumentano, quando lo Stato per malintesi riguardi o per debolezza, permetta alla Chiesa di oltrepassare il limite al quale essa deve arrestarsi.

Se pertanto è ufficio dello Stato il regolare tutta la materia del matrimonio sotto l'aspetto giuridico, sicchè altro matrimonio non possa, nè debba esistere che il matrimonio civile, lasciando alla Chiesa tutta la materia sacramentale; ne viene di conseguenza, che lo Stato ha il diritto di proibire che la Chiesa costituisca, o tenti di costituire, indipendentemente dalle forme e dalle regole del diritto civile, rapporti che vogliano avere il carattere di matrimoni. Se la Chiesa vuol consacrare religiosamente il matrimonio, è necessario che il matrimonio esista e sia tale secondo il diritto dello Stato: logica è dunque non solo la proibizione in genere del matrimonio religioso scompagnato dal matrimonio civile, ma anche la proibizione della precedenza di quello da questo. Bene a tal proposito conviene rilevare il fatto, che il matrimonio regolato dalle leggi delle varie Chiese esistenti in Italia, è, sotto l'aspetto naturale e morale, precisamente lo stesso rapporto, che è regolato dalla nostra legge civile, e che il sacramento ha per materia appunto questo rapporto.

Se dunque questo rapporto civilmente non esiste e non può esistere, si può dire, che la Chiesa, che lo riconosca e tenti di costituirlo, non solo si pone in conflitto con lo Stato, ma disconosce anche la propria dignità e la propria missione. Là dove la legge civile sancisce il matrimonio civile, questo, e non altro, deve essere quel contratto o quell'elemento contrattuale che è parte essenziale del matrimonio religioso; non si può dunque dare senza violare anche la legge ecclesiastica un vero matrimonio religioso, che non abbia la sua base nel matrimonio civile. Ciò è anche attestato dalla storia delle origini del matrimonio religioso, e ciò, chi ben guardi, è implicitamente contenuto nella stessa pretesione, che la Chiesa cattolica ebbe di regolare essa esclusivamente anche il matrimonio per gli effetti civili; ciò finalmente non è disconosciuto da alcuna Chiesa in tutti i numerosi Stati dove è vietato di fra precedere il matrimonio religioso al civile.

Le ragioni fin qui addotte per dimostrare la necessità e la legittimità di una legge che vieti il matrimonio religioso scompagnato dal matrimonio civile, giustificano anche sotto l'aspetto giuridico la necessità della precedenza del matrimonio civile. Ma la proposta di legge da noi presentata si attiene al sistema della precedenza anche per altre gravi ragioni di utilità generale.

Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias, scrisse Cicerone (*de off.*, III, 17, 68) facendosi interprete della sapienza giuridica dei romani; *leges quatenus manu tenere possunt; philosophi. quatenus ratione et intelligentia*. Se dunque potesse in astratto credersi anche più conveniente e liberale l'ammettere la celebrazione del matrimonio religioso prima del civile, perchè il matrimonio civile avesse luogo, basterebbe a distoglierci dal seguire questa

via il pericolo pratico della impossibilità di trovare efficaci sanzioni giuridiche per rendere obbligatoria la celebrazione del matrimonio civile agli sposi religiosamente congiunti.

Permesso il matrimonio religioso prima del civile, non si potrebbe più punire il ministro del culto, il quale è pur tanta parte del reato che si vuol reprimere, poichè non sarebbe giusto il far dipendere la pena di lui dalle volontà degli sposi.

Forzare gli sposi a celebrare il matrimonio civile solo per avere compiuto un atto religioso, sarebbe anche togliere al consenso civile quella perfetta libertà che il nostro codice richiede, e per la quale è tolta anche la piena efficacia obbligatoria alla promessa di futuro matrimonio. D'altra parte la morte di uno degli sposi potrebbe impedire la celebrazione del matrimonio civile in modo irreparabile, lasciando l'altro coniuge e i figli nati o concepiti, nello stato di illegittimità. E se non la morte, altri ostacoli involontari o volontari potrebbero opporsi alla celebrazione del successivo matrimonio civile: così potrebbero rivelarsi impedimenti civili tra gli sposi, prima sconosciuti, potrebbe mancare o essere revocato il consenso dei genitori o delle altre persone che debbono darlo, potrebbero sorgere gravi conflitti d'interessi tra gli sposi o tra le loro famiglie, tali da impedire la pacifica convivenza, potrebbe la mala volontà di entrambi o di uno dei coniugi, sopiti i primi ardori, far loro parere più tollerabile la pena che il vincolo matrimoniale; quest'ultima causa poi sarebbe gravissima presso di noi dove non è raro vedere il marito emigrare per lontane regioni appena celebrato il matrimonio.

La nostra proposta di legge doveva esser dunque fondata sul principio della precedenza obbligatoria del matrimonio civile. E in modo non diverso fu posta e risolta la questione in altri Stati civili. La storia lo attesta; e noi sentiamo il debito di ricordar qui gli esempi principali.

Il primo posto in questa rassegna spetta alla Francia. Il principio della secolarizzazione delle nozze vi era stato appena proclamato ed attuato colla legge del 20 settembre 1792, che si riconobbe la necessità di integrarlo e garantirne l'osservanza con nuove disposizioni. E queste non tardarono a venire. Da prima fu la legge 18 germinale anno X (8 aprile 1801), che all'articolo 54 prescrisse la precedenza del matrimonio civile su qualunque cerimonia religiosa, facendo obbligo ai curati di astenersi dal dare la benedizione nuziale, quando non si giustificasse prima che l'atto civile era stato compiuto (1). Ma quest'obbligo sfornito di sanzione rimase inefficace, e peggio ancora, fu cagione di gravi disordini. Il governo francese si vide dunque costretto ad avvalorare il divieto colla minaccia di pene. A questa necessità provvidero gli articoli 199 e 200 del codice penale del 1810, i quali puniscono i ministri dei culti, che trasgrediscano i precetti della legge civile, e li puniscono lievemente per la prima volta, più gravemente e con proporzione crescente nella prima e nella seconda recidiva (2).

(1) Art. 54. *Ils (les curés) ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui justifieront, en bonne et due forme, avoir contracté mariage devant l'officier civil.*

(2) Art. 199. *Tout ministre d'un culte, qui procédera aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil, sera, pour la première fois, puni d'une amende de seize francs à cent francs.*

Art. 200. *En cas de nouvelles contraventions de l'espèce exprimée en l'article précédent, le ministre du culte qui les aura commises sera puni, savoir:*

Esempio più interessante ed ammaestramenti più utili ci porge la storia del Belgio, il quale dall'impero francese ricevette, col codice di Napoleone, il matrimonio civile. Il partito cattolico non aveva fatto buon viso ai nuovi ordinamenti, e, poichè non aveva modo di combatterli a viso aperto, segretamente li osteggiava, pronto a rovesciarli alla prima occasione. E questa non tardò molto a presentarsi. Caduta nel 1814 la fortuna del primo Napoleone, si credette che fossero cadute nel Belgio anche le leggi che vi erano state importate colle armi imperiali. Questa presunzione di decadenza colpì in special modo l'ordinamento dello stato civile, e pose radici così salde, che non solo il matrimonio religioso ritornò in onore, ma anche i sindaci si rifiutarono talvolta di celebrare il matrimonio civile nei pochi casi in cui ne erano richiesti.

Il governo del principe sovrano Guglielmo d'Orange-Nassau non poteva veder di buon occhio questo fatto, e d'altra parte non gli conveniva mettersi in aperto dissidio col clero e col partito cattolico diventati più potenti di prima. Dalla forza delle cose fu quindi costretto a tenere una via di mezzo, e con decreto del 21 ottobre 1814, mentre manteneva in vigore le leggi sugli atti dello stato civile, prescrisse, che il matrimonio civile tra cattolici non potesse celebrarsi, se non sulla presentazione di un certificato del parroco attestante non esistere alcun impedimento canonico alla unione di futuri sposi (1).

Sistema più strano di codesto non si poteva immaginare. Per esso, il matrimonio civile era subordinato al religioso, e la Chiesa acquistava un potere che non aveva avuto neppure in epoche precedenti alla rivoluzione. Il decreto era un'arma potente in mano al clero, e non è a far maraviglia, se questo se ne servisse per scalzare dalle fondamenta un'istituzione che credeva un concubinato, e se i parroci, o di propria iniziativa, o per ordini ricevuti dai vescovi, si rifiutassero di rilasciare i certificati, anche nella mancanza d'impedimenti canonici. A questo modo il matrimonio civile era reso praticamente impossibile, e, poichè non v'era altro partito a cui appigliarsi, la forma religiosa divenne nella massima parte dei casi la forma esclusiva, nonostante il divieto che continuava a sussistere. Condizione grave di cose, che in breve volgere di tempo divenne intollerabile in modo che il governo belga fu costretto a porvi rimedio. Ma o per mancanza di criteri ben determinati, o, forse più, per l'atteggiamento e l'influenza del partito cattolico, il rimedio riuscì, per certi rispetti, peggiore del male. Che cosa si fece adunque? Con nuovo decreto, che porta la data del 7 marzo 1815, e nel cui preambolo è evidente lo sforzo di salvare i diritti dello Stato e di non

*pour la première récidive d'un emprisonnement de deux à cinq ans;
et pour la seconde récidive de la déportation.*

La legge del 28 aprile 1832 sostituì alla pena della deportazione quella della detenzione.

(1) Decreto belga del 21 ottobre 1814: Art. 1. *Les lois existantes relatives à l'inscription des actes de l'état civil, sont maintenues et confirmées en tant que de besoin, sauf les modifications portées par l'article suivant.*

Art. 2. *À dater de la publication du présent arrêté, tout individu catholique qui voudra contracter mariage, sera tenu de se pourvoir d'une déclaration du curé, ou d'un prêtre autorisé par lui ou par l'ordinaire, de la quelle conste qu'il n'existe aucun empêchement canonique à l'union des futurs époux.*

L'officier de l'état civil ne pourra remplir les fonctions qui lui sont attribuées par les articles 74, 75 et 76 du code, que sur la présentation de cette déclaration, qui restera annexée à l'acte dressé par lui...

scontentare il clero, fu abrogato l'articolo 2 del precedente decreto del 21 ottobre 1814.

Ma il male fu che si abrogarono anche l'articolo 54 della legge 18 gennale anno X, e gli articoli 199 e 200 del codice penale, che assicuravano la precedenza del matrimonio civile, il solo al quale si continuava a riconoscere efficacia giuridica.

Questo stato di cose, che trova un perfetto riscontro nella odierna legislazione italiana, non salvò nulla, anzi gli inconvenienti che ne seguirono furono così gravi, che due anni appresso si sentì la necessità di ritornare a quel sistema francese, onde la legislazione belga si era imprudentemente dipartita. Un messaggio reale richiamò ben presto l'attenzione degli stati generali sui danni che l'omissione del matrimonio civile arrecava alla morale non meno che all'ordine e al benessere pubblico, e, per tôrli di mezzo, propose di revocare i due decreti del 21 ottobre 1814 e 7 marzo 1815, che ne erano stati pretesto o cagione. Questo messaggio, presentato il 5, discusso il 27 dicembre 1816, fu approvato ad unanimità dai 75 membri presenti, e venne promulgato quale legge il 10 gennaio dell'anno seguente.

Nè qui ebbero termine le vicende di tale quistione. Scoppiata la rivoluzione nel 1830, abolite le leggi generali e particolari che ponevano impedimento al libero esercizio del culto, le antiche pretese della potestà ecclesiastica non tardarono a risorgere. Si credette che il clero avesse recuperato la facoltà di procedere alla benedizione nuziale, senza darsi alcun pensiero dell'atto civile, e si ripetettero gli scontri altra volta lamentati, di matrimoni contratti colle sole forme religiose, e quel che è peggio, di persone unite col doppio rito a persone diverse.

Per porre fine a tale disordine, la stessa maggioranza cattolica si decise a sancire solennemente nella costituzione, che il matrimonio civile dovesse sempre precedere il rito religioso, salvo le eccezioni stabilite dalla legge (1).

Tali eccezioni non furono mai decretate. Invece si sentì il bisogno di avvalorare il divieto della legge fondamentale con sanzioni penali, e a ciò provvide l'articolo 267 del codice punitivo del 1867 tuttora in vigore (2).

Un sistema identico è invalso nella vicina Olanda, nella quale fin dai principii del secolo la legge civile cominciò a regolare il matrimonio. Ma per molto tempo mancò una sanzione penale, che garentisse la precedenza del matrimonio civile su quello religioso. Per trovarla dobbiamo arrivare fino ai nostri giorni, ed è stato il codice penale del 3 marzo 1881 che l'ha posta, punendo il ministro del culto, che proceda ad un rito religioso per matrimonio prima che gli sposi gli abbiano provato che le nozze furono celebrate davanti l'ufficiale dello stato civile (3).

(1) Constitution de la Belgique: Art. 16, § 2. *Le mariage civil devra toujours précéder la bénédiction nuptiale, sauf les exceptions à établir par la loi, s'il y a lieu.*

(2) Code pénal belge: Article 267. *Sera puni d'une amende de cinquante francs à cinquante francs tout ministre d'un culte qui, hors les cas formellement exceptés par la loi, procédera à la bénédiction nuptiale avant la célébration du mariage civil.*

En cas de nouvelle infraction de même espèce, il pourra en outre être condamné à un emprisonnement de huit jours à trois mois.

(3) Codice penale olandese (traduz. francese di WILLEM-JOAN WINTGENTS): Article 449. *Le ministre du culte qui célèbre un acte religieux quelconque relatif au mariage, avant que les conjoints lui aient fourni la preuve que le mariage a été contracté par-devant l'officier de l'état civil, est puni d'une amende de trois cents florins au plus.*

Nè diversamente andarono le cose in Germania, anche in epoche in cui i migliori rapporti intercedevano tra lo Stato e il clero cattolico. La legge prussiana del 14 aprile 1851 conteneva già una disposizione, che puniva i ministri del culto, i quali procedessero alla benedizione nuziale, senza aver ottenuto dagli sposi gli atti dello stato civile necessari alla validità del matrimonio. Questa disposizione, applicabile da prima al solo distretto della corte d'appello di Colonia, si estese successivamente ad altri Stati tedeschi, nei quali il matrimonio civile era diventato obbligatorio.

Il codice penale della confederazione germanica del nord la riprodusse, e la conservò nel paragrafo 337, quando con la denominazione di *Codice penale dell'impero germanico* fu esteso a tutti i paesi rappresentati al Reichstag (1).

Più tardi il matrimonio civile fu reso obbligatorio anche in Prussia colla legge del 16 marzo 1874, il cui paragrafo 24 prescriveva che la cerimonia religiosa non potesse precedere la celebrazione da farsi innanzi l'ufficiale dello stato civile, riferendosi per la pena al paragrafo 337 del codice penale (2).

E finalmente, meno d'un anno dopo, la legge del 6 febbraio 1875, attualmente in vigore, estese a tutti i paesi dell'impero il principio della obbligatorietà del matrimonio civile e della precedenza sua su qualunque rito religioso, e riprodusse, modificandola lievemente, la sanzione penale scritta nel paragrafo 337 del codice (3).

Anche in qualche cantone della Svizzera si è adottato il sistema francese. Ad esempio, il codice penale ginevrino punisce il ministro del culto, che procede alla cerimonia religiosa prima che gli sia stata fornita la prova della celebrazione del matrimonio civile (4).

Ma più interessante è vedere, come nei paesi della penisola iberica si sia cercato di garantire l'osservanza delle leggi civili. Come è noto, tanto la Spagna quanto il Portogallo riconoscono due forme di matrimonio: la

Si, au moment où la contravention est commise, il ne s'est pas encore écoulé deux ans depuis que le prevenu a été condamné en dernier ressort pour la même contravention, il peut être infligé, au lieu de l'amende, une détention de deux mois au plus.

(1) Codice penale dell'impero germanico: § 337. Qualora per la validità di un matrimonio sia necessario un atto legale, il sacerdote od altro ministro della religione, il quale lo celebra prima di avere avuto la prova che il detto atto legale sia stato ricevuto dall'ufficiale dello stato civile, è punito con la multa fino a cento talleri (lire italiane 375) e col carcere fino a tre mesi.

(2) Legge 16 marzo 1874: § 24. Dove la presente legge sarà applicata, un matrimonio valido potrà essere conchiuso soltanto nella forma prescritta dalla legge medesima. Il matrimonio religioso non può celebrarsi, se non dopo la conclusione del matrimonio davanti l'ufficiale dello stato civile.

(3) Legge 6 febbraio 1875: § 67. Il sacerdote o altra persona addetta al ministero religioso che procede alle solennità religiose di una celebrazione di matrimonio, prima che gli si presenti la prova che il matrimonio è stato già celebrato dall'ufficiale dello stato civile, è punito con multa fino a 300 marchi (lire italiane 375) e col carcere fino a tre mesi.

(4) Codice penale ginevrino: Art. 169. Sarà punito con un'ammenda da cinquanta franchi a cinquecento franchi ogni ministro di un culto, che procederà alle cerimonie religiose di un matrimonio, senza che siagli stato comprovato l'atto di matrimonio preventivamente ricevuto dagli ufficiali dello stato civile.

In caso di nuova infrazione della stessa specie, potrà inoltre essere condannato alla prigione da otto giorni ad un mese.

religiosa e la civile. La prima è obbligatoria pei cattolici; la seconda si applica alle persone che appartengono ad altre confessioni religiose o non professano alcun culto (1). Ma così per l'una come per l'altra la legge determina una serie di condizioni e formalità, alla esistenza ed osservanza delle quali subordina la celebrazione del matrimonio (2).

L'inadempienza di queste formalità costituisce reato, e le leggi dei due Stati lo reprimono con pene di diversa misura e non sempre dirette contro le stesse persone. Il codice penale portoghese punisce il ministro del culto, quando celebri il matrimonio, senza che sieno state precedentemente compiute le formalità prescritte dalle leggi civili (3). Invece una disposizione simile invano si cercherebbe nella Spagna. Secondo il sistema adottato dal codice penale spagnolo, il matrimonio illegalmente contratto costituisce bensì un reato in alcuni casi; ma le pene stabilite dalla legge non son dirette contro il ministro del culto, ma contro gli sposi, contro i loro tutori o curatori, o contro il giudice municipale, che autorizza un matrimonio vietato dalla legge, o per il quale esiste un impedimento non dispensabile (4).

Questo sistema è rimasto immutato anche dopo che il codice civile del 1890 ha introdotto il matrimonio civile; ma l'articolo 77 del citato codice vi ha aggiunto, limitatamente al matrimonio canonico, una determinazione nuova, simile nel modo, se non nello scopo, al sistema vigente in Inghilterra per una speciale forma di celebrazione di matrimonio. Secondo questo articolo, alla celebrazione del matrimonio canonico deve assistere il giudice municipale, al solo fine di verificare l'immediata iscrizione dell'atto nel registro civile. Gli sposi sono obbligati a far conoscere, per iscritto e almeno 24 ore prima, il giorno, l'ora e il luogo in cui si celebrerà il matrimonio, sotto pena, in caso di omissione, di una multa da 5 a 80 pesetas. Il giudice deve segnar ricevuta agli sposi dell'avviso che gli è stato dato, e in caso di rifiuto incorrerà in una multa non minore di 20 nè maggiore di 100 pesetas. Senza la presentazione di questa ricevuta, il matrimonio canonico non può celebrarsi. Questo sistema non ha nè il rigore logico, nè l'efficacia del sistema portoghese. Ma benchè limitato alla sola iscrizione dell'atto nel registro civile, l'intervento del giudice municipale ha effettivamente un valore molto maggiore, e costituisce, non fosse altro, un mezzo abbastanza sicuro per la scoperta dei matrimoni illegalmente contratti. E da questo punto di vista l'efficacia sua preventiva non si potrebbe negare.

Nè la rassegna legislativa si arresta a questo punto. Conviene ancora notare che anche il progetto del codice penale austriaco contiene una dispo-

(1) Codice civile spagnolo: Art. 42. « *La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica; y el civil que se celebrará del modo que determina este Código.* »

Codice civile portoghese: Art. 1057. « *Os catholicos celebrarão os casamentos pela forma estabelecida na igreja catholica. Os que não professarem a religião catholica celebrarão o casamento perante o official do registro civil, com as condições, e pela forma estabelecida na lei civil.* »

(2) Codice civile spagnolo, art. 43 e seguenti; cod. civ. portoghese, art. 1058 e seg.

(3) Cod. pen. portoghese: Art. 136 ... *omissis*. § 2. *Se o abuso (del ministro ecclesiastico) consistir em proceder ou mandar proceder á celebração do matrimonio, sem que previamente tenham tido logar as formalidades que as leis civis requerem, será condemnado em prisão correccional de um até tres annos e multa de um mez a um anno.*

(4) Cod. pen. spagnolo: art. 486 e segg.

sizione intesa ad assicurare l'osservanza delle forme civili (1); mentre in Ungheria il principio del matrimonio civile obbligatorio, nonostante la guerra che gli è mossa, s'avvia a diventare un fatto compiuto.

Ma quel che monta di più è, che le idee prevalenti in Europa si sono aperte la strada anche nell'America del Sud, dove il partito cattolico ha esercitato ed esercita tuttora una influenza politica e sociale sconosciuta nel nostro continente. Da un decennio a questa parte, quasi tutti gli Stati americani di provenienza latina hanno modificata la legislazione sul matrimonio. Alcuni di essi hanno posto accanto al matrimonio religioso quello civile, altri hanno secolarizzato tale istituzione, e tolto ogni efficacia giuridica alle unioni che la Chiesa avesse benedette. Tra questi ultimi il posto d'onore spetta alla Repubblica Argentina. La legge sul matrimonio civile del 2 novembre 1888, entrata in vigore il 1° aprile dell'anno successivo, non pure ha sancito che solo allo Stato spetta il diritto di regolare il matrimonio civile, ma ha proclamato il principio che il matrimonio civile debba avere la precedenza su qualsivoglia rito religioso. E per dare autorità a questo precetto, punisce coll'arresto e colla perdita di ogni ufficio pubblico i ministri del culto, i quali, senza aver presente l'atto della celebrazione del matrimonio civile, procedano alla cerimonia religiosa (2).

Ma anche in Italia le legislazioni che precedettero l'attuale ci offrono esempi, che hanno molta attinenza colla questione che si discute. È noto infatti che dopo la ristorazione in alcuni degli Stati, onde si componeva la patria prima della sua unità, si adottò, per la celebrazione del matrimonio, un sistema misto che si riassumeva d'ordinario nei termini seguenti. La legge civile determinava le condizioni necessarie per contrarre il matrimonio e prescriveva che la solenne promessa dovesse farsi innanzi all'ufficiale dello stato civile. La celebrazione del matrimonio aveva luogo dinanzi al sacerdote colle forme e le solennità stabilite dalla Chiesa; ma il sacerdote celebrante doveva ricusare il suo ministero, se non gli si presentasse un certificato dell'ufficiale dello stato civile, dal quale risultasse che le forme prescritte dalla legge erano state osservate. Avvenuta la celebrazione, una copia

(1) Progetto del cod. pen. austriaco: § 364. Un sacerdote, o altro ministro di religione, che procedesse alle cerimonie religiose per la celebrazione di un matrimonio, prima che con documenti gli sia dimostrato, che le condizioni richieste per la validità del matrimonio furono adempite, è punito colla prigionia di Stato fino a mesi tre, o colla multa fino a fiorini cinquecento.

E' applicata la stessa pena al funzionario che, incaricato di ricevere la solenne dichiarazione del consenso al matrimonio, procede alla stessa in un caso, nel quale non si verificano le condizioni legali per la stipulazione di un valido matrimonio.

(2) Legge argentina sul matrimonio civile:

Art. 118. *Los ministros, pastores, ó sacerdotes, de cualquiera religion ó secta que procedieran á la celebracion de un matrimonio religioso, sin tener á la vista el acta á que se refiere el art. 47 (l'atto della celebrazione del matrimonio civile) estarán sujetos á las responsabilidades establecidas por el art. 147 del código penal, y, si desempeñasen oficio público, serán separados da él.*

Codice penale argentino:

Art. 147. *El eclesiástico que, á sabiendas, autorice un matrimonio ilegal, sufrirá la pena de arresto de tres meses á un año.*

Si autorizase un matrimonio ilegal sin saberlo, cuando su ignorancia provenga de no haber exigido los comprobantes de que los contrayentes están habilitados para el acto, la pena será de arresto hasta tres meses.

dell'atto che ne faceva fede, doveva, a cura degli sposi o del parroco, essere mandata all'ufficiale dello stato civile, il quale la trascriveva nei suoi registri.

Fuori di questo sistema nessun matrimonio poteva validamente celebrarsi ed avere efficacia giuridica. Esso era in vigore nel regno delle Due Sicilie e nel ducato di Parma e in quello di Modena, e per assicurare l'adempimento delle forme civili non si esitò a ricorrere a sanzioni penali (1).

Un sistema analogo venne introdotto nell'Umbria dal regio commissario straordinario che vi fu mandato all'epoca in cui quelle provincie furono liberate dal dominio pontificio. Gli sposi avevano, cioè, facoltà di premettere all'atto civile il rito religioso, ma erano obbligati in tal caso a presentare al ministro del culto un certificato dello stato civile che facesse fede essere state eseguite le pubblicazioni e nulla ostare alla celebrazione del matrimonio. I trasgressori erano colpiti da una pena pecuniaria estensibile a lire tremila.

Tutti questi esempi sono di una grande importanza. Essi provano che l'attuale disegno di legge non è affatto una cosa nuova, e gli tolgono, se mai ve ne fosse bisogno, quel carattere di ostilità verso il matrimonio religioso che altri vi potrebbe scorgere. Basterebbe notare che governi, il cui ossequio verso la Chiesa non si può revocare in dubbio, non esitarono a fare dell'inadempimento delle formalità civili un impedimento al matrimonio canonico.

Nè meno importante è la storia parlamentare. La questione, nei termini in cui oggidì si dibatte, spuntò in Italia per la prima volta nel 1850, allorchè da una commissione legislativa furono intrapresi in Piemonte gli studi onde uscì gran parte della odierna legislazione italiana sul matrimonio. La disputa, non breve, fu svolta con gran copia di argomenti storici, giuridici e sociali, e da quasi tutti si convenne, se non nel modo, nella ne-

(1) Leggi civili napoletane:

Art. 81. Il parroco dovrà ricusarsi a celebrare il matrimonio senza l'esibizione della copia dell'atto della solenne promessa fatta innanzi all'ufficiale dello stato civile, avvertendo i futuri coniugi che senza questa promessa il matrimonio non produrrebbe gli effetti civili.

Codice penale napoletano:

Art. 245. Il parroco o sotto-parroco, o chi ne farà le veci, il quale contravvenga all'articolo 81 delle leggi civili sarà punito col secondo grado dell'esilio correzionale, e coll'amenda correzionale.

Codice civile parmense:

Art. 306. L'ufficiale pubblico dopo di avere fatto su' registri speciale menzione dell'esecuzione delle sovra esposte formalità (*solenne promessa di matrimonio*) e dopo di avervi unite le procure o altri documenti prodotti, consegna alle parti un'attestazione in forma autentica che comprova la detta esecuzione.

Appendice alla sezione 7ª, capo 2º, titolo 3º, libro 2º, parte 1ª, del cod. pen. parmense:

Art. 9. Chiunque per ministero assista alla canonica celebrazione di un matrimonio senza riportare dagli sposi l'attestazione dell'ufficiale destinata a rilasciarla, giusta quanto è prescritto dall'art. 306 del cod. civ., sarà punito con multa da trenta a trecento lire. La disposizione del presente articolo si applicherà, per gli ebrei, alla persona che legittimamente presiede ai matrimoni.

Codice civile parmense:

Art. 310. Lo sposo che non presenta entro il prescritto termine la suddetta fede (*quella con la quale il parroco attesta la celebrazione del matrimonio*) incorrerà in una multa non minore di venti lire nuove, nè maggiore di duecento.

Il decreto ducale del 18 luglio 1834, n. 140, interpretava nell'articolo 2º la parola *sposo* nel senso che dovesse riferirsi al solo sposo e prescriveva nell'articolo 3º essere obbligo

cessità di assicurare con acconce disposizioni l'adempimento o la precedenza delle forme civili quando venissero adottate.

Nonostante le vicende politiche di quel periodo eroico gli studi sulla riforma legislativa continuarono.

Il progetto di codice civile Cassinis presentato al parlamento subalpino nel giugno del 1860 conteneva due disposizioni, onde più tardi il regio commissario straordinario attinse interamente il sistema da lui adottato, per l'Umbria.

Come si è detto, in forza di tale sistema gli sposi potevano, a loro piacimento, dare la precedenza all'uno o all'altro matrimonio, ma il rito religioso premesso alla cerimonia civile non poteva aver luogo, se non quando da un certificato rilasciato dall'ufficiale dello stato civile, risultasse che le pubblicazioni erano state eseguite, e che nessun impedimento ostava alla celebrazione del matrimonio. Coloro che trasgredissero questo precetto erano condannati con la multa estensibile a lire tremila (1).

Questo sistema fu variamente apprezzato dalla magistratura cui il progetto di codice civile venne sottoposto per esame. Ma i più, pur accettandone il principio al quale si ispirava, opinarono che dovesse in altro modo attuarsi od essere integrato con altre disposizioni.

I progetti posteriori tacquero di tale questione; ma essa era così viva e presente nella coscienza del pubblico che rinacque più vigorosa nel 1865, quando nel senato del regno fu discusso il progetto del codice civile italiano. L'occasione era propizia. Lo Stato, dopo lungo contendere, rivendicava a sè il diritto di regolare il matrimonio e determinarne gli effetti giuridici. Una volta messi su questa via era meglio percorrerla tutta, senza lasciare alcun addentellato a future lotte od a future pretese.

Da molte parti si chiese adunque di obbligare gli sposi a contrarre il matrimonio civile prima del religioso, e stabilire delle pene contro i ministri dei culti, che procedessero alla benedizione di un matrimonio non ancora celebrato davanti l'ufficiale dello stato civile.

dell'ufficiale dello stato civile che ne avesse conoscenza, di denunziare al procuratore ducale i reati della specie di quello preveduto nell'articolo 316 del codice civile.

Codice civile estense:

Art. 334. Prima della celebrazione del matrimonio, gli sposi devono presentarsi all'ufficiale pubblico del domicilio della futura sposa, e dichiarare la loro intenzione di unirsi in matrimonio.

Art. 341. Entro otto giorni da quello del matrimonio, lo sposo presenta o fa presentare all'ufficiale pubblico la fede con la quale il parroco attesta la celebrazione del matrimonio, indicandone il giorno, mese ed anno, ed i testimoni che vi furono presenti. Per i culti tollerati, lo sposo presenta o fa presentare la fede dalla persona che ha legittimamente presieduto al matrimonio.

Art. 342. Lo sposo che non presenta o non fa presentare entro il suddetto termine l'accennata fede, incorre in una multa non minore di italiane lire venti e non maggiore di simili lire quaranta.

(1) Progetto di codice civile (CASSINIS): Art. 163. Se gli sposi volessero far precedere il rito religioso, dovranno presentare al ministro del culto un certificato dell'ufficiale dello stato civile, che faccia fede essersi eseguite le pubblicazioni, e nulla ostare nella celebrazione del matrimonio.

Art. 261. Incorreranno nella medesima pena (multa estensibile a lire tremila) coloro i quali, non avendo ancora celebrato il matrimonio dinanzi all'ufficiale dello stato civile, avessero adempiuto il rito religioso senza il certificato prescritto dall'articolo 163.

Ma questo partito non potè trionfare. Si temè che, adottandolo, si andasse troppo oltre; si disse che lo stesso interesse degli sposi li avrebbe consigliati a non omettere la cerimonia civile, l'unica che desse efficacia giuridica alla loro unione, si sperò molto nella pacificazione degli animi, e si confidò molto più nella conciliazione del clero. Ma la fiducia non fu così piena, che non si soggiungesse avere lo Stato modo e tempo di provvedere quando la libertà conceduta diventasse cagione di danni sociali.

Gli inconvenienti temuti non tardarono pur troppo a verificarsi. Dovettero anzi diventar così gravi e numerosi che nel 1869 la commissione (1) incaricata di rivedere il progetto di codice penale propose di inserire nel codice di polizia punitiva il seguente articolo:

« Art. 22. Il ministro di un culto, che celebra il matrimonio ecclesiastico fra due persone non ancora unite in matrimonio con le forme stabilite dal codice civile, è punito coll'ammenda da 120 a 500 lire ».

Questo articolo non fu riprodotto ne' progetti successivi, non perchè l'opinione pubblica vi fosse avversa, ma perchè, aggravandosi il male sempre più, si pensò di porvi rimedio con una legge speciale.

E che fosse così lo provano le interrogazioni che in varie circostanze e da varie parti della camera furono rivolte al ministero.

Fatti codesti, che uniti alle generali lagnanze per il numero troppo grande dei matrimoni celebrati col solo rito religioso, spinsero il governo ad uscire da quella riserva, che vicende politiche ancora recenti gli avevano consigliata, e lo indussero ad iniziare una serie di studi e d'investigazioni, che dovevano costituire la base e la giustificazione della nuova legge.

Il primo atto di questa istruzione fu la circolare del 2 ottobre 1872 colla quale il ministro della giustizia invitava i procuratori generali alle corti d'appello a raccogliere quante più notizie si potesse, per accertare in qual proporzione fossero i matrimoni civili e religiosi, e perchè molti fossero paghi del solo matrimonio ecclesiastico. L'indagine, lunga per sè, era resa più malagevole dal clero disposto in molte regioni a mostrarsi piuttosto ostile che arrendevole.

E così fu che rompendo gli indugi l'on. Mazzoleni prima (23 novembre 1872-4 aprile 1873) l'on. Mancini dopo (25 gennaio 1873) proposero due disegni di legge di iniziativa parlamentare, intesi ad assicurare l'osservanza della legge civile sul matrimonio.

Il progetto del Mazzoleni, più semplice, era d'indole transitoria e tale fu voluto dal suo autore. Esso stabiliva, che il matrimonio civile dovesse sempre precedere qualsivoglia rito religioso e puniva con un'ammenda da 120 a 500 lire il ministro del culto che contravenisse a quell'obbligo. Nessuna pena era stabilita per gli sposi e pe' testimoni.

Più complesso, e informato a un concetto fondamentale molto diverso, fu il disegno Mancini. L'illustre giureconsulto, ripigliando il sistema che già nel 1850 aveva difeso in seno alla commissione legislativa per gli Stati sardi, proponeva che gli sposi, non uniti da vincolo civile, dovessero, entro un mese dalla celebrazione del matrimonio religioso, darne notizia all'ufficiale dello stato civile della loro residenza. Li puniva col carcere da sei mesi a due anni, se entro tre mesi dalla cerimonia religiosa non avessero celebrato le nozze colle forme stabilite dal codice civile, e dava facoltà di aumentare la pena di un grado, quando la disobbedienza avesse per iscopo

(1) Composta dei signori Borsani, Costa e Martinelli.

di sfuggire ad altri obblighi verso terzi o verso la società. Il ministro del culto era colpito dalla stessa pena, solo allora che, abusando del suo ministero, eccitasse alla disobbedienza della legge. In ogni caso gli effetti della condanna cessavano, se, entro tre mesi dalla sentenza passata in giudicato, si celebrasse il matrimonio civile.

Fu questo nelle sue linee fondamentali il progetto Mancini. Il concetto, da cui prendeva le mosse, non era più la precedenza del matrimonio civile sul religioso, nè il reato consisteva nell'inversione di questi due termini. Il proponente partiva invece dal principio della necessità del matrimonio civile, e ne qualificava reato l'omissione, quando fosse decorso un certo termine dalla cerimonia religiosa.

Non è qui il caso di fare la critica di questo sistema, che, pur mirando allo scopo di ottenere l'osservanza della legge civile, si allontanava e non poco dalle idee comuni e dalle leggi vigenti in altri Stati europei. Se ci è parso di doverlo notare, è stato perchè tra questi due termini, quello della precedenza del matrimonio civile e quello della sua necessità, si contenne la discussione, che fu fatta più tardi nei due rami del parlamento.

Le due proposte di legge non ebbero per allora alcun seguito. Il governo, che aveva nel frattempo ricevuto le notizie richieste, credette, più che opportuno, necessario assumere esso medesimo l'iniziativa di un provvedimento legislativo.

Il progetto fu presentato alla camera dei deputati nella tornata del 3 dicembre 1873. Chi lo presentò fu il guardasigilli Vigliani. La relazione non lunga, ma succosa, che lo precedeva, fu la constatazione di un male in continuo aumento, e costituisce anche adesso una prova irrefutabile della necessità che si sente di porvi rimedio.

E come vi rimediava il progetto?

Il ministero proponeva che l'atto civile del matrimonio dovesse sempre precedere il rito religioso. L'infrazione di questo obbligo costituiva un reato al quale concorrevano gli sposi ed il ministro del culto. I primi eran puniti con la multa da lire 100 a 500; il secondo con la multa da lire 200 a 500, e in caso di recidiva col carcere da due mesi a sei. Ma per gli uni e per gli altri cessavano gli effetti del procedimento e delle condanne già pronunziate, ma non ancora eseguite, se, entro tre mesi dalla celebrazione del rito religioso, gli sposi contraessero matrimonio civile.

Questo sistema parve, ma non fu veramente ispirato al principio della precedenza del matrimonio civile. La facoltà concessa agli sposi contravventori di arrestare il procedimento e di togliere efficacia alla condanna pronunziata, mediante la celebrazione del matrimonio nelle forme prescritte dal codice, apriva in quel principio una breccia, che i tempi e la giurisprudenza avrebbero potuto allargare.

Ma nel progetto Vigliani spunta per la prima volta una determinazione di una grande efficacia preventiva e repressiva. Dalle indagini fatte il ministero aveva desunto, che il matrimonio religioso scompagnato da quello civile era molte volte consigliato agli sposi dal desiderio di non perdere quei diritti che per legge o disposizione dell'uomo fossero connessi allo stato di celibato o di vedovanza. Forse anche il Mancini dovette avere la visione di questo fatto, quando proponeva che la pena stabilita per gli sposi potesse salire di un grado, se la disobbedienza alla legge avesse per iscopo di sfuggire ad altri obblighi verso terzi o verso la società. Certo, se pur questo non fu il pensiero suo, quella disposizione non lo escludeva, e l'inasprimento

facoltativo della pena poteva essere, almeno teoricamente parlando, rimedio efficace. Ma il Vigliani pensò, che, se gli sposi si colpissero a punto in quello che avevano voluto salvare, la spinta a violare la legge sarebbe caduta, o rimasta notevolmente affievolita.

Da questo concetto semplicissimo uscì l'articolo 5 del disegno di legge per cui il matrimonio religioso acquistava l'istessa efficacia del matrimonio civile, limitatamente alla perdita dei diritti che per legge o disposizione dell'uomo dipendono dalla condizione di celibato o di vedovanza. E la disposizione, astrazione fatta dalla imprecisa formulazione, parve, ed è realmente così giusta ed efficace, che a nessuno venne mai in mente di combatterla, e formò nei progetti posteriori uno dei capisaldi del sistema repressivo.

Il progetto Vigliani ebbe negli uffici della camera accoglienze generalmente favorevoli, e lo stesso Mancini, che pur vagheggiava idee diverse, gli fu largo del suo appoggio e della sua difesa. Ma non poté giungere alla discussione pubblica per l'avvenuto scioglimento della camera.

Frattanto gli studi continuavano, e il governo vi ci sentì spronato, oltre che dall'importanza dell'argomento, dall'estendersi che fece la discussione anche fuori del parlamento, dalla parte che vi prese l'alto clero specie in alcune provincie, e da numerose pubblicazioni, talora contrarie, più spesso favorevoli ai disegni del ministero.

Il guardasigilli Vigliani, mentre suggeriva dei provvedimenti amministrativi per agevolare l'osservanza della legge civile sul matrimonio, ordinava che si completassero i dati statistici, ed altri ne faceva raccogliere il ministro Mancini a lui succeduto. Nè taceva il parlamento. Vari deputati in varie occasioni avevano chiesto al governo quali fossero i suoi intendimenti sulla questione e la commissione incaricata di esaminare il progetto di legge sugli abusi dei ministri dei culti raccomandò di risolverla presto.

A tale scopo intese il progetto di legge che il ministro Conforti presentò alla camera dei deputati nella tornata del 3 dicembre 1878. Modellato quasi interamente su quello del Vigliani di cui si accettava il concetto fondamentale, fu però più logico nell'attuarlo. Anch'esso disponeva che l'atto civile del matrimonio dovesse sempre precedere il rito religioso e puniva, come rei di delitto, gli sposi ed il ministro del culto che trasgredissero tale precetto. Conservò del disegno Vigliani il sistema punitivo, ma la pena pecuniaria fu ridotta per tutti i correi alla stessa misura, la multa cioè da lire 100 a 500. Anch'esso mantenne la disposizione, per cui il matrimonio religioso, ancorchè scompagnato da quello civile, traeva seco la perdita dei diritti che per legge o volontà dell'uomo dipendessero dalla condizione di celibato o di vedovanza.

Ma con maggior rispetto al principio della precedenza del matrimonio civile e con più sicura intuizione della realtà delle cose, non riprodusse l'altra disposizione, che metteva a libito dei trasgressori il far cessare gli effetti del procedimento o delle condanne pronunziate, sol che il matrimonio nelle forme civili seguisse entro un certo termine la benedizione, che ne aveva fatta il ministro del culto.

Ed anche il progetto Conforti ebbe la sua novità: l'art. 5°. Il ministero sapeva per le informazioni ricevute, che molte volte gli sposi erano dissuasi dal celebrare il matrimonio civile dalle spese relativamente notevoli che occorreavano pei documenti, i quali non potevan tutti nè sempre comprendersi nell'esenzione posta dall'articolo 147 nel regio decreto 15 novembre 1865. E allora si propose di estendere l'esenzione dalle spese a tutti

i documenti che fossero necessari per la celebrazione del matrimonio di persone povere, e si aggiunse, che le autorità, i pubblici ufficiali, i notari dovessero a tale uopo prestare gratuitamente l'opera loro.

Il progetto Conforti, accettato dal ministro Tajani, fu discusso dalla camera nelle tornate dal 13 al 19 maggio 1879, ma dalla discussione uscì modificato, e, come avviene nei subitanei emendamenti, non sempre in modo armonico.

E già lo aveva modificato prima la commissione che ebbe incarico di riferirne all'assemblea elettiva. Anzi essa compilò un proprio disegno, le cui differenze da quello del governo, limitate al solo sistema dei reati e delle pene, furono in sostanza le seguenti:

1° alla pena pecuniaria fu sostituita in ogni caso quella del carcere non minore di un mese e non maggiore di sei pel ministro del culto, estensibile a tre mesi per gli sposi;

2° la recidiva non era preveduta e regolata in modo speciale;

3° il delitto si commetteva anche dai testimoni, i quali avessero volontariamente assistito alla celebrazione del rito religioso. La pena era quella stessa stabilita per gli sposi;

4° il matrimonio per sorpresa costituiva un'aggravante per gli sposi e per i testimoni, che avessero volontariamente assistito alla espressione del consenso. La pena per gli uni e per gli altri era del carcere per otto mesi.

Queste due ultime furono le novità del progetto della commissione. Ma così questo, come quello del governo ponevano a base della legge la precedenza assoluta del matrimonio civile sul religioso, e a questo caposaldo non facevano eccezione di sorta.

L'eccezione vi fu posta dalla camera, ad istanza del guardasigilli onorevole Tajani, che nel frattempo era succeduto al Conforti. Accostandosi al sistema proposto dal Vigliani, la camera deliberò nell'articolo 1° del progetto da essa votato ed approvato, che la celebrazione del matrimonio civile estingueva l'azione penale, quando avvenisse prima che la sentenza di condanna passasse in cosa giudicata. In tutto il resto la camera accolse il progetto della sua commissione, ma volle anch'essa introdurre una novità. E la novità riguardava il matrimonio così detto *in extremis* tanto religioso, quanto civile. Il primo non era espressamente preveduto, ma ad esso alludeva senza fallo il capoverso ultimo dell'articolo 1° ove era stabilito che la morte di uno degli sposi uniti dal solo rito religioso estingueva l'azione penale. Il secondo si rese più agevole, modificandosi l'articolo 78 del regio decreto 15 novembre 1865 nel senso, che non era più richiesta la condizione dell'esistenza di prole naturale che gli sposi intendevano legittimare.

Così cambiato il disegno votato dalla camera poco serbò delle sembianze dell'antico progetto Conforti. Era dunque facile al senato di cambiarlo anche più.

L'ufficio centrale osservò infatti nel suo rapporto, che l'estinzione dell'azione penale stabilita pel caso, in cui il matrimonio, ancorchè preceduto dal rito religioso, si celebrasse nelle forme prescritte dal codice civile, mutava radicalmente il concetto fondamentale della legge. Il reato non consisteva più nella precedenza data al matrimonio religioso su quello civile, ma consisteva in definitiva nella omissione del matrimonio civile. E se era così, tutte le conseguenze dovevano cambiare, e, prima fra tutte, quella che ravvisava nell'intervento del ministro del culto una cooperazione al delitto.

Una volta messo su questa strada, era facile prevedere che l'ufficio centrale del senato l'avrebbe percorsa tutta quanta; e così avvenne realmente. Esso compilò un controprogetto quasi identico nelle linee fondamentali al disegno Mancini e il cui principio era questo: il matrimonio religioso non può andar scompagnato da quello civile. Gli elementi del reato dovevano quindi cambiare ed attingersi da un altro ordine di fatti. La celebrazione del matrimonio religioso, ancorchè premessa al rito civile, non costituiva delitto; ma tale diventava, se il rito civile non seguisse entro un certo termine (30 giorni). Conseguenza di questa premessa era, che il reato non si poteva commettere che dai soli sposi; e questi soli il controprogetto puniva colla multa estensibile a 1000 lire e coll'ammonezione stabilita dagli articoli 38 e 47 del codice penale allora vigente. Il ministro del culto andava esente da pena, non potendo egli essere punito per un fatto, il cui verificarsi dipendeva dalla volontà degli sposi soltanto. Per la stessa ragione anche i testimoni rimanevano estranei al reato; ma essi avevano l'obbligo di notificare all'autorità municipale l'avvenuta celebrazione del matrimonio religioso, sotto pena della multa estensibile a lire 1000.

Accanto a queste due figure di reato il controprogetto dell'ufficio centrale ne costruiva una terza, la seguente: Il ministro di un culto, i testimoni all'atto religioso del matrimonio, e qualsivoglia altra persona, che in qualunque tempo con promesse, minacce, con abuso di potere o di autorità si fossero fatti agenti principali, o complici dei reati sopramenzionati erano puniti colle pene, che il codice penale del tempo stabiliva per gli agenti principali e per i complici. La recidiva era in ogni caso regolata dal diritto comune.

E nè pur qui mancò la novità. Secondo il sistema adottato dal controprogetto era lasciato in balia degli sposi di dare, nella celebrazione del matrimonio, la precedenza a quello dei due riti che loro piacesse. Ora poteva accadere, che, celebrato il matrimonio civile, uno degli sposi (d'ordinario il marito) non volesse o non curasse di far benedire le nozze dal ministro del culto. L'ufficio centrale, preoccupato di questa eventualità, che, a giudizio suo, avrebbe profondamente turbato il sentimento religioso e la pace della famiglia, pensò di provvedervi. E stabilì, che, quando per patto la cerimonia religiosa dovesse entro un termine designato seguire la cerimonia civile, l'inadempimento del patto era motivo sufficiente per chiedere contro colui che l'avesse violato, la separazione personale e il risarcimento dei danni e interessi.

Ma poteva pure accadere il caso inverso. Poteva, cioè, succedere, che, celebrato prima il matrimonio religioso, uno degli sposi preferisse di pagare la multa, anzichè stringere il nodo nelle forme civili. Questo fatto era in verità molto più grave del primo, e a porvi rimedio il controprogetto stabiliva, che contro la parte inadempiente poteva chiedersi il risarcimento dei danni e interessi. Condizione per l'esercizio di tale azione era, che la cerimonia religiosa fosse stata preceduta dalla promessa scambievolmente di futuro matrimonio preveduta nell'articolo 54 del codice civile e non fosse stata, nel termine di 30 giorni, susseguita dal matrimonio civile.

L'ufficio centrale, da ultimo, aggiunse una nuova modificazione all'articolo 78 del regio decreto 15 novembre 1865. Secondo questo articolo e il progetto votato dalla camera dei deputati, pel matrimonio civile in *extremis* vi doveva essere il consenso degli ascendenti o del tutore. Si pensò, e non a torto, che se tale consenso era necessario, non sempre era possibile che

fosse dato personalmente da coloro che dovevano prestarlo. E quindi si propose, che i quattro testimoni, a quel modo che accertavano la mancanza di impedimenti, di parentela, di affinità e di stato, potessero accertare altresì la esistenza del consenso degli ascendenti o del tutore. E per eliminare il dubbio che tal consenso occorresse in ogni caso, si aggiunse l'inciso: nei casi ne' quali sarà necessario. Locuzione cotesta non del tutto esatta, giacchè il solo consenso del tutore come tale non è mai richiesto per la celebrazione del matrimonio.

Questo controprogetto non fu discusso in senato, essendo sopraggiunto lo scioglimento della camera. E da quel tempo la questione non venne più sollevata, se non per incidente, dall'onorevole Ferri nella camera e dall'onorevole Auriti in senato, i quali, prendendo occasione dal nuovo codice penale che si discuteva, mostrarono la necessità di una sanzione penale che assicurasse la precedenza del matrimonio civile.

A questo punto si arresta la storia parlamentare della questione in Italia.

Facendo tesoro degli ammaestramenti onde è ricca la comparazione delle leggi straniere e la storia delle proposte passate, ma mantenendo fermo il principio della precedenza obbligatoria del matrimonio civile, che più sopra abbiamo giustificato, abbiamo redatto il progetto, del quale ora brevemente spiegheremo le singole disposizioni.

È da notare anzitutto che il dovere emanare una legge speciale tanti anni dopo il codice civile e quando il matrimonio meramente religioso è diventato quasi una consuetudine, obbliga il legislatore a redigere le sue disposizioni in un modo molto più particolareggiato, che non abbiano fatto i legislatori stranieri, i quali immediatamente o quasi hanno ricollegate le disposizioni penali alla istituzione del matrimonio civile, impedendo in tal modo il nascere o l'invecchiarsi del male.

Altrove la legge penale fu scritta con la fondata speranza che non si sarebbe mai dovuta applicare, perchè il reato non sarebbe mai stato commesso; presso di noi è da temere che in alcuni casi la pena debba anche essere inflitta ai rei.

La parte fondamentale della nostra proposta sta negli articoli 1 e 3, che stabiliscono pene agli sposi e ai ministri del culto che celebrino il matrimonio religioso prima del civile.

La ragione per la quale abbiamo qui chiamata francamente *matrimonio religioso* l'unione celebrata dinanzi al ministro del culto, servendoci del comune linguaggio, risulta chiaramente da quanto abbiamo osservato nella prima parte di questa relazione.

Noi crediamo d'altronde che una legge, che, come la presente, deve avere carattere popolare, non debba rifiutare di usare il linguaggio di tutti, specialmente poi quando questo linguaggio definisce precisamente il concetto che la legge ha in mira.

Conformemente ai progetti italiani precedenti, la pena è minacciata non al solo ministro del culto, ma anche agli sposi. Che questi pure siano rei apparisce manifesto e non ha bisogno di dimostrazione; e lo studio delle cause del male presente, che più sopra abbiamo esposto in succinto, ci persuade, che gli sposi debbano essere spinti all'adempimento del loro civile dovere con lo stimolo della pena. D'altra parte la punizione degli sposi toglie di mezzo il pericolo che la legge possa essere facilmente elusa mediante il matrimonio per sorpresa, nel quale non potrebbe punirsi il solo ministro del culto, che non vi prende parte volontaria.

La pena comminata agli sposi nell'articolo 1 è pecuniaria, e non restrittiva della libertà personale, come in alcuni dei precedenti progetti, perchè l'esempio delle leggi straniere che per lo stesso ministro del culto stabiliscono efficacemente pene pecuniarie, e l'esempio delle disposizioni penali per altri casi relativi o al matrimonio o agli atti dello stato civile ci persuadono essere la pena pecuniaria sufficiente al fine propostoci. Nè sarebbe d'altra parte conveniente chiudere la sposa negli stabilimenti penali o anche nel carcere giudiziario.

La grande diversità delle possibili circostanze, e specialmente la differenza della ricchezza dei rei ci ha indotti a lasciare una ampia latitudine al giudice nella determinazione della somma della multa. Importante, perchè diretta a combattere una delle cause che spingono gli sposi ad omettere la celebrazione del matrimonio civile (causa che potrebbe anche indurli a tollerare la multa senza sentirsene troppo gravati) è la disposizione del capoverso dell'articolo 1, la quale parifica il matrimonio religioso al civile in quanto alla perdita dei diritti patrimoniali da quest'ultimo oggi prodotta. Chi vuol frodare la legge civile non deve trovarsi in miglior condizione di chi la osserva. Noi abbiamo in ciò seguito l'esempio dei progetti precedenti, correggendone tuttavia la formulazione, che abbiamo resa più esatta e comprensiva, così da includervi la perdita dell'usufrutto legale pel passaggio a seconde nozze, oltre la cessazione degli assegni, pensioni, diritti dipendenti da condizione di vedovanza, ecc. ecc.

Che il ministro del culto, il quale celebra il matrimonio religioso prima del civile commetta un reato, è stato già da noi dimostrato. È anzi questo il reato punito da tutte le citate leggi straniere. In parecchie di queste leggi il reato del ministro del culto si fa addirittura consistere nella celebrazione del matrimonio religioso, quando gli sposi non abbiano presentato uno speciale certificato rilasciato dall'ufficiale dello stato civile. Noi non abbiamo creduto di seguire queste disposizioni troppo formali e severe. Abbiamo bensì disposto nell'articolo 11 che l'ufficiale dello stato civile, richiestone dai coniugi, rilasci loro gratuitamente un certificato da potersi presentare al ministro del culto per la celebrazione del matrimonio religioso; ma non abbiamo vincolata alla presentazione di tale certificato l'esenzione della pena stabilita nell'articolo 3. Se il ministro del culto, anche senza la presentazione del certificato, avrà la certezza della già eseguita celebrazione del matrimonio civile potrà, senza timore di pena, benedire gli sposi. Naturalmente però egli risponderà penalmente, se la sua persuasione risulterà mal fondata, poichè assai difficile sarà l'ammettere la sua buona fede, quando la legge ha preordinato un così facile mezzo di prova, qual è la presentazione del certificato indicato nell'art. 11.

Alla multa comminata nell'articolo 3 in misura anche abbastanza lata per la varietà delle circostanze, va unita la pena della interdizione temporanea del beneficio ecclesiastico. Questa pena non è nuova, ed è stabilita anche in altri casi di abusi dei ministri dei culti nell'esercizio delle loro funzioni (vedi articolo 183 del codice penale).

Ci è sembrato che essa fosse bene appropriata ad un caso che implica usurpazione di una funzione della potestà civile.

Ma il carattere del reato diventa assai più grave, quando esso sia ripetuto; gravissimo poi quando la ripetizione sia continuata.

Perciò abbiamo punito con una serie di pene rapidamente ascendente il reato commesso due volte o più di due volte, unendo nell'ultimo caso alla pena

pecuniaria la detenzione e la interdizione perpetua del beneficio ecclesiastico. Questa scala di pene, e spesso in misura più grave, si riscontra anche in leggi straniere che più sopra abbiamo riferite. Ma qui a noi importa notare particolarmente, che l'aumento delle pene per la ripetizione del reato, secondo l'articolo 3, non è fondato sulla figura giuridica della recidiva, com'è regolata dal codice penale, ma bensì sulla semplice reiterazione del reato; sicchè, per esempio, il ministro del culto dovrà essere punito colla pena più grave stabilita nell'ultima parte dell'articolo, quando abbia celebrato tre o più matrimoni religiosi non preceduti dal matrimonio civile, anche se per le prime volte egli non fu mai condannato, nè accusato. Accanto a tale disposizione, restano pur sempre salve e applicabili anche le disposizioni generali relative alla recidiva.

Gli articoli 2 e 4 del progetto, che sono in certo modo coordinati, contengono disposizioni che mitigano sensibilmente la pena, in casi in cui parve minore la gravità del reato e del pericolo sociale.

Per l'articolo 2 la pena degli sposi è ridotta a piccola somma e può anche convertirsi nella riprensione giudiziale, quando il matrimonio sia stato preceduto dalle formalità civili, il che è garanzia di pubblicità e di inesistenza di impedimenti civili, e sia stato seguito entro breve termine dal matrimonio civile. È utile facilitare l'adempimento del matrimonio civile dopo il religioso, senza tuttavia aprire troppo larga la via alla violazione del precetto essenziale della precedenza del matrimonio civile. Si è creduto poi di potere in questo caso ammettere la conversione della pena pecuniaria nella riprensione giudiziale, in modo analogo a quanto dispone l'articolo 26 del codice penale, quantunque il massimo della multa resti pur sempre nel caso nostro superiore alle lire trecento (1).

Alla mitigazione della pena per gli sposi secondo l'articolo 2, corrisponde la mitigazione della pena pel ministro del culto secondo l'articolo 4. Qui peraltro non poteva parlarsi della celebrazione successiva del matrimonio civile, come si è fatto nell'articolo 2 poichè essa non dipende dalla volontà del ministro del culto; ma si è posta come condizione la esortazione alla celebrazione del matrimonio civile, la quale molto diminuisce il carattere di usurpazione dei poteri civili, che ha la celebrazione del matrimonio religioso prima del civile. Lo diminuisce, abbiamo detto, ma non lo toglie del tutto, e non distrugge poi il pericolo che il matrimonio civile non abbia luogo; perciò la pena del ministro del culto non può essere ridotta quanto quella degli sposi per l'articolo 2.

Punire anche i testimoni per la semplice assistenza al matrimonio religioso celebrato prima del civile non parve necessario; anzi sarebbe stato in molti casi dannoso, costituendo così una spinta a nascondere la celebrazione dei matrimoni religiosi. È interesse della legge che questi matrimoni siano conosciuti; e perciò appunto nell'art. 5 si fa obbligo ai testimoni di dar notizia al sindaco del matrimonio religioso, al quale essi hanno assistito; e la mancanza dell'adempimento di tale obbligo si punisce con una non

(1) Le parole: *Quando la pena stabilita dalla legge non superi ecc.*, usate nell'articolo 26 del codice penale hanno dato luogo a dubbi d'interpretazione, sostenendo alcuni che dovesse aversi riguardo alla pena qual'era determinata dal giudice tra i limiti stabiliti dalla legge. Ma la più corretta interpretazione, secondo la quale la pena che non superi i limiti indicati nell'articolo 26, è quella massima stabilita dalla legge, ha ora per sè l'autorità della corte di cassazione di Roma in una sentenza del 2 maggio 1891 (ricorso Ruggieri), ed è conforme a quanto risulta dai lavori preparatori. (Verbale n. VIII, pag. 97 a 104).

esagerata ammenda. Il mezzo di prova dell'antecedente celebrazione del matrimonio civile preordinato nell'articolo 11 vale naturalmente, in modo analogo a quanto abbiamo osservato riguardo al ministro del culto, anche per i testimoni. Gli articoli 6, 7, 8 e 9 regolano la delicatissima materia del matrimonio in *extremis*. La necessità di trattare in modo speciale il matrimonio religioso richiesto da chi sta nel pericolo di morire, s'impone a chiunque conosca, quanto in tale momento si faccia potente la voce della coscienza e della religione.

Negare al moribondo la consolazione del sacramento, che, secondo la sua coscienza, deve purificare l'anima sua, negare al sacerdote di benedire l'unione invocata da colui che sta per spirare, sarebbe rendere troppo dura la legge civile e farne quasi scusabile la violazione. Il riguardo al matrimonio in *extremis* fu uno dei principali motivi, che indussero alcuni dei proponenti di progetti di legge ad abbandonare del tutto la regola della precedenza obbligatoria.

Ma noi crediamo, che, mantenendo in generale quella regola, si possa portarvi un'eccezione pel matrimonio in *extremis*, facendo in modo però, che l'eccezione si mantenga praticamente nei limiti ristrettissimi del caso pel quale è ammessa.

Noi abbiamo a tal fine accettata anzitutto la facilitazione dei matrimoni civili in *extremis* proposta alla camera, quando fu discusso il progetto Conforti, e accolta anche dal senato, modificando nell'articolo 6 il testo dell'articolo 78 del regio decreto sull'ordinamento dello stato civile. Questo articolo è finora così concepito: « Nel caso di imminente pericolo di vita, se gli sposi hanno prole naturale vivente che intendono legittimare, l'ufficiale dello stato civile può procedere alla celebrazione del matrimonio, omessa ogni formalità, purchè vi preceda la dichiarazione giurata di quattro testimoni, che accertino non esistere fra gli sposi impedimenti di parentela, di affinità o di stato; e siavi il consenso degli ascendenti o del tutore ».

Secondo la modificazione proposta nell'articolo 6 si toglie la condizione della esistenza di prole naturale da legittimare e si regola in modo più facile e più preciso la materia del consenso degli ascendenti o del tutore; da una parte non richiedendo tale consenso in modo diretto, ma esigendo solo l'attestazione giurata della esistenza di esso, dall'altra parte conciliando meglio l'articolo stesso con la disposizione del codice civile, col notare che il consenso degli ascendenti si richiede solo nei casi indicati dal codice civile, e il consenso del tutore si richiede nei casi nei quali il codice richiederebbe il consenso dei consigli di famiglia o di tutela, e questo non si possa avere per la grande urgenza del pericolo imminente.

Facilitato il matrimonio civile in *extremis*, più raro sarà il caso in cui il matrimonio religioso dovrà ammettersi senza esigere la precedenza del civile. Ma questo caso non essendo escluso del tutto, si è nell'articolo 7 ordinata l'esenzione delle pene pel ministro del culto e per gli sposi, quando questi abbiano fatto tutto il possibile per celebrare il matrimonio civile, e quando sia certo che non esistono impedimenti civili. Ad assicurare la esistenza di queste condizioni tendono le dichiarazioni giurate richieste nell'articolo 7 in modo assai preciso e circostanziato.

Si è ritenuto, che colui, che sta nel letto di morte, e che per calmare la propria coscienza domanda la benedizione nuziale al sacerdote, non vorrà macchiarsi di uno spergiuro, il quale, d'altronde, sarebbe facilmente scoperto.

Naturalmente poi l'esenzione dalla pena non si estende anche alla esenzione della perdita dei diritti patrimoniali secondo il capoverso dell'articolo 1°, perchè questa deve essere un effetto del matrimonio religioso, come è effetto del matrimonio civile. D'altronde, la esenzione da quella perdita potrebbe essere anche qui un incentivo alla frode.

Ma il pericolo che la celebrazione del matrimonio *in extremis* possa convertirsi in una frode alla legge, ci ha indotti ad adottare la disposizione dell'articolo 8, che impone l'obbligo a tutti gli intervenuti di denunziare quella celebrazione, nel breve termine di tre giorni, al sindaco del comune; obbligo che sarà facilmente adempiuto, se veramente, com'è da ritenere, fu fatto l'invito all'ufficiale dello stato civile menzionato nell'articolo 7.

Il rigore della legge riprende tutta la sua forza, se coloro, che hanno celebrato il matrimonio religioso in *extremis*, omettano poi la celebrazione del matrimonio civile. Indi la disposizione dell'articolo 9, nel quale si assegna agli sposi un termine di 90 giorni per la celebrazione del matrimonio civile. Ben si intende, e non è necessario farne espressa menzione, che l'articolo 9 non si applica quando la morte del coniuge abbia avuto luogo prima della scadenza del termine. -- Potrà invero apparire a prima vista troppo lungo il termine di 90 giorni, specialmente se si pensi che nell'articolo 2 si pone un termine di otto giorni soli, e si consideri, d'altra parte, che, secondo l'articolo 7, l'ufficiale dello stato civile deve essere stato invitato a celebrare il matrimonio *in extremis*.

Ma queste obiezioni vengono meno, sol che si pensi, che all'arrivo dell'ufficiale dello stato civile l'imminenza del pericolo può spesso essere cessata, sicchè non sia più applicabile la speciale procedura del matrimonio *in extremis*, e che, mentre nell'articolo 2 tutte le formalità preliminari del matrimonio civile si suppongono già compiute, nel caso nostro esse debbono, quasi sempre, ancora incominciarsi. Ora tali formalità possono richiedere atti e documenti non facili a procurarsi in breve tempo; sicchè spesso il termine di 90 giorni non sarà davvero troppo lungo.

L'articolo 10 è necessario complemento della legge poichè, senza la facoltà del pubblico ministero di ispezionare i registri matrimoniali dei ministri del culto, e senza una sanzione penale per lo meno uguale alla pena comminata per un reato commesso dal ministro del culto, la maggior parte dei reati contro i quali è diretta la legge resterebbe impunita, sfuggendo alla conoscenza dell'autorità giudiziaria.

Dell'articolo 11 non è necessario tornare a parlare dopo quanto ne abbiamo detto più sopra a proposito degli articoli 3 e 5.

L'articolo 12 finalmente toglie di mezzo completamente la difficoltà della spesa, che può trattenere qualche povero dalla celebrazione del matrimonio civile.

Oggi l'esenzione delle spese già esiste in gran parte, ma l'articolo 12 la estende e sancisce più efficacemente. Cadrà in tal modo ogni scusa per la contravvenzione della legge; scusa per verità anche oggi più fittizia che reale, non essendo le spese soverchie ed esagerate.

Diamo qui unite due tabelle delle spese occorrenti pel matrimonio civile. La prima tabella indica la spesa minima; la seconda segna non già la massima, che si può richiedere per casi del tutto eccezionali, ma la massima dei casi meno straordinari.

Tabella A.

SPESA MINIMA OCCORRENTE PER UN MATRIMONIO

Si suppone, che gli sposi, nati nello stesso comune, vi abbiano vissuto sempre, senza allontanarsene mai, che non abbiano bisogno del consenso degli ascendenti, nè di quello del consiglio di famiglia o di tutela, che possano presentare l'atto di nascita, che non vi sia tra loro alcun impedimento dispensabile, che nessuno di loro sia stato coniugato altra volta.

N. d'ordine	DENOMINAZIONE DEGLI ATTI	Tasse di bollo (Legge 13 settembre 1874, n. 2077 art. 20 n. 18 e 19)	Diritti spettanti al comune (R. decreto 15 novembre 1865, art. 145)	
		L. C.	L. C.	
1	Atti di nascita degli sposi (Cod. civ. art. 79) . . .	1, 20	1, 00	
2	Pubblicazioni (Cod. civ. art. 70)	1, 20	—	
	Totale L.	2, 40	1, 00	1, 00
				2, 40
				3, 40

Tabella B.

SPESA MASSIMA OCCORRENTE PER UN MATRIMONIO (1)

Si suppone che gli sposi risiedano in comuni diversi da quelli in cui nacquero, che i comuni di nascita e quelli di residenza dipendano, ciascuno, dalla giurisdizione di diverso tribunale; che gli sposi nell'anno precedente la celebrazione del matrimonio sieno stati ambedue all'estero, che ambedue sieno stati altra volta coniugati, e che i rispettivi coniugi sieno morti in comuni non compresi nella giurisdizione del tribunale, dalla quale dipende il comune ove il matrimonio si deve celebrare; che ambedue gli sposi abbiano bisogno del consenso degli ascendenti, che questi lo diano per un atto autentico, e l'atto abbia ad essere legalizzato.

N. d'ordine	DENOMINAZIONE DEGLI ATTI	Tasse	Tasse	Diritti	Diritti
		di bollo	di leg- lizzazione	spettanti al comune	spettanti al notaro
		Lire	Lire	Lire	Lire
1	Atti di nascita degli sposi (2)	(5) 1, 20	(8) 2, 40	(9) 1, 00	—
2	Pubblicazioni nei due comuni	(5) 2, 40	—	—	—
3	Certificato di eseguite pubblicazioni in un comune (2)	(5) 0, 60	(8) 1, 20	(10) 0, 50	—
4	Atti di notorietà per provare lo stato libero degli sposi pel tempo che dimorarono all'estero (4)	(6) 4, 80	—	—	—
5	Atti di morte dei primi coniugi (2)	(5) 1, 20	(8) 2, 40	(9) 1, 00	—
6	Certificato di stato libero (2)	(5) 1, 20	(8) 2, 40	(9) 1, 00	—
7	Atti di consenso degli ascendenti (2)	(7) 4, 80	(8) 2, 40	—	(11) 4, 50
	Totale	16, 20	10, 80	3, 50	3, 50
					10, 80
					16, 20
			Totale		35, 00

(1) Salvo casi rari ed eccezionali. — (2) Cod. civ. art. 79. — (3) Cod. civ. art. 70. — (4) Regio decreto 15 novembre 1865, art. 75. — (5) Legge 13 settembre 1874, n. 2077, art. 20, n. 13, 18 e 19. — (6) Legge 29 giugno 1882, n. 835, art. 3. — (7) Legge 13 settembre 1874, n. 2077, art. 19, n. 22. — (8) Legge 19 luglio 1880, n. 5536, allegato F, tabella annessa n. 44. — (9) Regio decreto 15 novembre 1865, art. 145. — (10) E' dovuto il diritto spettante al comune in forza dell'art. 145 del regio decreto 15 novembre 1865. Così ritenne il consiglio di Stato (Vedi circolare del ministero di grazia e giustizia del 13 aprile 1880, n. 890). — (11) Legge notarile, art. 4 e 30 della tariffa.

DISEGNO DI LEGGE

Art. 1. — Coloro che prima della celebrazione del matrimonio civile contraggono matrimonio religioso secondo il rito di qualunque culto, sono puniti, ciascuno, con la multa da lire cinquanta a duemila.

Essi perdono i diritti patrimoniali che per legge o disposizione dell'uomo sieno connessi allo stato di celibato o di vedovanza.

Art. 2. — Se l'atto punibile secondo l'articolo 1 sia stato preceduto dalle formalità preliminari del matrimonio civile, e sia stato nel termine di otto giorni susseguito dalla celebrazione del matrimonio civile, la multa stabilita nell'art. 1 sarà diminuita di due terzi, e in luogo di essa potrà anche essere applicata soltanto la riprensione giudiziale, ove concorrano circostanze attenuanti.

Art. 3. — Il ministro di un culto, che celebri il matrimonio religioso tra persone le quali non abbiano prima celebrato il matrimonio civile, è punito con la multa da lire cento a duemila e con l'interdizione temporanea dal beneficio ecclesiastico.

Se ha commesso due volte tale reato, è punito con la multa da lire cinquecento a cinquemila e con l'interdizione temporanea dal beneficio ecclesiastico.

Se ha commesso più di due volte tale reato, è punito con la multa da lire mille a diecimila, con la detenzione da un mese ad un anno e con l'interdizione perpetua dal beneficio ecclesiastico.

Art. 4. — Se il ministro di un culto ha celebrato il matrimonio religioso tra persone le quali, senza aver celebrato ancora il matrimonio civile, abbiano tuttavia adempiuto alle formalità preliminari di questo, e le ha esortate a celebrare il matrimonio civile, è punito soltanto con la multa da lire cento a duemila.

Art. 5. — Chiunque avendo assistito come testimone all'atto punibile secondo gli articoli precedenti, non ne abbia nel termine di otto giorni dato notizia al sindaco del comune nel quale esso avvenne, è punito con l'ammenda da lire venti a duecento.

Art. 6. — L'articolo 78 del regio decreto 15 novembre 1865 sull'ordinamento dello stato civile è modificato nel modo seguente:

« Nel caso d'imminente pericolo di vita l'ufficiale dello stato civile può procedere alla celebrazione del matrimonio, omessa ogni formalità, purchè vi preceda la dichiarazione giurata di quattro testimoni che accertino non esistere tra gli sposi impedimenti di parentela, di affinità e di stato, ed esservi il consenso degli ascendenti nei casi nei quali è necessario, e almeno il consenso del tutore nei casi nei quali sarebbe necessario il consenso del consiglio di famiglia o di tutela ».

Art. 7. — Le pene stabilite negli articoli 1, 2, 3 e 4 della presente legge, non si applicano, se la celebrazione del matrimonio religioso sia stata fatta nel caso d'imminente pericolo di vita, e il ministro del culto abbia dinanzi a due testimoni ricevuto dagli sposi dichiarazione giurata di avere invitato in determinato modo, o mandato ad invitare per mezzo di determinate persone l'ufficiale dello stato civile a celebrare il matrimonio, ed abbia ricevuto da quattro testimoni dichiarazione giurata conforme a quella richiesta nell'articolo 6 della presente legge.

Ha tuttavia effetto anche in questo caso la perdita dei diritti patrimoniali stabilita nel capoverso dell'articolo 1.

Art. 8. — Coloro che abbiano contratto matrimonio religioso nelle circostanze e nei modi menzionati nell'articolo 7, il ministro del culto e i testimoni che vi abbiano assistito o che abbiano fatto la dichiarazione giurata, sono tenuti a denunziare nel termine di tre giorni l'avvenuto matrimonio religioso al sindaco del comune nel quale il matrimonio stesso sia stato contratto, sotto pena, per ciascuno, dell'ammenda da lire venti a duecento.

Art. 9. — Coloro che abbiano contratto matrimonio religioso nelle circostanze e nei modi menzionati nell'articolo 7, se non abbiano nel termine di giorni novanta celebrato il matrimonio civile, sono puniti, ciascuno, colla multa da lire cinquanta a duemila.

Art. 10. — Il ministro di un culto che impedisca l'ispezione dei registri dei matrimoni religiosi ai rappresentanti del pubblico ministero presso i tribunali e le corti,

è punito colla multa da lire cento a due-mila e colla interdizione temporanea dal beneficio ecclesiastico.

Art. 11. — L'ufficiale dello stato civile rilascerà in carta libera e senza spesa un certificato del celebrato matrimonio ai coniugi, che lo richiedano per valersene nella celebrazione del matrimonio religioso.

Art. 12. — Per le persone povere si fa-

ranno in carta libera, senza percezione di diritti o di tasse e senza altre spese, tutti gli atti, certificati e documenti e le copie di essi occorrenti agli sposi in occasione del matrimonio, e le autorità, i pubblici ufficiali ed i notai, il ministero dei quali sia all'uopo richiesto, dovranno prestare la loro opera gratuitamente.

PER L'ABOLIZIONE DELL'AUTORIZZAZIONE MARITALE

I (*).

Un studio in forma di disegno di legge non è cosa comune, ma non mi pare cattiva cosa, perchè obbliga lo scrittore a concepire e a formulare con precisione il proprio pensiero e ad evitare poco utili divagazioni. Nel caso presente poi questa forma non è arbitraria, perchè lo schema, che io qui pubblico, non è altro che un primo saggio di un vero e proprio disegno di legge, che io aveva, pochi mesi or sono, in animo di presentare al parlamento.

Poche parole potranno tener luogo d'introduzione.

In Italia la tradizione del diritto giustiniano (chechè si sia scritto in contrario, confondendo i varii periodi della storia, anche in recenti documenti parlamentari) era piuttosto favorevole alla piena capacità della donna nubile o maritata, relativamente al diritto privato patrimoniale, salvo ristrette eccezioni, per le quali la donna godeva di una maggiore protezione, come quella del senatoconsulto Velleiano con le modificazioni recatevi da Giustiniano e quella della scusabilità dell'errore di diritto. Ma l'influenza del diritto germanico si faceva sentire negli statuti comunali, in parecchi dei quali al marito era attribuita normalmente l'amministrazione col godimento dei frutti (*ususfructus maritalis*) anche dei beni parafernali della moglie, in molti si richiedeva l'autorizzazione del marito per le obbligazioni contratte dalla moglie e per altri atti giuridici importanti, come l'acquisto dell'eredità e la rinunzia, ecc.; in altri s'imponavano alle donne maritate le formalità e i consensi dei parenti o dei giudici richiesti per gli atti dei minorenni, e così via.

Il codice civile francese seguì piuttosto le norme germaniche vigenti nella parte della Francia, che era retta dalle consuetudini, e sottopose la moglie all'autorizzazione del marito in quasi tutti gli atti più importanti.

I codici degli Stati italiani imitarono il francese, ed anche il codice ora vigente in Italia accettò l'istituto dell'autorizzazione maritale, pure modificandolo notevolmente, ma non sempre logicamente. Nè bisogna dimenticare

(*) Pubbl. negli *Studi in onore di Biagio Brugi nel XXX anno del suo insegnamento* (L. Gaipa, Palermo, 1910), pag. 663, e poi negli *Atti del VII congresso giuridico nazionale* (Giannandrea, Roma, 1911). La proposta di legge, poi presentata al senato il 20 dicembre 1912 (*Atti parlamentari, Sen. del Regno, legislatura XXIII, Documenti, n. 942*) è identica al presente studio; ha principio dalle parole: « In Italia la tradizione del diritto giustiniano ecc. ». Vedine a pag. 137 lo svolgimento.

che è di grande valore in questa materia il regime patrimoniale del matrimonio, per cui l'uso italiano propenso quasi dappertutto al regime dotale e alla separazione dei beni è opposto all'uso di molte nazioni straniere, che si attengono piuttosto alla comunione dei beni tra coniugi.

Ma oggi nella stessa Francia giuristi e non giuristi pongono in discussione l'autorizzazione maritale, e più d'una legge recente si è allontanata dai principii rigorosi del codice. Così per la legge 9 aprile 1881 le donne maritate possono senza alcuna autorizzazione farsi aprire libretti di cassa di risparmio e ritirarne somme; per la legge 20 luglio 1886 possono fare depositi alla cassa pensione per la vecchiaia e ritirarli, colla sola riserva dell'opposizione da parte dei mariti; per la legge 1° aprile 1898 sono ammesse a partecipare alle società di mutuo soccorso; per la legge 6 aprile 1893 la donna separata dal marito ha la libera disponibilità dei suoi beni; per la legge 13 luglio 1907 la moglie può disporre liberamente del patrimonio proveniente dai suoi personali guadagni come operaia, impiegata, istitutrice, artista, ecc.

Ma i progetti di legge vanno anche molto più oltre. Così il progetto presentato alla camera francese dal deputato Carlo Beauquier il 27 novembre 1906 vuole abolire gli articoli 215, 217, 218, 219, 221, 222, 224, 225 del codice civile; progetto molto modificato dalla commissione della camera con la relazione del deputato Maurizio Viollette del 2 giugno 1908, e testè discusso il 5 aprile 1910 e approvato dalla camera con lievi emendamenti e col titolo: « *Loi ayant pour objet l'extension de la capacité legale de la femme mariée* ».

Anche in Italia alcune leggi speciali hanno già incominciato ad ammettere qualche eccezione alla regola scritta nel codice civile. Nell'art. 11 della legge 27 maggio 1875 sulle casse postali di risparmio si prescrive: « Potrà darsi e pagarsi il libretto ai minori ed alle donne maritate, tranne il caso di opposizione dei rispettivi genitori o tutori o mariti ». Simile disposizione si trova nell'art. 9 della legge 15 luglio 1888 sulle casse di risparmio ordinarie. L'articolo 8 della legge sulla cassa nazionale di previdenza, testo unico 28 luglio 1901, porta: « Le donne maritate possono iscriversi senza bisogno del consenso del marito ». Non la legge, ma la giurisprudenza probivirale riconosce che la donna maritata può stare in giudizio dinanzi al collegio dei probiviri senza alcuna autorizzazione.

Un recente progetto del deputato Gallini 3 aprile-6 maggio 1909 svolto il 19 febbraio 1910) propone l'abrogazione degli art. 134 segg. del codice civile.

Non è qui il luogo di passare in rassegna le diverse legislazioni degli altri popoli (cfr. DE FEYDEAU, « *L'émancipation de la femme mariée dans la législation contemporaine* », Paris, 1909). Basterà notare che alla maggior parte di esse l'autorizzazione maritale è ignota, e solo in alcuna si riconosce una certa prevalenza del marito negli atti relativi ai beni della società coniugale e alla disposizione dell'attività personale della moglie. Conviene poi ricordare che per giudicare di queste leggi straniere bisogna sempre tener presente il regime patrimoniale dei coniugi vigenti nei diversi paesi.

Presso di noi la pratica insegna che l'istituto dell'autorizzazione maritale non è di grande utilità e che troppe volte serve solo a fare in mala fede rescindere atti compiuti in piena buona fede. A me pare che risponda oramai alla comune coscienza l'abolizione di un vincolo, che pone la donna maritata in condizioni d'inferiorità rispetto al suo patrimonio e che non trova una vera giustificazione nella pretesa unità d'indirizzo dell'economia della famiglia, per la quale altre disposizioni del codice civile impongono ai coniugi doveri

per sè stessi sufficienti (art. 131, 132, 133, 138, 1429), e alla quale si può contrattualmente provvedere con la dote e con la comunione.

Tuttavia credo che l'abolizione debba essere accompagnata da qualche temperamento. A prima vista apparisce giustificata una limitazione relativa a quelle obbligazioni, per le quali l'attività della moglie può essere distratta dalla casa coniugale, limitazione, che, come ho più sopra notato, è ammessa da alcune leggi straniere. Ma non mi è sembrato opportuno introdurla nel disegno di legge, perchè neppure ora tra gli atti enumerati nell'art. 134 è compresa l'assunzione di siffatte obbligazioni e non si è fin qui sentito il bisogno di disposizioni nuove a tale riguardo. In gran parte bastano gli articoli 131 e 133 del codice civile e la generale limitazione relativa alla donna commerciante. Ma perciò appunto, e per le gravi conseguenze anche d'ordine penale dell'esercizio del commercio, io ho creduto conveniente conservare al marito il diritto di vietare alla moglie il commercio, lasciando sempre aperto l'adito al giudizio del tribunale circa la giustificazione del divieto.

Relativamente alla donazione, atto il più delle volte non solo giuridicamente, ma anche socialmente non necessario, ho attribuito al marito un diritto di revocazione limitato nel tempo e sottoposto al controllo del giudice, per gli atti compiuti senza il consenso del marito stesso o del tribunale. Così si provvede sufficientemente alla libertà della moglie, alla sicurezza dei terzi e agli interessi della famiglia.

Richiamo particolarmente l'attenzione del lettore sull'ultimo articolo del progetto. A me è sembrato opportuna una disposizione che permettesse la costituzione di un patrimonio della donna destinato alla famiglia e inalienabile almeno relativamente, ma che fosse da essa amministrato e del quale essa godesse i frutti. Così sarebbe possibile di temperare efficacemente l'abolizione di ogni altro freno e si farebbe insieme un passo importante verso la desiderata istituzione di patrimoni di famiglia.

Per ottenere questo effetto io ho creduto di potermi intanto servire di un istituto già esistente nel nostro diritto, ma avente finora uno scopo del tutto diverso; quello della dote separata. Questa dote è oggi ammessa solo come rimedio in caso di pericolo: perchè non riconoscerla anche come un istituto per sè stante? Perchè non attribuire una funzione normale e direi quasi fisiologica a questa dote anormale e patologica? Il non allontanarsi troppo dal diritto esistente mi sembra d'altra parte un vantaggio non trascurabile, specialmente in materia di diritto privato patrimoniale.

Se la proposta troverà il consenso dei giuristi, potrà in seguito allargarsi anche ad altri scopi. Così potrà riconoscersi una dote di proprietà del marito ed una comune ai due coniugi, dando sicurezza alla famiglia senza gettarsi ad occhi chiusi nell'imitazione di troppo lontane legislazioni poco adattabili ai rapporti giuridici di popoli e di territori di antica civiltà, com'è appunto il popolo e la terra d'Italia.

Ecco intanto lo schema ch'io proporrei:

Art. 1.

Sono abrogati gli articoli 134, 135, 136, 137, 1743, capoverso, del codice civile e gli articoli 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805 del codice di procedura civile.

Art. 2.

Agli art. 13 e 14 del codice di commercio sono sostituiti i seguenti:

Art. 13. La moglie non può essere commerciante se il marito ne abbia fatto divieto espresso con dichiarazione pubblicata nei modi stabiliti nell'articolo 9 del codice di commercio.

Il divieto non può esser fatto alla moglie di età maggiore, se il marito sia minore o inabilitato o interdetto o condannato a più di un anno di detenzione durante l'espiazione della pena, o se la moglie sia legalmente separata per colpa del marito.

Contro il divieto la moglie può ricorrere al tribunale, che giudica in camera di consiglio, sentito o citato a comparire il marito, salvi i casi di urgenza.

La moglie, che vende soltanto le merci del traffico del marito, non è, solo per ciò, commerciante.

Art. 14. Se la moglie commerciante è in comunione di beni col marito secondo le disposizioni del codice civile, essa obbliga eziandio il marito ristrettamente agli utili della comunione. I beni dotali di essa non possono essere ipotecati nè alienati, fuorchè nei casi e nelle forme determinate dal codice civile.

Art. 3.

La donazione fatta dalla moglie, che non sia legalmente separata per colpa del marito, può essere revocata dal marito entro tre anni dal giorno in cui la moglie abbia cessato di possedere le cose donate, o sia stata trascritta la donazione, se si tratta di immobili (1).

Tale revocazione non è ammessa, se il marito abbia autorizzata o notificata la donazione, o se il tribunale l'abbia autorizzata in camera di consiglio sentito o citato a comparire il marito.

Art. 4.

Può, anche durante il matrimonio, per atto pubblico, essere costituita una dote, di cui la moglie goda i frutti ed abbia l'amministrazione, secondo le disposizioni degli art. 1423, 1424 del codice civile.

L'inalienabilità di tale dote non è opponibile ai creditori, il cui diritto abbia data certa anteriore a quella della trascrizione dell'atto di costituzione, se si tratta di beni immobili o di navi (2), o quella dell'atto pubblico, se si tratta di altri beni.

(1) «..... abbia cessato di possedere le cose donate, o dal giorno in cui sia stata trascritta la donazione, se si tratta di beni soggetti a trascrizione»; così modificato nel progetto di legge presentato al senato.

(2) «..... abbia data certa anteriore a quella della trascrizione dell'atto di costituzione, se si tratta di beni soggetti a trascrizione, o a quella ecc.»; così modificato nel progetto di legge presentato al senato.

II (*).

SCIALOJA. (*Segni di attenzione*). Onorevoli colleghi. Ho proposto di iniziativa parlamentare un breve progetto di legge, di piccola mole, ma certamente non di lieve importanza, per l'abolizione dell'autorizzazione maritale, modificando le disposizioni dei codici civile, commerciale e di procedura civile, relativamente a questo punto. A me pare che tra le non poche parti difettose della nostra legislazione, una di quelle, che oramai si debbano più prontamente modificare, sia appunto questa relativa alla autorizzazione maritale. La coscienza del mondo giuridico in proposito si è formata, e non credo che vi siano più gravi dubbi circa la convenienza di togliere dal nostro codice tale residuo del vecchio codice francese. Nessuno dei principali Stati di Europa impone più la necessità dell'autorizzazione maritale, e la stessa Francia, presso cui l'istituto fu dapprima stabilito, tende ad abolirlo; numerosi progetti di legge sono stati presentati in questo senso ed uno è stato anche approvato da una delle due camere francesi. A favore dell'autorizzazione maritale non milita in Italia alcuna ragione; le tradizioni del nostro diritto italiano erano contrarie ad essa; tanto il diritto romano, quanto il diritto comune, non la conoscevano.

Fu solo l'influenza del diritto germanico che la fece penetrare in qualche statuto comunale; e attraverso le consuetudini francesi essa entrò a far parte del codice Napoleone. Quando si trattò di mantenere nel codice italiano questo istituto, che era stato accettato dai codici dei singoli Stati modellati sul francese, si sollevarono gravi dubbi presso le commissioni che prepararono il codice; e l'istituto fu mantenuto soltanto in via transitoria. Si disse: per ora non modificiamo l'istituto che si trova già nelle varie regioni d'Italia, ma vedremo alla prova, se sarà necessario di abolirlo.

Si modificò tuttavia per modo che nel nostro codice le disposizioni relative a questo punto non sono identiche a quelle corrispondenti del codice napoleonico. Ma mentre la maggior parte delle modificazioni introdotte dal nostro legislatore si possono considerare come miglioramenti del codice francese, quelle relative all'autorizzazione maritale sono generalmente considerate come veri peggioramenti.

Anche recentemente un illustre civilista francese, il Planiol, rendendo conto del modo come l'istituto era stato accolto negli Stati che avevano accettato il codice francese, notava che in Italia l'istituto era stato sostanzialmente peggiorato.

La pratica quotidiana ci dimostra che l'autorizzazione maritale, così come è oggi ordinata, è piuttosto fonte di frode che protezione della famiglia, quale dovrebbe essere. E ogni giorno sorgono autorevoli voci che reclamano l'abrogazione delle relative disposizioni.

Nel parlamento più di una volta è stata già proposta l'abolizione di questo istituto. Purtroppo però i progetti che sono stati presentati non sono mai andati innanzi, perchè i disegni di legge d'iniziativa parlamentare sogliono aver questo triste destino, di finire negli archivi. Forse anche quello che io presento potrà subire la sorte medesima, se il governo non vorrà dare ad esso il suo

(*) Discorso per lo svolgimento della proposta di legge — di cui al precedente n. I — pronunziato al senato nella tornata del 20 dicembre 1912 (*Atti parlamentari, Sen. del Regno, legislatura XXIII, Discussioni*, pag. 9754).

appoggio. Tuttavia ciò non mi scoraggia dal presentarlo oggi e dal raccomandarlo, perchè il progetto che ho l'onore di esporre al senato, differisce notevolmente da quelli precedenti, i quali avevano, secondo me, qualche difetto; primo, quello di essere troppo semplici, di contenere puramente e semplicemente l'abolizione degli articoli del codice civile relativi all'autorizzazione maritale, mentre, a parere mio, non si può procedere con tanta semplicità, e bisogna sostituire a ciò che si toglie qualche cosa che risponda alle necessità più urgenti della nostra vita moderna.

E d'altra parte quei progetti avevano anche un altro difetto di natura direi quasi politica e sociale. Si presentavano sotto un aspetto femminista, se è lecito usar questa parola. Coloro che se ne fecero iniziatori alla camera dei deputati li hanno uniti ad altri che certamente non corrispondono se non alle nuove correnti femministe.

Per esempio, un progetto che contiene la concessione del voto alle donne, contiene pure l'abolizione dell'autorizzazione maritale, sicchè quest'abolizione si presenta come una specie di soddisfazione data alle femmine italiane più irrequiete, mentre invece essa non deve avere in alcun modo il carattere femminile. Io insisto specialmente su questo concetto. Non sono punto mosso dalle correnti agitate dal mondo femminile a presentare il mio progetto di legge. L'autorizzazione maritale non deve essere considerata e non fu concepita dal nostro legislatore come una diminuzione della capacità giuridica delle donne; prova ne sia che le donne nubili e le vedove non hanno bisogno di autorizzazione di alcuno. Le donne in Italia non sono dunque considerate meno capaci degli uomini relativamente al diritto civile. La donna maritata, secondo le disposizioni del nostro diritto, ha bisogno dell'autorizzazione maritale, perchè il legislatore ritenne esser ciò conforme all'ordine della famiglia, onde l'istituto non ha nulla di meno che riverente verso la capacità giuridica generale della donna e l'abolizione di esso non è e non può considerarsi come una soddisfazione data al mondo femminile. Noi nel far legge su questo proposito dobbiamo guardare soltanto ai rapporti interni della famiglia e a quelli della famiglia coi terzi.

Io, dopo maturo studio di questi rapporti e dopo aver a lungo meditato anche sopra le disposizioni assai varie delle legislazioni europee in proposito, ho creduto di presentare un progetto di legge composto di quattro articoli brevi, ma abbastanza pieni di contenuto.

Il primo articolo è puramente negativo: contiene l'abrogazione delle presenti disposizioni del codice civile e del codice di procedura civile in questa materia.

Nel secondo articolo invece io propongo lievi modificazioni agli articoli 13 e 14 del codice di commercio che si riferiscono all'autorizzazione maritale per l'esercizio del commercio da parte delle donne.

Mi è sembrato che per questa parte non si potesse pronunziare una pura e semplice condanna dell'istituto vigente e che si dovesse mantenere ancora una potestà maritale, relativamente alla donna commerciante.

Onde la modificazione che io propongo consiste solo in ciò: che il marito non debba preventivamente autorizzare la moglie, come avviene col codice attuale (veramente più per forma che per sostanza, perchè l'autorizzazione può essere anche tacita), ma possa vietare alla moglie di esercitare il commercio. Secondo la mia proposta dovrebbe intervenire un divieto per impedire alla moglie di esercitare il commercio, altrimenti questa avrebbe piena capacità di farlo.

Nel terzo articolo io ho creduto di mantenere ancora una certa autorità del marito relativamente alle donazioni. Sappiamo tutti che le donazioni, appunto perchè non sono un atto necessario del commercio sociale e costituiscono sempre un pericolo per il donatore, debbono essere mantenute sotto il regime più severo, sicchè tutti i diritti hanno disposizioni che tendono ad accertare una volontà più matura nel donante ed a porre dei freni alla troppo corriva liberalità. Io ho creduto perciò che, relativamente alle donazioni fatte dalla moglie, si dovesse continuare a richiedere un consenso, consenso del marito o del tribunale alternativamente, per non incontrare le grandi difficoltà che le attuali disposizioni del codice civile e del codice di procedura fanno sorgere in pratica. Io ho posto però anche un termine non troppo lungo alla eventuale impugnativa della donazione, che non fosse stata fatta regolarmente; credo che il termine di tre anni sia più che sufficiente, perchè il marito possa esercitare il diritto di revoca della donazione mal fatta.

Molto valore attribuirei all'art. 4 del mio progetto, il quale, lo ammetto, si potrebbe anche togliere da questo disegno di legge senza turbarne troppo l'armonia e il significato; ma è un articolo di per sè molto importante. Mi permetta quindi il senato di intrattenermi un momento sopra di esso.

Noi tutti conosciamo la tendenza legislativa che ebbe il suo inizio in America e che poi si è venuta diffondendo negli Stati europei, di assicurare un certo patrimonio alla famiglia; tendenza che si è tradotta nel *homestead* in America, e che anche di recente ha avuto una eco in Italia col progetto di legge presentato dall'on. ministro Luzzatti, imitando una legge francese.

Io riconosco tutta l'importanza sociale della costituzione di patrimoni di questa natura, ma dubito forte che negli Stati di vecchia civiltà come il nostro, nei territorii sottoposti a diritti storici complicatissimi quali sono quelli che gravano sulle terre italiane, dubito forte che si possa rispondere al bisogno sociale con gli stessi mezzi, con i quali si è tentato oggi di corrispondervi in altri Stati ed anche col disegno di legge presentato al parlamento italiano.

Io credo che nella tradizione antichissima del diritto nostro italiano noi abbiamo un istituto che può servire a questo scopo sociale: è la dote. La dote è un patrimonio di famiglia già organizzato e che costituisce appunto con la sua inalienabilità quel fondo che deve rimanere alla famiglia anche attraverso alle tempeste della vita. Solo che la dote, quale è riconosciuta dal nostro codice civile, in fondo è sempre la romana e quella del diritto comune italiano; essa presenta un inconveniente dal punto di vista sociale, perchè ponendo i beni sotto l'esclusiva amministrazione del marito ed attribuendo al marito la piena disposizione dei frutti è considerata come pericolosa da molti padri, i quali collocano in matrimonio le figlie loro.

Ogni giorno noi vediamo diminuire anche per questa considerazione il numero delle costituzioni di dote in Italia; ogni giorno vediamo diffondersi piuttosto il regime della separazione dei patrimoni. Ora io ho fatto in questo progetto di legge un tentativo, che sottopongo alla sapienza vostra, non dirò con trepidazione perchè l'ho studiato molto e mi pare accettabile, ma colla coscienza di introdurre una novità, il che in diritto è sempre un pericolo, è sempre almeno cosa che va considerata con piena maturità di riflessione. Io propongo come primo passo (perchè si potrebbe andare anche oltre) di ammettere nel nostro diritto civile la costituzione di una dote, la quale fino *ab initio* sia sottoposta a quel regime che in via eccezionale il nostro codice civile ammette per la dote separata.

Due parole per coloro che non sono giuristi.

Nel nostro diritto, allorchè vi è un pericolo per la dote perchè il marito, o per incapacità o per dolo, male l'amministri, sperperando i beni che dovrebbero essere dedicati alla famiglia, la moglie può chiedere di riprendere l'amministrazione della propria dote, in modo che essa diventa rispetto alla dote ciò che dovrebbe essere normalmente il marito; essa diventa l'amministratrice della propria dote, essa ha la disposizione dei frutti, naturalmente con lo scopo, che è fondamentale della dote, di sostenere gli oneri della famiglia. Ora ciò che nel nostro diritto è ammesso soltanto in questo caso patologico dello sperpero da parte del marito, io propongo che sia ammesso *ab initio*, che sia riconosciuto un istituto dotale, per cui, costituendosi la dote, l'amministrazione di essa, e soprattutto la pertinenza dei frutti, rimanga alla moglie, essendo tuttavia i beni vincolati, sottoposti all'inalienabilità, e per conseguenza conservando la funzione di patrimonio dedicato alla famiglia.

Se ciò si ammette, evidentemente, con passi ulteriori si potrebbero facilmente costituire doti in comunione fra marito e moglie, ed io non avrei nessuna difficoltà ad introdurre anche questo nel progetto di legge; ma, trattandosi di una novità, ho voluto procedere cautamente, proponendo, per ora, soltanto l'applicazione a casi normali di un istituto già riconosciuto per casi eccezionali dal nostro codice civile.

Come vedete, non si tratta, in fondo, di alcuna grande innovazione, perchè io mi servo di un istituto che è già noto ai giuristi, di cui si conosce già la portata, di cui è regolata l'armonia con tutti gli altri rapporti della nostra vita giuridica; solo vi aggiungo una funzione fondamentale che dovrebbe prendere questo istituto, facendone una dote fisiologica, mentre ora è dote patologica nel nostro diritto.

Forse, se avete avuto la bontà di ascoltarvi, qualcuno di voi si sarà domandato: che cosa ha che fare ciò con l'autorizzazione maritale? perchè realmente la disposizione di questo articolo non è più relativa all'autorizzazione maritale, onde io fin da principio vi diceva che si potrebbe anche stralciare dal mio progetto questo articolo. Ma la connessione intima fra questa proposta e l'abolizione dell'autorizzazione maritale vi è, perchè la sola ragione per cui si può desiderare da alcuno di conservare ancora l'autorizzazione maritale, è questa: di far sì che il marito possa impedire alla donna di sperperare i suoi beni e di distruggere uno dei fondamenti patrimoniali della famiglia. Se voi ammettete che si possa costituire una dote della natura che io propongo, voi otterrete una sicurezza del patrimonio familiare anche assai maggiore di quella che potrà darvi l'autorizzazione maritale.

La connessione dunque sta in questo, che io vi propongo un surrogato molto più potente, ma che non ha gli inconvenienti del sistema dell'autorizzazione maritale.

Non voglio più a lungo tediare il senato. Spero che le mie parole abbiano potuto rendere benevolo l'animo vostro alla mia proposta, sicchè non abbiate a mandarla senz'altro agli archivi e vogliate discuterla. Io credo che s'imponga ai giorni nostri la modificazione del codice civile per questa parte; ritengo che anche l'illustre mio amico, il ministro di grazia e giustizia, ammetta in genere il mio ordine d'idee, e spero che anch'egli voglia dare il suo favore a questo mio progetto, perchè senza la spinta del governo esso certamente non andrebbe innanzi. (*Approvazioni*).

QUESTIONI DI MATRIMONIO E DI FILIAZIONE (*)

I.

Degli effetti civili che deve avere, riguardo ai figli, il matrimonio contratto in buona fede.

In tutto lo svolgimento del giudizio gli avversarii hanno continuamente insistito su questo dilemma: — O il matrimonio fra Ignazio Palazzone e Diana Valessini era nullo, e quindi deve ritenersi come non avvenuta la *donatio propter nuptias*; o esso era valido, ed allora deve ritenersi come incestuoso il connubio fra la stessa Diana e Silvestro Palazzone, e non possono esser dichiarati loro eredi i figli Ignazio e Maria nati da quest'unione.

Abbiamo già accennato, e torneremo a lungo sull'argomento, quel che debba ritenersi rapporto al primo matrimonio e alla conseguente donazione per causa di nozze; vediamo adesso se posta la piena validità della donazione, e il diritto che conservò a richiederla la Valessini, debbano ritenersi incapaci di succedere a questa i suoi figli Ignazio e Maria. Vedremo in seguito più accuratamente la natura dei rapporti che correvano fra Diana Valessini e Silvestro Palazzone, gl'impedimenti che ostavano al loro matrimonio, la dispensa

(*) Memoria difensiva, pubblicata nella *Giurisprudenza italiana*, 1892, I, col. 224, in nota alla sentenza 30 maggio 1891 della corte di cassazione di Roma (presidente EULA, estensore CASELLI), Palazzone (avv. FAZIO) contro Palazzone (avvocati SCIALOJA e TEDESCHI), con le seguenti massime:

« Secondo le leggi napoletane del 1819, un matrimonio legittimamente contratto dinanzi alla chiesa, sebbene non preceduto dalle formalità da essa prescritte innanzi all'ufficiale dello stato civile, è nella sua essenza un vero matrimonio.

« Tale matrimonio, oltre l'effetto d'impedire la celebrazione di nuovo matrimonio, produceva altri effetti civili, come la perdita della pensione.

« La dispensa dall'*impedimentum publicae honestatis*, concessa da una bolla pontificia, pel caso di un matrimonio *rato e non consumato*, tra affini in linea retta, aveva, sotto l'impero delle leggi napoletane del 1819, l'effetto di far cessare l'impedimento anche rispetto alla legge civile.

« I figli nati da matrimonio puramente ecclesiastico, in seguito a dispensa dall'impedimento *publicae honestatis*, considerati come legittimi dinanzi alla chiesa, e quelli nati prima della celebrazione del matrimonio, ritenuti dalla stessa come legittimati, non potevano esser considerati come incestuosi dalle leggi del 1819.

« Il decreto luogotenenziale del 1861, che abolì il concordato, non abolì le disposizioni delle leggi civili del 1819, relative al matrimonio.

« Un matrimonio tra italiani celebrato a Roma prima del 1870, e valido secondo il diritto

che ne ottennero; di tutto ciò tratteremo rispondendo specificatamente ai diversi mezzi di cassazione proposti dai ricorrenti.

Qui ci accingiamo solo a dimostrare brevemente come, anche data l'ipotesi che il matrimonio fra Diana Valessini e Silvestro Palazzone avesse carattere incestuoso, non per questo cesserebbe di avere gli effetti civili riguardo ai figli, essendo stato contratto in buona fede, come ha ritenuto in fatto la corte d'appello con diffusa motivazione, che dai ricorrenti non è neppure stata attaccata.

Che questo matrimonio della Valessini fosse contratto in buona fede fu ritenuto dal giudice di merito con apprezzamento incensurabile. Giovi nondimeno ricordare che la prima volta nel 1863, Silvestro e Diana propostosi il dubbio che il precedente matrimonio contratto da questa con Ignazio *seniore*, potesse essere d'ostacolo alle nozze, ne domandarono dispensa al papa. Il papa intese la curia, accordò la dispensa, nominò uno speciale delegato apostolico per unirli in matrimonio e fece compiere il rito solenne nello stesso palazzo Vaticano.

La seconda volta poi, sorto il dubbio che il matrimonio già contratto presentasse qualche irregolarità rapporto alla forma civile, vollero compierlo nuovamente, secondo il rito prescritto dalla nuova legge, e a questo scopo si presentarono all'ufficiale di stato civile di Manoppello. Essendosi questo rifiutato, essi ricorsero al tribunale civile, e solo quando un decreto della camera di consiglio dichiarò, ch'essi *potevano* unirsi in matrimonio e ordinò all'ufficiale dello stato civile di procedere alla richiesta cerimonia, allora soltanto Diana e Silvestro, nella piena fede di compiere un atto valido sotto ogni rispetto, sanzionato dall'autorità giudiziaria, eseguirono il matrimonio civile.

Evidentemente quindi in ambidue i casi ricorrevano i tre requisiti necessari, per universale consenso degli autori, a costituire il matrimonio putativo di buona fede: la pubblicità, la solennità, l'errore scusabile.

« *Matrimonium putativum est, quod bona fide et solemniter, saltem opinione coniugis unius iusta, contractum inter personas iungi vetitas, consistit* » (HERTIUS, *De matrim. putativo*, § 7).

pontificio, acquistò i pieni effetti civili in seguito alla riunione delle provincie romane al regno d'Italia ».

La *Giur. ital.* faceva inoltre precedere la nota dai seguenti cenni:

Il caso definitivamente deciso dalla presente sentenza della corte di cassazione di Roma è dei più singolari e complicati; e poichè le questioni trattate nel corso del giudizio e riprodotte dinanzi alla corte suprema erano assai più numerose di quelle decise dalla sentenza, che naturalmente omise di trattare tutti quei punti, la decisione dei quali rimaneva assorbita dalla risoluzione data alle questioni principali, crediamo non inutile richiamare l'attenzione del lettore sopra alcuna delle più importanti, riproducendo qui talune parti della memoria estesa per la causa dal chiarissimo prof. Vittorio Scialoja (a). Già nel *Foro ital.* (1892, I, col. 71 e segg.) il chiarissimo prof. F. Filomusi-Guelfi ha, in una nota, trattate alcune di tali questioni, rinviando, per lo svolgimento più ampio di altre, ad un suo parere e alla memoria scritta dal prof. V. Scialoja. La riproduzione dei principali punti di questa memoria gioverà quindi alla più ampia dichiarazione di siffatte controversie. E' anche opportuno dar prima un cenno dei fatti, più largo di quello contenuto nella sentenza della corte di cassazione, che si è limitata al riferimento dei fatti relativi alle sole questioni da essa decise.

(a) Qui, peraltro, pubblichiamo anche parecchie parti della memoria che erano state omesse nella *Giurispr. italiana*.

Accertato che il matrimonio di Diana Valessini con Silvestro Palazzone fu *per lo meno* un matrimonio putativo, vale a dire contratto in buona fede, quali ne saranno gli effetti rapporto ai figli?

Tanto le leggi napoletane, quanto il vigente codice civile, dispongono che il matrimonio putativo, sebbene annullato, conserva gli effetti civili rapporto ai figli.

Riportiamo le testuali disposizioni della legge. L'art. 191 delle LL. CC. napoletane dice: « Il matrimonio ch'è stato dichiarato nullo dall'autorità ecclesiastica può produrre ciò non ostante gli effetti civili relativamente ai figli, allorchando sia stato contratto in buona fede ».

E l'art. 116 del vigente codice:

« Il matrimonio dichiarato nullo, qualora sia stato contratto in buona fede, produce gli effetti civili tanto riguardo ai coniugi, quanto riguardo ai figli anche nati prima del matrimonio, purchè riconosciuti prima dell'annullamento di esso. Se un solo dei coniugi sia in buona fede, il matrimonio non produce gli effetti civili, se non in favore di lui e dei figli ».

Stando quindi alle disposizioni della legge, senza dubbio, anche nel caso attuale i figli Ignazio e Maria Palazzone debbono godere degli effetti civili sorti dal matrimonio contratto in buona fede dai loro genitori, anche dato e non concesso che questo fosse soltanto putativo e non valido e legittimo, come dimostreremo in seguito.

Giustamente quindi la corte d'appello ebbe a decidere in proposito: « Che bene a ragione il tribunale osservava, che pur dicendosi nullo il contratto matrimonio della Valessini col Silvestro Palazzone, stante l'asserita consanguineità ed affinità in matrimonio *rato* e *non consumato*, il diritto quesito dei figli sarebbe stato tale da avere pieno diritto a riscuotere le somme come figli e come eredi della loro genitrice Valessini, essendo stato il matrimonio contratto in buona fede; anzi i figli non ne avrebbero avuto danno, essendo sancito nell'articolo 191 LL. CC. che ancorchè dichiarato nullo dall'autorità ecclesiastica, produce sempre gli effetti civili relativamente ai figli, allora quando sia stato contratto in buona fede ».

Non avendo gli avversari censurata menomamente questa motivazione, essa deve esser mantenuta e con essa il dispositivo della sentenza in tutta la sua integrità.

Potremmo quindi limitarci, come abbiamo osservato, a domandare semplicemente il rigetto senza esame del ricorso, e non spendere una parola in

FATTO.

Ignazio Palazzone, nell'anno 1852, avendo l'età di 72 anni, sposava in seconde nozze Diana Valessini, ancora giovinetta, facendole nel contratto di matrimonio una donazione *propter nuptias* per la somma di ducati 7000, pari a lire italiane 29.750, in aggiunta alla dote di ducati 1000 da essa ricevuta, ed obbligandosi in qualunque caso di scioglimento di matrimonio alla restituzione dell'intera somma di ducati 8000.

Egli morì il 1° luglio 1861, lasciando un testamento del 14 aprile 1857, col quale nominava eredi, nella disponibile, Silvestro, Eusanio, Ferdinando e Luigi Palazzone, figli del premorto suo figlio Gaetano; nella quota di riserva le figlie Crocifissa, nubile, Angela, maritata ad Antonio de Ritis, Agnese, sposa a Pasquale Lattanzi, e la nipote Guglielmina, figlia dell'altro suo figlio Francesco, pure premorto. La vedova Diana Valessini rimase così creditrice verso la massa ereditaria della dote di ducati 1000 e della sopradote di 7000 ducati.

La vedova stessa, due anni dopo, essendo stata resa madre da Silvestro Palazzone (nipote *ex filio* del defunto Ignazio) volle congiungersi con costui in matrimonio. Ma siccome il primo matrimonio che aveva contratto con Ignazio aveva fatto sorgere fra lei e il nipote

sostegno dei motivi addotti dalla corte. Pur tuttavia, a esuberanza di difesa, dimostreremo brevemente quanto sia giusta l'argomentazione della sentenza, rispondendo così, preventivamente, anche al secondo mezzo proposto dai ricorrenti, che i figli della Valessini non potessero essere mai eredi perchè incestuosi.

Riservandoci di dimostrare come nel caso nostro d'incesto non possa parlarsi, qui vogliamo semplicemente esporre, come, data anche la pretesa incestuosità, resterebbero sempre per i figli gli effetti civili derivanti dal matrimonio di buona fede; e questo sì per Ignazio nato prima del matrimonio, sì, e tanto più, per Maria nata durante il matrimonio stesso.

L'articolo 116 cod. civile estende esplicitamente il beneficio degli effetti civili derivanti dal matrimonio putativo ai figli « anche nati prima del matrimonio, purchè riconosciuti prima dell'annullamento di esso ». E siccome, checchè ne sia del matrimonio del 1863, il Palazzone e la Valessini si rimaritarono una seconda volta nel 1873, sotto l'impero del codice vigente, non vi ha alcun dubbio che i loro figli riconosciuti nell'atto, benchè nati prima, dovevano godere degli effetti civili sorgenti dal matrimonio, ancorchè questo volesse ritenersi come semplicemente putativo.

Del resto, anche vigenti le leggi napoletane, la maggioranza della dottrina ritenne che la disposizione dell'art. 191 dovesse applicarsi anche ai figli nati prima del matrimonio, sebbene ivi non espressamente menzionati.

Il Miraglia, che aveva sostenuto l'opinione contraria, dovè poi ricredersi, e riconoscere che sarebbe veramente illogico ed ingiusto voler distinguere fra i figli nati prima e quelli nati durante il matrimonio (MIRAGLIA, *Leggi civili*, 2^a ed., I, p. 225).

Sostennero la stessa opinione, anche precedentemente alle LL. CC. e nel diritto canonico: il GIGLI, sul *Demante* I, p. 177-179; SCHMALZGRUEBER, *Jus eccles.*, VI, pag. 4, n. 56-62; ANT. A BRUTIO, lib. IV, *Decret. qui sunt filii legit.*; ANT. DE ROSELLIS, *Tract. de legitimat.*, VIII, part. 2; BASILIUS PONTIUS, *De sacram. matr.*, IX, cap. I, § 2, e cap. 2, § unico; SURDUS, *consil.*, 303, n. 20; STEPH. GRATIANUS, *Discept. forens.*, III, cap. 468, n. 60; HENR. PIRHING, *Jus Can.*, IV, th. 6; DE FRANCHIS, *Decis.*, d. 130.

È quindi indiscutibile che non può negarsi a Ignazio e Maria Palazzone il diritto di godere gli effetti civili, sol perchè nati prima del matrimonio dei loro genitori, rammentando poi sempre come, avuto riguardo al matrimonio

del marito un *impedimentum publicae honestatis*, domandò la relativa dispensa al pontefice.

Il papa, constatato per sentenza emanata dalla curia arcivescovile di Chieti che il matrimonio fra Ignazio Palazzone e Diana Valessini era stato semplicemente *rato e non consumato*, con decreto del 26 marzo 1863, udito il parere favorevole della congregazione generale della Santa Chiesa Romana, concesse la dispensa dall'impedimento di pubblica onestà.

Celebratosi regolarmente il matrimonio in Roma il 29 marzo 1863, a forma delle leggi ecclesiastiche ivi vigenti, con la legittimazione del figlio, i coniugi Silvestro e Diana Palazzone vissero qualche tempo in quella città; poi ritornarono nel territorio italiano, in Manoppello, dove ebbero un'altra figlia, Maria Francesca, nata il 12 maggio 1867, e denunziata allo stato civile il giorno 14 dello stesso mese.

In seguito i coniugi suddetti, di cui il matrimonio non era stato mai registrato negli atti dello stato civile del regno, volendo toglier di mezzo ogni dubbio d'irregolarità, il 7 giugno 1873 richiesero l'ufficiale dello stato civile di Manoppello di eseguire le pubblicazioni del loro matrimonio, che volevano concludere anche nella forma civile. Ma l'ufficiale dello stato civile essendosi rifiutato, i coniugi Palazzone ricorsero al tribunale civile di Chieti, il quale con deliberazione del 7 luglio 1873 ordinò che si procedesse alle pubblicazioni richieste

del 1863, la figlia Maria è nata *constante matrimonio*; circostanza questa che, per le ragioni che esporremo in seguito, vale da sola a respingere le pretese dei nostri avversari.

Nè maggior valore ha l'obbiezione della natura incestuosa di questi figli, perchè non per questo potrebbe dirsi che non siano loro applicabili le disposizioni degli art. 191 e 192 LL. CC. e art. 116 cod. civile.

L'argomento fondamentale, su cui si vuol sostenere l'opinione contraria, è quello che non potendosi legittimare i figli incestuosi ed adulterini, tanto meno deve ammettersi ch'essi divengano legittimi, agli effetti civili, in causa del matrimonio di buona fede.

Ma se noi esaminiamo la dottrina professata dalla maggioranza degli scrittori sia nel diritto canonico, sia in quello napoletano, sia nel vigente, vedremo tosto quanto una tale argomentazione sia stata concordemente ritenuta falsa e infondata. Il diritto napoletano e il canonico a questo riguardo si confondono; poichè, com'è noto, le leggi civili del regno non riconoscevano altra forma essenziale di matrimonio che quella prescritta dal concilio di Trento; non ammettevano altre disposizioni rapporto alla capacità, scioglimento e annullamento del matrimonio che quelle dettate dalle leggi canoniche. Tralasciando gli altri articoli fondamentali, sui quali dovremo tornare in seguito, lo stesso art. 191 stabilisce che il matrimonio putativo deve essere dichiarato nullo dall'*autorità ecclesiastica*.

Or bene i canonisti sempre ritennero, che il matrimonio putativo legittimasse agli effetti civili indistintamente tutti i figli anche se incestuosi o adulterini.

Riportiamo dei brani di alcuni fra i più reputati cultori del diritto canonico.

Il BOEMERO (*Jus eccles.*, lib. IV, tit. XVII, § 23) notava: « *qui ante matrimonium hodie nascuntur, vel ex stupro vel ex concubitu damnato, vel ex alio turpi coitu eduntur, et tamen per matrimonium subsequens secundum hoc decretum papale legitimuntur* ». Vedi pure: MASCHAT, lib. IV, tit. XIII,

e si celebrasse senza ostacolo il matrimonio civile. Così fu fatto, e il matrimonio ebbe luogo il 2 agosto 1873.

Nell'atto di matrimonio Silvestro e Diana Palazzone dichiararono di riconoscere e legittimare i summentovati figli, Ignazio e Maria Francesca.

Frattanto si veniva svolgendo un giudizio fra Diana Palazzone Valessini e gli eredi del fu Ignazio Palazzone per il pagamento della sopradote di 7000 ducati. Invano fin dal 1861 la Valessini aveva domandato agli eredi, con citazione del 21 settembre di quell'anno, quanto le era dovuto; che allo stato degli atti e non essendo ancora decorso il termine necessario per ottenere la restituzione della dote, la sua domanda veniva respinta per riguardo al capitale dal tribunale di Chieti, con sentenza del 5 aprile 1862, e dalla corte d'appello degli Abruzzi il 20 luglio 1864 anche riguardo agli interessi.

È importante il notare che l'erede Guglielmina Palazzone, e per essa la madre Elfede Pardi, aveva fin da allora dedotto che il matrimonio fra Diana Valessini e il defunto Ignazio Palazzone era stato dichiarato *rato e non consumato*, traendone l'erronea conseguenza che la donazione *propter nuptias* dovesse ritenersi come non avvenuta.

Ma questa questione della decadenza o meno della donazione veniva in breve ripresa da tutti gli eredi.

Resistè contro tutti Diana Valessini, chiedendo ricvenzionalmente il pagamento non solo della sopradote di ducati 7000, ma anche gli interessi di detta somma decorsi fin dal giorno della morte del marito.

Varie furono le opposizioni fatte dagli eredi a questa sua ricvenzionale. Luigi Palazzone non oppose nulla specificatamente alle sue domande. Eusanio e Ferdinando eccepivano che,

n. 10; GUARANO, *Jus Regni Neap. noviss.*, tom. 1, lib. 1, num. 5, p. 166; e sopra tutti il GIGLI, *Osservazioni sul Demante*, p. 179 e segg., il quale conchiudeva:

«Donde segue, che non solo per diritto canonico la legittimazione si ammette dei figli nati anteriormente al matrimonio; ma il favore si estende ancora alla prole nata da condannate unioni. Ed affinchè non si insista sopra le opinioni di qualche scrittore francese, non trasandiamo di avvertire che nella sola Francia, a motivo delle trasmodate libertà gallicane, non prevalse, siccome assicura Erzio, la universale sentenza sul modo d'interpretare le decretali dei pontefici».

Così pure vedi: VALLETTA, *Leggi del regno di Napoli*, pag. 217; l'Alciato e il Fachineo da esso citati; e da ultimo il MIRAGLIA, *Leggi civili*, I, 2^a ediz., pag. 225, cogli autori da lui riferiti.

Nel diritto francese si trova sostenuta l'opinione contraria; ma molteplici ragioni impediscono di poter trarre argomento da quel diritto. Anzitutto, quella sfrenata libertà gallicana che, come ben notava il Gigli, indusse gli antichi scrittori francesi a interpretare diversamente da tutti gli altri le decretali e le bolle pontificie. E' troppo noto come alle disposizioni della chiesa romana insorgesse contro spessissimo la chiesa gallicana, e con essa i suoi scrittori teologi e giureconsulti, perchè noi dobbiamo rammentarla alla Corte Ecc.ma; e uno di questi casi di divergenza appunto si manifestò rapporto alla legittimazione dei figli incestuosi, e agli effetti del matrimonio putativo.

E la divergenza si mantenne per tradizione nonostante il nuovo ordine d'idee portato dalla rivoluzione; anzi risorse contro questa, che si era mostrata troppo indulgente e liberale rapporto ai figli illegittimi. Oltre di che la dizione degli art. 201 e 202 del cod. francese corrispondenti all'art. 116 del cod. nostro, è un poco diversa.

Art. 201 cod. francese: «Il matrimonio, ch'è stato dichiarato nullo, produce, ciò nonostante, gli effetti civili, tanto riguardo ai coniugi, quanto relativamente ai figli, allorchando sia stato contratto in buona fede».

non essendo ancora liquidata la massa ereditaria, nè determinato l'ammontare della quota disponibile, non dovesse pagarsi la richiesta donazione, che avrebbe potuto nella liquidazione esser ridotta o revocata. Guglielmina Palazzone oppose ancora che, essendo stato riconosciuto *rato e non consumato* il matrimonio della Valessini col primo marito Ignazio, dovesse intendersi come non avvenuta la donazione *propter nuptias*.

Il tribunale di Chieti, riunite le diverse istanze in un solo giudizio, per quanto riguardava la donazione fatta alla Valessini, ebbe a pronunciare quanto appresso: «Condanna tutti gli eredi del fu Ignazio Palazzone, ipotecariamente per l'intero e ciascuno personalmente per la sua quota, a pagare a Diana Valessini, in forza dell'istromento 8 dicembre 1852, la somma di L. 29.750 oltre gli interessi del 5 per cento dal 1° luglio 1861 sino al pagamento effettivo. Ben vero la Valessini non potrà esigere la metà di detto capitale e relativi interessi, se non previa cauzione *de restituendo*, qualora, all'epoca della formazione della massa, risultasse soggetta a riduzione la somma donatale. E ciò, senza attendere le eccezioni di decadenza e nullità della donazione suddetta, elevate dagli attori e dalla signora Pardi».

Questa sentenza fu confermata dalla corte d'appello d'Aquila il 24 marzo 1871.

Il 15 ottobre 1855 moriva Diana Palazzone Valessini, lasciando eredi i figli Ignazio e Maria Francesca. Questi, in base alle due surriferite sentenze del tribunale di Chieti e della corte d'appello di Aquila, intimarono precetto a Luigi, Ferdinando, Eusanio e Silvestro e a tutti gli altri eredi Palazzone per il pagamento di L. 14.212,50.

Si opponevano al precetto i soli eredi Eusanio, Ferdinando e Luigi Palazzone; ed il tribunale di Chieti, con sentenza 20 febbraio 1889, rigettava l'opposizione. I soccombenti

Art. 202 cod. francese: «Se non vi è la buona fede che per parte di uno dei coniugi, il matrimonio non produce gli effetti civili se non in favore del medesimo coniuge e dei figli nati dal matrimonio».

Per questa frase specialmente *figli nati dal matrimonio* alcuni scrittori ritennero, che la disposizione non dovesse mai applicarsi ai figli nati anteriormente al matrimonio, benchè riconosciuti e quindi legittimabili *per subsequens matrimonium*, anche se semplicemente naturali; e passando da un errore all'altro si sostenne da alcuni che nemmeno per quelli *nati dal matrimonio* si potesse ammettere la legittimazione agli effetti civili, quando fossero incestuosi.

Ma è evidente la contraddizione assurda, a cui si giungerebbe con una tale interpretazione, poichè stando così alla lettera del codice si dovrebbe concludere che nel caso contemplato dall'art. 201, di buona fede cioè di ambidue i coniugi, parlandosi ivi di *figli*, in genere, dovrebbero esservi compresi tutti, incestuosi o adulterini che fossero; onde a ragione il MARCADÉ (*Cod. civ. franc.*, vol. I, p. 373, art. 201, 202) chiamò giudaica una tale interpretazione. Così pure il DURANTON (*Dr. civ. fr.*, I, pag. 314), il quale osservava giustamente come dovesse intendersi che il legislatore aveva voluto riferirsi con quella espressione al caso più ordinario, ch'è appunto quello della nascita dei figli durante il matrimonio (conf. LAURENT, *Principes*, II, n. 509).

In ogni modo quando i figli fossero nati *durante il matrimonio* (come sarebbe nel caso nostro per la Maria) si ritenne generalmente ch'essi godessero gli effetti civili, anche se *incestuosi*; anzi il Marcadé si fa argomento di ciò per dimostrare l'enormità giuridica, a cui si verrebbe stabilendo senza un perchè un principio del tutto opposto per gl'incestuosi nati, prima del matrimonio, dalle stesse persone.

Ma checchè ne sia del diritto francese, non è con questo che devesi giudicare, ma col nostro, nel quale essendo scomparsa la frase *nati dal matrimonio*, ed essendovi stata sostituita la contraria *anche nati prima del matrimonio*, dovrebbe pure logicamente essere scomparsa la questione relativa ai figli naturali e quella connessa e consequenziale degl'incestuosi e adulterini,

appellavano alla corte d'Aquila, la quale confermò pienamente il pronunciato del tribunale, colla sentenza del 10-14 gennaio 1890, contro la quale fu proposto il ricorso.

Due questioni erano state discusse davanti la corte d'appello:

1) Se la donazione *propter nuptias* dovesse dirsi caducata;

2) Se i diritti spettanti alla donataria si fossero legittimamente trasmessi ai suoi figli ed eredi.

La sentenza ritenne sulla prima questione:

a) che le sentenze precedenti già intervenute fra gli eredi Palazzone e Diana Valessini (del 1868 e 1871) costituivano cosa giudicata sulla controversia;

b) che la donazione era valida, in quanto il matrimonio fra Diana Valessini e Ignazio seniore era *rato* sebbene *non consumato*.

Sulla seconda questione la sentenza ritenne essere Ignazio iunior e Maria Francesca eredi della madre Diana:

a) perchè doveva ritenersi valido il matrimonio celebrato nel 1863 fra la Valessini e Silvestro Palazzone;

b) perchè, in ogni caso, era per lo meno valido il secondo matrimonio celebrato dagli stessi nel 1873;

c) perchè la validità di questi matrimoni era già stata ammessa da sentenze passate in giudicato;

d) perchè, in ogni ipotesi, il matrimonio fra Diana Valessini e Silvestro Palazzone era contratto in buona fede, e doveva avere quindi gli effetti civili rispetto ai figli.

nati prima o durante il matrimonio. E infatti sotto l'impero del nostro codice troviamo fortissimi sostenitori della tesi da noi propugnata, tra i quali emerge il Pacifici-Mazzoni in una sua dottissima nota alle *Istituzioni* (vol. II, pag. 220). E ci par naturale.

Qual è la difficoltà che si presenta ad estendere l'applicazione dell'articolo 116 ai figli incestuosi ed adulterini? L'assurdo, si dice, che vi sarebbe ad accordare a un matrimonio putativo che in realtà non è un vero matrimonio, effetti maggiori di quelli che può produrre un valido matrimonio, il quale, come è noto, non porta per sua conseguenza la legittimazione della prole adulterina. E questa assurdità ha basi così evidenti, che il codice stesso nell'articolo suddetto l'ha esclusa affatto, poichè esso ha aggiunto all'espressione: *riguardo ai figli nati prima del matrimonio*, l'altra: *purchè sieno riconosciuti prima dell'annullamento di esso*. Ora i figli incestuosi ed adulterini non possono mai essere riconosciuti, quindi per la lettera istessa della legge essi escono dall'applicabilità dell'art. 116.

Ma queste considerazioni, tratte nella parte sostanziale dagli autori francesi, che scrivevano, come abbiamo dimostrato, sotto l'impero d'una legislazione diversa, e nella parte letterale da una troppo restrittiva interpretazione di legge, non hanno invero solido fondamento.

Egli è chiaro infatti che il legislatore italiano, risolvendo con tanta larghezza la disputa sorta nella dottrina francese, ha dimostrato una tendenza ad estendere il campo d'applicazione e l'efficacia del matrimonio putativo.

È poi stata cura della giurisprudenza italiana di esplicitare sempre colla massima benignità la lettera della legge anche dov'è severa. Ne siano esempi le correnti di benevolissima interpretazione che si sono manifestate per l'articolo 189 sulla indagine della paternità e massime per gli articoli 193 e 752 riferentisi al diritto degli alimenti pei figlioli, dei quali non è ammesso il riconoscimento. Tenuto conto adunque di questa inclinazione, si presenta come qualcosa di spontaneo, di consentaneo alla natura del nostro diritto, la più giusta interpretazione dell'art. 116.

Entrando poi in modo più particolare nella controversia, noteremo che l'obiezione sostanziale mossa dagli scrittori avversari, per cui parrebbe enorme accordare maggior efficacia a un matrimonio non esistente che a un valido matrimonio, obiezione la quale si presenta con imponente apparenza, ha ben poco valore. Essa s'uccide da se stessa.

Il matrimonio putativo ha l'intera sua base sulla buona fede di entrambi le parti o di una di esse. Gli effetti del matrimonio putativo non si debbono dedurre quindi dai principii obbiettivi che regolano il matrimonio e la famiglia, ma da questo semplice concetto della buona fede. Gli è perciò che il matrimonio putativo produce conseguenze, che escono dall'ordinario diritto matrimoniale; esso fa sì che si consideri non incestuoso, nè adultero, un connubio ch'è macchiato in realtà d'adulterio e d'incesto; e che si abbiano per figli legittimi, figli che sono in realtà incestuosi ed adulterini.

Ora, si domanda a buon diritto il Pacifici, se questo matrimonio ha tanta forza eccezionale di effetti, perchè non potrà anche aver l'effetto di legittimare i figlioli, che secondo le regole normali non possono essere riconosciuti? Dappoichè la legge *fin*ge che non vi sia nè adulterio, nè incesto nel congiungimento delle due persone, gli è chiaro che non è possibile ravvisare la caratteristica dell'incestuosità o quella dell'adulterio nella prole, nata in qualsivoglia momento, o prima o dopo del matrimonio, da questa medesima unione.

L'argomento poi che si trae dalla lettera della legge, sta tutto nelle parole: *purchè sieno riconosciuti prima dell'annullamento di esso*; perchè la legge sembrerebbe dire, che i figlioli legittimati dal matrimonio putativo son quelli soli che possono essere riconosciuti, quindi non i figlioli incestuosi e adulterini. Ma è affatto arbitraria, rispondiamo noi, questa interpretazione; anzi assolutamente infondata. La legge non fa questione qui se i figli siano riconoscibili o no; non fa che esprimere una condizione di fatto, ch'è necessaria, imprescindibile all'essenza del matrimonio putativo e alla possibilità dei suoi effetti. « Il solo requisito, dice lo Zachariae (1), per cui un matrimonio affetto da qualche nullità, possa essere considerato come putativo è ch'ei sia stato contratto nell'ignoranza dei vizi che ne hanno portato l'annullamento ». Ora quando l'art. 116 esige che i figli sieno riconosciuti prima dell'annullamento del matrimonio putativo non tende ad altro che a mantenere salvo il principio della buona fede, che è il solo fondamento, che regge tutto questo istituto.

E come avrebbe potuto far questione qui della riconoscibilità, o meno? I figli nati dal matrimonio putativo o prima di esso son tutti *in fatto* riconoscibili, tutti pel matrimonio istesso vengono in fatto riconosciuti, perchè la nota della irriconoscibilità non è apparsa ancora, è ignorata completamente.

Il codice ha dovuto, per affermare il surriferito concetto, adoperare la parola *riconosciuti*; e adoperandola non ha detto cosa che sia contraria all'effettivo procedimento, in quanto che i coniugi ignorando i vizi del loro connubio, *riconoscono, realmente riconoscono*, la loro prole, benchè incestuosa e adulterina, come fosse prole naturale semplice.

La stessa causa che avrebbe impedito il matrimonio tra Silvestro Palazzone e la Valessini, *l'affinità*, avrebbe impedito anche il riconoscimento. Ma siccome di affinità non può parlarsi, avendo riconosciuto il papa colla sua bolla ch'essa *non esisteva*, ma esisteva solo un *impedimentum publicae honestatis* da cui dispensava; così in forza della stessa bolla cessava ogni difficoltà pel riconoscimento dei figli. In altre parole, come dopo la bolla pontificia non doveva tenersi conto dell'ostacolo che avesse impedito l'unione tra la Valessini e il Palazzone, così non doveva tenersi più conto dello stesso ostacolo in quanto impediva il riconoscimento dei figli. Quindi, lo ripetiamo, quello che era necessario dopo di ciò, era semplicemente il *fatto* del riconoscimento; questo verificatosi, i figli dovevano senza alcun dubbio considerarsi legittimati.

Ma v'ha di più. Lasciando pure intatta la questione suesposta, l'illustre prof. Filomusi nel suo *Parere per la verità*, emesso nella presente causa, ha luminosamente dimostrato come Ignazio e Maria Palazzone debbano godere gli effetti civili derivanti dal matrimonio dei loro genitori, per un'altra fortissima ragione, che brevemente esporremo.

Tutta la difficoltà, come abbiamo veduto, che si dice opporsi ad applicare l'art. 116 ai figli incestuosi, è che in esso si parla di figli riconosciuti, mentre gli incestuosi non possono essere riconosciuti.

Ora il prof. Filomusi nel suo *Parere* ai n. 26-28 e nelle *note* successive ai n. II e III ha dimostrato con dotte e ampie considerazioni, cui rimandiamo la Corte Ecc.ma, come Ignazio e Maria Palazzone potessero benissimo essere *riconosciuti*, in causa d'un *ius quaesitum* inerente al loro stato precedente al matrimonio dei loro genitori.

(1) ZACHARIAE, vol. I, pag. 118.

La bolla pontificia del 26 marzo 1863, dispensando dall'impedimento di pubblica onestà aveva sanato ogni vizio, sì del matrimonio che volevano contrarre la Valessini e il Palazzone, sì della nascita dei figli che fossero stati procreati o si procreassero da loro. Congiunti quindi in matrimonio, avvalendosi del diritto che loro aveva dato il papa, si trasformava in atto per dir così, la potenzialità acquistata in forza della bolla: il matrimonio era legittimo — legittimato il figlio Ignazio — legittima la figlia Maria nata dopo.

E anche data e non concessa la estrema ipotesi che il matrimonio del 1863 per la deficienza della forma civile, non potesse avere tutti i pieni effetti civili, esso restava pur sempre un matrimonio religioso legittimamente e validamente conchiuso.

Ma sotto una legislazione come la napoletana, che, se non abdicava completamente ai diritti dello Stato sul matrimonio, lo lasciava pur reggere e dominare nel lato sostanziale dalle leggi puramente ecclesiastiche, è evidente che il matrimonio legittimo e regolare dinanzi alla Chiesa, anche se non conforme o contrario alle poche e superficiali disposizioni civili esistenti, avesse e dovesse avere fortissimi effetti giuridici.

Fra questi effetti primeggiavano quelli di dare agli sposi lo *stato di coniugi*, con tutti i diritti ad esso inerenti, ed ai figli il carattere *almeno di figli naturali semplici*, se non anche di *figli naturali riconosciuti*, come ebbe a decidere la suprema corte di Napoli con sentenze del 30 aprile 1855 e dell'11 luglio 1865 (*Legge*, 1866, p. 225).

Quindi non solo Ignazio Palazzone poteva senza dubbio alcuno essere riconosciuto nell'atto di matrimonio del 1873, ma doveva ritenersi come già legalmente riconosciuto prima di questo matrimonio stesso!

Altrettanto è a dirsi, e a più forte ragione, della figlia Maria nata nel 1867, dopo che il matrimonio era già stato celebrato, sebbene sotto l'impero del codice vigente; poichè, al solito, in forza della bolla pontificia, i suoi genitori avevano acquistato lo *stato di coniugi*, come un *ius quaesitum* da farsi valere anche dopo la pubblicazione del codice vigente. Ma cediamo il luogo alla parola molto più efficace del Filomusi:

« Prescindendo, egli dice, anche dal fatto della riunione politica delle « provincie romane al regno d'Italia, che come ho sostenuto nel mio parere « (n. 25-26), dando tutti gli effetti civili al matrimonio del 1863 deve far ri- « tenere come legittima la figlia nata nel 1867 (su di che torneremo più sotto), « nella estrema ipotesi, che tale è ora la mia, essa doveva essere considerata « almeno come *figlia naturale semplice*, perfettamente capace di esser rico- « nosciuta e legittimata, e che avrebbe potuto anche intentare un'azione di « ricerca di maternità a norma dell'art. 190 del codice vigente, per ottenere « così un *riconoscimento forzoso*.

« Ed ho detto che essa doveva esser considerata *almeno* come figlia natu- « rale semplice, poichè si potrebbe forse sostenere che, considerandosi lo *stato* « *di coniuge* della signora Valessini e del signor Silvestro Palazzone originato « dal matrimonio religioso del 1863 come un diritto legittimamente acquistato, « accanto all'effetto fondamentale di quello *stato*, pel quale essi erano consi- « derati *coniugi*, che non potevano arbitrariamente disciogliere il loro vin- « colo, doveva perdurare anche l'altro effetto, come un lor diritto quesito, « che i figli nati in costanza di quell'unione fossero considerati come figli na- « turali riconosciuti. Ma poichè la figlia fu formalmente riconosciuta nel « 1873, basta aver provato che, prima di questo riconoscimento, essa era *per-* « *ettamente capace di riconoscimento* e di legittimazione, perchè figlia na-

« turale semplice; ed in conseguenza era capace di essere istituita erede della « sua madre, come lo fu di fatto insieme al suo fratello Ignazio nel testamento « pubblico della signora Diana Valessini in data del 13 ottobre 1885 ».

Ottimamente quindi osservò la sentenza della corte « che una volta che il « secondo matrimonio (il secondo della Valessini, cioè il primo con Silvestro « nel 1863) fu pienamente conforme alle leggi del tempo ed alle forme del « concilio tridentino, e che per *subsequens matrimonium* poteva essere rico- « nosciuto e legittimato il figlio nato in Roma nell'anno 1863, così egualmente « *legittima* era la Maria venuta alla luce in costanza di matrimonio ».

Concludendo, adunque, deve assolutamente ritenersi che il matrimonio contratto per ben due volte in *buona fede* dai coniugi Palazzone, sì per le considerazioni generali che per quelle speciali qui sopra esposte, produsse necessariamente gli effetti civili rispetto ad ambo i figli Ignazio e Maria, e che questi però debbono dirsi validi eredi della loro madre Diana, sia come figli legittimi o legittimati, sia come eredi testamentari.

Tale motivo, giova ripeterlo, che non è stato menomamente attaccato dai ricorrenti, è più che sufficiente a mantenere in vita la sentenza della corte d'appello d'Aquila, la quale quindi, anche per questo solo riguardo, non può nè deve esser cassata.

II.

Ragioni non dedotte nella sentenza.

a) *Mancanza di diritto e carenza d'interesse nei ricorrenti ad opporsi alla esecuzione delle sentenze 21 agosto 1868 e 24 marzo 1871.*

La mancanza di diritto negli eredi Palazzone ad opporsi all'esecuzione delle suaccennate sentenze, riconosciuta dalla corte d'appello, si dimostra per diverse ragioni, che possono riassumersi nelle seguenti:

1° Perchè essendo legittima per lo meno la figlia Maria niun interesse v'era a impugnare la legittimità d'Ignazio.

2° Perchè in un giudizio d'esecuzione non poteva elevarsi *incidenter* una questione di stato, mentre l'esigibilità della somma era dichiarata da sentenze passate in giudicato;

3° Perchè in ogni modo doveva pagarsi la donazione a Ignazio e Maria come eredi apparenti di Diana Valessini.

1°

Da quanto abbiamo esposto più sopra risulta certo questo: che la figlia Maria, nata dopo il matrimonio del 1863, è *legittima*, o per lo meno *figlia naturale riconosciuta*, o, nella più dannata ipotesi, *figlia naturale semplice*, in ogni caso, *sempre capace a succedere*. E ciò, lo ripetiamo, non è stato impugnato.

I ricorrenti nel secondo mezzo, sul quale ritorneremo, impugnano che essa potesse esser riconosciuta.

Ma come dimostreremo in appresso rispetto alla figlia Maria ogni questione di riconoscibilità è superflua ed oziosa: essa è legittima, non perchè riconosciuta o legittimata, ma perchè nata da *matrimonio legittimo*, quale fu quello del 1863.

Orbene, se Maria è figlia legittima, e quindi legittima erede della madre, e legittima creditrice della donazione; che interesse, che diritto avevano gli eredi Palazzone di sollevare la questione dell'illegittimità del fratello Ignazio?

Se c'era qualcheduno che avesse potuto opporsi alle pretese d'Ignazio sarebbe stata la sorella Maria, ma soltanto essa, perchè essa è l'unica che vi avrebbe avuto interesse e diritto. Ma invece, una volta che la Maria si associava il fratello nelle istanze contro gli eredi Palazzone, che facoltà avevano questi di contrastare ciò che non era contrastato da chi ne aveva diritto, di erigersi a tutori degli interessi di Maria Palazzone, poichè in fondo, la loro opposizione non si riduceva che a questo?

Evidentemente era un diritto arbitrario che si attribuivano e fu quindi pienamente conforme a giustizia che le loro opposizioni venissero rigettate.

2°

Abbiamo più sopra dimostrato come sulla questione della decadenza o nullità della donazione fatta alla Valessini esistesse la cosa giudicata.

Ma se anche le sentenze sovracitate non avessero deciso sulle elevate eccezioni, bastava il fatto che esse avevano *condannato* gli eredi Palazzone a restituire la dote, per metà senza condizioni di sorta e per metà dietro cauzione, perchè sull'esecuzione di questa condanna non potesse più farsi eccezione alcuna.

Fosse stato più o meno valido, consumato o no il matrimonio della Valessini con Ignazio seniore; incestuoso o non incestuoso quello da essa conchiuso poi con Silvestro: tutte queste questioni, almeno riguardo al rapporto finanziario della restituzione delle somme dotali, erano completamente esaurite.

La condanna a restituire tali somme, scritta irrevocabilmente nelle sentenze, impediva ai condannati di opporre qualunque eccezione che fosse estranea al pagamento, alle formalità e modalità di questo. Ma per quanto riguardava tale pagamento la intimazione degli eredi della Valessini era pienamente conforme alle sentenze di cui si domandava l'esecuzione: quindi ai precettati non restava altro che pagare immediatamente.

Essi invece pretesero elevare, incidentalmente, questioni di stato, assolutamente indipendenti dal giudizio esecutivo e perciò inammissibili.

A ragione adunque il tribunale di Chieti prima, e poi la corte d'appello d'Aquila respinsero tale strana pretesa degli eredi Palazzone.

Vollero invano essi addurre a sostegno delle loro opposizioni che la sentenza di condanna fosse condizionata alla validità o meno del matrimonio della Valessini con Silvestro Palazzone: che il testo chiarissimo, indiscutibile del giudicato stava là a contraddirli e a dimostrare la vacuità delle loro asserzioni: esso condannava, puramente e semplicemente, senza condizioni di sorta, all'infuori di quella che la Valessini dovesse prestare una cauzione per la seconda metà della somma esigibile, ove volesse immediatamente riscuoterla.

Bene osservò la corte in proposito: « Che del pari giusta fu l'appellata sentenza in quanto all'esigibilità del credito, e basta leggere quella con cui gli appellanti, ed altri coeredi venivano condannati alla soddisfazione delle L. 29.750, per respingere l'eccezione di essere la condanna subordinata alla validità o meno del matrimonio con Silvestro (per *lapsus calami* « chiamato Ignazio *iuniore*) quando invece il tribunale per una possibile

« riduzione della somma dovuta in seguito alle disposte divisionali operazioni imponesse obbligo alla creditrice Valessini prestare cauzione *de restituendo* in quanto ad una sola metà del capitale ed interessi, ove mai dalle « risultanze nella formazione della massa si fosse accertato che la donazione « andava soggetta a riduzione ».

Ma anche questa motivazione non venne dagli avversari attaccata; e bastando, evidentemente, essa sola a sostenere tutta la sentenza denunciata, questa, anche per tale unica ragione, può e deve esser mantenuta in vita.

3°

Oltredichè esiste anche un altro motivo, che giustifica pienamente il dispositivo della corte d'appello, sebbene da questo non enunciato, e che serve di per sè a far rigettare senza esame il ricorso degli avversari; e questo è la carenza d'interesse, che essi avevano ad opporsi una volta che, dovendo pagare, pagavano agli eredi, per lo meno apparenti, di Diana Valessini.

Che gli eredi Palazzone dovessero pagare non v'ha neppure il dubbio: lo abbiamo dimostrato, lo rendono indiscutibile le sentenze di condanna.

Ma chi deve pagare non ha altro interesse che quello di liberarsi, pagando, dalla propria obbligazione.

Ora i figli di Diana Valessini, fossero o no eredi reali della madre, erano per lo meno in possesso della eredità della madre, erano *eredi apparenti*.

È giurisprudenza universale e incontestata che il pagamento fatto dal debitore del defunto a chi è in possesso della successione e del credito, a chi è erede apparente, è pienamente valido e libera dall'obbligazione.

Il POTHIER (*Obligations*, § 503) osserva:

« *On répute quelquefois pour créancier celui qu'on a juste sujet de croire tel, quoique ce soit une autre personne qui soit le créancier véritable; et le paiement fait à ce créancier putatif EST VALABLE, comme s'il eût été fait au créancier véritable..... Par la même raison, les paiements faits à celui qui est en bonne et légitime possession d'une succession, par les débiteurs de cette succession, sont valables, quoique la succession ne lui appartienne pas; sauf au véritable héritier, lorsqu'il apparaîtra, à se faire faire raison par le possesseur de la succession de ce qu'il a reçu* ».

Questi principii tratti dal diritto romano e dal *droit coutumier* francese, sostenuti dal BIGOT-PRÉAMENEU (*Exposition des motifs*, LOCRÉ, *Leg. XII*, 366, n. 118), dal JAUBERT (*Rapport au Tribunal*, *ibid.* pag. 463, n. 12), si convertirono in legge nel codice francese cogli art. 1240 e 777 corrispondenti agli articoli 1242 e 933 del codice nostro, che qui riproduciamo:

Art. 1242: « Il pagamento fatto in buona fede a chi si trova nel possesso del credito, è valido, ancorchè il possessore ne abbia in appresso sofferta l'evizione ».

Art. 933: « L'effetto dell'accettazione risale al giorno in cui si è aperta la successione.

« Sono però sempre salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni a titolo oneroso fatte di buona fede coll'erede apparente ecc. ».

« La stessa conclusione, dice il Giorgi, deve adottarsi a più forte ragione per i pagamenti in buona fede all'erede putativo.

« Questi pagamenti sono validi, e tali ritenendoli non si fa altro che « seguitare una massima oramai fermata senza contrasto dalla dottrina e « dalla giurisprudenza antica e moderna.

« Non si capirebbe proprio con quale giustizia i pagamenti fatti a lui « in buona fede non dovessero sortire effetto legale; si capisce tanto poco, « che per questa ragione si è detto dalla giurisprudenza che il creditore « non abbia nemmeno interesse a indagare la validità del testamento » (*Teoria delle obbligazioni*, VII, n. 95).

E infatti quest'opinione venne sostenuta dalla cassazione di Torino (sent. 29 febbraio 1888, *Massime*, 1888, 404; 3 dicembre 1869, *Annali*, III, I, 1, 312); dalla cassazione di Firenze (19 giugno 1876, *Annali*, X, I, 1, 450); dalla corte d'appello di Firenze (18 giugno 1869, *Annali*, III, 2, 253), la quale notava che l'interesse del debitore « è semplicemente ristretto a conseguire col pagamento la sua liberazione ».

E nella dottrina dal LAURENT, *Principes*, XVII, § 543; dallo ZACHARIAE, *Droit civ. franc.* I, § 317, not. 9; dal DURANTON, *Droit civ.*, VII, cap. 5, n. 69-70; dal MARCADÉ, *Cod. civ. franc.* art. 1240; dal MOURLON, *Repet. écrit.*, II, 29, p. 701; dal TOULLIER, VII, 26, 27, e da altri molti che per brevità non citiamo.

Ci permetta la corte suprema di riferire le parole del Toullier il quale dice: « *Le possesseur de la succession pourrait esiger toutes les créances qui composent l'hérédité SANS QUE LES DEBITEURS FUSSENT RECEVABLES À LUI* « *CONTESTER SA QUALITÉ D'HÉRITIÈRE, ni à prouver qu'il existe d'autres héritiers, ayant droit de partager avec lui ou même de l'exclure* ».

È perciò evidente la carenza assoluta di diritto che avevano i Palazzone Eusanio, Ferdinando e Luigi, ad impugnare a Ignazio e Maria la qualità d'eredi della madre Diana Valessini. Fu, quindi giustissima la reiezione della loro impugnativa fatta dal tribunale e confermata dalla corte, e non dubitiamo che verrà mantenuta da cotesto Supremo Collegio.

b) *Della validità acquistata in Italia, dopo l'annessione dello Stato pontificio, da un matrimonio prima validamente contratto in Roma secondo le leggi ecclesiastiche.*

La corte d'appello ha giustamente ritenuto, che il matrimonio tra Diana Valessini e Ignazio Palazzone fosse *rato* e *non consumato*. Ora siccome un matrimonio *rato* è perfettamente *valido*, anzi non è *rato* se non in quanto è *valido*, così non vi ha alcun dubbio che avesse piena efficacia e dovesse essere mantenuta la donazione *propter nuptias* fatta nella conclusione di questo matrimonio, la quale al certo sarebbe sempre validissima, in base all'art. 192 delle LL. CC. napoletane anche quando questo matrimonio volesse considerarsi come semplicemente putativo.

Ma quello che s'impugna è invece la validità e legittimità del secondo matrimonio contratto dalla Valessini col nipote Silvestro; e quindi il diritto dei figli nati da quest'unione ad esigere la dote della madre. Ma anche prescindendo dalle molte e giuste ragioni portate dalla corte d'appello per dimostrare la validità estrinseca ed intrinseca del matrimonio fra Silvestro e Diana Palazzone, questo fu validissimo.

Che il matrimonio da essi celebrato nel 1863 in Roma fosse perfettamente valido nel territorio pontificio, non può neppur cadere in dubbio. Nello Stato pontificio il matrimonio era retto unicamente ed esclusivamente dalle prescrizioni del concilio di Trento, sì per gli effetti religiosi che per gli effetti civili; ed è noto che non si faceva distinzione alcuna tra il matrimonio celebrato nel territorio fra sudditi pontifici e quello fra stranieri.

Quindi è incontestabile che il matrimonio tra la Valessini e Silvestro Palazzone, celebrato a Roma con tutte le forme dovute, era pienamente valido entro l'ambito del territorio pontificio anche agli *effetti civili*.

Ora annesso nel 1870 lo Stato pontificio al regno d'Italia, tutti i matrimoni, che, sebbene non conformi alle leggi del nuovo regno, pur godevano anteriormente nell'antico Stato gli effetti civili, li conservarono intatti ed invariati per *jus quaesitum*.

Vedremo or ora come ad evitare conflitti di legislazione, che recherebbero all'assurdo, anche avanti l'unificazione del regno d'Italia, tale matrimonio, che era valido a Roma, dovesse ritenersi valido anche nel regno di Napoli; ma checchessia di ciò, è certo che dopo il 1870, siccome il regno di Napoli si era già fuso coll'Italia, qualunque fossero state le divergenze nelle forme del matrimonio fra le leggi puramente canoniche e le napoletane, diveniva ora impossibile qualunque conflitto di legislazione.

Ammettendo invece che dovesse oggi tenersi conto per il matrimonio di Diana e Silvestro Palazzone della loro origine napoletana e delle formalità che prescriveva la loro legge personale, si giungerebbe a questo risultato, semplicemente assurdo: che cioè, se essi oggi vivessero entrambi e intraprendessero un viaggio da Roma a Napoli, resterebbero coniugi legittimi fino al limite dell'antica frontiera, cesserebbero di esserlo appena la avessero oltrepassata, pur rimanendo nel regno d'Italia!....

Quindi non vi ha alcun dubbio, come ampiamente dimostrò anche il prof. Filomusi, che almeno dopo il 1870, anche per questa ragione non esaminata dalla corte, il matrimonio fra Diana e Silvestro Palazzone dovesse ritenersi pienamente valido.

III.

Della validità estrinseca del matrimonio contratto in Roma nel 1863, fino dalla sua celebrazione, di fronte alle leggi civili allora imperanti nelle provincie napoletane.

Il settimo motivo di cassazione del ricorso degli avversari è destinato a dimostrare che la sentenza errò applicando le antiche leggi, mentre avrebbe dovuto applicare quelle esistenti dopo il 1861 e l'annessione del regno di Napoli all'Italia.

In primo luogo, osservano gli avversari, la sentenza violò il decreto della luogotenenza napoletana 17 febbraio 1861, n. 248, che abolì il concordato Borbonico colla corte romana del 16 febbraio 1818, e le convenzioni correlative.

Ma noi non avremo che a riportare le disposizioni e rammentare lo scopo delle leggi, che si pretendono violate, per dimostrare, nel modo più evidente, come tale violazione non abbia ombra di fondamento.

Vediamo anzitutto quali sono le convenzioni che vennero abrogate col decreto luogotenenziale del 17 febbraio 1861.

L'art. 1° di questo dice:

« Si dichiara cessata ed estinta ogni efficacia del concordato Borbonico « concluso colla Sede pontificia nel 16 febbraio 1818, del quale fu prescritta « l'osservanza con la legge del 26 marzo dello stesso anno, che rimane abrogata: « dell'altra convenzione del 16 aprile 1834 posta in osservanza con legge del 30

« febbraio (1) 1839, che parimenti è abrogata; e di tutte le altre convenzioni « anteriori e posteriori stipulate tra il cessato governo delle Due Sicilie e la « Corte Romana, nonchè delle disposizioni e de' provvedimenti di esecuzione « che siano dipendenti dalle convenzioni medesime; fermi e non pregiudicati « i diritti inerenti alla politica sovranità dello Stato ».

E l'art. 2:

« Gli atti legislativi costituenti l'antieriore diritto pubblico ecclesiastico « di queste provincie napolitane, e che rimasero abrogati, sono rimessi in « vigore, in quanto non siano stati aboliti con espresse disposizioni indipen- « denti dal concordato, E NON SIANO INCOMPATIBILI CON LA VIGENTE LEGISLA- « ZIONE E AMMINISTRAZIONE DELLE PROVINCIE MEDESIME ».

Ora, secondo i ricorrenti, la sentenza avrebbe violato il decreto luogotenenziale appunto in questo: applicando cioè il concordato, che era abrogato, e non le antiche disposizioni, che invece erano tornate in vigore, e che erano contenute nei dispacci del 23 febbraio 1755 — 11 novembre 1758 — 12 gennaio 1760 — 27 aprile 1761 — 24 aprile 1773 — 8 gennaio 1774 — 7 maggio 1774 — 14 marzo 1739 — 6 gennaio 1742 — 9 luglio 1746.

Ora cominciamo anzitutto ad eliminare tutti quei dispacci che non hanno niente che fare colla presente questione.

Qui non si tratta che di vedere quali fossero le leggi applicabili nel 1863 alla capacità e celebrazione di un matrimonio.

Quindi debbono escludersi *a priori*: il dispaccio 23 febbraio 1755 che tratta della competenza a decidere le cause di divorzio — quello del 27 aprile 1761 che riguarda il matrimonio simulato — quello dell'8 gennaio 1774 che si riferisce alla validità civile degli sponsali.

Ma indipendentemente da ciò, è veramente singolare che si vogliano richiamare in vita i suddetti dispacci, una volta che il decreto luogotenenziale dichiarò espressamente che essi avrebbero riavuto vigore, solo se non *aboliti da altre leggi o se non contraddittori alle leggi vigenti*: mentre nel caso nostro, si verificò appunto e che furono aboliti e che si trovavano in contraddizione colle leggi civili del 1819, allora vigenti.

Basta leggere l'art. 1° della legge 21 maggio 1819, colla quale si promulgarono le LL. CC. napolitane per convincersene immediatamente:

« — Le leggi romane, dice quell'articolo, le costituzioni, i capitoli, le « prammatiche, i *reali dispacci*, le consuetudini generali e locali, e general- « mente tutte le altre disposizioni legislative non più osservate nei nostri « dominii al di quà del Faro dal dì primo di gennaio dell'anno 1809 nelle « materie che formano oggetto delle disposizioni contenute nei codici provvi- « soriamente in vigore, *continueranno dal giorno primo di settembre dell'an- « no 1819 a non avere forza di legge* NELLE MATERIE CHE FORMANO OGGETTO « DELLE DISPOSIZIONI CONTENUTE NEL CODICE PER LO REGNO DELLE DUE SICILIE ».

Confr. anche l'art. 3 della stessa legge.

Ora siccome il *matrimonio*, la sua *celebrazione*, la capacità a contrarlo ecc., formavano appunto oggetto delle LL. CC. napolitane e precisamente di tutto il titolo V del libro I del codice civile, è più che evidente, che dovettero intendersi abrogate di pieno diritto tutte quante le precedenti disposizioni a ciò relative.

Quindi è profondamente erroneo il ritenere, come vorrebbero i ricorrenti, che nella presente questione dovessero applicarsi gli antichi dispacci,

(1) [Sic nel testo del decreto; devesi invece leggere: 30 settembre].

e, se la corte li avesse applicati, allora veramente avrebbe apertamente violata la legge.

Oltredichè, anche dato che quei dispacci disponessero diversamente da quanto ha ritenuto la corte, che cioè nel regno di Napoli tutto ciò che concerneva l'essenza e la validità del matrimonio era disciplinato unicamente ed esclusivamente dalle leggi canoniche e dal concilio di Trento, — essi non avrebbero più avuta alcuna efficacia nel 1863, quando si celebrò il matrimonio fra la Valessini e Silvestro Palazzone, appunto in forza del decreto luogotenenziale del 17 febbraio 1861, perchè sarebbero in contraddizione colle leggi civili.

Infatti le LL. CC. stabilirono:

All'art. 67: « Il matrimonio nel regno delle Due Sicilie non si può « legittimamente celebrare che in *faccia alla Chiesa*, secondo le forme pre- « scritte dal concilio di Trento. Gli atti dello stato civile sono essenzialmente « necessari e preceder debbono la celebrazione del matrimonio, perchè il « matrimonio produca gli effetti civili, tanto riguardo ai coniugi, che a' « loro figli ».

All'art. 80: « Il parroco in seguito all'esibizione della copia dell'atto « anzidetto (di matrimonio), *adempite le canoniche prescrizioni*, procederà « al matrimonio ».

All'art. 189: « Il matrimonio che nel Regno delle Due Sicilie non sarà « celebrato *in faccia della Chiesa colle forme prescritte dal concilio di Trento*, « non produce gli effetti civili nè riguardo ai coniugi, nè riguardo ai figli ».

Quindi risulta indubitabilmente che in ordine al matrimonio nella sua essenzialità le LL. CC. napoletane non riconoscevano altra legge e altra dottrina che la canonica; e che perciò o precedenti rescritti o dispacci avessero diversamente stabilito (il che poi potrebbe dimostrarsi che in fatto non è), avrebbero dovuto essere abrogati, perchè in contraddizione alle leggi civili stesse.

Onde a ragione la sentenza osservava:

« E molto meno sta l'eccepire, che al tempo del matrimonio (1863) non « più esisteva quello ecclesiastico pel decreto abolitivo dei concordati, e dei « privilegi della curia romana pubblicato il 17 febbraio 1861, dappoichè « lungi dal rilevare che altro decreto di pari data veniva pubblicato, in cui « le leggi civili dell'anno 1819 si dissero in pieno vigore ed osservanza, è « fuori di dubbio, che con le leggi civili dell'anno 1819 furono abrogate le « leggi romane, costituzioni, prammatiche, dispacci, consuetudini ed altro, « e se le stesse leggi imperavano a tutto il 31 dicembre 1865 pel decreto 25 « giugno dello stesso anno da essere i matrimoni tutti contratti con lo stesso « rito chiesastico, necessariamente anco quello del Palazzone Silvestro e Va- « lessini Diana si contraeva legittimamente e produceva gli effetti civili nel « riguardo dei coniugi e dei figli ».

E che nel 1863 avessero tutto il loro vigore le leggi del 1819 non è assolutamente da porsi in dubbio, in quanto con altro decreto luogotenenziale pure del 17 febbraio 1861 esse venivano mantenute in vita.

Invano i ricorrenti cercano trarre argomento dalle parole *nelle parti in cui non siano contrarie allo statuto fondamentale della monarchia*, perchè non si sa proprio vedere come queste leggi, in queste disposizioni matrimoniali, violassero il nostro statuto.

Ed è veramente singolare la prova che si vuole addurre di questa violazione. Lo statuto, si dice, dichiara l'eguaglianza di tutti i cittadini dinnanzi

alla legge. E sta bene: ma ciò non vieta che vi siano delle leggi fatte esclusivamente per una determinata classe di cittadini, per la popolazione di una data regione; l'eguaglianza è *relativa* e non *assoluta*, e intendendola nel senso voluto dagli avversari, questo principio sociale diverrebbe puerile ed assurdo. Tutte le leggi speciali per un dato ordine di cittadini, tutte le transitorie relative a precedenti leggi de' cessati governi, tutte quelle locali, costituirebbero dunque per i ricorrenti una violazione dello statuto? Che più! Tutte le stesse leggi civili, confermate dal decreto 17 febbraio 1861, avrebbero violato lo statuto, in quanto i cittadini appartenenti all'ex-regno di Napoli godevano, fino al 1865, diritti diversi rispetto alla proprietà, ecc., da quelli del resto del regno; fu continua violazione dello statuto la esistenza di due codici penali fino al 1890!

Nè meno vano è l'altro argomento che la giustizia emana dal Re e che nessuno può esser sottratto dai giudici naturali; poichè evidentemente, nel caso nostro non si trattava affatto di un giudizio, ma solo di vedere se, in seguito alla dispensa del pontefice e date le LL. CC. NN., esistesse o no impedimento al matrimonio fra la Diana Valessini e Silvestro Palazzone.

Ed è erroneo il chiamare la dispensa del pontefice, atto d'autorità straniera, mentre invece, giusta le leggi vigenti, era l'*unica autorità riconosciuta* che avesse la facoltà di togliere gli impedimenti al matrimonio.

Resta quindi accertato in modo non dubbio che nel 1863, al momento della conclusione del matrimonio fra la Valessini e Silvestro Palazzone, vivevano ancora in tutta la loro pienezza le LL. CC. napoletane, e che era quindi in base a queste, che la corte d'appello doveva giudicare, come rettamente giudicò. Ed applicando le leggi napoletane la corte le interpretò ottimamente. Gli avversari, riepilogando questo settimo motivo, dicono che le applicò erroneamente; ma non sappiamo il perchè; essi stessi non lo spiegano. Forse perchè ritenne valido in base in queste leggi il matrimonio celebrato nel 1863? Ma noi abbiamo ampiamente dimostrata nei precedenti giudizi la validità di quel matrimonio, validità che è stata confermata dalla corte d'appello, e che non essendo stata espressamente impugnata dagli avversari non può formare oggetto del giudizio di cassazione.

Ad ogni modo riassumeremo brevemente quanto già avemmo a dire in proposito.

Tralasciamo di occuparci della validità intrinseca di questo matrimonio, in ordine alla capacità dei contraenti, perchè essa forma oggetto del seguente motivo, e l'esamineremo quindi fra poco.

Ma rapporto alla validità estrinseca sono tanti gli argomenti che si possono addurre a dimostrarla, che ben comprendiamo come gli avversari abbiano ritenuto prudente di non intaccare, o almeno muovere direttamente la questione.

È certo, per quanto abbiamo sopra dimostrato, che sotto l'impero delle leggi napoletane l'istituto del matrimonio era retto dalle leggi canoniche e dal concilio di Trento. Senonchè gli avversari nei precedenti giudizi opposero che il matrimonio puramente religioso, per valido che fosse, non produceva gli effetti civili se non era preceduto dalle pubblicazioni e se non era trascritto nei registri dello stato civile; disposizione questa che valeva tanto per i matrimoni contratti nel regno, quanto per quelli contratti all'estero, a norma dell'art. 180 delle LL. CC., modificato dalla legge 24 febbraio 1843.

Nel caso nostro si trattava appunto di un matrimonio contratto all'este-

ro, che non sarebbe stato preceduto dalle pubblicazioni, nè trascritto nei registri dello stato civile.

Senza dubbio queste formalità erano prescritte dall'art. 180 delle LL. CC.; ma se non venivano adempiute, quali ne erano gli effetti?

Lo stesso art. 180 lo dice:

« In caso di contravvenzione da parte degli ufficiali dello stato civile saranno ad essi applicabili le disposizioni penali degli art. 170 e 171, secondo i casi in essi contemplati ».

L'inadempimento adunque di tali prescrizioni formali si risolveva in una punizione disciplinare per l'uffiziale dello stato civile, e il matrimonio non soffriva alcuna sanzione di nullità o improduttività di effetti civili.

Se esaminiamo infatti le disposizioni che le stesse leggi civili avevano in proposito, troviamo sì stabilito all'art. 189 che i matrimoni *contratti nel regno delle due Sicilie*, i quali mancassero di queste formalità, non producevano gli effetti civili; ma non troviamo affatto sancita la stessa disposizione per i matrimoni *contratti all'estero*. Se anche questa fosse una fortuita mancanza di disposizione, pur tuttavia dovrebbe rigorosamente rispettarsi la lettera della legge e ritenersi validi e produttivi di effetti civili i matrimoni contratti all'estero e non corredati delle formalità prescritte dall'art. 180, non potendosi in materia di nullità argomentare per analogia; ma al contrario di ciò, è evidente che il legislatore non volle che la sanzione dell'art. 180 venisse applicata ai matrimoni contratti all'estero; e non lo volle per i gravissimi inconvenienti che ne sarebbero derivati.

Il cons. Troise, in un dotto articolo inserito nella *Legge*, 1881 pag. 284, lo ha luminosamente dimostrato. « Se i matrimoni celebrati all'estero, dice l'illustre scrittore, fossero stati privati degli effetti civili, perchè non preceduti dalla pubblicazione nel regno, ne sarebbe venuta questa conseguenza, che essi sarebbero stati validi per la legge straniera, se alle prescrizioni di questa conformi, e nulli per la legge nazionale; validi, in altri termini, fuori dello Stato e nulli in questo. Ma il matrimonio non è capace di codesti limiti; esso non può essere che in tutto valido o nullo, dentro e fuori dello Stato; ma l'essere valido e nullo insieme ripugna all'indole di codesti rapporti, ed è tale ripugnanza che alla stessa non può una sapiente legislazione rimanere estranea ».

E in ordine alla successiva trascrizione saggiamente osservava il Miraglia nel suo commento alle LL. CC., I, art. 180, pag. 212, ch'essa « è una disposizione puramente regolamentaria, di precauzione, per rinvenirne facilmente l'atto di matrimonio, ma non è pronunziata alcuna pena per l'omissione ». Nello stesso senso vedi: DALLOZ, *Rép.*, voce *Hypothèque*, n. 16 e segg.; TROP-LONG, *Hypothèques et privilèges*, I, § 513 bis. Confr. ROCCO, *Trattato di dir. intern.*, III, cap. 19.

Ma che più? Codesta stessa Corte Ecc.ma, a troncane ogni dubbio, che era sorto in alcuni scrittori di diritto napoletano e francese, con sentenza del 16 aprile 1885 decise in proposito quanto appresso:

« La legge non disse che la mancanza di queste pubblicazioni togliesse al matrimonio gli effetti civili; disse soltanto che il matrimonio all'estero non preceduto da quelle pubblicazioni non si potesse iscrivere nei registri dello stato civile. Ed a ragione; perchè mancando l'avviso preventivo, e non rimosso anticipatamente il dubbio della possibile esistenza d'impedimenti legali alla celebrazione di quel matrimonio, non doveva lo Stato dargli la sua sanzione colla presunzione di validità sino alla prova contraria, come avrebbe

fatto permettendone *de plano* l'iscrizione nei registri dello stato civile. È da ritenere che in quel caso sarebbe stata necessaria una pronunzia del magistrato competente che avesse riconosciuta e dichiarata la validità del matrimonio. Disse inoltre la legge del 1843, che la registrazione fatta contro il suo divieto (*e non già il matrimonio*) non avrebbe prodotto gli effetti civili. Ed effetti civili della registrazione sarebbero stati il render noto al pubblico la condizione personale dei coniugi, il render colposa la ignoranza di coloro che avessero contrattato coi medesimi credendoli liberi, il rendere efficaci nel regno, senza bisogno di iscrizione, le ipoteche legali a favore della moglie sui beni del marito, ed altre simili ».

Nessun dubbio quindi che il matrimonio di Diana Valessini con Silvestro Palazzone, celebrato all'estero, in Roma nel 1863, avesse piena validità ed effetti civili, sebbene non preceduto dalle pubblicazioni, nè trascritto nei registri dello stato civile.

Oltredichè questi effetti civili sarebbero in ogni modo stati raggiunti in seguito per due altri motivi:

1° Per il possesso di stato conforme all'atto di celebrazione, non impugnato neppure dagli avversarii, anzi da essi ripetutamente riconosciuto, il quale sana ogni difetto di forma che il matrimonio avesse (art. 119 codice civile);

2° Poichè il matrimonio venne rinnovato nel 1873 dinanzi l'ufficiale dello stato civile di Manoppello con tutte le forme volute dal codice civile.

In conseguenza di che è fuor di dubbio che il matrimonio fra la Valessini e Silvestro Palazzone fu estrinsecamente validissimo, e furono quindi legittimi i figli.

IV.

Della inefficacia del matrimonio rato e non consumato a produrre il vincolo di affinità, secondo il diritto canonico.

Con questo motivo, molto confuso, crediamo che gli avversarii abbiano voluto attaccare la sentenza per la ragione che ritenne non esistere affinità fra la Valessini e Silvestro Palazzone e dichiarò quindi non incestuoso il loro matrimonio.

È risaputo, dicono i ricorrenti, che l'affinità deriva dalla celebrazione del matrimonio, non già dalla copula.

A questa semplice, per quanto erronea, affermazione, non corredata da alcun testo, noi rispondiamo limitandoci ad invocare l'autorità dei sommi giureconsulti civili e canonici.

La glossa (cod. *De nuptiis*, V. 3, I, *Liberi concubinas*) disse: « *Affinitas est propinquitas personarum ex carnali copula proveniens omni carens parentela* ». Confr. JO. ANDREAE in *Arbore affinitatis*.

E FRANCISCUS A RIPA, *Responsa*, R. XVIII, n. 1, p. 39, distinguendo fra l'affinità lecita e la illecita, dice: « *Licita vero est illa quae contrahitur per licitum coitum* ».

Il VAN ESPEN, *Ius ecclesiast.*, vol. II, lib. XIII, *de imped. matrim.*, cap. V, n. 23, definisce l'affinità: « *Affinitas secundum canones est personarum proximitas quae ex copula carnali proveniens, et omni carens parentela. Et dicitur, affinitas, quasi duorum ad unum finem unitas, eo quod duae cognationes diversae per copulam copulantur, et alter ad alterius cognationem finem accedit* ».

Lo STRYKIO, *Opera omnia*, vol. IV, disp. XII, cap. 2, m. V, n. 37, osserva: « *Est autem primum affinitatis genus, quod mediante unico matrimonio, seu mediante una persona per primam carnis copulam contrahitur* ». E in appoggio di ciò cita: SCHULTZ, in *arbore consanguin. et affinitat.*, 7, § 10 et 13, p. 132 e 125; JO. SITMANNUS, *Idea arboris consanguin. et affinitat.*, IV, n. 41; CRIS. NEANDER, *De arbore consang. et affinitat.*, p. 199 et sgg.; OPHTALMUS, n. 22, p. 110 et sgg.; JO. BECHSTADIUS, *coll. j. connub.*, p. 2, c. 3, 156; JOACH. ZEHNER, in *expl. arb. consang. et aff.*, p. 120.

Finalmente Sanchez, il più celebre forse fra gli scrittori canonisti di diritto matrimoniale, esplica l'affinità nel modo seguente:

« *Ratio autem (affinitatis) ea est, cum enim vir et uxor efficiantur per copulam una caro, sanguis unius dicitur alterius sanguinem tangere; ac proinde consanguinei unius trahuntur ad quandam alterius cognationem, quae affinitas nuncupatur* » (*De sancto matrim. sacramento*, lib. VII, *De impedimentis*, disp. LXIV, n. 1).

E più sotto il Sanchez soggiunge: « *Quia tota ratio ob quam ex copula oritur affinitas, est, quod per eam vir et femina una caro efficiantur, ac proinde consanguinei unius fiunt affines alterius. At non efficiuntur una caro, nisi per copulam perfectam ac sufficientem ad prolis generationem, qualis est sola illa, in qua virile semen intra vas femineum recipitur. Sed unde, idem constant ex c. Lex divina, 27, qu. 2 ubi Benedictus Pontifex sic ait: Sed neque osculum parit propinquitatem quod nullam facit sanguinis commixtionem. Et ex c. Extraordinaria, 35, qu. 3 ubi Urbanus II ait pollutionem non impedire matrimonium cum consanguineis mulieris pollutae, nisi in naturalibus admissa sit. Ergo ad affinitatem desideratur pollutio inter vas....* ».

E poco appresso: « *ad generationem nullatenus sufficit vasis legitimi penetratio absque semine. Neque ergo sufficiet, ut inde affinitas oriatur* ».

A sostegno di tale affermazione egli cita:

Fra i teologi: DIVUS THOMAS, 4, d. 41, qu. un. art. 1; D. BONANNUS, art. un. qu. 1; DURAND, qu. 1, n. 7; RICARDUS, n. 1 corp; PETR. A PALUDE, qu. 1, n. 3, concl. 1, n. 18; SUPPLEM. GABRIELIS, qu. un. art. 1; col. 2, verso *ex illo sequitur*; DIVUS ANTONIUS, 3, t. 1, c. 15 in princ.; GUILL. PARIENSIS, lib. de *Sacramentis*, tit. de *matrim.* c. 30; ABULENSIS, cap. 5. *Matrim.* qu. 22; PETER DE SOTO, lect. 10, *De matrim.*; NICOL. DE ORBELLIS qu. 1; GUILL. BORTILONG, qu. un. n. 2; OVANDUS, qu. 1, propos. 1; VERACRUZ, par. *Speculi*, n. 47; VIGNERIUS, *Institut. can.* c. 16, § 7, ver. 9, imped. 6; VALENTIA, 4, disp. 10, qu. 5. p. de *affinitate*; ENRIQUEZ, lib. XII. de *matrim.* c. 16, n. 1; TOLEDO, l. 7, sum. c. 11, n. 3; BARTH. A. LEDESINA, *De matrim. dubiis*, 40, concl. 2; MANUEL, to. sum. 2. edit, c. 228, n. 1; PETR. DE LEDESINA, *De matrim.*, qu. 55, art. 3, dub. 2, concl. 1 e 2; PHILIARCA, de *off. sacerdot.* t. 1, p. 2, lib. 2, v. 12, vers. *Affinitas ecc.*; VIVALDIUS, *candelabro sacram.* p. 3, de *matrim.* n. 198; LUD. LOPEZ, p. 2 de *matrim.* c. 50, p. 1147; VEGA, t. 2, sum. c. 34, casu 171, concl. 4 e 6; CAROLUS DE GRASSIS, p. 1, l. 2, c. 80, n. 7 e 8.

E fra i giureconsulti:

Glossa, *Extraordin.*, in fi. 35 qu. 3; ARCHID., n. 3; BELLAMERA, n. 2; DOMINICUS, in pr. n. 9; IUNIPERUS DE ANCONA, c. *Fraternitati*, n. uno de *eo qui cogn. ecc.*; ALEX. DE NEVO, n. 10; HENRICUS, n. 8; ALBERICUS, *Dictionar. lit. A. verb. Affinitas*; CARD. CLEMENT. un. au. 14, n. 11, de *consangu.*; IO. DE FRIBURCO, in *sum. confess.* l. 4, t. 15, g. 5; MONALDUS, *Summa de matrim. ubi de imped. affinitat.*; ASTENSIS, 2, p. *summa*, lib. 8, t. 25, a *unic. qu.* 5; ROSELLA, *verbum, Impedimentum, imped.* 14, n. 9; ANGELUS, *verbum Matrimonium*, 3 *impedimento* 15, n. 5; ANT. CLAR. SYLVIUS, *verb. matrim.* 9,

qu. 15; TABIENA, *verb. Impedimentum, imped.* 4, qu. 2, n. 3; ARMILLA, *verb. Matrimonium* n. 29; HISPANUS, *cons. in t. de consaguin.* in 1^a ediz. *cons.* 85, *concl.* 4, n. 5; ANT. CUCUS, *Instit. major.* l. 5, t. 12, n. 243; GAËTA, *Repetit. c. ad limina*, 30, qu. § 4, qu. 212, n. 501; MOCCIUS, *De contractibus*, t. *de sponsalib.*, § *De naturalib. sponsal.*, n. 3; CENEDO, *Collectamen ad jus can. collect.* 19, n. 1; FRANC. MARCUS, *Decis.* d. 467, n. 4, p. 2; AZEBEDO, l. 8 *Recop.* t. 20, l. 8, n. 17; SCACCIUS, *De sponsal.* l. 1, p. *super instit. de nuptiis*, § *Affinitatis*.

Vorrà perdonarci la Corte Ecc. ma la lunga citazione e l'insistenza che abbiamo voluto porre nella dimostrazione della vera causa dell'affinità; ma la naturalezza, diremo l'audacia, con cui gli avversari affermano che è risaputo bastar il matrimonio e non occorrere la congiunzione carnale per l'affinità, ci ha spinti a contrapporre loro, senza discussione, questa imponente dottrina, che, volendo, potrebbe essere raddoppiata, poichè il principio da noi esposto è quello sostenuto da tutti quanti gli scrittori canonici.

Ora è notissimo che il matrimonio *rato e non consumato* è appunto quello che manca del congiungimento carnale.

Noi abbiamo più sopra dimostrato come la corte d'appello non abbia mai pensato a dichiarare *nullo* il matrimonio tra la Valessini e il vecchio Ignazio, e lo ritenne solo in fatto, e in base alla bolla pontificia, *rato e non consumato*; d'altronde il testo della sentenza è là a provarlo in modo che non ammette dubbio.

E la corte ritenne tale matrimonio come *rato e non consumato*, perchè così le risultò dai fatti esposti e provati, così era stato accertato dalla bolla pontificia del 1863; ma qualunque fosse la causa, da cui trasse la sua convinzione, a noi non occorre indagarla; a noi basta constatare che per giudizio di fatto incensurato e incensurabile nella sede attuale, il matrimonio fra la Valessini e Ignazio Palazzone fu dichiarato *rato e non consumato*, vale a dire perfetto e valido nella sua celebrazione, ma non divenuto intieramente perfetto per mancata congiunzione carnale.

Su ciò, lo ripetiamo, non vi ha il minimo dubbio.

Matrimonium ratum, dice il VAN ESPEN (*Jus eccles.* l. 1, p. 2, tit. XII, cap. IV, n. 3) *id est in Ecclesia approbatum, quod inter Christi fideles legitime contrahitur*.

E quindi soggiunge:

Si postquam matrimonium legitime contractus est, coniunctio carnalis intercesserit, iam matrimonium a consummatione operis matrimonialis CONSUMMATUM dicitur.

E il SANCHEZ (*De sanct. sacr. matrim. Lib. II*, Disp. XIII, n. 1) esplicando la differenza fra il matrimonio semplicemente *rato* e il *consumato* osserva:

Et ratio differentiae huius significationis est quia solum per matrimonium consummatum fiunt coniuges una caro, id est, PER CARNALEM COPULAM, quare solum matrimonium consummatum significat eam coniunctionem per quam Christus factus est una caro cum Ecclesia, per incarnationis mysterium.

Il che d'altronde è conforme a quanto ebbe già a decidere papa Innocenzo III (*Decretal.*, lib. I, tit. XXI, *De bigamis. decr. Debitum*): « *Quod cum duo sint in coniugio, videlicet consensus animarum et commixtio corporum, quorum alterum significat charitatem quae consistit in spiritu inter Deum et justam animam, ad quod pertinet illud quod dicit Apostolus — Qui adhaerent Deo, unus spiritus est cum eo; — reliquum vero designat conformitatem, quae consistit in carne inter Christum et Ecclesiam* ».

Ma se il matrimonio *rato e non consumato* è quello che manca della *copula carnale* e se soltanto da questa nasce l'affinità, è più che evidente, che dal matrimonio semplicemente *rato* non deve e non può derivare affinità.

Così infatti decisero concordemente i dottori teologi e giuristi della Chiesa.

« *Et ita censeo*, dice ancora il SANCHEZ (*op. cit.*, libro VII, disp. 54, n. 25), *impedimentum, quod oritur ex matrimonio rato, esse vere et proprie publicae honestatis, et non affinitatis. Quia affinitas oritur ex eo quod vir et uxor efficiuntur una caro per copulam perfectam et consummatam. Quod non reperitur in matrimonio rato* ».

Il che si trova confermato da una lunghissima serie di scrittori, fra i quali citiamo:

La GLOSSA, *c. si quis desponsaverit* in fin. 27, qu. 2; ABBAS PANORMITANUS (*Nicolaus de Tudeschis*), *c. Juvenis*, n. 4; ANGELUS, *verb. Matrimonium*, 3, *imped.* n. 14; PETRUS DE PALUDE, *Potestatis Eccl. caus. immed.*, 4, d. 4, l., qu. 2, n. 3, *concl.* 1, n. 18; PAULUS DE LEAZAR, *De matrim. reg. Angliae*, *dub.* l., n. 130 e 104; ARMILLA, *verb. Matrimonium*, n. 46; BRUNELLUS, *De sponsalib.*, *concl.* 10, n. 6, e *concl.* 26, n. 2; ROSELLA, *verb. Impedimentum, imped.* 13, n. 1; JOH. TABIENSIS, *Summa summae casuum conscient. verb. Impedimentum, imped.* 11, n. unic.; TANCREBUS ARCHIDIACONUS, *Praxis iur. de sponsalib.* c. un., 3, e c. *cum igitur*, 35, qu. 1, n. 3; BELLAMERA, *In Clement. Lex regia*, 5, t. 6, p. 4; NAVARRUS AZPILECUETA, *Consilia*, l. IV, in 1^a ediz. *de sponsalib. cons.* 3; *de consanguin. cons.* 8, n. 5, COVARRUVIAS A LEYVA, *In Clement. Decret.* 2, p. c. 6, § 2 e § 7; ANT. CUCCHUS, *Instit. jur. canon.*, l. 5, t. 13, n. 32; ALEX. CARRERIUS, *De sponsalib. et matrim.*, l. 2, cap. 13; MONALDUS, *Tract. de matrim., de imped. affinit.*; JOH. DE FRIBURGO, *de matrimonio*, l. 4, t. 14 qu. 13; SUPPLEM. GABRIELIS, *Dist.* 41, qu. unic. n. 1, col. 3; BASSOLIS, *ibid.* qu. unic. rub. 4; NICOLAUS DE ORBELLIS, *ibid.* p. 1; AZEBEDO, l. 8, *recop. lit.* 20, l. 8, tit. 15; JOH. DE MALIENZO, *Stylus* l. 4, *recop.* t. 1, rubr. gl. 1, n. 162, 173; JOH. OVANDUS, *De instruct. praelat.* 4, d. 41, qu. unic. in fin.; CANENDO, *Collect. ius. collect.* 19, n. 1; ANGL. FLORIBUS, *ubi de matrim.*, qu. 14, n. 3, *concl.* 1; VIVALDIUS, *Candelabr. Sacram. ubi de matrim.* n. 197; Confr. CARD. DE LUCA, *Summa*, n. 4, 49, n. 44.

È quindi certo, indiscutibile, che il matrimonio *rato e non consumato*, quale fu quello fra Diana Valessini e Ignazio seniore, non produceva affinità, ma semplicemente un *impedimento di pubblica onestà* a contrarre altro matrimonio coi consanguinei del coniuge, quando il matrimonio fosse sciolto.

Dall'impedimento di pubblica onestà, è risaputo e non è disputato, il papa poteva dispensare; anzi ordinariamente soleva farlo. Quindi, dopo la dispensa del 29 marzo 1863, il matrimonio fra la Valessini e Silvestro Palazzone fu perfettamente legittimo, e legittimi i figli, che nacquero da esso o che per esso furono legittimati.

Oltre di chè, mancando l'affinità, mancava l'incesto e quindi *per lo meno*, i figli della Valessini erano capaci di succederle in forza del testamento fatto da essa in loro favore.

ASSISTENZA AGLI ESPOSTI ED ALL' INFANZIA ABBANDONATA^(*)

Nelle tornate del 9, 10 e 11 dicembre 1907, ebbe luogo in senato la discussione del disegno di legge « *Assistenza agli esposti ed all'infanzia abbandonata* ».

L'art. 5 del disegno di legge suonava:

« Le amministrazioni che prestano l'assistenza agli esposti devono, per quanto sia possibile, fare indagini per stabilire chi sia la madre del fanciullo. A questo scopo possono richiedere che la persona, la quale presenta il fanciullo, sia tenuta:

1°) a dichiarare la provenienza del fanciullo, e a dare all'ufficio, cui esso sia presentato, tutte le notizie che possano identificare la genitrice e comprovare lo stato di povertà di questa;

2°) a produrre una dichiarazione della madre, relativa al suo stato civile. Tale dichiarazione, qualora la madre non sappia o non possa scrivere, sarà ricevuta dal funzionario dell'amministrazione a ciò delegato o da un notaio di sua fiducia.

La madre che faccia una falsa dichiarazione circa il suo stato civile è punita con la detenzione fino a tre mesi.

In nessun caso saranno registrate indicazioni relative alla persona del padre.

Il richiedente sarà, inoltre, avvertito che se la madre vuole riconoscere e allevare il fanciullo ha diritto ecc. ecc. ».

Sull'art. 5 il sen. Scialoja domandò la parola e disse (1):

« Chiederei all'on. presidente del consiglio e all'onor. ministro di grazia e giustizia se non hanno difficoltà a che si tolga da questo articolo il comma: « In nessun caso saranno registrate le dichiarazioni relative alla persona del padre ».

Il togliere questo inciso non credo che produrrebbe effetti pericolosi, perchè, siccome tutto l'articolo ordina le eventuali ricerche soltanto per la madre, tacendo del padre, nessuna ricerca può relativamente a questo esser data in base a questa disposizione.

(*) Discorsi nella discussione del disegno di legge n. 537 della legisl. XXII, nelle tornate 9 e 10 dicembre 1907 (*Atti Parlam., Senato del Regno, legisl. XXII, Discussioni*, pagg. 7677, 7630, e 7710).

(1) *Discussioni cit.*, pag. 7677.

D'altra parte, non toccando il codice civile che vieta la ricerca della paternità, naturalmente tale divieto varrà anche qui.

Ma il ribadire espressamente in un articolo di questo genere che sieno vietate le registrazioni di notizie relative al padre, mi pare che sia quasi un esacerbare il precetto del codice, specialmente quando questo inciso viene dopo le disposizioni che riguardano la ricerca della madre.

Io credo che per non dare all'articolo un'intonazione che vada al di là quasi del voluto, aggravando il divieto del codice civile, cosa che non credo sia nell'intenzione di alcuno, sia opportuna e vantaggiosa la soppressione da me proposta, e prego il governo di accettarla ».

Il ministro di grazia e giustizia, Orlando, pur non accogliendo l'invito a sopprimere il comma criticato, si dichiarò in massima favorevole ad una riforma che allargasse alquanto i limiti entro i quali il codice civile italiano restringe la ricerca della paternità, riforma ormai matura nella coscienza giuridica del paese, e prese impegno di proporre alla commissione di diritto privato che rivolgesse i suoi studi alla ricerca della formula concreta di questa particolare riforma.

Al che il sen. Scialoja replicò (1):

« Ho domandato la parola, non per un fatto personale, come si sarebbe potuto credere, ma per dichiarare che sono lietissimo delle dichiarazioni che ha fatto il ministro guardasigilli in questa occasione; sicchè posso dire di essere soddisfatto di veder respingere la mia proposta, quando nel respingerla si è fatto dal ministro un discorso come quello che abbiamo sentito.

Io chiedeva la soppressione dell'inciso, non perchè voleva che si registrassero le dichiarazioni relative al padre, ma perchè io riteneva che nel silenzio della legge le dichiarazioni non si sarebbero nè richieste, nè registrate. Io reputava inutile l'inciso e lo credeva dannoso dal punto di vista morale, solo perchè faceva nascere il sospetto che il legislatore volesse ribadire il divieto della ricerca della paternità in tutta la sua severità attuale. Ma quando il ministro, nel respingere la mia proposta, ha fatto così chiara dichiarazione, che intende prontamente provvedere a questo bisogno della nostra società e del nostro diritto, promettendo di presentare fra breve tempo un disegno di legge, che è ormai maturo nella coscienza italiana, io mi dico soddisfatto. Le sue dichiarazioni tolgono di mezzo quel significato della disposizione, che io vedeva come un pericolo. Resti pur dunque l'inciso, accompagnato dalle dichiarazioni del guardasigilli. Il paese, io credo, sentirà con piacere che queste hanno avuto il consenso del senato. Si attribuiscono spesso al senato pregiudizi lontanissimi dall'animo nostro. Sappia il paese che il senato è in massima consenziente e che ha accolto con plauso le dichiarazioni fatte oggi dal ministro in questa aula ». (*Approvazioni vivissime*).

Sull'art. 19 del disegno di legge s'ebbe in senato una vivace discussione. Esso riguarda la spesa del mantenimento ai « minorenni legittimi o riconosciuti che siano abbandonati materialmente o moralmente, e che non rientrino nella categoria degli esposti ». Tale spesa « è a carico delle istituzioni

(1) *Discussioni cit.*, pag. 7680.

di beneficenza, aventi scopo di soccorrere l'infanzia abbandonata, esistenti nel comune ove il fanciullo ha il suo domicilio di soccorso...

« In mancanza delle rendite di dette istituzioni deve provvedere il comune, dove il fanciullo ha il suo domicilio di soccorso.

« Il comune potrà rivalersi della spesa chiamando a concorrere proporzionalmente, ed occorrendo fino al completo esaurimento del loro reddito, le istituzioni dotali, anche se costituenti semplici oneri a carico di enti morali ».

Fin qui il testo del disegno di legge ministeriale e quello dell'ufficio centrale concordavano.

L'ufficio centrale aveva proposto di aggiungere:

« A tale effetto le istituzioni dotali sono trasformate di pieno diritto a favore dell'infanzia abbandonata, e concentrate nella congregazione di carità, che ne terrà le rendite a disposizione del comune, fino alla concorrenza della spesa necessaria al servizio di questa assistenza, erogando le somme non dovute al comune in altre forme di beneficenza a favore dell'infanzia, ecc. ».

Parlarono contro quest'aggiunta i senatori Manassei, Sormani-Moretti, Cavasola, Rattazzi; il presidente del consiglio, Giolitti, pur contrario, si rimise alle deliberazioni del senato.

Il sen. Scialoja domandò la parola e disse (1):

« Io sarò più governativo del governo il quale si rimette al senato, lasciando libera ogni decisione. Io sono d'opinione che si debba ritornare al progetto ministeriale.

Ho domandato la parola, mentre discorreva il presidente dell'ufficio centrale, per chiarire meglio il significato e le ragioni dell'emendamento dell'ufficio stesso.

Egli diceva che era assolutamente necessario provvedere i mezzi per l'adempimento dell'alto dovere, a cui la legge è diretta. E siamo d'accordo; sarebbe ridicolo fare una legge per proclamare un nobile intento, senza fornire i mezzi pratici per conseguirlo.

Ma in questo, tanto il progetto ministeriale, quanto il progetto dell'ufficio centrale sono perfettamente concordi, come ha dimostrato lucidissimamente, come sempre, il presidente del consiglio.

Là dove vi è necessità, se non provvedono gli appositi istituti, deve provvedere il comune; ed il comune si rivale verso le istituzioni dotali.

Dunque, alla necessità si risponde ugualmente, sia col progetto ministeriale, sia con quello dell'ufficio centrale.

La divergenza incomincia nel punto dove cessa la necessità. Col progetto governativo, dove la necessità non vi sia, le istituzioni dotali rimangono quali or sono; secondo il progetto dell'ufficio centrale, inteso in un certo senso (poichè il presidente del consiglio ha sollevato dei dubbi circa l'interpretazione di esso, dei quali parlerò fra breve) le istituzioni dotali sarebbero trasformate in qualunque caso, anche quando il comune non avesse bisogno dei loro fondi per il servizio dell'infanzia abbandonata.

Ora è nato il dubbio, perchè qualche parola dell'emendamento dell'ufficio centrale potrebbe far credere che anche per esso la trasformazione non dovesse accadere se non quando il comune fosse nella necessità di rivalersi della spesa da lui sostenuta.

(1) *Discussioni cit.*, pag. 7710.

Non credo tuttavia che questa sia la vera interpretazione dell'emendamento dell'ufficio centrale. Ciò che può indurci a tale interpretazione è il presupposto che il comune debba rivalersi della spesa, e la frase « a tale effetto », che è inserita nell'emendamento, dove comincia la disposizione relativa alla trasformazione. Dunque, si potrebbe dire, la trasformazione è ordinata soltanto all'effetto di dare i fondi al comune che li abbia anticipati. Ma però immediatamente questi concetti sono contraddetti dalla frase « di pieno diritto » che si legge appresso. « Di pieno diritto » significa che l'effetto si produce senza bisogno di domanda alcuna del comune; perchè, se vi è bisogno di domanda, non si può dire che l'effetto ha luogo di pieno diritto.

In seguito si dice che la congregazione di carità « ne terrà le rendite a disposizione del comune fino alla concorrenza della spesa necessaria al servizio di detta assistenza ». Dunque si suppone che la congregazione di carità abbia amministrato essa queste istituzioni dotali, e che già ne abbia i fondi per tenerli a disposizione del comune. Se poi questi fondi non sono richiesti dal comune, il quale non ha anticipate le spese, si soggiunge nell'emendamento che la congregazione di carità eroga « le somme non dovute al comune in altre forme di beneficenza a favore dell'infanzia, indicate nell'art. 55 », eccetera. È quindi evidente che la trasformazione dell'opera pia avviene anche se non vi sia la necessità, e che in ogni caso le rendite si spendono a scopi diversi da quelli dotali.

La differenza del progetto ministeriale da quello dell'ufficio centrale è dunque radicale. L'ufficio centrale ammette la trasformazione non solo nel caso di necessità, ma sempre; provvedendo all'impiego delle rendite degli istituti dotali a favore dell'infanzia abbandonata in caso di necessità, ma erogandole anche ad altri scopi quando quella necessità non sussiste.

La differenza gravissima non si giustifica colle ragioni espresse dall'ufficio centrale, poichè alla necessità provvede anche il progetto governativo; onde io pregherei l'ufficio stesso a non insistere sul suo emendamento. Esso è eccessivo per lo scopo cui la legge è diretta. Potrà discutersi la trasformazione delle opere pie dotali, ma non è bene che sia inserita qui di straforo in un articolo relativo all'infanzia abbandonata.

Nè si parli qui dei precedenti relativi alla Sicilia (1). Le condizioni di una o di un'altra provincia possono giustificare una legge speciale; ma una legge in materia così delicata per tutta l'Italia conviene che sia fatta con tutta la ponderazione e dopo ampia discussione, avendo riguardo al collegamento di queste istituzioni con altre opere pie di simile natura.

Trattiamo il punto che è necessario. Io sono disposto ad accettare il progetto governativo, perchè, quando non trova altrove i fondi, li va a cercare nel salvadanari che i nostri antenati hanno costituito per la beneficenza, nelle opere pie destinate a scopi affini; ma non voglio andar oltre, non sento l'opportunità di andar oltre, quando tratto unicamente questo argomento.

Io dunque concludo nello stesso senso del collega Rattazzi, pregando l'ufficio centrale di volere accettare il primitivo testo del progetto governativo ».

Messa ai voti l'aggiunta dell'ufficio centrale, essa fu respinta dal senato.

(1) Il sen. Tommasini, dell'ufficio centrale, aveva accennato ai vantaggi concessi all'ospedale di Palermo, e a tutta la Sicilia, come precedente in cui si sono devoluti ad altro scopo i lasciti per dotazioni (*Discussioni senato cit.*, pag. 7705).

DISPOSIZIONI RELATIVE AI FIGLI NATURALI (*)

SIGNORI SENATORI. — L'art. 340 del codice civile francese, i cui effetti nel diritto italiano (art. 180 cod. civ.) il presente disegno di legge si propone di correggere, ebbe un'oscura origine nella legislazione napoleonica. Com'è noto, prima della rivoluzione francese la ricerca della paternità era libera. La legge 14 brumaio anno II, fu la prima a limitarla, stabilendo che non fosse ammessa altra prova se non quella relativa alla confessione volontaria da parte del padre. Si venne così precisando una formula molto semplice e concisa, con la quale si esprimeva il divieto: « *La paternité non avouée ne peut être recherchée* ». Come ha posto opportunamente in rilievo Léon Giraud (1), la massima fu accolta integralmente nel progetto del codice Napoleone. Al titolo VII, art. 25, era detto: « *La loi n'admet pas la recherche de la paternité non avouée* ». Su codesta formula, che creava una condizione di cose assai più tollerabili pei figli naturali, non fuvvi dissenso nel consiglio di Stato, che l'approvò nella seduta del 17 novembre 1801 (2). Quando invece, nel settembre 1802, il titolo fu nuovamente presentato, la formula apparve mutilata delle ultime parole « *non avouée* ». Ora, di questo emendamento non abbiamo alcuna giustificazione nei lavori preparatorii ed esso ha tutte le apparenze di una sorpresa (3). Il Giraud suppone che la modificazione sia dovuta all'influenza personale dell'imperatore, il quale non fece mai mistero del suo convincimento che lo Stato non dovesse occuparsi dei bastardi (4). La disposizione, entrata così misteriosamente nel codice Napoleone, ha avuto poi, durante il secolo XIX, una grandissima influenza su tutti gli altri codici che si sono modellati su quello e che anche oggi la contengono (5).

È bene ricordare codesta origine della disposizione, quando si deve discutere intorno alla opportunità di conservarla ancora nella nostra legislazione.

(*) Disegno di legge presentato al senato dal ministro di grazia e giustizia e dei culti (SCIALOJA) nella tornata del 22 febbraio 1910. (A. P., Sen. del Regno, legisl. XXIII, Documenti, n. 163).

(1) *La vérité sur la recherche de la paternité*, nella *Revue critique*, 1884, pag. 590 e 692.

(2) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Paris, II, pag. 66 seg.

(3) PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1908, vol. I, n. 1523.

(4) DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon. De la paternité et de la filiation*, n. 384.

(5) CUTURI, *Studi sulla dichiarazione giudiziale della paternità dei figli naturali*, nell'Archivio giur., XXV, pag. 405 seg.

Giova, infatti, tener presente che l'abbandono delle tradizioni latine in materia tanto delicata e grave è stato compiuto senza alcun ponderato esame e senza che della novità si conoscano i precisi motivi.

Per buona fortuna presso di noi l'abbandono non fu generale. Nel Lombardo-Veneto, nella Toscana, negli Stati della Chiesa, e, in termini più ristretti, nello Stato di Sardegna fu conservata la facoltà delle indagini (1), vietate soltanto nel regno delle Due Sicilie, nei ducati di Parma e di Modena (2). Procedutosi all'unificazione legislativa del regno, la commissione che preparò il progetto del codice civile si pronunciò a favore della tradizione paesana e deliberò di accogliere nel progetto la disposizione dell'art. 185 del codice albertino, che autorizzava le ricerche (3). Ma la grande influenza, che in quel lavoro esercitarono le opere dei giuristi francesi, finì per prevalere e in ultimo fu accolta la proposta del Pisanelli, che avvisava doversi adottare il divieto dell'art. 340 cod. franc., aggiungendo però all'eccezione del ratto quella dello stupro violento (4). Più tardi la commissione legislativa di coordinamento, nella seduta del 27 aprile 1865, trovò insufficiente la soluzione e propose di aggiungere altre ipotesi di ricerca della paternità a quelle che erano contemplate nel disegno senatorio; ma poi se ne astenne per la natura del mandato conferitole, che era quello di coordinare le norme del progetto accolto dal senato e non quello di variarle o ampliarle (5). Una profonda coscienza, tuttavia, di questa omissione accompagnò il legislatore nella pubblicazione del codice. Il ministro Vacca (6), nella relazione al Re, enunciando le ragioni che avevano consigliato il divieto, riconosceva la necessità di nuovi studi « per avere dal potere legislativo una soluzione più matura, più rispettosa e più autorevole del grave problema ». Dalla pubblicazione del codice ad oggi si è mantenuta costante la richiesta dell'abolizione dell'art. 189. Giuristi, economisti, sociologi, filantropi, società scientifiche, congressi giuridici, comitati appositamente costituiti in varie città del regno (7), ecc., hanno concordemente riconosciuta la necessità di togliere un divieto, che sembra ispirato unicamente dall'egoismo di quella metà del genere umano, alla quale appartengono i legislatori.

Il divieto delle indagini, infatti, fa ricadere sulla madre il mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio, giacchè questi, salvo i casi di spontaneo riconoscimento da parte del padre, non hanno azione che contro la madre per ottenere la dichiarazione giudiziale del proprio stato di filiazione. Quindi la madre, che spesso è la meno colpevole, deve sola espiare le conseguenze di un fallo comune, e sopportare un peso, che per lo meno dovrebbe essere diviso fra lei e l'uomo. Quando poi l'uno o l'altra o ambedue riversano sullo Stato l'onere del mantenimento, abbandonando il nato o consegnandolo ad un brefotrofo, il pubblico erario è costretto a sopportare rilevanti spese per rendere meno funeste le conseguenze dell'egoismo o del

(1) Cod. albertino, art. 185.

(2) Codice delle Due Sicilie, art. 363; codice parmense, art. 366.

(3) *Lavori preparatori. Processi verbali*, n. XII. Ediz. Gianzana, III, pag. 93.

(4) Relaz. Pisanelli sul progetto del libro I, n. 25. Ed. Gianzana, I, pag. 27.

(5) *Lavori preparatori*, verb. XII, ivi, vol. III, pag. 193, e verb. XXI, ivi, pag. 176.

(6) Relaz. Vacca al Re, n. 11, ivi, IV, pag. 25.

(7) V. relazione on. Gianturco al disegno di legge « Sulle ricerche della paternità ». *Atti parlamentari*, legislat. XVIII, sess. 1892-1893, doc. n. 129. Per le notizie sui vari comitati e sull'opera di propaganda v. *Rivista popolare*, 1909, pag. 606.

mal costume dei genitori. Più grave danno ne risentono i figli, che restano, quasi sempre, abbandonati alla miseria e ai pericoli delle degenerazioni fisiche e morali (1). Oramai è opinione comunemente ammessa che i figli naturali diano il maggior contingente alla delinquenza, specie a quella minorile, e il maggior numero delle vittime a determinate malattie, sicchè costituiscono un vero pericolo sociale (2).

Convinti di ciò, tutti i legislatori hanno concesso la facoltà delle indagini, fatta eccezione della Francia, dell'Italia, della Serbia e della Rumania. Ma in Francia, donde prima venne il divieto, si sono avute numerose proposte legislative per l'abrogazione dell'art. 340 codice civile, e tutto lascia ritenere che fra breve esso sparirà dal codice, che già si è rinnovato in tanta parte, per adattarsi alle esigenze della civiltà contemporanea (3).

Non meno frequenti sono state in Italia le proposte di abrogazione o di emendamenti dell'art. 189 del codice civile. Basti ricordare il progetto Morelli, i due progetti Gianturco del 1892 e 1893, il progetto Zanardelli, i due progetti Sorani, e, benchè non presentato alla camera, il progetto della commissione reale per la riforma generale della legislazione di diritto privato; le pregevoli relazioni dei quali fatte dagli stessi proponenti o dalle commissioni degli uffici della camera, che esaminarono le proposte, hanno reso popolari le ragioni, che raccomandano la riforma. Oramai può affermarsi che la causa della ricerca della paternità è teoricamente vittoriosa. Le principali obiezioni che si sono mosse sono state dimostrate prive di valore. Il pericolo degli scandali, cui darebbe luogo ogni processo di ricerca nelle aule giudiziarie, non può preoccupare il legislatore, che non se n'è preoccupato nei processi di separazione personale, di adulterio, d'impotenza, d'incesto, e nei casi stessi dell'art. 189, quando cioè il concepimento corrisponda al tempo del ratto e dello stupro violento, nei quali casi le ricerche sono ammesse. Del pari non può essere d'ostacolo la tutela degli interessi della famiglia legittima, tutela che è giusta e doverosa, ma si ottiene, nella maggior parte dei casi, assai meglio regolando i rapporti tra il genitore ed i figli naturali, che lasciando la famiglia esposta agli attacchi extragiudiziali dei reietti, che reclamano il loro stato. D'altronde, il riconoscimento o la dichiarazione dei figli naturali non equipara la condizione di costoro a quella dei figli legittimi, e in questa disparità di trattamento si ravvisa una efficace forma di protezione della famiglia legittima. La quale poi, se si volesse tutelare anche a scapito dei diritti dei figli naturali e di ogni altro interesse sociale, dovrebbe essere protetta negli stessi casi in cui l'art. 189 consente le indagini. In sostanza, l'attuale sistema difetta di logica giuridica e la sua difesa in nome della morale sociale e dell'ordine delle famiglie, si mostra debole. Più impressionante argomento contro la riforma si è addotto ricor-

(1) V. le notevoli notizie statistiche contenute nella relazione del ministro Nelissen, che accompagna il progetto di legge olandese per la soppressione del divieto, approvato definitivamente dalla camera olandese il 13 novembre 1909.

(2) Cfr. GUARNIERI-VENTIMIGLIA, *La delinquenza e la correzione dei minorenni*; 2ª ediz. Roma, Mongini, 1908.

(3) I principali progetti di legge sono stati quelli del Rivet (*Annuaire de la législation française*, Parigi, 1834, pagg. 10 e 11), respinto dal senato nel 1833; il progetto Bérenger-Belgastel; il progetto Croussier; il progetto Viviani; il progetto Goujon; il secondo progetto Bérenger e Rivet. Questi disegni di legge sono riportati nel lavoro di Pouzol, *La recherche de la paternité*, Paris, 1902.

dando la storia dei ricatti, cui davano luogo le domande giudiziarie di donne di liberi costumi, che pretendevano accertare la paternità dei loro nati a carico di uomini facoltosi o investiti di uffici pubblici, pei quali dovevano temere grandemente lo scandalo. Ma a prescindere che il pericolo dell'abuso del diritto non può proibirne l'esercizio regolare, è da osservare che si son forse esagerati gli inconvenienti nella giurisprudenza francese precedente alla codificazione. Il Giraud (1) ha dimostrato come sia un'affermazione più tradizionale che documentata quella degli scandali « *des filles qui voulaient donner un père à leurs enfants* », giacchè nei processi e negli scritti del secolo XVIII, nelle opere dei giuristi e dei filosofi non vi è traccia di lamenti o di denunce dei pretesi ricatti; e le affermazioni del Bigot du Préameneu e del Tronchet paiono generalizzazioni di qualche singolo caso che quegli scrittori ebbero occasione di conoscere nella loro vita professionale (2). La cosa è tanto più verosimile in quanto il pericolo delle false denunce si annidava, a quanto affermarsi, principalmente nel sistema della prova consistente nella nota formola « *creditur virgini dicenti se ab aliquo cognitam et ex eo praegnantem esse* » (3). Ora la critica storica ha dimostrato che la citata formola non fu mai intesa letteralmente, giacchè in base alla stessa, non si ammetteva già la dichiarazione del figlio naturale, ma soltanto si concedeva un soccorso pecuniario alla madre, in via affatto provvisoria, per provvedere alle necessità del parto e dell'allevamento del neonato, ancor quando tutte le circostanze facessero dubitare della sincerità delle dichiarazioni della fanciulla madre (4). E, senza riandare ai tempi remoti, anche oggi non si ha notizia d'inconvenienti del genere innanzi accennato nei paesi che ammettono le indagini della paternità e che sono, come si è detto, la grande maggioranza (5). Nè se ne ha notizia presso noi, dove, in forza dell'articolo 7 del regio decreto 30 novembre 1865, n. 2606, che reca le disposizioni transitorie per l'attuazione del codice penale, la disposizione dell'articolo 189 fu dichiarata non applicabile ai figli nati o concepiti prima dell'attuazione del codice, pei quali restarono in vigore le disposizioni delle leggi anteriori, più favorevoli alla ricerca della paternità; e in forza dei regi decreti 25 giugno 1871, n. 284, e 27 novembre 1870, n. 6030, la stessa disposizione transitoria fu estesa alle provincie venete e a Mantova e alla provincia di Roma, nelle quali, per le precedenti legislazioni, le ricerche della paternità erano egualmente permesse. È bene, dunque, considerare che anche oggi, mentre si accennano dubbiezze e timori contro la riforma, una gran parte dei cittadini italiani vive sotto un regime più favorevole alle ricerche, e che non vi è traccia di alcun inconveniente.

Nessuna ragione, dunque, deve impedire la pronta attuazione d'una riforma ch'è reclamata come una vera esigenza sociale. Nel presentarvi il re-

(1) *Op. cit.*, pagg. 600-603.

(2) In ogni modo, in Italia non si ebbero mai decisioni del genere di quelle lamentate per la Francia. Cfr. CUTURI, *op. cit.*, pag. 402, nota 5.

(3) La formola del Fabro ha un significato originario ben diverso: cfr. *Codex definitionum*, lib. IV, tit. XIV, def. XVIII.

(4) PLANIOL, *op. cit.*, n. 1521; CUTURI, *op. cit.*, pag. 403. In Italia prevalse la massima contraria della rota romana: *Non creditur mulieri si dicat se concepisce potius ex uno quam ex alio*. Decis. 289, p. I, *Recent.*

(5) Cfr. MICHEL HALEWYCK, che fu incaricato dal governo belga di un'inchiesta sulle conseguenze della libertà delle ricerche in Germania, *La recherche de la paternité en Allemagne*, Bruxelles, 1906, pag. 208.

lativo disegno di legge, io non ho menomamente dubitato che a noi convenisse riattaccarci interamente alle nostre tradizioni giuridiche, escludendo il sistema del codice tedesco e di quelli che si sono ad esso ispirati. Com'è noto, i paragrafi 1717 e 1718 del codice civile dell'impero germanico riconoscono la prova della paternità nel fatto di colui che durante il periodo del concepimento ha avuto relazione con la madre, a meno che un'altra persona non abbia avuto relazione con costei nello stesso periodo; ma limitano gli effetti di tale dichiarazione di paternità a quelli previsti nei paragrafi 1708 a 1716; vale a dire, attribuiscono al figlio il semplice diritto al mantenimento fino ai sedici anni compiuti. Sicchè, accanto alla famiglia legittima, la legge germanica fa sussistere una famiglia naturale di effimera durata, che non potrà mai incorporarsi con quella legittima, nè venire in concorso con essa, sostituendo un rapporto di obbligazione a quello di parentela. Il figlio non è che un creditore (1). Seguono il sistema tedesco la legge inglese, l'austriaca, la norvegese, la svizzera, la belga e la recentissima olandese (2). Invece tutte le leggi dei popoli latini, la spagnola, l'argentina, i progetti di legge francesi, i codici italiani precedenti la unificazione, e tutti i progetti di legge presentati al parlamento italiano, da quello del Morelli a quelli del Sorani, hanno equiparato la dichiarazione giudiziale di filiazione al riconoscimento volontario. Senza dubbio un'azione che produca effetti così notevoli non può concedersi se non con serie cautele, e quando la prova della paternità sia molto tranquillante; ma, riuscita una volta cotesta prova, non è logico, nè umano non fare scaturire dall'accertamento tutti gli effetti naturali. Già in seno alla commissione legislativa che elaborò il progetto del codice civile italiano, il sistema seguito dal codice tedesco fu giudicato inaccettabile (3). Sarebbe, in effetti, una disposizione priva di logica l'ammettere la certezza giuridica della paternità naturale, e non accordare al figlio i diritti che il suo stato gli assicura. Tanto più strano sarebbe poi mantenere l'art. 189 del codice civile e permettere in altri casi l'indagine, all'unico effetto del diritto degli alimenti, secondo il codice tedesco, giacchè non si spiegherebbe perchè il figlio naturale debba avere i diritti pari a quelli del figlio riconosciuto, se il suo concepimento seguì un delitto (ratto o stupro), e non anche se fu la conseguenza naturale di una convivenza *more uxorio*.

Una legge che abbia per iscopo di regolare il riconoscimento giudiziale dei figli naturali, deve innanzi tutto, secondo il mio avviso, migliorare il vigente sistema del riconoscimento volontario. Com'è noto, cotesto sistema è molto formale e troppo oneroso. Non rare volte si è verificato il caso di genitori, specie delle classi proletarie, che desiderando riconoscere i figli, se ne sono astenuti per le difficoltà degli adempimenti legali. Mi è parso, dunque, che la riforma dovesse, in via pregiudiziale, mirare a rendere più agevole il dovere dei genitori.

A questo scopo sono diretti i primi articoli del progetto di legge.

(1) Cfr. R. GIUSTI, *Della condizione giuridica dei figli naturali nel codice civile germanico*, Bergamo, 1908.

(2) Per gli ultimi lavori legislativi e per il coordinamento del sistema tedesco ai codici di tipo francese, cfr. PAUL LECLERCQ, *Loi du 6 avril 1908 sur la recherche de la paternité et de la maternité de l'enfant naturel*, Bruxelles, 1908.

(3) *Lavori preparatori*, verbali XII e XXI.

L'art. 1° ammette che il riconoscimento si possa fare, non soltanto nell'atto di nascita, ma benanco con atto autentico, anteriore o posteriore alla nascita, che può esser fatto anche avanti l'ufficiale dello stato civile, evitando in tal modo le spese dell'atto notarile (1). La disposizione era stata accolta anche in progetti precedenti, fra i quali quelli del Gianturco e della commissione reale, i quali però non contemplavano la dichiarazione precedente alla nascita. È parsa quest'aggiunta necessaria per tutti quei casi in cui il padre venendo a morire avanti la nascita del figlio, o dovendosi allontanare per lungo tempo dalla patria, voglia assolvere il suo dovere di fronte al nascituro (2). Lo stesso articolo 1° dichiara inoltre che il testamento, qualsiasi forma rivesta, vale come atto autentico per il riconoscimento del figlio naturale. È nota la grave controversia giurisprudenziale circa l'efficacia del riconoscimento contenuto in un testamento olografo (3). Non mancano decisioni a favore della validità, equiparando a quest'effetto, il testamento olografo all'atto autentico. Ma è bene fissare legislativamente il principio della validità. Giacchè sempre quando non possa dubitarsi della sincerità e della spontaneità della dichiarazione del genitore, questa deve avere il suo effetto. Giova notare che l'articolo 1° ha un valore puramente dichiarativo e riguarda non soltanto i casi futuri, ma anche quelli già verificatisi.

Con l'art. 2 sono sostituite all'art. 376 del codice civile due disposizioni, che ispirandosi a esperimenti pratici eseguiti in alcuni comuni del regno e riportando una norma, già sostanzialmente contenuta nel progetto di legge per l'assistenza agli esposti e all'infanzia abbandonata, disciplinano in modo assai più adeguato la dichiarazione di nascita dei figli illegittimi.

Premesso dunque che se la nascita è da unione illegittima, la dichiarazione non può enunciare che il nome e cognome, la professione e il domicilio del genitore o dei genitori dichiaranti, è disposto che l'ufficiale dello stato civile, richiesto nei cinque giorni successivi al parto, debba recarsi nell'abitazione della madre per assumere le dichiarazioni di nascita del figlio naturale. Tale è la pratica invalsa in alcuni comuni del Veneto e del Piemonte; e quell'atto di amorevole sollecitudine dell'ufficiale dello stato civile è stato grandemente utile alle puerpere, che hanno potuto adempiere il loro dovere, malgrado le loro condizioni, e l'abbandono in cui spesso esse si trovano nei casi di nascite illegittime. È parso a qualcuno che cotesto vantaggio concesso alle madri, nel caso di nascite illegittime, sia cosa ingiusta di fronte alle madri legittime, che non possono usufruirne. Ma non si è badato

(1) La facoltà di fare la dichiarazione avanti l'ufficiale dello stato civile, invece che avanti al notaio era compresa anche nel progetto dell'on. Orlando, sull'*Ordinamento del notariato* (Emendamenti), art. 1. *Atti parlam.*, legisl. XXII, senato del regno, doc. n. 287-bis.

(2) *Infans conceptus pro nato habetur*. La dottrina francese è concorde nell'ammettere il riconoscimento di un figlio non ancora nato: cfr. PLANIOL, *op. cit.*, n. 1480. Tale avviso prevale anche presso i nostri scrittori: BIANCHI F. S., *Corso elem. di dir. civ.*, vol. IV, pag. 69 segg.; DUSI, *Della filiazione e dell'adozione*, pag. 613 seg.; CHIRONI, *Istituz. di dir. civ.*, I, pag. 280.

(3) *Contro*: BIANCHI, *op. cit.*, pag. 98; ASCOLI, in *Foro it.*, 1906, I, col. 1405; CHIRONI, *op. cit.*, pag. 280; CUTURI, *op. cit.*, pag. 107, che equiparano l'atto autentico all'atto pubblico; MATTIROLO, *Trattato di dir. giud.*, III, pag. 17; VITALI, *Successioni*, II, n. 1219; che ammettono che anche la scrittura privata autenticata sia atto autentico; a favore: BORSARI, *Dir. civ.*, pag. 446; DUSI, *op. cit.*, pag. 606, purchè il testamento olografo sia depositato.

che la concessione mira principalmente ad assicurare lo stato civile del neonato, che non ha colpa della sua nascita illegittima; che non sempre la nascita illegittima è conseguenza della colpa; che le condizioni in cui la madre legittima mette alla luce il figlio sono ben differenti da quelle che accompagnano i parti delle donne senza marito; che in fine la madre legittima non ha bisogno di tale agevolazione, perchè a denunziare la nascita provvede il marito, e non è necessario l'intervento di lei (art. 375 cod. civ.). Eguali scopi ha l'ultimo capoverso dell'articolo 376, col quale è disposto che nelle sale di maternità o negli scompartimenti ostetrici il direttore dell'istituto, o chi ne fa le veci, ha l'obbligo d'interrogare la madre se consenta al riconoscimento ed ha qualità di pubblico ufficiale per ricevere alla presenza del segretario, o di altra persona addetta all'istituto, la dichiarazione stessa, la quale è scritta in carta libera ed è subito trasmessa all'ufficiale dello stato civile, che provvede al relativo annotamento al margine dell'atto di nascita.

Quando l'accennata disposizione apparve, sotto altra forma, nel progetto di legge relativo all'assistenza agli esposti e all'infanzia abbandonata (1), non si mancò di osservare che la disposizione poteva essere ingiusta per le madri ricoverate, che con la domanda del direttore subiscono una coazione morale a confessare la loro maternità, mentre la legge civile è così scrupolosa nell'evitare qualsiasi richiesta o accertamento che possa servire all'indagine della paternità. Ma se dubbio fondamento aveva tale censura in confronto al disegno di legge su menzionato, nel presente essa non può avere alcun valore, giacchè parallelamente alla domanda del direttore alla madre per raccoglierne la dichiarazione di maternità, la legge concede la facoltà d'indagini sulla paternità, ed attenua così la disparità del trattamento giuridico, che finora ha aggravato quella che la natura stessa sembra aver voluto costituire fra la madre e il padre.

A rendere sempre più agevole il dovere del riconoscimento del figlio naturale, l'art. 3 del disegno di legge ammette che si possa riconoscere il figlio naturale premorto, se ha lasciato discendenti legittimi o naturali. Come è chiaro, l'art. 3 riproduce in tema di riconoscimento ciò che l'art. 196 cod. civ. dispone in tema di legittimazione. Fra noi la grande maggioranza degli scrittori ammette questo diritto (2), per quanto taluno abbia dubitato che possa esercitarsi allo scopo di far ereditare dal padre la sostanza del figlio ch'egli non aveva riconosciuto durante la sua vita (3). Il testo della disposizione esclude una tale possibilità, ma non toglie la soddisfazione al genitore di compiere un dovere morale a favore dei discendenti del suo figlio premorto. Non si deve invece fare distinzione tra figli naturali e figli legittimi del figlio naturale premorto, perchè cotesta distinzione non influisce menomamente sui rapporti fra costui e i suoi genitori, e perchè i discendenti naturali possono esercitare alla lor volta l'azione per la dichiarazione della

(1) Camera dei deputati, disegno di legge, approvato dal senato del regno, sull'*Assistenza agli esposti ed all'infanzia abbandonata*, *Atti parlamentari*, legisl. XXII, sess. 1904-1907, doc. n. 221.

(2) BIANCHI, *op. cit.*, pag. 73; DUSI, *op. cit.*, pag. 616; CHIRONI, *op. e loc. cit.*; CUTURI, *op. e loc. cit.*

(3) Riconoscono tal diritto: CHIRONI, *Questioni di dir. civ.*, pag. 530, e *Istituz.*, II, pag. 280; BIANCHI, *op. cit.*, pag. 80; PACIFICI-MAZZONI, *Istit. di dir. civ.*, vol. VII, pag. 294; lo nega il BORSARI, *op. cit.*, pag. 445.

loro qualità di figli nei riguardi del loro genitore, osservati i termini dell'art. 5 del progetto.

Provveduto in tal modo al riconoscimento volontario, il disegno di legge con l'art. 4, che ne costituisce la parte centrale, affronta il problema della ricerca della paternità e modifica l'art. 189 del codice civile. Mantenuta infatti ferma la facoltà di indagini nei casi di ratto e di stupro violento, quando il tempo di essi risponda a quello del concepimento, il citato articolo 4 consente le indagini nelle seguenti ipotesi:

a) nei casi di seduzione preceduta da promessa di matrimonio, o compiuta con artifici o raggiri, ovvero facilitata da abuso di autorità o di fiducia, o di relazioni domestiche, quando il tempo della seduzione risponda a quello del concepimento;

b) se la madre e colui al quale si attribuisce la paternità abbiano convissuto notoriamente a modo di coniugi nel periodo legale del concepimento;

c) se la paternità risulti da esplicita dichiarazione per iscritto del padre.

Nella larga discussione che si è fatta a riguardo ai limiti in cui le indagini debbano essere consentite, i casi innanzi contemplati sono concordemente ammessi e si trovano accolti in quasi tutte le leggi straniere e in quasi tutti i progetti presentati al parlamento. Non fa d'uopo quindi indugiarsi a lungo nella giustificazione d'ogni singolo caso. Quello della seduzione, che è così frequente nei nostri costumi, è anche quello che esige una più rigorosa precisione delle condizioni necessarie per permettere le ricerche. Non ogni donna, che s'affermi sedotta, è veramente una vittima dei raggiri e degli artifici dell'uomo. Talvolta essa stessa è la seduttrice. Occorre quindi che l'inganno, che induce la donna a darsi all'uomo, sia molto grave, e tale che la donna abbia ceduto con la persuasione di diventare la moglie di colui che l'ha posseduta. Un caso tipico è, per esempio, quello delle unioni precedute dal matrimonio religioso. Certo colei che si diede dopo la solennità del rito religioso, e con la promessa che a questo sarebbe seguito quello civile, e fu poscia abbandonata, trovasi in condizioni tali da ritenersi una sedotta ai sensi dell'art. 4, n. 2, e il suo caso è ben diverso da quello di colei che si sia data sapendo che il rapporto sarebbe stato effimero e che su di lei sarebbero ricadute le conseguenze del suo atto. Si dica altrettanto della donna che diventi madre in seguito ad un possesso ottenuto con artifici o raggiri, oppure facilitato con abuso di autorità, o di fiducia, o di relazioni domestiche. Ognuno intende come questi casi siano affini, se non addirittura identici, a quelli del ratto o dello stupro violento, pei quali l'art. 189 consente la ricerca. Trattasi forse dei casi più frequenti di seduzione delle giovinette appartenenti alle classi proletarie, che le esigenze del lavoro o della domesticità espongono a frequenti pericoli; e sono i casi nei quali si verifica il maggior numero di nascite illegittime, e che danno il massimo contingente degli esposti in quegli asili, che gravano pesantemente sulla pubblica beneficenza, e dove è pure così terrificante la media della mortalità. Come però pel ratto e per lo stupro occorre che il tempo di essi risponda a quello del concepimento, così anche la seduzione deve corrispondervi per permettere l'esercizio dell'azione.

Il successivo caso, in cui sono autorizzate le indagini, il caso cioè del possesso di stato, è quello per cui si manifestano minori esitazioni. Nel nostro sistema legislativo il possesso di stato viene assunto quale prova della filiazione legittima. « *La possession d'état* — osservava il Demolombe —

est une reconnaissance continue, persévérante, de tous les jours, de tous les instants et offrant ainsi au plus haut point toutes les garanties possibles de liberté et de sincérité » (1). Fu anche osservato che il possesso di stato offre un vantaggio sullo stesso atto autentico di riconoscimento, implicando un'adesione, per lo meno tacita, della famiglia del padre (2). La *conscientia patris*, che esso fa palese, rende tranquilli i giudici più di qualsiasi altra prova, e la dichiarazione di paternità, emessa dal tribunale, trova un'immediata conferma nell'opinione pubblica, che già considerava il richiedente quale figlio del padre dichiarato. Casi di possesso di stato sono quelli della famiglia costituita col semplice matrimonio religioso e della famiglia che ebbe origine da un matrimonio poscia dichiarato nullo. È principio di logica e di umanità che la prole generata durante il vincolo possa conseguire, anche coattivamente, la dichiarazione di filiazione naturale, per rendere ad essa meno dolorosa la perdita dello stato di legittimità, o il mancato suo conseguimento mediante il matrimonio civile. Il disegno di legge, quindi, non ha creduto dover fare esplicita menzione nè dell'una nè dell'altra particolare ipotesi. Invece ha curato di fissare in modo chiaro e preciso le condizioni richieste perchè il possesso di stato abiliti alle indagini, disponendo che i genitori abbiano avuta una convivenza *more uxorio*, in modo notorio, e che la *convivenza abbia avuto luogo nel periodo legale del concepimento*. Con tali estremi, non sempre richiesti congiuntamente dalle leggi straniere e dai precedenti progetti di legge, non può essere dubbio che il possesso di stato offra la dimostrazione squisita della filiazione naturale.

L'ultimo caso, in cui l'art. 4 autorizza le indagini, è quello dell'esistenza di un'esplicita dichiarazione scritta dal padre. La confessione, se non è effetto di dolo e se non è stata altrimenti carpitata, deve riconoscersi come una prova piena, che elimini ogni pericolo di errori e di ricatti. Si ponga mente che il disegno di legge richiede un'esplicita dichiarazione, sicchè gli accenni vaghi ed equivoci, contenuti in lettere o in altri documenti d'indole privata, non sarebbero sufficienti a permettere l'azione. La disposizione era contenuta nel codice albertino ed è oggi accolta in tutte le leggi, sia che si ispirino alle tradizioni latine dell'equiparazione della condizione dei figli naturali dichiarati e di quelli riconosciuti, sia che si modellino sul tipo della legge tedesca, concedendo il semplice diritto agli alimenti.

Quelli finora accennati sono i soli casi in cui sono ammesse le indagini. L'elencazione dell'art. 4 è tassativa, non dichiarativa, come è chiarito esplicitamente dall'avverbio « soltanto », contenuto nel primo capoverso. Ma non basta; chè in tema di tanta delicatezza la bontà della proposta consiste principalmente nelle garanzie, delle quali il legislatore sa circondare la innovazione. Gli è perciò che l'articolo 6 soggiunge che nei casi di ratto e di stupro violento e in quelli di seduzione contemplati negli articoli 1 e 2, se non abbia luogo la sentenza penale e nel caso di possesso di stato (n. 3 dell'articolo 4) la prova testimoniale non sarà ammessa, se non quando vi sia un principio di prova per iscritto o le presunzioni e gli indizii, risultanti da fatti, già altrimenti accertati prima del giudizio o ammessi nel corso del medesimo, siano abbastanza gravi per determinarne l'ammissione. Con ciò il progetto

(1) *Op. cit.*, vol. III, n. 478.

(2) Relazione del senatore conte Goblet d'Alviella al senato belga, in LECLERCQ, *op. cit.*, pag. 119.

si mostra assai più cauto di tutte le leggi e i progetti che si sono modellati sul codice tedesco, il quale non contiene alcuna limitazione all'ammissione della prova testimoniale. Anche altre leggi straniere, come quella dell'Argentina, ammettono incondizionatamente la prova testimoniale, e con essa il giuramento decisorio o suppletorio della madre, che autorizzano del pari le leggi austriaca, germanica, inglese, ecc. Il progetto non aveva alcuna ragione di allontanarsi da quanto è disposto nell'articolo 190 del codice civile per disciplinare la prova testimoniale nelle ricerche sulla maternità e ne ha riprodotto la norma. Ha però creduto opportuno farvi due aggiunte: la prima, consistente nel dichiarare ammissibile la prova anche quando gli indizii che ne autorizzano l'esperienza, si siano raccolti durante il corso del giudizio, e ciò allo scopo di eliminare una controversia sorta nell'interpretazione dell'art. 190; l'altra, consistente nello specificare che il principio di prova per iscritto risulta dai registri, dalle carte private del preteso padre, o da atti provenienti dal medesimo, e ciò in analogia di quanto è disposto dall'art. 175 codice civile circa le prove della filiazione legittima.

Autorizzando nei casi suaccennati la ricerca della paternità, è confermato implicitamente il divieto delle indagini per quei casi in cui il figlio sia nato da una relazione adulterina o incestuosa. A prescindere dal nessun interesse morale che può avere il figliuolo nato da unioni vietate dalla legge ed urtanti la coscienza morale di fare accertare la sua origine, non si può negare che da giudizi simili sarebbe per derivare non soltanto uno scandalo maggiore in confronto del giudizio di dichiarazione del figlio naturale, ma ben anche un attentato più grave alla compagine della famiglia, che è interesse politico evitare. Fra i due mali, l'uno dei quali colpisce i figli incestuosi ed adulterini, e l'altro si ripercuote sull'intera società, il legislatore non può avere dubbi nella scelta. Si aggiunga che, se il figlio adulterino od incestuoso, abilitato a ricercare il padre, riuscisse ad ottenere la dichiarazione giudiziale, si troverebbe assai a disagio nella famiglia conquistata, dove sarebbe considerato come un intruso, testimone di una colpa, e si sentirebbe respinto dai propri parenti. Il progetto tuttavia non ha creduto di dover trascurare completamente la condizione di cotesti disgraziati e, non potendo permettere loro di entrare in una famiglia, ha voluto garantire loro il diritto agli alimenti, oltre che nei casi dell'art. 193 codice civile, negli altri, nei quali, se fossero stati figli naturali riconoscibili, avrebbero avuto il diritto di far ricerca del loro padre (art. 7).

L'azione di ricerca della paternità è personale al figlio (1); ma dopo la morte di lui, l'azione spetta ai suoi discendenti legittimi ed ai figli naturali da lui riconosciuti. Gli interessi morali e materiali, che sono connessi all'azione di riconoscimento forzato della paternità, sopravvivono alla morte del figlio e si trasmettono ai suoi discendenti. Come azione di stato poi, essa è imprescrittibile (2). Il progetto, tuttavia, per non lasciare illimitatamente esposti i presunti padri all'azione minacciata, ha stabilito nel capoverso dell'art. 5 una decadenza, che si verifica se l'azione stessa non si sia iniziata entro l'anno dal giorno in cui il figlio raggiunse la maggiore età o l'avrebbe

(1) Cfr. BORSARI, *op. cit.*, pagg. 463-464; RICCI, *Corso di dir. civ.*, I, n. 289; contro: BIANCHI, *op. cit.*, pag. 317; DUSI, *op. cit.*, pag. 679, che ammettono la trasmissibilità dell'azione.

(2) Cfr. BIANCHI, *op. cit.*, pag. 311; DUSI, *op. cit.*, pag. 690; BORSARI, *op. cit.*, pag. 465.

raggiunta se non fosse morto, e in ogni caso se non si sia iniziata prima d'un anno dalla morte di colui al quale si attribuisce la paternità. Fu già obbietto che sia cosa pericolosa il concedere l'esercizio dell'azione dopo la morte del presunto padre, mancando colui che può soltanto difendersi contro una pretesa offensiva ed infondata. Ma è facile osservare che cotesta è una conseguenza necessaria della natura dell'azione di stato e che, limitatone l'esercizio ad un anno dopo la morte del padre ricercato, si deve ritenere che la difesa da parte degli eredi non debba riuscire più difficile di quello che sarebbe stata al premorto.

Iniziato dal figlio, il giudizio può essere proseguito dai suoi discendenti legittimi, dai figli naturali riconosciuti da lui e loro discendenti legittimi, ovvero dalla madre. In effetti costoro sono gli eredi o i parenti, che hanno un interesse morale concorrente con quello patrimoniale, per la ricerca del genitore del loro dante causa (1).

Il più delle volte, l'azione sarà promossa durante la minore età del figlio, che ha urgente bisogno di soccorsi per il suo allevamento e la sua educazione. In tali casi, la naturale iniziatrice del giudizio è la madre, e solo in mancanza di costei, può agire un curatore speciale. Ma poichè i maggiori pericoli si riscontrano appunto quando l'azione spetta alla donna, la quale, se è di condotta non buona, può servirsi della facoltà d'agire in nome del figlio, come di arma potente contro persone che abbia intimamente avvicinate, così l'art. 5 del progetto dispone che essa non possa iniziar giudizio senza una preventiva deliberazione del consiglio di tutela, che sarà appositamente costituito a norma dell'art. 261 del codice civile. È naturale che la stessa deliberazione occorra quando agisca il curatore speciale.

Le medesime garanzie richiede il progetto nel caso che il figlio si trovi sotto la potestà di un genitore adottivo, giacchè può ragionevolmente temersi che persone disoneste adottino un figliuolo naturale per speculare sulla azione spettante a costui pel riconoscimento forzato del suo stato di filiazione. Il progetto in questo caso spoglia il genitore adottivo della facoltà di agire in nome del figlio e l'affida ad un curatore speciale, il quale, per iniziare il giudizio, ha bisogno della deliberazione favorevole del consiglio di tutela, che sarà anche in questo caso appositamente costituito.

Se il figliuolo abbia raggiunto il diciottesimo anno, il progetto esige il consenso di lui per poter promuovere l'azione, giacchè, avendo egli a quell'età una propria personalità, può avere interesse a non ricercare il padre, che fino allora non s'è occupato di lui, a non entrare in una famiglia, dalla quale forse si sentirebbe odiato, a non smettere un cognome che gli può essere più caro di quello che conseguirebbe riuscendo vittorioso nel giudizio.

Il progetto infine concede l'azione, ma limitatamente alla richiesta degli alimenti contro il genitore naturale, anche all'istituto che presta l'assistenza ad un figlio naturale, in tutti i casi in cui il figlio abbia diritto di promuovere l'azione, sia in forza dell'art. 193 codice civile, sia in forza delle disposizioni della presente legge. La qual cosa parrà senza dubbio accettabile, non essendo giusto che le pubbliche istituzioni, e, per esse nel maggior numero di casi, lo Stato, abbiano a sopportare le spese di mantenimento di figliuoli, quando siano noti i genitori e si trovino in condizioni economiche da poterle sostenere.

(1) Il solo interesse patrimoniale dei creditori non può giustificare l'azione (cfr. Dusi, *op. cit.*, pag. 679).

Il progetto sarebbe incompleto se non s'occupasse, a simiglianza di altri presentati al nostro parlamento o a quelli stranieri, d'una materia molto affine, e che è oggi obbietto di molte e sottili controversie nel campo della giurisprudenza, vale a dire dei diritti della donna sedotta. Com'è noto, per rimediare all'eccessivo rigore delle attuali leggi che vietano le ricerche della paternità, la giurisprudenza ha autorizzato la donna diventata madre a reclamare dal suo seduttore un'indennità in forza dell'articolo 1151 codice civile (1). L'azione della donna sedotta sfugge al divieto dell'art. 189, perchè nel relativo giudizio, non si tratta punto di cercare il padre del figlio della sedotta, ma unicamente di accertare se le relazioni intime, che corsero fra le due persone, furono causa di danno alla donna. Man mano la giurisprudenza si è mostrata più generosa e le più recenti sentenze non esigono neppure che la seduzione siasi compiuta con raggiri od artifici (2), giacchè hanno riconosciuto alla donna il diritto di conseguire l'indennità, anche se si diede liberamente, in seguito a promessa di matrimonio fatta sinceramente in un momento dell'entusiasmo passionale poscia svanito. È tempo di fermare legislativamente le condizioni necessarie per il conseguimento dell'indennità. A tale uopo l'articolo 9 richiede che la seduzione abbia luogo mediante promessa di matrimonio o sia l'effetto di artifici o raggiri, o dell'abuso di autorità, di fiducia o di relazioni domestiche. Appare evidente l'obbligo del risarcimento in simili casi, in cui la donna sopporta un grave pregiudizio morale, che si risolve il più delle volte in grave danno materiale, senza che il seduttore ne risenta alcuna conseguenza. Il danno sussistendo anche senza il concepimento, il progetto non richiede che la donna diventi madre per concederle l'azione dei danni. Viceversa, nega che la donna possa accampar pretese per la seduzione subita, se aveva sorpassato il ventesimo anno di età, giacchè allora la coscienza della responsabilità dei propri atti e la critica della sua condotta erano possibili in lei, ed essa non appare più come una vittima dell'uomo. Il quale, poi, se non aveva compiuto il diciottesimo anno di età, è da presumersi sedotto piuttosto che seduttore, onde analogamente è disposto nel progetto che in questo caso non si faccia luogo all'azione pei danni.

I diritti della donna sedotta non si possono più far valere se, prima della seduzione, ebbe congiunzione con un altro uomo, o se, all'epoca del concepimento, non era notoriamente di buoni costumi, od ebbe rapporti con un altro uomo. Se la donna durante il periodo legale del concepimento ebbe rapporti con altri, non si può far luogo neppure alla dichiarazione di paternità. L'*exceptio plurium concumbentium* è di diritto naturale. Essa è consacrata in tutti i progetti di legge presentati al parlamento e in quasi tutte le leggi straniere. Il mistero che accompagna il concepimento non può essere superato che per forza di presunzioni, che inducono a ritenere la paternità doversi attribuire ad un determinato uomo. La stessa paternità legittima non è fondata che su di una presunzione, quella che deriva dal matrimonio. Ma quando la donna nell'epoca del concepimento ebbe rapporti con più uomini, nessuna presunzione può prevalere contro il mistero della natura. Occorre inoltre andar cauti nel sistema delle prove da autorizzarsi per l'esercizio delle suddette ragioni e per quella degli alimenti, concessa ai figli

(1) Cfr. GABBA, *Quistioni di diritto civile*, vol. I.

(2) Cfr. Appello Milano, 15 giugno 1906, *Mon. trib.* 1906, pag. 630.

naturali, agli incestuosi ed agli adulterini; ed è perciò che l'articolo 11 limita l'ammissione della prova testimoniale ai soli casi in cui esista un principio di prova per iscritto, o le presunzioni e gli indizi, risultanti da fatti, già altrimenti accertati prima del giudizio o ammessi nel corso del medesimo, siano abbastanza gravi per determinarne l'ammissione.

Il progetto per abbondare ancora nelle garanzie, ha mutuato dalle precedenti proposte legislative la disposizione dell'articolo 14, mercè la quale chi ha proposto in mala fede una domanda di dichiarazione di paternità o di alimenti o di indennità per causa di seduzione, è colpevole di diffamazione ed è punito a norma del codice penale. Sanzione codesta, che servirà a limitare, se non ad eliminare i casi di abuso del diritto, e a rendere tranquilli i più timorosi della riforma, circa i suoi inconvenienti, che, come si è detto innanzi, risultano fantastici o esagerati nella massima parte.

Nel campo del diritto successorio garantito dalla legge ai figli naturali, il progetto non ha creduto di portare molte delle innovazioni le quali erano contenute nelle precedenti proposte legislative. Non bisogna dimenticare che il progetto non mira alla riforma del diritto successorio. In questa, le varie dottrine meglio accreditate, da quella che equipara nella successione i diritti dei figli naturali ai diritti dei legittimi, a quella che accorda a figli naturali il diritto di successione verso i soli parenti materni, esigono uno studio assai più ponderato, giacché il problema nella sua complessità interessa non solo il giurista, ma l'economista, il sociologo e l'uomo politico. Il progetto si è limitato a due semplici innovazioni facilmente accettabili. Mercè l'art. 12, il figlio naturale, di cui non è vietato il riconoscimento, può scegliere fra i diritti di successione a lui attribuiti dal codice civile e il diritto agli alimenti nella misura stabilita dall'articolo 752, capov., dello stesso codice. Con l'articolo 13 si modifica l'articolo 749 codice civile nel senso di dare il diritto di rappresentazione anche ai discendenti naturali del figlio naturale premorto, per reclamare i diritti di successione stabiliti a favore di lui.

L'articolo 15, ultimo del progetto, reca le disposizioni transitorie. Per effetto delle stesse, le indagini della paternità nei casi autorizzati dalla presente legge, possono essere consentite ai soli figli nati dopo l'attuazione della legge medesima. Trattandosi di disposizioni di ordine pubblico, esse dovrebbero avere effetto retroattivo, e a tale soluzione io sarei stato propenso; ma tuttavia, considerati i precedenti, ho creduto più cauto consiglio seguire il suggerimento della commissione reale, che, nell'art. 21 del suo progetto, negò l'effetto retroattivo alle disposizioni abilitative delle ricerche (1). In tema di riconoscimento forzato della paternità si può dire che esiste una tradizione contraria alla retroattività giacché, come si è detto innanzi, quando il nuovo codice italiano fu pubblicato in tutto il regno, le disposizioni transitorie per la sua attuazione negarono l'efficacia retroattiva all'articolo 189 che conteneva il divieto dell'indagine. Oggi l'abrogazione del divieto, se avesse effetto anche per il tempo passato, verrebbe a turbare l'ordine delle successioni già aperte, a rendere incerti i diritti da gran tempo acquisiti, e

(1) Disposizioni limitative degli effetti della riforma contenevano tanto il progetto Giannone, quanto quello Zanardelli, entrambi approvati in questa parte dalle commissioni nominate dagli uffici della camera. V. relazione SALANDRA, *Atti parlamentari*, legisl. XXI, sess. 1902-1903, doc. n. 207.

a sconvolgere una massa enorme di rapporti giuridici, che hanno fondamento sui vincoli di famiglia. Sono diritti ed interessi codesti, di cui si deve tener conto, e che devono considerarsi definitivamente sistemati secondo la legge del tempo, come secondo la stessa legge devono essere valutate le responsabilità, che ogni singolo individuo ha incontrato a causa delle proprie azioni.

Inspirato da un senso di grande moderazione, traendo profitto dall'esperienza degli altri popoli e dalle discussioni che già ebbero luogo in parlamento, questo disegno di legge, che costituisce un ritorno alle nostre tradizioni giuridiche, può meritare, io spero, l'onore dei vostri suffragi.

DISEGNO DI LEGGE

Art. 1. — Il riconoscimento di un figlio naturale si farà nell'atto di nascita o con atto autentico anteriore o posteriore alla nascita, ricevuto da notaio o dall'ufficiale di stato civile del luogo di nascita del figlio o di residenza del genitore.

Il testamento in qualsiasi forma vale a tal fine come atto autentico.

Art. 2. — L'art. 376 del codice civile è sostituito dal seguente:

Art. 376. Se la nascita è da unione illegittima, la dichiarazione non può enunciare che il nome e cognome, la professione e il domicilio del genitore o dei genitori dichiaranti.

L'ufficiale dello stato civile, a richiesta fatta entro il termine fissato dall'art. 371 del codice civile, deve recarsi nell'abitazione della madre per assumere la dichiarazione di nascita del figlio naturale.

Quando la dichiarazione è fatta da altre persone si enunzieranno il nome e cognome, la professione e il domicilio del padre o della madre se consti per atto autentico, che l'uno o l'altra consenta alla dichiarazione.

Nelle sale di maternità o negli ospedali ostetrici il direttore dell'istituto o chi ne fa le veci ha l'obbligo d'interrogare la madre se consenta al riconoscimento ed ha qualità di pubblico ufficiale per ricevere, alla presenza del segretario o di altra persona addetta all'istituto, la dichiarazione stessa, la quale è scritta in carta libera ed è subito trasmessa all'ufficiale dello stato civile, che provvede al relativo annotamento a margine dell'atto di nascita.

Art. 3. — Può anche aver luogo il riconoscimento di un figlio naturale premorto a favore dei suoi discendenti legittimi o naturali.

Art. 4. — L'art. 189 del codice civile è così modificato:

Le indagini sulla paternità sono ammesse soltanto:

1) nei casi di ratto o di stupro violento, quando il tempo di essi risponda a quello del concepimento;

2) nei casi di seduzione preceduta da promessa di matrimonio o compiuta con artifici o raggiri, ovvero facilitata da abuso di autorità o di fiducia o di relazioni domestiche, quando il tempo della seduzione risponda a quello del concepimento;

3) se la madre e colui al quale si attribuisce la paternità abbiano convissuto notoriamente a modo di coniugi nel periodo legale del concepimento;

4) se la paternità risulti da esplicita dichiarazione per iscritto dal padre.

Art. 5. — L'azione diretta alla dichiarazione di paternità naturale può essere promossa dal figlio o, dopo la morte di lui, anche dai suoi discendenti legittimi o dai figli naturali da lui riconosciuti.

Essa deve proporsi, sotto pena di decadenza, non più tardi di un anno dal giorno in cui il figlio abbia raggiunto la maggiore età, o l'avrebbe raggiunta se non fosse morto; in ogni caso non più tardi di un anno dalla morte di colui al quale si attribuisce la paternità.

Se l'azione fu promossa dal figlio, il giudizio pendente può essere proseguito dai suoi discendenti legittimi, dai figli na-

turali riconosciuti di lui o loro discendenti legittimi, ovvero dalla madre.

Durante la minore età del figlio l'azione può essere promossa in nome di lui dalla madre o, in mancanza di questa, da un curatore speciale, previa deliberazione favorevole del consiglio di tutela, che anche nel primo caso sarà appositamente costituito a norma dell'art. 261 del codice civile.

Quando il figlio si trovi sotto la potestà di un genitore adottivo, l'azione non può proporsi se non da un curatore speciale e previa deliberazione favorevole del consiglio di tutela, che sarà appositamente costituito come nei casi precedenti.

Se il figlio abbia compiuto il 18° anno è necessario il suo consenso, perchè si possa promuovere l'azione.

Art. 6. — Nei casi previsti dai numeri 1 e 2 dell'art. 4, se non seguiti da sentenza penale, e nel caso del n. 3 dell'articolo stesso, la prova testimoniale non sarà ammessa se non quando vi sia un principio di prova per iscritto o le presunzioni e gli indizi, risultanti da fatti già altrimenti accertati prima del giudizio o ammessi nel corso del medesimo siano abbastanza gravi per determinarne l'ammissione.

Il principio di prova per iscritto risulta dai registri e dalle carte private del preteso padre o da atti provenienti dal medesimo.

Art. 7. — Il figlio naturale, quand'anche ne sia vietato il riconoscimento, avrà sempre azione per ottenere gli alimenti, oltre che nei casi dell'art. 193 del codice civile, negli altri indicati dall'art. 4 della presente legge.

Art. 8. — L'istituto, che presta l'assistenza ad un figlio naturale, ha, in tutti i casi menzionati nell'articolo precedente, diritto di promuovere l'azione di somministrazione degli alimenti contro il genitore naturale.

Art. 9. — La donna sedotta mediante promessa di matrimonio o per effetto di

artifici o raggiri, o con abuso di autorità, di fiducia o di relazioni domestiche, può agire contro il seduttore per riparazione e risarcimento di danni.

L'azione non è ammessa, se al tempo della seduzione l'uomo non aveva compiuto il 18° ovvero la sedotta aveva superato il 21° anno.

Art. 10. — Se la madre nel periodo del concepimento ebbe congiunzione con altro uomo, o se era notoriamente di non buoni costumi, non si fa luogo alla dichiarazione di paternità.

La riparazione e il risarcimento indicati nell'articolo precedente non sono ammessi, se la donna prima della seduzione ebbe congiunzione con altro uomo o se era di non buoni costumi.

Art. 11. — Nell'esercizio delle azioni contemplate negli articoli 7, 8, 9, per la ammissione della prova testimoniale si applica quanto è disposto nell'art. 6.

Art. 12. — Il figlio naturale, di cui non è vietato il riconoscimento, può scegliere fra i diritti di successione a lui attribuiti dal codice civile e il diritto agli alimenti nella misura stabilita dall'art. 752 capov. dello stesso codice.

Art. 13. — L'art. 748 del codice civile è così modificato:

I discendenti del figlio naturale premorto possono reclamare i diritti di successione stabiliti a favore di lui.

Art. 14. — Chi ha proposto in mala fede una delle domande previste negli articoli 4, 5, 7, 9 della presente legge è colpevole di diffamazione e punibile a norma del codice penale.

In tal caso il procedimento penale rimane sospeso fino all'esito del giudizio civile.

Art. 15. — Le disposizioni degli articoli 4 e 5 della presente legge si applicano ai soli figli nati dopo l'entrata in vigore di essa, ferme per quelli nati prima le disposizioni del diritto anteriore.

SULLA RIFORMA LEGISLATIVA INTORNO ALLE INDAGINI SULLA PATERNITÀ(*)

Signore e signori! Quando l'altro giorno l'illustre conferenziere senatore Garofalo ebbe terminato il suo discorso, tra i primi a congratularsi con lui fui io stesso; e non già per un semplice atto di cortesia; la mia congratulazione esprimeva invece il profondo senso di compiacimento, che il tema fosse stato trattato in modo così elevato da persona così illustre e competente, per modo che di esso era ricondotta ad occuparsi la pubblica opinione. Le mie congratulazioni però non significavano certamente consenso; anzi, posso dire che se eventualmente la seduzione esercitata dall'oratore sopra le vostre menti avesse generato in voi un qualche convincimento, io sono qui appunto per dimostrare che questo convincimento è illegittimo — forse naturale, ma certamente illegittimo.

Gli argomenti portati dall'illustre senatore Garofalo a sostegno della sua tesi sono sostanzialmente questi, — se ben ricordo, perchè non posso qui combattere che ciò che è rimasto nella mia memoria —:

« Coloro i quali sostengono doversi allargare i limiti della ricerca della paternità sono dei sentimentali, ed il sentimentalismo può essere talora un bene, ma nel diritto non deve essere mai elemento determinante la legislazione; riguardi giuridici per contro si oppongono a questa ricerca; la prova fatta in altri Stati della ricerca della paternità non è tale da consigliarne l'imitazione; ed anche se questa ricerca è, come in Austria, ridotta a costituire un obbligo alimentare per parte di colui che venga dichiarato padre naturale, essa è sempre perturbatrice. In conclusione: non tocchiamo ciò che è stabilito presso di noi per lunga tradizione; lasciamo la legislazione quale i nostri padri l'hanno costituita, portandovi se mai, solo qualche lieve rimedio ». Se ben ricordo, secondo la proposta del barone Garofalo, si potrebbe eventualmente giungere alla costituzione di una specie di società cooperativa tra i vari possibili padri per alimentare il loro possibile figlio.

Io credo che tutto questo ordine di ragionamenti possa facilmente confutarsi.

Nota per chi non lo sapesse, che il discorso del Garofalo era diretto soprattutto a battere in breccia un certo progetto del 1910, il cui autore non

(*) Discorso detto il 26 maggio 1912 al Circolo giuridico di Roma, nella discussione seguita alla conferenza del sen. Raffaele Garofalo sullo stesso argomento. Riproduzione stenografica pubbl. nel *Bollettino del Circ. giur. di Roma*, 1912, pag. 94; pubbl. poi anche in *Eloquenza*, 1912, pag. 567.

fu dichiarato per sentenza dal magistrato Garofalo, ma è noto: sono io (1). *Adsum qui feci, in me convertite ferrum.* Ora tutti coloro che mi conoscono sanno che se ci è persona al mondo che facilmente dica male di me, questa sono io; sanno che difficilmente mi contento di ciò che ho fatto. Dicono che sia un vizio, ma è un vizio del quale non so più curarmi alla mia età. Nè io certamente posso, non dico offendermi, che sarebbe assurdo, ma in qualunque modo risentirmi di una critica; anzi, sono grato a chi muove critiche obiettive; e giungerò, io credo, a dimostrarvi questo mio sentimento anche oggi stesso, perchè, mentre sosterrò i principî fondamentali del progetto di legge da me presentato al senato, sono dispostissimo a riconoscere che in alcuni punti può essere difettoso, sì da meritare qualche correzione.

E dico subito a modo di prefazione che se nel non molto lungo tempo che io ho retto il ministero di grazia e giustizia ho creduto di dover proporre il progetto di legge sulla condizione dei figli naturali, fu perchè a me pareva che di tutto il nostro diritto familiare questo punto fosse ormai maturo per la riforma legislativa, e fosse già preparato da coloro che mi avevano preceduto in modo da poter formare oggetto di un disegno di legge anche in pochi giorni. E non avrei osato di presentare, come feci, progetti di legge sopra altre parti del codice civile, senza prima averne proposto uno sopra questo gravissimo tema. Questo mi pareva maturo, perchè da molti anni, da quando fu formato il nostro codice civile sul modello del codice francese, si era manifestata e nella scienza e nella opinione pubblica una notevole reazione contro le disposizioni relative alla ricerca della paternità. Degli scrittori non parliamo; è difficile trovare uno scrittore di diritto civile da un ventennio in qua che si sia manifestato favorevole al sistema dell'articolo 189 del cod. civile. Nella legislazione poi avemmo una serie di progetti, un progetto Sorani, due Gianturco, uno Zanardelli-Cocco Ortu, tutti favorevoli all'ampliamento della ricerca della paternità; e non molto tempo prima di salire al ministero io stesso aveva fatto parte, sotto la presidenza dell'illustre Quarta, oggi presidente della cassazione, di una commissione la quale aveva preparato un progetto di legge su questa materia. Ora, io non so persuadermi come tutti costoro fossero dei semplici sentimentali, che, invece di far sonetti con o senza coda, si permettessero di fare progetti di legge in questa materia per manifestare il loro sentimentalismo. Erano giuristi e anche uomini di alto sentimento, poichè (lo ha confessato lo stesso Garofalo) essere giuristi non esclude di essere dei sentimentali; anzi il Garofalo ha ammesso che tutte le azioni degli uomini, e, direi tutti i progressi dell'umanità sono dovuti soprattutto ai sentimenti che fanno agire l'uomo. L'importante è che si tratti di buoni sentimenti: perchè tra i sentimenti ci sono i buoni e i cattivi, ed è da augurarsi che gli uomini agiscano sotto l'impulso dei buoni sentimenti e non già dei cattivi. Ora, me lo permetta il collega Garofalo, io credo pure che in questa materia della condizione dei figli naturali tutti siamo dominati da sentimenti; e tanto noi che sosteniamo l'estensione della ricerca della paternità, quanto voi che la negate; ci può essere solo questa differenza, che il nostro è un sentimento di umanità, è un sentimento di alta pietà, e di utile sociale; il vostro sentimento invece ha un brutto nome: si chiama egoismo; è un cattivo sentimento, ma è un sentimento.

Questo appunto io voglio dimostrare.

(1) [V. pag. 168].

Prima di tutto vediamo se sia vero ciò che, come prefazione, ha voluto stabilire il collega Garofalo. Egli ha detto: noi abbiamo una legislazione in materia, abbiamo una tradizione chiaramente stabilita; noi non dobbiamo modificare lo stato presente delle cose finchè non sia dimostrata evidentemente la necessità di una modificazione, perchè la tradizione storica è una ben salda base dei rapporti sociali. Siamo perfettamente d'accordo sulla massima: nessuna modificazione legislativa si deve fare, se non ne è dimostrata l'utilità. Ciò che ha per sè il possesso storico, deve essere rispettato finchè non sia chiara l'utilità di modificarlo. Ma appunto perciò bisogna mutare la legislazione in questa materia. Perchè? Perchè la tradizione giuridica italiana, è tutta nel senso dell'ampia ricerca della paternità.

La prima volta che il diritto dei figli naturali fu ristretto, fu per imposizione del codice Napoleone contro tutte le tradizioni italiane. Possiamo noi forse parlare in Italia di diritto conforme alla nostra tradizione, solo perchè ci è venuto di fuori un codice, che, rompendo la millenaria tradizione italiana, per cento anni ne ha sospeso l'applicazione? Una riforma fatta oggi non è che la chiusura di una parentesi, per riprendere la tradizione del diritto italiano in Italia di fronte a un diritto straniero; il diritto straniero stesso non aveva base neppure in Francia, dove fu costituito in modo così ristretto, ormai tutti lo sappiamo, per volontà di un solo uomo. L'uomo si chiamava Napoleone Bonaparte, e potè vincere le tradizioni del popolo francese. Questo uomo mise la spada sua sulla bilancia, e la bilancia tracollò dalla parte della restrizione. Così fu fatto il codice Napoleone coll'art. 340, che fu poi copiato dal codice italiano nell'art. 189. Ma tutti sanno oggi che fu Napoleone personalmente a volere questa restrizione, e si ricorda perfino il fatto che l'ultimo progetto approvato dal consiglio di Stato sotto la presidenza di Napoleone conteneva una formula più larga, e solo quando il progetto fu pubblicato come legge, tutti si avvidero che era stata cancellata una frase dall'art. 340. Così è rimasta chiusa la ricerca della paternità, ridotta soltanto al caso di ratto, in Francia.

Ora, venire a parlare di forza di tradizione, di consuetudini insite nell'animo nostro, che fanno parte della nostra coscienza giuridica, di fronte ad una legge nata in questo modo, a me pare che è dire precisamente il contrario di quel che si dovrebbe. Se c'è una tradizione da rispettare, questa è la millenaria tradizione italiana. Anche quando il nostro codice del 1865 fu formato, in Italia (pur non contando quelle regioni che erano rette ancora dal diritto comune italiano, e in cui la tradizione veramente italiana si era conservata; nè le provincie rette dal codice austriaco) fra i paesi in cui si era trapiantato il codice Napoleone, ve ne era uno nobilissimo che già aveva modificato in questa parte il codice francese: ed era il Piemonte, — non il più sentimentale dei paesi d'Italia. La legislazione albertina del 1837 aveva già ampliato i limiti della ricerca della paternità aggiungendovi un caso molto importante quale era quello del possesso di stato. La preponderanza dell'elemento meridionale tra coloro che formarono il nostro codice produsse la prevalenza, per questa parte, dell'articolo del codice delle due Sicilie che aveva riprodotto il codice Napoleone, quantunque la stessa commissione napoletana di revisione del codice protestasse in proposito.

Fu pertanto ammesso il disposto del codice Napoleone. Ma, badate, fu ammesso quasi in via transitoria, perchè lo stesso Pisanelli, che ne difese il mantenimento, disse allora: vedremo poi; se si dovranno fare modificazioni, le faremo in seguito.

Fu, dunque, un'accettazione fatta per forza di cose, per non mutare le linee generali del codice francese, che sostanzialmente costituivano il fondamento del codice italiano. La commissione di coordinamento cui si deve l'ultima formulazione del codice voleva mutare l'art. 189, e ne fu impedita solo dalla considerazione che avrebbe ecceduto i limiti del proprio mandato, introducendo una sostanziale modificazione per questa parte. Vedete che proprio quando nacque questo art. 189 del nostro codice, esso era già destinato ad essere modificato nella mente stessa di coloro che lo formavano.

La tradizione, torno a dire, è tutta per noi; e mantenere il diritto italiano in proposito è il nostro dovere. La riforma, anche se dovesse avere quella estensione che è proposta nel mio disegno di legge, sarebbe sempre più ristretta di quello che si ammetteva nel diritto comune italiano anteriore al codice civile francese.

Ma vediamo anche se vi siano intrinseche ragioni per mantenere lo stato attuale delle cose.

La ragione che si porta e che voi avete sentito qui svolta con tanta eloquenza dal collega Garofalo, è questa, che al disopra dell'interesse del singolo individuo vi è l'interesse della società, e in questa materia l'interesse della società è quello della famiglia, che non deve essere perturbata dall'intrusione di elementi legittimi. Il vero autore della presente disposizione aveva formulato in consiglio di Stato questo principio in una frase incisiva e risoluta, corrispondente al carattere dell'uomo. La società, aveva detto Napoleone, non ha nessun interesse a che i bastardi trovino un padre; ed è stato questo il pernio su cui si è svolta la legislazione restrittiva della ricerca della paternità. Ma se Napoleone era un grand'uomo, c'è chi ne sapeva più di lui, ed è il mondo intero; c'è chi ha ragionato più forte di lui, ed è la storia; c'è chi fa sentire le conseguenze dell'argomento, ed è la condizione sociale prodotta dalla legislazione restrittiva. La società non ha alcun interesse nello stato dei bastardi? Scrivete questo nel codice; e i bastardi si vendicheranno della società. I bastardi diranno alla società: noi costituiamo il maggior pericolo per voi; noi formeremo il fondamento di quelle classi sociali che sono il disordine quotidiano; noi saremo la gran massa dei delinquenti; voi, società, ci albergherete nei vostri ostelli, che si chiameranno prigioni.

Questo hanno risposto i bastardi con la storia al motto napoleonico, e le nostre statistiche dimostrano quotidianamente questo fatto: che la delinquenza è fornita in gran parte da coloro che non hanno famiglia, che non hanno avuto l'educazione del sentimento nei primi anni della loro vita, che non hanno avuto mezzi di mantenersi rettamente nell'ulteriore corso della loro esistenza. Questo hanno risposto i bastardi; noi ci affatichiamo per la protezione dei minorenni, spendiamo milioni per questo fine, cerchiamo soluzioni indirette; ma se non risolviamo la questione direttamente, sforzandoci di evitare per quanto è possibile — perchè il problema non è certamente risolvibile in tutto — il male fondamentale, ogni disposizione legislativa sarà vano rimedio, porterà inutile spesa, e non condurrà a nulla di sostanziale.

Ora, il tenere conto delle statistiche della Francia e dell'Italia, il calcolo del dare e avere sociale, sarebbe quel nostro sentimentalismo, di cui parlava il barone Garofalo.

Garofalo: Non ho detto questo.

Scialoja: Dite che non abbiamo altro che sentimento; abbiamo le statistiche, che non sono sentimentali, e che reclamano questa riforma. La società, la quale sta al di sopra di tutti gli individui, reclama questa riforma. La legge

non deve aver riguardo al diritto del bastardo, se vogliamo ripetere la frase napoleonica, ma deve aver riguardo al diritto della società che vuole i bastardi siano messi in condizioni migliori, perchè non diventino un pericolo e perchè possano divenire invece una buona forza della società presente. E questo è diritto, e il chiudere gli occhi su questo significa spingere l'egoismo fino a non voler vedere neppure se stessi.

Perchè che cosa è questa difesa della famiglia di cui ci si è parlato e di cui ci si parla ogni volta? Che cosa è? È una di quelle frasi fortunate, che richiamano concetti che commuovono l'animo di tutti. Come in politica, quando volete dare addosso ad uno, dite che non è liberale, oppure che un suo concetto è antiquato — e tutti gridano che non si deve ammettere; così se in diritto privato dite che una cosa nuoce alla famiglia — tutti risponderanno che non si deve ammettere. Ma vediamo se veramente questo sentimento di famiglia debba impedirvi di migliorare la condizione giuridica dei figli naturali. Nell'udire il collega Garofalo tutti voi avrete potuto credere che Gianturco ed io ed il collega *maior* Finocchiaro, che è nel nostro ordine di idee, siamo tutti gente senza famiglia, che non abbiamo sentito che cosa significhi la famiglia stessa, e che solo il collega Garofalo abbia famiglia. Invece, che io sappia, è precisamente il contrario. Io perciò temo molto che la famiglia che si vuol proteggere sia... quella di coloro che non ne hanno; che la sua pretesa tutela sia voluta da coloro che una famiglia non vogliono avere nè naturale nè legittima, e che avendo evitata la legittima per non sopportarne i pesi, pensano che avere figli senza avere famiglia legittima sarebbe veramente troppo.

Io credo che questo non sia buon sentimento famigliare; e Napoleone stesso, che nella famiglia non vedeva che uno strumento di ambizione, non era uomo che potesse avere vero sentimento famigliare da tutelare.

La famiglia, Dio mio, ha vissuto per tanti secoli nella nostra società, nella quale fu ammessa la ricerca della paternità; non è cessata mai di esistere. Io anzi ho gran paura che se ci è uno Stato in Europa nel quale la famiglia corra gravi rischi, questo sia appunto la Francia; — è almeno il male che tutti i francesi deplorano questo della decadenza della famiglia e della filiazione legittima in Francia.

La Germania, che non ha mai avuto la restrittiva legge francese, invade coi milioni di uomini di sua razza il mondo intero, mentre la Francia deve speculare espedienti per non vedere diminuita la propria popolazione, perchè la vita famigliare non risponde più ai bisogni sociali.

La Francia ha il codice napoleonico; la Germania non ha mai avuto questo beneficio voluto dal collega Garofalo. I fatti valgono pure qualche cosa. Il fatto vi dimostra che la restrizione della ricerca della paternità non serve assolutamente per la salvezza della famiglia.

Ed anche qui la statistica parla chiaro. Nel maggior numero, i figli naturali non sono figli di genitori che abbiano famiglia, sono figli di coloro che non ne hanno; e la ricerca di questi genitori che non hanno fondato alcuna famiglia, non offende minimamente alcuna delle famiglie costituite. Che se si vorrà qualche restrizione eventuale per la difesa della famiglia costituita, si potrà introdurla nella legislazione; già qualcuna ci è anche nel progetto di legge; si potrà studiare se sia il caso di migliorarlo, ma parlarci della difesa della famiglia per escludere la ricerca della paternità è assurdo.

E poi, egregi signori, questa famiglia perchè deve essere difesa? Forse per se stessa; forse, per la commozione che ci prende al pronunciare questa parola? Ma niente affatto. Noi intendiamo difenderla, la difenderemo in tutti

i modi, perchè crediamo che in essa sia il fondamento del bene sociale, perchè crediamo che ogni individuo debba nella propria famiglia trovare il primo nido dei propri affetti, dei propri sentimenti ed il primo appoggio nello svolgimento dell'ulteriore sua vita. Noi vogliamo la famiglia perchè crediamo che ogni uomo abbia diritto ad essa, che abbia bisogno di una famiglia per perfezionarsi; ed è perciò che quando troviamo degli uomini che senza loro colpa non ne hanno e che potrebbero averne una, — poichè riteniamo la famiglia socialmente utile — vogliamo costituire almeno una quasi-famiglia a loro vantaggio; mentre i pretesi difensori della famiglia vogliono che il padre che ha messo al mondo il figlio non ne abbia alcuna responsabilità, che il figlio sia privo di ogni sussidio materiale e morale fin da principio, sempre naturalmente in favore della famiglia. Così si ragiona da coloro che difendono questo preteso interesse di ordine; non si guarda al disordine sociale prodotto da questa classe derelitta, e si vuole negarle anche il vantaggio che si proclama necessario a tutti coloro che hanno famiglia.

Io credo veramente che questa vecchia rocca, in cui si ritira la difesa della limitazione della ricerca della paternità, debba presto fare la fine di quella di Psitos dei turchi; fu scritto e riscritto nei giornali che era una rocca forte, e quando si andò a vedere, si trovò che non c'era niente.

Ma se pertanto noi crediamo di dover ampliare i limiti della ricerca della paternità, dobbiamo studiare in qual modo questi limiti debbano essere allargati; ed evidentemente in questa opera positiva noi incontriamo gravi difficoltà, perchè dobbiamo appunto regolare la materia in modo da rispettare una quantità di rapporti che si ricollegano al problema nostro e nello stesso tempo soprattutto di rispettare la vera giustizia.

Diceva il collega Garofalo: coloro che vogliono la ricerca della paternità, già solo formulando così lo scopo dei loro studi, mostrano di non comprendere niente, perchè ciò che si può trovare si cerca, ma la paternità nessuno al mondo la potrà trovare; la madre è sempre certa, il padre sempre incerto. Ecco dunque la ragione di fatto per cui noi attribuiamo alla madre il figlio naturale e non al padre.

E si è soggiunto: badate che un certo femminismo può vedere in questo un maltrattamento delle donne, un onere imposto dalla legge alla madre di fronte al padre, ma un femminismo più elevato non si è manifestato neppure favorevole alla ricerca della paternità. Non c'è femminismo che tenga, io credo e sono persuasissimo che il nostro codice civile maltratti alquanto le donne più di quello che meritino; ed a chi sostiene che non è vero, anzi, che le donne sono favorite — perchè si sostiene anche questo — credo che si potrebbe dare una semplice risposta: come va allora che non ci sono società di uomini che pretendano di essere trattati come sono trattate le donne? Vi sono molte società di donne che desiderano di essere trattate meglio, ma non conosco alcuna società di maschi che domandino di ottenere i diritti delle donne. Le donne, bisogna convenirne, sono trattate piuttosto male, e il divieto della ricerca della paternità aggrava senza dubbio la loro condizione; ma tuttavia non è questo che un aspetto della grave questione; rendiamoci conto degli altri. Se fosse un principio giuridico questo, che la possibilità di una incertezza impedisca l'applicazione di regole di diritto, o signori, non ci sarebbero padri di nessuna specie a questo mondo, perchè appunto la incertezza della paternità ci può essere sempre. Tutto il diritto familiare invece tende precisamente al fine di costituire un certo fondamento alla ricerca della paternità. Il matrimonio in sostanza che cosa è? è un istituto di ricerca di

paternità; è il fondamentale istituto per la ricerca della paternità, in cui la prova è regolata formalmente. Il diritto moderno ha reso anche più formale il matrimonio di quanto aveva fatto il diritto comune, anzi tanto il diritto attuale dà importanza allo stato di diritto che chiude gli occhi sul fatto, perchè stabilisce senz'altro il rapporto di paternità. Ora quando non esiste questa dimostrazione formale che è contenuta nel matrimonio dovremo per ciò solo dire: non ci è dimostrazione possibile? Ma evidentemente è assurdo di saltare senz'altro a questa negazione; bisognerà ricercare indirettamente quali sono quei fatti sociali che sono più capaci di farci argomentare che Tizio sia padre di Caio. Ed è questo tutto il contenuto della legislazione sulla ricerca della paternità. In fondo il codice francese, quel codice francese lodato dal Garofalo, ammette la ricerca in un caso, nel caso di ratto, cui fu assimilato lo stupro; l'ammissione si deve alla commozione che da tale fatto deriva, essendo il fatto più violento, più clamoroso, un delitto; ma non ci è nessuna ragione al mondo perchè in quel caso l'autore del ratto sia con certezza ritenuto padre.

Garofalo: Non soltanto questo caso....

Scialoja: Soltanto in questo; su ciò ritorneremo dopo.

Dunque vedete che lo stesso codice francese ha proceduto in questa materia in un modo che direi poco razionale. Perchè è evidente, che se voi prendete non dico qualcuno, ma il maggior numero dei casi ammessi nelle proposte di leggi italiane in materia, chiunque di voi — questo non è problema giuridico — dovrà rispondere che ci è almeno tanta probabilità in questi casi che in quello del ratto. Perchè, per esempio, noi diciamo: se due hanno convissuto maritalmente, in stato di concubinato che abbia tutte le apparenze maritali, il figlio che è nato da questa congiunzione è secondo ogni probabilità figlio di quel padre. Non vi parlo poi di quel caso che è molto discusso dal punto di vista politico in Italia, ma che è assurdo discutere dal punto di vista sociale e fisico: il matrimonio religioso. Non c'è molta più probabilità che sia padre del figlio colui che è marito religioso della donna, anzi che quel mascalzone che ha commesso il ratto o lo stupro? ma è evidente che ci è infinita più probabilità nel caso del matrimonio religioso; anzi i nemici della proposta per quanto riguarda il matrimonio religioso temono soltanto che in tal modo questo non venga ad esser riconosciuto come il civile. Questa è una obbiezione, ma è di tutt'altro riguardo; non può certo riferirsi alla grande probabilità e certezza della generazione. E così il possesso di stato; si potrà discutere questa e quell'altra particolare proposta, ma che ci sia un gruppo di casi che per loro natura presentino una probabilità di paternità molto maggiore di quella del caso ammesso dal codice francese, è cosa assolutamente innegabile.

Badiamo anche di non confondere la condizione del figlio con quella della madre, come spesso si è fatto, e talora fa anche il collega Garofalo; se noi ricerchiamo il padre è nell'interesse del figlio, non già nell'interesse della madre. Anche l'interesse della madre dovrà essere tutelato, ma da altre disposizioni legislative diverse da quelle di cui oggi ci occupiamo e che sono quelle che interessano il figlio. Ora, o signori, non è molto meglio dare al figlio naturale il padre che ha mantenuto presso di sè in convivenza per lungo tempo la madre, e che per ciò è stato a lei legato da affetto, e può esser trattenuto solo da un malinteso riguardo sociale dal riconoscere il figlio; non è meglio attribuire un figlio a questo padre che può essere efficace tutore del

figlio, piuttosto che a un malfattore che abbia commesso uno stupro violento? La paternità dichiarata non si deve considerare come una pena!

Vedete quali sono i casi da noi proposti; io non li analizzo uno per uno, e ammetto che per alcuno ci possa essere qualche punto disputabile; ma ci sono dei gruppi di casi in cui evidentemente la ricerca della paternità non ha nulla di assurdo; non si arriva all'evidenza matematica, ma se voi chiedeste l'evidenza matematica, non la trovereste in nessun caso.

Quando poi si riscontri uno dei casi riconosciuti, quale è la prova che si dovrà esigere per stabilire nel modo più preciso la generazione? Qui il collega Garofalo disse: in quanto alla prova nel progetto del 1910 si arriva all'assurdo di ammettere la prova testimoniale. Quella prova testimoniale di cui il legislatore diffida tanto da escluderla per le obbligazioni di 501 lira, voi la ammettete in materia sì grave, difficile e delicata? Io, egli soggiunse, non ammetterei che la prova per iscritto. Ed io invece diceva, uscendo di qui, che sarebbe curioso se la legge non ammettesse che la prova scritta, perchè allora, passata la legge elettorale che si è discussa ora alla camera, l'analfabeta perseverante avrebbe due vantaggi: sarebbe iscritto elettore e non potrebbe mai essere dichiarato padre naturale. Voi intendete che la legge non può richiedere la prova scritta in questa materia; si può richiedere nei contratti nei quali chi non sappia scrivere fa scrivere da un altro, ma non in questa materia.

È certo che dove si trovi la prova scritta si avrà un alto grado di probabilità; il giudice giudicando in questo argomento si affiderà più alla prova scritta che alla prova orale, per la quale dovrà procedere con grande prudenza. Perciò anche il progetto di legge impone cautele, e vuole che la prova orale sia preceduta dalla ricerca di altre prove. Ma limitare allo scritto il diritto di prova, escludendo la prova testimoniale in questa materia, non è ammissibile.

Ma procediamo oltre.

Un'altra grave questione, forse la più grave, secondo me, dal punto di vista legislativo, sta nel determinare le conseguenze della paternità dichiarata dal magistrato; ed è su questo punto che le legislazioni europee, sono molto divergenti l'una dall'altra.

Noi troviamo due indirizzi diversi.

Possiamo chiamare germanico il primo, perchè i principali rappresentanti di esso sono il codice civile dell'impero germanico, il codice austriaco e leggi minori dipendenti da essi; legislazioni le quali aprono, direi quasi senza limite, la porta alla ricerca della paternità; ma per giungere soltanto a conseguenze pecuniarie, all'obbligo di pagare pensioni alimentari, a qualche diritto successorio, con pochi altri effetti di natura personale come, per esempio, l'impedimento al matrimonio.

Secondo l'altro indirizzo invece la dichiarazione della paternità vale riconoscimento e produce per conseguenza effetti di natura familiare, fa comunicare al figlio naturale alcuni dei diritti personali del genitore, per esempio il nome, produce la tutela del genitore naturale sul figlio, dà luogo ad eventuali diritti di successione, e fa sorgere quegli impedimenti che nascono dal vincolo di sangue. In sostanza si viene a costituire una famiglia di secondo ordine, che non gode dei maggiori privilegi della famiglia legittima, che anzi deve stare subordinata per non urtare gli interessi maggiori della famiglia legittima. Questo tipo è il francese. Dico tipo francese, per quanto ciò possa sembrarvi strano; ma, mentre il codice civile francese è così ostile

alla ricerca della paternità, tuttavia in quei pochi casi in cui l'ammette, ciò fa con pienezza di effetti parificando la dichiarazione al riconoscimento.

E qui rispondo alla precedente interruzione del collega Garofalo.

Il collega Garofalo ha detto: il codice civile francese non ammette la ricerca soltanto nel caso di ratto o stupro, ma anche nel caso di dichiarazione scritta. Ora questo, me lo permetta il collega Garofalo, non è esatto. Leggiamo agli articoli del codice nostro che sono simili a quelli del francese: noi possiamo avere il riconoscimento del genitore, e questo non è prova scritta per la ricerca; questo è effetto della volontà dell'uomo che dichiara di volere assumere la posizione di padre naturale. Anzi il riconoscimento può essere anche verbale. Se io vado avanti all'ufficiale dello stato civile, faccio una dichiarazione di volontà, che va oltre la mera constatazione del fatto; tanto che la dichiarazione di volontà produce effetto anche se non corrisponde al vero; potrà essere impugnabile, come non corrispondente al vero, ma finchè non è impugnata ha valore giuridico. Invece la prova scritta è dall'art. 193 ammessa, non per la ricerca della paternità, nel vero senso della parola, ma solo per l'azione di alimenti, il che nella nostra legislazione a tipo francese non è ricerca della paternità; sarebbe forse ricerca della paternità nel sistema germanico.

Noi abbiamo questa duplicità di casi: in certi casi, si ammette la ricerca della paternità che produce l'effetto del riconoscimento, costituisce una quasi-famiglia (permettetemi questa parola); in altri si ammettono prove più facili che portano all'obbligo alimentare, al pagamento pecuniario, senz'altro, senza costituire un ulteriore vincolo.

Ora, dinanzi a questa duplicità di sistemi, quale è quello che dovremo seguire in una riforma in Italia? Ecco un gravissimo problema di fronte al quale si sono trovati in questi ultimi anni parecchi Stati europei. La legislazione in questi ultimi anni è stata attivissima; abbiamo la legge belga, la legge danese, la legge monegasca e finalmente abbiamo, come atto più importante, il codice svizzero. Ebbene, alcune di queste legislazioni hanno preferito il sistema germanico, altre il sistema latino, altre, e questo è notevole, si sono attenute a un sistema intermedio; e il codice svizzero, documento di grandissima importanza scientifica, ha seguito appunto il sistema intermedio, stabilendo che in certi casi, come in quello del possesso di stato e simili, la ricerca della paternità dia luogo al rapporto quasi-familiare; in certi casi, in cui ci sono minori garanzie, si apra facile la porta, ma si dia luogo ad un'azione alimentare.

Quale di questi sistemi dobbiamo noi seguire? Ci possono essere grandi divergenze in proposito. Secondo me però di regola noi dobbiamo seguire il sistema latino, eventualmente un sistema misto, ma non mai il sistema germanico puro e semplice.

Il sistema germanico è pericolosissimo. Voi avete sentito l'altro giorno dal collega Garofalo, come argomento per la confutazione delle nuove proposte, questo: l'Austria è malcontenta della propria legislazione; perchè dovremmo noi imitarla?

Prima di procedere oltre io vorrei fare una osservazione pregiudiziale al collega Garofalo. Nessuna legislazione potrà mai accontentare pienamente in una materia di questa natura. Intendiamoci bene. Una legge che non abbia inconvenienti in questa materia non è possibile per una ragione, collega Garofalo, che il male non sta nella legge, ma nell'esistenza dei figli naturali; il guaio di cui tutti si lamentano è questo, che ci siano i figli na-

turali. Ma a questo male il legislatore non può portare rimedio. Nessuno dunque può essere pienamente contento della propria legge in questa materia.

Ma perchè in Austria sono malcontenti?

Per l'abuso della ricerca della paternità; per la facilità dei giudici ad ammettere la dichiarazione di paternità. Ora questi abusi e questa facilità sono inerenti al sistema, perchè quando il giudice si trova di fronte ad un povero bambino che è senza alimenti e vede una qualsiasi probabilità che Tizio che ha danaro ne sia il padre, assai facilmente impone a Tizio di alimentare il fanciullo. Sono qui presenti molti illustri magistrati che ce lo possono dire; ed io stesso, che ho più di trenta anni di esperienza come avvocato, vedo bene che il magistrato facilmente è indotto dalla compassione ad aprire l'adito a questa azione meramente pecuniaria. Ed ecco come si arriva all'eccesso, di cui si lamentano in Austria. Appunto la conseguenza pecuniaria importa questa troppo facile ricerca della paternità.

Se invece voi attribuite alla paternità naturale un certo carattere quasi familiare allora siete autorizzati a porre delle barriere, come nella proposta di legge abbiamo fatto; e il giudice avrà tutto il ritegno possibile a costituire una famiglia sopra basi false, sentirà nella propria coscienza la ribellione nel dichiarare che Tizio è padre, se non ne avrà la certezza.

Io ho sentito dire che in Germania la cosa si spingeva a questo punto: la Germania renana aveva il codice francese, la Prussia e altri Stati avevano il codice a tipo germanico in questa materia, e perciò i padri di nobili famiglie, che avevano figli giovani, amanti di vita libera, facevano i loro calcoli, se conveniva mandarli in territorio di diritto francese perchè ivi era difficile la ricerca dell'eventuale paternità, o mandarli nelle provincie di diritto tedesco mettendo nel loro bilancio familiare un tanto per gli alimenti dell'eventuale figlio naturale dichiarato a carico del giovane studente.

Io credo che fatti bene i conti sia molto più pericoloso il sistema germanico, il quale del resto è del tutto contrario alla tradizione latina e incontra per ciò il grave ostacolo, a cui nel principio del mio discorso io attribuiva molta importanza. Bisogna che il diritto sia conforme alla tradizione di un popolo, bisogna che sia frutto vero della coscienza nazionale. Ora la nostra coscienza ha parlato per più centinaia di anni; ascoltiamola, è la coscienza di un popolo che ha riconosciuto un rapporto quasi familiare nella paternità naturale. Se volete andare oltre i limiti della nostra proposta, ammettete il sistema misto pel quale in casi meno sicuri si concede una azione alimentare. Ma tutto ciò che ho detto spero che valga a dimostrarvi che non è irragionevole la proposta da me fatta, che non era frutto di vano sentimentalismo, che era vero diritto.

Il collega Garofalo a un certo punto del suo discorso cercò di conquistare a suo favore l'arma potente della vostra ilarità, e l'ottenne con un ricordo famoso ripetuto da tutti. Si arrivava, diceva egli, nel diritto comune, ad ammettere la paternità su semplice dichiarazione della donna; — si crede alla donna partoriente che dichiara che Tizio è padre del figlio. — Ciò, o signori, non solo non si può ammettere, ma non è stato mai ammesso. È questa una delle facezie tradizionali che si ripetono, senz'alcun fondamento di verità. Una frase scritta da uno dei più illustri giureconsulti che abbia avuto il mondo, Antonio Fabro, presidente del senato di Savoia, romanista profondo, inferiore forse al solo Cuiacio, vien così travisata. Quella frase significava solo questo: che per le spese immediate si crede al giuramento

(non alla semplice dichiarazione) della donna di onesti costumi, (si dice — *virgini parturienti* —), alla vergine sedotta che partorisce per la prima volta, mentre occorre provvedere per gli alimenti della donna e del figlio. È pericolosissimo anche questo, ma può far piangere, non ridere. Noi non abbiamo accettato in Italia questa massima, che fu ammessa solo in Francia in certi momenti; essa non fece mai parte del diritto italiano. Del resto, noi non siamo in alcun modo tenuti a rispettare le esagerazioni del diritto comune, anche se constatiamo che i principii generali di questo costituiscono il fondamento della nostra coscienza nazionale.

Io perciò credo di non aver fatto male, proponendo il mio disegno di legge; credo che farà bene il collega *maior* Finocchiaro, se manterrà, non dico quella mia proposta di legge che potrà avere molti difetti particolari, ma se manterrà una proposta di legge in materia, e se con la grande autorità e perseveranza sua, di cui tutti gli italiani dovranno essergli grati, riuscirà a far trionfare il principio, a farlo diventare legge positiva in Italia.

Sarà tolta così una macchia dal nostro codice civile.

DEGLI ATTI D'EMULAZIONE NELL'ESERCIZIO DEI DIRITTI (*)

Percorrendo tutto il nostro codice civile non si può trovare espresso in alcun luogo un precetto che condanni gli atti rivolti allo scopo di nuocere ad altri senza però lederne alcun diritto; ond'è che chi voglia ammettere quel principio deve fondarsi sull'interpretazione dell'articolo 3 delle disposizioni preliminari che ordina: *ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principî generali di diritto*, e deve dimostrare che in questi principî generali si contiene anche quello della proibizione degli atti di emulazione. Tale dimostrazione si suol fare in due modi: affermando cioè che nel diritto romano, fonte delle moderne legislazioni, era scritta la proibizione, e sostenendo che l'equità deve portarci alla proibizione stessa.

E l'una e l'altra di queste affermazioni io cercherò di provare insussistenti; ma, prima di procedere alla confutazione, sarà utile lo studiare (cosa che non so se alcuno fino ad oggi abbia fatto) come si sia venuta formando questa teoria, e quale estensione abbia avuta, ed in quali casi si sia applicata; perchè così, meglio conosciuto ciò che dobbiamo combattere, ci sarà più agevole il farlo.

Chi guardi qua e là nella glossa e nelle opere di Bartolo troverà in qualche punto accennata l'idea, che la facoltà di fare tutto quel che si vuole nel proprio fondo sia limitata a ciò che si faccia con animo di nuocere altrui (BARTOLUS, *In primam Dig. novi partem*, Venetiis, 1580 (1) fol. 41, ad l. I, *De aq. et aq. pl. arc.*, § *Denique Marcellus*); ed in alcuni luoghi sono tracciate teorie speciali intorno alla facoltà di costruire mulini nelle acque pubbliche e private dove già esistano altri mulini (Id., *ib.*, fol. 135, ad l. 2, *quominus, De fluminibus*), ed intorno all'edificare forti pericolosi a città vicine (Id., *In secundam Dig. novi partem*, fol. 228, ad l. 3, *De op. publ.*); ma non vi si può trovare una teoria completa, con un proprio nome, come quella cui alludono alcuni suoi annotatori (Vedi loc. citato e JACOBUS ANELLUS DE BOTTIS e PETRUS MANGRELLA nelle note al BARTOLUS, Venetiis, 1596, vol. 8, pag. 112, ad l. 8, *De serv. et aq.*, Cod. III, 34).

(*) Nota alla sentenza 13 dicembre 1877 della corte di cassazione di Firenze (presidente VIGLIANI, estensore BANDI, pubblico ministero MIRAGLIA), Sguanci (avv. PARIGI) contro Contini (avv. BACCHINI), pubbl. sul *Foro italiano*, 1878, I, col. 481, con la massima:

« Gli atti di emulazione devono proibirsi anche sotto l'impero delle vigenti leggi.

« Sebbene l'art. 553 del codice civile autorizzi il comproprietario di un muro ad alzarlo senza il consenso dell'altro, tale facoltà non può esercitarsi per ispirito di emulazione ».

[Questo scritto è stato completamente rifiuto e in parte corretto nella voce *Aemulatio* dell'*Enciclopedia giuridica*; v. pag. 216].

(1) Nel citare noto l'edizione che ho sott'occhio, ma non intendo che sia nè la prima nè la migliore.

Peraltro, già prima dello stesso Bartolo v'era stato chi aveva parlato della proibizione degli atti *ad aemulationem* nei rapporti tra privati; e Cino da Pistoia (CYNUS PISTORIENSIS, *In Codicem*, Francofurti ad Moenum, 1578, fol. 176, ad l. *Altius*, III, 34, n. 2) applicando il fr. 3, *De operibus publicis*, L, 10, decideva che la libertà di fare ciò che si voglia nel proprio fondo non aveva luogo se alcuno *ad aemulationem* avesse edificato tanto alto da vedere i segreti dei frati del vicino monastero.

Contro tale decisione si alzò la voce di Alberico da Rosate di opinioni più indipendenti (ALBERICUS DE ROSATE, *Prima super Codice*, Lugduni, 1545, fol. 162, ad l. *Altius, De serv. et aqua*), il quale, proclamata la libertà delle azioni del proprietario, discute l'opinione di Cino e conclude con queste parole: *Contrarium credo per hanc legem et hic notata; et l. opus* (che è la 3, *De oper. publ.*, L, 10) *in aedificantem in publico non in suo loquitur*.

Ma fu voce alzata invano e non intesa; poichè subito dopo vediamo accettata la teoria della proibizione, senza che si discuta neppure l'opinione di Alberico. Così lo stesso sommo Baldo (BALDUS UBALDUS PERUSINUS, *In I, II et III Codicis Commentaria*, Venetiis, 1615, fol. 230, ad l. *Altius, De serv. et aqua*, n. 4) risolve coll'autorità di Pietro che se alcuno voglia aprire una finestra presso l'orto di qualche fanciulla o di qualche frate, in modo da poter vedere questa fanciulla o questo frate, *aut facio ad meam utilitatem et possum, aut ad aemulationem et inhonestam considerationem et non possum*; mentre la medesima teoria intorno all'emulazione egli applica in altri luoghi a rapporti di diritto pubblico o ad opere fatte da città contro città (*Consiliorum secunda pars*, ed. Vincent. de Portonaris, 1543, fol. 37, Cons. 188, n. 1, e fol. 40, Cons. 195). Così il Saliceto (BARTHOLOMAEUS A SALYCETO, *In III et IV Iustiniani Codicis*, Lugduni, 1541, fol. 65, ad l. *Altius, De serv. et aqua*, n. 2) ritiene esser proibito aprir finestre ad emulazione, come per veder monaci o monache, o la moglie o la figlia del vicino, e ciò per argomento tratto dal fr. 3, *De oper. publ.*, L, 10.

Tuttavia non bisogna tacere che un altro grande giurista, Angelo da Perugia, della famiglia Baldeschi (ANGELUS DE PERUSIO, *Lectura super prima parte Digesti veteris etc.*, Lugduni, 1548, fol. 184, ad l. *Cum eo, De serv. urb. praed.* e fol. 185, ad l. *Imperatores, De serv. urb. praed.*) cercò di ridurre nei giusti limiti la proibizione; e, dopo aver detto che ognuno è libero di edificare a piacere nel proprio fondo, continua: *Et sic est argumentum quod etiam ad aemulationem vicini licitum sit aedificare in solo proprio et libero... Solum fallit in casu l. fi. C. eo.* (la quale è la const. 14. *De serv. et aqua*, III, 34, che proibisce di edificare in modo da togliere il vento all'aia vicina); *fallit etiam ubi aedificando in suo ad aemulationem directe quis praecidit in utilitatem quae in locum vicini transit ex loco in quo aedificatur, exemplum si ad aemulationem tui tantum praecido venas aquarum orientes in meo quae in tuo directe recurrunt: ut in l. 1, § Denique. De aq. et aq. plu. arc. Ad aemulationem autem reipublicae istud non licet, etc.*

Contro tale distinzione scrisse Paolo di Castro (PAULUS CASTRENSIS, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, 1594, fol. 168. *Ad l. Cum eo, De serv. urb. praed.*), rispondendo che non era da eccettuare solo il caso di un'utilità diretta che dal proprio fondo passa al vicino, poichè a molto maggior ragione l'eccezione deve aver luogo quando l'utilità venga da cosa a tutti comune, come il cielo; ed in altro luogo (*In primam Codicis partem Commentaria*, Venetiis, 1593, fol. 166, *Ad l. Altius, De serv. et aqua*, n. 4) all'opinione di Angelo oppose la l. 1, *Denique, De aq. et aq. plu. arc.* e la l. *In fundo, De rei vindic.*; onde non esitò di porre in termini generali la pro-

posizione che debbano proibirsi gli atti diretti ad emulazione, per esempio, l'edificio eretto per vedere i segreti dei vicini (*Consiliorum seu responsorum*, vol. tertium, Venetiis, 1571, fol. 55, Cons. 48, *Additiones*, n. 5; e *In primam Codicis partem commentaria*, Venetiis, 1593, fol. 166, ad l. *Altius*, De serv. et aqua, n. 4, 5).

D'allora in poi non si dubitò più; la teoria dell'emulazione fu riprodotta da Giasone, gran raccoglitore e copiatore delle opinioni altrui (JASO MAYNIUS, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, 1579, fol. 7, De *justitia et jure*, l. *Ex hoc jure*, n. 6-12), da Alessandro da Imola (ALEXANDER TARTAGNUS IMOLENSIS, *Consiliorum liber II*, Venetiis, 1570, fol. 133, cons. 174, n. 4-6) e da tutti i più reputati autori. Passando di libro in libro, senza nessuna critica, senza che si cercasse di ostare alla comune corrente, o almeno di fondare la propria decisione sopra motivi migliori che non fossero le molte citazioni di autori precedenti, la teoria si potè dire un *jus receptum*; essa venne prendendo forme precise e furono stabiliti tutti i casi nei quali si poteva applicare (1).

Nè si può tener conto di qualche raro scrittore che tentò ribellarsi alla comune opinione, come, ad esempio, il Perez (ANT. PEREZIUS, *Praelectiones in 12 libros Codicis* (Venetiis, 1773), ad lib. 3, De serv. et aq. n. 18, 19, tom. 1, pag. 102), come il Molina (LUD. MOLINA, *Tractatus de justitia et jure* (Ve-

(1) Veggansi su tal proposito i seguenti autori: BARTHOL. CAEPOLLA, *De servitutibus urbanorum praediorum* (Taurini, 1615) cap. 39, n. 7 e seg., pag. 81; cap. 62, n. 3 e seg., pag. 130; e altrove *passim*; ANDR. ALCIATUS, *Tractatus de praesumptionibus* (Venetiis, 1564) Reg. 3, *praesumpt.* 23, n. 1-3; PET. PAUL. PARISIUS, *Consiliorum prima pars* (Venetiis, 1570) cons. 112, n. 7, 11, fol. 211; DIDACUS COVARRUVIAS, *Variarum resolutionum*, etc. (Venetiis, 1571) lib. 3, cap. 14, n. 8, vol. 2, pag. 291; VINC. HONDEDEUS, *Consilia* (Venetiis, 1592) cons. 80, n. 7, 8, 34, 35, vol. 1, pag. 661; F. M. PECCHIUS, *Tractatus de aquaeductu* (Ticini Regii) lib. 1, cap. 7, *quaest.* 7, n. 9, 15, pag. 383 e seg. e *passim*; *Tractatus de servitutibus* (Florentiae, 1839) cap. 5, *quaest.* 5, n. 41, 45, 54, 58; *quaest.* 8, n. 25, 27; *quaest.* 18, n. 15, 16; cap. 8, *quaest.* 4, n. 33, 34; *quaest.* 19, n. 4, 10, 20, 21; *quaest.* 26, n. 7, 8; ALBERICUS, GENTILIS, *De jure belli* (Hannoviae, 1604) lib. 3, cap. 25; e contro di lui GASP. ZIEGLERUS, *Tractatus de juribus majestatis* (Wittebergae, 1668) lib. 1, cap. 35, § 12 e seg.; JAC. MENCHIUS, *De praesumptionibus* (Venetiis, 1603) lib. 6, *praesumpt.* 29, vol. 2, pag. 706; *De arbitrariis judicium quaestionibus* (Coloniae Agrippinae, 1605) lib. 2, cent. 2, *casus* 156, pagina 250; Jo. OINOTOMUS, ossia Jo. SCHNEIDEWIN, *In quatuor institutionum libros* (Venetiis, 1606), lib. 4, *De interd.*, tit. 15, § *Summa divisio*, n. 56, 59, pag. 547; HECTOR FELICIUS, *Tractatus de societate* (Venetiis, 1610) cap. 28, n. 26, pag. 178; ANDR. GAILL, *Observationum practicarum lib. II* (Venetiis, 1613) lib. 2, obs. 69, pag. 208 e seg.; JOS. MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum* (Augustae Taurinorum, 1624) concl. 621, vol. 1, pag. 361; DOM. TUSCHIUS, *Practicarum conclusionum* etc. (Lugduni, 1661) concl. 232, vol. 3, pag. 112; Io. HERINGIUS, *Tractatus singularis de Molendinis* (Francoforti, 1625) qu. 15, n. 32 e seg.; GASP. ANT. THESAURUS, *Quaestionum forensium*, etc. (Augustae Taurinorum) lib. 1, *quaest.* 39, n. 9, pag. 90; Jo. BAPT. CIARLINIUS, *Controversiarum*, etc. (Venetiis, 1637) p. 1, cap. 30, n. 28, 31, pag. 193, par. 2, lib. 2, cap. 182, n. 4, 5 (Venetiis, 1667) pag. 254; ANT. FABER, *Codex Fabrianus* (ed. Chouet, 1640) lib. 3, tit. 24, *De serv. et aq.* def. 5, pag. 240; *Coniecturae* (Lugduni, 1661) lib. 19, cap. 15, n. 13, pag. 752; AL. SPERELLUS, *Decisiones fori ecclesiastici* (Venetiis, 1666) dec. 55, n. 22, 24, 26, 34, 37, 39, pag. 238; MATT. DE AFFLICTIS, *Decisiones sacri regii consilii neapolitani* (Venetiis, 1635) dec. 225, n. 2, pag. 418; HECTOR CAPYCIUS LATRO, *Decisiones novissimae* (Neapoli, 1652) lib. 1, dec. 50, n. 5, 6, 8; PET. FRANC. DE TONDUTI SANLEGERII, *Quaestionum et resolutionum legalium*, lib. 2 (Lugduni, 1659) cap. 88, n. 18, 30, pag. 199; Io. PET. ACTOLINIUS, *Resolutiones forenses* (Coloniae Allobrogum, 1686) Res. 59; n. 12, 15, pag. 267; DOM. ANTUNEZ PORTUGAL, *Tractatus de donationibus* (Lugduni, 1688) lib. 3, cap. 4, *De flum.*, n. 13, 17, 18, 50, 51, vol. 2, pag. 22 e seg. 26; ANG. BARROSA, *Collectanea in Codicem* (Lugduni, 1701) ad l. *altius*, 8 *De serv. et aq.* III,

netiis, 1601), 2 disp., 709, n. 7), il quale chiaramente disse che chi edifica ad emulazione non pecca contro giustizia, ma contro carità, come specialmente GUGLIELMO WUNDER (*Non-ens actionis forensis contra aedificantem ex aemulatione*, Halae Magdeburgicae, 1703 (1), e C. B. HOMMEL (*Rhapsodia quaestio-num*, V, III, ob. B. XX).

34, n. 7, 8, 11, 12, tom. 1, pag. 471 e seg.; *Votorum Decisivorum et consultivorum* (Lugduni, 1702) lib. 3, vot. 102, dub. 1, n. 54, 55, tom. 7, pag. 186; STEPH. GRATIANUS, *Disceptationum forensium*, etc. (Venetiis, 1699) cap. 572, n. 53, tom. 3, pag. 607; cap. 745, n. 35, 39, 50, tom. 4, pag. 462; CAROL. ANT. DE LUCA, *Animadversiones in disceptationes Gratiani* (Neapoli, 1686) *anim. in cap. 546 Gratiani*, n. 6, 7, tom. 3, pag. 275; (Neapoli, 1690) cap. 896, n. 6, tom. 5, pag. 155; ANT. GOBIUS, *Tractatus varii* (Venetiis, 1700) *De aquis, quaest.* 15, n. 9, 23, 52, 53, pag. 33 e seg.; F. M. COSTANTINUS, *Commentaria ad varia capita statutorum almae urbis* (Parmae, 1773) Annot. 23, art. 1, n. 60, 77, *De pariete communi*; B. PACICHELLIUS, *Tractatus de distantibus* (Romae, 1735) cap. 6, memb. 4, pag. 70, e seg., pag. 77; CARDINALIS DE LUCA, *Theatrum veritatis et justitiae* (Neapoli, 1758) lib. 2, *De regalibus*, Disc. 79, n. 10, pag. 128; lib. 4, *De serv.* Disc. 41, n. 5, 6; pag. 50, *passim*; Jo. BRUNNEMANN, *Commentarius in Pandectas* (Neapoli, 1780) ad l. 9 *De serv. urb. praed.* VIII, 2, tom. 1, pag. 489, dove riporta una decisione degli scabini di Lipsia, edita dal Doring, *Commentarius in Codicem* (Neapoli, 1778) ad l. 8, *De serv. et aq.* III, 34, tom. 1, pag. 402; SAM. STRYKIUS, *Dissertationes juridicae* (Florentiae, 1838) Disput. 17, *De jure aemulationis*, vol. 3, pag. 774 e seg., dove tratta la materia con molta ampiezza; ed altrove *passim*; ULRICUS HUBERUS, *Praelectionum juris civilis tomus tres* (Maceratae, 1838) lib. 2, tit. 3, *De serv. praed.*, vol. 1, pag. 153, 154; PAULUS POLITI, *Dissertationes* (Lucae, 1760) *De novi operis nunc. quaest.* 1, n. 7; *quaest.* 9, Diss. 1, n. 7, 8, 27; *quaest.* 10, n. 1, 19; *quaest.* 16, Diss. 8, *quaest.* 20 e altrove *passim*, tom. 5, pag. 4, 22, 25, 45, 60, 75, etc.; ANT. GABR. CALDERONIUS, *Resolutiones forenses* (Bononiae, 1709) Res. 10 n. 2, 7, 8, 11, pag. 57; Res. 12, n. 3, pag. 71; HERTIUS, *De servitute naturaliter constituta*, sect. II, § 11, in *Comment. atque opusc.*, vol. 2, tom. 3 (Francofurti ad Moenum 1713), pag. 150 e seg. (a pag. 151 dice: *Imo hoc expresse lege hispanica 25 tit. 32 part. 3 cautum est neminem posse suas aedes ita erigere ut secretiora vicini possit penetrare*); TH. M. RICHERI, *Universa civilis et criminalis jurisprudentia* (Venetiis, 1841), lib. 2, tit. 1, *sect.* 2, art. 1, § 59, tom. 1, pag. 356; lib. 2, tit. 3, cap. 2, § 967, tom. 1, pag. 665; JER. BON. NERI BADIA, *Decisiones et responsa iuris* (Florentiae, 1769) dec. 22, n. 2, tom. 1, pag. 126; R. J. POTHIER, *Œuvres* (Bruxelles, 1830) *Traité du contrat de société*, n. 212, vol. 2, pag. 452. Ai quali si possono aggiungere i molti autori da essi citati, come: NIC. BOERRIUS, *Decisiones senatus Burdegalensis* (Lugduni, 1551) dec. 320; DUENAS SALMATICENSIS, *Regulae utriusque juris* (Lugduni, 1565) Reg. 33; FR. CURTIUS JUNIOR, *Consilia* (Venetiis, 1571) cons. 80; Io. CEPHALUS, *Consilia* (Venetiis, 1571) lib. 1, cons. 130; CAR. RUINUS, *Consilia* (Venetiis, 1572) lib. 1, cons. 74, lib. 4, cons. 98; PHIL. CORNEUS, *Consilia* (Venetiis, 1572) cons. 232, vol. 4; ANG. BEROIUS, *Consilia* (Venetiis, 1577) lib. 3, cons. 135; LAUR. DE PINU, *Consilia* (Venetiis, 1579) cons. 164; AYMO CRAVETTA, *Consilia* (Venetiis, 1581) cons. 599; ANT. CIOFIUS, *Consilia* (Venetiis, 1583) cons. 1, 7, 44; MARCABRUNUS AB ANCUILLIS, *Consilia* (Venetiis, 1583) cons. 49; Jo. PET. SURDUS, *Consilia* (Venetiis, 1584 e seg.) cons. 32; HIP. DE MARSILII, *Consilia et singularia* (Venetiis, 1585) sing. 154; ANT. SCAPPIUS, *Tractatus iuris non scripti* (Venetiis, 1586) lib. 2, cap. 34; FR. BURSATUS, *Consilia* (Venetiis, 1586) cons. 54, III, vol. 1; M. ANT. EUGENIUS, *Consilia* (Perusii, 1588) lib. 1, cons. 32; ANT. PADILLA, *Repetitiones in Cod. de serv. et aq.* (Venetiis, 1603) ad l. *altius*; BERTRANDUS, *Consilia* (Francoforti, 1603) cons. 333, vol. 3, part. 1; Jo. SCHNEIDEWIN, *Epitome in usus feudorum* (Magdeburgi, 1604) part. 2, q. 1, n. 46; ERN. COTHMANN, *Responsa juris* (Francoforti, 1614) resp. 93; HIER. SCHURPHIUS, *Consilia* (Francoforti 1617) cons. 16; MELCH. PHAEBUS, *Decisiones Senatus Lusitaniae* (Olysippone, 1625) p. 1, dec. 73; HOR. MONTANUS, *Controversiae* (Neapoli, 1643) contr. 31; JOS. URCEOLUS, *Consultationes forenses*, (Genevae, 1685) cons. 85; Jo. FR. MAROTTA, *Disceptationes forenses* (Neapoli, 1666) cap. 35; DAV. MEVIUS, *Decisiones* (Stralesundi, 1675) part. 2, dec. 33; *Commentaria ad jus lubecense* (Lipsiae, 1642) lib. 3, tit. 12, art. 7; HIER. PALMA NEPOS, *Allegationes* (Lucae, 1683) all. 263; e così cento altri, che troppo lungo sarebbe qui ricordare.

(1) Questa dissertazione contro la proibizione trovasi talvolta citata sotto il nome di Cristiano Tomasio (come per esempio dallo SCHUSTER, *Del diritto di erigere fabbriche ecc.*,

I supremi tribunali non dubitarono di applicare la teoria proibitiva (1). Ed ora ecco a grandi tratti tale teoria, quale si può desumere dalle fonti citate. L'emulazione si divide in buona e cattiva; la prima è una virtù, la seconda un vizio. In quest'ultima peraltro si deve distinguere l'*aemulatio putativa licita*, cioè quella per cui si nuoce ad altri, ma col fine di giovare a se stesso, e l'*aemulatio vera illicita* per cui si nuoce ad altri *animo nocendi*. La emulazione non si presume; deve provarsi da chi l'allega; ma se circostanze particolari favoriscano la congettura dello spirito di emulazione, si fa eccezione alla regola.

Le principali di queste circostanze sono:

1. quando il vicino risenta grave nocumento dall'edificio o altra opera, mentre chi edifica non ne trae veruna utilità, od una troppo piccola, poichè il nulla ed il poco sono da equipararsi; o quando si sarebbe potuto conseguire la medesima utilità in altra maniera;

2. quando i vicini siano di carattere proclive alle risse tra loro, cosa che, dicono gli scrittori, non è delle più rare;

3. quando colui che edifica sia solito agire in dispetto dell'altro, o glie l'abbia prima minacciato;

4. quando si alzi l'edificio o si apra la finestra in modo da vedere i segreti dei vicini, o da gettare lo sguardo indiscreto nell'abitazione o nell'orto di monache o di frati; qui peraltro è da notare che sebbene la teoria fosse nata in riguardo appunto dei religiosi, come si vede dal succitato passo di Cino, pure con l'andar del tempo fu proibito di edificare presso monasteri e chiese, non più nel solo caso di emulazione, ma anche in ogni altro quando si turbassero i monaci, e ciò per un sentimento di rispetto alla religione (veggansi i citati Covarruvias, Barbosa, Constantinus, Politi, Strikius, Pothier, ecc.);

5. quando il vicino abbia una bella moglie o belle ragazze, perchè si suppone che l'opera si sia fatta per fine disonesto di vederle e trattenerci con loro;

6. quando alcuno, dopo aver rifiutate le giuste offerte del vicino che voleva comprare un fondo, lo venda invece ad un estraneo a peggiori condizioni, specialmente poi, dice lo Strykio, quando *etiam dixerit quod eam* (partem fundi) *potius dedisset diabolo quam praedicto socio*;

8. quando si derivi l'acqua da una corrente in modo da lasciare a secco i proprietari inferiori;

9. quando si costruisca un mulino in acqua privata o pubblica a detrimento di mulini preesistenti, specialmente se il nuovo sia eretto nella parte superiore del fiume;

trad. ital., Firenze, 1838, pag. 142) al quale è anche attribuita nei cataloghi di alcuni biblioteche; essa è una tesi di laurea del Wunder, fatta essendo C. Tomasio preside dell'università.

(1) Rota fiorentina, nel *Thesaurus Jo. P. Ombrosi*, Florentiae, 1805, tom. 8, dec. 1 del 16 marzo 1850; Rota romana, nelle *Recentiores*, part. 5, tom. 2 (Venetiis, 1697), pag. 239, dec. 587; Gerunden. *Juris fabricandi*, del 23 febbraio 1636, pag. 258, dec. 599; Gerunden. *Altius non tollendi*, del 24 novembre 1636, pag. 282, dec. 611; Gerunden. *Altius non tollendi*, 15 giugno 1636, part. 16 (Romae, 1677), pag. 731, dec. 415, Romana. *Decursus aquarum*, 23 giugno 1662, par. 15 (Romae, 1676), pag. 49, dec. 29, Asculana, *Servitutis*, 11 febbraio 1667; parte 17 (Romae 1678), p. 53, dec. 31, Asculana, *Servitutis*, 30 gennaio 1671; pagina 103, dec. 69, Comen. *Fabricae*, 2 marzo 1671; part. 18, tom. 1 (Romae 1681) pag. 133, dec. 69, Asculana, *Servitutis*, 17 marzo 1673; par. 19 (Romae, 1682), tom. I, pag. 193, dec. 113, Foroliviensis, *Muri*, 25 giugno 1677; p. 473, dec. 272, Neapolitana, *Fabricae*, 27 giugno 1678, ecc. ecc., e fino ad epoca recentissima, come nell'anno 1841, dec. 46, n. 15; nel 1848, dec. 44, n. 7; dec. 51, n. 9; dec. 52, n. 8; nel 1853, dec. 234, n. 2; nel 1856, dec. 131, n. 3, ecc.

10. quando un fratello doni ad un potente la sua parte di un castello feudale che abbia in comune col fratello;

11. quando un vassallo stringa amicizia con un nemico del suo signore o ceda ad esso la propria parte;

12. quando i sudditi vadano a far macinare il grano a mulini diversi da quelli del signore, per fargli dispetto e vantare una pretesa libertà;

13. quando si costruiscano castelli o fortezze sui confini dell'impero, o in vicinanza di una città, contro il volere del signore di essa, perchè ciò reca danno allo Stato o alla città, e può servir di riparo ai nemici;

14. finalmente quando si facciano in una città opere a danno di un'altra, o si tengano fiere e mercati in modo da diminuire l'importanza di quelli dei paesi vicini.

Questa in breve è la teoria dell'emulazione segnata in ogni sua parte dello stampo di quel medioevo nel quale andavano sempre confuse le idee di diritto, morale e religione, e che pure secondo il solito voleva derivarsi dal diritto romano. Bene a ragione Cuiacio, Donello, Voet, Lauterbach e gli altri giuristi, i quali, non mischiandosi alla vita pratica al pari degli autori di consultazioni e decisioni, poterono conservare più pura di elementi eterogenei l'interpretazione del diritto, non toccarono neppure di siffatta limitazione alla privata libertà.

In tutto il corpo del diritto giustiniano la parola *aemulatio* non s'incontra che una volta, ed è nel fr. 3 *De oper. publ.*, L. 10: *opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet praeter quam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat vel materiam seditionis praebat vel circum vel theatrum vel amphitheatrum*. Ragioni di ordine pubblico vietavano ai privati di fare opere in una città, che destando gare e gelosie turbassero la tranquillità dello Stato; da questo testo poteva bensì desumersi l'inibizione di elevare fortezze, ecc.; ma non doveva mai portarsi una disposizione di diritto pubblico nel campo del diritto privato. Se non si avesse la testimonianza dei fatti, non si potrebbe mai credere che sopra simile legge si fosse costruita una teoria come quella sopra esposta; eppure anche il cap. 19, *Pisanis ac Lucanis*, etc. Decret. Gregor., lib. II, tit. 13, *De restit. spoliat.*, riportato per mostrare come la proibizione degli atti di emulazione fosse ammessa anche dal diritto canonico, non ha maggior valore del testo romano, poichè riguarda alcuni castelli fortificati.

Tuttavia anche altre leggi del diritto romano servivano d'appoggio ai pratici dottori per costruire la loro teoria; ma, bene esaminate, neppure queste possono farci concludere che in quel diritto, che il Leibniz paragonava per logica precisione alle opere dei matematici, si fosse posta una simile massima (1).

(1) Il più importante è il fr. 38, *De rei vind.*, VI, 1, in cui Celso scrive: *Constituimus vero ut si paratus est dominus tantum dare quantum habiturus est possessor his rebus ablatis fiat ei potestas NEQUE MALITIS INDULGENDUM EST: si tectorium, puta, quod induxeris picturasque corradere velis nihil laturus nisi ut officias*.

Posto il principio che il possessore ha facoltà, in caso di rivendicazione, di portar via quel che può delle spese fatte per la cosa, salvo che il proprietario gli offra il valore che ne potrebbe ritrarre, viene di conseguenza che il possessore non possa portar via nè distruggere ciò che non gli reca giovamento. Qual valore ne trarrebbe? Il piacere di nuocere, che non si deve considerare come valore; non sussiste più dunque il diritto del possessore di fronte a quello del proprietario, il quale non è limitato se non dall'utilità del possessore. Il testo perciò non ha che fare con l'emulazione, come s'intese dipoi, e la massima *malitiis*

L'idea generale che in diritto romano forma il criterio necessario e sufficiente per determinare ogni limitazione alla libera disposizione della cosa propria — per cui vanno intese restrittivamente regole come quella *malitiis non est indulgendum*, che, presa assolutamente, può portare a ben diverse conseguenze — si è che nel caso di conflitto di diritti, quando l'esercizio di uno sia limitato dall'esercizio dell'altro, si debba guardare se questo si adoperi a fin di utile, ovvero al solo fine di nuocere; e tale principio io non esiterei ad accettare anche oggi.

Nè mancano i testi che chiaramente confermino il principio contrario alla proibizione degli atti di emulazione. Così, dopo aver distinto nel fr. 144, *De reg. iuris*, L, 17, il lecito dall'onesto: *non omne quod licet honestum est*, in modo amplissimo si proclama nel fr. 55, *De reg. iuris*, L, 17, *Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*, e poco dopo, nel fr. 151, *eod.*: *Nemo damnum facit nisi qui id fecit quod facere jus non habet*; e quindi particolarmente nel fr. 8, par. 5, *Si serv. vind.*, VIII, 5, *in suo enim alii hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat*, e 9, *De serv. praed. urb.*, VIII, 2, *Cum eo qui tollendo obscurat vicini aedes quibus non serviat, nulla competit actio*, e 14, *ibid.*, che conferma lo stesso principio, come fa pure la const. 8, *De serv. et aq.*, III, 34: *Altius quidem aedificia tollere, si domus servitutem non debeat, dominus eius minime prohibetur*, e l'altra const. 9, *ibid.*... *sed si te servitutem habuisse non probetur, tollendi altius aedificium vicino non est interdictum*. Notevolissimo poi, perchè mette in chiaro la differenza tra gli atti che ledono un vero diritto e quelli che non fanno che togliere un comodo al vicino, e perciò non possono proibirsi, è il fr. 26, *De damno inf.*, XXXIX, 2: *Proculus ait quum quis iure quid in suo faceret, quamquam promisisset damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione: veluti si iuxta mea aedi-*

non est indulgendum va accettata nei limiti posti dal testo medesimo, cioè nel caso di conflitto di diritti.

E di un conflitto di diritti, in cui l'uno non è limitato dall'altro se non si eserciti questo a scopo di utilità, si tratta anche nel fr. 2, § 9, *De aq. et aq. pl. arc.* XXXIX, 3: *Idem Labeo ait si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum ut vicino noceatur, aq. cum eo aquae pluviae arcendae non posse, aquam enim arcere hoc esse ne influat; quae sententia verior est si modo non hoc animo fecit ut tibi noceat, sed ne sibi noceat*. Contro la straordinaria inondazione ogni proprietario ha diritto a difendersi anche col danno del vicino; questi ha il medesimo diritto. Ma quando uno non esercita il suo diritto di difesa, ma fa opere per nuocere all'altro, egli è evidente che deve prevalere il diritto di difesa dell'altro.

Il principio che il diritto all'acqua corrente si limita all'utilità che ogni proprietario ne può trarre, ma non si estende, come la proprietà, fino all'assoluta esclusione di ogni altro dal godimento, principio ben diverso dalla generale proibizione degli atti di emulazione, è sanzionato nel fr. 1, § 11, 12, *De aq. et aq. pl. arc.*, XXXIX, 3. [Confr. *Del dir. pos. e dell'equità*, pag. 5, nota 1].

Che dire del fr. 29, princ. *De damn. inf.* XXXIX, 2? Esso è così concepito: *Fluminum publicorum communis est usus sicuti viarum publicarum et litorum. In his igitur publice licet cuiilibet aedificare et destruere, dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat*. La limitazione ha qui chiaramente il suo principio nella facoltà medesima, poichè si tratta dell'uso di una cosa pubblica, sulla quale ognuno ha diritti uguali; la parola *incommodum* va intesa nel senso di incomodo all'esercizio dell'ugual diritto che gli altri hanno.

Così pure nel fr. 2, § 5, *De aq. et aq. pl. arc.*, XXXIX, 3, si fa il caso che la violenza dell'acqua abbia abbattuto un argine nel fondo del vicino, in modo che l'acqua piovana venga a nuocere. Se l'argine è naturale, dice Varo, non si ha ragione per rifarlo; se è artefatto ma da tempo immemorabile, è come fosse naturale; se è artefatto e si sa come

ficia habeas aedificia, eaque iure tuo altius tollas; aut si vicino tuo agro cunicolo vel fosse aquam meam avoces; quamvis enim et hic aquam mihi abducas, et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere; scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur: multumque interesse utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur: mihi videtur vera esse Proculi sententia.

Or chi vorrà, di fronte a queste esplicite leggi, sostenere che in diritto romano fossero proibiti gli atti di dispetto non lesivi dell'altrui diritto?

Eppure tanta fu la forza della tradizione medioevale, che la proibizione non solo fu ammessa dai pratici d'Italia, di Francia, di Germania, di Spagna, di Portogallo, come abbiamo veduto più sopra, ma fu ordinata da alcuni statuti, come gli statuti civici di Boemia, che al c. 13 portavano: « Nessuno « potrà per malizia togliere al vicino la luce, oscurargli le finestre o chiuderle « affatto ergendo un muro od altro » (V. SCHUSTER, *Diritto d'eriger fabbriche*, p. 139), ed oggi pure si vuol far rivivere.

Dopo il codice civile austriaco, lo SCHUSTER, *op. cit.*, art. XLIV, combattè la proibizione, e dimostrò non esser più da ammettere sotto la nuova legislazione.

Ma dai principali autori francesi si trova ancora invocata la massima *malitiis non est indulgendum*, come principio generale di diritto limitativo della libertà privata. Il TOULLIER (*Droit civil français*, Bruxelles, 1824, lib. II, tit. 2, n. 202, 203, vol. 2, pag. 116), parlando dell'alzamento del muro comune, asserisce che « niuno deve servirsi di un diritto qualunque senza la « propria utilità ed in un modo pregiudizievole ad altri » e ripete questo principio più volte in altri luoghi (lib. III, tit. 4, n. 119, vol. II, pag. 129); il DURANTON (*Cours de droit français*, Gênes, 1829, to. 5, p. 324, lib. II, tit. 4, paragr. 330) nell'identico caso pone la medesima regola; il PARDESSUS (*Traité des servitudes*, Bruxelles, 1840) nel n. 60 (p. 47) ammette come regola d'equità naturale *qu'on ne peut empêcher une personne de faire ce dont on*

e quando, si può, esercitando l'*actio aquae pluviae arcendae*, farlo rifare. Labeone, peraltro, in favore di colui che riceve danno dalla distruzione dell'argine, equipara l'argine artefatto da tempo immemorabile piuttosto a quello fatto a memoria d'uomo, che a quello naturale. Ed Ulpiano soggiunge: *Quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est; haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamus*. Queste ultime parole, separate dal rimanente, potrebbero far credere che in ogni caso ognuno possa fare nel fondo altrui ciò che gli torna più comodo, ove non nocca al proprietario; la qual cosa non sarebbe lontana dall'altra che il proprietario non possa fare ciò che torna incomodo al vicino; ma sarebbe questa una pessima interpretazione del testo, che decide solo in materia di scolo d'acqua, e vuole che per equità, ossia pel principio generale che lo scolo delle acque non debba mutarsi, si dia facoltà di rialzare un tale argine, purchè ciò non rechi nocimento al vicino.

Non mi fermerò neppure a discutere il fr. 9, *De servit.*, VIII, 1: *Nam quaedam in sermone tacite excipiuntur, non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire agere sinendus est, quum id aequae commode par alteram partem facere possit minore servientis fundo detrimento*; poichè chi non conosce il principio che la servitù è limitazione al diritto di proprietà, e perciò deve usarsi nel modo da ledere il meno possibile un tale diritto? A chi ben guardi, questo testo è piuttosto in favore dell'assoluta libertà del proprietario, che di alcuna restrizione a tale libertà. Di altri frammenti taccio, perchè è inutile persino il parlarne.

n'éprouve aucun désavantage; nel n. 86 (pag. 67) trattando della materia delle acque, afferma in modo generale che senza interesse non si può nel proprio fondo far cosa che sia pregiudizievole al vicino; nel n. 142 (pag. 115) poi, ricordando tali massime, arriva fino a dire che *l'état des hommes en société leur impose l'obligation de se faire réciproquement du bien*, e quindi vuole che il proprietario di una casa non possa impedire che il proprietario della casa di fronte gli dipinga di bianco la facciata per aver maggiore luce, e nega che si possa tingere una casa in colore da assorbire la luce di riflesso, o da riuscire sgradito ai vicini.

Più cauti lo ZACHARIAE (*Cours de droit civil français*, traduit par AUBRY et RAU, Bruxelles, 1842, pag. 213, § 259, nota 3) e gli annotatori MASSÉ e VERGÉ (ZACHARIAE, *Droit civil français annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon*, par MASSÉ et VERGÉ, Paris, 1855, vol. 2, pag. 57, nota 3; pag. 172, nota 12); AUBRY e RAU (*Cours de droit civil français*, Paris, 1869, tom. 2, pag. 425, 426, appendice à la propriété, § 222); il DALLOZ (*Répertoire*, v. *servitude*, n. 530-532) non parlano che della limitazione della facoltà del condomino di alzare il muro comune.

Alla stessa facoltà si riferisce il ROLLAND DE VILLARGUES (*Dictionnaire du droit civil*, Bruxelles, 1852, v. *mur*, n. 16) ma forse con parole troppo generali che ricordano il Toullier e il Duranton.

Non voglio passare sotto silenzio un articolo del Flandin, consigliere alla corte di Parigi (M. FLANDIN, *De la faculté d'exhausser le mur mitoyen* nella *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Paris 1864, tom. 25, p. 17), il quale, difendendo una sentenza di essa corte, che era stata annullata dalla cassazione con sentenza 11 aprile 1864 (nella causa Thier e Georges - inserita nel giornale *Le Droit*, n. 12, giugno 1864, nel DALLOZ, *Recueil*, anno 1864, part. I, pag. 219, criticata in una nota) tratta la questione in modo ampio: ma anch'egli, a parer mio, commette errore quando risale al solito principio proibitivo di qualunque atto di dispetto, e si appoggia al diritto romano; e quando combatte in tesi generale il LEPAGE (*Lois des bâtiments*, t. 1, n. 398), che dice esser pericoloso l'ammettere l'esame della volontà di chi edifica, e perciò non potersi limitare la facoltà di alzare il muro. Bene invece egli traccia la teoria della comunione del muro considerata come condominio e come servitù, cosa che del resto aveva già fatta il PARDESSUS (*Traité des servitudes*, n. 173).

Ma più diffusamente e, a parer mio, meglio degli altri trattò la questione in più luoghi il DEMOLOMBE (*Traité des servitudes*, Paris, 1872, tom. 1, pagina 76 e seg., n. 66; pag. 454 e seg., n. 398; tom. 2, pag. 131 e seg., n. 647 e seg.) il quale l'esaminò in generale, proclamando la libertà piena del proprietario, e l'esaminò nel caso speciale di comunione, ammettendo la limitazione. Egli combatte vigorosamente il DUVERGIER (*Revue de droit français et étranger*, tom. X, pag. 623), e il SOURDAT (*Traité général de la responsabilité*, tom. I, n. 439, 440), il quale fondava la proibizione su questo che *les principes divins de la charité nous commandent de procurer aux autres tout le bien que nous pouvons, sans nous nuire personnellement*. Tanto è vero che la limitazione deriva da una confusione tra il diritto e la morale!

Di questa confusione mi par che si risenta il ragionamento con che volle sostenere la proibizione il LAURENT (*Principes de droit civil*, Bruxelles-Paris, 1872, tom. 6, *De la propriété*, pag. 138, n. 140), il quale pensa che un diritto male usato non è più un diritto: *Mais est-ce bien user de son droit que de l'exercer dans le seul but de nuire? Pourquoi les droits sont-ils sanctionnés par la loi? Parce que ce sont des facultés qui nous sont nécessaires pour remplir notre mission sur cette terre. Notre mission serait-elle par hasard de faire le mal*

pour le plaisir de faire le mal? Et le législateur doit-il sa protection à celui qui emploie à faire le mal un droit qui lui a été accordé comme instrument de développement intellectuel et moral? La conscience répond avec les jurisconsultes romains: Malitiis non est indulgendum. Nè questa idea, di un diritto che non è più diritto a seconda delle intenzioni di chi lo esercita, è una novità; poichè già da gran tempo l'ALCIATO (*Tractatus de praesumptionibus*, Venetiis, 1564, Reg. 3, praes. 23), dopo aver proibiti gli atti di emulazione, rispondeva alla obiezione, che non vi ha danno quando alcuno usi del proprio diritto: *Sed si aliqua utilitas sibi non resultet, non dicitur uti, sed abuti ad nocumentum tertii*. Ma per quanto sia cosa eccellente l'aver sempre di mira i supremi principî, non è senza pericolo, quando si tratti di risolvere una questione particolare, il tener d'occhio soltanto l'ultima teleologia saltando a piè pari tutto lo spazio intermedio.

Pertanto dovendo io rispondere all'altro motivo messo innanzi dai fautori della proibizione degli atti d'emulazione, cioè che tale proibizione sia imposta dall'equità e dai principî generali del diritto, nel corso della confutazione di questo motivo combatterò le ragioni del Laurent.

Il problema ha per verità attinenza con quello del concetto più o meno assoluto della proprietà, e non voglio negare che oggi non si possa più sostenere essere la proprietà un diritto assoluto in tutta la forza della parola; ogni diritto è relativo, e va considerato come parte dell'insieme dell'organismo sociale; ma non credo che ciò possa farci arrivare sino alla conseguenza della proibizione degli atti di emulazione.

Anzitutto noterò che in pratica, e seguendo le norme di interpretazione del nostro diritto civile, specialmente l'art. 3 delle disposizioni preliminari, la questione si può dire risolta. Quando nell'art. 436 cod. civ. si definisce il diritto per eccellenza, che è la proprietà, come il diritto di godere e disporre delle cose *nella maniera la più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti* (e questo ci mostra in qual modo nel nostro diritto positivo siasi corretto il concetto assoluto della proprietà); quando l'art. 440 estende il diritto del proprietario del suolo allo spazio sovrastante e a tutto ciò che si trova sopra o sotto la superficie; quando nel parlare delle modificazioni alla proprietà non si fa neppure la più lontana allusione alla proibizione di atti di semplice dispetto, a me pare, dico, che nel diritto positivo la questione sia risolta e sia perciò inutile di andare oltre indagando. Tanto più che, trattandosi di una limitazione, non si potrebbe nemmeno trarre argomento di analogia da altre disposizioni, se pur queste esistessero; e non esistono.

Ma qui appunto si dice che l'equità vuole che si temperi il rigore del diritto, e che non si può parlare di diritto quando una facoltà si eserciti con animo di nuocere. Anzi tutto che cos'è l'equità? La parola ha molti significati: gli antichi distinguevano la *naturalis aequitas*, la *civilis aequitas*, l'*aequitas canonica*, l'*aequitas scripta* e la *non scripta*, ed una equità che con bella parola chiamavano *cerebrina* ossia cervelotica, equità che ognuno sente a modo proprio, e che non avendo nulla di ragionevole si deve scartare. Ma pur troppo l'*aequitas cerebrina* lasciò tracce profonde; e mi par ch'ella abbia avuto non piccola parte nella nostra questione dell'emulazione.

Noi cerchiamo quale sia l'equità che può e deve applicare il giudice; dobbiamo adunque togliere di mezzo ogni equità sentimentale, e non possiamo ammettere un'equità che non sia giuridica. Per non essere incolpato di formare i concetti a modo mio, lascerò parlare Aristotile, il quale così s'è espresso (ARISTOTELES, *Opera omnia*, Parisiis, ediz. Didot, volume 2,

pag. 64, *Ethica Nicomachea*, lib. 5, cap. 10): lo stesso dunque è il giusto e l'equo, e mentre son buoni ambedue, migliore è l'equo. Ma ci dà ragione di dubitare il vedere che, sebbene l'equo sia giusto, tuttavia non è secondo le leggi, ma è correzione del giusto, legale. Di ciò è causa che ogni legge è in forma universale; e di alcune cose non si può trattare in forma universale. Pertanto in quelle cose nelle quali è necessario di parlare in forma universale, e ciò non si può fare rettamente, la legge ha riguardo a ciò che suole più spesso accadere, senza ignorare il suo difetto. E ciò non avviene meno rettamente, poichè non è colpa della legge, nè del legislatore, ma della natura delle cose perchè tale è la materia delle azioni. Quando adunque la legge parla in forma universale ed avviene qualche cosa fuori di quel genere universale, allora è mestieri in ciò che omise il legislatore o peccò per aver parlato assolutamente correggere il mancante, come lo stesso legislatore avrebbe detto se fosse stato presente, e come avrebbe prescritto se lo avesse preveduto. Perciò l'equo è giusto, e migliore di un certo giusto; non del giusto assoluto, ma di quello che pecca per la sua forma assoluta. Tale dunque è la natura dell'equo, di essere correzione della legge in ciò che omise per la sua universalità.

Nessun filosofo, a parer mio, e nessun giurista ha definito l'equità da applicarsi dai giudici in modo migliore e più pratico. L'equità e il diritto razionale sono adunque una sola ed identica cosa, e l'equità comincia a distinguersi dal diritto solo quando questo diviene diritto positivo.

La stessa idea troviamo riprodotta nelle Pandette, ove Paolo ci dice nel fr. 11, *De iust. et iure*, I, 1: *Jus pluribus modis dicitur. Uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est jus dicitur, ut est jus naturale, etc.*; ed in una quantità di frammenti troviamo considerata l'equità come qualche cosa di superiore, di correttivo, di opposto talora al dritto positivo rigoroso, ma pur sempre di giuridico, che anzi l'equità è una delle più copiose fonti cui attinse il diritto romano (1).

Ed è la sola idea che può accettarsi nel nostro diritto civile, dove l'art. 3 delle dispos. prelim. non parla di equità, ma di principî generali del diritto.

Se dunque l'equità altro non può essere che diritto, conviene che i nostri avversari, ritirandosi dietro l'ultima loro difesa, dimostrino che un diritto esercitato ad emulazione non è più diritto e perciò deve proibirsi. Ma s'egli è vero che il diritto segna i confini della libertà di ciascuno, appunto perchè ognuno da sè ed insieme con gli altri possa, agendo a suo arbitrio entro quei limiti del minimo e del massimo della sua azione, conseguire il proprio fine individuale ed il fine sociale (poichè non mi rifiuto di seguire i miei avversari nel campo della teleologia); s'egli è vero che questi limiti sono prescritti dalla necessità dei rapporti sociali; noi dovremo trarne la conseguenza che chi agisce senza uscire dalla propria sfera giuridica ha dritto che non gli si domandi conto delle sue azioni, ha dritto di conformarsi o no ai precetti della morale. E si noti bene che questa libertà è guarentigia della stessa morale, la quale perde la propria natura quando vi si unisca la esterna coazione.

(1) Confr. fr. 1, pr. *Quod quisque iuris*, etc., II, 2; 1 pr. *De leg. praest.*, XXXVII, 5; 1 pr. *De collatione*, XXXVII, 6; 1 pr. *De pactis*, 11, 14; 1 § 4 *De suis et leg. her.*, XXXVIII, 16; 2, § 2 *De prec.*, XLIII, 26; 19 pr. *De capt. et post lim.*, XLIX, 15; 1 pr. *De min. vigint. ann.*, IV, 4; 9 § 3 *De acq. rer. dom.*, XLI, 1; 14 *De div. temp. praesc.*, XLIV, 3; 20 *De re judic.*, XLII, 1; Inst. § 39 a 40 *De rer. div.*, II, 1; fr. 1, § 1 *Si is qui test.*, XLVII, 4; 2 *Unde cognati*, XXXVIII, 8; 66 *De reg. iur.*, L, 17; 25 *De legibus*, I, 3; 32 pr. *De peculio*, XV, 1; 90 *De reg. iur.*, L, 17; etc., etc.

Alla proibizione degli atti di emulazione osta dunque una pregiudiziale, ed è che non si può investigare l'animo di colui che, contenendosi nei limiti a lui imposti, non invade il campo degli altrui diritti.

Si ammetta per un momento il principio degli avversari: dove si giungerà? Non sarà nulla l'andare a dipingere le case dei vicini, come vuole il Pardessus, non sarà nulla il costringerli a dar conto di ogni muro alzato, di ogni finestra aperta, e l'abbattere ed otturare ogni volta che non si dimostri l'utilità; ma per esser logici bisognerà spingerci ben più oltre nelle conseguenze, e portare il sindacato in tutte le azioni umane, siano fuori, siano dentro i confini del diritto.

Ma v'ha di più. Dato pure che un diritto cessi di esser tale quando il fine di chi lo esercita non sia retto, per venire alla conseguenza che altri abbia diritto ad impedirne l'esercizio, ciò non è sufficiente; bisogna ancora dimostrare che con quell'esercizio sia leso l'altrui diritto. Per esempio, io, osservate le distanze prescritte, alzo il mio muro per togliere il prospetto alla tua casa; tu dici che avendo io esercitato questo mio dritto per farti dispetto ho agito contro il diritto; sia pure, ma perchè tu possa chiedere in giudizio di essere indennizzato, ovvero di abbattere il mio muro, devi provare che sia stato leso un tuo diritto, devi provare cioè che il prospetto di cui godevi veramente ti apparteneva e faceva parte della proprietà che tu avevi del tuo suolo e dell'aria superiore; essendo assurdo che tu altrimenti ti faccia vendicatore del diritto in genere. Or questa lesione di diritto è impossibile dimostrare, poichè è natura degli atti di emulazione il non diminuire il dritto altrui, il non *immittere in alienum*, per dirla alla romana, ma solo il *lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibere*. Il vicino perciò non potrà mai reclamare per la lesione di un diritto ch'egli non ha; altrimenti per portare rimedio ad una pretesa invasione dell'avversario, si verrà ad ammettere una vera e propria invasione del reclamante nei diritti di esso avversario.

La società, per i fini di salute e di sicurezza pubblica, ha ordinate le distanze tra i fabbricati, e data facoltà ai comuni di fare regolamenti; in questo modo essa impone delle restrizioni all'arbitrio del proprietario; ma queste restrizioni non hanno che fare con gli atti d'emulazione, nè coi principî di diritto privato patrimoniale.

Dunque non essendovi alcun diritto leso, nessuno potrà avere azione contro chi esercita i suoi diritti anche con fine non retto. E ciò dimostra sempre più l'assurdità dell'idea che un diritto esercitato in tal modo non sia più un diritto: infatti il diritto in senso oggettivo traccia i limiti delle singole libertà ma, come ho già detto, questi limiti sono tracciati secondo la necessità; le singole libertà giuridiche adunque, che costituiscono i diritti soggettivi, sono tangenti fra di loro in tutti i punti della loro periferia (se così mi è lecito esprimermi), e non si può uscire dall'una senza entrare nell'altra; e perciò inversamente finchè non si entra nell'altrui non si esce dalla propria. In altri termini, finchè non vi è lesione del diritto altrui, degli individui, o della società, non si può dire che alcuno non sia nel proprio diritto, e non vi è perciò neppure lesione del diritto oggettivo.

Con ciò credo di avere abbastanza dimostrato il mio assunto, cioè che gli atti di emulazione non possano proibirsi nel diritto, e specialmente nel diritto civile italiano. Molte volte però, come nel caso appunto dell'alzamento del muro comune, cui vanno applicate le regole dell'art. 675 codice civ., e quelle intorno all'uso delle servitù, come nel caso dell'uso delle acque correnti e delle sorgenti tenute in comproprietà, ecc., ecc. (tali sono per la massima parte i casi che toglie dalla giurisprudenza francese il LAURENT, *Principes de droit*

civil. tom. VI, pag. 188 e segg., n. 140 e segg.; tom. VII, pag. 636 e segg., n. 555; tom. XX, pag. 425 e segg., n. 408 e segg.), deve bensì proibirsi un uso illecito di un diritto; ma per regole speciali a quei casi, nei quali si ha sempre un conflitto di diritti, dei quali l'uno deve essere limitato dall'altro, solo in considerazione dell'utilità di chi lo esercita.

Mentre perciò non posso approvare in principio accettato da talune sentenze delle nostre corti (1), debbo notare che nella maggior parte di esse il dispositivo è giustificato da altre ragioni giuridiche, alle quali piuttosto si sarebbe dovuto ricorrere. E questo fatto stesso ci dimostra la falsità di quel principio, poichè coloro che lo applicano non osano dargli tutta l'estensione che logicamente dovrebbe avere. (Altre sentenze sono contrarie alla proibizione, per esempio, tribunale di Bari, 18 febbraio 1873, nella causa De Marinis-Nencha, *Rivista di giurispr. pugliese*, 1878, pag. 171 e segg.).

Così pure debbo notare che gli autori italiani, sebbene parlino del principio, *malitiis non est indulgendum* come di qualche cosa di generico, pure lo limitano in fatto alla materia di scolo di acque (Confr. ROMAGNOSI, *Ragion civile delle acque*, Firenze, 1834, cap. II, p. 259; TRAINA, *Le servitù legali sulle acque*, Palermo, 1873, p. 140 e seg.), o agli atti dei condomini sul muro comune (Confr. PACIFICI-MAZZONI, *Codice civile italiano commentato*, Servitù legali, pag. 237, § 371, pag. 244, § 382; RICCI, *Corso di diritto civile*, vol. 2, pag. 459, § 386, pagg. 460, § 388; MATTEI, *Codice civile*, all'art. 553, n. 2, e, *Appendice* (Venezia, 1878), art. 553, n. 2, pag. 200, cita varie decisioni sul muro comune vietanti l'emulazione; CATTANEO e BORDA, *Codice civile* all'art. 553; il BORSARI, *Codice civile*, art. 553, § 1122, non parla nè di emulazione, nè del principio *malitiis*, etc.).

Ma se il principio non retto è oggi più spesso applicato in casi pei quali altri principii, quelli per esempio, della comunione e della servitù possono portarci alle medesime conseguenze, non è senza utilità il combatterlo, ed il chiedere, come io faccio, che sia del tutto abbandonato; perchè, se oggi è di poco, domani potrà essere di grandissimo danno ove sia logicamente applicato; e d'altra parte la scienza deve ripudiare il falso, anche se non dannoso. Ond'è ch'io stimo che sarebbe bene lo scartare anche la parola *emulazione*, e la massima troppo generica *malitiis non est indulgendum*, che restano sempre come *veteris vestigia flammae*.

(1) Cassazione di Torino, 2 dicembre 1869, nella causa Marco-Biandrate (*Annali di giur. ital.*, pag. 1869, 301), che parla di emulazione in fatto di corso d'acqua; cassazione di Torino, 22 luglio 1874, nella causa Roasio-Berard (*Mon. dei Trib.*, 1874, pag. 945; *Giurisprudenza italiana*, 1875, I, 42), in materia di alzamento di muro comune; cassazione di Torino, 2 luglio 1875, nella causa Devoto-Assarotti (*Mon. dei Trib.*, 1875, pag. 938); cassazione di Firenze 13 dicembre 1877, nella causa Sguanci-Contini (*Foro italiano*, 1878, pag. 481), la quale fu lodata dal Gastaldi in un nota nella *Temì Veneta*, 1878, pag. 58 e segg., anche per muro comune; Corte d'appello di Torino, 20 aprile 1877, nella causa Ottolenghi-Bollini della Predosa (*Giurisprudenza italiana*, 1877, pag. 626, con nota dell'avv. M. Vita Levi, in materia d'acque.

SOPRA ALCUNE LIMITAZIONI DELL'ESERCIZIO DELLA PROPRIETÀ E DI NUOVO SULL'EMULAZIONE (*)

Abbiamo voluto pubblicare la presente sentenza insieme con quella della cassazione di Napoli 31 maggio 1878 (v. *Foro ital.* 1879, I, col. 96) perchè vi si trattano questioni, sebbene differenti, pure intimamente connesse, e per rispondere alle quali i due supremi magistrati hanno preso le mosse dal concetto del diritto di proprietà e del modo come lo si deve esercitare. Il concetto della proprietà, che è il più importante nel diritto patrimoniale, è pure quello che ha sofferti più mutamenti a seconda delle varie condizioni politiche e sociali e dei vari sistemi filosofici che hanno tenuto il campo. Affermazione suprema del diritto individuale, esso non può, come non può l'individuo, andare disgiunto dal diritto sociale, onde la sua giusta misura è da cercarsi nella temperata fusione di questi due elementi. Aspetti diversi di una stessa cosa, astrazioni di qualità di un oggetto medesimo, l'individuo e la società non si possono senza errore considerare come cose distinte; si può ragionare separatamente dell'uno o dell'altra, ma non bisogna mai dimenticare, quando si voglia venire ad una pratica conclusione, di unire i risultati di un ragionamento con quelli dell'altro, non bisogna mai dimenticare che ciò che realmente esiste non è l'individuo per sè stesso, nè la società per sè stessa, ma bensì l'uomo. E l'errore non consiste solo nel dar corpo all'una o all'altra astrazione; esso consiste pure nel dare troppa importanza all'uno od all'altro elemento. Trovare il punto in cui l'unione sia perfetta, ecco il problema. Problema la cui soluzione costituisce l'ideale al quale tendono le legislazioni positive; e che, concepito o sentito in modo diverso secondo i diversi tempi, si traduce nel vario ordinamento del diritto di proprietà. Dalla

(*) Nota alla sentenza 20 febbraio 1878 della corte di cassazione di Palermo (presidente CALCAGNO, estensore FERRO, pubblico ministero MURATORI [concl. conf.]), Morana (avvocati DI MARCO e PALMIERI) contro De Gregorio (avvocati MALTESE, TODARO e GAROFALO), pubbl. nel *Foro italiano*, 1879, I, col. 119, con le seguenti massime:

« L'esercizio del diritto di proprietà è limitato dalla necessità di evitare il danno altrui.

« È lecito al proprietario di fondi invasi dall'irrompere delle acque difendersi anche con danno dei fondi vicini, ma solamente in caso di forza maggiore e quando non vi sia altro mezzo di difesa.

« Il proprietario pertanto, che sia danneggiato dal proprietario limitrofo per la costruzione di ripari che abbiano alterato il corso delle acque, ha diritto di agire contro di lui per il risarcimento dei danni e la restituzione delle acque nel pristino corso.

« Non può un proprietario far opere usque ad aemulationem ».

repubblica romana all'impero, dall'impero alla barbarie dei primi tempi del medio evo e quindi al feudalismo che ne fu la conseguenza, dal feudalismo alla riaffermazione del potere dello Stato, dall'esagerazione di questo all'esagerata reazione del diritto individuale, noi vediamo ad ogni rivoluzione e ad ogni evoluzione sociale tener dietro una modificazione della proprietà. Modificazione necessaria, e che, confrontata con altre condizioni morali e giuridiche, risulta assai più conveniente a quella determinata epoca, che non sarebbe stata l'applicazione dell'ideale, come oggi è da noi immaginato; e dico da noi immaginato, perchè certamente in quei tempi s'immaginava in altro modo.

Di qui viene che il legislatore non deve nel diritto positivo applicare ciò ch'egli crede essere l'ideale astratto ed assoluto, ma deve avvicinarsi quanto più può all'ideale relativo della società ch'egli ha da ordinare. Di qui viene ancora, ed a maggior ragione, che il giudice deve guardarsi bene dal sentenziare secondo il proprio concetto dell'istituto della proprietà, ma deve tenersi strettamente alle norme dettate dalla legge, ricordandosi ch'egli non ha facoltà di giudicare secondo le sue aspirazioni, ma solo secondo il codice, e che è meno dannoso un errore in una legge, che l'arbitraria applicazione della legge stessa. Il primo e miglior modo di rispettare il diritto consiste nell'attuare la legge tale qual'è.

Perciò desideriamo mettere in luce quali siano le limitazioni al diritto di proprietà ammesse dal nostro codice civile, le quali, si riassumono nelle leggi e regolamenti di pubblica amministrazione, e nel divieto di offendere i diritti altrui veri e perfetti. Oltre questi limiti non si può andare; ma non si può neppure segnare dei nuovi.

Non crediamo ammissibile la proibizione degli atti di emulazione, della quale abbiamo a lungo trattato nel terzo volume del *Foro it.*, 1878, I, colonna 481 (1). (Alla lunga bibliografia ivi contenuta si aggiungano gli scritti seguenti che abbiamo rinvenuti dopo: per la proibizione: WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV ediz., vol. I, § 121, nota 3, pag. 349 seg.; contro: WAECHTER, *Handbuch des in K. Württemberg geltenden Privatrechts*, II, pag. 194; UNGER, *Sistem des österreichischen allg. Privatrechts*, I, pag. 616; WEREMBERG ed JHERING nel *Jahrb. f. Dogm.*, VI, pag. 34, 104-106; SENTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht*, I, pag. 234). Reputiamo però giustissima la limitazione in confronto al diritto altrui, onde non sappiamo intendere qual forza abbia l'ultima parte del ragionamento della sentenza della cassazione palermitana, ove si dice che chi non arresta l'esercizio della proprietà dinanzi al diritto altrui dovrà giungere sino ad ammettere gli atti *usque ad aemulationem*. A noi pare che ciò sia voler trarre ragioni da una cosa per lo meno dubbia ad una cosa certa, invece di fare il contrario. E ciò abbiamo voluto notare, non tanto per criticare la sentenza, quanto per far rilevare che la giusta conseguenza non implica che il ragionamento sia giusto; poichè non questo, ma ben altro principio è quello dal quale essa deriva. Qui si tratta di uno di quei tanti casi dove la proibizione dell'emulazione sembra ammissibile per la sola ragione che da essa si traggono rette deduzioni, le quali peraltro, anche permessa l'emulazione, sono sempre giustificate.

Rette infatti sono in sostanza le due sentenze di che trattiamo, perchè fondate sopra le definizioni e i precetti del nostro codice civile, e su quel

(1) [V. pag. 194, e cfr. pag. 216].

principio, risultante dal confronto di varie disposizioni di esso, che, ove due diritti vengano in conflitto ed uno di essi si possa esercitare in modo da evitare il conflitto, questo modo è quello che si deve seguire: principio il quale, come già nella nota sopra citata dimostrammo, è ben diverso dalla proibizione degli atti di emulazione.

Il caso risolto dalla cassazione di Napoli è un'applicazione dei principi dell'art. 699 c. c. sull'azione di danno temuto. La corte d'appello di Trani aveva ritenuto in fatto con sentenza 24 luglio 1877 (*Gazz. pret.*, 1878, 132) che il pericolo per la edificazione del muro non era grave nè prossimo; mancavano dunque gli elementi necessari all'esperimento dell'azione. Dato questo, rimaneva in tutta la sua pienezza il diritto del proprietario di cingere con muro il proprio fondo a norma dell'art. 442 cod. civ. Questo diritto è così inerente alla proprietà, che il codice potrebbe anche tacerne. La ragione dell'articolo è meramente storica. Esso riproduce l'art. 647 del codice francese posto nel titolo delle servitù, il quale a sua volta derivava dall'art. 4 della legge 28 settembre e 6 ottobre 1791, tit. I, sez. IV, così concepito: « *Le droit de clore et de déclore ses héritages résulte essentiellement de celui de propriété, et ne peut être contesté à aucun propriétaire. L'assemblée nationale abroge toutes lois et coutumes, qui peuvent contrarier ce droit* ». Onde si vede che la dichiarazione del diritto di chiudere non fu fatta se non per opposizione al divieto delle leggi anteriori. Confr. DEMOLOMBE, *Traité des servitudes*, t. I (XI del commento intero), n. 272 e seg., pag. 310 e seg., Paris, 1872; LAURENT, *Principes de droit civil*, t. VII, n. 440 e seg., pag. 498 e seg., Bruxelles-Paris, 1872; PARDESSUS, *Traité des servitudes*, num. 131 e seg., pag. 105 e seg., Bruxelles, 1840; F. NARDELLI, *Ciascuno può chiudere il suo fondo ecc.*, *Gazz. pret.*, 1878, pag. 129.

Del secondo caso deciso dalla cassazione palermitana abbiamo già indirettamente parlato nella nostra nota più volte citata, trattando della l. 2, § 9, Dig. *De aq. et aq. pluv. arc.* XXXIX, 3. Ivi dicemmo come ognuno per diritto di difesa può fare opere per ripararsi dall'impeto delle acque, anche nuocendo ad altri; il conflitto della proprietà sua con quella altrui si risolve peraltro in tal modo solo quando si tratti di vera difesa; ove invece siano dati al proprietario altri mezzi di difendersi senza ledere l'altrui proprietà, egli dovrà seguirli, starei per dire, a causa del *moderamen inculpatæ tutelæ*. Confr. DEMOLOMBE, *Traité des servitudes*, t. I (XI del commento), n. 30, pagina 33 e seg., Paris, 1872, e gli autori ivi citati; LAURENT, *Principes de droit civil*, t. VII, n. 357, pag. 454 e seg., Bruxelles-Paris, 1872. Ora nel fatto proposto alla cassazione palermitana non solo non si trattava di forza maggiore, ma l'autore dell'opera che aggravava la servitù aveva egli stesso azione contro un terzo proprietario per ripararsi dai danni che questi gli arrecava.

DEL DIVIETO DEGLI ATTI EMULATIVI IN MATERIA D'ACQUE (*)

Il chiarissimo avvocato Sebastiano Gianzana nel suo pregevolissimo libro intorno alle *Acque nel diritto civile italiano*, del quale recentemente ha pubblicato il primo volume, diviso in due parti (Unione-tipografica editrice torinese, 1879), ha trattato ampiamente la questione se sia permesso in diritto « l'operato del cittadino in quanto pone in essere atti che senza giovare a lui nuociono agli altri »; in altri termini se non sia vietato l'agire *ad aemulationem* (Vedi opera citata, lib. II, tit. II, cap. VIII, pag. 832, 847). Con parole cortesissime egli ha voluto chiamarmi in causa, e sostenendo in genere doversi l'emulazione ritenere proibita, ha preso specialmente a combattere la tesi contraria da me propugnata in una nota pubblicata nel periodico *Il Foro italiano* (1878, I, col. 481-492, tirata anche a parte in un opuscolo) (1). Perciò mi sembra non inutile il tornare brevemente su quell'argomento per esaminarlo sotto il particolare aspetto dei diritti sulle acque, tanto più che l'avvocato Gianzana per ingegno e per dottrina è certamente uno dei più temibili avversarii.

Ecco prima in sunto il suo ragionamento. In diritto romano gli atti emulativi erano vietati. Senza voler discutere sulla l. 3 D. *de oper. publ.*, 50, 10, ce lo attestano chiaramente le leggi 38, D. *de rei vind.*, 6, 1; l. 1, § 12, D. *de aq. et aq. pluv. arc.* 39, 3; l. 2, § 5, 9, D. *eod.* Da questi testi fu tolta la teorica seguita dalla maggior parte dei romanisti e degli autori moderni.

A questa teoria che in materia d'acque aveva prodotto gravi ed utilissime conseguenze conveniva por mente come fece il Romagnosi, e si sarebbe veduto come dal diritto romano essa passò nella legislazione moderna. Così in Piemonte fino al 1500 fu stabilito un magistrato delle acque con incarico speciale di vedere ove vi fossero acque superflue ed ordinarne l'impiego elargendole a favore di chi ne abbisognasse; e per molti anni nella giurisprudenza piemontese fu accolto il *diritto d'insistenza* con cui i magistrati nell'interesse della pubblica prosperità vollero apprestare un'arma ai deboli, che frenasse i potenti padroni dei grandi canali d'irrigazione. E nel nostro codice civile, se non v'ha un'espressa disposizione per reprimere gli atti emulativi, pure gli articoli 544, 545, 578, 598, 600, 606, 609, 610, 612, 613, tutti concordemente mirano a tal fine. « Il legislatore vide gli immensi vantaggi, che alla produzione nazionale avrebbe apportato un saggio regime delle irrigazioni: capì però, che l'ostacolo principale a raggiungere tale scopo si sarebbe trovato nei proprietari dei fondi, che colle acque si sarebbero dovuti attraversare: di qui una

teorica basata sul principio della repressione dell'emulazione, e così il sacrificio del ferreo diritto della proprietà nell'interesse collettivo, all'utile sociale ».

Passando poi dal diritto positivo al naturale, non vale il dire che altro è il precetto morale, altro il giuridico: « in una bene ordinata legislazione il precetto giuridico non deve esser altro che la sanzione del precetto morale, *juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* ». Questi principii dell'etica più sana si estrinsecano nella teoria repressiva dell'emulazione. Mettete in bando questa teorica e non sarà più possibile la sociale convivenza, l'aggregazione dei cittadini allo scopo dell'utile; e le provincie dell'Alta Italia mirabili per fertilità si convertiranno in paludi!

Sin qui il Gianzana. Come si vede il principio dal quale egli parte è che l'emulazione debba vietarsi in diritto, ma ciò che più gli preme è che siano impediti quegli atti che tendono a rendere inutile l'acqua.

Ora io non posso ammettere la tesi generale; ma accolgo invece in materia d'acque la speciale proposizione. Nè ciò facendo mi conviene sconfessare neppure in parte quanto già scrissi nel mio lavoro sopra citato, poichè fin d'allora più d'una volta accennai a regole particolari che governano il diritto delle acque, e portano al divieto della inutile dispersione, dello sciupio di questo tesoro naturale (1).

Il Gianzana m'incolpa di non aver veduto che dai testi del diritto romano in materia d'acque sia derivata la teoria *veramente italica* del divieto dell'emulazione. A me pare di aver dimostrato nel mio scritto precedente con lungo esame degli autori per ordine cronologico come sia nata questa teoria, la quale certamente non si applicò solo alle acque, ma ad ogni genere di proprietà e specialmente agli edifici. I testi tratti dal titolo *de aqua et aquae pluviae arceadae* furono da me non solo veduti, ma studiati e per essi rinvio a ciò che in quell'occasione ne scrissi.

Alle varie leggi addotte dagli avversari, leggi che a me non paiono punto decisive, altre ne opposi che svolgono un concetto affatto contrario a quello del divieto degli atti emulativi, e sono per ordine logico dalle più generali alle particolari le l. 144, D. *de reg. iuris*, 50, 17; l. 55, *eod.*; l. 151, *eod.*; l. 8 § 5, D. *si serv. vind.* 8, 5; l. 9, *de serv. pr. urb.*, 8, 2; l. 14, *eod.*; l. 8, C. *de serv. et aq.*, 3, 4; l. 9, *eod.*; e finalmente l'importantissima l. 26, D. *de damn. inf.* 39, 2, la quale ultima mi sembra veramente indiscutibile.

(1) Così nel commentare i vari testi del diritto romano sui quali si fondano coloro che vogliono reprimere l'emulazione notai: « Il principio che il diritto dell'acqua corrente si limita all'utilità che ogni proprietario ne può trarre, ma non si estende, come la proprietà, fino all'assoluta esclusione di ogni altro dal godimento, principio ben diverso dalla generale proibizione degli atti di emulazione, è sanzionato nel fr. 1, §§ 11, 12, *de aq. et aq. pl. arc.*, 39, 3. » Quindi parlando del fr. 2, § 5, *de aq. et aq. pl. arc.*, 39, 3, scrissi che quel testo « decide solo in materia di scolo d'acqua ». [V. pag. 200, in nota].

E più oltre verso la fine dello scritto medesimo: « Molte volte però, come nel caso appunto dell'alzamento del muro comune, cui vanno applicate le regole dell'art. 675 cod. civile, e quelle intorno all'uso delle servitù, come nel caso dell'uso delle acque correnti e delle sorgenti tenute in comproprietà..... deve bensì proibirsi un uso illecito di un diritto; ma per regole speciali a quei casi nei quali si ha sempre un conflitto di diritti, dei quali l'uno deve essere limitato dall'altro, solo in considerazione dell'utilità di chi lo esercita ». E poco dopo: « Debbo notare che gli autori italiani sebbene parlino del principio *malitiis non est indulgendum*, come di qualche cosa di generico, pure lo limitano in fatto alla materia di scolo di acque, ecc. » e qui citavo il ROMAGNOSI, *Ragion civile delle acque*, lib. I, cap. II, §§ IV, V e VI e TRAINA, *Le servitù legali sulle acque*, pag. 140 e seg. ai quali oggi aggiungerò il nome del Gianzana. [V. pag. 205 e 206].

(*) Pubbl. in *Legge*, 1879, III, pag. 235.

(1) [V. pag. 194, e cfr. pag. 216].

Così pure a quello scritto rinvio chi voglia veder le ragioni da me addotte contro l'argomento di diritto naturale che la legge debba uniformarsi ai precetti della morale. Certo la legge deve esser tratta dai principii dell'etica; ma non tutta la morale deve esser legge, anche senza voler notare che il concetto concreto di morale è assai più relativo ed incerto, che quello di diritto. Al diritto è essenziale l'elemento della necessità, necessità che per applicarsi ad uomini liberi deve estrinsecarsi nella coazione della forza; onde viene che diritto e Stato sono due concetti inseparabili, potendo la legge solo nella organica congregazione degli uomini assumere il carattere di necessità.

Ma di queste astrazioni si può dire sempre troppo e troppo poco; veniamo a qualche cosa di più positivo.

È notevole che il Gianzana, come molti dei nostri avversari, nel riferire i testi del diritto romano venga ad appoggiarsi principalmente sopra disposizioni riguardanti le acque, e nel cercare nel nostro codice civile argomenti favorevoli alla sua tesi non possa trovar altro che articoli relativi alle acque. Ciò non dipende nè dal caso, nè dal fatto che il libro del Gianzana abbia per soggetto le acque; fuori di un'altra disposizione in materia di comunione (art. 675) non avrebbe potuto trovar altro. Riguardo alla proprietà in generale non v'è nulla; anzi le definizioni di questa portano ad una conseguenza contraria (art. 436, 440 codice civile).

Non basta forse ciò per far sospettare che in quanto alle acque sia applicabile una regola che male si conviene alla proprietà in generale?

Sarà sempre lecito il ragionare dal particolare al generale?

Mi pare che un tal dubbio si debba essere affacciato alla mente di uno dei miei più illustri avversari, il Maynz, quando nel suo *Cours de droit romain* (4 ed., Bruxelles, 1876, vol. I, pag. 384; lib. I, tit. 7, § 6) scrisse queste parole che non mi paiono assai determinate: « *Cependant la loi défend d'exercer un droit dans la seule intention de nuire à autrui, sans que nous ayons un intérêt d'agir ainsi. Au reste, cette disposition qui se rapporte à un cas tout à fait spécial, ne saurait être appliquée qu'avec la plus grande précaution* (e in nota porta il fr. 1, § 12, *de aq. et aq. pl. arc.*, 39, 3; fr. 2, § 5, *eod.*; fr. 1, § 11, *eod.*; fr. 38, *de rei vind.*, 6, 1).

Lo stesso Romagnosi non proclama forse la diversità che corre tra le acque e gli altri oggetti di proprietà? Nella sua *Ragion civile delle acque*, l. 1, cap. 1, § 3 (Prato 1838), p. 244, si legge: « D'altronde parmi in materia d'acqua la massima *quod tibi non nocet et alteri prodest facile est concedendum* si possa convertire in vero dovere. Postochè al genere umano l'uso dell'acqua è indispensabile, e postochè di sua natura è diffusibile ne viene che soddisfatto al bisogno di un privato, la parte che rimane sia per naturale diritto devoluta agli altri ». E poco dopo nell'appendice al capo secondo, per proibire l'emulazione si appoggia alle parole del Berlier proferite nella discussione del codice francese nel consiglio di Stato: *Comunque le acque sieno una proprietà non si può dissimulare che essa è di una specie onninamente particolare*.

E lo stesso Gianzana non ci dice forse (*loc. cit.*, n. 581) che: « se gli oppositori avessero esaminata la teorica più specialmente in relazione al diritto delle acque invece che a quello di edificare, sarebbero forse venuti in contrario avviso? ».

Certamente qui mi par che stia la verità. Chi studia il diritto e la proprietà in generale deve rifiutare il divieto dell'emulazione; chi invece si faccia ad esaminare particolarmente le acque deve concludere che si vietino

quegli atti che tendono a renderli inutili, che si favoriscano quelli che mirano a trarne profitto; ma questa proposizione contiene una conseguenza di un principio ben più alto che non sia quello della repressione dei dispetti. Questa è la mia tesi, e sono lieto che il Gianzana mi abbia dato occasione di svolgerla.

Il passo del Romagnosi, poc'anzi citato, contiene un principio di analisi delle qualità delle acque che le fanno oggetto di singolari diritti. È inutile tornarvi sopra. L'acqua è necessaria a tutti gli uomini, ed a quasi tutti i fondi; essa tuttavia non si trova che in alcuni determinati luoghi. È di sua natura diffusibile, anzi si trasporta da sè stessa. In moltissimi casi l'uso cui essa serve non la consuma, nella massima parte dei casi poi non la consuma tutta, onde dopo aver servito ad un uso la medesima acqua può esser destinata ad un altro.

L'acqua può soddisfare a bisogni collettivi o di comunanza, come il trasporto per navigazione o fluitazione; può esser di tale entità che importi al sistema idraulico di una spaziosa regione pei benefici come pei danni che può arrecare, ed allora dicesi *pubblica* e va tra i beni che secondo l'art. 427 del codice civile *fanno parte del demanio pubblico*; può invece esser tale da giovare soltanto ai privati ed è allora oggetto del diritto dei privati.

Ben s'intende senz'altra spiegazione che le acque della prima specie debbono dalla autorità amministrativa regolarsi in modo da fare che la sociale economia ne tragga il massimo vantaggio; ma per le qualità naturali sopra enumerate anche quando l'acqua è sottoposta al diritto dei privati non può dirsi che la proprietà di costoro sia assoluta ed esclusiva in quella misura che è sopra le altre cose; la proprietà delle acque è il diritto di usarne per trarne ogni utilità, ma col dovere corrispondente di non defraudare quel diritto che la necessità delle cose, madre di tutti i diritti, attribuisce subordinatamente a coloro che sono privi del naturale beneficio di aver l'acqua nei propri fondi. La proprietà delle acque, se così mi è lecito di esprimermi, è una proprietà fidecommissaria. Questo è il principio eminentemente giuridico dal quale muovono forse troppo incertamente ancora le disposizioni del diritto romano; questo è il principio che nella nostra Italia dovrebbe avere maggiore sviluppo perchè l'ordinamento delle acque nel diritto pubblico e privato fu sempre tenuto presente ed anima il nostro codice civile.

A che tendeva il magistrato delle acque che in Piemonte doveva vegliarne alla ripartizione? A che tendeva il *diritto d'insistenza*? solo a proibire i dispetti? No davvero, ma a promuovere la massima utilità; eppure dal principio del divieto dell'emulazione non si sarebbe potuto trarre che quella facoltà, non questa che ha origine in un concetto più alto e speciale delle acque.

E come spiegare colla stretta norma della repressione dei dispetti le altre disposizioni che il Richeri ci dà per vigenti in Piemonte, quasi tratte dal diritto romano? (1).

Il Richeri stesso, che altrove ammette la proibizione dell'emulazione (confr. *Universa*, ecc., lib. II, tit. 1, cap. 1, *sect.* 2, § 59, Venetiis, 1841. vol. 1, pag. 536, lib. II, tit. 3, cap. 2, § 967, vol. 1, pag. 664), qui non si fonda sopra di essa ben sentendone l'insufficienza.

(1) Si legga nella « *Universa civilis et criminalis jurisprudentia*, lib. II, tit. II, cap. III, *sect.* 1, §§ 1123-1125 (Venetiis, 1841, vol. I, pag. 684).

E venendo al nostro codice civile vediamo l'art. 544 ordinare che « sorgendo controversia fra i proprietari a cui l'acqua può essere utile, l'autorità giudiziaria deve conciliare l'interesse dell'agricoltura e dell'industria coi riguardi dovuti alla proprietà ». Non poteva più chiaramente esprimersi il concetto da me sopra esposto circa la natura particolare della proprietà delle acque; di qui la conseguenza che, come dice l'art. 545, « qualunque proprietario o possessore d'acque può servirsene a suo piacimento od anche disporne a favore d'altri, ove non osti un titolo o la prescrizione; ma dopo essersene servito non può divertirle in modo che si disperdano in danno di altri fondi a cui potessero profittare senza cagionare rigurgiti od altro pregiudizio agli utenti superiori, e, mediante un equo compenso da pagarsi da chi vorrà profittarne, ove si tratti di sorgente o di altra acqua spettante al proprietario del fondo superiore ». Ove è da osservare che non si vuol reprimere l'animo emulativo, il dolo del proprietario delle acque, ma l'inutile dispersione, se così posso esprimermi, oggettiva; onde basterà ai proprietari di altri fondi dimostrare tale dispersione avvenuta anche per negligenza o per iscopi mal calcolati a fine di poter far valere le ragioni loro attribuite da quest'articolo (1).

Chiarite queste cose non parmi possa trarsi alcun argomento contrario dall'art. 578 ove si conferma il potere conciliativo dell'autorità giudiziaria in materia d'acque; nè dall'art. 598 che stabilisce il passaggio coattivo delle acque attraverso i fondi, come l'art. 600 stabilisce il passaggio delle acque pei canali e acquedotti già esistenti, e come l'art. 606 che dà un ugual diritto per lo scarico delle acque soprabbondanti. Gli articoli 600, 610, 612 citati dal Gianzana riguardano le bonifiche, l'art. 613 dà diritto a chi deriva acque da fiumi, torrenti, rivi, canali, laghi o serbatoi di appoggiare od infiggere una chiusa alle sponde coll'obbligo però di pagare l'indennità, ecc. Dov'è l'emulazione che si vuol veder colpita? Tanto varrebbe di dire che la legge 25 giugno 1865 sull'espropriazione per pubblica utilità è diretta contro l'emulazione.

Riepilogando dunque quanto sin qui ho cercato di dimostrare, io sostengo che in materia d'acqua sono bensì proibiti gli atti emulativi, non già come tali e per un principio generale che vieti l'emulazione, ma, cosa ben diversa, per lo speciale principio che governa le acque ed è che le acque si possono adoperare solamente ad usi utili; onde viene che non solo chi a bella posta non ne usa, ma anche chi non ne usa senz'animo di nuocere agli altri deve

(1) Debbo qui prevenire un'obiezione. L'illustre Giacomo Giovanetti, autore delle disposizioni che riguardano le acque nel codice albertino, onde furon tratti i corrispondenti articoli del nostro, in quel suo mirabile libro, scritto mentre si discuteva in Francia la legge sulle irrigazioni, *Du régime des eaux et particulièrement de celles qui servent aux irrigations*, Paris 1844, rendendo ragione degli articoli citati nel testo, pare si appoggi molto al divieto dell'emulazione (vedi § 18, pag. 59, 63). Egli sentiva in ciò l'influenza della teoria da tutti per tradizione ricevuta, ma è notevole come ne parli sempre ristrettamente alle acque, come ne parifichi le ragioni a quelle del passaggio coattivo, e soprattutto come questo stesso principio del divieto dell'emulazione faccia derivare da quello della utilità pubblica cui va sempre subordinata la proprietà delle acque: *L'avantage du plus grand nombre n'exige pas seulement que l'on puisse profiter du capital de l'eau mais qu'on en profite réellement*. In ogni modo la legge è troppo chiara nel senso di volere che l'acqua sia sempre usata e non resti oziosa per aver bisogno d'altra dimostrazione. Invece non veggo alcuna legge che imponga che le case sieno abitate e i fondi coltivati nel miglior modo che può parere ai magistrati.

cederle a chi ne vuol trarre vantaggio (1). Se poi si volesse ammettere che in materia d'acque si vieta l'emulazione come tale, non ne verrebbe neppure la conseguenza che nella proprietà in genere l'emulazione sia proibita perchè non si può ragionare da un caso particolare al generale, e perchè nella nostra questione la regola generale è scritta nell'art. 436 che non ammette alla proprietà altri limiti che il farne uso vietato dalle leggi e dai regolamenti; ossia limiti che devono trovarsi ordinati dalla legge, la quale appunto in materia d'acque li esprime, e tacé invece dell'emulazione di tutto il resto.

Il nostro codice civile porta scritto in materia d'acque: concedete agli altri dietro giusta retribuzione ciò che non vi serve. Non so che tale regola sia scritta per alcun altro oggetto di proprietà.

(1) [Cfr. anche *Della revocabilità del precario specialmente in materia d'acque*, a pagina 214, specialmente pag. 218; e *La legislazione sulle acque*, discorso tenuto nell'VIII riunione della Soc. it. per il progr. delle scienze il 4 marzo 1916 (Bertero, Roma, 1916)].

AEMULATIO (*)

SOMMARIO

1. Significato di « *aemulatio* » nel latino classico. — 2. Uso della parola *aemulatio* nella compilazione giustiniana. — 3. Significato di *aemulatio* nel diritto medioevale ed attuale. — 4. Primordi della teoria proibitiva dell'*aemulatio* negli scrittori medioevali. — 5. Massimo sviluppo della teoria. Scrittori che l'adottarono fino al secolo XVIII. — 6. Scrittori che vi si opposero. — 7. La teoria del divieto fu ammessa dai tribunali. — 8. Legislazioni che vi si conformarono. — 9. Succinta esposizione di quella teoria all'epoca del suo massimo sviluppo. — 10. Interpretazione dei testi romani e canonici, sui quali si volle fondare la teoria del divieto nel diritto comune. — 11. Continuazione. Testi romani relativi al corso delle acque. — 12. Testi romani contrari al divieto. — 13. Conclusione dedotta dalla interpretazione dei testi romani. — 14. Autori più recenti di diritto comune favorevoli al divieto dell'emulazione. — 15. Autori contrari. — 16. Opinioni degli scrittori in Austria, Francia e Italia sotto l'impero dei moderni codici civili. — 17. Esame delle disposizioni del cod. civ. italiano. — 18. Continuazione. Disposizioni relative alle acque. — 19. Conclusione dedotta dall'esame del cod. civ. italiano. — 20. Stato attuale della giurisprudenza in Italia circa l'emulazione. — 21. Discussione delle ragioni d'ordine astratto messe innanzi dai fautori del divieto dell'emulazione. — 22. Conclusione.

1. Cicerone nelle Tuscolane (lib. IV, cap. 8, § 17) ci dice che cosa significava in latino la parola *aemulatio*, nel modo seguente: *Aemulatio autem dupliciter illa quidem dicitur ut et in laude et in vitio nomen hoc sit. Nam et imitatio virtutis aemulatio, dicitur.... et est aemulatio aegritudo, si eo, quod concupierit, alius potiatur, ipse careat.* Ma il senso che fu dato a questa voce dai giuristi medioevali, e che nel linguaggio giuridico essa conserva tuttora, non corrisponde esattamente ad alcuno di quelli dichiarati dal classico latino, sebbene si avvicini al secondo.

2. Nel corpo del diritto giustiniano la parola *aemulatio*, se non erro, si trova due volte sole, cioè: nelle Pandette, fr. 3 pr. *de oper. publ.* 50, 10: *Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat vel materiam seditionis praebat vel circum (1) theatrum vel amphitheatrum sit* (2), e nel Codice const. I

(*) Voce in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. I, parte II, sezione I, pag. 426. (Leonardo Vallardi, Milano, 1892).

(1) Così il manoscritto fiorentino; ma si deve leggere col Mommsen: *circus vel*.

(2) Questo frammento è estratto da MACER, *libro secundo de officio praesidis*, libro che secondo il FITTING, *Ueber das Alter der Schriften römischer Juristen* (Basel 1860), pag. 52 seg., fu scritto sotto Caracalla o poco dopo; appartiene dunque ad un tempo in cui il linguaggio giuridico era ancora buono e corretto.

de apparit. Praef. annonae 12, 58: *Apparitores urbanae praefecturae annonario officio se non inserant, sed apparitorum aemulatione secreta ministerio suo annonae praefectura fungatur* (1).

In questi testi *aemulatio* ha il significato di gara (*certatio* dice il Dirksen nel suo *Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum*). Nella legge del digesto si vieta ai privati di erigere senza l'approvazione del sovrano nuove opere in una città, quando essendo fatte per gareggiare con altre città, ne potrebbero nascere gelosia e pubblici disordini. Nel testo del codice gl'imperatori, che aveano prima dichiarato essere il prefetto dell'annona gerarchicamente subordinato al prefetto della città, ordinano che gl'impiegati della prefettura urbana non s'immischino nelle faccende della prefettura annonaria, provvedendo così alla giusta repartizione degli uffici per evitare i conflitti che sarebbero certamente nati dalla gara e concorrenza di persone addette a diverse amministrazioni.

3. Nel medioevo, presso gli scrittori di diritto, la parola *aemulatio* e la frase *animus aemulandi* furono usate tecnicamente a designare l'intenzione di chi compia atti, che normalmente sarebbero compresi nell'esercizio del suo diritto, senza utilità propria o con minima utilità propria, col fine di nuocere ad altri.

Fu senza dubbio il fr. 3 pr. *de oper. publ.* 50, 10, più sopra riferito, la fonte cui fu attinto il nuovo senso dell'*aemulatio*; ma fu un errore. Basta leggere con occhio imparziale e con retta intelligenza quel testo per persuadersi che in esso *aemulatio* ha il significato da me dichiarato.

4. Poco peraltro importa la questione circa la maggiore o minore proprietà della parola; è per noi di gran momento invece il sapere che riguardo all'emulazione così intesa si venne a poco a poco formando tutta una teoria giuridica, la quale è anche oggi ammessa dalla maggioranza degli scrittori ed è applicata dai tribunali nelle loro sentenze.

Chi guardi qua e là nella glossa vi troverà espresso il principio che non sia lecito fare *quod alii noceat et sibi non prosit* (2), vi troverà estesa, benchè non senza parecchie eccezioni, la massima *malitiis non est indulgendum* (3); ma non potrà riconoscervi una vera e propria teoria, con un proprio nome, traacciata in tutte le sue linee particolari, come quella che fu creata dappoi (4). Pare anzi che quegli antichi interpreti ammettessero la più completa libertà, limitata solo dalle servitù e dalla legge, nel diritto di fabbricare ed elevare gli edifici, diritto del quale maggiormente si occuparono i posteriori fautori del divieto dell'emulazione (5).

(1) È parte di una costituzione di Valente, Graziano e Valentiniano (anno 376 d. Cr.) della quale un'altra parte si legge nella c. 3 *de off. praef. urbis* I, 28. Tutta la costituzione ci è data nel codice Teodosiano c. 7 *de off. praef. urbis* I, 6 (ed. Haenel).

(2) Veggasi la glossa alla l. 1, § 12 *de aq. et aq. pluv. arc.* 39, 3 v° *habere*: « ...nota ex hoc § in suo licere facere quod vult. Item quod alii noceat et sibi non prosit non licet et ad hoc concordant etc. »

(3) Veggasi la glossa alla l. 39 (38) § 1 *de rei vind.* 6, 1 v° *indulgendum*.

(4) La glossa alla l. 3 pr. *de oper. publ.* 50, 10 v° *novum* discute bensì, se sia lecito a un privato di fabbricare opere nuove sul proprio suolo *ad aemulationem*, senza il permesso del principe; ma intende parlare dell'*aemulatio alterius civitatis*, della quale tratta la legge glossata.

(5) Confr. la glossa alle leggi 9 e 14 *de serv. praed. urb.* 8, 2 delle pandette, e 8 *de serv. et aq.* 3, 34 del codice.

Le medesime opinioni su per giù si trovano in Bartolo, il quale svolse alcune teorie speciali intorno alla facoltà di costruire mulini nelle acque pubbliche e private, dove già esistano altri mulini, e intorno all'edificare forti pericolosi a vicine città (1); ma non trattò dell'emulazione nel modo come ne scrissero alcuni suoi annotatori (2).

Peraltro già prima dello stesso Bartolo v'era stato chi aveva parlato della proibizione degli atti *ad aemulationem* nei rapporti tra privati; e Cino da Pistoia, applicando il fr. 3 pr. *de oper. publ.* 50, 10, decideva che la libertà di fare ciò che si voglia nel proprio fondo non aveva luogo, se alcuno *ad aemulationem* avesse edificato tanto alto da vedere i segreti dei frati del vicino monastero (3).

Contro tale decisione si alzò la voce di Alberico da Rosate, uomo di sensi più indipendenti, il quale, proclamata la libertà delle azioni del proprietario, discusse l'opinione di Cino e concluse con queste parole: *Contrarium credo per hanc legem* (era la const. 8 *de servit. et aqua* 3, 34) *et hic notata; et l. opus* (ossia il fr. 3 *de oper. publ.* 50, 10) *in aedificantem in publico non in suo loquitur* (4).

Ma fu vocealzata invano e non intesa; poichè subito dopo vediamo accettata la teoria della proibizione, senza che si discuta neppure l'opinione di Alberico. Così anche il sommo Baldo risolve, seguendo l'autorità di Pietro, che se io voglia aprire una finestra presso l'orto di qualche fanciulla o di qualche frate, in modo da poter vedere questa fanciulla o questo frate, *aut facio ad meam utilitatem et possum, aut ad aemulationem et inhonestam considerationem et non possum* (5); mentre la medesima teoria intorno all'emulazione egli applica in altri luoghi a rapporti di diritto pubblico e ad opere fatte da città contro città (6). Così il Saliceto ritiene esser proibito aprir finestre ad emulazione, come per veder monaci o monache, o la moglie o la figlia del vicino, e ciò per argomento tratto dal famoso fr. 3 *de oper. publ.* 50, 10 (7).

Tuttavia non bisogna tacere che un altro grande giurista, Angelo da Perugia della famiglia degli Ubaldi, cercò di ridurre nei giusti limiti la proibizione, e, dopo aver detto che ognuno è libero di edificare a piacere nel proprio fondo, così si esprime: « *Et sic est argumentum quod etiam ad aemulationem vicini licitum sit aedificare in solo proprio et libero.... Solum fallit in casu l. fi. C. eo.* (la quale è la const. 14 *de servit. et aqua* 3, 34, che proibisce di edificare in modo da togliere il vento all'aia vicina); *fallit etiam ubi*

(1) BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In primam Dig. novi partem* (Venetiis 1580), *ad l. 1 de aqua et aq. pluv. arc. § Denique Marcellus* (fol. 41); *ad l. 2 Quominus, De fluminibus* (fol. 135); *In secundam Dig. novi partem, ad l. 3 de oper. publ.* (fol. 228).

(2) Confr. loc. citato e Iacobus Anellus de Bottis e Petrus Mangrella nelle note al Bartolus (Venetiis 1596), vol. 8, pag. 112, *ad l. 8 de servit. et aqua*, Cod. 3, 34.

(3) CYNUS PISTORIENSIS, *in Codicem* (Francofurti ad Moenum 1578), *ad l. Altius, De servit. et aqua*, 3, 34, n. 2 (fol. 176).

(4) ALBERICUS DE ROSATE, *Prima super Codice* (Lugduni 1545), *ad l. Altius, De servit. et aqua*, 3, 34 (fol. 162).

(5) BALDUS UBALDUS PERUSINUS, *In I, II et III Codicis Commentaria* (Venetiis 1615), *ad l. Altius, De servit. et aqua*, 3, 34, n. 4 (fol. 40).

(6) BALDUS UBALDUS, *Consiliorum secunda pars* (ed. Vincent. de Portonaris 1543), cons. 188, n. 1 (fol. 37); cons. 195 (fol. 40).

(7) BARTHOLOMAEUS A SALYCETO, *In III et IV Iustiniani Codicis* (Lugduni 1541), *ad l. Altius, de servit. et aqua* n. 2 (fol. 65).

aedificando in suo ad aemulationem directe quis praecedit in utilitatem quae in locum vicini transit ex loco in quo aedificatur, exemplum si ad aemulationem tui tantum praecido venas aquarum orientes in meo quae in tuo directe recurrunt; ut in l. 1, § Denique, De aq. et aq. plu. arc. Ad aemulationem autem reipublicae istud non licet, etc. » (1).

Contro tale distinzione insorse Paolo di Castro, rispondendo che non è da eccettuare solo il caso di un'utilità diretta che passi dal proprio fondo a quello del vicino; poichè a molto maggior ragione l'eccezione deve aver luogo, quando l'utilità venga da cosa a tutti comune, come il cielo (2). In altro luogo poi il Castrense oppose all'opinione di Angelo la l. 1, *Denique, De aq. et aq. pluv. arc.* (è il fr. 1. § 12 *de aq. et aq. pl. arc.* 39, 3) e la l. *In fundo, De rei vindic.* (è il fr. 38 *de R. V.* 6, 1) che sono certo delle più importanti nella nostra materia (3); sicchè non dubitò di porre in termini generali la proposizione che debbano proibirsi gli atti diretti ad emulazione, per esempio, l'erigere edifici per vedere i segreti dei vicini (4).

D'allora in poi non vi furono quasi più oppositori. La teoria del divieto dell'emulazione fu riprodotta da Giasone del Maino, gran raccogliitore e copiatore delle opinioni altrui (5), da Alessandro Imolense (6) e da tutti i più reputati autori. Passando di libro in libro, senza nessuna critica, senza che si cercasse di ostare alla comune corrente o almeno di fondare la propria decisione sopra motivi migliori che non fossero le molte citazioni di autori precedenti, la teoria si potè dire un *ius receptum*; essa venne prendendo forme precise e furono stabiliti tutti i casi nei quali si poteva applicare.

5. Non per vana pompa di erudizione, ma per mostrare col fatto quanto si era estesa e irradicata la regola che proibiva gli atti di emulazione e per facilitare al lettore il riscontro delle nostre affermazioni, riporteremo qui un elenco di nomi di autori, che ammisero quella regola, citando il luogo delle opere ove ne parlano:

BARTHOL. CAEPOLLA, *De servitutibus urbanorum praediorum* (Taurini 1613) cap. 39 n. 7 e seg. (pag. 81); cap. 62, n. 3 e seg. (pag. 130) e altrove *passim*—ALCIATUS, *Tractatus de praesumptionibus* (Venetiis, 1564) Reg. 3 *praesumpt.* 23, n. 1-3—DUARENUS, *Opera omnia* (Lucae 1765) *In tit. Dig. de serv. praed. urb.* l. 9 (vol. 1, pag. 350)—PARISIUS, *Consiliorum prima pars* (Venetiis 1570) cons. 112, n. 7, 11 (fol. 211) — DIDACUS COVARRUVIAS, *Variarum resolutionum etc.* (Venetiis 1571) lib. 3, cap. 14, n. 8 (vol. 2, pag. 291) — HONDEDEUS, *Consilia* (Venetiis 1502) cons. 80, n. 7, 8, 34, 35 (vol. 1,

(1) ANGELUS DE PERUSIO, *Lectura super prima parte Digesti veteris etc.* (Lugduni 1548), *ad l. Cum eo, De serv. urb. praed.* (fol. 184), e *ad l. Imperatores, De serv. urb. praed.* (fol. 185).

(2) PAULUS CASTRENSIS, *In primam Digesti veteris partem commentaria* (Venetiis 1594), *ad l. Cum eo, De serv. urb. praed.* (fol. 168).

(3) *In primam Codicis partem commentaria* (Venetiis 1593), *ad l. Altius, De serv. et aqua*, n. 4 (fol. 166).

(4) *Consiliorum seu responsorum vol. tertium* (Venetiis 1571), cons. 48, *Additiones* n. 5 (fol. 55); *In primam Codicis partem Commentaria* (Venetiis 1593), *ad l. Altius, De serv. et aqua* n. 4, 5 (fol. 166).

(5) JASON MAYNUS, *In primam Digesti veteris partem commentaria* (Venetiis 1579). *De iustitia et iure, l. ex hoc iure* n. 6-12 (fol. 7).

(6) ALEXANDER TARTAGNUS IMOLENSIS, *Consiliorum liber II* (Venetiis 1570), cons. 174, n. 4-6 (fol. 133).

pag. 661) — PECCHIUS, *Tractatus de servitutibus* (Florentiae 1839) cap. 5, quaest. 5, n. 41, 45, 54, 58, quaest. 8, n. 25, 27, quaest. 18, n. 15, 16; cap. 8 quaest. 4 n. 33, 34, quaest. 19, n. 4, 10, 20, 21, quaest. 26 n. 7, 8; *Tractatus de aqueductu* (Ticini Regii) lib. 1, cap. 7, quaest. 7, n. 9, 15 (pag. 383 seg.) e *passim* — ALBERICUS GENTILIS, *De iure belli* (Hannoviae 1604) lib. 3, cap. 25; e contro di lui GASP. ZIEGLERUS, *Tractatus de iuribus maiestatis* (Wittebergae 1668) lib. 1, cap. 35, § 12 seg. — JAC. MENOCHIUS, *De praesumptionibus* (Venetiis 1603) lib. 6 *praesumpt.* 29 (vol. 2, pag. 706); *De arbitrariis iudicum questionibus* (Coloniae Agrippinae 1605) lib. 2, cent. 2, casus 156 (pag. 250) — Jo. OINOTOMUS, ossia Jo. SCHNEIDEWIN, *In quatuor institutionum libros* (Venetiis 1606) lib. 4, tit. *de interdictis*, tit. 15, § *Summa divisio*, n. 56, 59 (pag. 547) — HECTOR FELICIUS, *Tractatus de societate* (Venetiis 1610) cap. 28, n. 26 (pag. 178) — A. GAILL, *Observationum practicarum lib. II* (Venetiis 1613) lib. 2 *obs.* (pag. 208 seg.) — JOS. MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum* (Augustae Taurinorum 1624) concl. 621 (vol. 1, pag. 361) — DOM. TUSCHIUS, *Practicarum conclusionum* etc. (Lugduni 1661) concl. 232 (vol. 3, pag. 112) — Jo. HERINGIUS, *Tractatus singularis de molendinis* (Francofurti 1625) qu. 15, n. 32 seg. — GASP. ANDR. THESAURUS, *Quaestionum forensium* etc. (Augustae Taurinorum) lib. 1, quaest. 39, n. 9 (pag. 90) — Jo. BAPT. CIARLINIUS, *Controversiarum* etc. (Venetiis 1637) part. 1, cap. 30, n. 28, 31 (pag. 193), part. 2, lib. 2, cap. 182, n. 4, 5 (Venetiis 1667) pag. 254 — ANT. FABER, *Codex Fabrianus* (ed. Chouet 1640) lib. 3, tit. 24 *de serv. et aq. def.* 5 (pag. 240); *Coniecturae* (Lugduni 1661) lib. 19, cap. 15, n. 13 (pag. 752). — A. SPERELLUS, *Decisiones fori ecclesiastici* (Venetiis 1666) dec. 55, n. 22, 24, 26, 34, 37, 39 (pag. 238) — MATT. DE AFFICTIS, *Decisiones sacri regii consilii neapolitani* (Venetiis 1635) dec. 225, n. 2 (pag. 418) — HECTOR CAPYCIUS LATRO, *Decisiones novissimae* (Neapoli 1652) lib. 1, dec. 50, n. 5, 6, 8 — P. F. DE TONDUTI SANLEGERI, *Questionum et resolutionum legalium lib. 2* (Lugduni 1659) cap. 88, n. 18, 30 (pag. 199) — Jo. P. ACTOLINIUS, *Resolutiones forenses* (Coloniae Allobrogum 1686) Res. 59, n. 12, 15 (pag. 267) — DOM. ANTUNEZ PORTUGAL, *Tractatus de donationibus* (Lugduni 1688) lib. 3, cap. 4 *De flum.* n. 13, 17, 18, 50, 51 (vol. 2, pag. 22 seg., 26) — ANG. BARBOSA, *Collectanea in Codicem* (Lugduni 1701) *ad l. Altius, § De servit. et aqua III*, 34, n. 7, 8, 11, 12 (tom. 1, pag. 471 seg.); *votorum decisivorum et consultivorum* (Lugduni 1702) lib. 3, vol. 102, dub. 1, n. 54, 55, (tom. 2, pag. 186) — STEPH. GRATIANUS, *Disceptationum forensium* etc. (Venetiis 1699) cap. 572, n. 53 (tom. 3, pag. 607), cap. 745, n. 35, 39, 50 (tom. 4, pag. 462) — CAROL. ANT. DE LUCA, *Animadversiones in disceptationes Gratiani* (Neapoli 1686) *anim. in cap. 546 Gratiani*, n. 6, 7 (tom. 3, pag. 275); (Neapoli 1690) cap. 896, n. 6 (tom. 5, pag. 155) — ANT. GOBIUS, *Tractatus varii* (Venetiis 1700) *De aquis*, quaest. 15, n. 9, 23, 52, 53 (pag. 33 seg.) — F. M. CONSTANTINUS, *Commentaria ad varia capita statutorum almae urbis* (Parmae 1773) Annot. 23, art. 1, n. 60, 77, *De pariete communi* — B. PACICHELLIUS, *Tractatus de distantiis* (Romae 1635) cap. 6, memb. 4 (pag. 70 seg., 77) — CARDINALIS DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae* (Neapoli 1758) lib. 2 *De regalibus*, Disc. 79, n. 10 (pag. 128); lib. 4 *De serv.*, Disc. 41, n. 5, 6 (pag. 59) e *passim* — Jo. BRUNNEMANN, *Commentarius in Pandectas* (Neapoli 1870) *ad l. 9 de serv. praed. urb. VIII*, 2 (tom. 1, pag. 489) dove riporta una decisione degli scabini di Lipsia edita dal Doring; *Commentarius in Codicem* (Neapoli 1778) *ad l. 8 de servit. et aqua III*, 34 (tom. 1, pag. 402). — SAM. STRYKIUS, *Dissertationes iuridicae* (Florentiae

1838) *Disput. 17 De iure aemulationis* (vol. 3, pag. 774 seg.), dove tratta la materia con molta ampiezza, ed altrove *passim* — ULRICUS HUBERUS, *Praelectionum iuris civilis tomi tres* (Maceratae 1838) lib. 2, tit. 3 *De serv. praed.* (vol. 1, pag. 153, 154) — HERTIUS, *De servitute naturaliter constituta*, sect. 2, § 11 (*in Commentationum atque opusculorum* vol. 2. (Francofurti 1713, tom. 3, pag. 150 segg.) — SCHULZ, *De actione contra aedificantem ex aemulatione* (Regimont. 1712) — Jo. G. NEESSIUS, (*praeside Jo. Frid. Weidlero*), *De usu remedii contra aedificantem ad aemulationem* (Vitembergae Saxonum 1732) — PAULUS POLITI, *Dissertationes* (Lucae 1760) *De novi operis nuntiatione*, quaest. 1, n. 7, quaest. 9, Diss. 1, n. 7, 8, 27, quaest. 10, n. 1, 19, quaest. 16, Diss. 8, quaest. 20 e altrove *passim* (tom. 5, pag. 4, 22, 25, 45, 60, 75, etc.) — ANT. GABR. CALDERONIUS, *Resolutiones forenses* (Bononiae 1709) res. 10, n. 2, 7, 8, 11 (pag. 57), res. 12, n. 3 (pag. 71) — TH. M. RICHERI, *Universa civilis et criminalis iurisprudentia* (Venetiis 1841) lib. 2, tit. 1, sect. 2, art. 1, § 59 (tom. 1, pag. 536), lib. 2, tit. 3, cap. 2, § 967 (tom. 1, pag. 665) — IER. BON. NERI BADIA, *Decisiones et responsa iuris* (Florentiae 1769) dec. 22, n. 2 (tom. 1, pag. 126) — R. I. POTHIER, *Oeuvres* (Bruxelles 1830), *Traité du contrat de société*, n. 212 vol. 2, pag. 452). Ai quali si possono aggiungere i molti autori da essi citati, come per esempio: NIC. BOERIUS, *Decisiones senatus Burdegalensis* (Lugduni 1551), dec. 320 — DUENAS SALMATICENSIS, *Regulae utriusque iuris* (Lugduni 1565), reg. 33 — FR. CURTIUS IUNIOR, *Consilia* (Venetiis 1571), cons. 80 — Jo. CEPHALUS, *Consilia* (Venetiis 1571), lib. 1, cons. 130 — CAR. RUINUS, *Consilia* (Venetiis 1572), lib. 1, cons. 74, lib. 4, cons. 98 — PHIL. CORNEUS, *Consilia* (Venetiis 1572), cons. 232, vol. 4 — ANG. BEROIUS, *Consilia* (Venetiis 1577), lib. 3, cons. 135 — LAUR. DE PINU, *Consilia* (Venetiis 1579), cons. 164 — AYMO CRAVETTA, *Consilia* (Venetiis 1581), cons. 599 — A. GIOFUS, *Consilia* (Venetiis 1583), cons. 1. 7. 44 — MARCABRUNUS AB ANGUILLIS, *Consilia* (Venetiis 1583), cons. 49 — Jo. P. SURDUS, *Consilia* (Venetiis 1584 seg.), cons. 32 — HIP. DE MARSILIS, *Consilia et singularia* (Venetiis 1585), sing. 154 — A. SCAPPIUS, *Tractatus iuris non scripti* (Venetiis 1586), lib. 2, cap. 34 — F. BURSATUS, *Consilia* (Venetiis 1586), cons. 54, 111 (vol. 1) — M. A. EUGENIUS, *Consilia* (Perusii 1588), lib. 1, cons. 32 — ANT. PADILLA, *Repetitiones in Codicem De servit. et aqua* (Venetiis 1603) *ad l. Altius* — BERTRANDUS, *Consilia* (Francofurti 1603) cons. 333 (vol. 3, part. 1) — Jo. SCHNEIDEWIN, *Epitome in usus feudorum* (Magdeburgi 1604) part. 2, q. 1, n. 46 — ERN. COTHMANN, *Responsa iuris* (Francofurti 1614) resp. 93 — HIER. SCHURPHIUS, *Consilia* (Francofurti 1617) cons. 16 — MELCH. PHAEBUS, *Decisiones Senatus Lusitaniae* (Olyssipone 1625) p. 1, dec. 73 — HOR. MONFANUS, *Controversiae* (Neapoli 1643) contr. 31 — JOS. URCEOLUS, *Consultationes forenses* (Genevae 1685), cons. 85 — Jo. FR. MAROTTA, *Disceptationes forenses* (Neapoli 1666) cap. 35 — DAV. MEVIUS, *Decisiones* (Stralesundi 1675) part. 2, dec. 33; *Commentaria ad jus Lubecense* (Lipsiae 1642) lib. 3, tit. 12, art. 7 — HIER. PALMA NEPOS, *Allegationes* (Lucae 1683) alleg. 263; e così cento altri che troppo lungo sarebbe qui tutti ricordare.

6. Che poteva valere contro così impetuosa corrente la resistenza di pochi ed isolati scrittori?

Una dissertazione scritta appositamente per contrastare alla comune opinione fu quella di Guglielmo Wunder (praeside Cristiano Tomasio) *Non*—

ens actionis forensis contra aedificantem ex aemulatione, Halae Magdeburgicae 1703 (1).

Rimase, si può dire, senza effetto alcuno. C. B. Hommel nella sua *Rhapsodia quaestionum in foro quotidie obvenientium*, Lipsiae 1765 segg., rinnovò gli attacchi, ma senza miglior fortuna. Convien confessare che non tutte le ragioni portate dal Tomasio e dallo Hommel si possono dir valide, nè furono da loro messi innanzi alcuni dei più forti argomenti.

7. I supremi tribunali non dubitarono di applicare la teoria proibitiva basandosi sul diritto comune. In questo senso, e solo a cagion d'esempio, si possono citare le seguenti decisioni di tribunali italiani:

Rota fiorentina, nel *Thesaurus* Jo. P. OMEROSI, Florentiae 1805, tom. 8, dec. 1 del 16 marzo 1580 — Rota romana, nelle *Recentiores*, part. 5, tom. 2 (Venetiis, 1697), pag. 239, dec. 587 Gerunden. *Juris fabricandi*, del 23 febbraio 1636 — pag. 258, dec. 599 Gerunden. *Altius non tollendi*, del 24 novembre 1636 — pag. 282, dec. 611 Gerunden. *Altius non tollendi*, 15 giugno 1636 — part. 16 (Romae 1677), pag. 731, dec. 415, Romana, *Decursus aquarum*, 23 giugno 1662 — part. 15 (Romae 1676), pag. 49, dec. 29, Asculana, *Servitutis*, 11 febbraio 1667 — parte 17 (Romae 1678), p. 53, dec. 31, Asculana, *Servitutis*, 30 gennaio 1671 — p. 103, dec. 61, Comen. *Fabricae*, 2 marzo 1671, part. 18, tom. 1 (Romae, 1681), p. 133, dec. 69, Asculana, *Servitutis*, 17 marzo 1673 — part. 19 (Romae, 1682) tom. 1, p. 193, dec. 113, Foroliviensis, *Muri*, 25 giug. 1677 — p. 473, dec. 272, Neapolitana. *Fabricae*, 27 giugno 1678, ecc. ecc. e fino ad epoca recentissima, come nell'anno 1841, dec. 46, n. 15; nel 1848, dec. 44, n. 7; dec. 51, n. 9; dec. 52, n. 8; nel 1853, dec. 234, n. 2; nel 1856, dec. 131, n. 3, ecc.

8. Anche parecchie leggi riprodussero il divieto in misura più o meno estesa. I mezzi dei quali io posso disporre nello scrivere il presente articolo mi impediscono di darne un esatto elenco. Ma posso citare una legge di Spagna: lib. 25, tit. 32, part. III, riferita da Ludovico Molina nel suo trattato *De iustitia et iure*. Disput. 709, tract. II, § 3, di questo tenore: « *Puedo la alzar, quanto se guisiere, guardandose toda via, que non descubra mucho las casas de sus vezinos.* » Questa legge che, come si vede appena letta, vieta di alzare edifici in modo da scoprir l'interno delle case dei vicini, ha bensì attinenza con uno dei casi che, come diremo in seguito, fu dai giuristi considerato come un caso di presunta emulazione, ma tuttavia fonda il suo divieto sopra un fatto oggettivo, non già sulla soggettiva intenzione di chi alza l'edificio.

Simile disposizione si leggeva nelle leggi portoghesi: lib. I, tit. XLIX, § 26 (Confr. MOLINA, *loc. cit.*; NESSIUS (praes. Weidler), *op. cit.*, pag. 21).

Lo Strikio nel suo *Usus modernus Pandectarum*, ad tit. de Serv. praed. urb. § 23 cita il seguente brano degli statuti ulmensi: « *Es soll für nehmlich für einen Neidbau erkannt und gehalten werden, wenn einer aus solchem seinen Bau einen schlechten Nutzen, sein Nachbar aber dagegen an Luft und Licht einen grossen Schaden hat.* ». Anche questo non si fonda espressamente sul mal animo, sul dispetto, che è la sostanza della emulazione.

(1) Questa dissertazione si suol citare sotto il nome del Tomasio. È noto che nelle dissertazioni di quel tempo in Germania il preside era lo *spiritus movens*, sicchè giustamente almeno il concetto fondamentale dell'opuscolo del Wunder deve riferirsi al Tomasio.

Lo SCHUSTER, *Ueber Baurecht, Verbotungsrecht, den Gebrauch und Nichtgebrauch der Dienstbarkeiten nach dem römischen und österreich'schen Rechte* (Prag 1819) (1) ricorda il capo 13 degli statuti civici di Boemia, ove era disposto che nessuno potesse per malizia togliere al vicino la luce, oscurargli le finestre o chiuderle affatto ergendo un muro od altro. (Vedi *op. cit.*, pag. 139).

Leggo nel BESELER, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, vol. 2 (Leipzig 1853) § 91, pag. 106, nota 9, il seguente art. 27 dell'ordinanza edilizia di Monaco (*Münchener Bauordnung*) dell'anno 1849: « *Item neydpau, die ainem schaden prächten, sollen verpoten sein, und sollen die pauleut dieselben neydpau abzuerkennen und darynne nach gelegenheit der sachen allwegen zu entschaiden macht haben.* » (2). Il vocabolo *neydpau*, che corrisponde al moderno tedesco *Neidbau*, significa precisamente *aedificare ad aemulationem*.

La legge della Galizia occidentale pubblicata il 13 febbraio 1797, e che servì anche da progetto pel codice civile austriaco, nel § 255 disponeva: « *Duldungen und Unterlassungen welche Einem nützlich sind, ohne den Andern schädlich zu sein, können ohne Servitut schon nach den natürlichen Rechten gefordert werden, wer sie auf geschehenes Ansuchen ohne Grund verweigert, musz von Rechtswegen dazu angehalten werden. Das Gesetz begünstiget weder Neid noch Schadenfreude.* ».

Il diritto territoriale prussiano (*Preussisches Landrecht*) I, 8, § 26 e 27, porta le seguenti simili disposizioni: *Preussisches Landrecht* I, 8, § 27: « *Niemand darf sein Eigenthum zur Kränkung oder Beschädigung Anderer missbrauchen.* »; § 28: « *Missbrauch heisst ein solcher Gebrauch des Eigenthums, welcher vermöge seiner Natur nur die Kränkung eines Anderen zur Absicht haben kann.* ».

Venendo poi a codici molto più recenti, si trovano nel codice civile del cantone di Zurigo, redatto dal celebre Bluntschli, i paragrafi seguenti:

§ 618. « *Eine an und für sich erlaubte Benützung des Bodens oder Hauses dagegen, welche bloss die Augen, Ohren oder die Nase des Nachbarn unangenehm affizirt, berechtigt noch nicht zur Einsprache.* »

§ 619. « *Nur wenn dieselbe im Uebermass oder lediglich, um den Nachbar zu ärgern geübt wird, kann dieser auch gegen eine solche übermässige oder böswillige Benützung die polizeiliche und nöthigenfalls die gerichtliche Hülfe anrufen.* ».

9. Avvalorata dall'universale consenso dei giuristi pratici d'Italia, di Francia, di Germania, di Spagna, di Portogallo, applicata dai supremi magistrati civili di quei tempi, confermata talora da leggi, qual forma prese definitivamente la teoria proibitiva dell'emulazione?

Eccola a grandi tratti, quale si può desumere dalle fonti citate.

L'emulazione si divide in buona e cattiva; la prima è una virtù, la seconda è un vizio. In quest'ultima peraltro si deve distinguere l'*aemulatio putativa licita*, cioè quella per cui si nuoce ad altri, ma col fine di giovare a sè stesso, e l'*aemulatio vera illicita* per cui si nuoce ad altri *animo nocendi*. L'emulazione non si presume; deve provarsi da chi l'allega; ma se circostanze

(1) Esiste di quest'opera una traduzione italiana col titolo: *Del diritto di erigere fabbriche ecc.*, Firenze 1838. Io cito secondo questa traduzione italiana.

(2) Confr. AUER, *Das Stadtrecht von München*, p. XCVIII.

particolari favoriscano la congettura dello spirito di emulazione, si fa eccezione alla regola.

Le principali di queste circostanze sono:

1. quando il vicino risenta grave nocimento dall'edificio o altra opera, mentre chi edifica non ne trae veruna utilità, od una troppo piccola, poichè il nulla ed il poco sono da equipararsi; o quando si sarebbe potuto conseguire la medesima utilità in altra maniera;

2. quando i vicini siano di carattere proclive alle risse tra loro, cosa, che, dicono gli scrittori, non è delle più rare;

3. quando colui che edifica sia solito agire in dispetto dell'altro, o gliel'abbia prima minacciato;

4. quando si alzi l'edificio o si apra la finestra in modo da vedere i segreti dei vicini, o da gettare lo sguardo indiscreto nell'abitazione o nell'orto di monache o di frati. Qui peraltro è da notare che, sebbene la teoria fosse nata in riguardo appunto dei religiosi, come si vede dal succitato passo di Cino, pure coll'andar del tempo fu proibito di edificare presso monasteri e chiese, non più nel solo caso di emulazione, ma anche in ogni altro, quando si turbassero i monaci, e ciò per un sentimento di rispetto alla religione (veggansi i citati Covarruvias, Barbosa, Constantinus, Politi, Strikius, Pothier, ecc.);

5. quando il vicino abbia una bella moglie o belle ragazze, perchè si suppone che l'opera si sia fatta pel fine disonesto di vederle e trattenerci con loro;

6. quando si sia collocata troppo prossima all'edificio altrui, senza necessità, la latrina o un deposito di letame;

7. quando alcuno, dopo aver rifiutate le giuste offerte del vicino, che voleva comprare un fondo, lo venda invece ad un estraneo a peggiori condizioni, specialmente poi, dice lo Strykio, quando *etiam dixerit quod eam (partem fundi) potius dedisset diabolo quam praedicto socio*;

8. quando si derivi l'acqua da una corrente in modo da lasciare a secco i proprietari inferiori;

9. quando si costruisca un mulino in acqua privata o pubblica a detrimento di mulini preesistenti, specialmente se il nuovo sia eretto nella parte superiore del fiume;

10. quando un fratello doni ad un potente la sua parte di un castello feudale, che abbia in comune col fratello;

11. quando un vassallo stringa amicizia con un nemico del suo signore o ceda ad esso la propria parte;

12. quando i sudditi vadano a far macinare il grano a mulini diversi da quelli del loro signore per fargli dispetto e vantare una pretesa libertà;

13. quando si costruiscano castelli o fortezze sui confini dell'impero, o in vicinanza di una città, contro il volere del signore di essa, perchè ciò reca danno allo Stato o alla città, e può servire di riparo a' nemici;

14. finalmente quando si facciano in una città opere a danno di un'altra, o si tengano fiere e mercati in modo da diminuire l'importanza di quelli dei paesi vicini.

Questa in breve è la teoria dell'emulazione segnata in ogni sua parte dello stampo di quel medio evo, nel quale andavano sempre confuse le idee di diritto, morale e religione, e che pure, secondo il solito, voleva derivarsi dal diritto romano.

Un punto m'importa di far rilevare prima di procedere oltre; ed è che la proibizione dell'emulazione in principio sorse relativamente al diritto di erigere edifici e sempre si mantenne in seguito principalmente in relazione al diritto di edificare. Fu estesa agli altri casi per analogia.

Il chiarissimo professore Sebastiano Gianzana, nella sua bell'opera sulle *Acque nel diritto civile italiano* (Torino 1879, vol. I, parte 2, titolo II, cap. 8, n. 578 e 581, pag. 837 e 839), confutando le opinioni da me sostenute in un precedente scritto (1), mi rimproverò di aver dato troppo importanza al caso dell'edificazione. Eppure così è; quell'importanza non fu data da me, ma da quella lunga serie di giureconsulti, che crearono la teoria dell'emulazione. Può parere strano che la teoria non abbia avuto per suo unico o almeno principale oggetto la materia delle acque, alla quale per verità, come vedremo in seguito, essa potrebbe con più ragione applicarsi; ma tuttavia il fatto ci attesta il contrario. È notevole che lo stesso Pecchio, da me più sopra citato, al quale si richiama il Gianzana, trattando della proibizione dell'emulazione in materia d'acque, osserva che si può ad essa applicare quella teoria, che è da tutti accettata rispetto al diritto di edificare. « *Ratione invidiae vel aemulationis non licet in suo aedificare, neque etiam licebit aquam denegari alteri post eius usum etc.* ». Sono le sue parole.

10. Prima di esporre le opinioni dei più moderni scrittori, e di discutere le ragioni d'ordine filosofico, che si possono addurre pro e contro il divieto dell'emulazione, e prima di esaminare la questione relativamente alle leggi attualmente in vigore, sarà utile lo studiare i testi dell'antico diritto, dai quali si volle dedurre il divieto nel diritto comune.

Il fr. 3 pr. *de oper. publ.* 50, 10 fu forse il principale tra tutti. Da esso fu desunta la parola *aemulatio* e su di esso si fondò la teoria, la quale per questo fu applicata di preferenza al diritto di edificare. Difficilmente ciò si potrebbe credere, se non si avesse la testimonianza dei fatti. Noi abbiamo già più sopra nel § 2 riferito quel testo, e abbiamo veduto ch'esso riguarda il diritto pubblico ed è motivato dalla ragione politica della tranquillità dello Stato. Da esso si poteva bensì derivare l'inibizione di elevare fortezze e castelli ecc., ma non se ne doveva mai estendere l'applicazione al campo del diritto privato.

Eppure anche il capo 19 Decret. Gregor. *De restit. spoliat.* II, 13, citato per mostrare come la proibizione degli atti d'emulazione fosse ammessa anche dal diritto canonico, non ha maggior valore di quel testo romano, poichè riguarda alcuni castelli fortificati. Non istarò a riprodurre questo capo per la sua soverchia lunghezza e poca importanza.

Io non vorrei tuttavia negare che per diritto canonico la proibizione degli atti di emulazione, quantunque non contenuta punto nei testi citati dagli scrittori, avrebbe qualche verosimiglianza, perchè, com'è noto, uno dei principj legislativi del gius canonico era che non si desse diritto quando questo fosse congiunto ad un peccato. Una celebre applicazione di tale principio si ha nelle disposizioni, che richiedono la buona fede continua per la prescrizione: cap. 5 X. *de praescript.* II, 26; cap. 20 *eod.* Ma si potrebbe forse in contrario osservare, che altri sono i principj che governano l'esercizio dei di-

(1) V. SCIALOJA, *Degli atti di emulazione nell'esercizio dei diritti*, Roma 1878. Confr. *Foro italiano*, vol. III, anno 1878, parte I, pag. 481 segg. [v. pag. 194].

ritti e specialmente dei diritti reali, altri quelli che ne regolano l'acquisto e l'estinzione.

Torniamo al diritto romano.

Anche altre leggi e certo di maggior valore furono addotte a sostegno della teoria proibitiva.

Nel fr. 38 *De rei vindicatione* 6, 1 Celso scrive: « *Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor a his rebus ablati, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium, puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias* ».

Questa legge tratta dei diritti del possessore che abbia fatte delle spese nel fondo altrui, quando questo gli venga poi evitto dal proprietario. In forza del suo diritto di proprietà sulla cosa principale questi avrebbe anche diritto alle accessioni, ma gli si oppongono le ragioni del possessore, che per queste accessioni spese del suo. Celso pone il noto principio, che riguardo alle spese, e specialmente alle utili e alle voluttuarie, il possessore abbia facoltà di portarne via quel che può senza danneggiare la cosa principale, eccetto quando il proprietario gli offra il valore che potrebbe ritrarne. Ma se tal diritto è concesso al possessore per un equo riguardo al suo interesse, per non cagionargli una diminuzione nel patrimonio, ne viene di conseguenza che egli non possa portar via, nè distruggere ciò che non gli reca giovamento. Qual valore ne trarrebbe? Il piacere di nuocere, che non si deve considerare come valore. Non sussiste più dunque il diritto del possessore di fronte a quello del proprietario, il quale non è limitato, se non dall'utilità del possessore. Il testo perciò non ha che fare con l'emulazione, come s'intese dipoi, e la massima *malitiis non est indulgendum* va accettata nei limiti posti dal testo medesimo, cioè nel caso di conflitto di diritti, dei quali l'uno abbia il suo fondamento nell'utilità di colui, al quale è concesso contro l'altro.

Il fr. 44 *De iniuriis* 47, 10 di Giavoleno è così concepito:

« *Si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret, aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut proiecerit aut infuderit, negat Labeo iniuriarum agi posse: quod falsum puto, si tamen iniuriae faciendae causa immittitur* ».

Trattasi dell'ammissibilità dell'*actio iniuriarum* nel caso d'immissione di fumo o d'altro, che un vicino facesse per dispetto dell'altro. Labeone negava quell'azione; Giavoleno invece la concedeva, a condizione che l'immissione fosse stata fatta *iniuriae causa*. Benchè a prima vista questo testo possa sembrare favorevole alla teoria del divieto dell'emulazione, esaminato più accuratamente apparisce non aver nulla che fare con essa. Nell'*actio iniuriarum* si ha riguardo all'offesa recata alla persona, non già all'offesa che questa persona riceva nel suo patrimonio. Nel caso esaminato da Labeone e Giavoleno, l'immissione del fumo o di altra cosa era per sè stessa ingiusta (1); ma

(1) Io non posso entrar qui a discutere dei limiti del diritto di mandare il fumo prodotto nel proprio fondo sul fondo del vicino. Si sa che la questione non è senza controversie. Oltre il testo qui citato veggasi il fr. 8, § 5, *si serv. vindic.* 8, 5. Ma qualunque sia l'opinione che si possa avere in proposito, a me pare che l'immissione del fumo, della quale parla il nostro fr. 44 *de iniur.*, sia per sè stessa ingiusta e da non tollerarsi dal vicino, perchè non prodotta dal bisogno della vita, e perchè dallo stesso giureconsulto assimilata al *proicere* e *infundere* di altre cose: ora è certo che tale *proicere* o *infundere* è atto proibito, senza riguardo all'intenzione di chi lo fa.

si trattava di sapere se si potesse considerare come una offesa recata alla persona del vicino. Labeone credeva che non potesse considerarsi come tale, ma Giavoleno riteneva di sì, purchè fosse congiunta all'*animus iniuriae faciendae*. L'*actio iniuriarum* e l'*actio negatoria* in tal caso potevano concorrere, ma l'una non entrava punto nella sfera dell'altra, nè era destinata a completarla o a venirle in sussidio (1). Manca dunque ogni relazione con la consueta teoria del divieto dell'emulazione.

Nel § 2 *Inst. de his qui sui vel al. iuris sunt*. 1, 8 Giustiniano, dopo aver proibiti i maltrattamenti degli schiavi e disposto « *ut, si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos bonis condicionibus vendere, ut pretium dominis daretur* », aggiunge: « *Et recte: expedit enim reipublicae ne quis re sua male utatur* ».

Tutto il passo è riprodotto dal libro primo delle Istituzioni di Gaio, ove, nel § 53, la massima è così concepita: « *male enim nostro iure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio* ». Si è detto: se « *expedit reipublicae ne quis re sua male utatur* », converrà proibire anche gli atti d'emulazione, i quali costituiscono un cattivo uso della propria cosa. Ma l'argomento prova troppo, ed è quindi come se non provasse nulla. Se si dovesse proibire ogni cattivo uso della propria cosa, si dovrebbero sottoporre tutti gli atti umani ad un perpetuo controllo, il quale distruggerebbe ogni libertà. Tutti coloro, che hanno qualche pratica con gli scritti dei giureconsulti romani, sanno che bisogna guardarsi dall'accettare le definizioni e le massime generali da essi formulate, le quali sono per lo più troppo estese e quindi false. I romani stessi avevano coscienza di ciò: « *omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim ut non subverti possit* », scriveva Giavoleno, fr. 202 *De reg. iur.* 50, 17. Per non essere indotti in errore conviene esaminare, se nel caso, al quale viene applicata una di quelle regole generali, non si trovi qualche elemento che ne giustifichi l'applicazione. Così, per esempio, nel caso dei maltrattamenti degli schiavi, evidentemente si avevano ragioni di politica per non eccitare alla ribellione quei numerosi strati della bassa società romana che erano tenuti in servitù, e ragioni di umanità, perchè i romani giuristi non poterono mai parificare interamente alle cose quegli uomini, dei quali riconoscevano la natura simile a quella degli altri uomini, benchè fossero oggetto dell'altrui diritto: « *quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt* » (Ulpiano nel fr. 32, *De reg. iur.*, 50, 17). Le disposizioni dunque relative ai diritti del proprietario sullo schiavo non ammettono estensione per analogia. Lo stesso dicasi circa l'interdizione del prodigo, la quale ha bensì la sua base in un interesse sociale, ma in quello speciale interesse che consiste nella conservazione della famiglia e del suo patrimonio, al quale tutti i membri hanno, se non un perfetto diritto, almeno un quasi diritto (2). Ce lo attesta la formola stessa della interdizione: « *Quando tibi bona paterna avitaeque nequitia tua*

(1) Confr. su questo fr. 44 *de iniur.* LUDOVICUS VITALIS, *Lectio variarum*, lib. II, cap. VII, n. 3 (nel *Thesaurus iuris romani* di EVERARDO OTTONE, tomo II, pag. 668). JHERING, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn*, nei suoi *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. VI (1863), pag. 106 seg.

(2) Confr. fr. 11 *de liber. et postum. her.* 28, 2 di Paolo.

disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico » (1).

Non è dunque possibile l'applicare senz'altro a tutti i casi la proibizione dell'uso non buono delle proprie cose.

Citasi dai fautori del divieto dell'emulazione la Novella 63. Sarà utile qui riferita tutta per meglio giudicarne il valore (2): « *Rem quae in regia hac civitate in aedificiis extruendis dolose fit, cohibere atque emendare iustum existimavimus. Quum enim Zenonis pia memoriae constitutio dicat, ut certis spatiis domus a se invicem distarent, et nos quoque tale quid sanciverimus, atque adiectum sit, ut nemo in regia hac civitate intra centum pedes prospectui in mare, rei omnium iucundissimae, officere possit, quam ex maiore etiam mensura adspectus apertus esse neque illi officii oportebat, tamen et hoc mira quadam arte clusum est. Quidam enim spatium centum pedum non transcendentes, sed vel exiguum quoddam huic spatium addentes, domum quidem aliam ibi non aedificant sed quasi velum extendunt atque ubi prospectum illum in mare cum omni licentia abstulerunt, non repugnantes legi propter distantiam centum pedum, intus impune aedificant. Et postquam id, quod quaerunt, assecuti sunt, tollunt quod propter utilitatem ab illis excogitatum est, atque ita hoc schema excogitant omni voluptate possessorum domos privant. Quod in posterum nullo modo fieri volumus.*

Cap. I. « *Sed si quis tale quid facere et dolose moliri velit, non eo modo ludat, sed si revera ea re indigeat totam domum aedificet, et usque ad totum illud spatium, centum scilicet pedum, procedat, eaque aedificia exstruat, quae ipsi necessaria et inevitabilia futura sunt, non vero ad vicini laesionem parietes repente exstruat, et velut in quadam pictura talem extendens machinationem prospectum eripiat. Quemadmodum enim eos, qui aliena rapiunt, merito aversamur et poena dignos putamus, ita eos quoque, qui haec machinantur, illis, qui aliena rapiunt a malitia non inferioris putamus. Quare si illum qui vel exiguum rem aliquam per modum rapinae auferre audet, vi bonorum raptorum actio quadrupli poena recte ulciscitur, cur non is quoque, qui tale quid fecit, cogendus est ut tollat, quod factum est, et maiore aliqua poena, hoc est decem libris auri mulctetur theatralibus excellentiae tuae inferendis? Ne quis malus vicinus (ut aiunt) factus legem irridens abeat, ut quae suis dispositionibus eum subiicere non poterit. etc.* ».

Se questa Novella veramente avesse riguardo all'emulazione, si dovrebbe citare piuttosto contro, che a favore del generale divieto; poichè stabilisce una proibizione per un caso eccezionale, e l'eccezione è conferma della regola contraria. Ma veramente l'emulazione non ha qui nulla che fare. Zenone imperatore aveva proibito (const. 12 *De aedificiis privatis* 8, 10) di erigere in Costantinopoli edifici a distanza minore di 100 piedi da quelli già esistenti, quando la nuova fabbrica impedisse all'antica la visuale del mare. Giustiniano estese (const. 13 *De aedificiis privatis*, 8, 10) quella disposizione a tutte le città dell'impero. Taluno peraltro aveva immaginato un modo ingegnoso d'eludere la legge. Rispettando la distanza di 100 piedi, aveva innalzato un alto muro, tale da togliere all'edificio altrui la vista del mare: aveva quindi edificato tra questo muro e l'altrui edificio, che, essendo già privo di quella vista,

(1) PAULUS, *Receptae Sententiae*, III, 4 a, 7.

(2) Riferisco la traduzione data nell'edizione dell'Osenbrüggen.

non si poteva dire ne fosse impedito dal nuovo edificio. Nella Nov. 63 Giustiniano condanna siffatto inganno alla legge e minaccia pene ai trasgressori. Ciò ch'egli reprime è un fatto doloso contrario alle disposizioni legali, non già un atto d'emulazione: perchè la proibizione di edificare entro la distanza di 100 piedi non è rivolta contro chi edifichi solo coll'intenzione di nuocere al vicino, ma contro chiunque, anche se edifichi per proprio bisogno. Anzi dalle stesse parole di Giustiniano « *.... quod propter utilitatem ab illis excogitatum est...* » apparisce, che gl'inventori della frode da lui condannata erano mossi dal desiderio dell'utile proprio (1).

Che dire del fr. 29 pr. *De damno inf.* 39, 2? Esso è così concepito: « *Fluminum publicorum communis est usus sicuti viarum publicarum et litorum. In his igitur publice licet cuilibet aedificare et destruere, dum tamen hoc sine incommodo cuiusquam fiat* ».

Tratta, come si vede, dei diritti che ciascuno ha all'uso delle cose pubbliche, come i fiumi, le vie, il lido del mare; e dice che l'esercizio di tali diritti deve aver luogo senza incomodo altrui. Ogni cittadino può valersi delle cose pubbliche, ma non ha alcun diritto di preferenza di fronte agli altri; l'esercizio del suo diritto è perciò limitato a quanto si può fare senza ledere minimamente l'interesse, che altri possa avere a che la cosa non venga alterata. Non è punto questione dell'intenzione di colui che vuole « *aedificare et destruere* ».

Non mi fermerò neppure a discuterla il fr. 9 *De servit.* 8, 1: « *Nam quaedam in sermone tacite excipiuntur, non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire agere sinendus est, quum id aequae commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento* ».

Chi non conosce il principio, che la servitù, ingenerando una limitazione al diritto di proprietà del fondo serviente, deve esercitarsi nel modo da ledere meno che sia possibile siffatto diritto? Tale principio non si fonda minimamente sull'animo di chi esercita la servitù, ma ha riguardo al maggiore o minor danno del fondo serviente oggettivamente considerato.

11. Di altri frammenti taccio, perchè è inutile persino il parlarne. Ma debbo portare ora tutta l'attenzione sopra un gruppo di leggi, che si trovano tutte nel titolo del Digesto « *de aqua et aquae pluviae arcendae* » 39, 3, le quali sono di gran momento pel nostro tema.

Ulpiano nel fr. 1. § 11, 12 di quel titolo così si esprime: « *Idem (sono Sabino e Cassio) aiunt aquam pluviam in suo retinere vel superficientem ex vicini in suum derivare, dum opus in alieno non fiat, omnibus ius esse (prodesse enim sibi unusquisque, dum aliis non nocet, non prohibetur) nec quemquam hoc nomine teneri. Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere (2), si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit* ».

I rapporti tra proprietari di fondi vicini riguardo al corso delle acque erano, com'è noto, presso i romani regolati dall'azione « *aquae pluviae arcendae* ». Al proprietario di un fondo rustico è concessa tale azione, quando

(1) Sulla Nov. 63 confr. CUIACIO, *Novellarum expositio in Opera omnia*. Prati 1840, vol. 10, pag. 680 seg.; SINTENIS, *Handbuch des gemeinen Pfandrechts*. Halle 1836, pag. 473, nota 2.

(2) Il Mommsen propone di leggere: « *et sane non debet habere nec de dolo actionem* ».

in conseguenza di opere fatte nel fondo vicino sia alterato il corso naturale dell'acqua piovana in modo a lui pregiudizievole. L'azione peraltro non ha luogo quando venga diminuita o totalmente sottratta l'acqua che dal fondo superiore scorre nell'inferiore: « *aquam enim arcere hoc esse curare ne influat* » (fr. 2, § 9, *h. t.*). Ma era pure da considerare che l'acqua, che scorre naturalmente sul suolo, spesso è un elemento benefico, del quale debbono potersi giovare i proprietari dei fondi. Quale era il rapporto tra i proprietari circa il diritto di servirsi dell'acqua? I romani non definirono perfettamente questo punto, che oggi ha acquistata tanta importanza nel diritto civile. Tuttavia la natura stessa delle cose indicava alcune regole generali da seguire. Il proprietario del fondo superiore doveva avere un diritto di preferenza, quando l'uso dell'acqua da parte sua escludeva quello del vicino inferiore. Ciò era conseguenza della sua più vantaggiosa posizione topografica. Negargli il diritto di preferenza sarebbe stato negargli ogni diritto, perchè l'acqua trascorsa nel fondo del vicino sarebbe per sempre sfuggita alla sua appropriazione. Un'applicazione di tale diritto di preferenza si ha nel § 11 della legge che veniamo commentando; un'altra nel fr. 24, § 12 *de damno infecto* 39, 2: « *Item videamus, quando damnum dari videatur: stipulatio enim hoc continet, quod vitio aedium loci operis damnum fit. Ut puta in domo mea puteum aperio, quo aperto venae putei (tui) praecisae sunt: an tener? ait Trebatius non teneri me damni infecti: neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua iure meo usus sum etc.* ».

Ma se il proprietario del fondo superiore aveva siffatto diritto di preferenza per la posizione naturale dei luoghi, doveva egli avere anche un'assoluta disposizione dell'acqua in modo da poterla sottrarre per qualunque motivo, buono o malvagio, al proprietario del fondo inferiore? O non si doveva piuttosto tener conto del legittimo interesse che quest'ultimo aveva, a ricever l'acqua sopravanzata ai bisogni del vicino? Non meritava tale interesse di essere elevato al grado di vero diritto? Quella natura, che obbligava il proprietario del fondo inferiore a subire i danni delle acque piovane, che dai fondi superiori vi defluivano, non l'autorizzava forse a reclamarne gli eventuali vantaggi?

Certamente, come già più sopra abbiamo osservato, non gli si poteva concedere in tal caso l'*actio aquae pluviae arcendae*, perchè non si trattava di un accrescimento pregiudizievole dell'acqua; non gli si poteva dare l'*actio confessoria*, quando non si era costituita una vera servitù; non la *rei vindictio*, perchè, prima dell'appropriazione da parte del proprietario, l'acqua non era cosa sua. I romani non crearono un'apposita azione, ma si servirono dell'*actio de dolo*, la quale si applicava quando, mancando ogni altra azione, si aveva tuttavia un diritto da tutelare contro le maliziose lesioni da parte di altri.

Mai, più che in questo caso, lo svolgimento posteriore di un istituto giuridico può aiutarci a comprendere la vera importanza delle prime fasi della sua vita, della sua elaborazione. Noi vedremo nei paragrafi seguenti che il nostro codice civile attuale riconosce un vero diritto nei proprietari dei fondi inferiori a ricevere l'acqua, che sopravanza ai bisogni dei proprietari dei fondi superiori. Il diritto romano non giunse fino a questo punto; ma non potè disconoscere interamente siffatto diritto. Lo tutelò almeno contro le offese più gravi. La concessione dell'*actio de dolo* al proprietario inferiore fece sì ch'egli dovesse subire fino all'estremo limite il diritto di preferenza del proprietario superiore, quando questo fosse spinto dalla propria

utilità; ma non dovesse invece esser privato dell'acqua, quando il vicino non ne traesse vantaggio alcuno. Eravi un conflitto di diritti; l'uno di essi doveva prevalere, ma a condizione di fondarsi sull'utilità.

L'*actio doli*, è vero, aveva riguardo all'intenzione di colui che disviava l'acqua. Ma in pratica ciò non poteva punto alterare l'applicazione del principio da me ora formulato; perchè, quando il proprietario del fondo superiore avesse ricavata qualche utilità dal deviamiento dell'acqua, era per lui sufficiente di provare questa utilità per sottrarsi interamente all'azione; quando invece avesse operato il deviamiento senza alcun proprio vantaggio, ma senza maligno proposito, era sufficiente l'avviso da parte del proprietario inferiore, che gli facesse notare l'offesa al proprio diritto, per costituire in dolo colui che avesse continuato a deviare l'acqua; quando finalmente il danno arrecato al proprietario del fondo inferiore non fosse stato cagionato da prava intenzione, ma fosse stato irrimediabile, evidentemente non si sarebbe mai potuto agire contro il proprietario del fondo superiore, qualunque diritto si fosse riconosciuto in quello del fondo inferiore.

Queste cose ci si faranno anche più chiare quando avremo esaminato il preteso divieto dell'emulazione in materia d'acque nel diritto civile italiano attuale: ma possiamo, mi pare, per gli argomenti svolti finora concludere, che i romani concessero l'*actio de dolo* al proprietario del fondo inferiore, perchè riconobbero in lui un diritto a ricever l'acqua inutile assolutamente al vicino superiore (1).

La spiegazione del fr. 1, § 11, 12 *de aq. et aq. pluv. arc.* ci facilita di molto la via per l'esatta interpretazione anche del fr. 2 § 9 dello stesso titolo. Ivi Paolo scrive: « *Item Labeo ait, si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse; aquam enim arcere hoc esse curare, ne influat. Quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat* ».

Molte sono le questioni alle quali ha dato luogo questo frammento. La lezione stessa non ne sembra corretta, e taluno ha proposto d'inserire un *vel tra flumen et torrentem*; altri, tra i quali il Mommsen, di cancellare il *flumen*.

Le interpretazioni che si possono dare del frammento sono due. Una è che il vicino per difendersi contro l'impeto dell'acqua ne abbia sviato il corso in modo da rigettarla nel fondo altrui, con pregiudizio del proprietario; a quest'ultimo sarebbe negata l'*actio aquae pluviae arcendae* per il principio, che è lecito anche danneggiare gli altri, quando si tratti della propria necessaria difesa (2).

(1) Confr. BURCKHARD, *Die actio aquae pluviae arcendae*. Erlangen 1881. (Continuazione del GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*), pag. 239 segg. Vedi pure i miei scritti, *Del divieto degli atti emulativi in materia d'acque* (nel periodico *La legge*, 1879, parte III, pag. 235 segg. [v. pag. 210]) e *Del diritto positivo e dell'equità* (Camerino, 1880, nota 3, pag. 33 seg. [v. pag. 5]).

(2) In questo senso con piccole variazioni si veggano DONELLO, *Comm. iur. civilis*, XV, cap. 48, § 5, 6. — CUIACIO, *lib. 49 Pauli ad edictum, ad h. l.* (Prati 1838, vol. 5, pagine 1070 segg.). — KÄPPEL, *Die aquae pluviae arcendae actio* (Zürich 1863), pag. 27. — SCHNEIDER, *Ueber die Erfordernisse der actio aquae pluviae arcendae* (nella *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess* del LINDE, V, 1832), pag. 353 segg. — UNTERHOLZNER, *Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen* (Leipzig 1840), vol. II, pag. 198, nota s. — MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum* (3^a ediz., Halis Saxonum 1831), vol. II, § 460, nota 21. — PUCHTA, *Vorlesungen über das heut. röm. Recht* (3^a ed., Leipzig 1852), § 395. — PAGENSTECHER, *Die römische Lehre*

L'altra è che il vicino, che devia il torrente, non lo rigetta nel fondo altrui, ma anzi impedisce che l'acqua vi pervenga, privandolo in tal modo del beneficio dell'irrigazione. Il testo in tal caso direbbe che l'*actio aquae pluviae arcendae* è inammissibile, quando si tratti della diminuzione del vantaggio arrecato dall'acqua (1).

Trattasi principalmente del modo d'intendere le parole « *et hoc modo sit effectum ut vicino noceatur* » perchè quelli vogliono che il *noceri* significhi *aqua noceri*, danneggiare coll'acqua che si rigetta nel fondo; questi invece credono che significhi *noceri* in genere, mediante la sottrazione dell'acqua, che prima riusciva utile al vicino.

Se la prima interpretazione si presenta forse come più semplice e naturale, la seconda ha il merito di togliere ogni contraddizione del frammento con gli altri fr. 1, § 2, fr. 1, § 18, fr. 23 § 2 dello stesso titolo, e col fr. 1, § 6, 7, *Ne quid in flumin. publ.* 43, 13, ove sempre è proibito di fare opere di difesa contro l'acqua dei fiumi o altra, quando ne risulta un danno ai vicini pel riversarsi delle acque (2), senza distinguere affatto se il danno sia prodotto dal mal animo o no.

Un altro argomento a favore della seconda interpretazione può trarsi dall'inciso *aquam enim arcere hoc esse curare ne influat*, che poco si accorda con la prima; poichè secondo questa il vicino *non curat ne influat* e perciò anzichè negarla, come fa il testo, si dovrebbe dare contro di lui l'*actio aquae pluviae arcendae*.

Noi non possiamo qui a lungo trattenerci su tale questione che ci farebbe uscire dal nostro tema. Ci contentiamo di rinviare il lettore desideroso di maggiori schiarimenti all'opera del Burckhard, già precedentemente citata in una nota, la quale è la più completa a nostra conoscenza sull'*actio aquae pluviae arcendae* (3).

Qualunque possa essere l'opinione migliore in proposito, l'importanza, che il fr. 2, § 9 ha per la teoria dell'emulazione, non varia di molto.

Infatti, si ammetta la prima interpretazione; che se ne può concludere?

Contro l'impeto delle acque di un torrente, o contro la straordinaria inondazione ogni proprietario ha diritto a difendersi anche col danno del vicino; questi ha il medesimo diritto. Quando però uno non esercita il suo diritto di difesa, ma fa opere per nuocere all'altro, egli è evidente che deve

vom Eigenthum (Heidelberg 1857), I, pag. 121 seg. — Confr. anche il mio scritto, *Degli atti d'emulazione* (Roma 1873), pag. 13, nota a. [v. pag. 194].

(1) Così MARANUS, *Paratitla Dig. ad h. t.* (Opera omnia Trajecti ad Rhenum 1741), pag. 444. — VOET, *Comm. ad Pandectas ad h. t.*, § 4. — SCHMIDT, *Civilistische Abhandlungen* (Jena 1841), pag. 142 seg. — HESSE, *Ueber die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn* (1^a ed. 1859), I, pag. 220 segg. — ELVERS, *Themis*, Nuova Serie, I, 3, pag. 481, 482 (anno 1841). — SCHÄFFER, *Archiv für praktische Rechtswissenschaft*, II, pag. 38 (anno 1854). — BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 2^a ed., Erlangen 1873 segg., vol. I, § 173, nota 2, pag. 685.

(2) Veggasi pure HYGINUS, *De generibus controversiarum* (Gromatici veteres, ed. Lachmann, Berolini 1848, pag. 124, v. 5 segg.): « *Quae res necessitatem ripae muniendae iniungit, ita tamen ne alterius damno quicquam faciat qui ripam munit* ». Non altrettanto forza probante ha, a parer mio, il passo di FRONTINUS, *De controversiis agrorum* (ed. citata, pag. 51, v. 1 seg.): « *Nam et iure continetur nequis ripam suam in iniuriam vicini munire velit* ». La frase *in iniuriam vicini* può significare *cum damno vicini*, ma anche *hoc animo, ut vicino noceat*, come si esprime il giureconsulto nel fr. 2, § 9, *de aq. et aq. pluv. arc.* 39, 3 in questione.

(3) Veggasi BURCKHARD, *op. cit.*, più sopra nella nota 1 a pag. 231. Il fr. 2, § 9, vi è spiegato da pag. 227 a pag. 238.

prevalere il diritto di difesa dell'altro. Trattasi, direi, quasi di un'applicazione del *moderamen inculpatae tutelae*. L'essere un atto amnesso dal diritto solo per la propria tutela non vuol dire che quest'atto sia per sè stesso legittimo; significa anzi che, dove finisce la difesa, finisce anche la legittimità dell'atto.

Nulla dunque avrebbe che fare il fr. 2, § 9 *de aq. et aq. pluv. arc.* con la pretesa teoria del divieto dell'emulazione.

Si accetti invece la seconda spiegazione di questo frammento. Quale ne è la conseguenza?

Null'altra, se non che ad esso si possa e si debba precisamente applicare il ragionamento, che più sopra abbiamo fatto a proposito del fr. 1, § 12 dello stesso titolo. L'uno e l'altro escludono l'*actio aquae pluviae arcendae* nel caso che si facciano opere, che impediscano alle acque di scorrere nel fondo del vicino; l'uno e l'altro ammettono un'azione nel caso che tali opere non siano di utilità a chi le eseguisce e perciò siano rivolte semplicemente contro il vicino. Il fr. 1, § 12 dice espressamente che tale azione è l'*actio de dolo*; il fr. 2, § 9 tace su questo punto, ma può benissimo riferirsi a tale azione. Identico dunque è il rapporto che i due testi hanno con la teoria del divieto dell'emulazione.

Ma i seguaci di siffatta teoria citano ancora un terzo frammento tolto dal libro 39 tit. 3 delle Pandette. È il tanto controverso fr. 2, § 5 *De aq. et aq. pluv. arc.* di Paolo:

« *Item Varus ait: aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat, vel reponi sinat, idemque putat, et si manufactus fuit, neque memoria eius exstat; quod si exstat, putat aquae pluviae arcendae actione eum teneri. Labeo autem, si manufactus sit agger, etiamsi memoria eius non exstat, agi posse, ut reponatur; nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellat facientem, quod iure facere possit. Quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, at tamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus* ».

Un argine è distrutto dalle acque, che vengono così a nuocere al fondo inferiore. Potrà il proprietario di questo fondo avere azione contro il proprietario di quello, ov'era l'argine, per costringerlo a ristabilirlo o almeno a permettere che venga ristabilito? Abbiamo nel testo le risposte dei giureconsulti Varo, Labeone e Paolo a tale problema.

Tre casi potevano darsi; o l'argine era naturale, o artificiale, ma costruito da tempo immemorabile, o finalmente costruito in tempo e modo conosciuto.

Relativamente all'argine naturale Varo riteneva non potersi dare alcuna azione; e su questo punto Labeone concordava con lui. Relativamente poi all'argine artificiale, Varo negava l'azione per quello immemorabile, la ammetteva per quello *cuius memoria exstat*. Labeone era di diverso parere; ma di qual parere? Gli interpreti sono molto discordi. Cuiacio (1) ritenendo che la ragione sulla quale si fonda l'opinione di Labeone « *nam hac*

(1) Vedi nell'edizione più sopra citata CUIACIUS, *lib. XLIX Pauli ad edictum*, su questa legge (vol. 5^o, pag. 1068 seg.).

actione etc. » male si accorda con l'opinione stessa quale risulta dal testo tramandatoci nelle Pandette fiorentine, propone una correzione. Invece di leggere: « *etiamsi memoria eius non exstat, agi posse ut reponatur* », trasponendo il *non*, vorrebbe si leggesse: « *etiam si memoria eius exstat, agi non posse, ut reponatur* » (1). Crede perciò che Labeone negasse l'azione anche in quel caso, in cui Varo la concedeva. Tuttavia si osserva in contrario dagli autori, che non solo nessun argomento estrinseco appoggia la modificazione del testo; ma che si viene così a far negare da Labeone medesimo quella dottrina della forza sanatoria della *vetustas*, della quale egli era grande fautore e che da lui fu con queste parole formulata: « *si lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis obtinere* » (fr. 1 § 23 *de aq. et aq. pluv. arc.* 39, 3) e fu applicata in vari altri casi (fr. 2 § 1, 7 *eod.*). La proposizione « *nam hac actione neminem cogi posse etc.* » va interpretata non come motivo della decisione del giureconsulto, in quanto concede il diritto d'agire, ma solo in quanto restringe l'azione all'*ut reponatur*, ossia al semplice *patientiam praestare* da parte del proprietario del fondo ov'era l'argine (2). Ovvero si deve vedere in quella proposizione il motivo per cui viene negata l'azione relativamente all'argine naturale.

Labeone dunque ammetteva l'*actio aquae pluviae arcendae* per il caso che l'argine fosse artificiale, tanto se constasse del diritto dell'attore a mantenere tale costruzione, quanto se non constasse, perchè si era perduta la memoria dei tempi nei quali la costruzione avvenne.

Paolo osserva che l'*actio aquae pluviae arcendae* non può concedersi, evidentemente perchè manca l'elemento del *manu nocere*, ch'era una delle necessarie premesse, onde dipendeva quell'azione. Tuttavia per equità egli ammette un'azione utile o un interdetto. Ma si dovranno questi ritenere concessi soltanto per i due casi nei quali l'argine è artificiale, o anche pel caso che l'argine sia naturale? Non sono mancati gl'interpreti che hanno sostenuta l'estensione anche a quest'ultimo caso (3); ma la più retta opinione è certamente la prima. Quell'estensione infatti contraddice a quanto Varo e Labeone ritenevano per indubitato, e contrasta con le numerose leggi del nostro titolo, nelle quali sempre si ripete, che, quando lo stato naturale del fondo è modificato dalla natura stessa, non si può dare alcuna azione (4).

(1) Il BURCKHARD, *op. cit.*, pag. 611, scrive che questa emendazione fu con ragione da tutti rigettata. « *Mit Recht ist jedoch diese gewaltsame Kur des Cujaz allgemein verworfen worden* ». Ciò non è esatto. Il Mommsen nella sua edizione delle *Pandette* in nota propone la variante di Cuiacio.

Un'altra variante più complicata vorrebbe mettere innanzi il BEKKER, *Die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen des römischen Rechts* (nel suo *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, vol. 5° (1862), pag. 183). Veggasi contro di lui il BURCKHARD, *op. cit.*, pag. 612 segg.

(2) Confr. fr. 1, § 23 *h. t.*: « *...non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro munimus: eritque quasi servitus, in quam (in Mommsen) rem utilem actionem habemus vel interdictum* ».

(3) Anzi la Glossa *ad h. l.*, v° *quamquam* riferisce due opinioni, la prima delle quali ammette l'*actio utilis* nel caso di argine naturale e artificiale; la seconda nel solo caso di argine naturale. Lo SCHMIDT, *Civilistische Abhandlungen*, pag. 138 segg., sostiene anch'esso che l'*actio utilis* era concessa così per l'argine naturale, come per l'artificiale.

(4) Nell'interpretazione di questo fr. 2, § 5, *de aq. et aq. pluv. arc.*, mi sono conformato al BURCKHARD, *op. cit.*, pag. 609-634; quantunque non creda che tutto in lui sia rispondente al vero; p. e. non tutte le sue critiche rivolte contro Cuiacio si possono, a parer mio, appro-

Riassumendo, troviamo dunque che nel fr. 2, § 5 in questione Paolo, riconosciuto che non si poteva dare l'*actio aquae pluviae arcendae directa*, nel caso che non la mano dell'uomo, ma l'impeto naturale delle acque avesse distrutto un argine artificiale nel fondo vicino, concedeva un'*actio utilis* al proprietario del fondo vicino, il quale venisse a soffrirne nocumento; e ciò tanto nel caso che fosse nota l'origine, quanto in quello che fosse ignota per il tempo immemorabile trascorso. Quest'*actio utilis* aveva per iscopo di obbligare il proprietario del fondo, ove l'argine prima sorgeva, non a ricostruirlo egli stesso, ma a permettere che l'attore lo ricostruisse.

Tutto ciò, come ognuno vede, non si riferisce minimamente al divieto dell'emulazione.

Ma i fautori del divieto menano molto rumore per le ultime parole del testo: « *actionem... competere... si velim aggerem restituere qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus* ». Vedete, dicono, chiaramente qui posto il principio, che in mancanza del diritto l'equità vuole si conceda agli altri di fare nel nostro fondo tutto ciò che loro giova e non ci nuoce. Questo principio veramente non è quello del divieto dell'emulazione; ma non bisogna troppo sofisticare, ed io confesso volentieri che se lo si dovesse ammettere nel modo generale, come vien formulato, ne sarebbe logica conseguenza il diritto di distruggere nel fondo vicino quelle opere, che ledono il nostro interesse e la cui distruzione non lederebbe quello del vicino, che le costruì appunto senza sua utilità. Una volta poi ammesso tale diritto di distruzione, sarebbe certamente necessario concedere pure il diritto di vietare preventivamente la costruzione di opere di tal natura.

Tale conseguenza sarebbe forse troppo esagerata anche per i seguaci del divieto dell'emulazione, perchè si dovrebbero vietare le opere oggettivamente inutili a chi le fa, senza aver riguardo alla buona o cattiva intenzione di costui, senza badare perciò all'*aemulatio*. Chi vorrà accettare perciò, nella sua generalità, conclusione siffatta?

Ma v'ha di più. Il principio che ognuno ha diritto di fare nel fondo altrui *quod sibi prodest et alteri non nocet* è assolutamente falso. Paolo, con le parole più sopra citate, non fa altro che una considerazione a fine di dimostrare, che niuna conseguenza cattiva deriva dal concedere l'*utilis actio*, quando manchi il *manu nocere*, ch'è requisito necessario per l'*actio directa*. L'estesa applicazione dell'azione, egli pensava, non produrrà alcun effetto iniquo, poichè una parte ne sarà avvantaggiata e l'altra non ne sarà punto danneggiata. Ma la causa intima della concessione dell'*actio utilis* deve ricercarsi in ben altri principî, in quelli cioè che governano le limitazioni legali alla proprietà rispetto al corso delle acque; principî dei quali noi abbiamo già esaminate altre conseguenze, che non ammettono estensione per analogia ad altre materie giuridiche.

La falsità della massima generale, della quale trattiamo, è ammessa da pressochè tutti gli scrittori di diritto; basta infatti pensare alle sue logiche

vare. Tuttavia non ho voluto allontanarmi dalla sua interpretazione, fatta con molta dottrina e molto ingegno, perchè essa rappresenta lo stato attuale della scienza in proposito, e perchè le poche variazioni, che vi si potrebbero introdurre, richiederebbero troppo lunga dimostrazione e non darebbero nessun risultato importante per quanto riguarda il rapporto del testo medesimo colla teoria del divieto dell'emulazione. Rinvio al Burckhard chi desiderasse maggiori schiarimenti.

conseguenze per iscoprirne a prima vista l'errore. La tua casa è vuota, tu sei lontano e non ritornerai che tra qualche anno; io avrò diritto ad occuparla per mia abitazione nel frattempo, magari curandone la manutenzione! Una servitù di passaggio, una *servitus tigni immittendi*, tutto, tutto potrebbe ottenersi pur di provare che il vicino non ne viene leso nei suoi interessi!

Ma Paolo stesso, nello scrivere quella proposizione tanto fraintesa nel fr. 2 § 5 *de aq. et aq. pluv. arc.*, ci dimostra ch'egli non dava ad essa l'importanza di una regola generale. Infatti egli non applica l'*actio utilis* al caso di distruzione di un argine naturale.

Chi ci autorizza dunque ad estendere una massima, che vien solo in casi determinati applicata da colui che la enuncia?

12. Abbiamo sin qui accuratamente presi in esame i testi del diritto romano, che si vorrebbero addurre a prova del divieto dell'emulazione.

Prima peraltro di formulare la conclusione generale, alla quale quell'esame ci ha condotti, è necessario osservare che non mancano nel *corpus iuris civilis* i testi, che chiaramente confermano il principio contrario a quel divieto.

Così dopo aver distinto, nel fr. 144 *De reg. iuris* 50, 17, il lecito dall'onesto: « non omne quod licet honestum est » (1), in modo amplissimo si proclama nel fr. 55 *De reg. iuris* 50, 17: « Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur », e poco dopo, nel fr. 151 *eod.*: « Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet »; e quindi più particolarmente nel fr. 8 § 5. *Si serv. vind.* 8, 5: « ... in suo enim alii hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat », e nel fr. 9 *De serv. praed.* 3, 2: « Cum eo qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio ». Quest'ultima regola, che direttamente s'opponne al divieto della emulazione nel caso di edifici innalzati o costruiti di nuovo, è più volte ripetuta, nel fr. 14 *De serv. praed. urb.* 8, 2: « Imperator Antoninus Severus [et Verus] Augusti rescripserunt in area, quae nulli servitutem debet, posse dominum vel alium voluntate eius aedificare intermisso legitimo spatio a vicina insula », e nella const. 8 *De servit. et aqua* 3, 34: « Altius quidem aedificia tollere, si domus servitutem non debeat, dominus eius minime prohibetur » e nell'altra const. 9 *eod.*: « ... sed si te servitutem habuisse non probeatur, tollendi altius aedificium vicino non est interdictum ».

Notevolissimo poi, perchè mette in chiaro la differenza tra gli atti che ledono un vero diritto e quelli che altro non fanno che togliere un comodo al vicino, e perciò non possono proibirsi, è il fr. 26 *De damno inf.* 39, 2: « Proculus ait, quum quis iure quid in suo faceret, quamvis promisisset damnum infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione: veluti si iuxta mea aedificia habeas aedificia eaque iure tuo altius tollas; aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces: quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti (uti Mommsen seguendo Krueger) lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro ».

(1) Questo frammento risponde esso solo, senza bisogno di commenti, a tutte le argomentazioni fondate sul famoso passo: « Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere ». § 3 *Inst. De iustitia et iure* 1, 1; fr. 10, § 1 *De iustitia et iure* 1, 1.

« quo adhuc faciebat, uti prohibeatur. Mihi videtur vera esse Proculi sententia ».

Se è vero che negli atti di emulazione non vengono trasgrediti i limiti oggettivi del diritto, non si potrà dire di essi che il loro autore *damnum non facit, sed vicinus lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibetur?*

È importante il notare la profonda differenza, che corre tra il concetto di danno, quando alcuno faccia nel proprio fondo opere che possono riuscire incommode e lesive dell'interesse del vicino, e quando invece tali opere si facciano in luogo a tutti aperto, come nel mare, sul lido, sulla via pubblica. Si leggano, e si confrontino con il fr. 26 *de damno inf.* or ora citato, i testi seguenti relativi a casi di quest'ultima specie: fr. 2 § 2 *ne quid in loc. publ.* 43, 8: « ... Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque, et tantum iuris (in iis ins. Mommsen) habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet. Propter quod si quod forte opus in publico fiet, quod ad privati damnum redundet, prohibitorio interdicto potest conveniri, propter quam rem hoc interdictum propositum est ». Fr. 2 § 6 *eod.*: « Cum quidam velum in maeniano immisum haberet, qui (quo Mommsen) vicini luminibus officiebat, utile interdictum competit: ne quid in publico immittas, qua ex re luminibus Gaii Seii officias ». Fr. 2 § 8 *eod.*: « Adversus eum, qui molem in mare proiecit (proicit Mommsen), interdictum utile competit ei, cui forte haec res nocitura sit: si autem nemo damnum sentit, tuendus est is, qui in litore aedificat vel molem in mare iacit ». Fr. 2 § 11—14 *eod.*: « Damnum autem pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico conseqeatur, qualequale sit. § 12. Proinde si cui prospectus, si cui (sive Mommsen) aditus sit (fit Mommsen) deterior aut angustior, interdictio opus est. § 13. Si quid in loco publico aedificavero, ut ea, quae ex meo ad te nullo iure defluebant, desinant fluere, interdictio me non teneri Labeo putat. § 14. Plane si aedificium hoc effecerit, ut minus luminis insula tua habeat, interdictum hoc competit ». Fr. 2, § 16 *eod.*: « Si quis a principe simpliciter impetraverit, ut in publico loco aedificet, non est credendus sic aedificare, ut cum incommodo alicuius id fiat, neque sic conceditur: nisi forte quis hoc impetraverit ».

Ognuno ha diritto ai vantaggi che può trarre dalle cose pubbliche, nessuno peraltro, come abbiamo più sopra osservato a proposito del fr. 29 *pr. de damno inf.* 39, 2, vi ha un diritto di preferenza; sicchè ogni innovazione fatta da privati, la quale producesse diminuzione di quei vantaggi in altre persone, lede un diritto di queste, e si deve quindi proibire.

Nessuno invece ha diritto (se non in forza di espressa disposizione legale, o di servitù) di trarre un vantaggio dallo stato attuale di un fondo altrui. Siffatto vantaggio è per lui un lucro eventuale, della cui perdita non può dolersi: è un di più non giuridico, tolto il quale il complesso dei suoi diritti rimane inalterato.

13. Giunti a questo punto possiamo trarre una conclusione generale dall'esame particolareggiato dei testi romani.

Gli atti d'emulazione non sono proibiti. Il proprietario può fare tutto ciò che sia compreso nei limiti oggettivi del suo diritto, senza che sia ammessa l'indagine circa la sua intenzione.

Vi sono veramente molti atti, che sono leciti al proprietario di un immobile soltanto sotto certe determinate condizioni. I bisogni della vita pra-

tica fanno sì che sia impossibile di applicare in tutto il suo rigore la massima, che il proprietario ha diritto di non tollerare qualsivoglia invasione, qualsivoglia turbativa da parte di altri proprietari. Massima siffatta ha pienamente luogo per la proprietà di cose mobili, non per quella d'immobili. Non avendo ogni immobile un'entità propria, separata, ma facendo parte di un unico corpo, la terra, ne vien di conseguenza che gli atti del proprietario di un fondo spesso abbiano effetti che vadano a colpire la proprietà del fondo altrui. Quantunque la regola generale sia anche qui quella or ora formulata, per la quale il proprietario di quest'ultimo fondo ha diritto di vietare all'altro atti che producano effetti di tal natura, tuttavia molte eccezioni si debbono ammettere a questa regola. Chi potrebbe vietare, per esempio, di accendere il fuoco all'abitante di una casa, perchè il fumo, che se ne sviluppa, sarà dal vento naturalmente cacciato nell'aria soprastante al fondo vicino?

A me sarebbe impossibile di tracciar qui la teoria delle legali limitazioni alla proprietà degli immobili; ma mi basta per ora accennare che siffatte limitazioni sono ammesse, e in numero tutt'altro che scarso, dal diritto romano.

Qualcuno avvezzo a ragionar presto, senza guardar troppo pel sottile nelle proprie conclusioni, si affretterà a proclamare, che il proprietario non potrà esercitare quegli atti a scopo di emulazione. Ma la conclusione non sarebbe esatta. Il criterio per decidere, se quegli atti si debbono o non si debbono tollerare, non deve essere desunto dall'intenzione dell'agente, ma dalla oggettiva e normale utilità o inutilità dell'atto. Questa e non altra è la logica conclusione di quanto abbiamo detto. Certo gli atti di emulazione, che non rechino alcun vantaggio a chi li fa, saranno compresi nella categoria degli atti inutili e perciò proibiti, ma vi saranno compresi come inutili, non come emulativi; e come d'altra parte sono proibite altre categorie di atti inutili, benchè non sieno minimamente affetti da emulazione.

Ciò diciamo relativamente a quegli atti, che ne' loro effetti colpiscono la proprietà altrui, in modo che, secondo la rigorosa applicazione del principio d'esclusivismo, avrebbero dovuto essere proibiti.

Abbiamo trovato finalmente che per quanto riguarda il corso delle acque, i romani, oltre alle ben note limitazioni legali per le quali concessero l'*actio aquae pluviae arcendae*, ammisero anche, benchè un po' timidamente, il diritto di un proprietario di un fondo inferiore a ricever l'acqua a lui vantaggiosa, che naturalmente vi scorre dal fondo superiore, ogni qual volta il proprietario del fondo superiore non traesse alcuna utilità dall'arresto o dalla deviazione dell'acqua stessa. Tale diritto si fece valere mediante un *actio de dolo*, ma noi abbiamo veduto che questa azione in pratica si veniva a fondare sulla oggettiva inutilità dell'opera fatta dal proprietario del fondo superiore per arrestare o deviar l'acqua.

Riassumendo dunque diremo che non v'è divieto degli atti d'emulazione, come tali; che il proprietario è libero nelle sue azioni, quando non ne derivi un conflitto di diritti; che finalmente in caso di conflitto di diritti, dei quali l'uno abbia il suo fondamento e la sua sostanza nella utilità di chi lo esercita, quest'ultimo diritto, mancando la utilità, deve venir meno.

14. Queste nostre conclusioni peraltro son ben lungi dall'essere universalmente accettate dai moderni scrittori di diritto romano, o di quella parte del diritto comune, che si fonda sul romano.

È venuta meno, ben s'intende, tutta quella prolissa casuistica degli antichi, che più sopra nel § 9 ho accennata, ma in sostanza la teoria è rimasta la stessa.

Sostengono il divieto dell'emulazione, come regola generale, il GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, vol. 8 (Erlangen 1807) pag. 43; il THIBAUT, *System des Pandektenrechts* (8 ediz., Iena 1834) vol. 1, § 58, pag. 48 seg.; vol. 2, § 702, pag. 227; il GESTERDING, *Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum etc.* (Greifswald 1817) pag. 11 seg., e più particolarmente in un apposito scritto relativo all'edificare per emulazione, *Vom Bauen aus Aemulation*, inserito nella sua raccolta intitolata *Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien*, vol. 3 (Greifswald 1830) pag. 391-397. Dell'opinione stessa sono il WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* (5 ed. per cura del FRITZ, München 1837) vol. 1, § 26, pag. 73; il MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum* (3 ed., Halis Saxonum 1830) vol. 1, § 129, pag. 242 seg.; lo SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen etc.*, vol. 2 (Leipzig 1837) § 91, pag. 298; il BUDDEUS alla voce *Gebäude*, nel *Rechtslexicon* del WEISKE, vol. 4 (Leipzig 1844) pag. 453; lo HESSE, *Ueber die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücknachbarn* (1 ed., Eisenberg 1859) pag. 229 segg.; lo SCHELHASS, *Das Nachbarrecht* (Würzburg 1863) § 8, pag. 20; l'HOLZSCHUHER, *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts* (3 ed., per cura del KUNTZE, Leipzig 1863-64) vol. 1, § 7, n. 3, pag. 101; vol. 2, § 91, n. 12 b, pag. 95 seg.; il WEREMBERG, *Ueber die Collision der Rechte verschiedener Grundeigenthümer, nei Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* dello JHERING, vol. 6 (Iena 1863), pag. 34 seg., 44 seg., 52, 62; il VANGEROW, *Lehrbuch der Pandkten* (7 ed., nuova ristampa Marburg e Leipzig 1876) vol. 1, § 297, annot., pag. 544, il quale ne fa speciale applicazione all'edificare per emulazione, *Neidbau*; l'ARNDTS, *Trattato delle Pandette* (trad. italiana del prof. SERAFINI) vol. 1 (3 ed., Bologna 1877) § 92, n. 2, pag. 177 seg.; il WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (5 ed., Stuttgart 1879) vol. 1, § 121, nota 3, pag. 355 seg.; il PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte* (Weimar 1867) pag. 44 seg., specialmente nota 28; e più recentemente nella sua opera maggiore intitolata *Marcus Antistius Labeo, Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, vol. 2 (Halle 1878), pag. 11 segg.

Tra gli scrittori di diritto romano in francese noterò il MAYNZ, *Cours de droit romain* (4 ed., Bruxelles 1876) vol. 1, lib. 1, tit. 1, § 6, pag. 384; il quale tuttavia non sembra molto sicuro della proposizione da lui enunciata, e se la cava con queste poco chiare e poco determinate parole: « *Cependant la loi défend d'exercer un droit dans la seule intention de nuire à autrui, sans que nous ayons un intérêt d'agir ainsi. Au reste cette disposition qui se rapporte à un cas tout à fait spécial, ne saurait être appliquée qu'avec la plus grande précaution* ».

Tra i romanisti italiani, ammette la massima generale del divieto dell'emulazione specialmente rispetto al diritto di proprietà il DE CRESCENZIO, *Sistema del diritto civile romano* (2 ed., Napoli 1869) vol. 1, parte 2^a, § 157, pag. 438 seg. (1).

(1) Non credo di esser troppo indiscreto facendo noto che il mio illustre maestro prof. De Crescenzo ha in seguito forse modificata la sua opinione in proposito. Quando nel 1878 io pubblicai il mio scritto più sopra citato contro il divieto dell'emulazione, egli mi espresse la sua approvazione per le idee da me sostenute.

Mentre sostengono il divieto dell'emulazione, manifestano una certa tendenza a restringerlo a quanto riguarda gli edifici e i fondi rustici il SINTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht* (3 ed., Leipzig 1868) vol. 1, § 27, nota 6, pag. 234, e lo HEIMBACH sotto la voce *Recht* nel *Rechtslexicon für Juristen aller deutschen Staaten* del WEISKE, vol. 9 (Leipzig 1855), pag. 147. Del resto l'Heimbach in questo punto non fa altro che copiare la prima edizione del Sintenis.

Anche per il divieto dell'emulazione, ma facendone un'applicazione del tutto speciale al diritto del creditore, che abbia parecchie ipoteche speciali a garanzia del suo credito, di fronte agli altri creditori ipotecari, si è pronunciato il GUYET, *Ueber das Princip nach welchem ein zur Sicherheit der nämlichen Forderung mit mehreren Specialhypotheken auf verschiedene Gegenstände versehener Gläubiger zu befriedigen ist*, nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 18 (Heidelberg 1835), pag. 370 seg. (1).

15. Contrari invece al principio generale del divieto dell'emulazione, considerando come del tutto eccezionali e da non estendersi per analogia i casi di proibizione che si trovano nelle fonti romane, sono lo SCHWEPPE, *Handbuch des römischen Privatrechts* etc. (4 ed., Göttingen 1828) vol. 1, § 146, pag. 311 seg.; il FRITZ, *Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu Wenig-Ingenheim* (Freiburg 1834) vol. 1, pag. 49 seg.; lo SCHMID, *Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen Deutschen bürgerlichen Rechts* (Leipzig 1847), vol. 1, § 3, nota 35, pag. 27; lo JHERING, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthümers im Interesse der Nachbarn*, § 8, nei *Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. und deutschen Privatrechts*, vol. 6 (Iena 1863), pag. 103-107 (2); il WÄCHTER, *Handbuch des in Königreich Württemberg geltenden Privatrechts*, vol. 2 (Stuttgart 1851), pag. 194 segg., e più recentemente *Pandekten* (Leipzig 1880) vol. 1, § 33, n. 3, nota 7, pag. 169 seg.; il BURCKHARD, § 1684, n. 15, pag. 239 seg. dell'opera già più volte da me citata sull'*actio aquae pluviae arcendae*, Erlangen 1881, che forma la 3ª parte del commento da lui pubblicato sul lib. 39 Dig. come continuazione alla *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* del Glück.

Si esprime a parer mio non molto chiaramente, ma sembra contrario al divieto dell'emulazione, come regola giuridica, il PACENSTECHEK, *Die römische Lehre vom Eigenthum, 1 Abtheilung* (Heidelberg 1857), pag. 36 seg.

Non conosco in questo momento recenti autori francesi, che si siano deliberatamente occupati della nostra questione in diritto romano, e che l'abbiamo risolta in senso contrario al divieto dell'emulazione.

In Italia, ch'io sappia, ho io per il primo in questi tempi negato quel divieto pel diritto romano, nel mio scritto *Degli atti d'emulazione nell'esercizio dei diritti* (Roma 1878) pag. 12 segg. (3). Ha pubblicamente approvata la mia dimostrazione il FADDA, *L'equità e il metodo nel concetto de' giureconsulti romani* (Macerata 1881) nota 26, pag. 27. Ha ammessa la stessa tesi il

(1) Contro questo concetto del Guyet si veggano SINTENIS, *Handbuch des gemeinen Pfandrechts* (Halle 1836), pag. 473, nota 2, e il DERNBURG, *Das Pfandrecht*, vol. 2º (Leipzig 1864), pag. 485 seg.

(2) Questo scritto dello Jhering si può trovare oggi inserito anche nel vol. 2º della raccolta degli scritti da lui pubblicati ne' suoi *Jahrbücher, Gesammelte Aufsätze etc.* (Iena 1882).

(3) Si può leggere pure nel *Foro italiano*, vol. 3º, parte I, col. 486 seg. [v. pag. 194].

SERAFINI nelle note all'Arndts, *Trattato delle Pandette*, vol. 1, parte 1 (4 ediz., Bologna 1882) § 21, nota 9, pag. 100 seg. e § 92, nota 9, pag. 341.

Per la massima parte questi autori, tanto se favorevoli, quanto se contrari al divieto dell'emulazione, affermano più che non dimostrino il principio cui si attengono. Tornerò più oltre a ragionare degli argomenti d'ordine astratto messi innanzi da taluno di essi. Per ora mi limiterò a dire che i testi, tratti dalle fonti del diritto romano, sui quali essi in generale si fondano, sono quelli da noi più sopra nei §§ 10-12 interpretati. Il solo Pernice cerca di fondare la sua teoria sopra una base più salda anche riguardo al materiale esegetico. Egli ritiene che i romani in molti casi negassero il diritto di colui che lo esercitava dolosamente, temperando così la regola « *nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur* » e cita, oltre i testi da noi studiati più sopra, i fr. 39, *ad leg. Aquil.* 9, 2; fr. 2 § 20 *vi bon. rapt.* 47, 8; fr. 29 § 7 *ad leg. Aquil.* 9, 2; fr. 24 § 12 *de damno inf.* 39, 2; fr. 27 *pr. de pign.* 20, 1; fr. 3 § 1, *q. m. c.* 4, 2; fr. 14 *de praescr. verb.* 19, 5; const. 10 *de serv. et aqua* 3, 34; fr. 53 § 4; fr. 59; fr. 15 § 2 *de furt.* 47, 2; fr. 17 § 1; fr. 15 § 1; fr. 27 § 1 *de usufr.* 7, 1.

Io non posso trattenermi ad analizzare tutti questi testi, che ho citati per buona fede di scrittore, che non deve nascondere gli argomenti degli avversari. Ma tali argomenti mi paiono assai deboli e il lettore facilmente se ne convincerà leggendo i testi citati dal Pernice. Questo dotto professore non ha mai badato, che si debbono distinguere i casi di conflitto di diritti dagli altri casi, nei quali si avrebbe la vera emulazione non mista di elementi decisivi diversi. Per siffatta confusione tutto il suo ragionamento non ha molto valore giuridico.

16. Ho finora parlato del diritto romano e del diritto comune attuale, che si fonda sul romano. Sarà tempo di passare a conoscere le opinioni, che circa la nostra questione si sono manifestate in quei paesi, i quali come l'Austria, la Francia e l'Italia sono retti da' nuovi codici. Tacerò della Prussia, perchè il suo codice, come vedemmo, non ammette discussioni espressamente vietando gli atti d'emulazione. Tacerò pure di altri paesi, perchè retti da leggi troppo diverse dalle nostre, ovvero alle nostre e alle francesi tanto simili da non abbisognare di speciale trattazione.

Nel codice civile austriaco, il quale ebbe pure per lungo tempo vigore nel lombardo-veneto, non fu riprodotto il paragrafo riguardante l'emulazione, che si leggeva nella legge della Galizia occidentale da me più sopra riferita (1). Anzi il § 362 del cod. austr. relativo al diritto di proprietà è concepito in modo molto assoluto: « In forza del diritto di disporre liberamente della sua proprietà, chi ha la piena proprietà può di regola a piacimento usare o non usare della cosa sua, può distruggerla, trasferirla tutta od in parte in altri, o rinunziarvi pienamente, cioè abbandonarla ». E il § 364: « In generale ha luogo l'esercizio del diritto di proprietà, in quanto non ne siano lesi i diritti del terzo, nè oltrepassati i confini dalle leggi stabiliti per conservare e promuovere il pubblico bene ». Finalmente il § 1305 dispone: « Chi fa uso d'un suo diritto entro i giusti limiti non è responsabile del danno che ad altri ne deriva ».

Veramente quest'ultime parole della traduzione ufficiale, che io cito, potrebbero dar luogo a qualche dubbio, perchè i fautori del divieto dell'e-

(1) Vedi più sopra nel § 3.

mulazione potrebbero dire che gli atti emulativi non sono « entro i giusti limiti » del diritto. Ma il testo tedesco originale toglie ogni dubbio in proposito; i giusti limiti sono i limiti *legali*, i limiti imposti dalla legge, la quale non vieta l'emulazione: « *innerhalb der gesetzlichen Schranken* » dice il tedesco.

Sotto l'impero di tale legislazione si dichiararono contrarii al divieto degli atti d'emulazione lo ZEILLER, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* (Wien und Triest 1812-13) vol. 2, pag. 125, scrittore di molta autorità per la parte attiva presa nella compilazione del codice (1); Michele Schuster nell'art. 44 dell'opera da me più sopra citata (2); il NIPPEL, *Erläuterungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs* (Grätz 1830-'39) vol. 3, pag. 302; lo STUBENRAUCH, *Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* (Wien 1853) vol. 1, pag. 724; e il più dotto tra tutti questi, l'UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* (4 ed., Leipzig 1876) vol. 1, § 68, n. 2, 4, pag. 615 segg., specialmente pag. 617, nota 21.

Difesero invece la proibizione dell'emulazione il WINIQUARTER, *Das österreichische bürgerliche Recht* (2 ed., 1838-1845) vol. 2, pag. 119; il BASEVI (5 ed., pag. 123).

Uno scritto importante, che tratta, a parer mio, con molta arte questa materia secondo il diritto austriaco, è quello del MAGES, *Ueber Nachbarrecht* (Wien 1871; estratto dalla *allgemeine österreichische Gerichtszeitung*) pag. 5 segg., 17 segg., 40 segg., 54 segg. Egli non è un deciso avversario del divieto dell'emulazione, ma riduce questo divieto entro limiti strettissimi (confr. specialmente pag. 55, 56), sicchè la sua opinione non è in sostanza lontana dalla mia.

Nel codice civile francese la proprietà è così definita: art. 544 « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Tutte le limitazioni dunque debbono essere espresse. L'articolo 552 dispone: « *La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. — Le propriétaire peut faire au dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos sauf les exceptions établies au titre des servitudes ou services fonciers etc.* ».

Articoli, nei quali si possa trovare allusione ad una proibizione di atti emulativi, sono, per quanto io sappia, solamente i seguenti: art. 644 « *Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public par l'article 538 au titre de la distinction des biens, peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés. — Celui dont cette eau traverse l'héritage, peut même en user dans l'intervalle, qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie des ses fonds, à son cours ordinaire* ». Art. 645: « *S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété; et, dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés* ». Finalmente l'art. 1859 n. 2°, il quale, benchè tratti di socià per contratto di società, deve per analogia certamente applicarsi anche ai rapporti tra condomini circa la cosa

comune: « *Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit* ».

Io credo veramente che gli atti di emulazione si debbano considerare vietati da tali disposizioni relativamente ai corsi d'acqua e ai diritti di un condomino verso l'altro; ma anche qui ciò che vien proibito non è l'atto di emulazione in quanto sia tale, ma in quanto esso è inutile per chi lo fa e lesivo degli interessi altrui. Dunque a volere parlare esattamente conviene dire che per diritto francese non sono leciti, riguardo al corso delle acque e alle cose tenute in condominio, gli atti di uno degli aventi diritto, che ledano gli interessi degli altri e non rechino vantaggio a chi li compie.

Non isfuggirà al lettore la gran diversità che corre tra siffatta massima e la vera proibizione degli atti di emulazione.

Pur tuttavia dai principali autori francesi si trova ancora invocata la massima *malitius non est indulgendum*, come principio generale di diritto limitativo della libertà privata. Il TOULLIER (*Droit civil français*, Bruxelles, 1824, lib. II, tit. 2, n. 202, 203, vol. 2, pag. 116), parlando dell'alzamento del muro comune, asserisce che « niuno deve servirsi di un diritto qualunque senza la propria utilità ed in modo pregiudizievole ad altri » e ripete questo principio anche in altri luoghi (lib. III, tit. 4, n. 119, vol. 11, pag. 129); il DURANTON (*Cours de droit français*, Gênes, 1829, tom. 5, p. 324, lib. II, tit. 4, § 330) nell'identico caso pone la medesima regola; il PARDESSUS (*Traité des servitudes*, Bruxelles, 1840) nel n. 60 (pag. 47) ammette una regola d'equità naturale *qu'on ne peut empêcher une personne de faire ce dont on n'éprouve aucun désavantage*; nel n. 86 (pag. 67), trattando della materia delle acque, afferma in modo generale, che senza interesse non si può nel proprio fondo far cosa che sia pregiudizievole al vicino; nel n. 142 (pag. 115) poi, ricordando tali massime, arriva fino a dire che *l'état des hommes en société leur impose l'obligation de se faire réciproquement du bien*, e quindi vuole che il proprietario di una casa non possa impedire che il proprietario della casa di fronte gli dipinga di bianco la facciata per aver maggior luce e nega che si possa tingere una casa in colore da assorbire la luce di riflesso, o da riuscire sgradito ai vicini.

Il LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations* (Paris 1857) tom. 5, art. 1382-83, n. 11, pag. 692, e il SOURDAT, *Traité général de la responsabilité* (3 ed., Paris 1876) tom. 1, n. 439-440, pag. 479-481, ammettono pure che chi ha più modi d'esercitare il proprio diritto deve scegliere quello meno pregiudizievole per gli altri, e vietano assolutamente l'esercizio del diritto col solo scopo di nuocere agli interessi altrui, dando un'apposita azione a chi ne viene lesa.

Più cauti lo ZACHARIAE, *Cours de droit civil français, traduit par AUBRY ET RAU*, Bruxelles, 1842, pag. 213, § 239, nota 3, e gli annotatori MASSÉ ET VERGÉ (ZACHARIAE, *Droit civil français annoté et rétabli suivant l'ordre du code Napoleon*, par MASSÉ ET VERGÉ, Paris, 1855, vol. 2, pag. 57, nota 3; pag. 172, nota 12); AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil français*, Paris, 1869, tom. 2, pag. 425, 426, *appendice à la propriété*, § 222; il DALLOZ (*Répertoire, v. servitude*, n. 530-532) non parlano che della limitazione della facoltà del condomino di alzare il muro comune.

Alla stessa facoltà si riferisce il ROLLAND DE VILLARGUES, *Dictionnaire*

(1) Veggasi anche il § 88 del *Natürliches Privatrecht* di questo celebre autore. Ve n'è una traduzione latina del DE ECCER (Romae 1846) col titolo: *Jus naturae privatum*.

(2) Vedi più sopra § 8.

du droit civil, Bruxelles, 1852, v. mur, n. 16, ma forse con parole troppo generali che ricordano il Toullier e il Duranton.

Non voglio passare sotto silenzio un articolo del Flandin, consigliere alla corte di Parigi (M. FLANDIN, *De la faculté d'exhausser le mur mitoyen*, nella *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Paris, 1864, tom. 25, pag. 17, il quale, difendendo una sentenza di essa corte, che era stata annullata dalla cassazione con sentenza 11 aprile 1864 (nella causa Thier e Georges — inserita nel giornale *Le Droit*, n. 12, giugno 1864, nel DALLOZ, *Recueil*, anno 1864, part. I, pag. 219, criticata in una nota), tratta la questione in modo ampio; ma anch'egli, a parer mio, commette errore quando risale al solito principio proibitivo di qualunque atto di dispetto, e si appoggia al diritto romano; e quando combatte in tesi generale il LEPAGE (*Lois des bâtimens*, t. 1, n. 398), che dice esser pericoloso l'ammettere l'esame della volontà di chi edifica, e perciò non potersi limitare la facoltà di alzare il muro. Bene invece egli traccia la teoria della comunione del muro considerata come condominio e come servitù, cosa che del resto aveva già fatta il PARDESSUS (*Traité des servitudes*, n. 173).

Ma più diffusamente e, a parer mio, meglio degli altri, trattò la questione in più luoghi il DEMOLOMBE (*Traité des servitudes*, Paris, 1872, tom. 1, pag. 76 e seg., n. 66; pag. 454 e seg., num. 398; tom. 2, pag. 131 e seg., n. 647 e seg.), il quale l'esaminò in generale, proclamando la libertà piena del proprietario, e l'esaminò nel caso speciale di comunione, ammettendo la limitazione. Egli combatte vigorosamente il DUVERGIER (*Revue de droit français et étranger*, tom. X, pag. 623), e il SOURDAT, *loc. cit.*, il quale fondava la proibizione su questo che *les principes divins de la charité nous commandent de procurer aux autres tout le bien que nous pouvons, sans nous nuire personnellement*. Tanto è vero che la limitazione deriva da una confusione tra il diritto e la morale!

Di questa confusione mi par che si risenta pure il ragionamento con che volle sostenere la proibizione il LAURENT (*Principes de droit civil*, Bruxelles-Paris, 1872, tom. 6, *De la propriété*, pag. 138, n. 140), il quale pensa che un diritto male usato non è più un diritto: *Mais est-ce bien user de son droit que de l'exercer dans le seul but de nuire? Pourquoi les droits sont-ils sanctionnés par la loi? Parce que ce sont des facultés qui nous sont nécessaires pour remplir notre mission sur cette terre. Notre mission serait-elle par hasard de faire le mal pour le plaisir de faire le mal? Et le législateur doit-il sa protection à celui qui emploie à faire le mal un droit qui lui a été accordé comme instrument de développement intellectuel et moral? La conscience répond avec les jurisconsultes romains: Malitius non est indulgendum*. Nè questa idea, di un diritto che non è più diritto a seconda delle intenzioni di chi lo esercita, è una novità; poichè già da gran tempo l'ALCIATO (*Tractatus de praesumptionibus*, Venetiis, 1564, Reg. 3, praes. 23), dopo aver proibiti gli atti di emulazione, rispondeva alla obbiezione, che non vi ha danno quando alcuno usi del proprio diritto: *sed si aliqua utilitas sibi non resultet, non dicitur uti, sed abuti ad nocumentum tertii*.

Ma per quanto sia cosa eccellente l'aver sempre di mira i supremi principî, non è senza pericolo, quando si tratti di risolvere una questione particolare, il tener d'occhio soltanto l'ultima teleologia saltando a piè pari tutto lo spazio intermedio.

Vigenti il codice francese e l'austriaco, scrisse in Italia a favore del divieto dell'emulazione con forte ragionamento e profonda dottrina il ROMA-

GNOSI, *Della ragion civile delle acque* (Firenze 1834), lib. 1, cap. 2, § 4 segg., pag. 257-284. È forse questo scritto del Romagnosi il più potente che io conosca a favore del divieto. Abilissima è la sua confutazione del Tomasio, dell'Hommel e dello Schuster. Certo le ragioni da lui addotte, che si fondano specialmente sul carattere di *diritto sociale dativo*, che deve avere la proprietà, hanno un'importanza generale; ma tuttavia è notevole che egli mirava allo scopo particolare del divieto in materia d'acque. È riguardo a questa speciale materia ch'egli nota (pag. 259) « esservi un obbligo personale della convivenza a non togliere a capriccio un beneficio da tanto tempo goduto dai vostri vicini »; e per questa materia soltanto può valere l'osservazione del Berlier nelle discussioni del codice civile francese presso il consiglio di Stato (Seduta 27 vendemmiale anno XI ossia 18 ottobre 1803), osservazione che il Romagnosi fa propria (pag. 274 e 282), che « comunque le acque sieno una proprietà, non si può dissimulare che essa è di una specie onninamente particolare ».

Non vi è forse in questa osservazione la confessione che le regole proprie della materia delle acque non ammettono estensione per analogia?

Un altro scrittore di gravissima autorità, Giacomo Giovanetti, ispiratore delle disposizioni che riguardano le acque nel codice civile albertino, onde furono tratti i corrispondenti articoli del nostro codice attuale, in quel suo mirabile libro, scritto mentre si discuteva in Francia la legge sulle irrigazioni, « *Du régime des eaux et particulièrement de celles qui servent aux irrigations* » (Paris 1844) § 18, pag. 59, 63, sembra appoggiarsi molto al divieto dell'emulazione. Egli pure risente in ciò l'influenza della teoria da tutti per tradizione ricevuta, ma è notevole come ne parli sempre ristrettamente alle acque, come ne parifichi le ragioni a quelle del passaggio coattivo, e soprattutto come egli faccia derivare lo stesso principio del divieto dell'emulazione da quello della utilità pubblica, alla quale va sempre subordinata la proprietà delle acque. « *L'avantage du plus grand nombre n'exige pas seulement que l'on puisse profiter du capital de l'eau, mais qu'on en profite réellement* »; sono sue parole.

L'opinione dominante tra gli scrittori italiani, in seguito alla pubblicazione del codice civile ora vigente, si è tuttavia conservata favorevole al divieto dell'emulazione. Ammettono tale divieto (quantunque nel fatto quasi tutti ne restringano di molto l'applicazione limitandola alla materia delle acque o agli atti dei condomini sul muro comune) il PACIFICI-MAZZONI, *Codice civile italiano commentato; Servitù legali* (Firenze 1874), pag. 273, § 371, pag. 244, § 382; il RICCI, *Corso di diritto civile* (Torino 1877), vol. 2, pagina 456, § 386, pag. 460, § 388; il MATTEI, *Il codice civile italiano* (Venezia 1873), vol. 2, all'art. 553, num. 2, pag. 262, e Appendice al vol. 2 (Venezia 1878) all'art. 553, num. 2, pag. 200 (1); CATTANEO e BORDA, *Codice civile*, all'art. 553; il TRAINA, *Le servitù legali sulle acque* (Palermo 1873), pag. 140

(1) Non sembra per altro che il Mattei avesse un chiaro concetto circa l'emulazione. Nel suo codice civile dopo aver detto che il condomino non può alzare il muro per semplice emulazione, egli soggiungeva: « In questo caso i magistrati dovrebbero valutare non già i motivi dell'alzamento, ma l'utilità che reca e il danno cagionato ai vicini ». O dove va allora l'emulazione?

La poca determinatezza d'idee di questo autore risulta dal fatto, che trovo mentovato nel Magas (*op. cit.*, pag. 7), cioè che nel libro da lui scritto sul codice austriaco, I paragrafo del codice civile, vol. II, pag. 176, egli si dichiara contrario al divieto, nell'appendice a quell'opera, pag. 50, invece ammetteva il divieto seguendo il Winiwarter.

seg.; il GASTALDIS, in una nota nella *Temi veneta*, 1878, pag. 58 seg., relativa ad una sentenza della corte di cassazione di Firenze 13 dicembre 1877, causa Sguancini contro Contini; il LOZZI, *Introduzione al codice civile etc. nella Temi veneta*, 1879, pag. 352 seg.; il CIMBALI, *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione italiana*, nell'*Archivio giuridico*, 1880, vol. 24, pagina 151; il GIANZANA, *Le acque nel diritto civile italiano* (Torino 1879), vol. 1, parte 2^a, tit. 2, cap. 8, num. 574-588.

Di questi scrittori coloro che danno al principio del divieto dell'emulazione un'applicazione più generale sono il Lozzi e il Cimbali; coloro che ammettono il divieto non trascinati dalla semplice forza della tradizione, ma conoscendo e discutendo l'opposta opinione, sono il Lozzi e il Gianzana.

A sostegno di tale opposta opinione secondo il codice civile, mi duole il dirlo, non posso citare altro che alcuni miei scritti, che sono: 1° *Degli atti di emulazione nell'esercizio dei diritti* (Roma 1878), estratto dal *Foro italiano* 1878, parte 1^a, col. 481 segg.; 2° *Del divieto degli atti emulativi in materia d'acque*, nel periodico *La Legge*, 1879, parte 3^a, pag. 235 segg.; 3° *Sopra alcune limitazioni dell'esercizio della proprietà e di nuovo sull'emulazione*, nota nel *Foro italiano* 1879, parte 1^a, col. 119 segg.; 4° *Del diritto positivo e dell'equità* (Camerino 1880), pag. 33 seg. (1).

Gli scritti 2° e 4° sono diretti a ribattere le obiezioni del Gianzana e del Lozzi.

Tuttavia il trovarmi solo tra coloro che hanno trattata questa materia secondo il diritto civile attuale, non significa punto che io sia solo ad avere un'opinione contraria al divieto dell'emulazione; molti autorevoli giuristi mi hanno espresso il loro parere affermando di dividere le mie idee; molti scrittori poi tacendo, quando pure si sarebbe loro offerta occasione di far cenno del divieto, pare che siano piuttosto contrari che favorevoli ad esso.

17. Gli articoli del nostro codice civile, dai quali si deve desumere la soluzione della questione, non sono dissimili da quelli del codice francese, che più sopra abbiamo riferiti.

L'art. 436 definisce la proprietà in questo modo: « La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti ».

L'art. 440 soggiunge: « Chi ha la proprietà del suolo ha pur quella dello spazio sovrastante e di tutto ciò che si trova sopra o sotto la superficie ».

Chechè si voglia dire ragionando in astratto circa la convenienza e il modo di temperare nella proprietà l'elemento individuale col sociale, di fronte a due articoli così chiari è forza riconoscere che, secondo il nostro diritto positivo attuale, il proprietario è autorizzato a fare sulla cosa sua e nello spazio sopra e sottostante tutto ciò che voglia, senza che sia ammessa veruna inquisizione riguardo ai suoi propositi e intendimenti. Le sole limitazioni, che si portano a questa libertà larghissima, sono quelle prescritte dalle leggi e dai regolamenti. È necessario dunque che tali limitazioni siano espresse. Esse possono venire espresse in due modi: o col concedere ad altri un diritto contrario a quell'amplessima libertà, o col limitare questa direttamente.

(1) [V. pagg. 194, 210, 207 e 5, nota].

Nulla vale in faccia alla legge il dire, che il divieto dell'emulazione deve sempre sottintendersi; gli articoli son chiari: se il divieto non risulta da legge o regolamento esso è inammissibile.

Ora, domando io, dov'è la legge, dov'è il regolamento, che conceda al vicino il diritto d'impedire gli atti di emulazione? Dove trovasi una disposizione, che restringa direttamente a tal riguardo i diritti del proprietario?

Si è citato da uno scrittore recente l'art. 36 del codice di procedura civile: « Per proporre una domanda in giudizio, o per contraddire alla medesima è necessario avervi interesse ».

Più oltre, nel § 21, discuterò il valore filosofico del principio contenuto in questo articolo, ed ivi si vedrà anche meglio ch'esso non ha che fare con la nostra questione. In questa parte pertanto, nella quale debbo limitarmi all'esegesi delle disposizioni legali, mi contenterò di poche osservazioni. Anzitutto l'articolo del codice di procedura parla di azioni ed eccezioni giudiziarie; ciò ha poco che vedere cogli atti, che alcuno compie come proprietario sul proprio fondo. Questo proprietario non ha nessun bisogno di chiamare in giudizio il vicino per fargli riconoscere il proprio diritto, egli opera nel suo; e se nell'operare non viene da altri turbato, non ha neppure la possibilità di promuovere un'azione giudiziaria. Se l'atto d'emulazione potesse far sorgere qualche azione, questa sarebbe promossa dal vicino contro l'autore di quell'atto; non mai da questo autore stesso. A tale vicino però non mancherà l'interesse, ma qualche cosa di più: gli mancherà il diritto; e come per agire in giudizio l'interesse è necessario, ma è molto più necessario il diritto, così neppure questo vicino potrà promuovere azione giudiziaria.

Nell'art. 675 il nostro codice civile espressamente applicando al caso della comunione le regole sancite dal codice francese per la società e dal nostro codice pure ripetute nell'art. 1723, n. 2°, dispone: « Ciascun partecipante può servirsi delle cose comuni, purchè le impieghi secondo la loro destinazione fissata dall'uso, e non se ne serva contro l'interesse della comunione o in modo che impedisca agli altri partecipanti di servirsene secondo il loro diritto ».

Non sarà certamente necessario ripetere qui ciò che abbiamo detto più volte, e ricordato anche a proposito dell'art. 1859, n. 2°, del codice francese. Nel caso di comunione vi è un conflitto di diritti di forza eguale sull'oggetto comune; ognuno di essi deve cedere dinanzi all'interesse di chi ha un pari diritto; la lesione dell'interesse è allora lesione di diritto, e come tale deve impedirsi.

18. Nessuno tuttavia dei nostri civilisti fautori del divieto dell'emulazione si è basato sull'art. 675. Molto rumore invece si è fatto circa talune disposizioni relative alle acque. Il prof. Gianzana, *loc. cit.*, si è fatto il principale sostenitore dell'importanza di quelle disposizioni per affermare il divieto. Ecco alcune delle sue parole in proposito:

« E questa, che era veramente dottrina italica (quella del divieto dell'emulazione), non mancò di passare nei nostri ordinamenti legislativi; parlando della presa dell'acqua superflua ne abbiamo già fatto fede coll'autorità del Tesoro e delle regie costituzioni sarde, mostrando, come in Piemonte sino dal 1500 si fosse stabilito un magistrato delle acque con incarico speciale di vedere, ove vi fossero acque superflue, ed ordinarne l'impiego, elargendole a favore di chi ne abbisognasse. Splendida personificazione di questa teorica poi fu il diritto d'insistenza, accolto per molti anni nella giurisprudenza ».

denza piemontese, come ne fa fede il Richeri; e con cui i magistrati, nell'interesse della pubblica prosperità, vollero apprestare un'arma ai deboli, che frenasse i potenti padroni dei grandi canali d'irrigazione ».

« Adunque come si può sostenere, che a tal teorica manchi il suffragio della storia, ovvero concederglielo, ma tacendo che essa sorse ispirata ai principî eterni, che governano il civile consorzio? ».....

« Dicono i nostri contraddittori: la teorica dell'emulazione tende a rendere precetto di diritto un precetto di morale, viola poi il diritto di proprietà, che per la sua definizione (articolo 436 cod. civ.) non ha freno, fuorchè nelle leggi e nei regolamenti ».

« Ma ciò è vero? »

« A me pare che tutto si riduca ad una questione di parole ».

« O si pretende, che nel codice abbia ad esservi un disposto preciso di legge, che reprima gli atti emulativi, ed è chiaro che la risposta, messa la questione su tal terreno, deve essere negativa; »

« O si pretende, che in nessun disposto di legge la teorica della repressione dell'emulazione sia accolta, ed allora noi rispondiamo, che questo è un errore, che non uno, ma più disposti ciò statuiscano; anzi andando più in là crediamo poter affermare, che questa è regola direttiva nella materia delle acque, di cui ci occupiamo, regola che sgorga spontanea da un complesso di più disposizioni, le quali ci dimostrano, che in ciò il legislatore italiano la pensò come i giuristi romani, ed i commentatori delle Pandette ».

« E se gli oppositori avessero esaminata la teorica più specialmente in relazione al diritto delle acque, invecechè a quello di edificare, sarebbero forse venuti, in un diverso avviso ».

« Ecco in questa materia, che cosa dispone il codice civile: »

1° (Art. 544) « Sorgendo controversie tra i proprietari, a cui l'acqua può essere utile, l'autorità giudiziaria deve conciliare l'interesse dell'agricoltura e dell'industria coi riguardi dovuti alla proprietà, etc. ».

2° (Art. 545) « Qualunque proprietario o possessore d'acque può servirsene a suo piacimento od anche disporne a favore d'altri, ove non osti un titolo o la prescrizione; ma dopo essersene servito non può divertirle in modo, che si disperdano in danno di altri fondi, a cui potessero profittare senza cagionare rigurgiti od altro pregiudizio agli utenti superiori, e mediante un equo compenso da pagarsi da chi vorrà profittarne, ove si tratti di sorgente o di altra acqua spettante al proprietario del fondo superiore ».

(Art. 578) « Quegli che vuole aprire sorgenti, stabilire capi od aste di fonte, canali od acquedotti, oppure scavarne, profonderne od allargarne il letto, aumentarne o diminuirne il pendio o variarne la forma, deve oltre le distanze sovra stabilite osservare quelle maggiori distanze ed eseguire quelle opere che siano necessarie per non nuocere agli altrui fondi, sorgenti, capi od aste di fonte, canali od acquedotti preesistenti e destinati all'irrigazione dei beni o dal giro degli edifizî ».

« Sorgendo contestazione fra i due proprietari l'autorità giudiziaria deve conciliare nel modo il più equo i riguardi dovuti ai diritti di proprietà, ai maggiori vantaggi che possono derivare all'agricoltura od all'industria dall'uso a cui l'acqua è destinata o vuoi destinare, assegnando, ove sia d'uopo, all'uno od all'altro dei proprietari quelle indennità che loro possono essere dovute ».

(Art. 598) « Ogni proprietario è tenuto a dare passaggio per i suoi fondi alle acque di ogni specie, che vogliano condursi da chi abbia permanentemente od anche solo temporaneamente il diritto di servirsene per le necessità della vita o per usi agrari od industriali ».

« Sono esenti da questa servitù le case, i cortili, i giardini e le aie ad esse attinenti ».

(Art. 600) « Deve anche permettersi il passaggio dell'acqua a traverso i canali ed acquedotti in quel modo che si riconosca più conveniente e adattato al luogo ed al loro stato, purchè non sia impedito, ritardato od accelerato, nè in alcun modo alterato il corso od il volume delle acque in essi correnti ».

(Art. 606) « Le disposizioni contenute negli articoli precedenti pel passaggio delle acque si estendono al caso in cui il passaggio venga domandato affine di scaricare acque soprabbondanti, che il vicino non consentisse di ricevere nel suo fondo ».

(Art. 609) « Il proprietario che intende prosciugare o bonificare le sue terre colla fognatura, con colmate od altri mezzi, ha diritto, premesso il pagamento dell'indennità e col minor danno possibile, di condurre per fognone o per fossi le acque di scolo a traverso i fondi che separano le sue terre da un corso di acqua o da qualunque altro scolo ».

(Art. 610) « I proprietari dei fondi attraversati da fognone o da fossi altrui, o che altrimenti possano profittare dei lavori fatti in forza dell'articolo precedente, hanno la facoltà di servirsene per risanare i loro fondi a condizione che non avvenga danno ai fondi già risanati e che essi sopportino: »

« 1° le nuove spese occorrenti per modificare le opere già eseguite, affinchè le medesime possano servire anche ai fondi attraversati; »

« 2° una parte proporzionale delle spese già fatte e di quelle richieste pel mantenimento delle opere divenute comuni ».

(Art. 612) « Se al prosciugamento d'un fondo paludoso si opponesse alcuno avente diritto sulle acque che ne derivano, e se, con opportune opere portanti una spesa proporzionata allo scopo, non si potessero conciliare i due interessi, si farà luogo al prosciugamento mediante una congrua indennità all'opponente ».

(Art. 613) « Quelli che hanno diritto di derivare acque da fiumi, torrenti, rivi, canali, laghi o serbatoi, possono, ove ciò sia necessario, appoggiare od infiggere una chiusa alle sponde, coll'obbligo però di pagare l'indennità, e di fare e mantenere le opere che valgano ad assicurare i fondi da ogni danno ».

« A meno di voler chiudere gli occhi alla luce, (prosegue il Gianzana) ci sembra più che evidente, che questi disposti di legge partono tutti dal principio della repressione dell'emulazione ».

« Il legislatore vide gli immensi vantaggi che, alla produzione nazionale avrebbe apportato un saggio regime delle irrigazioni, capi però che l'ostacolo principale a raggiungere tale scopo si sarebbe trovato nei proprietari dei fondi, che colle acque si sarebbero dovuti attraversare: di qui tutta una teorica basata al principio della repressione dell'emulazione, e così il sacrificio del ferreo diritto della proprietà all'interesse collettivo, all'utile sociale ».

« Il sostenere oggi un contrario principio è rinnegare i benefici immensi della sociale convivenza, l'utilità del fondersi in un solo regime politico delle sparse membra dei popoli, aventi identico legame di nazionalità, la neces-

sità di riunire le slegate unità ed i piccoli consorzi in potenti e vasti accentramenti ».

« Fra gli articoli poi che abbiamo citati, quelli, che meglio appaiono contrari allo spirito d'emulazione, sono gli art. 544, 545, 578 ».

« Qui i canoni, l'emulazione è illecita, *malitiis haud indulgendum, quod mihi non nocet et tibi prodest facile concedendum est*, hanno la loro piena sanzione. Si inibisce al proprietario di disporre della sua acqua, quando questa a lui non giova, e può avvantaggiare ad altri; si proibisce l'aprir fonti e cavi, quando gli acquedotti preesistenti e le sorgenti antiche possono avere danno; anzi, messi a raffronto i due interessi, il legislatore, a seconda dei casi, permette persino che il diritto preseo si sacrifichi al nuovo più importante, e di maggior utile al consorzio sociale ».

« L'art. 544 poi regola le controversie tra proprietari e proprietari, utenti ed utenti, scrive la massima, che il giudice deve conciliare l'interesse dell'agricoltura coi riguardi dovuti alla proprietà ».

« Or bene, se non c'è la parola, il concetto della teorica dell'emulazione non si è qui tutto nella sua maggiore ampiezza? »

Questo è il ragionamento del prof. Gianzana.

Che risponderemo noi alla domanda, colla quale egli formula la sua conclusione?

La nostra risposta sarà, che non il principio del divieto dell'emulazione si trova scritto in quegli articoli, ma uno ben diverso, ben più alto e grave, un principio regolatore di tutta la materia delle acque, ma solo in questa materia.

Il Romagnosi, *loc. cit.*, nel difendere appunto il divieto dell'emulazione scrisse: « D'altronde parmi che *in materia d'acque* la massima *quod tibi non nocet et alteri prodest facile est concedendum* si possa convertire in vero dovere. Postochè al genere umano l'uso dell'acqua è indispensabile e postochè di sua natura è diffusibile, ne viene che, soddisfatto al bisogno di un privato, la parte che rimane sia per naturale diritto devoluta agli altri ». Queste parole contengono un principio di analisi delle qualità delle acque, che ne fanno oggetto di particolari diritti.

È utile meditarvi sopra.

L'acqua è necessaria a tutti gli uomini, agli animali, ed a quasi tutti i fondi; essa tuttavia non si trova che in alcuni determinati luoghi. È di sua natura diffusibile, anzi si trasporta da sè stessa. In moltissimi casi l'uso, cui essa serve, non la consuma, nella massima parte dei casi poi non la consuma tutta; sicchè, dopo aver servito ad un uso, la medesima acqua può esser destinata ad un altro.

L'acqua può essere destinata alla soddisfazione di bisogni collettivi o di comunanza, come il trasporto per navigazione o fluitazione; può esser di tale entità, che importi al sistema idraulico di una spaziosa regione, così pei benefici, come pei danni, che può arrecare; ed allora dicesi *pubblica* e va annoverata tra i beni, che secondo l'art. 427 del codice civile « fanno parte del demanio pubblico ». Può invece essere tale da giovare soltanto ai privati, ed è allora oggetto del privato diritto.

Ben s'intende, senz'altra spiegazione, che le acque della prima specie debbono dalla autorità amministrativa regolarsi in modo da fare che la sociale economia ne tragga il massimo vantaggio. Ma per le qualità naturali sopra enumerate, anche quando l'acqua è sottoposta ai diritti dei privati, non può dirsi che la proprietà di costoro sia assoluta ed esclusiva in quella

misura, che è sopra le altre cose. La proprietà dell'acque consiste nel diritto di usarne per trarne ogni utilità, ma col dovere corrispondente di non defraudare coloro, che sono privi del naturale beneficio di aver l'acqua nei propri fondi, di quel diritto, che la necessità delle cose, madre di tutti i diritti, loro subordinatamente attribuisce. La proprietà delle acque, se mi è lecito parlar figuratamente, è una proprietà quasi fidecommissaria: il capitale va conservato e trasmesso agli altri. « *L'avantage du plus grand nombre* » ripeterò col Giovanetti « *n'exige pas seulement que l'on puisse profiter du capital de l'eau, mais qu'on en profite réellement* ». Questo è il principio eminentemente giuridico, dal quale muovono, forse troppo incertamente ancora, le disposizioni del diritto romano; Questo è il principio che nella nostra Italia, dove ebbe maggiore sviluppo l'ordinamento delle acque nel diritto pubblico e privato, fu sempre tenuto presente; questo è il principio che anima oggi ancora, nelle disposizioni sopra trascritte, il nostro codice civile.

A che tendeva, di grazia, il magistrato che in Piemonte doveva invigilare la repartizione delle acque? A che tendeva il famoso *diritto d'insistenza*? Non certo alla semplice repressione dei dispetti. Essi avevano per iscopo di promuovere la massima utilità nell'esercizio dei diritti sulle acque; avevano per iscopo la conservazione dei benefici ottenuti mediante l'irrigazione. Eppure pel principio del divieto dell'emulazione, che il prof. Gianzana trova in essi applicato, i soli dispetti si sarebbero potuti reprimere; ovunque fosse mancato il dolo, che è l'elemento principale dell'emulazione, quelle leggi, quei magistrati avrebbero dovuto ritirarsi in disparte! Qual meschino, miserabile campo d'azione si sarebbe loro così riservato!

E come spiegare col divieto dell'emulazione tutte le altre disposizioni che il RICHERI (*Universa civilis et criminalis jurisprudentia*, lib. II, tit. II, cap. III, sect. I, §§ 1123-1125) ci dà per vigenti in Piemonte, quasi tratte dal diritto romano? Il Richeri stesso, il quale altrove, come già s'è veduto, ammetteva il divieto dell'emulazione, qui non si fonda sopra di esso, ben sentendone l'insufficienza.

Negli articoli 544 e 545 del codice civile, chiaramente si trova applicato il concetto più sopra esposto della particolare natura della proprietà delle acque. Non vi è in essi una sola parola, un solo accenno allusivo alla repressione dell'*animus aemulandi*, del dolo del proprietario delle acque o del suo vicino; ma in essi invece si combatte la dispersione oggettivamente inutile del prezioso elemento. Basterà dunque ai proprietari di altri fondi di dimostrare tale dispersione avvenuta anche per semplice negligenza, anche per errore o per fini non punto disonesti, per poter far valere le ragioni attribuite loro da quegli articoli.

Chiarite queste cose, non parmi possa trarsi alcun argomento contrario dall'art. 578, ove si conferma il potere conciliativo dell'autorità giudiziaria in materia d'acque; nè dall'art. 598, che stabilisce il passaggio coattivo delle acque attraverso i fondi; nè dagli articoli 600 e 606, che portano disposizioni simili. Gli articoli 609, 610, 612, citati dal prof. Gianzana, riguardano le bonifiche; l'articolo 613 concede uno speciale diritto per la infissione o l'appoggio delle chiuse.

Dov'è, domando io, in tutto ciò, l'emulazione che si vuole vedere colpita? Il mio dotto avversario, se non erro, per trovare in quelle disposizioni della legge il divieto dell'emulazione, s'è foggiato intorno a questo un concetto tutto suo particolare; intendendo per essa quella resistenza che il privato, in forza del suo diritto, può opporre alle pretese di chi voglia van-

tare diritti speciali sulla cosa che è oggetto della sua proprietà. Ma questo diritto d'esclusione dato normalmente ai proprietari, al quale la legge ha voluto portare alcune tassative eccezioni per riguardo alle acque, nessuno si è mai immaginato che s'avesse a chiamare emulazione. Tanto varrebbe dire che la legge sull'espropriazione per causa di pubblica utilità è fatta per colpire e reprimere l'emulazione!

Riepilogando questi ragionamenti, noi sosteniamo che in materia d'acqua gli atti emulativi sono, è vero, proibiti, ma non già nella loro qualità di atti emulativi, bensì, cosa del tutto diversa, in forza di uno speciale principio che governa le acque, ed è che le si possono adoperare solamente ad usi vantaggiosi. Onde viene che non solo chi a bella posta non le adoperi utilmente, ma anche chi ciò faccia senz'animo di nuocere altrui, senza emulazione, deve cederle a chi vuol trarne vantaggio.

Il nostro codice porta scritto in materia d'acque: concedete agli altri dietro giusta retribuzione ciò che non vi serve. Regola siffatta non si trova scritta per alcun altro oggetto di proprietà.

19. Non è difficile trarre la conclusione generale da questa disamina delle disposizioni del nostro codice civile.

L'emulazione non vi è mai proibita, come tale. In generale il proprietario può compiere sulla cosa propria tutti gli atti non vietati dalle leggi o dai regolamenti, senza che altri abbia diritto di riscontrare se siano atti vantaggiosi o no, se siano fatti con questa o quella intenzione. Quando invece sia il caso di un conflitto di diritti, come p. es. quando si tratti dei rapporti dei condomini tra di loro, gli atti di chi ha un diritto non possono essere fatti con danno o incomodo dell'altro avente diritto e senza utile di chi li compie. In materia d'acqua finalmente vige lo speciale principio, che ogni proprietario non solo non può fare atti a se stesso inutili e nocivi al vicino, ma deve concedere a questo la facoltà di compiere quegli atti che gli siano utili e non rechino danno al concedente. Tale principio si fonda sopra un criterio affatto diverso da quello del divieto dell'emulazione, quantunque in forza di esso gli atti emulativi vengano ad essere vietati, perchè inutili a chi li compie e nocivi agli altri. Questo principio finalmente non ammette estensione dalla materia delle acque alle altre specie di proprietà.

20. Non parlerò dell'applicazione fatta del principio proibitivo dell'emulazione dalle corti straniere. Negli autori da me più sopra citati il lettore potrà trovare all'occorrenza ricca copia di materiali in proposito.

Riguardo alla giurisprudenza francese, che è per noi la più importante tra le straniere, si veggia specialmente il LAURENT, *Principes de droit civil*, tom. 6, n. 140 segg., pag. 188 segg.; tom. 7, n. 555, pag. 636 segg.; tom. 20, n. 408 segg., pag. 425 segg.

Le corti italiane, trascinate dalla corrente tradizionale, ammettono in generale il divieto dell'emulazione; ma fortunatamente lo spirito pratico dei magistrati fa sì, che spesso poco logicamente, ma con molta utilità, da un falso principio essi deducano buone conseguenze; giungano cioè ad un giusto risultato senza accorgersi, che questo è giusto non in forza della massima, che essi credono di applicare, ma in forza di principî ben differenti.

Così per esempio la corte di cassazione di Torino con sentenza del 2 dicembre 1869, nella causa Marco contro Biandrate (*Annali di giurisprudenza italiana*, 1869, pag. 301 segg.), quantunque nel fatto in quistione non rin-

venisse l'emulazione, ne ammise implicitamente il divieto in materia d'acqua (1). La medesima corte con sentenza del 22 luglio 1874, nella causa Roasio-Ronde contro Berard-Cernusco applicò il divieto dell'emulazione alla facoltà di alzare il muro comune concessa ad ogni comproprietario, ma lo fece in modo da mostrar chiaramente ch'essa confondeva l'emulazione colla oggettiva inutilità dell'opera nocevole al vicino (2). (Vedi *Monitore dei tribunali*, 1874, pag. 945 segg.; *Giurisprudenza italiana*, 1875, I, pag. 42 segg.); come pure uguale concetto risulta dalla sentenza 2 luglio 1875, nella causa Devoto contro Assarotti (*Monitore dei tribunali*, 1875, pag. 938 segg.) (3).

La corte di cassazione di Firenze con sentenza del 13 dicembre 1877, nella causa Sguanci contro Contini, proclamò anch'essa il divieto dell'emulazione, applicandolo all'alzamento del muro comune da parte di uno dei comproprietari (4). (*Foro italiano*, 1878, I, n. 481 segg.; *Temi veneta* 1878, pag. 58 segg.).

(1) Ecco le parole della sentenza: « Attesochè... la corte di Torino volle allontanare dal conte di San Giorgio ogni sospetto di emulazione, e perciò si fece ad indagare se egli potesse avere un interesse ad opporsi alla progettata costruzione; trovò che questo interesse vi era, e lo dedusse dal pericolo che creava pel molino di Corteggio la pretesa ecc. ».

(2) Il testo della sentenza dice: «... Vuolsi però anzitutto osservare come la giurisprudenza nella interpretata disposizione di legge, che dà al proprietario la facoltà di alzare il muro comune, servendo a quei principî inmutabili di equità e di giustizia che debbono informare e dominare tutte le disposizioni del gius civile, abbia sempre, anche sotto l'impero del codice albertino, ritenuto che tuttavolta sia provato che l'alzamento del muro comune, mentre non arrecherebbe alcun utile a quegli che lo progettò, non potrebbe a meno di nuocere gravemente al vicino, la nuova opera possa essere vietata in omaggio alla ragione della legge ed al principio *malitiis non esse indulgendum*. Ora nel caso in discorso se la perizia Basili fa fede che l'ideato innalzamento del muro, mentre non porterebbe alla casa Berard altro vantaggio che quello d'impedire che dalla casa Ronde si potesse aver vista in alcuni membri della casa Berard, quando se ne lasciassero aperti gli usci, per contro non potrebbe a meno di arrecare alla casa Ronde gravissimo pregiudizio, dappoichè verrebbe per tal modo a togliersi affatto ad un locale inserviente ad uso di bottega e ad un membro attiguo, la luce, rendendoli affatto inservibili ecc. ».

(3) La sentenza dice: «... Attesochè se lo spirito di emulazione dee trovare un ostacolo nella ragione naturale del diritto, la corte d'appello avendo apprezzato gli schiarimenti innanzi a lei forniti dall'Assarotti; ed essendosi persuasa che ne restava esclusa l'idea che il medesimo (Assarotti) proceda per ispirito di emulazione, senza suo vantaggio, e nel solo intento di fare danno al vicino ecc. ». Ora la prova portata dall'Assarotti si fondava tutta sulla utilità oggettiva.

(4) La sentenza è del seguente tenore: «... Attesochè Fortunato Contini, veduto che Raffaele Sguanci aveva edificato alla distanza di metri tre metri dal muro tergaie della sua casa, e aveva alzato più di tre metri il muro che separa la corte di quella casa da un di lui orto, chiese al tribunale civile che lo condannasse a demolire quelle opere; — Attesochè la corte d'appello di Firenze accolse la suddetta domanda, considerando che sebbene i due muri sieno comuni tra le parti, e potesse perciò lo Sguanci edificare a qualunque distanza dal muro di tergo e innalzare l'altro muro, pur non abbia diritto di mantenere i fatti lavori perchè, mentre non gli producono veruna utilità, tolgono alla corte e alla casa del Contini il prospetto e la luce; perciò sono evidentemente ordinati al fine di recargli un danno o da spirito di emulazione; — Attesochè non è vero che la corte, così decidendo, abbia violato l'art. 490 del cod. proc. civ. che vieta di dedurre in appello domande nuove. La domanda del Contini fu in ambedue gli stadi sempre la stessa, quella cioè che le opere fatte dallo Sguanci fossero demolite. La emulazione non era una domanda nuova, ma un nuovo fondamento ed una nuova causa della sua azione, e poteva perciò, senza offesa della legge, essere dedotta per la prima volta in appello. Sebbene nemmeno sussista che nel primo giu-

La corte di cassazione di Palermo sembra ammettere essa pure come regola generale il divieto della emulazione; ma la sentenza a me nota, in cui si parla di tal divieto, è veramente molto singolare (1). Essa infatti stabiliva che l'esercizio del diritto di proprietà è limitato dalla necessità di evitare il danno altrui, e che al proprietario di fondi invasi dall'irrompere delle acque è lecito difendersi anche con danno dei fondi vicini, ma solamente in caso di forza maggiore e quando non vi sia altro mezzo di difesa; e perciò il proprietario che venga danneggiato dal proprietario limitrofo per la costruzioni di ripari, che abbiano alterato il corso delle acque, ha diritto di agire contro di lui per il risarcimento dei danni e la restituzione delle acque nel pristino corso. La corte suprema di Palermo cassava per tali ragioni la sentenza d'appello che aveva negata l'azione al proprietario danneggiato, e a tal proposito osservava che: « La proprietà civile è abbastanza garantita dall'unico principio comune a tutti, ed è che qualunque fatto

dizio non si fosse parlato di emulazione, imperocchè negli atti se ne legge espresso il concetto, e anche scritto il nome, e in appello il Contini altro non fece che darle svolgimento: — Attesochè bene a ragione la corte ordinò per questo motivo la demolizione. Infatti, sebbene l'art. 553 codice civile, facendo eccezione alla regola che vieta al condomino di fare novità sulla cosa comune senza il consenso dell'altro, autorizzi il comproprietario di un muro ad alzarlo, questa sua disposizione dev'essere coordinata coi principi di onestà naturale, che limitano l'esercizio della proprietà. Bene sta che il campo di quest'esercizio si stenda quanto quello dell'interesse, che il proprietario di un fondo possa usarne senza curare il danno che ne derivi al vicino, perchè *qui utitur jure suo nemini iniuriam facit*. Ma se nel fare questo egli non avesse altro fine che di nuocere senza alcun suo pro, *si hoc animo fecit ut tibi noceat*, allora interviene la legge a moderare l'eccesso e l'abuso, a rendere impotente la malizia e la emulazione, concedendo al danneggiato l'azione del dolo, *doli actionem*, per impedire o far demolire l'opera (l. 1, § 11, 12; l. 2, § 9 ff. *de aq. et aq. pl. arc.* 39, 3). Questo principio fu adottato dai giureconsulti romani, sebbene non fosse scritto in alcuna legge — *etsi jure deficiamus* (l. 2 § 5 *de aq. et aq. pl. arc.* 39, 3); — procede a maggior ragione, *summam rationem habet*, tra i condomini, *cum societas jus quoddam fraternitatis in se habeat* (l. 63 pr. ff. *Pro socio*, 17, 2); e deve aversi per sottinteso nel nostro codice civile in ordine all'art. 3 delle sue disposizioni preliminari, siccome quello che, oltre all'aver il suggello della moralità, deriva dal purissimo fonte del gius comune; — Attesochè non è vero che la corte, ritenendo fatto per emulazione l'alzamento del muro di cinta, perchè non è inteso a trasformarlo in muro d'appoggio, presupponga che lo Sguanci non avesse diritto di alzarlo per un fine diverso, mentre l'art. 553 concede quel diritto al condomino del muro senza alcuna limitazione. In questo argomento la corte non espresse una teoria di gius, ma una mera considerazione di fatto. — Vide che allo Sguanci allora soltanto avrebbe giovato alzare quel muro se vi avesse appoggiato un edificio, che l'alzamento fattone per una causa diversa toglieva senza alcuna sua utilità il prospetto e la luce al vicino, perciò lo dichiarò, con incensurabile giudizio, fatto per emulazione. Tale essendo il concetto della sentenza, non è a parlare di violazione del suddetto articolo di legge; — Attesochè invano il ricorso sostiene che sia intempestiva la domanda del Contini, finchè i lavori non sieno ultimati, e rimane incerto a che debbano riuscire. Infatti la sentenza dichiara che, tali quali ora sono, appariscono inutili per lo Sguanci e dannosi al vicino; nei quali termini non fu violata, come si pretende, la leg. 35 ff. *De judiciis*, che vieta d'introdurre il giudizio prima che sia nata l'obbligazione del convenuto, *antequam aliquid debetur*, imperocchè l'obbligazione dello Sguanci esiste di già, e deriva dal fatto della sua emulazione; ecc. ».

In una nota contro questa sentenza (*Foro italiano*, loc. cit.) io combattei per la prima volta il divieto dell'emulazione, facendo tuttavia notare, come, nel caso giudicato dalla corte di cassazione di Firenze, le regole concernenti la comunione e le servitù, poichè d'entrambi questi istituti si trovano elementi nella comunione del muro, dovevano condurci ad un risultato identico a quello che la corte aveva tratto dal divieto dell'emulazione.

(1) Corte di cassazione di Palermo, nella causa Morana contro De Gregorio, 20 febbraio 1878 (*Foro italiano*, 1879, I, p. 119 segg.).

che reca danno obbliga al risarcimento (*sic*). Ma non è lecito, abbandonando le guarentigie e l'incolumità veniente da questa sanzione, scompigliando il sistema sociale, turbare la proprietà altrui, recare ad altri danno. Questo illegale arbitrio, questo sconfinato procedere, non può essere attribuito della proprietà civile, ma toccherebbe da vicino e si confonderebbe con la falsa teorica delle opere *usque ad aemulationem*, teorica che la dottrina ha altamente riprovato ».

Ho detto che tale sentenza, per ciò che riguarda l'emulazione, è veramente singolare. Secondo essa chi non arresta l'esercizio della proprietà dinanzi al diritto altrui è in errore, perchè dovrà giungere sino ad ammettere gli atti del proprietario *usque ad aemulationem*; come se della proibizione dell'emulazione non si potesse dubitare, ma fosse controverso invece se al proprietario sia lecito o no il violare l'altrui diritto!

A quali strane conseguenze conducono le mal comprese tradizioni di scuola!

La corte d'appello di Messina con sentenza del 17 marzo 1880, nella causa Morgana contro Pavone, negava potersi dare emulazione in chi agisse per divisione dei beni comuni; ma esplicitamente affermava come norma generale il divieto dell'emulazione (*Temi zanclea*, 1880, pagine 94 segg. Vedi pure Repertorio del *Foro italiano* 1880, voce *Comunione*, 4). Le parole di questa sentenza meritano di essere riferite: « Attesochè è ben vero che *malitiis non est indulgendum*, e che un'azione spinta da sola emulazione non sia da accogliere; ma l'emulazione per viziare i propositi dell'attore suppone che ei voglia, senza l'utile proprio, il danno altrui; il che si risolve nella inammissibilità della domanda giudiziale per manco d'interesse. Però non è concepibile l'assenza assoluta di ogni utile in colui che intende uscire dallo stato d'indivisione. Lo scioglimento stesso della comunione è a presumere che a colui che lo chiede giovi ne' suoi calcoli insindacabili; e sarebbe indiscreta soverchianza pur di premerlo a provare il profitto concreto ed ulteriore che gli torna dall'importanza della divisione ecc. ».

Noti il lettore che, nel caso contemplato dalla sentenza, si trattava di un'azione giudiziaria, alla quale era applicabile l'art. 36 cod. proc. civ., che la questione perciò si aggirava più che altro sulla necessità dell'esistenza di un interesse nell'attore, e che la corte ammise che, in un'azione come quella di divisione, l'interesse è insito nel fatto stesso e che non si può provare il contrario.

Sono questi gli esempi, che ho potuto trovare nella nostra recente giurisprudenza, di giudicati che approvano il divieto dell'emulazione.

Sentenze decisamente contrarie sono quelle che ammettono incondizionatamente la massima *qui jure suo utitur, nemini damnum facit*; per es., quella del tribunale di Bari 18 febbraio 1873, nella causa De Marinis contro Neancha (Vedi *Rivista di giurisprudenza di Trani*, 1878, I, p. 170 segg.; Repertorio del *Foro italiano*, 1878, voce *Possesso*, pag. 816, num. 35).

Come il lettore ha veduto, i casi di emulazione, contro i quali le nostre supreme corti e gli altri magistrati hanno emanate le loro sentenze, sono relativi alle acque e alla comunione; ossia riguardano quei casi, nei quali anche noi abbiamo ammesso essere vietati gli atti d'emulazione, sebbene il divieto non li colpisse perchè soggettivamente malvagi, ma bensì perchè oggettivamente inutili a chi li compie e nocevoli al vicino.

Due conseguenze perciò noi siamo autorizzati a trarre dalla rapida rivista dei casi pratici. La prima è, che il divieto dell'emulazione è superfluo.

La seconda, che i magistrati non osano condurre alle ultime sue conseguenze il principio del divieto; e questo stesso fatto ci dimostra la falsità del principio, che in pratica non ammette tutta l'estensione della quale logicamente sarebbe capace.

21. Benchè finora parecchie volte ci si sia presentata l'occasione di far cenno di qualche argomento d'ordine più generale e astratto, che si adduce per combattere l'emulazione, pure abbiamo evitato studiatamente di parlarne a lungo, per potere concentrare in questo luogo tutto il ragionamento, per dir così, filosofico.

È necessario anzitutto definire meglio che non si sia fatto finora i limiti della questione.

È da escludere tutto ciò che non riguarda il diritto privato, quel diritto che noi siamo soliti chiamare diritto civile.

Nel diritto pubblico è l'internazionale quello in cui più facilmente si potrebbe sollevare la nostra questione.

Potrebbe infatti domandarsi, come fecero i nostri antichi giureconsulti, se sia lecito ad uno Stato di fare atti di dispetto contro gli altri Stati. Ma pur troppo il tempo, in cui siffatte questioni saranno giuridicamente risolte, si può considerare ancora come tanto lontano nell'avvenire, e le basi del diritto internazionale sono ancora tanto malsicure, che il lettore facilmente ci perdonerà, se noi non ci fermeremo a trattar questo punto.

Anche nel diritto privato, quantunque il maggior numero degli autori tratti la questione nella parte generale, e perciò ne estenda l'importanza ad ogni specie di diritti, pure la sede naturale della controversia non può essere altro che nel diritto di proprietà, e più specialmente di proprietà immobiliare. Di tale diritto infatti si occuparono in modo particolare i nostri vecchi scrittori, e relativi a tale diritto sono i casi di emulazione che si presentano in pratica.

E bene a ragione; perchè solo nella proprietà si rinviene quella indeterminatezza di contenuto, la quale può dar luogo a controversia circa la legittimità di questo o quell'atto; e solo nella proprietà immobiliare, come già più sopra abbiamo osservato, gli atti di un proprietario sulla propria cosa hanno per conseguenza frequentemente una modificazione nello stato di fatto delle proprietà vicine.

Possiamo quindi restringere il nostro ragionamento a siffatta proprietà; tanto più che, risoluto il problema relativamente ad essa, facilissima riesce la soluzione delle questioni affini, che per avventura possano nascere circa diritti d'indole diversa.

Il problema ha per verità attinenza con quello del concetto più o meno assoluto della proprietà; ed io non voglio certo negare, che non si possa oggi più sostenere da alcuno essere la proprietà un diritto assoluto, irrefrenato ed irrefrenabile in tutta la forza della parola. Dirò anzi che credo assurda l'opinione, la quale si trova espressa in alcuni scrittori anche molto reputati, che nel diritto romano la proprietà avesse tale carattere selvaggio e feroce-mente individuale.

Ma il riconoscere il carattere sociale della proprietà, non significa punto ammettere il divieto dell'emulazione.

La società per i suoi fini può restringere la libertà del proprietario. Per la salute e per la sicurezza pubblica e per altri simili scopi essa, ad

esempio, ordina le distanze tra i fabbricati, impedisce certe piantagioni, impone certe restrizioni nell'uso delle acque ecc., ecc.

Andrò più innanzi ancora. La società potrà forse trasformare interamente l'indole attuale della proprietà; potrà forse abolire ogni proprietà. Ma che perciò?

Io affermo che finchè siffatte trasformazioni sostanziali non saranno avvenute (lasciando intatta la questione se sia o no possibile che avvengano), finchè il diritto civile manterrà il carattere, che attualmente ancora conserva, tutte le restrizioni alla libertà dei proprietari dovranno essere dalla legge tassativamente determinate, dovendo quella libertà costituire la regola fondamentale.

S'egli è vero che il diritto segna i confini della libertà di ciascuno, appunto perchè ognuno da sè ed insieme con gli altri possa, agendo a suo arbitrio entro quei limiti del minimo e del massimo della sua azione, conseguire il proprio fine individuale ed il fine sociale; s'egli è vero che questi limiti sono prescritti dalla necessità dei rapporti sociali, conviene pure trarne la conseguenza che chi agisce senza uscire dalla propria sfera giuridica ha diritto che non gli si domandi conto delle sue azioni, ha diritto di conformarsi o no ai precetti della morale. E si noti bene che questa libertà è guarentigia della stessa morale, la quale perde la propria natura, quando vi si unisca l'esterna coazione.

Nulla vale l'osservare in contrario che ogni diritto presuppone un interesse, e che questo interesse manca negli atti d'emulazione.

Lo stesso illustre prof. di Jhering, il quale, com'è noto, definì il diritto in senso soggettivo come un interesse tutelato dall'ordine giuridico, il quale insiste continuamente sul fine come elemento essenziale del diritto, lo stesso prof. di Jhering, dico, è contrario al divieto della emulazione (1). E con ragione.

Io non ripeterò coll'Hommel e con lo Schuster che l'uomo non agisce mai senza interesse, e che perciò gli atti d'emulazione sono anch'essi mossi da un interesse; perchè volentieri col Romagnosi riconosco invece che l'intenzione di fare un dispetto non è tale interesse, che dal diritto si debba tutelare.

Ma l'interesse sociale, che il diritto difende permettendo che il proprietario agisca anche per fini non retti, è quello della libertà. L'inquisizione circa gl'intendimenti del proprietario distrugge la libertà; il diritto, almeno come oggi è costituito, vuole questa libertà; esso perciò deve impedire quell'inquisizione. Esso adunque deve permettere gli atti d'emulazione, non già perchè li approvi, non già perchè ritenga che il proprietario, che compia un atto di tal natura, lo faccia per trarne un vantaggio degno della difesa giuridica; ma perchè il divieto dell'emulazione implica un sindacato sulle azioni del proprietario anche quando oggettivamente non eccedono i limiti giuridici, ed ogni indagine di tal natura offende la libertà.

Avviene qui qualche cosa di simile a ciò che spesso si è osservato relativamente al giudizio possessorio. Anche il ladro è difeso in possessorio; non già perchè si voglia difendere il ladro, ma perchè l'indagine circa la qualità del possesso distruggerebbe l'utilità della difesa del possesso in generale.

Il proprietario quindi non ha bisogno di giustificare i suoi atti mediante

(1) Cfr. più sopra § 15.

la prova di un particolare interesse per ciascun di essi. Il suo massimo interesse sta in ciò ch'egli non debba esser costretto a render conto dei propri atti non ingiusti oggettivamente.

Che se poi si voglia esaminare la questione sotto il punto di vista di colui, contro al quale sono diretti gli atti d'emulazione, la nostra conclusione non potrà esser differente.

Non ogni lesione di un interesse può essere considerata come una lesione di diritto; e soltanto quest'ultima, la quale costituisce il danno in senso giuridico, può dar luogo ad un'azione giudiziaria (1).

Il proprietario di un fondo, il quale presentemente gode di un vantaggio solo in quanto il suo vicino si è astenuto dall'esercitare alcuna delle facoltà, che gli competono come proprietario, non può lamentarsi di alcuna diminuzione nel complesso dei propri diritti, quando, venendo il vicino ad esercitare quella facoltà, egli subisca perciò una diminuzione di comodità, o anche una perdita nel valore del proprio fondo. Egli infatti non aveva diritto a quella comodità, a quel valore di fronte al vicino; ma ne aveva soltanto un godimento di fatto, un di più, che gli poteva esser tolto impunemente. Ripeteremo col giureconsulto romano *multum interesse utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur* (fr. 26 de damno inf. 39, 2).

Come potrebbe dunque concedersi un'azione a colui, che giuridicamente non ha sofferto alcun danno? Per portare rimedio ad una pretesa invasione dell'avversario, si verrebbe ad ammettere una vera e propria invasione del reclamante nei diritti di esso avversario.

Ciò dimostra sempre più l'assurdità dell'idea, che il diritto di proprietà, esercitato con intenzioni anche moralmente riprovevoli, non sia più un diritto. Infatti il diritto in senso oggettivo traccia i limiti delle singole libertà; ma, come sopra s'è detto, questi limiti sono tracciati secondo la necessità. Le singole libertà giuridiche sono come più poliedri che si toccano tra di loro in tutti i punti della loro periferia, sicchè non si può escire dall'uno senza invadere l'altro; ma perciò inversamente finchè non s'invade l'altro, non si esce dal proprio. Finchè dunque non vi è giuridica lesione di altri, o di singoli individui o della società, non si può dire che alcuno abbia trasgredito i limiti del proprio diritto.

Nè si creda esser questo un ragionamento contrario ai dettati della coscienza dell'attuale società italiana.

Io ho interrogato un grandissimo numero di persone non imbevute di pregiudizi giuridici circa la legittimità del divieto dell'emulazione; e da questa specie d'inchiesta ho potuto ricavare con certezza essere la coscienza popolare avversa al divieto giuridico di quella emulazione, che pure essa moralmente condanna.

22. Qual sarà la conclusione generale di questo scritto?

Essa sarà conforme a quella, che più sopra, nei §§ 13 e 19, abbiamo già espressa dopo l'esame accurato delle leggi romane e italiane.

L'emulazione, come tale, non è giuridicamente vietata. Talora gli atti d'emulazione sono bensì illeciti; ma perchè compresi in altre categorie di atti proibiti da disposizioni giuridiche, che fissano limiti oggettivi all'esercizio di determinati diritti.

(1) Confronta una mia nota nel *Foro italiano*, 1880, I, col. 1041 [v. pag. 369].

BIBLIOGRAFIA

Nei §§ 4, 5, 6, 14, 15, 16 il lettore troverà la più completa bibliografia sulla materia dell'*Aemulatio*. Citeremo qui ora solo gli autori che più specialmente se ne sono occupati, e più utili a consultarsi.

MENOCHIUS, *De praesumptionibus* (Venetiis 1603) lib. 6, praes. 29 — GAILL, *Observationum practicarum lib. II* (Venetiis 1613) lib. 2, obs. 69 — MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum* (Aug. Taur. 1624) concl. 621 — S. STRYKIUS, *De iure aemulationis*, nelle sue *Dissertationes iuridicae*, disp. 17 (Florentiae 1838) vol. 3 — G. WUNDER (praes. C. THOMASIO), *Non ens actionis forensis contra aedificantem ex aemulatione* (Halae Magdeburgicae 1703) — SCHULZ, *De actione contra aedificantem ex aemulatione* (Regimont. 1712) — NESSIUS (praes. WEIDLERO), *De usu remedii contra aedificantem ad aemulationem* (Witemb. Sax. 1732) — HOMMEL, *Rhapsodia quaestionum in foro quotidie obvenientium* (Lips. 1765 segg.) — SCHUSTER, *Del diritto di erigere fabbriche ecc.* (traduz. ital. Firenze 1838) art. 44 — GESTERDING, *Vom Bauen aus Aemulation*, nella raccolta sua *Ausbeute von Nachforschungen etc.*, vol. 3 (Greifswald 1830) — ROMAGNOLI, *Ragion civile delle acque* (Firenze 1834), lib. 1, cap. 2, § 4 segg. — FEITZ, *Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu Wenig-Ingenheim* (Freiburg 1834) vol. 1, pag. 49 seg. — WÄCHTER, *Handbuch des in Königreich Württemberg geltenden Privatrechts*, vol. 2 (Stuttgart 1851) pag. 194 seg. — WÄCHTER, *Pandekten* (Leipzig 1880) vol. 1, § 33, num. 3, nota 7 — VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* (ristampa della 7 ediz., Marburg o Leipzig 1876) vol. 1, § 297 annot. — SINTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht* (3ª ed., Leipzig 1868) vol. I, § 27, nota 6 — JHERING, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn*, nei suoi *Jahrbücher für die Dogmatik etc.* vol. 6 (Jena 1863), pag. 103 segg. — UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* (4 ediz., Leipzig 1876) vol. 1, § 68, num. 2, 4 — WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (5 ediz., Stuttgart 1879) vol. 1, § 121, nota 3 — FLANIN, *De la faculté d'exhausser le mur mitoyen*, nella *Revue critique de législation et de jurisprudence* (Paris 1864) pag. 17 segg. — DEMOLOMBE, *Traité des servitudes* (Paris 1872) tom. 1, n. 66, 398, tom. 2, n. 647 segg. — LAURENT, *Principes de droit civil*, (Bruxelles-Paris 1872) tom. 6, n. 140 — MACES, *Ueber Nachbarrecht*, nella *Allgemeine österreichische Gerichtszeitung* (Wien 1871) — A. PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen* (Weimar 1867) p. 44 segg. — A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo*, vol. 2 (Halle 1878) pag. 11 segg. — V. SCIALOJA, *Degli atti d'emulazione nell'esercizio dei diritti* (Roma 1878) e nel *Foro italiano* 1878, I, 481 segg. [v. pag. 194]. — V. SCIALOJA, *Del divieto degli atti emulativi in materia d'acque*, nella *Legge*, 1879, III, 235 segg. [v. pag. 210] — GIANZANA, *Le acque nel diritto civile italiano* (Torino 1879), vol. 1, parte 2, tit. 2, cap. 8 — BURCKHARD, *Die actio aquae pluviae arcendae* (Erlangen 1882), continuazione del commentario del Glück, § 1684, n. 15, pag. 239 segg. (1).

(1) [Cfr. anche pag. 260].

SULLA DOTTRINA DEGLI ATTI AD EMULAZIONE

di F. ATZERI VACCA^(*)

FRANCESCO ATZERI VACCA. — *Sulla dottrina degli atti ad emulazione.* (Cagliari, 1886; pagg. 110 in 8°).

Il numero, finora per verità molto ristretto, degli scrittori che sostengono esser vietati dalla morale, ma non dal diritto gli atti ad emulazione, è venuto in questi ultimi tempi crescendo anche in Italia, e tra questi non occuperà certamente l'ultimo posto l'autore del libro che annunziamo. Questo infatti è tutto diretto a combattere la teoria del divieto giuridico degli atti che costituiscono l'esercizio di un diritto coll'intento di nuocere all'altrui interesse e che, mentre sono nocivi all'interesse altrui, non recano a chi li esercita utilità alcuna o gli portano solo un'utilità minima, da non tenersi in conto.

Dopo aver dimostrato nel capo I in qual modo il divieto degli atti emulativi sorgesse nel medio-evo, l'A. nei capi II e III sostiene che questo divieto non esisteva nel diritto romano e che fu invece un portato necessario delle condizioni di vita giuridica e politica dei tempi di mezzo.

Quindi nei capi IV, V e VI (che costituiscono forse la parte più importante e più nuova nel libro) egli esamina se tali atti siano vietati dai principii generali del diritto, confutando gli argomenti addotti e da filosofi del diritto e da giuristi positivi a sostegno del divieto, e provando che il retto modo di concepire i limiti dell'autonomia individuale non include questo divieto.

Il capo VII contiene la dimostrazione che gli atti ad emulazione non sono proibiti nel diritto civile italiano, dimostrazione fatta con particolare riguardo alla proprietà, alla comunione, alle obbligazioni con causa turpe, al recesso dalla lite e alla sua accettazione, all'esecuzione sui beni del debitore, e specialmente alla materia delle acque. Nell'ultimo capo finalmente, l'A. conchiude che il tollerare gli atti emulativi è realmente più utile alla società che il vietarli, e per la grande difficoltà pratica di applicare il divieto, e perchè bastano di per sè i freni morali e quelli del privato interesse a impedire, meglio che la proibizione giuridica, l'abuso di quella tolleranza, e soprattutto perchè il divieto distrugge la libertà individuale dell'esercizio del diritto, permettendo l'indiscreta indagine dei motivi degli atti e, piuttosto che essere argine alle liti, è fonte esso stesso di litigi infiniti ed eccitamento ad atti emulativi; mentre invece la tolleranza giuridica spinge gli uomini a cer-

(*) Recensione pubbl. nella *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, 1887, III, pag. 289.

care nel proprio contegno reciproco quella concordia degli animi che non s'impone con la forza.

Naturalmente io non posso che approvare in massima questi concetti dell'A., avendoli già sostenuti in più d'uno dei miei scritti (1). Nè si creda che queste mie parole contengano una vanitosa rivendicazione di priorità; che anzi il signor Atzeri-Vacca cita tante volte e con tali parole l'ultimo di tali miei scritti, che io credo necessario avvertire ch'egli se ne discosta assai più di quanto dalle sue modeste dichiarazioni apparirebbe. Anche là dove egli più si è giovato del mio lavoro, come nella parte storica e nelle notizie bibliografiche, quantunque egli abbia trattato questi punti molto più in succinto di me, ho potuto trovare parecchie notizie di cose a me sfuggite, tra le quali quelle degli scritti del De Gioannis e del Lai, purtroppo a me ignoti.

In generale, quando le idee dell'A. si allontanano da quelle già da me esposte, sia che si tratti dell'esegesi dei testi giuridici antichi e moderni, sia che si tratti della determinazione di principii generali, io insisterei ancora sulle mie vecchie opinioni, anzichè seguire quelle del signor Atzeri-Vacca, così, per esempio, nella determinazione del conflitto dei diritti a base di utilità; ma evidentemente può darsi ch'io non sia buon giudice là dove figuro come parte.

Sarebbe desiderabile che chi tornasse a scrivere su questo argomento si fermasse a studiare alcuni punti che tanto da me quanto dal signor Atzeri furono forse troppo trascurati. Tale è, per esempio, il rapporto che in diritto romano poteva correre tra la facoltà di esercitare i diritti anche *ad aemulationem* e la concessione dell'*actio iniuriarum* come complemento della difesa della proprietà. Io però non posso fare all'A. una colpa di questa o di altre omissioni; e considerando anzi che questo è il suo primo lavoro, debbo incuorarlo a continuare negli studi assai bene incominciati.

Prima di chiudere questi brevi cenni mi sia lecito di notare che in questi ultimi tempi altre voci autorevoli si sono dichiarate in favore dell'opinione sostenuta pure dall'A. e da me; così il prof. POLACCO, (*Una questione in tema di subingresso ipotecario legale*, in *Temi veneta*, IX, num. 19) fra gli italiani, e tra i tedeschi il prof. BEKKER (*System des heutigen Pandektenrechts*, I, § 22, *Beilage* I).

(1) [V. pagg. 194, 207, 210 e 216].

DEL DEMANIO PUBBLICO DELLO STATO

di P. G. E. BAILLIÈRE(*)

P. G. E. BAILLIÈRE - *Du domaine public de l'Etat* - Paris, Martinet, 1882; 8° grande, pag. 196.

È una *thèse pour le doctorat*. L'A. incominciando dal diritto romano, nota che la religione servì dapprima di tutela alle cose pubbliche; in seguito, governate dal diritto civile, esse furono oggetto dell'*usus publicus*, diritto speciale che le sottraeva a qualunque proprietà. I caratteri d'inalienabilità e imprescrittibilità loro naturalmente proprii, furono tuttavia attribuiti anche al demanio privato dello Stato, finchè questo, confuso coi beni degli imperatori divenne per costoro alienabile.

Classificando le cose pubbliche per diritto romano l'A. parla particolarmente delle cose religiose, sacre, sante e pubbliche propriamente dette, tra le quali annovera i pubblici edifici, le vie, il mare e il suo lido, i corsi di acqua perenni e navigabili e le loro rive, i canali, laghi e stagni pubblici; gli acquedotti per il servizio pubblico. Dopo brevi cenni sull'espropriazione per pubblica utilità, e sull'alienazione delle cose pubbliche mediante legge speciale, l'A. tratta della difesa delle cose pubbliche per parte dei cittadini cogli interdetti popolari e l'*operis novi nuntiatio*, e per parte dei magistrati. Circa questi dà parecchie notizie, alcune anche superflue, desumendole dal *Röm. Staatsrecht* del Mommsen. Narra poi succintamente le vicende del demanio pubblico nell'antico diritto francese, dimostrando come i re, che se ne lasciarono sfuggir di mano la giurisdizione, a poco a poco la ripresero, finchè si stabilì il principio dell'inalienabilità del demanio regio. Esaminando classe per classe le cose pubbliche, l'A. dimostra quali appartenessero al grande, quali al piccolo demanio.

Il periodo attuale incomincia colla distinzione fatta dalla costituente francese tra il demanio pubblico e quello privato dello Stato, dichiarando inalienabile il primo. L'A. ritiene per caratteri distintivi dei beni ad esso pertinenti: 1) il non essere suscettivi di proprietà; 2) l'esser destinati al godimento diretto del pubblico; 3) l'esser parte del territorio francese. Appartengono perciò al demanio pubblico le vie, i corsi d'acqua navigabili, il mare, il suo lido, le fortezze, i canali non concessi a privati, le ferrovie (sulle quali, secondo l'A., le società hanno un diritto *sui generis*; non reale, ma difeso dalle azioni possessorie). Vi appartengono pure gli edifici destinati ad un pubblico

(*) Recensione in *Riv. crit. delle scienze giuridiche e sociali*, 1883, pag. 37.

servizio? No. I mobili chiusi negli edifici pubblici, come le statue, i quadri, ecc.? Sì, secondo l'A., a parer mio poco logicamente.

Esposte le vicende dell'amministrazione del demanio pubblico, che si andò sempre più centralizzando, l'A. determina la giurisdizione del contenzioso amministrativo, al mantenimento del quale si mostra favorevole. Tratta poi degli atti e delle leggi amministrative e specialmente della delimitazione relativamente al mare, ai fiumi e loro lidi e rive. Ammette, dopo aver lungamente ventilata la questione, che i privati possano direttamente ricorrere alla autorità giudiziaria, quando credano lesa la loro proprietà da tali atti di delimitazione. Termina con brevi cenni circa la radiazione e il mutamento di classe dei beni del pubblico demanio.

Il libro può esser di qualche utilità, perchè in piccolo spazio raccoglie parecchie notizie; ma non contiene nulla di nuovo; anzi l'A. sembra ignorare la maggior parte degli studi precedenti sulla materia da lui trattata. È singolare che circa una delle principali questioni, quella se l'uso pubblico escluda la proprietà sui beni pubblici, egli, seguendo l'opinione dello Jhering pel diritto romano, del Proudhon e della sua scuola pel francese, non faccia parola della contraria opinione, che dai glossatori in poi fu sempre sostenuta da numerosi scrittori francesi (1). Nè io, che altrove ho difesa l'opinione favorevole alla proprietà (*Foro italiano*, 1885, I, col. 1116 (2)), ho trovato nel Baillièrè alcun argomento che potesse dissuadermene; anzi la legge del 1790, le parole dell'Enjubault sopra di esse, la confusione fatta dal codice napoleonico tra demanio pubblico e beni vacanti, mi sembrano essere anche per diritto francese favorevoli alla proprietà.

Ho già osservato che talora l'A. è in contraddizione con se stesso. Parmi che i criteri da lui stabiliti per determinare i beni pubblici non siano esatti. Del primo (impossibilità della proprietà) ho già parlato or ora; del secondo (uso diretto del popolo) non so capire come si possa applicare, per esempio, alle fortezze, ecc.; del terzo finalmente (pertinenza del territorio dello Stato) l'A. si è fatta una strana idea, non credendolo applicabile agli edifici! Alcune importanti questioni, per esempio l'ultima circa la giurisdizione dei tribunali ordinari relativamente agli atti di delimitazione, quantunque lungamente trattate, non mi sembrano discusse dal loro vero punto di vista.

Terminerò accennando ad alcuni errori secondari. La legge agraria di cui si parla a pag. 8, 65, o è del 644 (643? forse meglio) *ab U. C.* o è la *lex Thoria*, ma non può essere l'una cosa e l'altra contemporaneamente. L'imperatore che *uno edicto totius Italiae metum liberavit* (pag. 9), non è Vespasiano ma Domiziano. Il *dominus* e il *redemptor* in ORAZIO, *Od. III, 1, v. 35-36*, non sono una stessa persona, come crede l'A. E si può forse pensare che il fr. 4 *de rivis* 43, 21, autorizzi « chi non ha diritto all'irrigazione a domandare il ristabilimento del corso normale di un fiume? » (pag. 30); « che i romani conoscessero almeno in parte la servitù dell'acquedotto? » (pag. 31); che la const. 4 *de interd.* 8, 1 « proibì di pronunciare il nome degli interdetti? » (pag. 39). L'*iactus lapilli* poi non si riferisce all'*op. novi nuntiatio*, come dice l'A. (pag. 50), ma all'int. *quod vi aut clam*.

(1) Per esempio in uno scritto apposito del WODON, *Traité des choses publiques*, Bruxelles, 1870.

(2) [V. pag. 264].

SULLA PROPRIETÀ DELLE COSE APPARTENENTI AL DEMANIO PUBBLICO (*)

Il breve studio, che qui comparisce un pò modificato e corretto, fu da me pubblicato per la prima volta or sono quasi due anni in forma di nota ad una sentenza della corte d'appello di Catania a proposito della prescrizione di cose appartenenti al demanio (1). Sia per l'occasione troppo speciale di quella pubblicazione, sia per altra causa che poco importa qui ricercare, quel mio scritto rimase presso che ignoto a coloro che avrebbero potuto prendervi qualche interesse. Sembrandomi tuttavia la questione in esso trattata degna di riflessione degli studiosi del nostro diritto civile e amministrativo, e l'opinione da me sostenuta e più ancora il metodo da me applicato alla sua dimostrazione meritevoli se non altro di una confutazione da parte dei seguaci dell'opinione dominante, ho creduto utile di tornare a pubblicare quel mio scritto, togliendone tutta la parte relativa alla prescrizione, per meglio determinare i limiti della questione. I miei studi attuali mi hanno impedito di tener dietro a tutti i nuovi scritti giuridici su tale materia. Ciò che ho potuto però leggere non è bastato a farmi cambiare minimamente di opinione.

È da consultarsi lo scritto del signor consigliere Muzi nella *Enciclopedia giuridica italiana*, voc. *Acque*, cap. XXII (Napoli, 1882, vol. I, parte I, pagine 478 segg.), ove a proposito delle acque pubbliche è sostenuto il concetto che esse siano oggetto di proprietà pubblica, la quale comprende anche l'idea della proprietà privata.

(*) Rifacimento — in *Legge*, 1883, II, pag. 786 — della nota alla sentenza 1^o settemb. 1880 della corte d'appello di Catania (presidente RATTI, estensore INTERLANDI), Finanze contro Valsavoja, pubbl. nel *Foro ital.*, 1881, I, col. 1116, col titolo *Lo Stato può espropriare per causa di pubblica utilità i monumenti storici o artistici che sono in proprietà dei privati, ma non può rivenderli come da illegittimi detentori*, e con le massime: « La cosa demaniale, perdendo ogni carattere di cosa pubblica, sprofondando e rimanendo sepolta sotto terra, diviene accessione del suolo, e chi ha la proprietà della superficie, o l'ha prescritta, ha insieme acquistata e prescritta la proprietà di tutto ciò che si contiene nel sottosuolo.

« I monumenti storici o artistici possono essere proprietà non solo dello Stato, delle provincie e dei comuni, ma anche dei privati cittadini, ed altro obbligo questi non hanno che di conservarli.

« Lo Stato può espropriare, per causa di pubblica utilità, i monumenti storici o artistici che sono in proprietà dei privati, ma non può rivenderli, come da illegittimi detentori ».

(1) [V. nota precedente].

Il signor Mazza in un articolo *Dell'apparente antinomia tra il codice civile e la legge sui lavori pubblici in materia d'acque* (*Archivio giuridico*, 1882, vol. 29, pag. 431 segg., specialmente pag. 439) si attiene all'opinione dominante, senza addurre nuove ragioni e senza discutere quelle contrarie.

Di pochissimo valore è un libro del signor BAILLIÈRE, *Du Domaine public de l'Etat*, Paris, 1882, che non contiene nulla di nuovo. Sopra di esso il lettore può consultare una mia recensione nella *Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali*, Roma, fasc. 2 (1).

Notevole invece per quanto riguarda il diritto romano, sebbene solo indirettamente si riferisca alla nostra questione, è il lavoro del De Ruggiero sull'*Ager publicus* nell'*Enciclopedia giuridica italiana*, vol. I, parte II, pagine 592 segg.

È probabile che la poca conoscenza, che ho del testo della più recente letteratura giuridica in proposito, non possa molto influire sopra il buono o il cattivo che si trovi nel mio scritto. In ogni modo ne chiedo venia al lettore anticipatamente, ed entro senza più parole nell'argomento. Una scuola che si può dire prevalente in Francia, e che in Italia conta molti seguaci così tra gli scrittori di diritto civile, come tra quelli di diritto amministrativo, insegna che le cose appartenenti al pubblico demanio sono sottratte ad ogni diritto di proprietà, non solo da parte dei privati, ma anche dello Stato o degli altri enti pubblici. Lo Stato o gli altri enti non avrebbero con tali cose altro rapporto, che quello derivante dalla sovranità e dalla custodia amministrativa. Principale rappresentante di questa opinione in Francia può dirsi il Proudhon nel suo *Traité du Domaine public*. Nello stesso senso possono vedersi: DALLOZ, *Rep.*, voc. *Domaine public*; AUBRY et RAU, 4^a ed., § 163, 169; DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, n. 457; LAURENT, *Principes de droit civil*, VI, pag. 1, 2, 4, 54 segg. (vedi anche n. 28-35); e in Italia, PAFIFICI-MAZZONI, *Codice civile commentato*, vol. I, n. 71, sull'art. 430; RICCI, *Diritto civile*, vol. II, n. 44, 45; MATTEI, *Codice civile*, vol. II, sull'art. 425, n. 3; PERSICO, *Principi di diritto amministrativo* (2^a ediz., Napoli, 1875) vol. II, cap. 2, pag. 17 segg.

A questa scuola si oppone quella che ammette nello Stato, e rispettivamente negli altri enti pubblici, un vero diritto di proprietà sulle cose appartenenti al pubblico demanio, diritto, s'intende, limitato dalla pubblica destinazione alla quale la cosa è consacrata. Lasciando da parte molti autori, le cui espressioni non sono abbastanza chiare e che forse non si sono proposta neppure la nostra questione, citerò tra i francesi TROPLONG, *Prescription*, n. 144 segg.; WODON, *Traité des choses publiques*.

È veramente notevole che siffatta divergenza d'opinioni è una delle più antiche, che sian sorte nelle dottrine giuridiche. Fra i glossatori, Placentino sosteneva tutte le cose comuni essere pubbliche, e tutte le pubbliche comuni; mentre l'emulo suo Giovanni Bassiano nettamente le cose comuni distingueva dalle pubbliche (V. Glossa, ad § 5 *Istitut. de rer. div.* II, 1, verbo *publicus*); e Accursio insegnava esservi cose pubbliche comuni a tutti i popoli, come i fiumi, ed altre che appartenevano ad un sol popolo, come il Campo Marzio (V. Glossa, ad § 1 *Ist. de rer. div.* II, 1, verbo *publicus*).

Fra i commentatori del secolo XIV Bartolo approvava Placentino, e reputava che la differenza tra le cose comuni e le pubbliche consistesse solo nel maggior numero di persone alle quali le prime si offrivano per loro na-

(1) [V. pag. 263].

tura: BARTOLUS. *Super instit.* lib II, *De rer. div.*, Aug. Taur., 1584, fol. 72. Baldo invece seguiva Giovanni: BALDUS UBALDUS, *In primam dig. vet. partem comment.*, Venetiis, 1577, fol. 45, ad l. 1 *De rer. div.* n. 9. Procedendo nella storia troviamo CONNANO, *Comment. iur. civ.*, lib. III, cap. 3, n. 2, Napoli, 1724, vol. 1, pag. 150; CUIACIO, *Notae et Scholia in Instit.*, lib. II, tit. 1, Prato, 1836, vol. 2, col. 756 seg.; MARANO, *Paratitla, ad lib. 1, tit. 8, Dig.*, Traj. ad Rhen., 1741, pag. 68 segg.; WESEMBECIO, *Comm. in Pand.*, ad lib. 1, tit. 8, n. 3, Col. Agrip. 1650, pag. 35; IANUS A COSTA, *Comm. ad Instit. de rer. div.*, Paris, 1650; FABROT, *Ad Theoph.*, lib. II, tit. 1, § 2, nella ediz. di Teofilo del Reiz, Hag. Com. 1751, vol. 1, p. 210; HUBERO, *Digress.* part. II, lib. 2, cap. 1, Franequerae, 1696, pag. 522 segg.; VOET, *Comm. ad Pand.*, lib. 1, tit. 8, n. 8 e lib. 43, tit. 7, n. 1, Col. Allobr., vol. 1, p. 50, vol. 2, p. 700; PEREZIO, *Praelect. in cod.*, lib. XI, tit. 29, n. 1, 4, tit. 30, n. 1, Venetiis, 1772, vol. 2, p. 254 segg.; POTHIER, *Propriété*, n. 52 segg.; LEYSER, *Med. ad Pand.*, spec. XXV, Frankenthal, 1778, vol. 1, p. 253-262; HEINECCIO, *Elem. iuris sec. ord. Instit.* lib. II, tit. 1, § 325-26, *Pand.*, lib. 1, tit. VIII, § 190-91, ed altri innumerevoli, che ammettono la proprietà dello Stato sulle cose pubbliche; laddove Donello delle cose pubbliche faceva tre categorie: 1) *res publicae omnium communes* (mare, litora, aer, aqua profluens); 2) *res publicae quae specialiter ita dicuntur* (flumina, portus, alveus, ripae); 3) *res publicae universitatis* (theatra, stadia, agri, areae, insulae, viae itineraque publica, Campus Martius, forum, basilicae publicae, etc.), e poneva come elemento comune a tutte il non poter essere oggetto di proprietà, eccettuate le sole rive dei fiumi. DONELLUS, *Comment. de iur. civ.*, lib. IV, cap. 2, 3, 4, Lucae, 1762, vol. 1, col. 651-76. Il Noodt assimilava le cose pubbliche, eccettuate quelle *universitatis*, alle cose comuni in modo da formarne una sola categoria, come già aveva fatto Placentino. NOODT, *Probabil. iur. civ.*, lib. I, cap. 7 e 8, Lugd. Bat. 1735, vol. 1, p. 14-21; *Comm. ad lib. 1, tit. VIII, Dig.*, vol. 2, p. 33-36.

Peraltro, mentre gli autori di diritto romano e di diritto comune così disputavano, più concordi, almeno nella questione fondamentale, erano i feudisti; poichè già nel libro dei *Feudi*, lib. II, tit. 56, *quae sint regalia*, leggevasi una costituzione di Federico I, che così determinava le regalie: «*Regalia sunt arimandiae, viae publicae, flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia, portus, ripatica, vectigalia quae vulgo dicuntur telonia etc.* Le divergenze sorgevano soltanto circa il determinare se questa o quella cosa di demanio pubblico apparteneva alle maggiori o alle minori regalie. (Veggasi in proposito WODON, *op. cit.*, n. 52 segg.). L'abuso fatto delle regalie dal potere regio generò una forte reazione, sicchè dopo la rivoluzione di Francia diventò predominante in quel paese l'opinione che negava allo Stato la proprietà del demanio pubblico; e questa opinione, come si vede dagli autori più sopra citati, vi regna ancora.

In Germania la questione è fortemente agitata tra gli scrittori di diritto comune, specialmente dopo una lite sorta tra i cantoni di Basilea città e di Basilea campagna a proposito della proprietà delle fortificazioni di Basilea, le quali erano rimaste escluse da una prima divisione dei beni dell'antico cantone di Basilea tra i due nuovi cantoni, a causa della loro pubblica destinazione, ma poi, cessata la loro utilità militare, erano state convertite ad altri usi. Questa lite dimostrò l'utilità pratica di bene determinare il rapporto giuridico dello Stato e degli altri enti pubblici con le cose demaniali. In quell'occasione il Keller pubblicò due pareri: 1) *Rechtsgutachten die Festungs-*

werke der Stadt Basel betreffend, Lingenthal, 1861; 2) *Einige Bemerkungen über das Gutachten etc.*, che trovai nello scritto del RÜTTIMAN, *Nachtrag zu den Gutachten betreffend die Basler Festungswerke etc.*, Zürich, 1860; e due lo JHERING: 1) *Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die Festungswerke der Stadt Basel*, Leipzig, 1862, oggi ristampato dall'autore nei suoi *Vermischte Schriften*, p. 103-154; Leipzig 1879; 2) *Erwiderung auf das von H. Dernburg.... Gutachten*, Basel, 1862, nei quali si negava che le cose pubbliche potessero essere oggetto di proprietà; mentre il Dernburg ciò sosteneva in un altro parere: *Rechtsgutachten über den... Streit bezüglich der Festungswerke bei der Stadt Basel*, Halle, 1862. La lite fu decisa a favore dell'opinione di Keller e dello Jhering; ma d'allora in poi la maggioranza degli scrittori di diritto comune si è dichiarata per l'ammissione della proprietà. Così stanno per la proprietà sopra tutte le cose pubbliche (compresi i fiumi) BURCHARDI, *Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht*, I, p. 107 segg.; PERNICE, *Marcus Antistius Labeo*, I, p. 267-277, Halle, 1873; ARNDTS, *Pandette* (trad. ital., Serafini, Bologna 1877) § 49, vol. 1, p. 86 segg.; ZRODLOWSKI, *Das römische Privatrecht*, II, p. 46-59, Prag, 1880. Stanno per la proprietà, eccettuate i fiumi, WAPPÄUS, *Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen*, Göttingen, 1867, p. 18 segg., 73 segg.; KAPPELER, *Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs*, Zürich, 1867 (veggasi tutto questo ottimo libro); BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 2ª ediz., Erlangen, 1873, I, § 125, 127, 128, p. 460 segg.; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (5ª ed., Stuttgart, 1879) § 146, I, p. 434 segg.; WÄCHTER, *Pandekten*, Leipzig, 1880, I, § 60, p. 271, *Beilage*, I, p. 275 segg.; RANDA, *Der Besitz* (3ª ediz., Leipzig, 1879) § 10, p. 303 segg. Per le strade e i porti veggasi anche MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* (2ª ediz., Leipzig, 1876-77), vol. I, p. 175, vol. II, p. 430, 434. Persistono invece nella loro opinione, che nega la proprietà: KELLER, *Pandekten* (2ª ediz., Leipzig, 1866) § 48, I, p. 119 segg.; JHERING, *Geist des römischen Rechts* (trad. franc. MEULENAERE, *Esprit du droit romain*, Paris, 1878) vol. 4, p. 344 segg., e *Grund des Besitzschutzes* (trad. ital. FORLANI, *Sul fondamento della protezione del possesso*, Milano, 1872), p. 115 segg. Un medio parere vorrebbe proporre l'EISELE, *Ueber das Rechtsverhältniss des res publicae in publico usu*, Basel, 1873, secondo il quale il rapporto tra lo Stato e gli altri enti e le cose del demanio pubblico sarebbe un rapporto sui generis di pubblica proprietà; ma bene a ragione lo combattono HÖLDER, *Kritische Vierteljahrschrift*, 16, p. 443, e WINDSCHEID, *op. cit.* § 146, nota 17, poichè in ultima analisi tutto si ridurrebbe ad una nuova denominazione che non spiega nulla. È pur sempre necessario di sapere se in quella proprietà è compreso il concetto della proprietà privata, o, per meglio dire, della proprietà di diritto privato. Non è questo il luogo di dichiarare qual sia la mia opinione secondo il diritto romano. Una dichiarazione senza motivazione non gioverebbe a nulla, e d'altronde spero di poter pubblicare presto questa motivazione in apposito scritto. Fra gli autori italiani non saprei indicare altro che il Ruggieri, nel suo libro sul *Possesso*, Firenze, 1880, vol. I, § 172, pag. 240 segg.

Ma se così lunghe e generali discussioni dimostrano la difficoltà della questione in teoria ed anche la poca chiarezza della maggior parte delle legislazioni in proposito, io penso che le leggi, dalle quali oggi siamo governati in Italia, dichiarino nettamente la proprietà dello Stato. La dottrina francese può essere ancora oscillante, ma a noi non è lecito preferire un autore francese ad una legge italiana. Ora, se gli art. 425 e segg. del codice

civile possono lasciare qualche dubbio circa la natura della *pertinenza*, di cui trattano, e se anche le disposizioni circa le isole e l'alveo dei fiumi (art. 457 cod. civ.) possono interpretarsi in diverso senso, noi troviamo invece nelle leggi speciali più esplicite dichiarazioni. L'art. 22 della legge sulle opere pubbliche, 20 marzo 1865, alleg. F, dispone: *Il suolo delle strade nazionali è proprietà dello Stato, quello delle strade provinciali appartiene alle provincie ed è proprietà dei comuni il suolo delle strade comunali.*

L'art. 19 della medesima legge stabilisce che: *Tutte le altre strade non iscritte nelle precedenti categorie e soggette a servitù pubblica sono vicinali*, distinguendo così la proprietà dalla *servitù pubblica*. Riguardo alle strade dunque non può più nascer dubbio; e se consideriamo che le strade sono, per così dire, il tipo delle cose pubbliche, dobbiamo senz'altro concludere che la proprietà è ammessa per tutte queste cose. Tuttavia è utile ragionare più minutamente delle altre principali cose pubbliche e specialmente delle ferrovie e dei fiumi.

Per le ferrovie pubbliche può nascere la questione se siano di proprietà dello Stato o dei concessionari. Il LAURENT, *Principes de droit civil*, VI, numeri 29-35, ammette un diritto nuovo *sui generis*, simile alla proprietà, nei concessionari. La nostra legge non è ben chiara. Gli art. 272 e 299 della legge sulle opere pubbliche chiamano *privilegio* il diritto dei concessionari, ma questa espressione non esclude il concetto di proprietà, perchè il privilegio dei concessionari di ferrovie consiste specialmente nel monopolio; veggasi l'art. 269 della stessa legge. L'art. 295 parla vagamente di diritti e ragioni. Ma conviene tener conto di varie altre disposizioni per farci un concetto possibilmente chiaro di questi diritti. Il suolo delle ferrovie si espropria a spese dei concessionari. L'art. 249 stabilisce che *alla scadenza delle concessioni i concessionari conserveranno, oltre le azioni reali, la proprietà degli oggetti mobili ecc.* L'art. 259 dispone che *il concessionario dovrà fare eseguire a sue spese una delimitazione del suolo di proprietà della ferrovia medesima.* L'art. 260 dice che i concessionari *dovranno mantenere le loro strade ferrate*, ecc. L'art. 283 pone a carico dei concessionari *i tributi, per quanto riguarda al suolo occupato dal corpo delle ferrovie e dalle loro dipendenze.* Nell'art. 284 il diritto dello Stato a occupare previo determinato pagamento le ferrovie concesse, anche prima della scadenza del termine, dicesi *riscatto*.

Tutto ciò parmi debba persuaderci che certamente il diritto dei concessionari sulle ferrovie è un diritto reale. È esso proprietà o altro diritto reale? Credo che, se si osservi che in Italia il concetto della servitù pubblica non esclude quello della proprietà, non sembrerà troppo arduo il ritenere, contro la comune opinione, essere il diritto dei concessionari una proprietà, revocabile, soggetta a servitù pubblica. Checchè sia di ciò, importa ora constatare che le ferrovie sono oggetto di proprietà, appartenga questa ai concessionari o allo Stato.

Se le strade sono oggetto di proprietà, chi vorrà negare la proprietà per le fortezze, le navi da guerra, le armi, i cavalli dell'esercito, ecc.? Per i pubblici edifici, le biblioteche, le pinacoteche, i musei, ecc.?

Più grave e più difficile si presenta la questione nei fiumi pubblici. L'uso pubblico in questi è multiforme ed amplissimo, e la pubblica destinazione si può dire provenga loro dalla stessa natura. Essi sono composti di varie parti le quali vanno studiate prima separatamente e poi congiuntamente. L'acqua corrente, che è l'elemento principale del fiume, finchè si conserva tale, sfugge ad una vera appropriazione (è *l'aqua profluens* del diritto ro-

mano, considerata come *res communis omnium*). Le rive sono di proprietà privata, sebbene soggette alla servitù pubblica d'attiraglio o marciapiede (articolo 534 cod. civ., 144 legge sulle opere pubbliche). Parecchi scrittori moderni pretendono pure che l'alveo appartenga ai proprietari rivieraschi, anche se coperto dalle acque (vedi, per esempio, RICCI, *Diritto civile*, vol. 2, n. 49). Ma tale opinione non mi sembra giustificata. Giusta sarebbe, se si fosse accettato il progetto Pisanelli, il quale secondo le proposte fatte da A. Scialoja nel suo scritto: *Sulla proprietà dell'alveo e delle isole sorte nei fiumi*, aveva appunto proposto di determinare una volta per sempre la proprietà dei rivieraschi, assegnando loro per confine la linea mediana dei fiumi tracciata secondo lo stato attuale delle correnti. Il progetto Pisanelli fu respinto e ciò non vuol dire soltanto che non fu accettata la linea mediana come confine, ma che si tornò alle antiche idee, negando la proprietà dei frontisti sull'alveo coperto dalle acque.

Quindi si ebbero gli art. 454 e seguenti, i quali non si spiegano coi ragionamenti proposti dal Ricci, che sostiene la proprietà comune dei frontisti. (Vedi contro il Ricci, GIANZANA, *Le acque*, I, n. 26). Se il Ricci non crede che il diritto d'accessione secondo l'art. 454, sia contrario al suo concetto, potrà egli spiegare perchè le isole sorte nei fiumi navigabili appartengono allo Stato (art. 457 cod. civ.) e non ai frontisti?

Si noti che quando il terreno appartiene certamente ai rivieraschi perchè staccato per forza istantanea, lo Stato se ne può far cedere la proprietà, ma mediante indennità (art. 459 cod. civ.). Potrà spiegare il Ricci perchè le isole sorte nei fiumi non navigabili invece di essere in ogni caso comuni ai frontisti accedono alle proprietà di costoro in vario modo secondo il luogo ove sorgono? Perchè il codice tratta sempre dell'accessione di queste isole alle proprietà rivierasche e non all'alveo, che sarebbe stato più logico? No, tutte queste disposizioni non si spiegano col concetto di una proprietà privata sull'alveo; sono disposizioni di natura molto anormale, che solo nella storia possono trovare la loro spiegazione. L'art. 228 della legge sulle opere pubbliche offre poi un argomento gravissimo contro l'opinione sostenuta dal Ricci. In esso il legislatore per la costruzione delle ferrovie pubbliche dispone che: *« Non sarà dovuto alcun compenso o risarcimento per le occupazioni permanenti, provvisorie o temporanee, DEGLI ALVEI DELLE ACQUE PUBBLICHE, delle spiagge lacuali e marittime, nè di qualunque altro terreno improduttivo appartenente allo Stato »*. O sarà questa una solenne violazione del principio sancito dall'art. 438 del codice civile?

Ma se l'alveo coperto dalle acque non appartiene ai frontisti sarà esso una *res nullius*? o apparterrà allo Stato?

L'art. 228 della legge sulle opere pubbliche, poc'anzi citato, annovera l'alveo tra i *terreni improduttivi appartenenti allo Stato*. Non contraddice il codice civile con le disposizioni relative all'accessione, perchè, come ho detto, queste spiegansi storicamente, e d'altronde è naturale che lo Stato conceda talora ai rivieraschi le parti dell'alveo asciutto, poichè esso acquista quelle che vengono coperte dalle acque. Alla proprietà dello Stato ci porterebbe anche l'analogia con le strade; alla pubblica servitù di passaggio sul suolo di queste corrisponde quella del passaggio delle acque sull'alveo.

Abbiamo considerato partitamente gli elementi che costituiscono il fiume. A chi appartiene esso nel suo complesso? Questa questione differisce dalle prime specialmente riguardo all'acqua.

Se questa come *acqua corrente* sfugge all'appropriazione, può peraltro essere oggetto di diritti come corpo d'acqua. Fra la sorgente e la foce del

fiume vi sarà sempre un corpo d'acqua, per quanto l'acqua che lo compone sia sempre diversa. Possiamo immaginare di togliere ad un tratto ad un fiume tutta l'acqua che vi si trova in un determinato momento. Subito dopo nuova acqua scorrerà per il fiume; ma a chi appartiene quella che se ne è tolta? Chi ha il diritto di toglierla? La soluzione di questi problemi equivale alla soluzione di quello che ci siamo proposti circa la proprietà del fiume. Un punto è certo. La servitù pubblica, che grava sul fiume, deve essere rispettata in modo che nessuno può togliere dal fiume tant'acqua da ledere quella servitù; ciò peraltro non significa che non vi sia un proprietario del fiume. La legge sulle opere pubbliche così dispone negli art. 132 e 133: « *Nessuno può derivare acque pubbliche, nè stabilire su queste molini od altri opifici se non ne abbia un legittimo titolo o non ne ottenga la concessione dal governo. Le nuove concessioni d'acqua sia in proprietà assoluta, sia per semplice uso temporaneo o determinato, saranno fatte per reale decreto promosso dal ministero delle finanze e sotto l'osservanza delle cautele che, sentito il consiglio superiore dei lavori pubblici, saranno state proposte in linea di arte dal ministero dei lavori pubblici nell'interesse ed a tutela del buon regime degli alvei, della libera navigazione e delle proprietà laterali. Le concessioni determineranno la qualità, il tempo, il modo e le condizioni della estrazione, ed occorrendo le condizioni della condotta e dell'uso delle acque, o le norme della costruzione e dell'uso dell'opificio, e stabiliranno l'annuo canone, od il prezzo di vendita da corrispondersi alle finanze dello Stato.* »

Da questi articoli apparisce che l'acqua dei fiumi, salvo l'interesse pubblico, è alienabile e che l'alienazione si fa dallo Stato (minist. delle finanze), per un dato prezzo. Tutto ciò non avrebbe senso se non si ammettesse che lo Stato ha la proprietà dell'acqua che può alienare. Mentre il ministero dei lavori pubblici cura l'interesse diretto del pubblico, il ministero delle finanze cura l'interesse patrimoniale dello Stato alienando le acque e ricevendone il prezzo corrispettivo.

In quei paesi, dove si nega ogni proprietà dello Stato sulle cose pubbliche, il concetto della inalienabilità dei fiumi esclude la possibilità di concessioni, di derivazioni, quali ammette la nostra legge; sicchè ogni concessione si ritiene colà quasi abusiva e precaria. Ciò è logico. Ma è dispiacevole il vedere che questi concetti importati di fuori siano ammessi dalla nostra giurisprudenza, quando le nostre leggi sono animate da uno spirito tanto diverso. In Italia lo Stato prima di concedere una derivazione d'acqua deve riguardare, se non ne viene leso l'interesse pubblico; ma una volta concessa non la può revocare ad arbitrio. Se il pubblico interesse esige che la concessione sia revocata, si deve tenere la via prescritta dall'art. 438 del codice civile e dalla legge sull'espropriazione per causa di utilità pubblica. L'utilità delle derivazioni è una delle maggiori utilità dei fiumi, e la si ridurrebbe a nulla, se per amore di formule astratte, queste derivazioni si rendessero precarie e revocabili secondo il capriccio dei governanti. La paura dello Stato in tal caso finisce per rendere lo Stato strapotente, e l'amore dell'utile pubblico finisce col distruggerlo; perchè, come diceva il Montesquieu, *le bien public n'est jamais que l'on prive un particulier de son bien ou même qu'on lui en retranche la moindre partie par une loi ou par un règlement politique; dans ce cas il faut suivre à la rigueur le droit civil, qui est le palladium de la liberté.*

Possiamo dunque concludere che il corpo del fiume appartiene allo Stato. Non credo che alcuno si varrà del concetto della libertà della pesca

sancito dalla nostra legge 4 marzo 1877, per combattere questa conclusione. La libertà della pesca in un fiume non altera il concetto della proprietà del fiume, come la libertà della caccia sopra un fondo non altera quello della proprietà del fondo.

Questi ragionamenti intorno alle principali cose attribuite al pubblico demanio, ci autorizzano, credo, ad ammettere su queste cose una vera proprietà patrimoniale soggetta, ben s'intende, alla servitù pubblica. Di che natura sia questa, che chiamano servitù pubblica, non è facile determinare, nè è qui il luogo di farlo. Spero di poter riprendere l'argomento in altra occasione.

Ecco peraltro una difficoltà. Se lo Stato può avere una proprietà anche sui beni del pubblico demanio, come mai nell'art. 1 della legge 22 aprile 1869 sulla contabilità dello Stato si legge: *I beni immobili dello Stato tanto pubblici quanto posseduti a titolo di privata proprietà, fruttiferi o infruttiferi, si amministrano per cura del ministero delle finanze?* Non si oppongono forse qui i beni pubblici a quelli di privata proprietà?

Non credo che la difficoltà sia grave. L'espressione *privata proprietà* in una legge di contabilità e amministrazione è usata nel senso di proprietà destinata esclusivamente a scopi privati, proprietà di beni dai quali lo Stato ricava l'utilità che i privati sogliono ricavare dai loro; non può avere maggiore importanza di questa. Se ne vuole una prova? Nell'art. 13 della medesima legge si annoverano tra le alienazioni di beni dello Stato le concessioni di derivazioni d'acque pubbliche. Nell'art. 1 del regolamento 4 settembre 1870, fatto per questa legge, si dispone: *Il diritto di proprietà dei beni immobili dello Stato, tanto pubblici quanto posseduti a titolo di privata proprietà, ecc.*

È forse contrario alla nostra opinione il concetto moderno dello Stato? Non credo. Lo Stato moderno è un ente oggi molto più distinto dai suoi componenti che non fosse lo Stato antico. Lo Stato è passato attraverso alla personalità del principe e si è personificato. La reazione moderna contro quella personalità, non ha distrutto il concetto stesso della personalità, ma ne ha distrutta solo l'individuazione del principe. I fatti, più validi d'ogni ragionamento astratto, provano che la tendenza attuale è favorevole all'ammissione della proprietà sulle cose pubbliche. Anche in Germania si è accettato il concetto della proprietà nella legge dell'impero del 25 maggio 1873 (vedi MANDRY, *Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze*, § 10, nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 60, 1877, pag. 8 e seg.).

Qual è l'importanza pratica dell'ammissione della proprietà sulle cose pubbliche? Tutta l'utilità di queste cose non è forse assorbita dalla servitù pubblica? Sarebbe erroneo dalla poca utilità della proprietà inferire la mancanza di essa. La qualità che ha la proprietà di essere un diritto eminentemente elastico e indefinito, di poter crescere e diminuire sino a minimi termini, fa sì che non si possa in diritto giudicare della sua esistenza dall'utilità che essa porta. Chi poteva prevedere il caso di Basilea, del quale più sopra ho fatto cenno? O come si regolerà il diritto sul tesoro ritrovato (vedi nelle Istituzioni di Giustiniano il § 39, *de rerum divisione*, II, 1)?

A chi spetta il prodotto delle piante nei pubblici passeggi? Abbiamo già veduto come il principio della proprietà si faccia valere nelle concessioni per l'occupazione del sottosuolo delle strade a profondità tale da non nuocere alla sicurezza del pubblico passaggio, ecc. ecc. La conseguenza più importante della proprietà si ha poi al momento in cui cessa la destinazione

della cosa all'uso pubblico, perchè allora quella proprietà diventa libera e piena. In tal modo si spiega molto naturalmente la regola espressa nell'articolo 429 del codice civile; regola che sarebbe piuttosto strana, se contenesse il mutamento di un semplice diritto di sovranità in un diritto privato di proprietà. In tal caso poi non sarebbe applicabile altro che allo Stato.

Ho sempre parlato fin qui di proprietà dello Stato o degli altri enti pubblici. E' utile peraltro di notare che la speciale natura di questi enti fa sì che la loro proprietà, per quanto possa dirsi privata, non si può mai equiparare del tutto a quella delle persone fisiche. Ciò vale tanto per la proprietà dei beni del demanio privato, quanto per quella dei beni del demanio pubblico. Ma, come questa necessaria differenza non vale a distruggere il concetto di proprietà pel demanio privato, così non vale, neppure unita al diritto pubblico nascente dalla pubblica destinazione, a distruggerlo pel demanio pubblico.

Parecchie delle opinioni da me qui espresse sembreranno forse troppo ardite al lettore, perchè non sono conformi a ciò che si trova nella maggioranza degli scrittori. Io credo peraltro ch'esse siano conformi al nostro diritto civile, perchè son persuaso che tutto il nostro diritto civile non si trovi soltanto nel codice. Farebbe opera molto utile quell'autore che raccogliesse tutti i principî di diritto civile, che si trovano sparsi nelle leggi speciali e facesse rilevare quale influenza essi devono avere nell'interpretazione del codice stesso.

I TEMPERAMENTI DELLA PROPRIETÀ PREDIALE

di G. LOMONACO (*)

I temperamenti della proprietà prediale del prof. GIOVANNI LOMONACO. — Napoli, Roma, Milano, Torino, Vallardi, 1882, p. 78, in-8°.

È una memoria premiata dall'Accademia di scienze morali e politiche di Napoli. L'A. cerca « in qual misura lo Stato può imporre de' limiti al diritto de' privati possessori per ragioni di necessità o anche di utilità sociale ».

Esamina il diritto romano, ma vi trova un concetto della proprietà troppo assoluto, una esagerazione dell'elemento individuale, sicchè il proprietario romano è un despota *impatiens consortis*. I romani non diedero una definizione della proprietà per paura di darla troppo ristretta. I moderni trovarono nel *jus abutendi* il carattere distintivo della proprietà concepita alla romana. Nè poche massime, che appariscono contrarie a tale crudo concetto, possono menomarne la verità, perchè furono proclamazioni di principî senza pratiche conseguenze. Un solo esempio basta a dimostrare la mancanza dell'elemento sociale della proprietà presso i romani: essi non conoscevano l'espropriazione per causa di pubblica utilità!

Neppure il diritto intermedio riesce a fornirci un giusto criterio per temperare la proprietà. In esso prevale il dominio eminente del sovrano: tutto è assorbito dalle regalie; e vi si ammettono perfino il diritto di albinaggio e quello di naufragio.

Nella scuola filosofica, in Vico, Romagnosi, Rosmini, e tra i forestieri nel Trendelenburg, nel Bluntschli si trova invece quel giusto criterio. L'elemento sociale e l'elemento individuale vanno insieme armonizzati. La libertà ha per conseguenza la limitazione dei diritti dell'individuo per la necessità della convivenza.

Questo principio si trova ottimamente applicato nel codice civile italiano, specialmente nelle disposizioni relative alle acque (art. 545, 578, 598), al passaggio necessario (art. 593), alla comunione del muro (art. 556), al diritto del proprietario di servirsi, durante l'usufrutto goduto da altri, dell'area e dei materiali dell'edificio perito, per la costruzione di un altro edificio (art. 520).

Lo stesso principio è applicato nelle leggi speciali e particolarmente nella legge sull'espropriazione per pubblica utilità e nella legge forestale.

(*) Appunti critici e bibliografici in *Cultura*, 1883, pag. 291.

Esso dovrebbe anche adoperarsi per formare un'unica legge mineraria per tutto il regno.

Queste sono le idee dell'autore.

Il libro è inferiore ad altri ch'egli ha pubblicati per lo passato. Esso infatti non solo non contiene nulla di nuovo, ma ripete molte cose inutili, molte inesatte, e tace invece di molte che il lettore si aspetterebbe di trovare in uno scritto sui temperamenti della proprietà prediale.

Questi possono concepirsi in due modi affatto distinti: o come temperamenti all'individualismo di fronte alla società e ai suoi bisogni; o come temperamenti per riguardo al diritto dei proprietari vicini. Il socialismo, il collettivismo sono l'ultimo gradino della scala costituita dai temperamenti della prima specie; a questi appartengono p. es. gli usi civici sopra beni di demanio pubblico o anche su beni feudali e privati, le servitù di pascolo ecc. ecc. che ebbero larghissimo sviluppo in quel medioevo condannato con giudizio sommarissimo dal prof. Lomonaco. A quest'ordine d'idee pure appartengono i diritti concessi ai lavoratori della terra di fronte ai proprietari. Vi si rannodano le limitazioni al diritto di possedere immobili oltre a una certa misura, le limitazioni al diritto di testare, il sistema della ripartizione delle imposte, ecc. ecc.

E qui pure, a meno che non se ne voglia fare una terza categoria particolare, vanno annoverati i diritti dello Stato per la espropriazione per pubblica utilità, i diritti forestali ecc.

Appartengono invece alla seconda categoria tutte quelle limitazioni che, come il diritto di passaggio e di acquedotto coattivo, come le servitù legali circa lo scolo delle acque, il muro comune, le distanze per gli edifici, le escavazioni, le piantagioni ecc. costituiscono il così detto diritto di vicinato.

È evidente che queste due categorie di temperamenti sono tanto indipendenti l'una dall'altra, che dallo sviluppo dell'una non si può indurre nulla circa l'esistenza dell'altra.

Il prof. Lomonaco non ha tenuti distinti i due concetti e questo è forse il vizio capitale del suo lavoro.

È impossibile far qui in brevi parole l'analisi delle singole parti del libro. Mi limiterò a poche osservazioni in modo saltuario su questo o quel punto.

Le notizie che l'A. dà circa il diritto romano sono molto leggieri. Non pare ch'egli si sia reso conto dello svolgimento storico per cui per es. la proprietà nel *Corpus juris* di Giustiniano è cosa ben diversa da quella delle XII tavole e da quella della fine della repubblica. In tutti i modi egli ha di molto esagerata l'importanza dell'elemento individuale in quel diritto. La prova unica ch'egli dà della sua affermazione, ossia la mancanza dell'espropriazione per pubblica utilità presso i romani, è assolutamente erronea e poggia sopra un'opinione, che giammai non dovrebbe esser più ripetuta (1).

(1) L'esistenza dell'espropriazione per pubblica utilità presso i romani da Jacopo Gotofredo in poi è stata più volte constatata. I romani espropriavano, ma non avevano una legge che stabilisse regole generali, come la nostra. Questa differenza peraltro, se può avere qualche influenza sul concetto stesso della proprietà, vale solo a dimostrare che il sentimento dell'utilità sociale era più forte presso i romani, i quali non sentivano il bisogno di proclamare il principio dell'espropriazione in una legge speciale, ma l'applicavano senz'altro, caso per caso. Veggasi circa l'espropriazione presso i romani un lavoro pubblicato recentemente da un mio discepolo: F. PICCINELLI, *Della espropriazione per causa di pubblica utilità nel diritto romano*, Firenze, 1882.

La parte relativa al medioevo, che avrebbe dovuto esser trattata assai diligentemente e profondamente per la grandissima sua importanza, è invece completamente trascurata. L'osservare che una scuola di giuristi ammetteva il dominio eminente del sovrano, e che esistevano i diritti d'albinaggio e di naufragio, non significa presso che nulla per chi studia i temperamenti della proprietà prediale nell'uno o nell'altro dei sensi più sopra accennati.

Troppo brevi sono i cenni relativi all'odierno diritto civile italiano. Nè saprei intendere a che proposito tra i temperamenti della proprietà sia annoverato il diritto del proprietario contro l'usufruttuario in forza dell'art. 520. Esso è una limitazione del diritto dell'usufruttuario; e, anche come tale, è assai meno grande della limitazione stabilita dal diritto romano, per cui l'usufrutto sopra un edificio si estingue totalmente con la rovina di questo (fr. 5 § 2; fr. 10 § 1 *quib. mod. us.*; fr. 7, 4; fr. 36 pr. *de usufr.* 7, 1).

In tutta questa parte poi manca la determinazione dei criterii giuridici, coi quali si devono stabilire le mutue limitazioni dei proprietari vicini nell'esercizio della proprietà prediale. Il dire che si deve temperare l'elemento individuale col sociale è troppo poco: in uno scritto speciale debbono darsi norme più particolari, quali p. es. vengono discusse dallo Jhering in una sua memoria nei *Jahrbücher für die Dogmatik des Heutigen und deutschen Privatrechts*, vol. 6, pag. 81-130.

SULLA PROTEZIONE DELLE BELLEZZE NATURALI (*)

Nella discussione in senato del disegno di legge *Per la tutela delle bellezze naturali e degli immobili di particolare interesse storico* parecchi senatori si sono soffermati sugli articoli 1, 2 e 3. Gioverà riportare il primitivo testo di questi articoli:

Art. 1. — « Sono soggette alla presente legge le cose immobili la cui conservazione presenta un notevole interesse pubblico a causa della loro bellezza naturale o della loro particolare relazione con la storia civile e letteraria.

« Sono protette altresì dalla presente legge le bellezze panoramiche ».

Art. 2. — « Il ministero della pubblica istruzione ha facoltà di procedere, in via amministrativa, alla notifica della dichiarazione del notevole interesse pubblico ai proprietari ed ai possessori o detentori a qualsiasi titolo degli immobili di cui è parola nel precedente articolo. Tale dichiarazione dev'essere, su istanza del ministero stesso, iscritta nei registri catastali e trascritta nei registri delle conservatorie delle ipoteche, ed ha efficacia nei confronti di ogni successivo proprietario possessore o detentore a qualsiasi titolo.

« I proprietari possessori o detentori a qualsiasi titolo degli immobili i quali siano stati oggetto di detta dichiarazione sono tenuti a presentare preventivamente alla competente soprintendenza dei monumenti i progetti delle opere di qualsiasi genere relative agli immobili stessi, per ottenere l'autorizzazione ad eseguirle dal ministero della pubblica istruzione, il quale provvede sentito il parere della giunta del consiglio superiore per le antichità e belle arti ».

Art. 3. — « Anche indipendentemente dalla preventiva notifica della dichiarazione di pubblico interesse, di cui nel precedente articolo, il ministero della pubblica istruzione ha facoltà di ordinare la sospensione dei lavori iniziati circa immobili soggetti alla presente legge. L'ordine di sospensione che contiene la dichiarazione del notevole interesse pubblico, è soggetto alle stesse formalità, d'iscrizione e trascrizione, e produce tutti gli effetti della notifica della dichiarazione stessa. Il ministero della pubblica istruzione, prima di provvedere alla notifica dell'ordine di sospensione, deve sentire il parere della giunta del consiglio superiore per le antichità e belle arti.

« In caso di urgenza il ministero della pubblica istruzione può ordinare la sospensione dei lavori a mezzo del prefetto o sottoprefetto salvo a provvedere

(*) Brevi discorsi nella discussione del disegno di legge n. 204 della legislat. XXV nella tornata del 29 gennaio 1921 (*Atti parlam., Sen. del Regno, legislat. XXV, Discussioni*, pag. 2654, 2658, 2659, 2663 e 2665).

dere, entro il termine di un mese, alla notifica della dichiarazione del notevole interesse pubblico, sentita la giunta del consiglio superiore per le antichità e belle arti ».

Il senatore Del Giudice propose un emendamento all'art. 1, consistente nell'aggiunta del seguente comma:

« Il notevole interesse pubblico e le bellezze panoramiche saranno accertati, previo parere della giunta del consiglio superiore per le antichità e belle arti, con una dichiarazione ministeriale da notificarsi ai proprietari ed ai possessori o detentori a qualsiasi titolo degli immobili di cui è parola nel presente articolo.

« Tale dichiarazione deve essere, su istanza del ministero stesso, iscritta nei registri catastali e trascritta nei registri delle conservatorie delle ipoteche ed ha efficacia nei confronti di ogni successivo proprietario possessore o detentore a qualsiasi titolo ».

Il senatore Scialoja chiese la parola e disse (1):

SCIALOJA. « Non so se debbo o no parlare a proposito di questo articolo primo; perchè è accaduto che, avendo il senatore Del Giudice domandato di trasportare parte dell'articolo secondo nell'articolo primo, la discussione si è svolta più sul secondo che sul primo. Effettivamente se si accetta, come pare abbia accettato l'ufficio centrale, l'emendamento proposto dal senatore Del Giudice, la discussione dell'art. 1 e dell'art. 2 deve farsi simultaneamente.

Per questo io parlo ora, ma in sostanza le mie parole si riferiscono più all'art. 2 che all'art. 1.

Ho domandato la parola quando il nostro sottosegretario di Stato per le belle arti, ha detto che non intendeva come si potesse richiedere il parere preventivo del consiglio superiore di belle arti per la notifica della dichiarazione del ministro che pone un fondo in condizione di servitù pubblica.

Ora io vorrei ricordare all'illustre oratore, che questo parere che egli trovava tanto difficile, è nell'art. 3 prescritto per un atto molto più urgente, che è l'intimazione del fermo ai lavori che si siano iniziati sopra un fondo.

Io non capisco come ci sia modo e tempo di sentire il consiglio superiore di belle arti per fare un atto conservativo, non definitivo, e non per fare un atto definitivo che in perpetuo costituisce una servitù legale sopra un fondo.

Credo perciò sia molto ragionevole la proposta del senatore Del Giudice, onde almeno si dia al proprietario dei fondi questa garanzia, oltre quella della volontà di un ministro.

Il mio egregio amico Benedetto Croce ha la stima di noi tutti, anche sotto il punto di vista dell'estetica (sulla quale ha scritto poderosi volumi), ma domani può diventare ministro della pubblica istruzione anche un cieco; in questo caso la sua mente almeno deve essere illuminata da quel consiglio, che è costituito precisamente per la custodia delle bellezze in Italia.

Quindi io appoggio quel qualsiasi emendamento che richieda il parere della giunta del consiglio superiore di belle arti, prima che il governo possa definitivamente sottoporre un oggetto alla servitù pubblica costituita da questa legge.

In quanto all'altro grave argomento, che è stato toccato di sfuggita nel discorso del sottosegretario di Stato, ossia alla possibilità di un ricorso a

(1) *Discussioni cit.*, pag. 2654.

qualche autorità contro il provvedimento ministeriale, io ho tutti i dubbi che sia lecito, ancorchè si sia fatto altre volte, di ammettere questo ricorso non nella legge, ma soltanto nel regolamento.

Si tratta della costituzione di un giudizio amministrativo, che regolarmente non si può fare che nella legge. Io vorrei che ci fosse anche una legge per la conservazione della bellezza delle leggi; perchè a forza di conservazioni delle varie bellezze di qua e di là, noi deturpiamo tutta l'arte legislativa d'Italia.

Io credo che, pel sistema generale delle nostre leggi, se nella presente non si stabilisce espressamente il contrario, contro il provvedimento del ministro si possa ricorrere, in via straordinaria, al Re o alla IV sezione del consiglio di Stato; ma solo per illegittimità o per eccesso di potere.

Data la nebulosità della definizione contenuta nell'art. 1 del progetto, è evidente che il rimedio dell'eccesso di potere può riuscire o troppo ristretto o, talvolta, troppo largo; perchè ove, attraverso alla definizione amministrativa dell'eccesso di potere, si giunga ad un certo controllo anche del merito, la cosa può essere pericolosa perchè la IV sezione del consiglio di Stato, per quanto la si voglia rispettare, non dà tutte le garanzie di estetica che si richiedono per controllare il provvedimento preso dal ministro della pubblica istruzione, soprattutto se fondato sopra il voto della giunta del consiglio delle belle arti.

Credo che convenga cercare qualche altro rimedio; ma che in ogni modo si debba salvare il diritto di ricorso al consiglio di Stato.

Certo, se non se ne parla, ritengo che questo ricorso s'intenderà ammesso, come vi sarà anche il ricorso straordinario al Re. Non vorrei che le dichiarazioni in senso contrario fatte dall'onorevole sottosegretario di Stato nella discussione dovessero finire per far trionfare il concetto di togliere questo che è rimedio giuridico dato a tutti i cittadini contro i provvedimenti che escono dai termini della legge e della ragione generale ».

Il senatore Schanzer, a cui si associò l'on. Del Giudice, propose il seguente emendamento:

« Contro la dichiarazione ministeriale è ammesso il ricorso al governo del Re, che decide, sentita la giunta del consiglio superiore per le antichità e belle arti e il consiglio di Stato ».

Il senatore Scialoja propose (1) di aggiungere le seguenti parole: « salvo il ricorso alla IV sez. del consiglio di Stato o il ricorso straordinario al Re ».

Questi emendamenti furono approvati come aggiunta all'art. 2.

Sull'art. 2 il sen. Scialoja chiese la parola e disse (2):

SCIALOJA. « Avrei voluto domandare la parola sull'articolo primo; poichè non l'ho fatto vorrei riparare e domando la parola sul primo comma dello art. 2, dove si dice che le cose contemplate nel primo comma del precedente articolo non possono essere distrutte nè alterate senza il consenso del ministero della pubblica istruzione.

Dunque la protezione consiste nel divieto di distruzione o alterazione; ma qui allora nasce nella mente un dubbio, circa l'esattezza dell'espressione usata nell'articolo primo: « Sono protetti altresì dalla legge le bellezze pa-

(1) *Discussioni cit.*, pag. 2658.

(2) *Discussioni cit.*, pag. 2659.

noramiche ». Vorrei nella discussione chiarire un momento questo punto; perchè la bellezza panoramica è costituita dal panorama stesso cioè dalla larga estensione del territorio veduto, non dal punto in cui si mette colui che guarda il panorama. Prendendo alla lettera questo articolo, si giungerebbe alla conseguenza, che, per esempio, vedendosi un magnifico panorama, forse il più bello d'Italia, dall'alto dei Camaldoli di Napoli, panorama che comprende tutto il golfo di Napoli e tutto il territorio della campagna retrostante, non sarebbe lecito di modificare nulla in tutto il golfo di Napoli e in tutta la campagna, perchè verrebbe ad alterarsi il panorama che si gode di lassù.

Non è questo che ha potuto voler minimamente il proponente della legge, ma è questo che risulterebbe da una letterale interpretazione di quanto qui è scritto.

Voci. Ma ciò si riferisce al comma primo dell'articolo primo.

SCIALOJA. « Allora correggo quello che ho detto, perchè il collega mi avverte che il primo comma dell'art. 2 si riferisce al primo comma dell'art. 1 e non alle bellezze panoramiche del secondo comma dell'art. 1.

Quello che ho detto rimane tuttavia vero, se non direttamente per le prime parole del primo comma dell'art. 2, certo per tutto l'art. 2. Tutte le bellezze, che sono contemplate nell'articolo primo sono oggetto della presente legge, e per conseguenza è per esse ammessa quella dichiarazione d'interesse artistico che impedisce ogni alterazione.

Vorrei dunque che si stabilisse chiaramente che la protezione delle bellezze panoramiche non si riferisce al panorama, ma al punto di osservazione affinché si impedisca ogni opera che tolga la visuale del panorama stesso ».

Sull'art. 3 il sen. Scialoja chiese la parola e disse (1):

SCIALOJA. « Dopo la modificazione votata all'art. 2, io credo che si debba profondamente modificare l'art. 3.

In questo art. 3 si parla di due diverse specie di ordini di sospensione. Vi è una prima specie di ordine di sospensione che emana dal ministro e che ha l'effetto stesso della notificazione della costituzione di servitù contemplata nell'art. 2. Per conseguenza bisogna ammettere contro questo ordine gli stessi rimedi giuridici stabiliti nell'art. 2. Ciò posto, bisogna togliere in questo caso il preventivo parere della giunta del consiglio superiore delle belle arti, perchè se la giunta sarà chiamata a dare il suo parere sull'eventuale reclamo, non c'è ragione di farle dare il parere anche prima dell'atto emanato dal ministro.

Vi è poi, nella seconda parte dell'articolo, un altro genere di sospensione, ed è la sospensione provvisoria, la quale non è più notificata direttamente dal ministro, ma dal prefetto o dal sottoprefetto per ordine del ministro. In questo caso, dice il progetto, nel termine di un mese dovrà seguire la notificazione della dichiarazione definitiva per parte del ministro, sentita la giunta del consiglio superiore.

Sarebbe meglio estendere questo carattere interinale della sospensione anche alla prima specie, di cui ho poc'anzi parlato; incominciando sempre da un ordine di sospensione non definitivo e stabilendo quindi un termine, entro il quale il ministro in ogni caso faccia la notificazione definitiva stabilita dall'art. 2. Contro questa notificazione debbono essere ammessi i rimedi stabiliti nell'art. 2.

(1) *Discussioni cit.*, pag. 2663.

Io non so se sono riuscito ad esprimermi abbastanza chiaramente. Se non sono riuscito ad esprimermi chiaramente, ciò mi gioverà almeno per giungere alla conclusione pratica, che la mia proposta è tale che non mi permette di formularla per iscritto in questo momento.

Io vorrei sentire prima il parere dell'onorevole sottosegretario di Stato riguardo al concetto da me esposto, e nel caso che egli accedesse al concetto stesso, pregherei l'illustre presidente di voler far nuovamente formulare l'articolo 3 dall'ufficio centrale ».

ROSADI, *sottosegretario di Stato per le antichità e belle arti*. « In quanto all'aggiunta che l'onor. Scialoja propone perchè si dichiara che anche nei casi previsti dall'art. 3 è ammesso il ricorso stabilito dall'art. 2, per quanto questa concessione potrebbe intendersi esplicitamente estesa anche ai casi dell'art. 3, accetto la proposta dell'onorevole senatore Scialoja perchè non è male che la cosa sia chiaramente specificata.

Non consento invece in ciò che si attiene alla soppressione dell'accenno alla preventiva notificazione della dichiarazione, perchè si tratta di un concetto sostanziale. Si tratta di un requisito indispensabile perchè si possano sospendere i lavori già iniziati ».

SCIALOJA. « L'onorevole sottosegretario di Stato non mi ha forse ben compreso. Io dico che nella prima parte di questo articolo si propone che l'ordine di sospensione emanato dal ministro contenga *ipso iure* la dichiarazione del notevole interesse pubblico, ossia la classificazione di quel fondo tra quelli soggetti a servitù legale.

Ora per la natura del provvedimento immediato e spesse volte repentino, che si deve prendere per la sospensione di un lavoro, anche per non incorrere nelle gravi spese, che potrebbero essere effetto di una mora nell'emanazione di questo provvedimento, bisogna invece ammettere anche la facoltà del ministro di ordinare la sospensione e di provvedere in seguito alla classificazione di quel fondo tra le bellezze naturali.

Qui si stabilisce che l'ordine di sospensione emanato dal ministro implica classificazione; io propongo che ciò non sia. Anche nella seconda parte di questo articolo voi provvedete alla sospensione con una intimazione provvisoria, fatta per mezzo del prefetto o del sottoprefetto, ma per ordine del ministero, sicchè sostanzialmente è sempre il ministro che dispone in entrambi i casi.

Sempre il divieto deve poter essere provvisorio, salvo l'obbligo del ministero di far seguire non più tardi di un mese la dichiarazione definitiva. Contro questa dichiarazione definitiva debbono essere ammessi tutti quei rimedi che abbiamo stabiliti nell'articolo secondo ».

ROSADI, *sottosegretario di Stato per le antichità e belle arti*. « In sostanza si tratterebbe di creare una distanza fra il fatto della dichiarazione e quello della sospensione; ma tale distanza poteva ritenersi anche logicamente implicita ».

SCIALOJA. « No, qui si dice espressamente che l'ordine di sospensione contiene la dichiarazione di notevole interesse.

Ripeto che nella seconda parte di questo articolo si dice in sostanza il contrario di quello che si afferma nella prima. Mentre nella seconda parte l'ordine di sospensione è distinto dalla notifica della dichiarazione, nella prima parte i due provvedimenti sono contemporanei e congiunti ».

Il senatore Vitelli poi, essendosi stabilito di rinviare l'art. 3 all'ufficio centrale per una nuova formulazione che tenesse conto delle osservazioni fatte

in senato, avrebbe desiderato che fosse fissato un termine anche nell'art. 2. Il sen. Scialoja chiese la parola e disse (1):

SCIALOJA. « Il concetto da cui parte il collega Vitelli è giustissimo in sè, ma non perfettamente pratico. I termini stabiliti nell'art. 3 sono tutt'altra cosa da quelli che egli vorrebbe stabilire nell'art. 2, perchè nell'art. 3 si parla dell'ordinanze di sospensione (e se ne parlerà secondo il mio emendamento in tutti i casi e non solo in quello della seconda parte dell'art. 3) e si stabilisce un termine massimo di un mese per provvedere alla definitiva costituzione della servitù pubblica sopra questi fondi. Invece nel caso contemplato dal senatore Vitelli, il ministero dovrà fare una valutazione tecnica dei lavori proposti dal proprietario, il cui fondo è già assoggettato alla servitù pubblica. In tal caso il termine non potrebbe essere così breve come quello di un mese; perchè, se si deve fare un giudizio tecnico, evidentemente bisognerà sentire le apposite giunte, e fare accessi sul luogo, che in molti casi richiedono molto tempo; cosicchè o il termine s'impone sotto sanzione di decadenza del divieto apposto dal ministero, e avrà un'efficacia giuridica, che molte volte potrà essere ingiusta sostanzialmente, o non gli si attribuisce quest'efficacia di decadenza, e allora questo termine andrà confuso con i tanti termini senza sanzione, che sono scritti nelle nostre leggi e non servono se non a dimostrare che la nostra amministrazione procede più lentamente di quello che dovrebbe ».

(1) *Discussioni cit.*, pag. 2665.

PROVVEDIMENTI SULL'AFFRANCAZIONE DEI TERRENI DAGLI USI CIVICI E SULL'ESERCIZIO DI QUESTI (*)

SCIALOJA. «Io ho domandato la parola per fare una semplice dichiarazione. Ho firmato insieme al collega Cavasola la proposta di sospensione di questo disegno di legge e la mantengo per parte mia, come credo che la mantenga il mio egregio collega. Lascio a lui il compito di sostenere la tesi fondamentale della sospensione, e mi contento di una semplice dichiarazione.

Di tutto il presente disegno di legge vi è una sola parte, la quale, a parer mio, ha un qualche carattere di urgenza e potrebbe quindi formare il soggetto di un disegno di legge speciale; ed è quella per cui si sospende fino alla legge definitiva l'affrancazione e la divisione delle terre. Questo effettivamente è un punto che si può sostenere, perchè la prova fatta finora della ripartizione delle terre è stata infelice. Ora potrebbe realmente accadere che, se il progetto di legge definitivo dovesse tardare soverchiamente, nel frattempo, applicando le disposizioni delle leggi in vigore del 1888 e del 1891 (1), si ordinassero ancora affrancazioni e divisioni di terre ritenute inopportune.

Questa è la sola parte che dovrebbe, a parer mio, ragionevolmente formare oggetto di provvedimenti legislativi di natura urgente.

Ma per tutto il resto non vedo assolutamente l'urgenza delle disposizioni contenute in questo disegno di legge ».

COCCO-ORTU, ministro di agricoltura, industria e commercio. « La sospensiva vale reiezione ».

SCIALOJA. « Ma io non voglio la totale reiezione di questo disegno di legge: desidererei soltanto che il ministro di agricoltura, industria e commercio, di accordo coll'ufficio centrale, sostituisse al presente disegno di legge un altro composto di un solo articolo o poco più. Se invece si respinge questo disegno di legge, non lo si può subito ripresentare sotto altra forma ».

RATTAZZI. « Si può modificare ».

SCIALOJA. « Sì, ma così profondamente da sostituirne uno radicalmente mutato.

Questo è il mio parere.

(*) Discorsi nella discussione del dis. di legge n. 624 della legisl. XXII nelle tornate 18 e 19 dicembre 1907. (A. P., Sen. del Regno, legisl. XXII, Discussioni, pag. 7822, 7837 e 7843).

(1) [Leggi 24 giugno 1888, n. 5849, e 2 luglio 1891, n. 381, riunite in t. u. con r. d. 3 ag. 1891, n. 510].

La reiezione si fa, votando contro un progetto di legge. Ma siccome io credo che vi sia una parte del presente progetto che deve essere conservata, perchè ha carattere di urgenza, cioè quella che sospende l'applicazione della legge vigente del 1891 relativamente alle disposizioni, che potrebbero nel frattempo portare un effetto non buono, io desidero che una legge di questa natura sia approvata.

Ma ritengo che non tutto il complesso organico del presente progetto si possa accettare. E non credo che si possa per via di saltuarii emendamenti modificarlo durante la discussione; perchè esso deve essere modificato nella sua ossatura, nella sua compagine generale.

Io quindi insisto nel pregare il ministro di agricoltura e commercio e l'ufficio centrale di riesaminare, se non sia il caso di modificare la legge relativamente a due punti, i quali ne costituiscono la maggior parte.

Anzitutto si modifichino quei giudizi di natura provvisoria che si attribuiscono alle giunte degli arbitri. I colleghi hanno già detto quanto l'argomento sia pericoloso e quanto pericoloso sia un provvedimento che si dice provvisorio, ma che verrebbe a costituire un fatto perpetuo non giustificato. La provvisorietà farebbe sì che le giunte non sarebbero chiamate a giustificare il loro operato con quella seria e piena ponderatezza, che si richiede nei giudizi definitivi. Intanto, costituito un rapporto di questa natura, un uso della popolazione, non si potrebbe più disfare in avvenire.

In secondo luogo, quantunque il ministro, con quella dottrina giuridica che tutti riconosciamo, abbia voluto sostenere che relativamente ai rapporti possessorii, questo progetto di legge non porta sostanziali modificazioni allo stato attuale, mi permetto di essere di opinione completamente contraria.

Lo stato attuale è questo: che anche per questi diritti vigono tutte le regole relative al possesso. Per conseguenza per questi diritti vi è l'azione di reintegrazione, non solo nel caso di violenza *atrox*, di cui parla il progetto, ma anche nel caso di quella più semplice violenza che la giurisprudenza ammette a base dell'azione di spoglio.

Nel progetto non si parla della clandestinità. Tutto si riduce quindi alla *vis atrox*.

In secondo luogo non si riconosce la normale azione di manutenzione, che certamente spetta ai possessori delle terre, e, a parer mio, in certi casi agli utenti, trattandosi di servitù di carattere pubblico e di svariatissima natura. L'azione di manutenzione è essenzialissima in questi casi per regolare i rapporti di possesso, i quali possono avere un valore decisivo anche nel petitorio.

Ora voi venite sostanzialmente ad abolire il diritto di manutenzione, e dite di non aver nulla mutato riducendo alla semplice *vis atrox* il giudizio di reintegrazione.

Che giudice di questa materia sia il pretore, come ora, ovvero la giunta degli arbitri, è cosa questa di cui non mi commuovo molto. Se volete mutare il giudice, fatelo pure; quantunque io non sappia se farete bene, perchè questi giudici speciali sono sempre offensivi per la magistratura ordinaria; fatelo; ma però conservate integre le azioni possessorie, e integra la natura di questi giudizi.

Di più bisogna anche convenire che parecchi dei concetti esposti dal ministro di agricoltura e commercio nel suo discorso, che io sarei pronto ad accettare, non trovano alcuna corrispondenza nel progetto di legge; di modo che una parte di quel discorso a me è sembrata quasi una confutazione del

progetto dallo stesso ministro caldeggiato. Quando egli ha detto che uno dei punti da modificare nella vecchia legge era quello del possesso ultimo di fatto, poichè ha notato quanto questa frase abbia reso difficile il giudizio in questa materia, io credeva che egli avesse abolito questo punto. Invece l'articolo della legge del 1891 che è stato conservato, parla proprio del riconoscimento e della successiva abolizione nella estensione e misura dell'ultimo possesso.

Questo dunque sarebbe conservato ancora per tutti i giudizi in materia, e non avremmo progredito punto.

Mi potrà rispondere il ministro che è molto difficile modificare questa parte della legge, e che ciò egli farà nel progetto definitivo; e sta bene, ma non mi dica allora che si è ottenuto per questa parte un miglioramento col progetto presentato.

La mia conclusione è semplicissima. Mantengo per parte mia la proposta di sospensione, nel senso che, non approvando per gran parte i concetti fondamentali a cui è informato il progetto di legge, pur ritenendo necessaria una legge relativa alla sospensione degli affrancamenti e delle ripartizioni delle terre, prego il ministro di mettersi d'accordo coll'ufficio centrale, per emendare in questo senso il progetto di legge, e per presentare quindi alle deliberazioni del senato un progetto concordato, profondamente modificato, in seguito a studio ordinato e non per via di emendamenti tumultuari (1) ».

SCIALOJA (2). « Signori senatori, l'inizio della discussione di questa legge è stato alquanto disgraziato, perchè vi si è unita una questione del tutto diversa, quella che sorgeva dall'interpellanza del senatore Odescalchi, diretta al ministro dell'interno e relativa all'uso della forza pubblica negli attentati tumultuari al possesso in questa materia.

La legge che noi dovremmo discutere non si riferisce minimamente a tali questioni di polizia; non è il ministro dell'interno che con la spada di Brenno possa far scendere l'un piatto o l'altro della bilancia; la legge è relativa a questioni di puro diritto e di procedura. A me dispiace che si sia voluta portare la serena discussione di problemi così importanti di diritto nel campo politico, nel campo della polizia, in cui i criteri possono essere totalmente diversi. Rimettiamoci sul vero nostro terreno.

Noi abbiamo qui un disegno di legge di natura provvisoria, in cui si dichiara che il ministro di agricoltura, industria e commercio ed il ministro di grazia e giustizia debbono nel termine di sei mesi presentare una legge definitiva sulla materia di questi diritti e di queste servitù; ed intanto ci si propone di votare d'urgenza alcuni provvedimenti per impedire che in questo poco tempo si producano effetti dannosi con l'applicazione delle leggi vigenti. Questo è lo stato delle cose; non lo gonfiamo artificialmente per fare una questione politica di un problema giuridico che non può avere quel carattere. Quando non ci sono buone ragioni si dice: c'è la questione politica. Forse così si sono votate tutte queste leggi, che dopo due o tre anni si devono mutare od emendare, perchè si mostrano disastrose; se invece si ragionasse su

(1) Il sen. Scialoja presentò il seguente ordine del giorno: « Il senato, udita la discussione generale, sospendendo la discussione degli articoli, invita il governo, d'accordo con l'ufficio centrale, a proporre più larghi emendamenti al progetto di legge ». (*Discuss. cit.*, pag. 7830). V. nota 1 a pag. 291.

(2) Dal resoconto della seduta del 19 dic. 1907 (*Discuss. cit.*, pag. 7837).

ciascun argomento per quello che è, noi faremmo leggi migliori e più durevoli.

Ora in questa legge si propongono provvedimenti di ordine diversissimi fra di loro; ve ne è uno primo, contenuto nell'art. 1° del disegno di legge: sospensione delle due leggi precedenti del 1888 e del 1891, salvo per quel che si riferisce ai giudizi di riconoscimento e di misura dei diritti in questione. Poscia viene una serie di disposizioni dirette ad attribuire alla giunta degli arbitri, che per le leggi vigenti (non si tratta di costituire nuovi arbitri) ha la cognizione delle controversie di diritto in questa materia, una ulteriore competenza. Dopo avere giudicata la questione circa l'esistenza dei diritti pretesi dagli utenti, si vuole che la giunta con provvedimenti di natura provvisoria stabilisca l'esercizio di questi diritti; dia in modo provvisorio ed arbitrario, nel buon senso della parola, i provvedimenti per l'esercizio di questi diritti, salvo il regolarli definitivamente quando verrà la promessa legge, che dovrà presentarsi non più tardi del giugno 1908.

Lo svolgimento dei concetti di questo secondo ordine è fatto nel massimo numero degli articoli del progetto; ma nell'art. 4 è inserita anche un'altra disposizione di grandissima importanza.

Si dice nell'art. 4 che la giunta degli arbitri ha in sostanza la cognizione anche del possessorio, ma in limiti molto ristretti, nei casi di attentato al possesso commesso con violenza; allora si ordinerà prima di tutto la reintegrazione.

Il resto delle disposizioni circa le spese, ecc., non si riferisce al contenuto essenziale della legge.

Io riduco la parte essenziale a tre concetti, ed in questo credo di non errare: Sospensione delle leggi del 1888 e del 1891 per tutto ciò che non si riferisce ai giudizi di cognizione dell'esistenza e misura dei diritti; aggiunta a questi giudizi di provvedimenti arbitrari e provvisori circa l'esercizio dei diritti riconosciuti dagli arbitri; possessorio giudicato dagli arbitri stessi, ma ridotto alla reintegrazione nel caso di violento attentato al possesso.

Ora, se la legge si riferisce essenzialmente a questi tre punti, a me pare che sia accettabile relativamente al primo punto, non accettabile rispetto agli altri due; ed è per questo che io parlo nella discussione generale. Non mi riferisco alle singole disposizioni degli articoli, ma alla compagine essenziale dei principii dominanti tutta questa legge.

Io credo che le disposizioni relative agli ultimi due punti non sieno necessarie o siano da modificarsi essenzialmente, non per via di saltuari emendamenti. Ecco la ragione della mia proposta sospensiva.

Comincio col dichiarare che la mia sospensione non ha minimamente carattere di rigetto della legge senza esame, non ha minimamente carattere di rinvio a tempo indeterminato, ha soltanto questo significato, che, se i concetti che io svolgerò al senato sono esatti, è molto meglio che siano esaminati tranquillamente dall'ufficio centrale e dal governo. Non c'è bisogno di lunghi studi, appunto perchè l'ufficio centrale è composto di persone dotte e competentissime, ed i ministri hanno da lungo tempo studiata questa materia. Si tratta tuttavia di concetti gravi, la cui gravità io vorrei che i colleghi del senato sentissero come la sento io.

Il secondo punto, come ho detto, è quello del potere attribuito alla giunta di arbitri di provvedimenti transitori e arbitrari circa l'esercizio interinale di questi diritti civili. Io penso che, una volta che tali provvedimenti devono succedere alla cognizione in petitorio dei diritti medesimi, è molto più sem-

plice nel breve periodo transitorio, che non dovrebbe durare oltre un anno o due, di lasciare gli utenti usare dei loro diritti riconosciuti da sentenza, così come li hanno usati già forse per 500 anni fino ad ora.

Che bisogno c'è di un provvedimento diverso, che abbia carattere provvisorio, che muti ora lo stato delle cose, per rimutarle poi fra due anni, quando questo stato di cose è gravissimo? Questi provvedimenti di natura provvisoria ed arbitraria potranno consistere anche nell'ammettere le popolazioni al godimento di diritti, che non abbiano posseduti nei tempi precedenti? Come si caceranno più queste popolazioni, le quali avranno, per lo meno, l'illusione di un titolo creato dal giudice apposito? Oppure, in via provvisoria, si potrà diminuire l'esercizio del vero diritto di questi contadini? E perchè debbono esserne privi in un periodo transitorio? Se c'è stata una sentenza che dichiara la esistenza e la misura del diritto, lasciate i cittadini goderne così, come fu dichiarato.

Nei giudizi istituiti o che si istituiranno, gli arbitri si limiteranno anzitutto a giudicare sull'esistenza della natura e dei limiti degli usi civici. Aggiungeranno poi i provvedimenti provvisori. Dunque faranno una sentenza anche su questo punto. Se non intendete dir ciò, avete espresso una cosa per l'altra...

COCCO-ORTU, *ministro d'agricoltura, industria e commercio*. La faranno anche adesso.

SCIALOJA. Se non vi è nulla di nuovo, cancellate questa disposizione.

COCCO-ORTU, *ministro d'agricoltura, industria e commercio*. Sono connesse le due disposizioni, le legga insieme. *In civile est...*

SCIALOJA. Il progetto dice: «Queste si limiteranno a giudicare sull'esistenza degli usi civici ed a provvedere, ecc., sull'esercizio di essi». Di essi? di che cosa? Dei diritti giudicati. Scrivete più chiaramente la legge.

COCCO-ORTU, *ministro d'agricoltura, industria e commercio*. Si emenderà, se occorre.

SCIALOJA. Così come è stato scritto e così come è stato finora anche illustrato, quest'articolo ha questo significato. Se voi lo muterete, siamo d'accordo.

COCCO-ORTU, *ministro d'agricoltura industria e commercio*. C'è l'art. 5 che tempera tutto.

SCIALOJA. Io dico che nell'art. 2, così come è scritto, si tratta di giudizi in cui gli arbitri devono sentenziare sul merito, e quindi provvedere come amichevoli compositori; abbiamo sempre una declaratoria di diritto con un regolamento provvisorio dell'esercizio dei medesimi. E la ragione c'è. Io, infatti, non affermo già che sia disposizione irragionevole; io non l'approvo; ma la ragione c'è. Sospesa con l'art. 1 la legge del 1891, la quale disponeva che, appena dichiarati, questi diritti erano aboliti e si doveva procedere all'affrancazione e alla ripartizione delle terre; era necessario di dire, che cosa i giudici, dopo aver riconosciuti esistenti questi diritti, dovessero fare effettivamente. Se si mantenesse la legge del 1891, non potrebbero disporre circa lo esercizio di diritti che non dovrebbero più esercitarsi, ma si dovrebbero affrancare. Ma sospendendo l'applicazione delle precedenti leggi, era ragionevole che la nuova legge dichiarasse che intanto provvisoriamente gli arbitri definissero il modo di esercitare i diritti.

Dunque io non trovo questo sistema irragionevole, ma soltanto trovo che non è opportuno e che lo si dovrebbe sostituire con un altro provvedimento.

Io propongo che invece di far regolare arbitrariamente e provvisoriamente l'esercizio dei diritti che sono dichiarati, si lascino gli utenti godere senz'altro questi diritti dichiarati, sulla cui esistenza e misura non ci può essere più alcuna discussione. Quando verrà la futura legge promessa, troverà questi diritti dichiarati giudiziariamente ed usati legalmente e provvederà come crederà opportuno: o li abolirà ripartendo le terre, se tornerà al sistema della legge del 1891 (che sarebbe pessima cosa), o troverà altri compensi, o finalmente li manterrà (cosa che trovo in più di un caso consigliabile). Intanto io dico: poichè questi diritti hanno esistito fino ad oggi, nonostante la legge del 1888, che li aboliva, che male c'è che in via transitoria esistano ancora, così come sono dichiarati, senza un nuovo provvedimento di natura non definitiva? perchè costituire provvisoriamente un diverso stato di cose?

Io ripeto: non gonfiamo le cose. Su questo punto il mio pensiero è solo sotto questo aspetto diverso da quello della legge; ma tuttavia si tratta di cosa importante, perchè io non vorrei che si creasse un nuovo stato di fatto, che tornasse ad essere a sua volta una difficoltà maggiore alla legge ventura, la quale pare sia tanto difficile che ci si sta a studiare sopra da tre anni ed ancora non si è riusciti a presentare un disegno di legge.

E vengo al terzo punto. Vorrei che l'onorevole presidente del consiglio avesse la bontà di sentirmi su questo terzo punto, perchè è quello che più si ricollega alle questioni, sulle quali egli ha ieri parlato. Io della questione di polizia non mi occupo, ma mi occupo di quello che egli ha discusso a proposito della questione di polizia; parlo della materia possessoria.

Si dice dal presidente del consiglio e si ripete dai senatori che gli hanno fatto eco: se noi non provvediamo con questa legge, casca il mondo, avviene la rivoluzione nel Lazio, ecc.

Ma, infine, che cosa ci si propone? Una cosa stranissima, mi si scusi la parola se può parere irriverente, ma io parlo dal punto di vista astratto e teorico.

Qui si dice che la giunta degli arbitri è costituita giudice del possessorio nei casi di attentato violento al possesso attuale. Questa oscurissima disposizione della legge, la quale invece di troncane le questioni ne farebbe sorgere chi sa quante altre, è stata illustrata dal ministro d'agricoltura, industria e commercio, nel suo notevole discorso di ieri. Ed io a questo proposito ieri diceva, in un modo che poteva parere poco riverente, ma che certo tale non era nella mia intenzione, che l'illustrazione fattane dal ministro di agricoltura, industria e commercio era la più bella confutazione della disposizione del disegno di legge attuale; perchè egli dichiarava che intendeva di trasportare i giudizi possessori dal pretore alla giunta d'arbitri, e ciò ha ripetuto anche il presidente del consiglio pochi minuti or sono: è meglio che del possessorio si occupi la giunta di arbitri anzichè un vice-pretore onorario. (Io non so perchè si parli del vice-pretore onorario e non del pretore ordinario). Ma la questione veramente è diversa e in essa sta la gravità di questa disposizione.

Se si trattasse unicamente di trasportare la competenza dal pretore alla giunta d'arbitri, non avrei nessuna difficoltà ad accettare il disegno di legge in questa parte. Non vi applaudirei certamente, perchè tali mutazioni di competenza a me non sembrano necessarie nella massima parte dei casi; ma non avrei una grande difficoltà ad accettare questa mutazione, e cederei volentieri all'opinione degli altri. Ma qui si fa qualche cosa di straordinariamente eccessivo in materia di giudizi possessori, e quel che mi dispiace, da quanto ho sentito finora, si fa senza accorgersi di farlo.

Il giudizio possessorio, anche in questa materia, non consiste soltanto nella reintegrazione in caso di violenza. Come ho avuto l'onore di dire ieri in quelle poche parole che ho pronunziate, i giudizi possessorii possono anche in questa materia essere tutti i giudizi possessori del diritto civile.

Anzi, se vi è differenza possibile fra questa materia e quella del comune diritto civile, è che il possessorio in questa materia si estende al di là del comune.

I giudizi di manutenzione sono spesso i più importanti, lo sappiamo tutti. Nel caso nostro la manutenzione si può ammettere certamente da parte del proprietario, il quale sia turbato nel suo possesso pacifico da atti di innovazione compiuti da terzi; i terzi possono essere anche cittadini che pretendano di esercitare un diritto civile.

Ora voi con questo progetto di legge, o volendolo o non volendolo (dovrei dire non volendolo, perchè l'onorevole ministro di agricoltura diceva di voler trasportare tutto il possessorio dal pretore agli arbitri), avete abolito il giudizio di manutenzione, poichè lo sottraete al pretore e non lo date alla giunta di arbitri.

In secondo luogo, io ritengo, quantunque la questione sia controversa per la natura dei diritti degli utenti così complessa varia e diversa, che anche gli utenti abbiano qualche volta diritto all'azione di manutenzione, in tal modo che, se il proprietario turba il loro uso, essi possano rivolgersi in possessorio contro il proprietario per far rispettare la pienezza del possesso del loro uso.

Ora di questo possessorio, che è reciproco, che è il più importante praticamente, non vi è una parola in questa legge.

GIOLITTI, *presidente del consiglio, ministro dell'interno*. Vi è l'art. 4, primo capoverso.

SCIALOJA. Leggiamo dunque l'articolo: «non riuscendo la conciliazione...».

GIOLITTI, *presidente del consiglio, ministro dell'interno*. Se lei legge dei pezzi staccati, non potrà vedere quello che io dico; legga per intero.

SCIALOJA. Nel primo capoverso è scritto: «quando riconosca il possesso di fatto degli usi civici...»; ma questo non significa respingere le turbative del possesso. Qui è menzionato il possesso richiamato dall'art. 1 della legge del 1891, il quale dice che la dichiarazione della esistenza dei diritti è fatta dalla giunta di arbitri in base al possesso di fatto; questo non è la base di un giudizio di manutenzione, è la base del giudizio petitorio.

Voi date alla giunta d'arbitri il diritto di ordinare un regolamento per il futuro, che non ha che fare col vero giudizio possessorio. Dovete invece stabilire un giudice che respinga la turbativa da una parte e dall'altra, come si fa nell'ordinario giudizio di manutenzione.

Volete che questo giudizio di manutenzione sia conservato ai pretori? Non mi oppongo. Volete trasportarlo alla giunta degli arbitri? Non mi oppongo neppure; ma bisogna dirlo chiaramente.

Quanto allo spoglio (prego di prestarmi attenzione, poichè la materia è intricata ed è troppo tecnica e alla discussione di essa l'assemblea forse si annoia), quanto allo spoglio, noi sappiamo che per diritto comune si ammette l'azione di reintegrazione in due casi: nel caso di spoglio violento e in quello di spoglio clandestino. E la parola spoglio violento, che ha una apparenza di terribilità nella sua prima significazione, si è molto attenuata nell'applicazione, perchè la violenza s'intende esercitata anche quando la privazione del possesso avviene contro la dichiarazione di volontà del possessore, senza bisogno della vera violenza materiale. Ora ci si propone invece l'art. 4

che ci dice che la giunta degli arbitri ordina la reintegra in caso di attentato al possesso.

Per la clandestinità non vi è più azione di spoglio. Mi si obietterà forse: come può essere clandestina l'invasione? Può esser clandestina benissimo; perchè, prima di tutto, non è detto che debbano essere cento o duecento ad invadere, bastano anche due o tre. Contro di questi dovete pur darvi una difesa. Il ministro dell'interno vede sempre la questione della forza armata.

GIOLITTI, *presidente del consiglio, ministro dell'interno*. No, la vedo anche dal punto di vista suo.

SCIALOJA. Possono esser due o tre gl'invasori del possesso altrui. Ma v'ha di più: la clandestinità giuridicamente non consiste nell'andar di notte, di soppiatto, senza farsi vedere; significa soltanto agire all'insaputa del proprietario, del possessore attuale.

Pur troppo può darsi, ed io lo lamento, che il proprietario molte volte non sappia che cosa accade nel suo terreno. Non potete negarmi che in molti casi, questo spoglio sia clandestino nel senso giuridico della parola, relativamente all'azione possessoria.

Questo spoglio voi non lo contemplate; ed io per questa parte domando solo al ministro che, d'accordo con l'ufficio centrale, ricostituisca i giudizi possessorii. Li ricostituisca, pur deferendone la cognizione alla giunta di arbitri, o al presidente della giunta, se così meglio sembrerà; ma io domando che la materia possessoria sia conservata, perchè questa applicazione è importantissima. E se la restituirete nella sua integrità, le questioni di polizia saranno molto minori, perchè in tal modo avrete il giudizio pieno, pronto e rapido. Si potrebbero anche evitare responsabilità penali, poichè vi sarebbe un ritegno a perseguire penalmente dei poveri diavoli che si lasciano sobillare. Datemi il modo di respingerli in via civile, con dichiarazione del giudice, facile e pronta.

Io sono d'accordo col ministro dell'interno nel proclamare il bisogno che siano costituiti giudizi rapidi, perchè anche l'autorità amministrativa sappia chi deve difendere.

Il presidente del consiglio diceva che la questione non è semplice, ed io convengo con lui. La questione è molto più difficile che io non la esponga ora, perchè non ignoro le gravi difficoltà della materia; ma per questo appunto io voglio mantenere tutti i giudizi possessorii rendendoli più rapidi, e non abolirne una parte, rendendo le cose più complicate.

Riassumo il mio pensiero. Io approvo il primo principio che è il più grave, la sospensione dell'affrancazione e della divisione delle terre; ritengo che il meglio, dopo la dichiarazione fatta per sentenza, sia lasciar l'uso dei diritti, quale sarà dichiarato o quale è stato già dichiarato; in terzo luogo domando che sia regolata più ampiamente, più completamente di quello che non si è fatto nel presente progetto, la materia possessoria.

Tutto ciò che ho detto finora, costituisce naturalmente un sistema di concetti, che io (torno a dirlo), non sento il coraggio di proporre per via di salutar emendamenti, articolo per articolo. È un sistema di emendamenti della legge che mi sembra debba trovar luogo precisamente nella discussione generale.

E nel caso che io abbia in tutto o in parte ragione, non intendo come si possa trovare irragionevole la conseguenza che ne traggio, che cioè, se veramente vogliamo metterci per questa via, e vogliamo la legge, come io la voglio, il meglio sia, che fissati alcuni concetti, si preparino nuovi emendamenti con lo studio di 24 o di 48 ore; non per questo cadrà il mondo. Se si

fissano alcuni capisaldi, la formulazione degli articoli deve essere fatta un po' più attentamente, che non si voglia fare in piena assemblea; e per questo io prego il ministro di agricoltura, industria e commercio e l'ufficio centrale di volere, nel caso che alcuni dei principi fondamentali e delle idee esposte da me si ritengano accettabili, studiarne e proporle la formulazione.

Questo sistema non è nuovo: io non sono un vecchio senatore, ma l'ho visto seguire molte volte. Quando vi è un cumulo di emendamenti, invece di far nascere un aborto con la discussione qualche volta disordinata della legge, il senato prega l'ufficio centrale di voler esso formulare emendamenti; ora io credo ben ragionevole seguir questa via anche nel caso presente.

La mia proposta sospensiva ha questo carattere. Io sottopongo al senato alcuni principii fondamentali, se il senato crede che in genere essi possano essere accettati, noi preghiamo il ministro di agricoltura, industria e commercio e l'ufficio centrale di volere entrare in quest'ordine di idee, formulando nei vari articoli della legge quegli emendamenti che la rendano consona ai principii stessi.

In questo non faccio la parte di professore, come l'amico Vischi voleva rinfacciarmi. Qui sono senatore. Egli forse avrà parlato di professori e di giovinotti per farci credere che egli è giovinotto; ma non farà credere a nessuno che io voglia fare qui il professore. Ciò è molto lontano dalla mia mente, anzi mi rimetto ai colleghi dell'ufficio centrale, dicendo loro: io ho qualche idea non completamente formulata e perciò mi rimetto a voi ».

SCIALOJA (1). « Ringrazio il senatore Balenzano per le sue dichiarazioni, che sono, in sostanza, consone ai concetti che io aveva esposti. Mi si dice che parecchi degli articoli, che io aveva inteso in un certo modo, hanno un altro significato. Sono lietissimo, se questo è vero; ma allora prego che si esprimano i concetti in un modo da farli intendere immediatamente anche a me; perchè, ritengo che, avendo purtroppo addosso 28 anni di quel professorato di diritto che l'amico Vischi quasi mi rinfacciava, io devo essere almeno in condizione di capire una legge più rapidamente dei contadini o dei proprietari, ai quali deve servire di regola. Nè io voglio dire con questo di essere intelligentissimo.

Se siamo di accordo nella sostanza, tanto meglio; vuol dire che io metto anche l'opera mia a disposizione di chi me la può richiedere per contribuire per quanto mi è possibile, al rapido studio che occorrerà di fare per formulare gli emendamenti. Voglio soltanto aggiungere a ciò che l'onor. Balenzano ha espresso, che la questione del possesso, che è sempre una delle più gravi, contiene in questo caso una eccezionale difficoltà, alla quale faceva allusione il presidente del consiglio nei suoi discorsi, senza, a parer mio, superarla. La eccezionale difficoltà è questa: i diritti, di cui noi trattiamo, in molti casi, hanno il carattere giuridico di servitù discontinue (e dico servitù, perchè qualunque sia la tradizione storica, la legge del 1891 così le definisce sia pure in modo non del tutto corretto), e in molti casi pure la discontinuità è tale da produrre salti di qualche anno nell'esercizio.

Dunque, se noi parliamo di possesso di fatto attuale, può accadere che il giudice del possessorio s'incontri in questa difficoltà, che nel momento, il possesso normale, quello del codice civile, non ci sia, e che per l'eccezionalità del diritto, per ritrovare il possesso convenga risalire ad un tempo pas-

(1) *Discussioni* cit., pag. 7843.

sato, considerando non interrotto il possesso, quantunque non esercitato coll'attualità del fatto. Ecco la grandissima difficoltà di questi giudizi possessorii, difficoltà per cui questo possesso è ancor più spirituale del possesso ordinario. Bisogna regolare questa materia con un articolo, perchè altrimenti creeremmo nuove difficoltà, invece di toglierle di mezzo.

La formula « possesso di fatto » farebbe credere al magistrato di poter sentenziare in base allo stato del momento in cui l'azione ha luogo; invece bisogna risalire lontano, e la legge lo deve dire, per non cadere in difficoltà maggiori.

Ecco uno dei concetti, che meritano svolgimento negli emendamenti, che prego l'ufficio centrale ed il ministro di non voler con la loro forza ed autorità respingere (1) ».

(1) Nella tornata del 19 dic. 1907 il sen. Scialoja ritirò la sua proposta (v. nota 1 a pagina 284) poichè la sostanza di essa fu accolta dal governo e dall'ufficio centrale (*Discussioni* cit., pag. 7846).

SUGLI USI CIVICI (*)

L'art. 2 del disegno di legge: « Conversione in legge del Regio decreto 22 maggio 1924, n. 751, riguardante il riordinamento degli usi civici del regno, del Regio decreto 28 agosto 1924, n. 1484, che modifica l'articolo del Regio decreto 22 maggio 1924, n. 751, e del Regio decreto 16 maggio 1926, n. 895, che proroga i termini assegnati dall'art. 2 del Regio decreto-legge 22 maggio 1924, n. 751 » era del seguente tenore:

« Nel giudizio di accertamento circa la esistenza, natura ed estensione degli usi civici, ove non esista la prova documentale è ammesso qualunque altro mezzo legale di prova, purchè l'esercizio dell'uso civico sia stato non equivoco, non interrotto e non precario e non sia cessato anteriormente all'anno 1800 ».

Il senatore Beneventano propose la seguente aggiunta:

« La prova deve risultare da pubblici documenti.

« L'uso civico non potrà venire riconosciuto qualora in corrispettivo di esso fu costituita un'annua prestazione a favore del comune, ovvero l'uso non sia cessato prima dell'anno 1800 ».

Il senatore Scialoja chiese la parola e disse (1):

SCIALOJA. « Vorrei pregare l'onorevole ministro e l'ufficio centrale di rettificare una frase dell'art. 2, che vedo riprodotta anche nell'ultimo emendamento. La frase è questa: « Purchè l'esercizio dell'uso civico sia stato non equivoco, non interrotto e non precario ».

Se noi lasciamo questa frase con queste parolette, apparentemente così piccole, è probabile che si toglieranno di mezzo molti usi civici senza alcuna giustizia. Non so perchè si siano volute introdurre queste tre qualificazioni per il possesso degli usi civici, qualificazioni che si trovano nel codice civile per il possesso individuale legittimo. Ma qui non si parla di un possesso, mediante il quale si voglia acquistare il diritto; si parla invece del possesso dell'uso civico che le popolazioni abbiano avuto nei parecchi secoli passati.

Ora potete esser certi che, per esempio, nella storia dei secoli passati molti casi e molte cause d'interruzione vi saranno stati. Dati i gravissimi di-

sordini della nostra vita sociale nei secoli passati, è difficile pensare che nei comuni o nei feudi grandi o piccoli vi sia stata tanta pace, e che non vi siano state interruzioni nell'esercizio dell'uso civico. Tutti sanno (e lo si riconosce nella dotta relazione come un fatto che non si può negare) che in quei secoli gli usi civici erano imprescrittibili. Ciò significa che nonostante lunghe interruzioni di esercizio il diritto si manteneva. Ora se noi esigiamo la qualità di non interrotto per il possesso dei secoli passati, noi veniamo indirettamente a sopprimere l'uso civico per il solo fatto che, per esempio, trecento anni or sono per venti anni non lo si sia esercitato. Lo stesso dicasi delle altre qualificazioni. Io credo che si debba parlare in questa legge, come del resto si faceva nel decreto legge da cui si son prese le mosse, di esercizio dell'uso civico e niente altro; non c'è bisogno di altra qualificazione, per intendere che deve trattarsi dell'esercizio corrispondente al diritto di uso civico.

Torno a dire che l'emendamento apparentemente è piccolo e che secondo me s'impone per la correttezza della terminologia giuridica; ma, tutto questo non sarebbe niente, se non si corresse il rischio, mantenendo queste parole, di sovvertire realmente tutto il sistema della legge ».

Il senatore Scialoja, dopo breve discussione a cui parteciparono i senatori Beneventano e Calisse, relatore, propose un emendamento consistente nella soppressione delle parole « sia stato non equivoco, non interrotto e non precario » e disse (1):

SCIALOJA. « Mi duole di dover tediare nuovamente il senato, ma credo assolutamente necessario di chiarire le cose, perchè un dissidio circa l'interpretazione di questo articolo, sorto in questo modo fra un uomo del valore dell'on. Calisse ed un altro non perfettamente imbecille quale credo di essere io, potrebbe propagarsi nella giurisprudenza futura e produrre l'inconveniente di fermare tutto lo svolgimento dell'applicazione di questa legge, come è accaduto per articoli male scritti delle vecchie leggi al principio del 1800. Si può dire che, se usi civici sono ancora esistenti e se ci sono ancora centinaia di processi in piedi, è perchè nelle vecchie leggi non fu parlato chiaro.

Orbene, io sono costretto a leggere il testo dell'articolo, perchè è l'articolo quello che costituirà la legge futura, se sarà votata così dal senato, e non l'intenzione del suo autore.

Dice l'articolo: « Nel giudizio di accertamento circa la esistenza, natura ed estensione degli usi civici, ove non esista prova documentale, è ammesso qualunque altro mezzo legale di prova (e fin qui nulla di male) purchè (se questo « purchè » non si verifica non è ammessa alcuna prova e l'uso civico non si riconosce), purchè l'esercizio dell'uso civico sia stato (evidentemente nel passato) non equivoco, non interrotto e non precario e non sia cessato anteriormente all'anno 1800 ». Queste sono le qualificazioni del possesso che si dicono necessarie. Dunque non si parla affatto della qualificazione del solo eventuale possesso posteriore al 1800, ma bensì della qualificazione del possesso anteriore; perchè anche se non ci sia stato alcun possesso dal 2 gennaio 1800 in qua l'azione sarebbe sempre data secondo questo articolo.

La mancanza dell'uso dal 1801 fino ad oggi non produce l'effetto di togliere l'azione agli utenti; mentre invece con questo testo il fatto che nei secoli precedenti sia avvenuta interruzione oppure che vi sia stato dubbio sulla natura del possesso sì che lo stesso sia stato equivoco, o che il

(*) Discorsi nella discussione dei disegni di legge n. 185 e 340 della legislat. XXVII nella tornata del 19 maggio 1927 (*Atti parlam., Sen. del Regno, legislat. XXVII, Discussioni*, pag. 8096 e 8099).

(1) *Discussioni cit.*, pag. 8096.

(1) *Discussioni cit.*, pag. 8099.

possesso sia stato precario, impedisce definitivamente l'esercizio della azione di riconoscimento. Ciò che ora ha detto l'illustre mio amico Calisse mi dimostra che questa enorme conseguenza non è nella sua intenzione e se non è nella sua intenzione vorrei che non fosse nell'articolo, perchè l'articolo dice una cosa diversa da quella che il collega Calisse e probabilmente tutta la commissione avrebbero voluto fargli dire. Qui vi è il pericolo che interpretando questo articolo secondo le regole del vocabolario e della sintassi, come vogliono le disposizioni preliminari del codice civile, si raggiungano dei fini contrari a quelli che la commissione e il ministro assenziente si propongono, e perciò credo che si debbano togliere quelle parole. Il possesso anteriore, che è quello che si vuol provare in qualsivoglia modo e da cui si ricava l'esistenza dell'uso civico, può anche essere stato talora difettoso lungo il corso dei secoli; io credo di poter affermare (ho fatto centinaia di cause in questa materia) che non vi sia uso che lungo i secoli scorsi non abbia sofferto delle interruzioni, e non abbia avuto dei periodi di equivocità. Infatti nella lotta fra popolazioni utenti e feudatari è avvenuto più volte che, là dove esisteva per esempio, un uso civico di pascolo, il feudatario, cui non piaceva questa servitù, concedesse per largizione o per contratto qualche altra cosa in più agli utenti. Così accadeva che quelle popolazioni esercitavano in parte il loro diritto anteriore e in parte si appigliavano al contratto. Questo fatto produceva un equivoco, produceva una precarietà, per lo meno apparente e qualche volta anche sostanziale, di questo possesso.

Ciò che si deve richiedere è che vi sia stato un lungo possesso dell'uso civico. Se questo possesso è stato sempre precario, sempre equivoco, evidentemente non sarà possesso di diritto civico; ma basterà dire che appunto non è possesso di diritto civico. Invece se per alcun tempo vi è stata qualche ombra sulla purezza di questo uso civico, ciò non deve togliere di mezzo l'esistenza del diritto, come non la toglie di mezzo l'interruzione e persino la cessazione recente per un secolo e ventisei anni; periodo il quale, secondo l'art. 2, non impedisce di proporre l'azione per il riconoscimento dell'uso civico.

Credo pertanto che la questione sia fondamentale; e se siamo d'accordo nella sostanza, io pregherei la gentilezza dei colleghi di voler tornare sopra questa formulazione per redigerne una che tolga di mezzo i dubbi; preghiera simile, per quel che lo riguarda, rivolgo all'onorevole ministro assenziente. Ripeto che io accetto l'idea contenuta in questo articolo, ma desidero che non vi sia niente che vada al di là di ciò che l'articolo stesso è giusto che contenga ».

SOPRA UN CASO D' ENFITEUSI REVOCABILE AD ARBITRIO (*)

Accogliamo volentieri queste massime della cassazione napoletana. Nella specie la validità del patto, pel quale il direttario poteva espellere a suo piacere l'utilista, risulta ancora più manifesta dal fatto che l'enfiteusi si era stipulata nel 1818, quando cioè vigeva nelle provincie napoletane il codice civile francese, che non faceva parola di enfiteusi. Questa perciò, come ogni altro contratto innominato, era lasciata alla piena libertà dei contraenti in ogni particolare patto o condizione, e quindi anche nel patto in questione. Altrimenti si sarebbe dovuto dire, se l'enfiteusi si fosse costituita dopo entrata in vigore le leggi civili del 1° settembre 1819, nelle quali non solo fu contemplata l'enfiteusi e ne fu posto come elemento essenziale l'obbligo di migliorare il fondo (art. 1678), ma fu assegnato come minimo delle concessioni temporanee lo spazio di dieci anni (art. 1681); onde quel patto di riprendere il fondo ad arbitrio non si sarebbe potuto eseguire che dopo dieci anni.

Si potrebbe un tal patto inserire anche oggi in una concessione enfiteutica? Crediamo di sì; ed il patto avrebbe pieno vigore fin da principio. L'articolo 1557 cod. civ. riconosce qualunque patto, purchè non sia contrario ai precetti della legge sulla facoltà di alienare dell'enfiteuta, su quella del direttario di chiedere la ricognizione del proprio diritto ogni 29 anni, e sul diritto di redenzione del fondo enfiteutico: nulla dunque è imposto quanto alla durata. Nè si dica che tal patto è contrario all'essenza dell'enfiteusi, che impone l'obbligo di migliorare il fondo, poichè tal obbligo non è distrutto dal patto. Il miglioramento del fondo deve essere proporzionale al tempo dell'enfiteusi; e certamente il direttario che richieda il fondo prima che sia trascorso un tempo sufficiente ad eseguire qualunque miglioria, altro non potrà esigere se non che il fondo non sia deteriorato; la mancanza di miglioria sarà a scapito suo, ma non per questo egli potrà essere forzato ad aspettare ancora alcuni anni per

(*) Nota alla sentenza 2 febbraio 1878 della corte di cassazione di Napoli (presidente MIRABELLI, estensore DE RENSIS), Scarfò contro Sergio, pubbl. nel *Foro italiano*, 1878, I, col. 538, con le massime:

« È valido il patto apposto in un antico contratto di enfiteusi che il direttario possa in ogni tempo riprendere in fondo.

« L'utilista non potrebbe opporre all'esercizio di questo diritto per parte del direttario la prescrizione trentennale.

« Richiesto il fondo dal direttario in forza del patto l'utilista non può più chiederne la redenzione ».

avere quelle migliorie che egli non vuole; l'utilista poi saprà provvedere ai propri interessi nel contratto con lo stipulare un canone molto basso, corrispondente al pericolo di vedersi tolto ad ogni istante il fondo, e con lo stabilire il rimborso di una parte delle migliorie, come appunto avvenne nel caso deciso dalla sentenza.

Si dirà che il patto rende inutile il diritto di devoluzione che il concedente ha per l'art. 1565; sta bene, ma oltre che quel diritto è stabilito solo in mancanza di convenzioni speciali, col patto della revocazione ad arbitrio esso non vien meno, anzi non si fa che accrescerlo grandemente.

Per queste ragioni crederemmo di non dover ammettere neppure nel magistrato la facoltà, che la corte di cassazione vorrebbe dargli, di definire alla enfiteusi col patto della revoca ad arbitrio, un termine che potrebbe estendersi a quello delle lunghe locazioni.

Nel BORSARI, *Il contratto d'enfiteusi* (Ferrara, 1850), § 462, pag. 450, troviamo menzione dell'enfiteusi a volontà o beneplacito, la quale, qualora il concedente non ritiri, vivendo, quella volontà e quel beneplacito dura solamente nella vita di lui, perchè l'enfiteusi dipendendo dalla volontà del concedente, deve cessare quando questa con la morte viene meno, e dell'enfiteusi *donec revocetur*, che dura fino alla morte del concessionario, perchè ha i caratteri del precario della legislazione romana. Quale di queste soluzioni dovrà applicarsi all'enfiteusi oggi costituita col patto di libera revocazione? A parer nostro nè l'una nè l'altra: l'enfiteusi durerà fino a che il concedente o i suoi eredi o aventi causa non la revochino. Essa è un contratto perfetto appena concluso, e non ha bisogno di quella riconclusione d'ogni istante che il Borsari vuole per l'enfiteusi a volontà, e si risolve nel solo caso previsto che è la revocazione da parte del concedente; essa non ha il carattere di beneficio personale, poichè non è gratuita ed è suo elemento essenziale la libertà di disporre e di alienare dell'utilista, e non è quindi in niente paragonabile al precario romano, in cui la revocazione, anche se non è stabilita espressamente, è un effetto della sua qualità di beneficio personale (Confr. G. E. SCHMIDT, *Das commodatum und precarium*, Leipzig, 1844; C. BULLING, *Das precarium*, Leipzig, 1846; LAUTERBACH, *Ad tit. de precario*, ed il mio studio *Sopra il precarium nel diritto romano*, Roma, 1878, cap. III e V) (1).

La massima poi che contro l'esercizio del diritto pattuito della libera revocazione l'utilista non possa opporre la prescrizione trentennale è da noi tanto più volentieri accolta, che non solo è indubbiamente confermata dall'art. 2118 cod. civ., ma anche, a voler contro la nostra opinione ammettere che la enfiteusi con quel patto aggiunto sia un precario, la soluzione dovrebbe secondo noi (vedi il mio studio sopra citato pag. 47) (2) essere la medesima.

(1) [V. vol. I, pag. 1, e, specialmente, pag. 6 e 15].

(2) [V. vol. I, pag. 26].

SULLE DECIME E ALTRE PRESTAZIONI FONDIARIE (*)

SIGNORI SENATORI. — Il presente disegno di legge contiene in parte la risoluzione di alcuni gravi dubbi di interpretazione, ai quali ha dato luogo la legge del 14 luglio 1887, n. 4727, relativamente alla abolizione delle decime spirituali, ed in parte provvedimenti relativi alla commutazione delle altre decime e prestazioni fondiari ed all'affrancamento di esse.

La prima parte è tutta contenuta nell'articolo primo del disegno, il quale si riconnette all'articolo primo della legge 14 luglio 1887; la seconda parte è costituita dalle altre disposizioni.

I.

Ma, per quanto apparentemente più breve e più semplice, la prima parte ha dato luogo a maggiori discussioni, ed è per sua natura assai difficile a formulare con tutta la precisione di concetti e di espressioni, che la delicatezza dell'argomento richiede. L'ufficio centrale ha creduto di dovere modificare in più d'un punto l'articolo votato dalla camera dei deputati, la quale a sua volta aveva con parecchi emendamenti mutato il progetto ministeriale.

L'art. 1 della legge del 1887 nella prima sua parte dispone:

« Le decime ed altre prestazioni stabilite sotto qualsiasi denominazione ed in qualunque modo corrisposte per l'amministrazione dei sacramenti o per altri servizi spirituali ai vescovi, ai ministri del culto, alle chiese, alle fabbricere, o ad altri corpi morali che hanno per iscopo un servizio religioso, al demanio dello Stato, all'amministrazione del fondo pel culto e dell'asse ecclesiastico di Roma, sono abolite, ancorchè si trovino convenzionalmente o giudizialmente riconosciute o convertite in prestazione pecuniaria ».

Nell'art. 3 della legge stessa si ordina che: « Tutte le altre prestazioni fondiari perpetue consistenti in quote di frutti, che si pagano in natura a corpi morali od a privati sotto qualsiasi denominazione, dovranno commutarsi in annuo canone fisso in denaro ».

Mentre dunque le decime ecclesiastiche, o sacramentali o spirituali (tali sono le varie loro denominazioni più in uso, ma noi preferiremo l'ultima, come più corrispondente alla formula della legge) erano abolite, le altre, che si comprendono sotto la denominazione di decime dominicali, si conserveranno commutate in danaro.

(*) Relazione, in data 30 novembre 1906, sul disegno di legge n. 56 della legisl. XXII. (A. P., Sen. del Regno, legisl. XXII, Documenti, n. 56 A).

Ma con quali criteri in pratica si dovevano distinguere le decime spirituali dalle dominicali?

Le difficoltà si manifestarono ben presto; perchè anche le decime dominicali risalgono spesso a tempi molto remoti, sicchè o non esistè mai o ne andò perduto il documento originario: e la storia loro e quella delle decime spirituali fu così varia nelle diverse regioni d'Italia, che molte volte la determinazione del loro carattere incontra impedimenti, che mal si possono superare.

Molte incertezze si sarebbero tolte di mezzo, se si fosse ammessa una presunzione a favore dell'uno o dell'altro carattere; ma sebbene da principio non mancassero voci di giuristi e decisioni dell'autorità giudiziaria favorevoli a tali presunzioni, l'opinione dominante e la giurisprudenza si vennero a poco a poco accordando nel ritenere che la questione si dovesse caso per caso decidere senza partire da presunzione alcuna, nè per la spiritualità, nè per la dominicalità delle decime.

La pratica e la dottrina cercarono allora di stabilire una serie di caratteri dai quali si potesse argomentare la natura delle decime, sicchè nella maggior parte dei casi più controversi le parti contendenti addussero prove dirette non già a dimostrare in modo immediato e sicuro la spiritualità o la dominicalità, ma l'esistenza di caratteri tali, dai quali si potesse mediatamente concludere a favore dell'una o dell'altra qualificazione delle decime.

Ma pur troppo anche questi pretesi caratteri non erano molto sicuri; i più non reggevano alla critica; parecchi potevano avere qualche valore in una regione, non in un'altra, a causa della diversa loro storia; altri dovevano dirsi addirittura erronei.

Di qui una giurisprudenza dubbia e fluttuante, le cui contraddizioni, se possono in parecchi casi essere spiegate con le diversità del diritto regionale e delle circostanze di fatto, troppe volte dipendono invece da malsicura intelligenza della legge, e da certe predisposizioni dell'animo, che anche involontariamente e incoscientemente diminuiscono la serenità del giudizio in materia così delicata, come è sempre quella che si riferisce ai rapporti con la Chiesa.

Da molto tempo fu invocata perciò una dichiarazione autentica del legislatore che stabilisse alcuni punti fissi, sui quali i tribunali giudicanti potessero orientarsi più sicuramente nel ricercare, fra le intricate complicazioni dei fatti, la retta soluzione di diritto.

Molti disegni di legge furono presentati (1), ma finora nessuno potè giungere alla piena maturità. È da sperare che questa volta possa veramente ottenersi la legge desiderata.

Il disegno del ministero, che comprende le modificazioni introdotte dalla camera dei deputati, ammette una presunzione di spiritualità per tutte le decime e le altre prestazioni corrisposte ai vescovi, agli altri ministri del culto,

(1) Proposta di legge: « *Affrancamento dei canoni decimali* », d'iniziativa del deputato DI BELMONTE, 29 novembre 1887, doc. n. 63 della XVI legislatura. Relazione della commissione della camera (rel. SERENA) 26 giugno 1888, doc. n. 63-A. — Proposta di legge: « *Ammissione di debitori delle decime e prestazioni di qualsiasi natura all'affrancazione dell'onere mediante il pagamento del prezzo di affrancazione a rate annue, nei modi e termini della legge 14 luglio 1887, num. 4727 (serie 3^a)* », d'iniziativa del deputato CLEMENTINI, 31 gennaio 1893, doc. n. 124 della XVIII legislatura. Relazione della commissione della camera (rel. CLEMENTINI) 20 maggio 1893, doc. n. 124-A. — Disegno di legge: « *Nuove disposizioni sulla commutazione ed affrancazione delle decime ed altre prestazioni fondiarie perpetue* », del ministro BONACCI, 17 aprile e 6 maggio 1893, doc. n. 172 della XVIII legislatura. Relazione della commissione della camera (rel. RINALDI), 25 aprile 1894, doc. n. 172-A. — Progetto di

alle chiese, alle fabbricerie o ad altri corpi morali aventi per iscopo un servizio religioso, quando gravino sui fondi situati nelle rispettive circoscrizioni ecclesiastiche od originarie. Naturalmente la stessa presunzione si estende alle prestazioni dovute alle amministrazioni dello Stato, che sono succedute agli enti ecclesiastici. Contro la presunzione è ammessa la prova del carattere esclusivamente patrimoniale delle prestazioni, ma tale prova non potrà darsi per testimoni se non quando vi sia un principio di prova scritta.

Convieni esaminare partitamente i vari concetti contenuti in queste disposizioni per vedere fino a qual punto esse possano essere accettate e in quali parti debbano invece essere corrette.

L'ufficio centrale è persuaso che giustamente si sia stabilita la fondamentale presunzione di spiritualità delle decime corrisposte agli enti ecclesiastici; ma non crede d'altra parte che questa presunzione debba restringersi al caso che le decime gravino sui fondi situati nelle circoscrizioni dei ministri del culto o degli enti, cui sono dovute. L'ufficio centrale ammette naturalmente la prova contraria, ma ritiene che l'oggetto di essa non debba definirsi con le parole contenute nel progetto ministeriale, e che la prova testimoniale non debba sottoporsi alla condizione dell'esistenza di un principio di prova scritta.

Delle molte ragioni, che si sono portate a favore della presunzione di spiritualità delle decime dovute ad enti ecclesiastici, due si possono considerare come più sicure e decisive, dipendenti entrambe dal principio generale di diritto, pel quale la proprietà deve presumersi libera da ogni peso di natura eccezionale.

La prima è che dopo l'abolizione delle decime spirituali per opera di parecchie leggi anteriori, e in modo più generale per opera della legge 14 luglio 1887, i fondi che erano gravati di decime debbono ritenersi liberi, ammenochè le decime non siano dominicali: per ciò chi vanta sopra di essi il diritto di esigere decime, od altre simili prestazioni, deve provare che queste hanno quel carattere di dominicalità, pel quale solo possono ancora sussistere.

L'altra ragione consiste nel concetto essenziale delle decime spirituali, che non sono tanto un diritto reale patrimoniale, quanto piuttosto un onere di diritto pubblico pari all'imposta, sebbene nell'andar dei secoli abbiano assunto figure giuridiche molto simili, in apparenza, a quella dei diritti reali privati.

Questo carattere di diritto pubblico fu sempre riconosciuto così dagli antichi canonisti, come dagli scrittori di diritto ecclesiastico dei nostri giorni. Sicchè bene a ragione nella prefazione premessa al decreto luogotenenziale del 7 gennaio 1861 per le provincie napoletane si dice che la decima *costituita un'imposta personale, prediale o mista tanto più gravosa, quanto ne*

legge preparato da una commissione speciale nominata dal ministro COSTA con decreto del 15 maggio 1897. — Disegno di legge: « *Decime ed altre prestazioni fondiarie* », del ministro ZANARDELLI, 23 aprile 1898, doc. n. 289 della XX legislatura. Relazione della commissione della camera (rel. LUCHINI) 8 luglio 1898, doc. n. 289-a. Il medesimo progetto fu ripresentato dal ministro FINOCCHIARO-APRILE il 27 aprile 1899, doc. n. 178 della XX legislatura, 2^a sessione, ed ebbe la stessa relazione, n. 178-a. — Disegno di legge « *Sulle decime ed altre prestazioni fondiarie* », del ministro GIANTURCO, 22 novembre 1900, doc. n. 96 della XXI legislatura. — Disegno di legge « *Sulle decime ed altre prestazioni fondiarie* », presentato dai ministri COCCO-ORTU e WOLLEMBORG, 30 maggio 1901, doc. n. 286 della XXI legislatura. Riprodotto dai ministri COCCO-ORTU e CARCANO il 15 aprile 1902, doc. n. 96 della XXI legislatura, 2^a sessione. Relazione della commissione della camera (rel. PALBERTI) 18 dicembre 1903, doc. n. 96-a.

era più variabile ed incerta la riscossione. Relativamente alla proprietà fondiaria la decima sacramentale era dunque un vincolo, che importava bensì un onere, ma non una vera diminuzione del diritto, laddove la decima dominicale era una vera e propria limitazione del diritto di proprietà. Data adunque l'esistenza di una decima, questa doveva per rispetto alla libertà del fondo presumersi piuttosto spirituale che dominicale.

Di fronte a questi argomenti di ordine giuridico, a noi sembra che passino in seconda linea le altre considerazioni, che furono enunciate da scrittori e da magistrati, quando si discusse delle presunzioni, che in un senso o nell'altro si volevano far prevalere nell'applicazione della legge del 1887. Non molto infatti importa il ricercare statisticamente la prevalenza numerica dell'una o dell'altra specie di decime, che certamente varia nelle varie regioni d'Italia; poichè la presunzione non ha per base una probabilità statistica, ma bensì un principio generale di diritto. Nè ha valore l'esame delle parole usate nella legge del 1887, che non lasciano intravedere in qual relazione, di subordinazione o di parità, fossero posti i due principî dell'abolizione delle decime sacramentali e della commutazione delle dominicali: evidentemente non si trattava di due disposizioni delle quali una fosse la regola e l'altra l'eccezione, ma bensì di due regole per due distinte ipotesi, presupponendo già riconosciuto il carattere giuridico delle singole decime.

Se per le ragioni ora esposte si sarebbe forse potuto giustamente sostenere che, anche per la legge del 1887, le decime corrisposte ad enti ecclesiastici si sarebbero dovute presumere piuttosto spirituali che dominicali, certamente nessun motivo di giustizia o di equità può impedire che tale presunzione sia stabilita nella nuova legge.

Ma, come abbiamo dianzi accennato, non si può ammettere che la presunzione di spiritualità sia limitata alle decime che gravano sui fondi situati nelle rispettive circoscrizioni ecclesiastiche odierne od originarie.

Anzitutto è da notare, che con tale formulazione la presunzione non si applicherebbe al caso di decima gravante anche sopra un solo fondo, perchè le parole sui fondi situati nelle rispettive circoscrizioni ecclesiastiche si riferiscono al solo caso in cui tutti o quasi tutti i fondi della circoscrizione sieno tenuti al pagamento delle decime, come avrebbe dovuto avvenire secondo le più rigorose regole del diritto canonico.

Ma tante sono le eccezioni, per cui le decime spirituali possono essere oramai dovute soltanto da alcuni fondi, che la presunzione così ristretta riuscirebbe in pratica pressochè inutile. Anzi si può dire che riuscirebbe dannosa, perchè farebbe sorgere la presunzione di dominicalità ogni volta che la decima gravasse solo sopra alcuni fondi.

Tuttavia anche se si correggesse la formulazione della legge, estendendo la presunzione col sostituire l'espressione su fondi a quella sui fondi, la limitazione della presunzione, per quanto meno grave, dovrebbe pur sempre ritentarsi.

Spesse volte le decime spirituali spettano anche ad enti ecclesiastici che non hanno la cura d'anime, e che mancano di qualunque circoscrizione territoriale: tali sono i benefici semplici, le prebende canonicali, i capitoli collegiati, le chiese che non siano cattedrali o parrocchiali, e persino alcune parrocchie dette gentilizie, l'appartenenza alle quali è determinata non da circoscrizione territoriale, ma da vincoli gentilizi.

Dovranno le decime dovute a questi enti (od al demanio dello Stato, od al fondo pel culto, ecc. loro succeduti) essere sottratte alla presunzione di

spiritualità? A noi non pare; perchè le decime spirituali non sono soltanto un corrispettivo dell'amministrazione dei sacramenti, ma di ogni servizio religioso, sicchè ben possono esser dovute ad enti come quelli sopra indicati. Conservando la formula che si legge nel progetto ministeriale, non solo le decime dovute a tali enti non si presumerebbero spirituali, ma quasi per necessità logica verrebbero in pratica a presumersi dominicali.

Anche per gli enti, che hanno cura d'anime, e di regola hanno quindi una circoscrizione territoriale, la limitazione che ora discutiamo non è pienamente giustificata. Coll'aggiunta degli epiteti odierne od originarie alle circoscrizioni ecclesiastiche, di cui parla il disegno ministeriale, si son volute togliere di mezzo le difficoltà che altrimenti sarebbero nate nei casi di divisioni o di smembramenti di chiese parrocchiali; ma si vengono ad obbligare le parti ed i giudici a fare troppo spesso lunghe e faticose indagini storiche, circa i mutamenti che le circoscrizioni ecclesiastiche possono aver subiti nel corso dei secoli.

Ma tuttavia esistevano altri casi, pei quali le decime spirituali potevano esser dovute a parroci o ad altri enti ecclesiastici estranei alla circoscrizione cui il fondo appartiene, specialmente in forza di consuetudini, il valore delle quali era riconosciuto dal diritto canonico (1).

Abbastanza comuni erano i casi, nei quali, o per consuetudine, o per privilegio, o per convenzione, le decime sacramentali erano trasferite da una chiesa ad un'altra, sicchè un ente ecclesiastico veniva ad avere stabilmente la facoltà di decimare nella circoscrizione di un altro.

Tutte queste considerazioni hanno indotto l'ufficio centrale a togliere dal disegno di legge la clausola relativa alla situazione dei fondi gravati.

Ma di fronte alla presunzione di spiritualità delle decime, che riesce in tal modo più estesa di quanto era nel progetto ministeriale, abbiamo creduto

(1) Su questo punto, meno comunemente noto, crediamo utile di riferire qui alcuni appunti preparati dall'insigne canonista prof. Francesco Ruffini della r. università di Torino, che ci ha confortati col suo sapiente consiglio nello studio dei miglioramenti del presente progetto di legge.

A lui ed al suo collega prof. Giovanni Castellani, che ci volle comunicare alcune preziose osservazioni, rivolgiamo i nostri ringraziamenti.

Scrivè il Ruffini: « Il capo 18 del tit. *De decimis* delle Decretali Gregoriane (lib. III, tit. 30), contiene una decretale di Alessandro III così concepita:

« *Quum sint homines in parochia unius ecclesiae, sicut asseris, qui terras in alia parochia excolunt: tua discretio nos consuluit, cui ecclesiae de terris illis decimasolvere debeant, an ei, in cuius parochia sint constituti, an illi, in qua divina audiunt et alia ecclesiastica percipiunt sacramenta. Sane, quum huiusmodi quaestio temporibus praedecessorum nostrorum saepius mota fuerit, nec ab aliquo terminata, aliis intuitu territorii, aliis personarum obtentu asserentibus debere persolvi, non est nobis facile super hoc certum dare responsum, quum auctoritates sanctorum Patrum etiam sint diversae. Et ideo in huiusmodi dubitatione ad consuetudinem duximus recurrendum et attendendum etiam, si illae ecclesiae in uno sint vel in diversis episcopatus constitutae; quia difficile nimis videtur, ut una ecclesia in episcopatu alterius recipiat decimas, quum ex hoc episcopatum fines confundi non immerito viderentur ».*

« Gravemente controverso è rimasto questo punto nella dottrina e nella giurisprudenza ecclesiastica. Ma che in decisioni assai lontane ormai dall'epoca del testo legislativo si sia tenuto conto della possibilità che la regola, per cui le decime prediali debbono spettare al parroco nella cui circoscrizione sono siti i fondi, possa patire eccezione per una consuetudine ad essa contraria, appare da queste citazioni:

Rota Romana « *Dec. recentiores, pars V, tom. I, dec. 169: Placentina decimarum, 10 maggio 1628:*

opportuno di allargare anche i limiti della prova contraria, che nel progetto ministeriale si trovano troppo ristretti.

Certo si può figurare una disposizione di legge, la quale non voglia conservare neppure le decime dominicali dovute ad enti ecclesiastici; ma in tal caso convien provvedere in altro modo alla mancanza dei redditi di questi enti. Così, per esempio, nella legge 15 aprile 1851, n. 1192, per la Sardegna, furono abolite le decime di qualunque natura pagate sotto qualsiasi titolo al clero, corporazioni ed istituzioni dell'isola; ma la legge medesima tosto soggiunge: « Sarà per la stessa epoca fatto al clero e per il servizio del culto un conveniente assegnamento da determinarsi per legge ».

Tale non è peraltro il sistema seguito dalla legge del 1887, la quale volle mantenere le prestazioni di carattere dominicale, ordinandone soltanto la commutazione e regolandone l'eventuale affrancamento. Se dunque non si vuol sovvertire questo principio della legge fino ad ora vigente, è necessario che le decime dominicali siano rispettate senza colpirle indirettamente in modo irregolare con restrizioni dei mezzi di prova non sufficientemente giustificate.

Vero è che qualche disposizione restrittiva si trova anche in alcuna delle leggi anteriori. Così, per esempio, nell'art. 2 del decreto luogotenenziale 7 gennaio 1861, per le provincie napoletane, si dichiarano non comprese nella abolizione « le decime dominicali, quando risultino da titoli autentici o da giudicati. I quadri o ruoli intitolati varranno solo come documenti di possesso ». Ma siffatte disposizioni, che possono avere qualche fondamento nelle condizioni delle diverse regioni, sono pur sempre arbitrarie e non abbastanza eque.

Le decime e le altre prestazioni dominicali risalgono spesso a tempi remotissimi, sicchè troppe volte riesce impossibile il trovare i documenti originali, anche se questi siano un tempo esistiti. Esse possono essere state costi-

N. 1. « *Et quamvis ista conclusio (cioè la regola suddetta) satis videtur controversa apud Doctores, quando, prout in casu nostro, agitur de solutione decimarum praedialium faciendae ab eo, qui in una parochia degit ibi recipiens sacramenta, et in alio praedio colit, ita ut in hoc casu recurrendum sit ad consuetudinem, quae propter difficultatem, et concurrentiam opinionum debet maxime attendi, ex quo casus iste non reperitur in iure decisus etc.* ».

« Così pure in *Dec. recentiores, pars XVI, dec. 382: Pampilonensis Primitiarum*, 10 dicembre 1670, nn. 1 segg.

« Tale si mantiene la giurisprudenza anche in seguito, come può ricavarsi dalle risoluzioni della congregazione del concilio.

« Così: *Hortana decimarum*, 6 marzo 1723 (*Thesaurus resolutionum Sacrae Congregationis Concilii, tomus II*, Roma 1745, pag. 294 segg.), ove è scritto:

« *In celebri etenim apud antiquos controversia, cuinam Parocho debeatur Decima praedialis, quando praedium situm est in parochia unius Dioecesis, et illius dominus habitat in parochia alterius Dioecesis; in qua controversia Alexander III censuit pro illius decisione recurrendum esse ad consuetudinem, uti habetur in cap. Cum sint homines, de decimis, invaluit opinio, quod decimae praediales debeantur parocho loci, in quo sita sunt praedia, quando non est consuetudo in contrarium ».*

« Decisioni anche più recenti menzionano tale vigore eventuale della consuetudine derogatrice della norma, che vuole le decime prediali devolute al parroco *rei sitae*, vedi in PALLOTTINI, *Collectio omnium conclusionum et resolutionum S. Congr. Concilii, tomus VII*, Romae, 1880, nn. 64 sgg., pag. 78 sgg.

« A ogni modo — dato pure che la consuetudine in questione abbia perduto con gli anni la sua efficienza — resta però fermo, che anche per questa via delle decime sacramentali possono essere state assegnate ad enti ecclesiastici fuori della loro circoscrizione ».

tuite anche senza scrittura; perfino la prescrizione può avere, in altri tempi, dato loro origine.

Il richiedere una prova scritta sarebbe stato dunque poco conforme alla natura stessa delle cose. Nè il progetto ministeriale ha voluto escludere la prova testimoniale, ma ha ristretta l'ammissione di questa al caso in cui vi sia un principio di prova scritta. A noi non sembra che si possa ammettere neppure questa restrizione.

Anzitutto che cosa si vorrebbe intendere con questo principio di prova scritta?

Questa frase ha un significato tecnico, perchè si ritrova nel codice civile negli articoli 174, 175, 190, 1347. In tutte queste disposizioni essa non si riferisce mai a documenti scritti di qualunque natura, compresi quelli provenienti dalla parte stessa che se ne vuol servire; ma per l'art. 175: « Il principio di prova per iscritto (in materia di filiazione) risulta dai documenti di famiglia, dai registri e dalle carte private del padre o della madre, dagli atti pubblici o privati provenienti da una delle parti impegnate nella controversia, o che vi avrebbe interesse se fosse in vita », e per l'art. 1347: « Questo principio di prova risulta da qualunque scritto che provenga da colui contro il quale si propone la domanda, o da quello che egli rappresenta, e che renda verosimile il fatto allegato ».

Stando dunque a questo significato tecnico della frase usata nel progetto ministeriale, non potrebbero mai considerarsi come principii di prova scritta i quadri, ruoli, o cabrei degli enti stessi che esigono la decima, quantunque siano questi i documenti che forse aveva in mente chi scrisse l'articolo del disegno di legge.

Sarebbe pertanto in ogni caso necessario di correggere almeno l'espressione usata in tale articolo; ma meglio è addirittura correggerne la sostanza, togliendo di mezzo la necessità di ogni prova scritta.

Bisogna ben considerare che non si tratta di provare l'esistenza di una decima in genere, ma l'esistenza del carattere dominicale di essa. Ora se non si possono produrre i documenti originali, ovvero giudicati, o transazioni, che valgano quanto quelli, il più delle volte tutti gli altri documenti scritti, sieno ruoli, o ricevute, o simili, nulla portano che basti a determinare la natura giuridica della prestazione.

Chiunque abbia un po' di pratica delle controversie giudiziali sorte per l'applicazione della legge del 1887, sa che nel maggior numero dei casi, in cui si ricorse alla prova testimoniale, questa era diretta a provare fatti di vario genere, dai quali per via di presunzioni si potesse argomentare la qualità dominicale o spirituale della decima.

Se ora non si volesse più ammettere la prova testimoniale, si escluderebbe la possibilità di accertare quei fatti, e, più ancora, in forza dell'art. 1354 del codice civile, il quale esclude l'uso delle presunzioni nei casi in cui la legge non ammette la prova testimoniale, si verrebbe ad impedire ogni prova indiretta, anche quando quei fatti si potessero dimostrare mediante scrittura.

Il pericolo, che presenta la prova testimoniale, deve dunque nel caso nostro esser rimosso soltanto dalla prudenza dei giudici, senza della quale ogni legge riesce vana, ma non deve indurci ad ammettere disposizioni di legge, le quali sostanzialmente ci porterebbero ad una ingiusta spogliazione di diritti che si debbono rispettare.

L'ultimo capoverso dell'art. 1 del disegno di legge ministeriale dispone che: « Restano salvi gli effetti delle convenzioni e delle sentenze passate in

giudicato, anteriori alla pubblicazione della presente legge, le quali abbiano riconosciuto il carattere specificatamente dominicale delle decime e prestazioni suddette ».

Questa disposizione nella sua sostanza fu approvata dalla maggioranza dell'ufficio centrale, quantunque uno dei membri di esso ritenesse che la nuova legge, essendo interpretativa, dovesse avere effetto retroattivo fino al punto da togliere valore a quei giudicati ed a quelle convenzioni che avessero riconosciuto il carattere dominicale di una decima, il quale sarebbe stato escluso, se si fosse ammessa la presunzione generale di spiritualità ora esplicitamente stabilita.

Sembrò alla maggioranza che in tal modo si sarebbe prodotto un gran danno, rimettendo nell'incertezza tutti i rapporti già precedentemente definiti.

Solo si è creduto opportuno di correggere l'espressione *specificatamente dominicale*, usata nel progetto di legge ministeriale, che non è per verità molto chiara, perchè le decime o sono spirituali o dominicali, e non ve ne sono di quelle più o meno specificatamente dominicali. È probabile che con quelle parole si sia voluto dire soltanto che i giudicati o le convenzioni, di cui si tratta, debbano avere avuto per oggetto la dichiarazione della qualità delle decime e non già la constatazione di qualche fatto, dal quale si possa argomentare a favore dell'uno o dell'altro carattere. Questo concetto ci sembra meglio espresso con le parole, *le quali abbiano drettamente dichiarato il carattere dominicale delle prestazioni*, che noi abbiamo introdotto nel nostro schema.

Ma poichè il fine, che il legislatore ora si propone, è quello di accelerare l'applicazione della legge del 1887 e di eliminare i dubbi più gravi, ai quali essa ha dato luogo, ci è sembrato conveniente di aggiungere all'art. 1 del disegno ministeriale un ultimo capoverso diretto a toglier di mezzo due grosse questioni che sono sorte in pratica.

Vi sono alcuni benefici, la dote dei quali fu costituita mediante decime spirituali. Il fatto che queste decime vennero in tal modo a formare il patrimonio del beneficio ha potuto far credere a taluno, e qualche volta ha potuto far ritenere da qualche tribunale, che quelle decime avessero assunto carattere patrimoniale e perciò dominicale. L'errore a noi sembra manifesto, poichè i fondi gravati da quelle decime rimanevano pur sempre soggetti ad un onere che altro non era se non un corrispettivo pei servizi religiosi, e perciò le decime dovevano tuttavia dirsi spirituali e ritenersi abolite dalla legge del 1887.

In alcuni casi, mediante convenzione, alle prestazioni originarie, pagate a titolo di decima spirituale, se ne erano sostituite altre. Questa mutazione convenzionale ha potuto indurre qualche scrittore e qualche tribunale nell'opinione che, per novazione, le presenti prestazioni non si potessero più considerare come spirituali. Ma se le nuove prestazioni hanno per causa l'esistenza delle prestazioni anteriori, e se queste erano spirituali, certamente anche le nuove debbono dirsi spirituali, perchè non hanno perduto l'essenziale carattere di prestazioni pagate in corrispettivo di servizi religiosi. La convenzione solo allora può attribuire il carattere dominicale alle prestazioni, quando alla primitiva causa ne abbia sostituita una sostanzialmente nuova di natura patrimoniale.

Questi concetti sono stati da noi riassunti nella breve formula che proponiamo.

II.

La seconda parte della legge proposta si riferisce, come abbiamo detto, alla commutazione ed alla affrancazione delle decime dominicali od altre simili prestazioni.

L'ufficio centrale crede che le disposizioni del progetto ministeriale possano in gran parte accogliersi dal senato, ma sopra alcuni punti di non lieve importanza pensa che convenga emendare il disegno di legge, o completarlo. Esporremo qui brevemente le ragioni delle modificazioni proposte, senza stare a ripetere quelle che giustificano il progetto ministeriale per la parte che accettiamo.

La legge del 1887, nell'art. 3, ordina la commutazione in annuo canone fisso in danaro di tutte le prestazioni fondiari perpetue, consistenti in parte di frutti, di carattere dominicale; e nell'art. 4 stabilisce le norme per tale commutazione con un rinvio alle disposizioni delle leggi 8 giugno 1873, numero 1389, e 29 giugno 1879, n. 4946, per la commutazione delle decime feudali nelle provincie napoletane, aggiungendo in fine altre regole pei casi di terreni migliorati o bonificati dai possessori.

Ora nel principio dell'art. 2 del progetto ministeriale si dispone:

« Per gli effetti dell'art. 3 della legge 14 luglio 1887, n. 4727, l'accertamento e la valutazione del diritto del creditore dovranno aver luogo fondo per fondo, secondo l'effettivo esercizio di esso nell'ultimo decennio ».

È da temere che questa disposizione così concepita possa intendersi come una derogazione all'art. 4 della legge del 1887, il che costituirebbe un non lieve danno pei possessori di fondi gravati da decime.

A noi non pare che si debbano abbandonare i criteri e le distinzioni più eque e più minute della legge precedente, nella quale sostanzialmente già è posto come fondamento della valutazione l'esercizio del diritto nell'ultimo decennio (Vedi art. 3 della legge 8 giugno 1873). Crediamo perciò che il riferito paragrafo dell'art. 2 del progetto ministeriale debba essere soppresso.

Esso fu per la prima volta proposto dalla commissione della camera dei deputati nel luglio 1898, modificando il disegno di legge presentato dal ministro Zanardelli il 23 aprile 1898; ma nella relazione della commissione nulla si dice a giustificazione dell'introdotta emendamento.

Negli ultimi capoversi dell'art. 2 del progetto ministeriale, si ammette che la commutazione possa farsi anche in prestazioni in natura in misura fissa anzichè in canoni pecuniari, se il debitore ciò preferisca.

La disposizione trova la propria giustificazione nel fatto, che in alcuni luoghi i debitori di prestazioni in natura hanno opposto una certa resistenza alla commutazione in denaro, perchè ad essi riesce gravoso il procurarsi il denaro, mentre hanno più facilmente a propria disposizione i frutti della terra.

L'ufficio centrale del senato non ha voluto respingere questa proposta ministeriale, quantunque non possa avere molta fede nella sua bontà. Il riguardo, che si vuole avere al debitore della prestazione, riuscirebbe a lui vantaggioso, se la prestazione si continuasse a lasciare proporzionale all'effettivo frutto di ciascun anno; ma così si contraddirebbe allo scopo generale della legge. Commutando la prestazione proporzionale variabile in una corrispondenza in misura fissa, può accadere che, negli anni di scarsa produzione, la

prestazione in natura della quantità media invariabile possa riuscire straordinariamente gravosa.

L'ufficio centrale ha ritenuto che, pur lasciando al debitore la facoltà che nel progetto ministeriale gli è concessa, si potesse in qualche modo riparare agli inconvenienti testè notati con una semplice aggiunta all'art. 2: aggiunta che è d'altra parte consigliata anche dalla necessità della valutazione pecuniaria della prestazione per procedere all'iscrizione ipotecaria.

Si è perciò formulata un'ultima parte dell'articolo nel modo seguente: « Deve tuttavia farsi sempre anche la valutazione in denaro della prestazione così determinata in misura fissa per l'iscrizione delle ipoteche secondo l'art. 8. Entro dieci anni dalla iscrizione della ipoteca il debitore potrà sempre domandare la commutazione della prestazione in canone pecuniario secondo la valutazione fatta ».

In tal modo si provvede alla futura riduzione in denaro della prestazione senza bisogno di nuove spese e di nuovi provvedimenti.

L'articolo terzo è stato dall'ufficio centrale modificato nella forma per renderlo più chiaro, facendone subito intendere al lettore il significato essenziale, che è appunto quello di impedire pel futuro, in tutta Italia, l'esazione di decime sulle terre nuovamente dissodate, senza diminuire in alcun modo il valore di precedenti analoghe disposizioni meno late o per il loro contenuto o per il territorio a cui si riferiscono.

Le ultime parole del primo comma dell'art. 3 del progetto ministeriale « tranne per il termine che decorre dall'attuazione della presente legge » avrebbero potuto indurre l'interprete nell'erronea credenza, che fossero spostati i termini dell'attuazione delle leggi precedenti. Nella nostra formulazione ogni appiglio a tale errore è tolto di mezzo.

Nell'art. 4 del progetto ministeriale si verrebbe a stabilire la competenza di un giudice unico destinato, nel principio di ciascun anno, con reale decreto, a conoscere delle controversie sul carattere delle prestazioni e sul diritto ad esigerle. Questa proposta fatta con la intenzione di rendere più spediti i giudizi e di tentare insieme quasi una prova del sistema del giudice unico, trovò già grave opposizione alla camera dei deputati, quantunque fosse alla fine accettata. L'ufficio centrale del senato crede che si debba assolutamente respingere. Nessuna maggiore celerità dei giudizi si otterrebbe dinanzi a questo magistrato unico, poichè l'articolo stesso del progetto ministeriale dispone che « la procedura a seguirsi sarà quella che è stabilita nel codice di procedura civile e dalla legge sul procedimento sommario per i giudizi vertenti... davanti ai tribunali ». D'altra parte invece molte gravi ragioni si oppongono all'accettazione della proposta.

Conviene sempre andare molto a rilento nel costituire competenze speciali nell'ordine giudiziario. Il più delle volte si corre il rischio di creare difficoltà, mentre invece si vogliono toglier di mezzo. Alle questioni inerenti alle controversie se ne aggiunge artificialmente una, che può spesso dar luogo a tutto un lungo svolgimento processuale, la questione di competenza. Nel caso nostro il rischio sarebbe veramente gravissimo, poichè spesso alle controversie sul carattere delle prestazioni e sul diritto ad esigerle vanno intrinsecamente unite questioni relative alla proprietà dei fondi ed agli altri diritti reali, che dovrebbero restare di competenza del tribunale collegiale.

La difficoltà dei giudizi in materia di decime, nei quali spesso si tratta del valore di documenti storici, che richiedono speciali cognizioni delle lingue e dei diritti antichi, renderebbe necessaria la scelta dei giudici più va-

lenti, l'opera dei quali sarebbe in tal modo, con grave danno, distolta dagli altri giudici. E sarebbe un danno anche per i giudici prescelti il doversi troppo esclusivamente occupare di una sola materia.

Non sarebbe poi facile il sostituire i giudici speciali, quando per trasferimento o per promozione il loro ufficio dovesse cessare, con altri giudici che di queste materie non avrebbero esperienza alcuna.

Finalmente è da considerare che in una materia, come già più sopra abbiamo detto, tanto delicata quanto è questa delle decime, sarebbe affatto sconveniente l'attribuire al potere esecutivo il diritto di nominare anno per anno i giudici speciali, facendo sorgere così il sospetto che per riguardi politici si volessero sottrarre le parti ai loro giudici naturali.

Invece l'ufficio centrale ha creduto che si potesse accogliere la proposta contenuta nell'ultimo capoverso dell'art. 4 del progetto, che stabilisce la competenza esclusiva della corte di cassazione di Roma in materia di prestazioni fondiari. Vi è oramai nella nostra legislazione la tendenza a concentrare nella corte di cassazione di Roma il supremo giudizio di quelle materie, nelle quali con maggior danno si sono manifestate discrepanze nella giurisprudenza delle corti locali; sicchè non è strano che anche per le decime e simili prestazioni si stabilisca l'unica competenza della corte di cassazione romana. Solo per evitare inutili e dispendiosi rinvii della stessa causa da una ad un'altra corte suprema si è formulato l'articolo in modo da estendere la competenza della corte di Roma ad ogni caso di ricorso nelle cause relative alle prestazioni fondiari.

Nei successivi articoli si sono dall'ufficio centrale introdotte soltanto alcune lievi modificazioni di forma, che non hanno bisogno di speciali giustificazioni, ed alcune variazioni dipendenti da quelle già introdotte negli articoli precedenti, dei quali abbiamo dianzi ragionato.

Solo sopra pochi punti crediamo ancora utile di richiamare l'attenzione del senato.

Nell'art. 6, il termine per chiedere la commutazione, che era fissato in un anno nel progetto ministeriale, si è portato a due anni, affinchè non sorga la necessità di nuove proroghe all'applicazione della legge.

Si sono aggiunte all'art. 10 alcune altre disposizioni per diminuire la spesa delle convenzioni e degli atti giudiziari richiesti per la commutazione.

Nell'art. 15 si sono introdotte due modificazioni. Secondo il disegno votato dalla camera dei deputati il debitore della prestazione può affrancarla pagando un'annualità fissa per un certo numero di anni comprensiva della quota di ammortamento e dell'interesse al 3 per cento. Il numero delle annualità si è voluto stabilire in non meno di sei e non più di diciotto. Ma è sembrato all'ufficio centrale che non si dovesse impedire il pagamento anche in un numero di annualità minore di sei, poichè non si offende in tal modo il diritto del creditore. Accogliendo poi una proposta dell'attuale ministro guardasigilli, l'ufficio centrale ha portato dal 3 al 3,50 per cento l'interesse, per armonizzare la presente legge con le disposizioni di quella del 15 luglio 1906, n. 441, che fissa appunto in tale misura la ragione dell'interesse. È anche equo che ai creditori del prezzo di affrancazione non sia attribuito un interesse troppo inferiore al legale.

Nell'art. 16 del progetto ministeriale si dispone che il governo del Re è autorizzato a fissare il giorno dell'attuazione della legge. Questa disposizione, che era forse opportuna quando si ammetteva la creazione del giudice unico, che richiedeva una serie di atti da parte dell'amministrazione, non è più ne-

cessaria, se si accettano gli emendamenti proposti dall'ufficio centrale. Sicchè non vi è ragione di ritardare l'entrata in vigore della legge.

Nel chiudere la propria relazione, l'ufficio centrale è lieto di potere annunziare al senato che le modificazioni da esso introdotte nel disegno di legge sono state in massima accolte dal presente ministro di grazia e giustizia, onorevole Gallo, il quale intervenne ad una delle sedute dell'ufficio centrale stesso.

DISEGNO DEL MINISTERO

Art. 1. — Agli effetti dell'articolo 1 della legge 14 luglio 1887, n. 4727, si presumono spirituali le decime e le altre prestazioni corrisposte ai vescovi, agli altri ministri del culto, alle chiese, alle fabbricere o ad altri corpi morali aventi per iscopo un servizio religioso quando gravino sui fondi situati nelle rispettive circoscrizioni ecclesiastiche, odierne od originarie.

La stessa presunzione si estende alle prestazioni corrisposte all'amministrazione del demanio dello Stato e a quella del fondo per il culto e del fondo di beneficenza e religione per la città di Roma, in quanto siano succedute in tali esazioni ad enti morali della preindicata natura.

È riservato però alle persone e alle amministrazioni predette il diritto di provare il carattere esclusivamente patrimoniale delle prestazioni: tale prova non potrà darsi per testimoni se non quando vi sia un principio di prova scritta.

Restano salvi gli effetti delle convenzioni e delle sentenze passate in giudicato, anteriori alla pubblicazione della presente legge, le quali abbiano riconosciuto il carattere specificatamente dominicale delle decime e prestazioni suddette.

Art. 2. — Per gli effetti dell'articolo 3 della legge 14 luglio 1887, n. 4727, l'accertamento e la valutazione del diritto del creditore dovranno aver luogo fondo per fondo, secondo l'effettivo esercizio di esso nell'ultimo decennio.

Salvi gli effetti delle commutazioni in canoni pecuniari già eseguite in base alle leggi precedenti, quando il debitore lo pre-

DISEGNO DELL'UFFICIO CENTRALE

Art. 1. — Agli effetti dell'articolo 1 della legge 14 luglio 1887, n. 4727, si presumono spirituali le decime e le altre simili prestazioni sotto qualsiasi denominazione ed in qualunque modo corrisposte ai vescovi, ai ministri del culto, alle chiese, alle fabbricere o ad altri corpi morali aventi per iscopo un servizio religioso.

La stessa presunzione si estende alle prestazioni corrisposte all'amministrazione del demanio dello Stato e a quella del fondo per il culto e del fondo di beneficenza e religione per la città di Roma, in quanto siano succedute in tali esazioni a persone o ad enti morali della preindicata natura.

Tuttavia è riservato alle persone, ai corpi ed enti e alle amministrazioni predette il diritto di provare il carattere dominicale delle prestazioni.

Restano salvi gli effetti delle convenzioni e delle sentenze passate in giudicato, anteriori alla pubblicazione della presente legge, le quali abbiano direttamente dichiarato il carattere dominicale delle prestazioni.

Non valgono ad attribuire il carattere dominicale alle decime le convenzioni, per le quali si sia costituita con esse la dote di un beneficio, o si sia novato il titolo originario, se non si sia attribuita alle decime stesse una causa diversa, cosicchè non siano più corrisposte per l'amministrazione dei sacramenti o per altri servizi spirituali.

Art. 2. — *Soppresso.*

Identico.

ferisca, può mantenersi la corrisponsione delle prestazioni in natura.

Anche in tal caso, però, le prestazioni fondiarie consistenti in quote variabili di frutti proporzionate all'effettivo prodotto annuale dei fondi o ad altro reddito periodico in caso di turno agrario, debbono sempre ridursi in misura fissa, uguale alla quantità media effettivamente corrisposta nell'ultimo decennio, da determinarsi con documenti, o, in mancanza di tale prova, mediante estimo.

Art. 3. — Ferme le disposizioni degli articoli 4 della legge 14 luglio 1887, n. 4727, e 58 della legge 25 giugno 1882, n. 869, sono estese a tutte le provincie del regno e per ogni sorta di decime e di altre simili prestazioni le disposizioni sancite per le decime feudali nelle provincie napoletane e siciliane nell'articolo 2 della legge 8 giugno 1873, n. 1389, tranne pel termine, che decorre dall'attuazione della presente legge.

Restano impregiudicati gli effetti de' titoli che abbiano serbato ai concedenti una partecipazione ai frutti in caso di futuri dissodamenti.

Art. 4. — Le controversie sul carattere delle prestazioni o sul diritto ad esigerle, quando non siano di competenza del pretore, sono decise per ogni circondario giudiziario da un giudice del tribunale civile, destinato nel principio di ciascun anno con reale decreto, su proposta del ministro di grazia e giustizia.

La procedura a seguirsi sarà quella che è stabilita dal codice di procedura civile e dalla legge sul procedimento sommario, rispettivamente nei giudizi vertenti davanti ai pretori, ai tribunali e alle corti d'appello.

I ricorsi contro le sentenze in grado di appello pronunciate rispettivamente dal tribunale sulle sentenze del pretore o dalla corte d'appello sulle sentenze del giudice, sono deferiti al giudizio della corte di cassazione di Roma.

Art. 5. — Tanto la determinazione in misura fissa delle prestazioni di frutti cor-

Ma anche in tal caso le prestazioni fondiarie consistenti in quote variabili di frutti proporzionate all'effettivo prodotto annuale dei fondi o ad altro reddito periodico in caso di turno agrario, debbono sempre determinarsi in misura fissa, uguale alla quantità media effettivamente corrisposta nell'ultimo decennio, da accertarsi con documenti, o, in mancanza di tale prova, mediante estimo. Deve tuttavia farsi sempre anche la valutazione in danaro della prestazione così determinata in misura fissa, per l'iscrizione delle ipoteche secondo l'art. 8.

Entro dieci anni dalla iscrizione dell'ipoteca, il debitore potrà sempre domandare la commutazione della prestazione in canone pecuniario secondo la valutazione fatta.

Art. 3. — Ferme le disposizioni degli articoli 4 della legge 14 luglio 1887, n. 4727, 58 della legge 25 giugno 1882, n. 869, e 2 della legge 8 giugno 1873, n. 1389, nessuna decima o altra simile prestazione potrà pretendersi nè esigersi sopra le terre salde, che si dissodassero posteriormente alla presente legge.

Identico.

Art. 4. — *Soppresso.*

I ricorsi in cassazione per qualunque motivo contro le sentenze pronunciate in grado d'appello sul carattere delle prestazioni e sul diritto ad esigerle e su tutte le questioni connesse sono deferiti al giudizio della corte di cassazione di Roma.

Art. 5. — *Identico.*

risposte in quote variabili, quanto le commutazioni di esse in canoni pecuniari e la specificazione de' fondi sui quali deve accendersi l'ipoteca ai sensi di legge, sono eseguite in ciascun mandamento dal pretore.

Possono tuttavia con decreto reale, su proposta del ministro di grazia e giustizia, essere raggruppati più mandamenti in ciascun circondario giudiziario sotto la giurisdizione di un solo pretore liquidatore, da nominarsi fra i pretori del circondario medesimo con decreto del primo presidente della corte di appello entro trenta giorni del regio decreto di circoscrizione.

Art. 6. — E' assegnato il termine di un anno dall'attuazione di questa legge tanto alle persone e alle amministrazioni cui sono corrisposte le prestazioni, quanto ai debitori, per chiedere al pretore liquidatore, competente per territorio, sia la commutazione in canoni pecuniari, sia la semplice determinazione in misura fissa delle prestazioni variabili di prodotti, sia la specificazione dei fondi sui quali sono dovute le prestazioni.

Il liquidatore con suo decreto segna sull'istanza il luogo, il giorno e l'ora in cui le parti devono comparire alla sua presenza, senza che il termine a comparire ecceda i sessanta giorni dalla produzione dell'istanza.

L'istanza, col rispettivo decreto di fissazione dell'udienza, è depositata nella cancelleria della pretura del luogo destinato per la comparizione delle parti, e ne è dato avviso agli interessati per mezzo di un usciere o di un messo comunale a cura del liquidatore, almeno trenta giorni prima di quello stabilito per l'udienza.

Art. 7. — Nell'udienza fissata, ove le parti siano d'accordo, il liquidatore compila il verbale di conciliazione, nel quale determina per ciascun debitore l'annua somma dovuta per canone, o la quota fissa di prestazione in natura, con l'estensione e i confini del fondo, e ogni altra indicazione necessaria ad identificarlo.

In caso di mancato accordo o di contumacia, ordina gli opportuni mezzi d'istruzione ed, ove occorra, il suo accesso sui fondi soggetti alle prestazioni; e udito sempre il parere motivato di uno o tre periti da lui nominati, determina con sentenza arbitramente e inappellabile l'an-

Art. 6. — E' assegnato il termine di due anni dall'attuazione di questa legge tanto alle persone e alle amministrazioni cui sono corrisposte le prestazioni, quanto ai debitori, per chiedere al pretore liquidatore, competente per territorio, sia la commutazione in canoni pecuniari, sia la determinazione in misura fissa delle prestazioni variabili di prodotti, sia la specificazione dei fondi sui quali sono dovute le prestazioni.

Il liquidatore con suo decreto segna sull'istanza il luogo, il giorno e l'ora in cui le parti devono comparire alla sua presenza. Il termine a comparire non deve eccedere i sessanta giorni dalla produzione dell'istanza.

L'istanza, col rispettivo decreto di fissazione dell'udienza, è depositata nella cancelleria della pretura del luogo destinato per la comparizione delle parti, e ne è dato avviso agli interessati per mezzo di un ufficiale giudiziario o di un messo comunale a cura del liquidatore, almeno trenta giorni prima di quello stabilito per l'udienza.

Art. 7. — Nell'udienza fissata, ove le parti siano d'accordo, il liquidatore compila il verbale di conciliazione, nel quale determina per ciascun debitore l'annua somma dovuta per canone, o la quota fissa di prestazione in natura, con la relativa valutazione in danaro, con l'estensione e i confini del fondo, e ogni altra indicazione necessaria ad identificarlo.

Identico.

nno canone pecuniario da corrispondersi, provvedendo nel tempo stesso alla ripartizione proporzionale del canone fra i singoli debitori e alla relativa specificazione dei fondi.

Negli stessi modi e con gli stessi effetti il liquidatore decide, quando le parti, pur consentendo nel mantenere ferma la corresponsione in natura, non siano d'accordo sulla quantità fissa a cui debbano ridursi le periodiche prestazioni.

Per le commutazioni già compiute in base alle leggi precedenti, il liquidatore provvede alla sola specificazione de' fondi per la iscrizione dell'ipoteca.

Tanto il verbale di conciliazione quanto la sentenza hanno effetto di titolo esecutivo, ed entro cinque giorni rispettivamente dalla compilazione o dalla pubblicazione, sono depositati a cura del liquidatore nella cancelleria della pretura dalla quale dipende il comune in cui fu compilato il verbale o pronunciata la sentenza.

Sorgendo alcuna delle controversie di cui all'art. 4, il liquidatore sospende ogni procedimento e rinvia le parti innanzi al giudice competente, al quale trasmette d'ufficio il relativo verbale.

Art. 8. — Avvenuta la commutazione o anche la semplice determinazione in misura fissa della prestazione in natura, e la specificazione dei fondi, i creditori devono procedere alla iscrizione delle ipoteche nel termine di sei mesi dall'atto di deposito stabilito nell'articolo precedente.

Il termine per la iscrizione delle ipoteche decorre dall'attuazione di questa legge per le determinazioni, le commutazioni e le specificazioni precedentemente avvenute.

Art. 9. — Quando per il numero delle persone sia difficile eseguire nei modi ordinari la intimazione delle sentenze, sia di determinazione della quantità delle periodiche prestazioni in natura, sia di commutazione, sia di specificazione dei fondi, sia di risoluzioni delle controversie di cui all'art. 4, il magistrato che pronunziò la sentenza può, su domanda della parte anche posteriore alla sentenza, autorizzare ad eseguirla col notificare a ciascheduno interessato il solo dispositivo.

Negli stessi modi e con gli stessi effetti il liquidatore decide, quando le parti, pur consentendo nel mantenere ferma la corresponsione in natura, non siano d'accordo sulla quantità fissa a cui debbano ridursi le periodiche prestazioni e sulla valutazione di essa in danaro.

Identico.

Sorgendo controversia sul carattere delle prestazioni o sul diritto ad esigerle, il liquidatore sospende ogni procedimento e rinvia le parti innanzi al giudice competente, al quale trasmette d'ufficio il relativo verbale.

Art. 8. — Avvenuta la commutazione o anche la determinazione in misura fissa della prestazione in natura, e la specificazione dei fondi, i creditori devono procedere alla iscrizione delle ipoteche nel termine di sei mesi dall'atto di deposito stabilito nell'articolo precedente.

Identico.

Art. 9. — Quando per il numero delle persone sia difficile eseguire nei modi ordinari la intimazione delle sentenze, sia di determinazione della quantità delle periodiche prestazioni in natura, sia di commutazione, sia di specificazione dei fondi, sia di risoluzioni delle controversie sul carattere delle prestazioni o sul diritto ad esigerle, il magistrato che pronunziò la sentenza può, su domanda della parte anche posteriore alla sentenza, autorizzare ad eseguirla col notificare a ciascheduno interessato il solo dispositivo.

La sentenza è sempre integralmente notificata alle parti che abbiano costituito un procuratore, mediante consegna al medesimo di una sola copia, ancorchè esso rappresenti più parti.

Art. 10. — Tutti gli atti del procedimento innanzi ai liquidatori si scrivono in carta libera, ad eccezione dei verbali di conciliazione e delle sentenze, che sono scritti su carta bollata da centesimi cinquanta.

Tutti gli atti del procedimento nei giudizi indicati nell'art. 4, le relative sentenze, comprese quelle della corte di cassazione e le copie di esse, sono scritte su carta bollata da una lira.

I verbali di conciliazione, le sentenze arbitramentali, i relativi verbali di deposito e le altre sentenze indicate nel capoverso precedente, sono soggetti soltanto alla tassa fissa di registro di una lira.

Art. 11. — Le tasse ipotecarie per le iscrizioni a favore dei creditori delle prestazioni indicate nella presente legge, sono ridotte alla metà, se il reddito per ogni singola iscrizione superi il valore di lire dieci; ad un quarto se il reddito ecceda le lire cinque, e non sono dovute, se è inferiore a questa somma. Tali tasse sono per metà a carico del creditore e per l'altra metà a carico del debitore.

Art. 12. — Indipendentemente dal rinvio da ordinarsi dal liquidatore ai termini dell'art. 4, quando la controversia sul diritto alla prestazione insorga durante il procedimento di liquidazione, coloro che vi hanno interesse possono direttamente promuovere nelle forme della presente legge tali giudizi entro il termine fissato nell'art. 6.

Ove si tratti di decime o altri simili prestazioni corrisposte a vescovi, ad altri ministri del culto o ad enti che abbiano per iscopo un servizio religioso, le questioni predette sono in ogni caso decise in contraddittorio dell'amministrazione del fondo per il culto.

Identico.

Art. 10. — *Identico.*

Tutti gli atti del procedimento nei giudizi relativi al carattere delle prestazioni e al diritto ad esigerle, le relative sentenze, comprese quelle della corte di cassazione e le copie di esse, sono scritte su carta bollata da una lira.

Le convenzioni relative alle commutazioni si scrivono in carta bollata da centesimi cinquanta e i diritti dei notai sono ridotti alla metà.

I diritti degli ufficiali giudiziari nei procedimenti di commutazione sono quelli prescritti per i procedimenti dinanzi ai pretori ridotti alla metà.

Le convenzioni, i verbali di conciliazione, le sentenze arbitramentali, i relativi verbali di deposito e le altre sentenze indicate nel secondo comma del presente articolo sono soggetti soltanto alla tassa fissa di una lira.

Art. 11. — Le tasse ipotecarie per le iscrizioni a favore dei creditori delle prestazioni indicate nella presente legge, sono ridotte alla metà, se il reddito annuale per ogni singola iscrizione superi il valore di lire dieci; ad un quarto se il reddito ecceda le lire cinque, e non sono dovute, se è inferiore a questa somma. Tali tasse sono per metà a carico del creditore e per l'altra metà a carico del debitore.

Art. 12. — Indipendentemente dal rinvio da ordinarsi dal liquidatore ai termini dell'ultimo comma dell'art. 7, quando la controversia sul diritto alla prestazione insorga durante il procedimento di liquidazione, coloro che vi hanno interesse possono direttamente promuovere nelle forme della presente legge tali giudizi entro il termine fissato nell'art. 6.

Ove si tratti di decime o altri simili prestazioni corrisposte a vescovi, ad altri ministri del culto o ad enti che abbiano per iscopo un servizio religioso, le questioni predette sono in ogni caso decise in contraddittorio anche dell'amministrazione del fondo per il culto.

Art. 13. — Scaduto il termine prefisso dalla prima parte dell'art. 6 senza che sia stata provocata la commutazione ovvero la determinazione in misura fissa delle prestazioni variabili, è sospesa a favore dei reddenti ogni corrisponsione, e tanto alla detta commutazione, quanto agli eventuali giudizi sulla natura delle prestazioni e sul diritto ad esigerle, non può procedersi che nelle forme dei giudizi ordinari, escluso ogni beneficio concesso da questa legge e da quelle 8 giugno 1873, n. 1389, e 29 giugno 1879, n. 4946, ed escluso ogni diritto alle annualità maturatesi anteriormente alla domanda giudiziale.

Art. 14. — Anche alle ipoteche iscritte in virtù della presente legge e delle leggi con la presente richiamate, e sebbene nei verbali di cui all'art. 7 consentite per la somma e pei beni, sono applicabili le disposizioni degli articoli 2026, 2027 e 2028 del codice civile.

La riduzione delle ipoteche potrà esser convenuta nella stessa udienza di cui all'art. 7, e in tal caso soltanto ne sarà presa nota nel verbale. Diversamente, le parti interessate dovranno provvedere dinanzi la competente autorità ai termini del diritto comune.

Art. 15. — Salva la facoltà di cui all'art. 5 della legge 14 luglio 1887, n. 4727, i debitori delle prestazioni possono affrancarle in ogni tempo, soddisfacendo il prezzo di affrancazione mediante il pagamento per un periodo non minore di sei anni e non eccedente i diciotto a loro scelta, di un'annualità fissa, comprensiva dell'interesse al 3 per cento e della quota d'ammortamento, secondo la tabella delle annualità comprensive degli interessi e della quota di ammortamento, che sarà formata coi criteri del presente articolo, e approvata con decreto reale.

Art. 13. — *Identico.*

Art. 14. — *Identico.*

Art. 15. — Salva la facoltà di cui all'art. 5 della legge 14 luglio 1887, n. 4727, i debitori delle prestazioni possono affrancarle in ogni tempo, soddisfacendo il prezzo di affrancazione mediante il pagamento per un periodo non eccedente i diciotto anni a loro scelta, di un'annualità fissa, comprensiva dell'interesse al 3,50 per cento e della quota d'ammortamento, secondo la tabella delle annualità comprensive degli interessi e della quota di ammortamento, che sarà formata coi criteri del presente articolo, e approvata con decreto reale (1).

(1) Dal resoconto della tornata del 23 maggio 1909 del senato (*Discussioni cit.*, pag. 350): SCIALOJA, *presidente della commissione speciale*. «A proposito della prima parte di questo articolo, credo conveniente, se pure non necessario, d'informare il senato che, come presidente della commissione che ha esaminato questo disegno di legge, ho ricevuto una petizione dei possessori di decime del Ferrarese, i quali si lamentano della disposizione contenuta in questa parte del disegno di legge.

In essa si ammette che il debitore della decima possa affrancarla, mediante il pagamento di una serie di annualità, per un periodo massimo di 18 anni, comprensive di una quota di ammortamento e dell'interesse al 3,50 per cento. I ferraresi si lamentano dell'una e dell'altra parte di questa disposizione. Dicono che è una novità grave per essi lo ammettere il pagamento rateale, il quale, secondo loro, è anche contrario al concetto stesso dell'affrancazione,

Gli affrancamenti che saranno effettuati in virtù dell'art. 5 della legge 14 luglio 1887, n. 4727, a partire dal giorno in cui andrà in vigore la presente legge, saranno operati in base alla nuova tabella, di cui all'alinea precedente.

In caso di mancato pagamento d'una rata, il debitore, dopo tre mesi dalla scadenza, è obbligato di diritto al pagamento dell'intero prezzo d'affrancazione, detratto quanto avesse pagato in conto del capitale.

Le questioni sulle offerte d'affrancamento rateale sono riserbate alla cognizione del magistrato competente per territorio e valore, secondo le norme del procedimento ordinario.

Restano salve e impregiudicate le maggiori agevolazioni concesse per l'affrancazione delle decime de' censi e degli altri canoni dovuti al demanio dello Stato, al fondo per il culto ed al fondo di beneficenza e religione per la città di Roma.

Art. 16. — Le disposizioni delle leggi 8 giugno 1873, n. 1389, 29 giugno 1879, numero 4946, e 14 luglio 1887, n. 4727, restano in vigore in quanto non siano de-

Identico.

Art. 16. — *Identico.*

perchè è quasi un sostituire al pagamento della decima annuale, il pagamento di una somma rateale per un determinato numero di anni.

Si lamentano anche della ragione dell'interesse, che dicono essere troppo debole.

A me non pare che questi argomenti debbano indurre il senato a modificare questo articolo così come è stato proposto.

È stata sempre una grossa difficoltà, la quale ha impedito l'affrancazione per tanti anni, quella di dover pagare l'intero capitale di un colpo. È evidente che i debitori in molti casi sono gente che vive anno per anno col prodotto del fondo, e che difficilmente può avere a propria disposizione un capitale abbastanza forte tutto ad un tratto. Se dunque si vuole veramente la affrancazione, conviene ammettere questa facilitazione circa il modo di pagamento. D'altra parte non mi pare abbiano troppa ragione di lamentarsi i possessori ferraresi, perchè durante il periodo necessario a compire il pagamento con le quote di ammortamento, essi avranno su per giù la decima che hanno avuto finora, più una quota che potranno depositare presso una banca.

Ora essi chiedono che per questo si fondi un apposito istituto bancario.

A me questo non sembra necessario, giacchè tale deposito può farsi benissimo presso una qualunque delle banche già esistenti.

Circa l'interesse al 3,50 per cento, non si può dire che sia molto largo, date le condizioni generali dell'impiego del denaro in Italia; ma debbo fare osservare che nel progetto di legge votato nella camera dei deputati questo interesse era stato fissato al 3 per cento e che l'ufficio centrale del senato ha creduto opportuno portarlo al 3,50, che è la ragione a cui sarà ridotta tra qualche tempo la rendita dello Stato. Certo non si può dire che sia un interesse molto alto, ma data la natura delle decime e lo scopo dell'affrancazione non si può davvero chiedere un interesse soverchio, che potrebbe tornare troppo gravoso.

Per tali motivi io credo che, nonostante la gravità di certi argomenti addotti dai possessori ferraresi, il senato debba mantenere il progetto come è stato concepito dalla commissione ».

Il ministro di grazia e giustizia, Orlando, dichiarò di essere perfettamente d'accordo con le idee esposte dal presidente della commissione speciale.

rogate dalle disposizioni della presente legge.

Il governo del Re, udito il consiglio di Stato, è autorizzato a fissare il giorno in cui dovrà entrare in attuazione questa legge e a dare tutte le disposizioni che possano occorrere per l'esecuzione di essa.

Art. 17. — Il governo del Re, udito il consiglio di Stato, prima del termine di cui nel precedente articolo, pubblicherà per decreto reale un testo unico comprendente le disposizioni della presente legge e quelle con essa richiamate.

Soppresso.

Art. 17. — Il governo del Re, udito il consiglio di Stato, pubblicherà per decreto reale un testo unico comprendente le disposizioni della presente legge e quelle in essa richiamate.

Il testo del disegno di legge fu approvato dal senato nella tornata del 12 dicembre 1906. Il relatore, con brevissime parole (*Atti parlamentari, Senato del Regno, legisl. XXII, Discussioni*, pag. 4335) si limitò a spiegare il ritardo frapposto dall'ufficio centrale a presentare la propria relazione; ritardo giustificato in due modi. Primo, dalla difficoltà tecnica della redazione degli emendamenti, che costituiscono quasi un nuovo progetto, perchè numerosi e spesso non lievi; secondo dal succedersi, nel frattempo, di parecchi ministri di grazia e giustizia; l'ufficio centrale li interrogò tutti per sapere se accettavano gli emendamenti; ma solo dal ministro Gallo poté avere una risposta categorica di pieno consenso.

Alla camera dei deputati il progetto si fermò, senza giungere alla relazione della commissione incaricata di esaminarlo, e quindi, per la fine della XXII legislatura, decadde.

Nella XXIII legislatura, il ministro di grazia e giustizia presentò il 5 aprile 1909 il disegno di legge al senato nella forma che ad esso fu data dall'ufficio centrale e che fu approvata dal senato.

La commissione speciale (presidente e relatore V. Scialoja) il 25 maggio 1909 riprodusse la relazione 30 novembre 1906 sopra riportata (v. *Atti parlamentari, Senato del Regno, legisl. XXIII, Documenti*, n. 13-A).

Nella tornata del 28 maggio 1909 il senato approvò nuovamente il disegno di legge. Non vi fu discussione, tranne la dichiarazione del presidente della commissione speciale, riportata qui in nota all'art. 15.

PROROGA DEI TERMINI PER LE COMMUTAZIONI DELLE PRESTAZIONI FONDIARIE PERPETUE (*)

SIGNORI SENATORI — Un singolare fato parlamentare sembra opporsi alla approvazione del disegno di legge sulla commutazione delle prestazioni fondiari perpetue che modifica la vigente legge 14 luglio 1887, n. 4727, quantunque il senato abbia già più volte approvato il disegno di legge ad esso presentato (1).

Dal 1901 in qua si vengono perciò di anno in anno prorogando i termini assegnati dalla legge del 1887.

Ora ci si propone una nuova proroga, la quale sarà l'ultima, non tanto perchè entro il prossimo anno si abbia la certezza di portare a maturità la nuova legge, quanto perchè la presente proroga è a tempo indeterminato.

Nella speranza che ciò non significhi rinuncia ai nuovi provvedimenti legislativi, l'ufficio centrale vi propone di dare voto favorevole a tal proroga.

DISEGNO DI LEGGE

Articolo unico.

I termini assegnati dalla legge 14 luglio 1887, n. 4727 (serie 3^a), in relazione all'art. 24 della precedente legge 8 giugno 1873, n. 1389, modificata con l'altra del 29 giugno 1879, n. 4946, per la commutazione delle prestazioni perpetue, già prorogati colle leggi 30 giugno 1901, n. 262; 24 dicembre 1903, n. 494; 22 dicembre 1904, n. 658, 28 dicembre 1905, n. 597; 30 dicembre 1906, n. 644; 22 dicembre 1907, n. 786 (2); 24 dicembre 1908, n. 717; 23 dicembre 1909, n. 779 (3); 29 dicembre 1910, n. 905 (4), e 31 marzo 1912, n. 239; sono nuovamente prorogati fino alla pubblicazione di una nuova legge sulla commutazione delle prestazioni fondiari perpetue.

(*) Relazione, in data 23 dicembre 1912, sul disegno di legge n. 924 della legislatura XXIII (A. P., Sen. del Regno, legislat. XXIII, Documenti, n. 924 A).

(1) [V. pag. 297].

(2) [Relatore in senato V. Scialoja (v. A. P., Sen. del Regno, legisl. XXII, Documenti, n. 725 A)].

(3) [Il dis. di legge, approvato dal senato il 18 dic. 1909, fu presentato alla camera dal ministro di grazia e giust. Scialoja il 19 dicembre 1909 (v. A. P., Camera dei dep., legisl. XXIII, Documenti, n. 318)].

(4) [Relatore in senato v. Scialoja (v. A. P., Sen. del Regno, legisl. XXIII, Documenti, n. 412 A)].

SULL'AFFRANCAZIONE DEI CANONI, CENSI ED ALTRE PRESTAZIONI PERPETUE (*)

L'art. 1 del disegno di legge « Conversione in legge del r. d. 15 luglio 1923, n. 1717, per la riforma delle vigenti disposizioni sulla affrancazione dei canoni, censi e altre prestazioni perpetue » suonava:

« Art. 1. — Le prestazioni perpetue di qualsiasi natura, compresi i canoni enfiteutici, possono essere affrancate da chi ne è debitore, nonostante patto, disposizione o legge in contrario, salvo quanto è disposto nell'articolo 13. Parimenti possono essere affrancati i canoni enfiteutici temporanei.

Le dette prestazioni, quando ecc. ».

Il relatore, sen. Calisse, rilevando che nella discussione (del 21 gennaio 1925) era stato osservato che le espressioni usate per indicare le prestazioni che sono oggetto della legge non apparivano tali da poterle, senza provocare dubbi, comprenderle tutte, nella tornata del 22 gennaio 1925, d'intesa col ministro della giustizia, Rocco, propose che l'articolo incominciasse così: « Le prestazioni perpetue, siano enfiteutiche, siano di qualsiasi altra natura... ».

Il sen. Scialoja domandò la parola e disse (1):

SCIALOJA. Debbo fare una proposta di natura molto secondaria. Ritengo che la formulazione della prima parte di questo articolo, come oggi è proposto, sia molto migliore di quella originaria, sicchè non avrei difficoltà a votarla. Però, siccome si continua a dire, e forse non è inutile il farlo, « prestazioni enfiteutiche o di qualsiasi altra natura », possiamo sempre domandarci se tutte le prestazioni vengono contemplate. Perchè dire separatamente: « le prestazioni enfiteutiche », e tutte le altre? La somma delle enfiteutiche e di tutte le altre è sempre tutte. Sicchè sarebbe più semplice dire « tutte ». Ma quella speciale enunciazione non è inutile, perchè le leggi debbono essere scritte in modo da essere intese non solo dai giuristi, ma dai semplici cittadini. Il più gran numero delle prestazioni che sono oggetto della legge, essendo originate da enfiteusi o da censi, non è male farne espressa menzione. Ma io non vedo perchè non si debbano menzionare i censi accanto all'enfiteusi, perchè i censi hanno natura giuridica essenzialmente diversa. I canoni di enfiteusi sono dovuti al direttario che ha un vero e proprio diritto reale; mentre il censo corrisponde a quel tipo che noi nella scuola chiamiamo « oneri reali ». Se si menziona espressamente l'enfiteusi, che rappresenta uno dei tipi, credo che sarebbe utile menzionare anche il censo che rappresenta l'altro tipo. Così, dicendo « enfiteusi, censi o altre prestazioni », si parla più chiaro.

(*) Poche parole nella discussione del dis. di legge n. 8 della legisl. XXVII nella tornata del 22 gennaio 1925. (Atti parl., Sen. del Regno, legisl. XXVII, Discussioni, pag. 1029).

(1) Discussioni cit., pag. 1029.

DELLA REVOCABILITÀ DEL PRECARIO SPECIALMENTE IN MATERIA DI ACQUE (*)

Il libro sulle *Acque nel diritto civile italiano* del quale recentemente si è arricchita la letteratura giuridica italiana per opera dell'avv. Sebastiano Gianzana, mi porge di nuovo occasione a trattare un punto speciale di questa materia, nel quale le mie opinioni non collimano con quelle dell'egregio autore. A lui si deve gratitudine per avere studiato il non facile soggetto del precario cercando di metterlo in armonia con le altre disposizioni del codice nostro, a questo riguardo affatto muto; e per verità nelle pratiche conseguenze io non sarei lontano dall'accettare la maggior parte delle conclusioni dell'avv. Gianzana; ma dove non posso andare interamente d'accordo con lui, è nella trattazione dei principii; i quali in materia pressochè inesplorata, come questa, mi pare si debbano quanto più è possibile porre in luce e prendere a guida nel nuovo sentiero.

Evidentemente, trovandosi innanzi ad un istituto giuridico dalle nostre leggi non regolato, conviene prima di tutto farci un'idea esatta di quel che dobbiamo studiare. Teniamo dunque fermo che per precario noi intendiamo, come i romani, *quod precibus utendum conceditur tamdiu quamdiu is qui concessit patitur* (fr. 1 pr. *de prec.*, 43, 26). Quali fossero le teorie romane su questo istituto ho già dimostrato in un altro mio lavoro, del quale, tranne in alcuni punti poco importanti pel soggetto presente, ritengo ancora buone le conclusioni (1).

Ora è necessario esaminare se tutti quei principii di diritto romano si convengono alla nostra legislazione, e fino a qual punto questa ci obblighi a modificar quelli e, dirò così, a rimodernarli. L'applicare senz'altra critica i concetti romani al diritto odierno è cosa illogica, e troppo spesso dannosa tanto alla conoscenza del diritto antico quanto a quella dell'attuale.

Così alla prima questione che dobbiamo risolvere, la quale si riferisce alla natura giuridica del precario, ritengo che secondo il diritto vigente si debba rispondere che il precario è un contratto.

Io stesso nello scritto al quale più sopra ho fatto allusione, seguendo l'opinione della maggior parte degli scrittori, ho sostenuto che per diritto ro-

mano antico il precario era un puro fatto, cosicchè v'era stato d'uopo di un interdetto del pretore per attribuirgli la conseguenza giuridica dell'obbligo della restituzione da parte del *precario rogans*. Ma non bisogna dimenticare che le cose non si fermarono lì. Accanto all'interdetto *de precario* sorse l'*actio praescriptis verbis* per la quale il precario assunse presso gli stessi romani il titolo di contratto (fr. 23, *de R. l.*, 50, 17). D'altra parte col cadere della procedura formulare l'interdetto medesimo fu assimilato a qualunque altra azione, e quindi il rapporto di fatto che prima diventava giuridico solamente in seguito all'ordine del pretore, si trasformò nell'ultimo periodo della storia del diritto romano in un perfetto rapporto giuridico. Oggi presso di noi questo si deve ancora più decisamente ammettere, poichè l'azione del concedente per recuperare la cosa concessa in precario non può essere altro che un'azione derivare dalla convenzione colla quale il precario fu costituito, e il *rogans* si obbligò alla restituzione della cosa a qualunque richiesta del *rogatus*. Lo stesso Gianzana (lib. V, n. 350, vol. 2, parte 1, p. 341) cita una sentenza della corte di cassazione di Torino, 23 dicembre 1878 (*G. trib.*, Milano, 1879, pag. 152), in causa Centurioni-Ferrari, nella quale si dichiara che l'azione con cui si chiede la risoluzione del precario è affine all'*actio locati conducti*; ciò non può significar altro se non che tale azione deriva dal contratto.

Non mi pare dunque accettabile l'opinione del Gianzana (*loc. cit.*, n. 338, pag. 326 segg.) che il precario anche oggi sia un mero rapporto di fatto; e le ragioni addotte dal Cassinis nella memoria, della quale il Gianzana riferisce lunghi brani, sono tratte dall'antico diritto romano, che, come sopra ho detto, non credo si possa qui giustamente applicare.

Non istarò ad esaminare il rapporto tra il concedente e il precarista durante il precario; questo eccede il tema ristretto che mi sono proposto. D'altronde il lettore facilmente potrà intendere qual sia questo rapporto considerando ciò che si è detto circa la natura dell'atto che lo costituisce.

Ora importa di vedere quali sieno le regole che debbono governare lo scioglimento del precario per revocazione da parte del concedente. Non v'ha dubbio che per diritto romano il *rogans* dovesse restituire la cosa al *rogatus* immediatamente ogni volta che ne fosse richiesto, ed era quest'obbligo dell'immediata restituzione così stretto che qualunque patto in contrario si riteneva inefficace, come sconveniente alla natura del precario (vedi fr. 12, pr., *de precario*, 43, 26; cfr. il mio scritto sopra citato, pag. 20, 21 e 48, nota 1) (1). Dovrà lo stesso principio valere anche pel nostro diritto civile? Il problema può in pratica presentarsi sotto diversi aspetti, che conviene esaminare partitamente.

Incominciamo dal caso che si sia apposto al precario un termine stabilendo, per esempio, che esso avesse a durare fino al primo luglio. È questo precisamente il caso che Celso si propone nel fr. 12 pr., *de precario*, 43, 26, citato per ora: *Quum precario aliquid datur, si convenit ut in Kalendas Iulias precario possideat numquid exceptione adiuvandus est ne ante ei possessio auferatur?* A questa domanda egli risponde negativamente; ma è utile vedere per qual ragione: *Sed nulla vis est huius conventionis ut rem alienam domino invito possidere liceat*. Può valere anche presso di noi questo motivo? Non credo. Quando nel contratto costitutivo di un precario (ni sia lecito

(*) Pubbl. in *Legge*, 1880, III, pag. 226.

(1) V. VITTORIO SCIALOJA, *Sopra il praecarium nel diritto romano*, Roma, 1878; specialmente cap. III, pag. 15 segg.; cap. VI, pag. 48, nota 1. [V. vol. I, pag. 1, e specialmente pagg. 6 segg., 27, nota 1].

(1) [V. vol. I, pag. 9, 10 e 27, nota 1].

ormai così chiamarlo) si sia introdotto un patto di tal natura bisognerà incominciare col ricercare se esso fu stabilito a favore del concedente o a favore del concessionario, in altre parole se si sia voluto fissare un termine massimo ovvero un termine minimo. Nel primo caso si intende che la scadenza del termine faccia cessare il precario e il concessionario sia costituito in mora: *dies interpellat pro homine* (art. 1223 cod. civ.); ma tuttavia prima della scadenza il concedente potrà sempre revocare il precario, il quale perciò conserva pienamente la sua natura di precario. Quando invece il termine si sia fissato come minimo a favore del concessionario, allora, pel principio del rispetto alla volontà dei contraenti, *pacta servari*, e per non essere scritta nei nostri codici alcuna regola contraria, il termine dovrà essere rispettato dal concedente; ma appena sia scaduto, il precario tornerà ad essere revocabile ad arbitrio. In questo modo si viene a creare prima della scadenza un rapporto che non può dirsi a rigore un precario, ma piuttosto un comodato (articolo 1805), salvo che in molti casi la cosa concessa non potrà restituirsi (p. es., se questa cosa sia appunto una derivazione d'acqua, ecc.), ma soltanto si potrà cessare dal goderne più oltre.

Così, io credo, va risoluto questo primo problema del termine; mentre per diritto romano esso si aveva per non opposto, come contrario alla natura un istituto che aveva regole proprie determinate dall'introduzione dell'interdetto *de precario* nell'editto pretorio, pel nostro diritto civile vigente il termine è validamente apposto, ma altera la natura del contratto facendo sì ch'esso non sia più, durante il termine, un precario.

Passiamo ora ad una questione più grave la quale è trattata a lungo dal Gianzana (*loc. cit.*, nn. 346, 347).

Può il concedente revocare sempre a suo arbitrio il precario? E il precarista tenuto a restituirgli immediatamente la cosa? Ben s'intende che da tali questioni si esclude il caso sopra trattato che si sia pattuito un termine.

Il Gianzana, appoggiandosi al Pecchio, al Pinelli, al Cassinis e alla pratica del diritto comune, sostiene che quando la revoca sia intempestiva perchè troppo dannosa al precarista, essa non induca l'obbligo all'immediata restituzione da parte di quest'ultimo. Per qual ragione? Perchè il *rogatus* così facendo agisce dolosamente e ad emulazione.

Mettiamo da parte un'istante l'emulazione che altro non è se non la ripetizione di ciò che si dice parlando del dolo, ed esaminiamo diligentemente questo dolo. Nei rapporti contrattuali possiamo ritrovare il dolo in tre diversi momenti: o nella conclusione del contratto, o nell'esecuzione del contratto o finalmente nella estinzione o nello scioglimento che si voglia chiamare. Nel caso nostro del precario, sempre limitandoci a ciò che può aver qualche conseguenza riguardo al tema che ci siamo proposto, dobbiamo dire poche parole circa gli effetti che può avere il dolo che si sia usato in uno di quei tre momenti. Può darsi che il concedente abbia nell'atto della conclusione del precario dato larghe assicurazioni al concessionario promettendogli di lasciargli per molto tempo il godimento della cosa, in modo da indurlo a forti spese, che senza tali promesse egli non avrebbe fatte. Tal caso non è facile ad avverarsi, e bisogna andare assai cauti nell'ammettere simili raggiri, perchè l'indole stessa del precario deve avvertire il concessionario ch'egli è esposto a vedersi togliere di momento in momento la cosa ottenuta. Ma tuttavia in certe circostanze, ove il dolo fosse chiaramente provato, si potrà certamente dire ch'esso esclude l'arbitrio della revocazione da parte del concedente, per la semplice ragione che il contratto per tal modo con-

chiuso non è punto un precario, ma si debbono ritenere come modificazioni essenziali del contratto medesimo quelle assicurazioni e promesse che potessero indurre il concessionario ad opere dispendiose, ecc.

Lo stesso può dirsi quando siffatte promesse si siano date durante il precario; esse ne modificano la natura. Ma qui converrà andare ancora più lenti nell'ammettere l'esistenza del dolo. Ricordiamoci che l'atto costitutivo del precario parla contro il precarista, il quale sa e deve sapere quale sia la sua posizione, e l'ha accettata come un beneficio quando ha impetrato la cosa in precario; ricordiamoci che in diritto la leggerezza delle azioni umane non è scusa valevole. La giurisprudenza moderna dimentica ciò troppo spesso, e questo sentimentalismo giuridico è un danno pel diritto e pel cittadino; i romani non edificarono così le loro mirabili leggi; il cui cemento inalterabile è la logica.

Veniamo ora al terzo caso. Si dice che quando il precario reca grande giovamento al precarista e la revocazione non è che di poco o niun vantaggio al concedente, questi debba essere costretto a lasciar continuare il precario perchè la richiesta sarebbe dolosa; specialmente poi quando il precarista avesse fatto grandi spese per poter godere del precario. Io non dubito punto di respingere queste proposizioni.

Sotto sembianze di equità si viene con esse a sanzionare una massima affatto contraria al diritto, com'è quella che un terzo possa godere della cosa d'altri contro la costui volontà. Così si va molto al di là di quella stessa teoria dell'emulazione da me più volte combattuta (1). Io domanderò ai miei avversari: se dimostro che la cosa vostra può recare a me un utile maggiore di quello che voi ne traete, sarò io autorizzato ad impossessarmene? Non credo che alcuno di essi sarà per rispondermi affermativamente. Or come potrei io essere autorizzato a farlo pel semplice fatto che voi per vostra benignità mi avete concesso gratuitamente di goderne per tutto quel tempo che a voi sarebbe piaciuto? Il vostro atto benefico dovrà peggiorare la vostra condizione? Veramente non so da qual parte sia il dolo in questo caso.

Potranno poi mutare questo rapporto le spese fatte dal precarista? Mi pare impossibile. O le spese sono necessarie o utili alla cosa per modo che il concedente venga ad esserne avvantaggiato e allora il precarista avrà diritto ad essere rimborsato, secondo le regole generali che governano questa materia (confr. il mio scritto sopra citato, pag. 50) (2); ovvero sono spese che non tornano al concedente e fatte solo per poter il precarista servirsi della cosa, p. es., le spese per costruzione di un acquedotto per le acque avute precariamente, ed allora imputi il precarista a sè stesso d'averle fatte, mentre conosceva l'alea che correva. S'egli voleva esser più sicuro del fatto suo doveva cercare di ottenere un contratto diverso dal precario, la cui essenza è nell'arbitrio della revocazione. E sarebbe per verità molto strano che un precarista potesse colla sua volontà mutare le condizioni del contratto col fare opere attorno alla cosa ottenuta; anche qui, torno a dirlo, mi sembra che il dolo sarebbe piuttosto da parte sua che da quella del concedente.

Giunto a questo punto mi pare di poter formulare che il precario è sempre revocabile ad arbitrio del concedente; e se talvolta può parere esservi qualche eccezione a questa regola, egli è solo perchè realmente non si tratta di precario.

(1) [V. pagg. 194, 207, 210, 216 e 260].

(2) [V. vol. I, pag. 28].

Ci resta così soltanto un'ultima questione da trattare per finire il nostro soggetto.

I particolari principii che regolano la materia delle acque sono tali da modificare i risultati ottenuti dalla trattazione generale del precario? I principii qui richiamati sono quelli che risultano dagli articoli 544, 545, 578, 598, 609, 613, ecc. del codice civile, e si potrebbero riassumere in quello più generale da me ammesso in altro mio scritto (*Del divieto di atti emulativi in materia d'acque; Legge, 1879, III, pag. 235 segg.*) (1), cioè che l'acqua debba usarsi nel modo più utile all'agricoltura e all'industria e perciò la si debba da chi non ne fa buon uso concedere a chi meglio se ne può servire, dietro conveniente indennità.

Se il concedente che revoca il precario d'acque non ne sia per fare uso mentre il concessionario ne trae molto profitto, potrebbe a taluno parere che gli si dovesse impedire la revocazione stessa, perchè contraria alle massime sopra enunciate.

Ma basta un esame un po' più accurato per dimostrare la falsità di simile ragionamento. Quelle massime non possono condurci ad altro se non ad ammettere che appena cessato il precario l'antico precarista possa tornare a chiedere e ottenere l'acqua (lo stesso dicasi dell'acquedotto, del diritto di appoggiare ed infigger chiuse alle sponde, ecc.), pagando la debita indennità. Ma che cosa ha da fare questo diritto col precario? E si può in esso vedere una restrizione all'arbitrio della revoca da parte del precario rogatus?

Io sono dunque pronto ad accettare la conclusione alla quale il Gianzana è pervenuto (*loc. cit.*, pag. 235) (2) avendolo il suo senso giuridico e la sua pratica salvato da quelle esagerazioni, nelle quali altrimenti avrebbe dovuto inevitabilmente cadere.

Posso dunque chiudere questo mio scritto tornando a proclamare la regola che sempre il vero precario è revocabile ad arbitrio del concedente.

(1) [V. pag. 210].

(2) Ecco le sue parole: « Il precarista del resto può, volendolo, evitare ogni funesta conseguenza o lite noiosa, trattandosi di transito, col chiederlo legale, trattandosi di concessione d'acqua, invocando l'art. 545 cod. civile ».

SULLA RIDUZIONE DELL'INTERESSE LEGALE (*)

SCIALOJA (1). Nella relazione dell'ufficio centrale, che accompagna questo disegno di legge, è detto non essere esso di grande importanza; ma qualunque disegno di legge che porti modificazioni al codice civile, soltanto per questo è già di grande importanza; onde io credo che male il senato farebbe se procedesse alla votazione senza approfondire alquanto l'esame della proposta che ci sta dinanzi.

Si tratta della diminuzione dell'interesse legale. È certo che se noi consideriamo l'immenso progresso economico fatto in Italia dal 1865 in qua, appare naturale che la ragione dell'interesse non debba esser mantenuta invariata.

Ma poichè si vuole perciò metter mano a modificare il codice civile, a me pare che la modificazione si sarebbe dovuta proporre forse con maggiore meditazione.

Una proposta di questo genere ha sempre un pericolo nella sua origine, il pericolo di essere un poco rettorica. Si parla della diminuzione dell'interesse; e sembra subito che si tratti di sgravare le classi più disagiate da un onere soverchio. Ma quando si tratta dell'interesse legale, come nel caso presente, quello scopo, che sarebbe santo, di sgravare da una usura troppo forte le classi più disagiate, certamente non si consegue. Potrà essere questo un indiretto fine, ma non è certo lo scopo immediato, nè può essere neppure una immediata conseguenza della diminuzione dell'interesse legale. L'usura si esercita per contratto, stabilendo spesso occultamente un interesse elevato convenzionale; sicchè quando l'interesse legale, come si fa in questo progetto di legge, non si considera punto come massimo d'interesse contrattuale, evidentemente tutta la materia usuraria sfugge al progetto di legge, il quale va considerato nei suoi più ristretti limiti economici e sociali. Se si volesse colpire l'usura, io credo che si dovrebbe francamente seguire la via che è tenuta dalle legislazioni degli Stati più importanti d'Europa, per cui con legge penale si colpisce non tanto l'usura, che sfugge, come la storia c'insegna, a tutte le sanzioni, ma l'usuraio; perchè è molto più facile trovare l'usuraio che scoprire fra le molte forme, delle quali si riveste, il contratto usurario caso per caso.

Il nostro collega Tasca-Lanza ha svolto poco fa un progetto di legge per colpire una delle forme dell'usura; ma io non sarei alieno dall'invitare il mi-

(*) Discorsi, nella discussione del dis. di legge n. 47 della legisl. XXII in senato, nelle tornate del 12 e 13 giugno 1905. (*A. P., Sen. del Regno, legisl. XXII, Discussioni*, pagg. 1385, 1393, 1395, 1402, 1403, 1405, 1406, 1408 e 1409).

(1) Dal resoconto della tornata 12 giugno 1905 del senato. (*Discussioni cit.*, pag. 1385).

nistro di grazia e giustizia a portare avanti al parlamento qualche legge che colpisca l'usuraio, ossia l'esercizio dell'usura. Che se anche questa legge non dovesse riuscire molto pratica, almeno servirebbe a bollare con un marchio d'infamia coloro che esercitano l'usura in Italia; qualche cosa varrebbe già quest'alta condanna pronunziata dal parlamento. Ma, torno a dire, di tutto questo non è il caso di parlare relativamente alla legge presente.

La legge presente vuole diminuire il saggio dell'interesse legale, così civile come commerciale, con una modificazione dell'articolo 1831 del codice civile, cambiando semplicemente le cifre; là dove si parla del 5, si sostituisce il 4, dove del 6 si pone il 5, con qualche altra piccola disposizione consequenziale. Ora questo mi pare troppo semplice, e nella sua semplicità pericoloso.

Io credo che chi ha proposta la legge e forse anche i chiarissimi colleghi dell'ufficio centrale avrebbero dovuto preoccuparsi di ciò che è stato di recente disposto in quella legislazione civile, che si può considerare come l'ultimo portato del diritto in questa parte, come in quasi tutte le altre; preoccuparsi, dico, del codice civile germanico che è entrato in vigore il 1° gennaio 1900 e come tale è il più recente dei codici e quello della nazione che in Europa tien forse il primo posto nella scienza.

Ora in quella legislazione la materia dell'interesse legale fu studiata molto profondamente. Nei tre progetti di codice civile che si seguirono, essa ebbe a subire parecchie modificazioni, tanti furono gli studi che si fecero su questo punto; e l'ultima proposta, che è quella diventata legge, distingue nettamente le varie funzioni dell'interesse legale; mentre invece il nostro progetto, ora in discussione, come del resto purtroppo faceva anche il codice civile, confonde queste funzioni diverse. Quando si tratta di scemare il saggio dell'interesse legale, queste varie funzioni devono necessariamente distinguersi, perchè la differenza pratica di esse acquista con l'interesse più basso anche maggiore importanza.

Quali sono queste funzioni?

L'interesse legale potrebbe avere un'altissima funzione; quella di costituire il massimo legale di qualunque interesse anche convenzionale; ma questa esso non ha per il nostro diritto, e neppure per il diritto dell'impero germanico.

Questo punto deve quindi mettersi da parte.

L'interesse legale ha poi una funzione suppletiva, nel caso che non sia stabilito per una qualunque ragione il saggio dell'interesse in un particolare caso. Dove nulla si è determinato dalle parti, il saggio è fissato dalla legge.

Relativamente a questa funzione, può essere latissimo l'arbitrio del legislatore nel determinare l'interesse legale. Le parti, essendo in grado di riparare con la loro volontà a quello che potrebbe essere anche un errore del legislatore, questo non produrrebbe mai troppo gravi effetti nella pratica.

Ma poi vi sono due altre funzioni diverse da questa e assolutamente dispartite tra loro. L'interesse legale può avere una funzione di freno, d'indennità, una funzione, direi quasi, penale, come nel caso dell'interesse che s'impone al debitore moroso per compensare il creditore e insieme per frenar la mora, per impedire che il debitore continui a tenersi in una condizione contraria al diritto; similmente nel caso dell'interesse che colpisce colui il quale si serva del denaro altrui senza la volontà del proprietario.

Così per esempio, se il tutore, nell'amministrare il patrimonio del pupillo, rimane in debito verso di questo, deve pagare l'interesse del suo debito, ma nella misura dell'interesse legale. Prendo questo caso; ma simile a questo ce ne sono parecchi altri.

Ora in questi casi, se l'interesse legale è troppo basso e al disotto dell'interesse medio economico, secondo le condizioni del paese, si reca un danno alla fede pubblica, perchè si dà il modo a colui, che vuol servirsi del denaro altrui, di procurarselo illecitamente ad un saggio inferiore di quello che egli potrebbe trovare con la libera contrattazione. Ciò a me pare molto pericoloso, e credo che il progetto che ci è presentato, aprendo le porte a questo pericolo, sia per questa parte notevolmente difettoso.

Finalmente l'interesse legale, secondo l'articolo 1832 del codice civile, ha un'altra funzione importantissima, la funzione, direi quasi, d'indiretto calmere; poichè il debitore, che per qualsivoglia ragione sia onerato da un debito gravato di un interesse superiore al legale, può sempre, osservati certi termini e data certa disdetta, liberarsi anticipatamente dall'onere del suo debito, pagando il capitale al creditore. Ora anche in questa funzione è necessario che la misura dell'interesse legale sia consona all'interesse medio economico secondo le condizioni del paese; non sia superiore, perchè altrimenti mancherebbe il beneficio che la disposizione di legge vuole recare al debitore, non sia inferiore per non perturbare soverchiamente la fede dei contratti.

Questo potere del debitore di rompere il contratto a sua volontà può essere utilissimo e santo, ove sia contenuto nei limiti segnati dalle generali condizioni economiche; ma se si eccede, dando al debitore il diritto di restituire il danaro anticipatamente, anche quando secondo le condizioni normali non si possa dire che il creditore aveva collocato il suo denaro troppo vantaggiosamente, si viene ad offendere la fede nei contratti ed a nuocere all'economia generale del paese.

A me pare dunque che, poichè si voleva mutare per questa parte il codice civile, sarebbe stato utile prendere di qui occasione per introdurre nel nostro codice quelle giuste distinzioni, che già il codice civile germanico ci aveva col suo esempio insegnato doversi inserire in una legge di questa natura. Non so perchè ciò non si sia fatto; non vorrei che ciò fosse solo dipeso dal non avervi badato. Nel codice germanico le cose sono così regolate: l'interesse legale in materia civile normalmente è fissato al 4 per cento; ma nel caso di interessi moratorii, o in quegli altri casi in cui alcuno si sia servito illecitamente del denaro altrui, oltre al debito dell'interesse è riservata l'azione per i danni ulteriori, che il creditore potesse aver sofferti. In questo modo si dà il rimedio al male, perchè ogni volta che si possa provare che il creditore avrebbe potuto fare uso più vantaggioso del proprio danaro, il debitore sarà costretto a risarcirlo di questo danno. Il codice nostro invece nell'art. 1231 liquida tutti questi danni nella misura dell'interesse legale. Ora, se voi ribassate la misura dell'interesse legale, mantenendo a questo anche il carattere di liquidazione dei danni, vedete che fate cosa non perfettamente conforme a giustizia. Io credo che non sarebbe male inserire nel presente progetto di legge un articolo, il quale disponesse appunto che, quando si tratta di mora o di uso illecito del denaro altrui, oltre al debito dell'interesse legale vi sia anche il risarcimento del danno ulteriore, se questo nei singoli casi si può dimostrare.

In quanto poi a quella funzione quasi di calmere, che io poc'anzi accennava, il codice civile germanico, ricordando una legge tedesca del 14 novembre 1867, che imitava l'art. 1832 del codice civile italiano, ha ammesso nel § 247 che il debitore potesse anticipatamente liberarsi, nel caso che per contratto fosse onerato di un interesse superiore al legale; ma in questo caso ha portato l'interesse legale al 6 per cento. Cosa grave questa, che io non vorrei forse in tutto imitare; io lascerei qui il 5 per cento stabilito dal nostro codice.

Ma ricordo tuttavia questo esempio per dimostrare come sia assai pericoloso lo scendere dal 5 al 4 per cento in Italia, quando in Germania, in uno Stato tanto più florido dal punto di vista della ricchezza e dell'industria, si è fissato per questa parte al 6 per cento l'interesse legale.

Queste considerazioni vorrei sottoporre al ministero e all'ufficio centrale, perchè mi pare che siano degne di essere tenute in conto in una legge di questa natura.

Da esse passando ad altri appunti di minore importanza, io vorrei fare ancora qualche piccola osservazione. Non so se il ministero e l'ufficio centrale si siano abbastanza preoccupati del numero grandissimo di disposizioni, che nei nostri codici e nelle nostre leggi contemplano il saggio dell'interesse. Ogni volta che in queste leggi o in questi codici si parlerà di interesse legale, naturalmente quelle disposizioni verranno modificate, senza bisogno di alterarne il tenore, dalla pubblicazione della legge presente.

Ogni volta che si parla di interesse legale, in qualunque legge si trovi questa locuzione, s'intenderà l'interesse prescritto dalla legge vigente. Ma vi sono molte altre disposizioni, le quali invece di parlare di interesse legale parlano addirittura di interesse al 5 per cento.

Ora io mi domando se queste disposizioni, dopo la pubblicazione di questa legge, potrebbero rimanere in vigore logicamente e ragionevolmente. Prendo un esempio da una legge cospicua, notissima al relatore dell'ufficio centrale, che è illustre commercialista, come tutti sanno.

L'art. 768 del codice di commercio, nel capitolo che tratta della liquidazione dei crediti del fallimento, ha una disposizione di questo tenore: « I crediti non fruttanti interessi non ancora scaduti alla data della dichiarazione del fallimento, sono ammessi al passivo per l'intera somma, con l'espressa riserva che il pagamento di ogni singola ripartizione dovrà consistere in una somma, la quale, *calcolati gli interessi composti in ragione del 5 per cento all'anno* per il tempo che resta a decorrere dalla data del mandato di pagamento sino al giorno della scadenza del credito, equivalga alla somma della quota di ripartizione ».

Come vedete, in materia commerciale per cui l'interesse legale sarebbe del 6 per cento secondo il diritto vigente, vi è un articolo che vuole che il calcolo in un certo caso si faccia con l'interesse al 5 per cento. Che cosa è questo interesse al 5 per cento? È sostanzialmente l'interesse legale civile, che nel caso si è voluto applicare.

Ma pubblicata la nuova legge, se questa si mantenesse così come ci è presentata, che cosa accadrebbe dell'art. 768? Resterebbe intatto, perchè l'articolo 768 non parla di interessi legali civili, ma parla di 5 per cento?

A me sembrerebbe strano di lasciare intatto quell'articolo, perchè evidentemente quando il legislatore vi ha voluto tassare al 5 per cento l'interesse, si è voluto riferire all'interesse civile.

Valga questo esempio a dimostrare, che per fare cosa utile si sarebbe dovuto studiare attentamente il complesso delle nostre leggi, o almeno il complesso dei nostri codici, e rilevare tutti quegli articoli, nei quali trattandosi d'interessi, la modificazione, che si vuol portare alla nostra legislazione, dovrebbe essere applicata in modo speciale. Si sarebbe dovuto fare un richiamo a tutti gli articoli di tal natura, che in questo momento io non ho presenti (ho portato un esempio solo per dimostrare che ce ne sono), in modo da coordinare tutto l'insieme di queste disposizioni.

Finalmente anche l'ultimo articolo di carattere transitorio dà luogo a qualche dubbio nell'animo mio: « La presente legge non è applicabile agli

interessi maturati nel tempo anteriore alla sua attuazione ». Che cosa significa ciò? A me non riesce chiaro il significato di interesse maturato; significa l'interesse che si è prodotto nel tempo passato, ancorchè se ne ignori in questo momento la produzione? Può accadere che la liquidazione dei rapporti correnti fra due persone dimostri che vi erano tra di loro ragioni di debiti e di crediti produttivi di interessi, ancorchè nel momento presente esse non si conoscano o non si conteggino; così potrà in futuro venire a conteggiarsi un interesse anche per il tempo passato.

Ora la maturazione dell'interesse è chiara, quando il conteggio di esso si è già fatto per il tempo passato o si dovrà fare per rapporti ora conosciuti con certezza; ma se si tratta di futura liquidazione di interessi per un tempo lungo, che contempli anche gli anni anteriori alla pubblicazione della legge, si dovrà fare distinzione di saggio d'interesse? L'articolo non è chiaro per me, e poichè siamo in tempo a correggerne la formula, rendiamolo più chiaro. Credo che sarebbe meglio prevenire le future contestazioni, anzichè lasciarne, come troppe volte si suol fare, agli interpreti e ai giudici la decisione.

Queste peraltro sono osservazioni di minor conto; a me sembrano molto più gravi quelle generali, che investono il sistema di tutta la legge e che io ho esposte al senato nella prima parte del mio discorso.

SCIALOJA (1). Io volevo fare brevi osservazioni su quello che aveva eloquentemente dichiarato il relatore. Egli si è avuto a male delle mie critiche; ma, se mai, chi doveva aversela a male non era lui, ma bensì il ministero che ha proposto la legge.

CARNAZZA-PUGLISI. A me pare che le sue osservazioni fossero rivolte anche a me.

SCIALOJA. Il collega Carnazza-Puglisi mi ha interamente persuaso su tutti quei punti, sui quali io non aveva fatta alcuna censura. Sono persuasissimo della differenza che il relatore pone fra interessi commerciali e interessi civili, persuasissimo che l'interesse legale deve essere fisso e non variabile; ma io non aveva detto che dovesse essere variabile. Io aveva detto che doveva essere trattato diversamente secondo le funzioni, non che dovesse variare il saggio secondo le provincie e secondo i tempi. Su questo siamo perfettamente d'accordo: ma in tutto il resto non posso dirmi convinto.

Il relatore ha portato l'esempio dei due grandi Stati, i quali ci hanno recentemente preceduti in questa riforma, la Germania e la Francia. Ora i due esempi stanno invece contro di lui. La Germania, per quelle ragioni che ho già dette, lungi dal fare un solo articolo disponendo per tutte le funzioni egualmente senza alcuna differenza, ha fatto tutte quelle distinzioni che io ho avuto l'onore di esporre al senato. È dunque un esempio perfettamente contrario al sistema seguito nel presente progetto di legge.

Anche la legislazione francese non è un utile precedente, che si possa da voi invocare; perchè potrebbe invocarsi per due sole delle funzioni, che io ho distinte, non per la terza, per la semplice ragione che la terza nella legislazione francese non esiste. Nel codice civile francese, come l'illustre professore di diritto che ha ora esposte le ragioni dell'ufficio centrale mi insegna, non esiste una disposizione corrispondente all'art. 1832 del codice civile italiano, non esiste una disposizione, che autorizzi il debitore a pagare il creditore anticipatamente nel caso che il debito porti un interesse contrattuale

(1) *Discuss. cit.*, pag. 1393.

superiore al legale. È pertanto evidente che in Francia non si poteva stabilire una norma diversa per questo caso, perchè il caso non c'è. Vede dunque il senato che gli esempi non sono molto favorevoli alla tesi ch'io combatto, perchè uno è assolutamente contrario, l'altro non poteva essere nè favorevole, nè contrario, perchè mancava la materia.

Ma i due esempi sono, a parer mio, contrari sotto un altro aspetto gravissimo, che io ho dimenticato di far presente al senato, quando dianzi ho parlato, perchè ne ero tanto convinto che non mi veniva in mente che tutti non ci avessero da pensare.

Ed è questo. A quale saggio si riduce l'interesse nel presente progetto di legge? Forse al saggio germanico od al francese? Apparentemente sì, sostanzialmente no.

Apparentemente sì, perchè si parla del 4 per cento (lasciamo da parte il commerciale) come interesse legale; ma il 4 per cento di una legge italiana è forse la stessa cosa che il 4 per cento di una legge germanica o di una legge francese, quando si tratta di interessi? Ma, vivaddio, no; è lontanissimo l'un numero dall'altro, per una ragione, per la quale mi duole di non veder presente a questa discussione il ministro del tesoro o il ministro delle finanze. La questione forse è più di diritto finanziario che di diritto civile. In Italia l'interesse è gravato dall'enorme imposta di ricchezza mobile, che vi arreca una ingente falciadia, oltre ogni limite di tolleranza economica, onde è sorta una quotidiana lotta del contribuente contro lo Stato. Quando voi mi parlate del 4 per cento in materia civile, voi sostanzialmente dite (al presente stato della legislazione fiscale italiana, che accompagna queste disposizioni civili), dite il 3,40 per cento; perchè per ogni unità dovete sottrarre 15 centesimi di imposta di ricchezza mobile, sicchè dalle L. 4 per cento dovete sottrarre 60 centesimi; così l'interesse invece del 4 per cento, si riduce al 3,40 netto.

Ora io domando, se al 3,40 per cento netto alcuno in Italia può trovare credito. Nessuno, neppure lo Stato. Si è ricordata la rendita dello Stato, ed io avrei molto da dire sul saggio della rendita, considerato come saggio normale del denaro in Italia: lo Stato infatti è ora certamente fra i debitori uno dei più sicuri; ma il nostro Stato è sicurissimo ormai dal punto di vista finanziario, non tanto per la ricchezza dei cittadini italiani, quanto per il loro paziente patriottismo, perchè sottrae alla ricchezza dei contribuenti una parte soverchiamente ingente, e con quella crea il proprio credito, ma discredita certamente la economia individuale, alla quale si riferisce il codice civile.

Chi è in Italia che trovi danaro al 3,40 per cento netto? Se gli onorevoli membri dell'ufficio centrale, che sono in grado di prestarne (*si ride*), credono sul serio che questo sia l'impiego normale del danaro in Italia, si vedranno arrivare cinque lettere da parte mia immediatamente dopo la pubblicazione di questa legge (*si ride*). È una cosa assurda; lo Stato stesso non trova danaro a questo interesse; non lo trova, perchè la rendita 5 per cento (4 netto) è a poco più di 106 colla cedola attaccata che sta per scadere, cioè veramente è a 104 e rotti, e la rendita al 3 e mezzo netto per cento supera bensì il 100, ma di poco, e, se si detrae la cedola in corso, di pochissimo, e poco si commercia, perchè se ne è emessa una piccola quantità che non può formare la base di una vera tassazione di borsa.

Se fosse vero che il saggio normale è tale, sarebbe reo di grave colpa il ministro del tesoro che non avesse già eseguita la conversione della rendita.

In ogni modo si parla di rendita al 3,50 netto per cento; ma, come vi ho dimostrato testè, il progetto di legge riduce l'interesse civile non al 3,50, ma al 3,40 netto, sicchè neppure lo Stato dopo la conversione si riterrà debitore sufficientemente forte per affrontare l'interesse, che avrà imposto a tutti come saggio legale per il codice civile modificato.

Vedete dunque che i precedenti germanici e francesi per questa differenza fiscale, non si possono invocare a vostro favore. Dimostatemi che in Germania e in Francia si fa la stessa falciadia che in Italia, e allora forse potrete richiamare l'esempio. Ma neppure completamente; perchè dovrete anche dimostrare che le condizioni economiche della Francia e della Germania sono eguali a quelle dell'Italia.

Questa osservazione mi pare gravissima, perchè rafforza il fondamento su cui poggiavano le censure esposte nel mio primo discorso. Quando io parlavo di un saggio d'interesse troppo basso, io mi riferiva al saggio netto, e non tanto al 4 per cento. Se il ministro delle finanze venisse qui ad aggiungere un articolo a questa legge, per cui rinunciassero almeno per gli interessi moratori o per gli altri simili interessi alla ricchezza mobile, io avrei molto minori scrupoli ad accettare questo disegno di legge.

Ma quando voi costringete il creditore a ricevere il 4 lordo, ossia il 3,40 netto, forzatamente da colui che si è servito senza suo permesso del suo danaro, tutte le teorie dell'unità dell'interesse, che il senatore Carnazza-Puglisi ha esposto, non lo consoleranno, e non ripareranno ai danni prodotti dalla mala fede.

Io credo perciò che veramente questo progetto di legge, per quanto nel suo primo concetto, nell'idea fondamentale, possa dirsi accettabile, per riuscire veramente utile al paese, per non perturbare i rapporti economici recando un danno, anzichè un vantaggio, all'economia italiana, dovrebbe essere maturato, dovrebbe essere completato con altre disposizioni: con quelle d'indole civile, che a me pareva di poter suggerire la prima volta che ho parlato, o con quelle altre forse di indole fiscale, le quali toglierebbero tutta la parte più aspra della tassazione degli interessi.

Le imposte sugli interessi, se non pel diritto, certo dal punto di vista economico, gravano sul debitore, quando gl'interessi sono contrattuali; sicchè si produce anche per tal causa una disparità tra l'interesse contrattuale e quello legale; per questo dovendo pagare veramente il creditore, pel contrattuale sostanzialmente il debitore.

SCIALOJA (1). Le obiezioni che io moveva nella seduta passata contro questo progetto di legge avrebbero condotto alla conseguenza di rigettarlo, così com'è, nella sua totalità, per rifarne un altro; perchè io consento nel principio, ma non consento nei modi seguiti dal governo nella sua proposta. Ma, poichè vedo una resistenza tale da parte del ministro di grazia e giustizia e dell'Ufficio centrale, che renderebbe vana ogni mia proposta più completa, io dichiaro che limiterò le mie osservazioni, proponendo sopra gli articoli alcuni emendamenti. Prego quindi il presidente di darmi la parola sull'articolo 1, quando esso verrà in discussione.

PRESIDENTE. Non essendovi altri che abbiano chiesto di parlare, dichiaro chiusa la discussione generale.

Si procede quindi alla discussione degli articoli, che rileggo:

(1) Dal resoconto della tornata 13 giugno 1905 del senato. (*Discussioni cit.*, pag. 1402).

Art. 1. — L'art. 1831 del codice civile è così modificato: « L'interesse è legale o convenzionale.

« L'interesse legale è determinato nel quattro per cento in materia civile e nel cinque per cento in materia commerciale, e si applica nei casi in cui l'interesse sia dovuto e manchi una convenzione che ne stabilisca la misura.

« L'interesse convenzionale è stabilito a volontà dei contraenti.

« Nelle materie civili l'interesse convenzionale, eccedente la misura legale, deve risultare da atto scritto, altrimenti non è dovuto alcun interesse ».

SCIALOJA. Domando la parola.

PRESIDENTE. Ha facoltà di parlare.

SCIALOJA. La mia proposta di emendamento è fondata essenzialmente sopra alcuni degli argomenti, che ho avuto l'onore di svolgere nella seduta passata, e che non ripeterò per non tediarlo il senato. Ora, non ostante ciò che mi è stato risposto in contrario, a me pare fuori di ogni dubbio che l'interesse del 4 per cento in materia civile, lordo, qual'è proposto nell'articolo di cui si tratta, sia assolutamente inferiore non soltanto a quell'interesse economico medio, che dovrebbe costituire l'interesse legale, ma a qualunque interesse possibile nei giorni presenti in Italia, poichè significa al netto il 3,40 per cento. Lo stesso ministro di grazia e giustizia, che vi ha parlato dello Stato che trova credito al 3,50 netto, vi dimostra quanto sarebbe difficile per un privato trovarlo a 3,40, saggio che si pone a fondamento della presente legge. Si tratta di un punto economico più che giuridico della questione, sicchè io pregherei il ministro di agricoltura, industria e commercio di volermi ascoltare.

Io proporrei, ed anche qui non ripeterò gli argomenti già esposti per non prolungare troppo la discussione e non oppormi, forse invano, a tutto questo articolo, proporrei di concepire l'articolo in modo che il 4 per 100 in materia civile ed il 5 per 100 in materia commerciale fossero gl'interessi netti dall'imposta.

La disposizione ridotta agl'interessi netti si potrà ancora discutere, ma certamente resterà meno lontana dal vero, mentre costituisce già un ribasso sopra l'interesse presente. Bisogna ricordarsi che in Italia le leggi sull'imposta della ricchezza mobile hanno già fatto in sostanza gran parte di ciò che in Germania ed in Francia si è dovuto fare o con legge speciale o col nuovo codice civile, per la semplice ragione che in Francia ed in Germania non vi è l'imposta della ricchezza mobile. Posso assicurare il senato che non vi è in quei paesi alcuna imposta del tipo della nostra ricchezza mobile, sicchè l'interesse, che dal debitore è pagato al creditore, viene interamente acquisito a questo. Come vedete la differenza è immensa. Se il ministero accettasse queste mie proposte, le quali, credo, in fondo corrispondono all'idea dei primi proponenti di questa legge, che forse non avranno pensato all'imposta della ricchezza mobile; se, dico, accettasse questa correzione, ammettendo l'interesse netto, o esente dall'imposta di ricchezza mobile, io sarei disposto a votare questo articolo. Ad ogni modo propongo questo emendamento: si aggiunga la parola « netto » dove si parla di interesse civile al 4 per 100, ripetendola poi dove si parla di interesse commerciale al 5 per 100.

Aggiungo poi un'ultima osservazione, cioè che la differenza fra l'interesse legale civile e il commerciale, se non si considerano netti l'uno e l'altro, diventa in pratica assai più grave di quello che apparisce dalla formula dell'articolo, per la ragione che gl'interessi civili vengono sempre colpiti dalla ricchezza mobile, in modo che nella cassa del creditore rimane sempre

il solo 3,40 netto invece del 4; quando si tratta invece di interesse legale commerciale, la falciatura non accade sempre, perchè in molti casi, la ricchezza mobile non si preleva sopra il singolo cespite, ma si preleva sul reddito complessivo del commercio in generale, onde in realtà il 5 per 100 si acquista interamente dal creditore. Si avrà pertanto questa enorme differenza in pratica con l'interesse netto del 3,40 in materia civile e del 5 in materia commerciale, soprattutto per il caso, importantissimo in pratica, degli interessi legali moratorii. Col mio emendamento si tolgono di mezzo le difficoltà, che ho esposte al senato e si mantiene più perfettamente la differenza dell'1 per 100 fra l'interesse civile e l'interesse commerciale.

SCIALOJA (1). Io proporrei un altro emendamento, che spero, essendo più innocente del primo, trovi migliore accoglienza, e non mi obblighi a votare contro questa legge. Io vorrei che si aggiungesse, dopo il primo comma dell'art. 2°:

« Le disposizioni delle leggi anteriori contenenti la determinazione dell'interesse al 5 per cento s'intendono riferirsi all'interesse legale in materia civile, quelle contenenti la determinazione del 6 per cento s'intendono riferirsi all'interesse legale in materia commerciale ».

È un'ulteriore dichiarazione, perchè le leggi vigenti talora parlano dell'interesse legale, talora fissano un interesse superiore al 5 o al 6, e, rispetto a queste leggi provvede il comma 1° dell'art. 2°, come ci è proposto; ma vi sono altre leggi (ed io citavo nell'ultima tornata un articolo del codice di commercio come esempio di ciò) che parlano del 5 o 6 per cento, senza riferirsi, almeno espressamente, al saggio legale dell'interesse civile o commerciale; mi sembra quindi utile fare questa dichiarazione, che tutte le leggi che fissano un interesse al 5 per cento s'intendono aver voluto fissare l'interesse civile legale, e per conseguenza questo deve ridursi al 4; tutte quelle che ordinano un interesse al 6, s'intendono aver voluto l'interesse commerciale, il quale deve ridursi al 5.

Credo che non si tratti che di una dichiarazione del pensiero del legislatore e spero che l'ufficio centrale e il ministro vorranno accettare questa aggiunta.

SCIALOJA (2). Io proporrei l'inserzione nel progetto di legge di un articolo aggiuntivo a questo punto, come articolo terzo, che sarebbe così concepito:

« È abrogato l'ultimo capoverso dell'art. 1833 del codice civile ».

Ecco di che si tratta:

Nell'art. 1832 il codice civile nostro ammette che dopo cinque anni dal contratto il debitore che sia onerato di un debito produttivo di interessi superiori ai legali, possa anticipatamente, rompendo anche il patto del contratto, fare la restituzione del capitale.

Questa facoltà che per l'art. 1832 compete a tutti, è ristretta nell'articolo 1833 in questo modo:

« Esse (le disposizioni precedenti) non sono del pari applicabili a qualunque specie di debito contratto dallo Stato, dai comuni o da altri corpi morali con le autorizzazioni richieste dalle leggi ».

Ora che cosa è avvenuto in pratica?

(1) *Discuss. cit.*, pag. 1406.

(2) *Discuss. cit.*, pag. 1403.

Che quelli che hanno fatto le restituzioni anticipate sono precisamente lo Stato ed i comuni, quelli a cui l'articolo del codice civile l'avrebbe proibito. Per ciò si son dovute fare ogni volta leggi eccezionali, finchè per i comuni le leggi del 1898 e 1900 hanno quasi posto una regola contraria.

A me pare strano che si continui a mantenere nel codice civile una norma continuamente violata, ora in contraddizione con disposizioni di leggi amministrative speciali. Mi pare che sia giunto il tempo di togliere di mezzo questo mero fantasma, che è l'ultimo comma dell'articolo 1833; in modo che, ogni volta che lo Stato od i comuni dovranno fare una restituzione anticipata, non si trovino in contraddizione con la legge generale, col codice civile, che dovrebbe essere rispettato.

Spero che almeno questo emendamento, che ha uno scopo di puro coordinamento delle nostre leggi amministrative col codice civile, possa trovare presso il governo il benevolo accoglimento che gli altri non hanno trovato.

SCIALOJA (1). Io non capisco proprio l'obbiezione che mi si fa, che si tratti di materia estranea al presente progetto di legge. Il presente progetto di legge è relativo agli interessi legali e tutta la confusione della nostra discussione, ed un poco anche di quella che ho fatta io, è avvenuta per il falso supposto che la materia degli interessi legali non investa gran parte del codice civile. Ci sono numerosi articoli, che non ho potuto citare, ma che vengono colpiti gravissimamente da questa disposizione. Ve ne citerò per esempio uno, l'art. 308, che parla dei rapporti fra tutori e pupilli e dell'interesse legale dovuto per i debiti del tutore verso il suo pupillo; voi quest'interesse oggi lo ridurrete al 3,40 netto per cento, con questa legge!

Ora l'art. 1833, di cui io propongo in parte l'abrogazione, di niente altro parla che d'interessi legali, e viene poco dopo l'art. 1831, che è oggetto del primo articolo di questo progetto. Non mi pare dunque che si tratti di materia estranea alla presente proposta di legge.

Avete parlato dell'affrancamento dell'enfiteusi, che si trova istituito nell'art. 1564 del codice, che è ben lontano dall'art. 1831; non intendo perchè non si debba parlare dell'art. 1833, che è un'appendice di quello, che si vuol fare modificare. A me pare che il mio concetto sia utile, e sono costretto quindi ad insistere nel mio emendamento.

(1) *Discuss. cit.*, pag. 1409.

DELL'OBBLIGAZIONE IN PROPRIO DEI COMPONENTI UN COMITATO PER PROMUOVERE L'EREZIONE DI UN MONUMENTO VERSO L'ARTEFICE A CUI FU COMMESSO (*)

Intorno alla questione risolta dalla corte di cassazione di Torino con la presente sentenza ho già avuto luogo di esporre il mio parere in altro mio scritto. Infatti, riassumendo un notevole articolo dall'illustre prof. R. DI JHERING pubblicato nel periodico *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (vol. XVIII, anno 1879, pag. 1-34), e accettando le conclusioni di lui, dichiarai che anche per nostro diritto civile i così detti comitati non hanno certamente personalità giuridica come tali; ma pure possono far validi contratti, attivamente e passivamente obbligatori, figurando le persone che li compongono quali mandatari di quelli che hanno loro spedite le proprie offerte. (Vedi *Bettini*, 1880, parte IV, 47; *Archivio giuridico*, 1880, vol. XXV, fasc. ultimo) (1).

Un comitato infatti è sempre costituito da una riunione di parecchie persone, le quali hanno assunto l'obbligo di rappresentare un numero maggiore di persone pel conseguimento di un determinato fine. Ciò può avvenire per due maniere diverse. Molte persone possono essersi unite, e, per conseguire il loro fine ritenendo opportuno di concentrar l'opera loro in quella di pochi rappresentanti, possono elegger questi; i quali vengono così a formare un *comitato elettivo*. I membri del comitato elettivo agiscono per solito a nome dei loro mandanti e in tal caso obbligano coi loro atti direttamente costoro. Ma può darsi pure, ed è anzi questo il caso più frequente, che alcune persone

(*) Nota alla sentenza 18 agosto 1880 della corte di cassazione di Torino (presidente EULA, estensore TROGLIA, pubbl. ministero COMINO [conc. conf.]), Rossi, Benvenuti e Pes di Villamarina (avv. GATTA) contro Cassani (avv. CAO), pubbl. nel *Foro italiano*, 1881, I, col. 27, con la seguente massima:

« Le persone associatesi in comitato per promuovere l'erezione di un monumento con fondi raccolti mediante pubblica sottoscrizione, le quali contrattano personalmente o col mezzo di appositi delegati con un artefice per opere di costruzione attinenti al monumento stesso, convenendone il prezzo e promettendone il pagamento, sono obbligate verso il detto artefice direttamente ed *in principale*, e non come semplici garanti o fideiussori dei sottoscrittori certi o eventuali, individualmente o collettivamente considerati.

« Anche un'obbligazione avente per oggetto la prestazione di una somma di denaro può cessare di essere divisibile pel modo in cui le parti contraenti considerarono l'oggetto stesso.

« Il giudizio del magistrato di merito in proposito non è sindacabile in cassazione ».

(1) [V. vol. I].

prendano l'iniziativa di un'impresa coll'intenzione di farvi partecipare un maggior numero di persone; esse allora costituiscono un *comitato promotore*. E tale era appunto quello del quale ebbe a giudicare la corte di cassazione di Torino. I membri del comitato promotore, finchè non hanno ancora fatto appello al pubblico, agiscono senza dubbio in nome proprio e ciascuno di loro obbliga e si obbliga direttamente; essi non potrebbero considerarsi neppure come gestori d'affari altrui, perchè la persona del *dominus negotii* sarebbe affatto incerta persino nella sua esistenza.

Quando invece il programma è stato pubblicato, e s'incominciano dal pubblico a mandare offerte, i membri del comitato sono obbligati verso gli oblatori, secondo le condizioni espresse nel programma, col vincolo del mandato; e nei rapporti coi terzi agiscono anche questa volta come mandatari. Ma la natura stessa della loro posizione farà sì che i membri del comitato promotore dovranno agire in nome proprio. Gli oblatori infatti non hanno intenzione di mettersi in diretta relazione se non col comitato medesimo; questo poi dal canto suo si trova il più delle volte nell'impossibilità di enumerare i nomi di tutti i mandanti e far conoscere ai terzi contraenti la quota spettante a ciascun mandante nell'obbligazione; i terzi dal canto loro non vogliono assumere obbligazioni verso tante persone spesso ignote; ecc. I membri del comitato dunque per queste ragioni dovranno fare i contratti a nome proprio, assoggettandosi alle disposizioni contenute nell'art. 1744 del codice civile. Essi perciò si obbligano non solo in via principale, e non quali semplici fedecussonari e garanti; ma si obbligano essi soli unicamente. « *Quando il mandatario agisce in suo nome, il mandante non ha azione contro coloro coi quali il mandatario ha contrattato, nè i medesimi l'hanno contro il mandante* ».

Veggansi a proposito di questioni affini alla nostra le sentenze della corte d'appello di Genova, 6 agosto 1880, nella causa Iannelli c. Chiabrera e Millo (*Eco di giurisprudenza*, 1880, p. 1, col. 344); corte d'appello di Catania, 5 novembre 1879, nella causa Paternò Radusa e Pulvirenti c. Valora (*Foro it.*, 1880, I, 144), sentenza questa che io non potrei approvare; corte di cassazione di Roma, 19 febbraio 1879, nella causa Fratellanza Artigiana c. Collegio di Roma della Fratellanza Artigiana (*Foro it.*, 1879, I, 145, con nota riassuntiva di tutta la giurisprudenza in proposito).

Posti questi principi, possiamo rispondere ad altre questioni, che ci si affacciano alla mente. I membri di un comitato promotore, sono essi uniti tra loro da vincolo di società civile? Non credo; e la risposta dev'esser certamente negativa quando si tratti di un comitato per l'erezione di un monumento e simili. L'obbligazione da loro assunta verso i terzi diventa essa solidale pel fatto di avere agito come comitato? Anche qui la risposta dovrà essere negativa. E, se non solidale, sarà essa indivisibile? in altri termini, l'intenzione di agire come comitato implica forse l'intenzione di considerare come indivisibile l'oggetto del contratto? Non sappiamo che cosa avrebbe risposto a questa questione la corte di cassazione di Torino, perchè su questo punto essa ha ritenuto incensurabile l'apprezzamento del giudice del fatto; la corte di appello di Milano tenne conto anche di questa circostanza tra le altre per definire indivisibile l'obbligazione assunta dal comitato pel monumento di Legnano; noi proponendoci la questione in astratto, saremmo propensi a rispondere negativamente anche questa volta, perchè di fronte al terzo contraente i membri del comitato si presentano semplicemente come più persone, che agiscono ciascuna in nome proprio, e non si potrà in tal caso usare maggiore rigore di quello che il legislatore ha fatto riguardo ai membri di una società civile (art. 1726-1728).

NEI CONTRATTI ALEATORII, LA RETICENZA DI CIRCOSTANZE NOTE AD UNA DELLE PARTI E TALI DA FAR VARIARE ESSENZIALMENTE L'ALEA È CAUSA DI NULLITÀ (*)

Nell'art. 1102 il nostro codice civile definisce i contratti aleatorii facendone una categoria speciale; ma poi non determina espressamente le regole, che a tale categoria debbono applicarsi.

È dunque necessario di cercare queste regole tanto nei principii più generali, quanto nelle disposizioni relative ai singoli contratti aleatorii contemplati nella nostra legislazione.

Ora nei contratti, che veramente possono dirsi aleatorii, senza dubbio l'alea è elemento essenziale; e quindi, se essa si presenta ad uno dei contraenti in grado assai diverso da quello in cui si presenta all'altro, perchè l'uno dei due conosca circostanze importanti ignote all'altro, deve riconoscersi che sopra uno degli elementi essenziali non vi è consenso, e perciò il contratto è nullo. La cosa è chiarissima, quando le circostanze note ad una delle parti siano tali da escludere del tutto l'alea, perchè in tal caso il contratto ha addirittura un carattere diverso per i due contraenti; ma il principio non è meno vero, quando rimanga ancora un'alea, ma notevolmente differente da quella che l'altra parte ritiene.

Le regole generali, che governano il consenso nei contratti, inducendo dunque la nullità del contratto aleatorio nel quale vi sia dissenso circa l'esistenza o il grado dell'alea, ne possiamo trarre con sicurezza la conseguenza, che quella delle parti contraenti, la quale conosce circostanze tali da togliere di mezzo o far variare notevolmente l'alea, per concludere un valido contratto, deve comunicare all'altra la notizia di siffatte circostanze.

A risultato simile ci conduce anche l'analogia delle disposizioni relative al contratto di assicurazione. Lo stesso art. 1102 cod. civ. cita questo contratto tra gli aleatorii: « Tali sono il contratto di assicurazione, il prestito a tutto rischio... » ecc.; negargli questo carattere sarebbe confondere la qualità giuridica del singolo contratto di assicurazione con la qualità economica degli affari assunti dall'assicuratore. Ora tanto l'art. 462 dell'antico codice di commercio, quanto l'art. 429 del nuovo, pronunziano la nullità del contratto di assicurazione, non solo nel caso di dichiarazione falsa od erronea, ma anche nel caso di reticenza di circostanze di tal natura, che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non l'avrebbe dato alle medesime condizioni se le avesse conosciute.

(*) Pubbl., sotto la rubrica « Appunti pratici », nell'*Antologia giuridica*, 1890, pag. 105.

E che questa disposizione non contenga un *jus singulare*, ma sia invece l'applicazione di un principio generale dei contratti aleatorii, fu già ben riconosciuto da egregi scrittori: veggasi p. es. il VIVANTE, *Contratto di assicurazione* (Milano, 1885), I, n. 102, pp. 151-152, nota 1^a; *Relazione parlamentare sul cod. di comm.*, n. CXXVII.

Molto notevole è che in uno dei più vecchi e reputati codici d'Europa, il diritto territoriale prussiano (*allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*), nel quale è espressamente disciplinata tutta la teoria generale dei contratti aleatorii, si legge: (Parte I, tit. XI, sez. VI, § 539) « In tutti i contratti aleatorii entrambe le parti sono tenute a denunciare fedelmente l'una all'altra tutte le circostanze loro note al momento della conclusione del contratto, dalle quali possa dipendere in tutto o in parte l'avverarsi dell'avvenimento o l'ammontare del vantaggio, che da questo si aspetta » (1). E nei seguenti §§ 540 e 541 è sanzionata la nullità del contratto per ogni reticenza di tal natura, oltre l'obbligo del risarcimento dei danni pel caso di reticenza dolosa. — Pratici e teorici hanno sempre considerato come molto ragionevoli queste disposizioni e come conseguenza logica dei principii generali, e le hanno specialmente applicate all'*emptio spei* e all'*emptio rei speratae*. Veggasi p. es. KOCH, *Il diritto delle obbligazioni secondo il diritto comune e il prussiano (Das Recht der Forderungen nach Gemeinem und nach preussischem Recht)*, 2^a ediz., (Berlino, 1859), III, § 325, pag. 776 seg.; FÖRSTER, *Teoria e pratica del diritto privato comune prussiano (Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts)*, (Berlino, 1866), II, § 128, pag. 121; DERNBURG, *Il diritto privato prussiano (Preussisches Privatrecht)*, 3^a ediz., (Halle, 1882), II, § 134, pag. 339; § 158, pag. 411. — Questo riscontro è valido argomento a favore dell'opinione qui da noi sostenuta.

Ben si noti che l'obbligo, che incombe alle parti di denunciarsi reciprocamente le circostanze importanti, e la nullità del contratto aleatorio nel caso di inadempimento di quest'obbligo, saranno il più delle volte collegati al dolo di colui che tace (confr. l. 43, § 2, Dig. de contr. empt., 18, 1): ma non si deve credere perciò che la nullità sia prodotta solamente dal dolo. Essa è un effetto del dissenso; ed è verità riconosciuta da tutti che nel caso di dissenso la nullità è indipendente dal dolo che può averlo prodotto.

Affinchè si eviti un errore, in cui alcuno potrebbe cadere circa la questione qui da noi toccata, è utile forse notare espressamente, che la regola della nullità prodotta dalla reticenza, indipendentemente anche dal dolo, deve applicarsi a tutti i contratti aleatorii propriamente detti, cioè a quelli nei quali l'alea sia dedotta in contratto e ne formi elemento essenziale; non già invece nei contratti che hanno un oggetto certo e sicuro, e nei quali l'alea non è che una conseguenza estranea al contratto, che tutto al più può influire sui motivi della volontà dei contraenti. Così p. es. la vendita per una somma fissa delle miniere che si possono trovare in una località è contratto aleatorio; la vendita di un fondo determinato, nel quale si trovi una miniera ancorchè ignota al proprietario venditore, non è contratto aleatorio.

(1) « Bei allen gewagten Verträgen sind beide Theile schuldig, einander alle zur Zeit des Vertrages ihnen bekannte Umstände, wovon der Erfolg der Begebenheit oder die Beschaffenheit des davon zu erwartenden Vortheils, ganz oder zum Theil abhängen kann, treulich anzuzeigen ».

LA TRASCRIZIONE DELLA COSTITUZIONE DI DOTE IMMOBILIARE FATTA DALLA DONNA A SE STESSA^(*)

Due questioni importanti in materia di trascrizione sono decise nella presente notevole sentenza della suprema corte di Roma.

I. Non è necessario fermarsi sulla seconda. Che l'annotazione della costituzione di dote in margine alla trascrizione dell'atto di acquisto della proprietà per parte della donna non valga a supplire alla trascrizione dell'atto di costituzione di dote, se questa è necessariamente richiesta, è massima che non ha bisogno di alcuna illustrazione. La trascrizione è atto formale, e non può essere sostituita da altre forme, e, secondo una grave giurisprudenza, neppure dalla stessa prova della conoscenza che i terzi abbiano dell'atto — Confr. p. es. cassazione di Torino 2 aprile 1889 (*Foro it.*, Rep. 1889, voce *Trascrizione*, n. 13-16); 28 maggio 1889 (*Foro it.*, 1889, I, 1240); 19 maggio 1888 (*id.*, Rep. 1888, voce *Trascrizione*, n. 23); 7 febbraio 1885 (*Foro it.*, 1885, I, 316); cassazione di Napoli 12 maggio 1884 (*Foro it.*, 1884, I, 663); 5 giugno 1884 (*id.*, Rep. 1884, voce *Trascrizione*, n. 12); cassazione di Firenze 10 febbraio 1888 (*Foro it.*, 1888, I, pag. 478), ecc. — Anzi in una recente sentenza della cassazione di Roma nella causa Cugnoli c. Cremonesi e Maraini, 6 aprile 1893 (*Legge*, 1893, I, 584), fu stabilito che non basta la trascrizione della vendita di una parte di un fondo, quando l'atto contenga anche una costituzione di servitù sopra una parte a favore dell'altra, ma è necessaria una distinta trascrizione della servitù sul fondo che ne rimane gravato.

Nè le annotazioni hanno mai valore di trascrizione; esse altro non sono che richiami o avvertenze relative ad atti che modificano o annullano l'effetto di altri atti precedenti (art. 1933, 1934 cod. civ.), ma non costituiscono per se stesse la trascrizione; anzi in molti casi la trascrizione deve essere già avvenuta perchè si possa far luogo all'annotazione.

(*) Nota alla sentenza 6 aprile 1893 della corte di cassazione di Roma (presidente TONDI, estensore ROCCO-LAURIA, pubbl. ministero PASCALE (concl. conf.), Mencacci e Pericoli (avvocato LUZZATTI) contro Lodigiani-Gamberini (avv. SCIALOJA), pubblicata nel *Foro italiano*, 1893, I, col. 522, con le seguenti massime:

« L'atto con cui la donna costituisce in dote a se stessa un immobile di sua proprietà o rinveste un suo capitale dotale in acquisto di immobile deve trascriversi affinché il vincolo dotale abbia efficacia contro i terzi.

« Non vale a supplire la mancanza della necessaria trascrizione l'annotazione marginale del vincolo dotale alla trascrizione dell'atto con cui la donna acquistò la proprietà dell'immobile ».

II. Assai più grave e dubbia invece si presenta la prima questione circa la necessità di trascrivere la costituzione in dote fatta dalla donna di immobili di sua proprietà.

È necessario anzitutto distinguere i vari aspetti, sotto i quali tale questione si può presentare.

Si può domandare se la trascrizione sia necessaria al marito per far valere i suoi diritti sull'immobile dotale contro i terzi, e specialmente contro i creditori della donna anteriori al matrimonio, quando si ammetta, come taluni fanno, che questi possano esercitare i loro diritti anche sulle cose dotali.

Si può ricercare invece se la trascrizione sia richiesta affinché si possa far valere contro i terzi la inalienabilità del fondo dotale.

Un'altra distinzione, con criterio affatto diverso, si è fatta tra la costituzione in dote di immobili a titolo particolare, e la costituzione in dote di tutto il patrimonio della donna, nel quale siano compresi immobili; ed alcuni autori francesi hanno sostenuto che nel primo caso la trascrizione sia necessaria, nel secondo no, perchè essa non può mai impedire l'esercizio dei diritti preesistenti dei terzi sui beni che fanno parte di quel patrimonio.

Noi lasceremo da parte questa seconda distinzione, rinviando per la trattazione di essa al LAURENT, *Principes*, vol. XXIX n. 74, che rigetta la distinzione stessa, a parer nostro, con ragione.

Noi tratteremo qui solo del caso di dote a titolo particolare.

Per ciò che concerne la prima distinzione, osserviamo che chi nega la necessità della trascrizione relativamente ai diritti del marito, naturalmente la nega anche, in modo implicito o esplicito, relativamente alla inalienabilità; ma chi l'afferma pei diritti del marito, non sempre si può dire che l'ammetta per l'inalienabilità. Ciò dipende dalla maggiore o minore connessione che si riconosca tra i due effetti della dotalità; ma, purtroppo, raramente coloro, che hanno trattata la nostra questione, hanno avuto una chiara idea della distinzione e della connessione tra quei due effetti, sicchè il più delle volte non si può sapere con precisione fino a qual punto e a quale scopo essi richiedono la trascrizione.

Tra gli scrittori italiani ammettono la necessità della trascrizione, senza far distinzione tra gli effetti, ma appoggiandosi soprattutto alla costituzione dei diritti reali a favore del marito, il CESANO, *Della trascrizione*, pag. 14; il PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, vol. II, n. 150; E. BIANCHI, *Trattato dei rapporti patrimoniali dei coniugi*, n. 28; esplicitamente per tutti gli effetti il MIRAGLIA, *Il contratto di matrimonio, con cui la donna si costituisce in dote tutti o parte dei beni che le si appartengono, deve essere trascritto per gli effetti della inalienabilità sancita dagli art. 1405 e 1407 cod. civ.* (nel periodico *Diritto e giurisprudenza*, 1890-91, n. 29, 30, pag. 289 segg.). — Il LUZZATI, *Della trascrizione*, I, n. 121, richiede la trascrizione per i diritti del marito, ch'egli assimila all'usufrutto; nelle scritture fatte per la causa decisa dalla corte di cassazione con la sentenza che annotiamo, egli sostiene che la trascrizione non è necessaria per la inalienabilità del fondo dotale.

Contrario alla trascrizione esplicitamente, tanto per l'uno effetto, quanto per l'altro, è il MIRABELLI, *Del diritto dei terzi*, vol. II, pag. 329 segg., 345 segg. E la stessa opinione accetta il prof. L. TARTUFARI in una recente sua nota nella *Temi veneta*, 1893, 245 segg.

Scarsi sono i responsi della giurisprudenza. Alcune sentenze, che gli scrittori citano a tal proposito, nulla hanno che fare con la questione stessa; così, p. es., le decisioni della cassazione di Torino 27 dicembre 1874 (*Giurispr.*, Torino, 1875, XII, pag. 149) e della corte d'appello di Genova 17 agosto 1869

(*Bettini*, 1869, 2, 606) si riferiscono esclusivamente alla interpretazione degli art. 1134, 1135 del codice albertino.

La cassazione di Roma, 9 settembre 1881, Cherubini contro Bini (*Foro it.*, 1881, I, 833), riconobbe la necessità della trascrizione, ma solo relativamente al diritto che il marito volesse opporre contro le ipoteche giudiziali, che i creditori della donna iscrivessero sull'immobile dotale in forza di obbligazioni anteriori al matrimonio; e nel medesimo senso aveva giudicato la corte di appello di Roma, 5 maggio 1881, Bini contro Salvini (*Temi romana*, 1881, 207), tuttavia con larga motivazione riferentesi anche alla necessità della trascrizione per la inalienabilità del fondo dotale.

In senso del tutto contrario alla trascrizione si è pronunciata la corte di appello di Messina, 27 luglio 1884, Rosso e Cardillo c. Foti (*Foro it.*, Rep. 1885, voce *Dote*, n. 26), la quale però non si è curata di dare la minima motivazione della propria decisione.

La corte di cassazione di Firenze, 6 giugno 1892, Gatti c. Colzi (*Temi veneta*, 1893, 245), ha incidentalmente dichiarato non necessaria la trascrizione relativamente al vincolo dotale, lasciando indeciso se sia richiesta riguardo all'usufrutto del marito sugli immobili dotali.

Esposto così lo stato della giurisprudenza e della dottrina, conviene ora esaminare la questione, cercando di approfondirla più che fin qui non si sia fatto.

Notiamo anzitutto che in un bene ordinato sistema il vincolo dotale deve necessariamente esser compreso tra i rapporti giuridici soggetti a trascrizione, poichè da esso sorgono importanti diritti di carattere reale, e la inalienabilità del fondo, che è di sommo interesse per i terzi. Nè parmi accettabile l'opinione di coloro, che pensano che alla inalienabilità della dote la trascrizione si dovrebbe estendere solo quando andassero trascritti anche quegli stati di diminuita capacità personale, che sono d'impedimento all'alienazione del patrimonio, come la minore età, l'interdizione, ecc. In questi casi, infatti, non si tratta d'inalienabilità di carattere reale, come quella del fondo dotale; ma di incapacità personale del proprietario, che è cosa tutta diversa. La donna maritata è colpita anch'essa di parziale incapacità personale, ma solo relativamente alla necessità dell'autorizzazione maritale per molti atti giuridici; il vincolo dotale invece investe la cosa; basta per persuadersene il notare che la donna maritata può avere anche beni non dotali, e quindi alienabili, e che gli stessi fondi dotali possono talora essere alienabili (art. 1404 cod. civ.).

Già nella seduta del 4 giugno 1884 la camera dei deputati votò un ordine del giorno proposto dagli on. Placido, Picardo e Nervo, col quale s'invitava il governo a rendere obbligatoria la trascrizione degli atti costitutivi di dote, oltre a molti altri atti, che sono ora esclusi dagli art. 1932 e segg. Tale ordine del giorno non può certamente aver valore d'interpretazione più o meno autentica, in nessun senso, dell'art. 1932, ma serve solo a dimostrare che è sentito il bisogno di sottoporre a trascrizione la costituzione di dote.

Anche il Mirabelli, che abbiamo veduto essere il più autorevole oppositore della necessità della trascrizione secondo il diritto costituito, ammette che, data la sua interpretazione, esiste nel codice italiano una lacuna, la quale in una revisione legislativa dev'essere riempita inserendo nell'art. 1932 un numero di questo tenore: « Il contratto di matrimonio, col quale la donna si costituisce in dote proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci di ipoteca » (*Vedi op. cit.*, II, pag. 349 segg.).

Ma dovrà veramente riconoscersi tale vizio della nostra legge presente? A questo si riduce insomma la questione che dobbiamo risolvere.

Nell'art. 1384 cod. civ. si fa espressa menzione della trascrizione del contratto di matrimonio, ordinando che ogni mutazione o controdiagnosi deve essere annotata sulla copia del contratto presentata all'ufficio di trascrizione, *se il contratto di matrimonio fu trascritto*. Ma questa disposizione, che fu introdotta fin dal progetto Cassinis (art. 1542), non vale a risolvere la nostra questione, poichè nessuno nega che, quando nel contratto di matrimonio siano contenuti trapassi di proprietà da persona a persona e simili, il contratto sia soggetto a trascrizione, e l'art. 1384 non dice che *tutti* i contratti di matrimonio, o almeno quelli relativi a immobili ecc., debbano essere trascritti.

Lasciamo dunque da parte questo art. 1384, e passiamo ad argomenti più importanti.

A parer mio, tutto dipende dal criterio che si voglia adottare nella interpretazione dell'art. 1932 cod. civ.; sicchè, se la enumerazione degli atti, che in quell'articolo si legge, si considera non solo come tassativa, ma di stretta e letterale interpretazione, conviene dire che la costituzione di dote, come tale, non vi è compresa a nessun effetto, e che tanto i diritti del marito sulla dote, quanto la inalienabilità si producono con efficacia di fronte ai terzi senza bisogno di trascrizione; se invece nell'art. 1932 si riconosce un largo principio, che permetta una certa libertà di interpretazione, si può concludere che anche la costituzione della dote per tutti i suoi effetti di fronte ai terzi ha bisogno della trascrizione.

Ma, se le due soluzioni estreme della questione a me sembrano logiche dato questo diverso punto di partenza, io non riesco invece a persuadermi della ammissibilità delle soluzioni intermedie, che ho più sopra ricordate, le quali scindono violentemente la costituzione di dote in relazione ai suoi effetti, mentre, come dimostrerò più oltre, questi non sono che diversi aspetti della stessa posizione giuridica della cosa dotale, e mentre la difficoltà dell'interpretazione dell'art. 1932 si presenta ugualmente così per i diritti del marito, come per la inalienabilità.

D'altra parte è necessario anche osservare che errano, almeno nell'espressione, coloro che, negando la necessità della trascrizione nel caso di costituzione della dote fatta dalla donna, l'affermano nel caso di costituzione fatta da un terzo; perchè allora non è mai la costituzione della dote, come tale, e per gli effetti nascenti dalla qualità dotale, quella che deve trasciversi, ma solo il contratto di matrimonio in quanto contenga costituzione e trasferimento di diritti immobiliari a favore della donna o a favore del marito, se ciò espressamente si vuole; i diritti del marito e la inalienabilità dell'immobile dotale sorgono però anche allora senza bisogno di speciale trascrizione.

Così il problema si presenta oramai senza oscurità e ambiguità alla nostra mente. Accingiamoci ad esaminarlo criticamente, secondo i due criteri d'interpretazione dell'art. 1932 testè accennati.

Se questo articolo deve applicarsi strettamente e letteralmente, la costituzione della dote non si può dire in esso compresa. Non certo nei numeri 4, 5, 7, 8, pei quali non può sorgere neppure il più lontano dubbio. Ma neanche negli altri. Non nel numero 1, perchè la proprietà dell'immobile dotale (salvo il caso di espressa dichiarazione contrattuale, art. 1402, dalla quale qui facciamo astrazione) non passa dalla moglie al marito. Nè vale invocare il dominio, che apparteneva al marito secondo il diritto romano; poichè già nel diritto giustiniano, a riguardo della mutazione dei rapporti economici

tra coniugi, che accompagnò la mutazione dei rapporti personali, e sotto la influenza della tradizione del diritto greco, che tanto valore aveva avuto e conservava tuttora nelle provincie orientali (confr. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891, pag. 230 segg.), si era dato sempre maggior peso alla considerazione dell'interesse che la donna ha alla conservazione e restituzione della dote, e la proprietà del marito si era finalmente ridotta ad un dominio civile, di fronte al quale si riconosceva un dominio naturale della donna (L. 30 C. *de iure dotium*, 5, 12, e simili); presso gl'interpreti del diritto comune dai glossatori in poi (*Dissensiones dominorum*, ed. Haenel, HUGOLINUS, § 266, pag. 436 e segg., e gli autori ivi citati in nota; confr. TROPLONG, *Contrat de mariage*, art. 1549, n. 3098 segg., e gli scrittori da lui citati; GLÜCK, *Pandekten*, vol. XXV, § 1234, pag. 127 segg.; ARNDTS, *Pandette*, trad. SERAFINI, vol. III, § 404, nota 1; VANGEROW, *Pandekten*, 7^a ediz., I, § 218, Anm. 1; WINDSCHEID, *Pandektenrecht*, 7^a ediz., II, § 496, n. 3) fu sempre grave la disputa circa la vera pertinenza del dominio della dote; e finalmente nell'odierno diritto la proprietà del fondo dotale rimane di regola alla moglie per espressa disposizione di legge (art. 1402 cod. civ.), sicchè anche quegli autori, che più avvicinano il diritto del marito ad un dominio, parlano solo di una proprietà incompleta e irregolare, di una *quasi-proprietà* (p. es. TRAPLONG, *op. cit.*, numeri 3102, 3103). Ma l'art. 1932 n. 1 parla di *proprietà*, e non può quindi direttamente applicarsi a un diritto, che tale propriamente non è. E non può neppure comprendersi il diritto del marito sulla dote nella frase più generale dello stesso art. 1932 n. 1: « *o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca* », perchè il diritto stesso del marito sul fondo dotale non può essere oggetto d'ipoteca.

Qui appunto un'opinione, che ha molti fautori, vorrebbe che la costituzione di dote si riferisse al n. 1 dell'art. 1932, almeno per quanto concerne il diritto del marito, sostenendo che la costituzione di usufrutto è compresa in tale disposizione, poichè l'usufrutto è capace d'ipoteca (art. 1967 n. 2), e il diritto del marito sul fondo dotale può assimilarsi ad un usufrutto. Ma anzitutto, qualunque somiglianza si voglia trovare tra il diritto del marito e lo usufrutto, e somiglianza grande vi è, non bisogna esagerarla troppo, e non si può ad occhi chiusi trasformarla in identità. Il diritto del marito è in parte più ampio, in parte più ristretto dell'usufrutto; più ampio, perchè vi si unisce l'elemento dell'amministrazione della proprietà (art. 1399); più ristretto, perchè, essendo diretto al determinato scopo di sostenere i pesi del matrimonio, va soggetto ad alcune limitazioni speciali attinenti a tale scopo, cioè alla perdita nel caso che la moglie possa chiedere la separazione della dote (art. 1418 segg. cod. civ., confr. pure art. 780 cod. comm.), e soprattutto alla inalienabilità, qualunque sia l'estensione che ad essa si voglia riconoscere. E che secondo il nostro legislatore il marito non possa dirsi propriamente usufruttuario, deve dedursi da quei medesimi art. 1408 e 1417, che sotto certi rispetti lo assimilano espressamente all'usufruttuario; poichè tale assimilazione non avrebbe dovuto farsi, se egli fosse stato un vero usufruttuario. E se il marito non può dirsi propriamente in genere usufruttuario della dote, molto meno può dirsi tale relativamente all'art. 1967 n. 2, poichè il suo diritto non può essere capace d'ipoteca, come è in generale l'usufrutto: chi volesse chiamarlo usufruttuario, dovrebbe in ogni modo ammettere che l'usufrutto di lui è più somigliante all'usufrutto legale degli ascendenti, che nel citato art. 1967 n. 2 è espressamente eccettuato, anzichè all'ordinario usufrutto. La differenza tra il diritto del marito sulla dote e l'usufrutto cade dunque precisamente su quel carattere della capacità d'ipoteca, che è quello pel quale l'usufrutto

va compreso nel n. 1 dell'art. 1932. Non può dunque il diritto del marito farsi rientrare nella disposizione di questo articolo. Nè meglio si può invocare il n. 2 dell'art. 1932; poichè a ciò è necessario dimostrare che il diritto del marito è un usufrutto, cosa che già dinanzi si è esclusa, e inoltre che la costituzione di un fondo in dote è un *trasferimento dell'esercizio* di tale usufrutto, il che deve anche rigettarsi, dal momento che la donna si suppone proprietaria, non usufruttuaria del fondo dato in dote. Per le medesime ragioni non può dirsi letteralmente compresa nel n. 3 dell'art. 1932 la rinunzia alla disposizione e al diretto godimento del proprio immobile, che la donna fa nel costituirlo in dote; poichè i diritti ai quali si riferisce questo n. 3 sono appunto quelli dei numeri 1 e 2, tra i quali abbiamo veduto non esser compresi quelli nascenti dalla costituzione di dote. Finalmente il voler far rientrare la costituzione di dote fra i contratti di società, dei quali parla l'articolo 1932 n. 6, a causa della società che viene a formarsi tra coniugi, sarebbe certo un andar contro all'evidente significato tecnico delle parole *contratti di società* usate in quell'articolo, dando un valore giuridico ad una frase che non può averlo. Posta questa stretta interpretazione dell'art. 1932, un grave argomento a rafforzarla si può trarre dall'art. 1407 cod. civ. Questo infatti, dopo aver dichiarata di regola nulla l'alienazione o l'obbligazione della dote, dispone: « *Il marito però che vi ha acconsentito è obbligato nei danni verso colui col quale ha contrattato, se nel contratto non ha dichiarato che la cosa alienata od obbligata era dotale* ». L'articolo non esprime alcuna distinzione tra dote mobiliare e immobiliare, e parla genericamente di cosa dotale, dunque bisogna applicarlo anche all'immobile dotale. Ma l'obbligo imposto al marito di denunziare nel contratto la qualità dotale per sottrarsi all'azione dei danni dell'acquirente dimostra che non esiste un modo generale e obbligatorio di denunzia qual'è la trascrizione, e prova inoltre che l'alienazione è nulla, perchè la cosa è inalienabile, indipendentemente dalla trascrizione del vincolo dotale.

Tali sono gli argomenti che si possono addurre ad escludere la necessità della trascrizione. Come si vede, essi valgono ad escluderla a tutti gli effetti, tanto cioè riguardo al diritto del marito sulla cosa dotale, quanto riguardo alla inalienabilità.

Passiamo ora ad esporre le ragioni, sulle quali si può fondare l'opinione contraria, autorevolmente rappresentata anche dalla sentenza, che annotiamo, della suprema corte romana.

Lo spirito dell'art. 1932 cod. civ. è chiaramente esposto tanto nella relazione del Pisanelli al senato (n. 187) sul progetto di codice civile, quanto in quella del Vacca al senato sul libro III (n. 269). Il primo scrive: « È necessario che i titoli traslativi del dominio di un immobile o *costitutivi di diritti che ne diminuiscono la libertà o ne scemano la piena disponibilità in chi lo possiede*, siano resi pubblici col mezzo della trascrizione per essere efficaci rispetto ai terzi ». Il secondo: « ...Si è innanzi tutto fermata la regola, che tutti gli atti traslativi del dominio di un immobile, *ovvero che ne diminuiscono la pienezza o la libera disponibilità*, non possono altrimenti acquistare efficacia rispetto ai terzi senza la pubblicità della trascrizione sui pubblici registri ».

La trascrizione dunque tende a comprendere tutti gli atti (eccetto quelli a causa di morte, pei quali prevalsero speciali considerazioni) traslativi o costitutivi di diritti reali o di vincoli reali immobiliari.

Ora, non si può ragionevolmente negare che la costituzione di un immobile in dote faccia sorgere diritti reali e vincoli reali su di esso. Per l'art. 1388 cod. civ. la dote consiste in quei beni che *la moglie* od altri per essa *apporta*

espressamente a questo titolo *al marito* per sostenere i pesi del matrimonio. La costituzione di dote è dunque in generale concepita come una traslazione di beni. I beni dotali sono destinati allo scopo del sostentamento della famiglia, e perciò la proprietà di essi è amministrata (art. 1399) dal marito per diritto proprio, reale, non già in rappresentanza della moglie, come taluno erroneamente ha preteso (vedi p. es. TARTUFARI, *loc. cit.*, pag. 247), e al marito spetta il diritto ai frutti, con carattere reale, simile, se non identico, all'usufrutto (art. 1399, 1400, 1408, 1417); la moglie perde il diritto di disporre del fondo dotale, che diventa di regola inalienabile (art. 1404, 1405, 1407); ed anche quando, per patto espresso (art. 1404) o per urgenti motivi (art. 1405), l'alienazione possa per eccezione aver luogo, essa non può più esser fatta dalla moglie, bensì dal marito col consenso della moglie. Tutti questi effetti sono conseguenze di quell'unico principio della destinazione della dote ai bisogni della famiglia, e perciò non si possono scindere e separare l'uno dall'altro; al diritto del marito corrisponde il vincolo della inalienabilità del fondo dotale, l'uno serve all'altro, come servono entrambi al medesimo scopo. Le stesse eccezioni alla regola ne sono una conferma: l'alienazione della cosa dotale, nei casi in cui è ammessa, fa estinguere il diritto del marito; e d'altra parte, finchè il fondo rimane dotale, ancorchè il marito sia per ragioni particolari (art. 1418 cod. civ., 780 cod. c.cmm.) privato dell'esercizio dei suoi diritti, la destinazione dei frutti rimane pur sempre quella propria della dote (art. 1423), sicchè la moglie, esercitando i diritti che d'ordinario spetterebbero al marito, amministra le cose dotali e ne fa suoi i frutti non tanto come proprietaria essa stessa, quanto come amministratrice della dote (art. 1424), sicchè tanto la proprietà, quanto quel godimento che è simile all'usufrutto, restano presso di essa inalienabili, devoluti agli scopi dotali.

Ciò posto, ne risulta che, secondo l'intenzione del legislatore, del quale noi abbiamo più sopra riferite le esplicite dichiarazioni, la costituzione della dote deve andar soggetta a trascrizione per produrre di fronte ai terzi i suoi effetti reali, e per produrli tutti a causa della inscindibilità, che abbiamo testè notata.

Ma quell'intenzione potrebbe esser priva di efficacia giuridica se non avesse avuto nella legge la necessaria sua estrinsecazione. Esiste tale estrinsecazione? Se l'interpretazione deve essere assolutamente letterale, no, come abbiamo veduto più sopra; ma se può essere più libera e leggermente estensiva secondo l'intenzione del legislatore (art. 3 disp. prel.), si può rispondere sì.

Infatti chi unisca logicamente le disposizioni del n. 1 e del n. 3 dell'articolo 1932 deve trarne questo generale concetto, che gli atti tra vivi debbono trascriversi ogni volta che in forza di essi una proprietà o un diritto reale immobiliare, che potrebbe essere acquistato da un terzo, ovvero onerato di ipoteca o d'altro diritto reale a favore di un terzo, non possa più essere alienato o gravato da colui, che finora ciò poteva, tanto se questo diritto di disposizione passi ad altri, quanto se semplicemente cessi di esistere per atto volontario di chi l'aveva.

Ora, la costituzione di dote produce appunto l'effetto, che la disposizione dell'usufrutto causale cessa totalmente nella donna (la quale del resto non la riacquista neppure quando ottiene colla separazione della dote la libera amministrazione, perchè, come abbiamo veduto, l'usufrutto le ritorna non tanto come causale, quanto, se è lecito così esprimersi, come formale dotale cumulo con la proprietà), e la disposizione stessa della proprietà cessa per lei, e passa, anche nei casi nei quali si ammette l'eccezionale alienazione, al marito col consenso di lei medesima; sicchè può dirsi che la proprietà *in quanto*

sia capace d'ipoteca non è più presso la moglie, ma presso il marito in unione con lei e sotto la speciale tutela della legge, e che da parte della moglie vi è pure la rinunzia al diritto di usare e di fruire liberamente della cosa durante il matrimonio.

Se dunque non le parole *proprietà, usufrutto, diritti capaci d'ipoteca*, rigorosamente definite, si adattano alla costituzione di dote, certo ad essa si riferiscono se si intendono in senso lato, in modo da significare la proprietà non già nel totale suo contenuto, ma in alcuna delle facoltà che ne derivano e che interessano direttamente i terzi, poichè non bisogna dimenticare che in tanto l'art. 1932 impone l'obbligo della trascrizione, in quanto i diritti in esso menzionati riguardano l'interesse dei terzi.

D'altronde la parola *proprietà* nel n. 1 dell'art. 1932 cod. civ. non si può assolutamente prendere nel suo senso tecnico e preciso, poichè ivi si parla anche di *proprietà di beni o diritti capaci d'ipoteca*. In questa frase la parola *proprietà* non può avere altro senso che quello generico di *appartenenza*. Ma l'appartenenza di un diritto interessa i terzi in quanto costituisce la facoltà di disporre; sicchè di fronte ai terzi, ai quali l'art. 1932 si riferisce, *proprietà di diritto capace d'ipoteca* si può tradurre *appartenenza di diritti capaci di ipoteca*. In questa designazione l'obbietto della facoltà di disporre essendo espressamente, anzi unicamente caratterizzato con la capacità di essere ipotecato, ne viene di conseguenza che, secondo l'intenzione del legislatore, la frase « *proprietà di beni o di diritti capaci d'ipoteca* » si possa tradurre « *facoltà di disporre di beni o di diritti mediante ipoteca* ». Quindi l'art. 1932 n. 1 comprende la costituzione di dote immobiliare, in quanto il diritto d'ipotecare il fondo dotale passa, sia pure in via eccezionale, dalla moglie al marito col consenso della moglie stessa; e in ogni modo il n. 3 la comprende, in quanto la moglie con la costituzione di dote rinunzia al suo diritto di disporre mediante ipoteca.

A questa lata interpretazione non può opporsi quanto più sopra si è detto a proposito dell'*usufrutto*, che alcuni vogliono riconoscere nel diritto del marito sulla dote. Noi infatti non ci appoggiamo su questa caratterizzazione del diritto maritale, ma rileviamo solo il lato negativo della cessazione dell'*usufrutto* causale per la moglie, e riguardo al diritto maritale ci serviamo piuttosto delle due categorie menzionate nell'art. 1932 n. 1 *proprietà d'immobili e diritti capaci d'ipoteca*.

Neppure varrebbe l'obiettare che l'*usufrutto* legale degli ascendenti (articoli 1967 n. 2, 228 segg.) non va soggetto a trascrizione, e che ad esso è simile l'*usufrutto* del marito sulle cose dotali; perchè, anzitutto, abbiamo veduto che il diritto del marito non è assimilabile all'*usufrutto*, nè convenzionale, nè legale; e poi tra il diritto dotale e l'*usufrutto* legale vi è, di fronte all'istituto della trascrizione, la decisiva differenza, che l'*usufrutto* legale non è fondato sopra un *atto* di volontà, e solo gli *atti* per l'art. 1932 si trascrivono; esso dipende dallo stato personale del figlio e del genitore, che esercita la patria potestà; mentre la costituzione in dote è un *atto* volontario, senza del quale i diritti dotali non si producono, e, come già abbiamo osservato, la dotalità ha bensì tra i suoi requisiti lo stato coniugale, ma non deriva senz'altro da esso, essendo un vincolo reale volontario.

Finalmente anche l'art. 1407 non presenta una difficoltà insuperabile. Le parole, che più sopra abbiamo trascritte, si possono bene riferire soltanto alla dote mobiliare, e alle doti immobiliari costituite sotto l'impero di leggi precedenti, che non imponevano la trascrizione (confr. art. 33 disp. trans.); e la forma di esso, forse un po' troppo generale, si spiega facilmente, osservando

ch'esso riproduce senz'altro per questa parte l'art. 1560 cod. francese, nel quale l'istituto della trascrizione era stato quasi interamente tralasciato. Tale interpretazione dell'art. 1407 è tanto più accettabile, in quanto certamente, come già dicemmo, non era intenzione del legislatore di non assoggettare la costituzione di dote alla trascrizione, e tutt'al più si può dire che ad essa non si pensò abbastanza nel formulare letteralmente l'art. 1932 cod. civ. — È pur da notare che questa interpretazione dell'art. 1407 si impone necessariamente anche a coloro che ritengono che la costituzione di dote fatta a una terza persona debba andar soggetta a trascrizione, e che questa trascrizione valga anche agli effetti dei rapporti dotali.

Qualunque sia per essere l'opinione del lettore, io sarei abbastanza lieto se queste mie osservazioni l'avessero persuaso che solo le opinioni estreme sono logiche, e gli avessero resa più chiara in alcuni punti la difficile questione.

**INSANABILITÀ PER ESECUZIONE VOLONTARIA DATA
DALLA DONNA, DIVENUTA MAGGIORENNE DURANTE
IL MATRIMONIO, ALLA COSTITUZIONE DEI PROPRI
BENI IN DOTE FATTA IN ETÀ MINORE SENZA LA
PRESCRITTA ASSISTENZA^(*)**

La questione non è nuova. Già a proposito degli art. 1397, 1398 cod. francese, conformi agli art. 1385, 1386 cod. italiano, si era discusso se il minore, fatto maggiore durante il matrimonio, potesse ratificare il contratto di matrimonio nullo per mancanza di assistenza, e si era ritenuto che in generale la nullità non fosse sanabile per ratifica o esecuzione volontaria degli sposi durante il matrimonio. La stessa opinione è stata sostenuta in Italia dai più autorevoli scrittori. Veggasi, per esempio, tra i francesi: TROPLONG, *Contrat de mariage*, I, n. 288; RODIÈRE et PONT, *Contrat de mariage*, I, n. 158; LAURENT, *Principes*, XXI, nn. 31, 32, 33; GUILLOUARD, *Contrat de mariage*, I, n. 316; AUBRY et RAU, V, p. 246, § 502; DALLOZ, *Répert.*, voce *Contrat de mariage*, nn. 476, 498; ZACHARIAE-CROME, III, §§ 472 n. 3, ecc.: tra gli italiani: PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, IV, 4^a ediz., n. 178, p. 698; FERRAROTTI, *Cod. civ.*, art. 1386; E. BIANCHI, *Contratto di matrimonio*, nn. 34, 35.

Ma se la conclusione è concorde, vi è qualche diversità nell'argomentazione. Seguendo la giurisprudenza della corte di cassazione francese, che ha più volte dichiarato assoluta la nullità del contratto di matrimonio celebrato senza l'assistenza richiesta dall'art. 1398 cod. francese (art. 1386 cod. it.), parecchi autori, e in particolar modo da ultimo il GUILLOUARD (*loc. cit.*), hanno ritenuto non ratificabile il contratto, appunto perchè viziato di nullità assoluta. Altri, pur ammettendo che si tratti di nullità relativa, come in ogni altro

(*) Nota alla sentenza 10 luglio 1915 della corte di cassazione di Napoli (presidente COSENZA, estensore CIMORELLI, pubbl. ministero CAPONE (concl. conf.), Pantaleo (avv. FADDA) contro D'Amelj (avv. LANDI), pubbl. sul *Foro italiano*, 1916, I, col. 18, traendone le seguenti massime:

« È nullo il contratto di matrimonio con la relativa costituzione di dote, stipulato da donna minorenni non assistita dalla persona il cui consenso era necessario per la validità del matrimonio, ma autorizzata secondo le norme comuni per i minorenni.

« È valida però la esecuzione volontaria data durante il matrimonio al contratto annullabile dalla donna maritata divenuta maggiorenne, non potendo essa considerarsi come cambiamento di convenzioni matrimoniali vietate dall'art. 1385 cod. civile ».

caso in cui l'invalidità sia effetto dell'incapacità di una delle parti, sostengono che la ratifica durante il matrimonio sia impedita dalla immutabilità dei rapporti patrimoniali tra coniugi dopo le nozze e dal divieto delle liberalità tra coniugi.

La sentenza della corte suprema di Napoli viene dunque a rompere una vecchia tradizione della dottrina e della giurisprudenza, dal codice Napoleone fino a questi giorni.

Sono le ragioni addotte da essa tali da indurci ad abbandonare quelle tradizioni?

A me veramente non pare.

Non è necessario accettare la massima della giurisprudenza francese favorevole alla più assoluta nullità. La certezza dei rapporti patrimoniali dei coniugi interessa certamente anche i terzi, ma non mi sembra ragione sufficiente per concedere l'azione di nullità anche al coniuge pienamente capace; e tale è la conseguenza cui ci condurrebbe la nullità assoluta. Può anche essere interesse dei terzi che quei rapporti, che si sono di fatto venuti costituendo in base al contratto invalido, ma eseguito, siano mantenuti fermi; e se ciò non può valere a rendere sanabile senz'altro l'invalidità, certo non deve condurci alla conseguenza del tutto opposta di dare al coniuge capace il diritto di distruggere quanto egli ha veramente voluto, e d'impedire ogni ratifica anche dopo lo scioglimento del matrimonio. Nè credo che l'assistenza delle persone, il consenso delle quali è necessario per la validità del matrimonio, possa considerarsi come formalità il cui difetto, secondo l'art. 1310 cod. civ., non è in alcun modo sanabile; poichè basta confrontare l'art. 1386 col susseguente art. 1387 per persuadersi che si tratta di assistenza diretta ad integrare la capacità del minore.

Ma pur riconoscendo, almeno sotto questo aspetto, il carattere relativo della invalidità, non si deve ammettere che il contratto di matrimonio si possa confermare dal coniuge incapace, sia espressamente, sia tacitamente, nei modi preveduti dall'art. 1309 cod. civ., durante il matrimonio, perchè a ciò si oppongono gravi disposizioni di diritto, alle quali la corte di cassazione non ha dato il conveniente valore.

La conferma di un atto invalido richiede in chi la compie, sia espressamente, sia tacitamente, la capacità di volere l'atto che deve essere confermato. Appunto perciò la conferma non ha valore se non sia cessata la causa d'incapacità onde l'atto era viziato (arg. art. 1300, 1309), e del pari non vale se alla precedente causa d'incapacità ne sia succeduta un'altra o se sia vietato di compiere l'atto.

Nel caso nostro convien tenere conto dei divieti contenuti negli art. 1385, 1391, 1054 cod. civ., ricordando che la disposizione di quest'ultimo nel codice nostro è anche assai più rigorosa di quella del codice francese, art. 1096, 1097.

L'art. 1385 non è che la logica conseguenza dell'art. 1382, secondo il quale i contratti matrimoniali debbono essere stipulati prima del matrimonio: ogni cambiamento posteriore sarebbe un contratto parziale dopo il matrimonio.

Se pertanto i coniugi non hanno diritto di regolare con la propria volontà dopo le nozze i loro rapporti patrimoniali, non possiamo attribuire alla volontà di uno di essi la forza di dare pieno valore giuridico a un ordinamento invalidamente stipulato prima. Nè si obietti, con la corte suprema di Napoli, che la conferma ha effetto retroattivo, sicchè il contratto di matrimonio ratificato si deve considerare come stipulato validamente prima del matrimonio. La retroattività della conferma non toglie che la forza dell'atto dipenda dalla

successiva volontà del contraente, e se questa successiva volontà non è ammessa dalla legge, essa non può avere efficacia nè presentemente, nè retroattivamente.

Tra le ragioni che mossero il legislatore a dettare le disposizioni degli articoli 1382, 1385 cod. civ., molto grave è quella d'impedire che i contratti matrimoniali o i mutamenti di questi fossero fatti sotto l'influenza di un coniuge sull'altro: questa ragione esclude anche che possa durante il matrimonio confermarsi il contratto invalido.

Nel caso nostro il contenuto del contratto, del quale si discute, è la costituzione in dote dei beni della sposa. È dunque ad essa applicabile anche l'articolo 1391, che vieta espressamente la costituzione o l'aumento della dote per parte dei coniugi durante il matrimonio. Per poter confermare una costituzione di dote invalida bisognerebbe avere la potestà di costituirla; ma questa potestà manca alla moglie.

Nè è fuor di luogo il richiamo all'art. 1054, che toglie ai coniugi la facoltà di farsi durante il matrimonio l'uno all'altro alcuna liberalità. Molto rigoroso è lo spirito animatore di questa disposizione; e si contravverrebbe ad esso, se si ammettesse che la moglie potesse, con la conferma di una costituzione di dote nulla, attribuire al marito il diritto di far suoi i frutti dei beni dotali per tutta la durata del matrimonio. Vero è che secondo l'art. 1429, per riguardo alla intimità della vita comune dei coniugi, se il marito ha goduto i beni parafernali della moglie senza procura, ma senza condizione di rendere conto dei frutti, egli o i suoi eredi non sono tenuti che a consegnare i frutti esistenti, senza obbligo di rendere quelli già consumati; ma non bisogna dimenticare che la moglie conserva sempre il diritto di opporsi alla continuazione di tale godimento, e che, in seguito a qualunque atto, anche stragiudiziale, di opposizione, il marito è tenuto a render conto di tutti i frutti. L'obbligo di non opporsi e di lasciare al marito il godimento dei frutti costituisce dunque una liberalità, che eccede i limiti preveduti dalla legge e che cade quindi sotto la sanzione di nullità stabilita nell'art. 1054.

Le considerazioni che si leggono nell'ultima parte della sentenza della corte di cassazione circa la utilità che la costituzione di dote può avere anche per la moglie, possono valere pel caso di dote costituita da un terzo, ma non per la dote costituita dalla sposa medesima; poichè, sebbene la costituzione di dote importi tutta una serie di garanzie per la conservazione del capitale, certamente essa produce una manifesta diminuzione del diritto di disporre e di godere spettante alla donna proprietaria, e un notevole aumento dei diritti del marito, e ciò basta a dare solido fondamento agli argomenti che più sopra abbiamo svolto.

La corte di cassazione ha creduto di poter rafforzare la dimostrazione della sua tesi col richiamo agli art. 104, 106, 109, 110 cod. civ., nei quali le è sembrato di scorgere una chiara analogia con la materia in decisione. Se per l'art. 106, ad esempio, in caso di nullità per difetto di libertà o per errore nel consenso, l'azione non è più ammessa se vi fu coabitazione continuata per un mese dopo il riacquisto della libertà o la conoscenza dell'errore, non si comprende — dice la corte suprema — la ragione per cui i rapporti secondari, quali sono quelli economici, debbano rimanere incerti indeterminatamente.

Ma con tutta la reverenza dovuta alla corte suprema, io debbo dichiarare che ciò che non si comprende è l'analogia ch'essa ha voluto scorgere tra le disposizioni relative al rapporto personale dei coniugi nel matrimonio e quelle relative ai loro rapporti patrimoniali. Il vincolo morale e fisico che lega i co-

niugi è di tal natura che ogni volta che sia rimosso, o pel decorso del tempo si debba presumere rimosso, l'ostacolo alla validità del matrimonio, questo necessariamente deve convalidarsi, nè si può immaginare che il matrimonio impugnabile possa essere un ostacolo a tale convalidazione. I rapporti patrimoniali dei coniugi debbono invece essere regolati definitivamente e invariabilmente prima del matrimonio, e la celebrazione del matrimonio impedisce qualunque mutamento di essi.

Come parlare di analogia dove il principio giuridico fondamentale è tanto diverso?

La corte suprema avrebbe dovuto ricordare che, mentre negli art. 104, 106, 109, 110, da essa citati, sono stabiliti brevi termini di prescrizione delle azioni per l'annullamento del matrimonio, l'art. 2119 invece esclude in generale ogni prescrizione fra coniugi relativamente ai diritti patrimoniali; e avrebbe allora probabilmente pensato che una sostanziale differenza può correre anche tra la conferma del matrimonio e la conferma del patrimoniale contratto di matrimonio.

Senza matrimonio non vi è efficace contratto di matrimonio, ma ben vi può essere valido matrimonio senza valido contratto di matrimonio: la legge provvede (art. 1378, 1425) al caso in cui il contratto non esista o sia invalido.

Io penso pertanto che la pretesa conferma della nulla costituzione di dote mediante esecuzione volontaria a norma dell'art. 1309 cod. civ. non sia ammissibile.

DELLA DONAZIONE FATTA DAL MANDATARIO PER MANDATO A FARE ATTI DI DONAZIONE IN GENERE (*)

La questione decisa dalla corte di cassazione di Napoli nella sentenza, che annotiamo, ci si presenta con tutta l'attrattiva della novità. Infatti è stata infruttuosa ogni mia ricerca per trovare precedenti così nelle raccolte di decisioni pratiche, come negli scritti dei teorici. La sentenza della corte d'appello di Potenza, 12 aprile 1886, Brando c. Fiorillo, pubblicata nel *Foro italiano*, 1886, vol. XI, p. I, 998, non è altro che la sentenza cassata dalla corte suprema di Napoli con la presente decisione e riguarda quindi lo stesso caso; e gli scritti del signor avv. CICCOTTI (*Efficacia del mandato generale espresso (Giurisprudenza italiana, 1886, parte IV, pag. 144 e segg.)*) e dei signori avv. E. GIANTURCO e N. DE RUGGIERI, *Del mandato a donare* (Napoli, tip. Lanciano, 1887) sono relativi appunto alla causa presente, combattendo il primo il giudicato della corte d'appello di Potenza, e sostenendolo invece i secondi. Questa mancanza di precedenti, sicchè il caso presentatosi ora alla corte di cassazione napoletana apparisce come il primo, che si sia dato in pratica, a me sembra essere di non poca importanza anche per la decisione giuridica della questione, e perciò ho creduto utile di farla più espressamente notare, per potere ad essa richiamarmi nel seguito del mio ragionamento.

Dirò di più: neppure nella causa presente il caso è precisamente quello, che dalla decisione della corte di cassazione e dagli scritti degli autori testè citati è stato posto a base delle loro argomentazioni giuridiche. Infatti non si tratta qui di un mandato generico a fare donazioni, che non ammetta una restrittiva interpretazione della volontà del mandante: questi aveva costituito un « *vicario generale con facoltà, tra l'altre, di prendere a mutuo, ipotecare tutti o parte dei suoi beni, darli in anticresi, venderli con patti di ricompra, accettare o fare donazioni* ». Il mandato dunque a fare donazioni era compreso nel concetto dominante del mandato, che aveva per iscopo l'affidamento

della più libera ed ampia amministrazione dei beni del mandante, e perciò doveva interpretarsi in armonia con questo concetto, nel senso che il mandatario fosse autorizzato a fare quelle minori ed usuali liberalità, che, se possono giuridicamente considerarsi come vere donazioni, socialmente non sono ritenute propriamente come tali, ma sono officiose prestazioni, o remunerazioni quasi altrettanto doverose, quanto quelle dal diritto dichiarate obbligatorie. La corte d'appello di Potenza (*loc. cit.*, col. 999 seg.) aveva ben veduto questa connessione del mandato a donare con lo scopo dell'amministrazione generale, e sebbene essa ne avesse tratta la conseguenza eccessiva di considerare quel mandato a donare come « una di quelle locuzioni non rare negli atti di tal sorta, le quali riduconsi ad una sovrachianza improduttiva di giuridici effetti », pure a me sembra che la corte di cassazione di Napoli avrebbe dovuto accettare quella interpretazione della volontà, come giudizio di fatto, ed evitare così la decisione giuridica della questione più larga circa la validità del mandato generico a donare.

Interpretata nel senso da me accennato la frase relativa alla autorizzazione di fare donazioni avrebbe avuto il significato di porre fuori di ogni dubbio, e di permettere anche che fosse intesa con una certa larghezza una facoltà, che il TROPLONG (*Du mandat*, art. 1987-1989, n. 296; confr. *Du contrat de société*, art. 1856, n. 689) riconosceva giustamente allo stesso mandatario generale. Non è per verità possibile amministrare un patrimonio senza esser costretti a dare talora gratificazioni di tale natura; nè la facoltà concessa al procuratore può dirsi pericolosa, perchè facile è il riconoscere la necessità di quelle modiche donazioni e facile pure il misurarne l'entità. È certamente un grave vizio del codice nostro il non avere esplicitamente regolata la materia delle piccole remunerazioni e gratificazioni e delle modiche donazioni manuali, ma al vizio della legge deve rimediare la prudenza dell'interprete, il quale può e deve riconoscere la profonda differenza, che corre tra questo genere di donazioni e gli *atti di donazione* propriamente detti, ai quali allude l'art. 1056 cod. civ., così per la determinazione della volontà del donante, come per la natura sociale ed economica dell'atto. Pur troppo la teoria delle donazioni trascurata dagli antichi giureconsulti romani, a causa specialmente delle leggi positive allora vigenti, non è stata ancora sufficientemente elaborata e sottoposta a più sottile e pratica analisi; ma tuttavia (o anzi appunto perciò) è necessario tener fermo quel poco che si è fatto in questo senso e accordare con la legge positiva ciò che richiedono i bisogni della vita e la comune consuetudine. Non posso quindi accettare la tesi contraria alla validità dei doni manuali sostenuta con tanta sagacia ed erudizione dall'ottimo mio collega prof. CHIRONI (*Sulla validità dei doni manuali*, nel periodico *Studi senesi*, II anno, 1885, pag. 3-79); e sebbene io non sia punto propenso ad attribuire grande autorità ai lavori preparatori del codice, ritengo che sia dovere dell'interprete di ricercare in tutti i modi qual sia il vero significato della frase *atti di donazione* usata nell'art. 1056 cod. civ.. E poichè risulta dalle discussioni della commissione coordinatrice e dalla relazione ministeriale che quella frase fu così concepita, perchè non comprendesse ogni genere di donazione, e poichè essa fu fino ad ora costantemente così ristrettivamente intesa dalla giurisprudenza e dall'uso comune, non può il giurista attribuirle altro senso; è quella la mente della legge e non del solo legislatore. Se il dire *atti di donazione* fu modo poco felice per distinguere dalle donazioni, alle quali il codice aveva riguardo, le altre che non erano comprese nelle sue disposizioni, pur tuttavia non si può negare che la distinzione fu fatta, e che così fu intesa; l'interprete dunque non aggiunge nulla

(*) Nota alla sentenza 29 gennaio 1887 della corte di cassazione di Napoli (presidente MIRABELLI), Fiorillo e Damiano (avvocato GIANTURCO) contro Brando e Fiorillo (avv. PLASTINO), pubblicata nel *Foro italiano*, 1887, I, col. 525, con la seguente massima: « È valida la donazione fatta dal mandatario del donante in forza di mandato, con cui lo si abilitava ad atti di donazione in genere »; e in seguito ripubblicata da E. GIANTURCO in un volume « *Del mandato a donare cui voles* » (L. Pierro, Napoli, 1888) di « Note critiche ed allegazioni degli avvocati SCIALOJA, RICCI, JANNUZZI, GIANTURCO, BALLERINI, PLASTINO e LOMBARDI, seguite dalla requisitoria del proc. gen. CALENDIA e dalla sentenza pronunziata dalla corte di cassazione di Napoli a sezioni riunite il 2 giugno 1888 ». Cfr. anche pag. 365 e pag. 367.

alla legge, ma solo ne dichiara meglio il significato. Ammessa poi tale interpretazione dell'art. 1056, necessariamente conviene conformarvi anche quella dell'art. 1070. Tutto ciò che si può concedere al Chironi, è che il concetto di donazione manuale, per sè stesso oscuro e vago, dovrebbe in tutti i modi meglio determinarsi, e forse non alla sola manualità e modicità dovrebbe badarsi, ma anche alla funzione della donazione stessa socialmente ed economicamente considerata.

Ma veniamo alla questione di diritto risolta dalla corte di cassazione. È valido il mandato generico a fare donazioni senza che sia specificato l'oggetto della donazione e la persona del donatario? Ed è valida per conseguenza ogni donazione fatta in forza di tale mandato? La corte di cassazione ha risposto affermativamente a queste domande, per due ragioni: 1° perchè, la donazione essendo compresa nel concetto generale di alienazione, non si può per essa richiedere più di quanto il codice dispone nell'art. 1741 per il mandato ad alienare: il mandato a donare deve essere dunque espresso, ma non è necessario che siano specificate la persona del donatario e la cosa da donarsi: ogni volta che la legge ha voluto qualche maggiore specificazione del mandato, lo ha detto espressamente, ma nulla trovasi relativamente al mandato a donare; non può quindi l'interprete vincolare la facoltà di disporre più di quanto la legge abbia fatto; — 2° l'accettazione delle donazioni secondo l'art. 1058 cod. civ. può farsi validamente anche da colui che abbia una procura esprime la facoltà in generale di accettare donazioni; se ne può dunque argomentare, che basti una procura generale a fare donazioni anche per parte del donatore.

L'avv. Ciccotti, nel suo scritto citato più sopra, svolgendo maggiormente queste stesse ragioni, soggiunge che per diritto romano era valido il mandato a donare anche genericamente concepito; il che conferma con grave autorità la tesi da lui difesa.

Questi argomenti a me sembrano in parte falsi per sè stessi, in parte non abbastanza forti per sostenere la massima accettata dalla corte suprema napoletana. Credo quindi che non sarà inutile esaminarli prima più dappresso, e quindi tornare a studiare sotto i suoi diversi aspetti la difficile questione.

Vediamo prima se con ragione si sia invocato il diritto romano. Il solo frammento citato dal Ciccotti, staccato da tutto il rimanente del testo di cui fa parte, può apparire favorevole alla sua tesi: ma in realtà non si riferisce punto alla questione, che studiamo. E la l. 7 § 5 Dig. de donat. 39,5: « Sed enim meminisse oportebit, si cui donare quoque permissum est, nisi specialiter etiam mortis causa donare fuerit permissum, non posse mortis causa donare ». Ma qui non si parla già di mandato, ma di concessione di peculio ad un figlio di famiglia, come risulta manifesto da tutta la parte precedente del testo stesso: « ULPIANUS libro quadragesimo quarto ad Sabinum. « Filius familias donare non potest, neque si liberam peculii administratio nem habeat: non enim ad hoc ei conceditur libera peculii administratio, ut perdat. § 1. Quid ergo si iusta ratione motus donet, numquid possit dici locum esse donationi? quod magis probabitur. § 2. Item videamus, si quis filiofamilias liberam peculii administrationem concesserit, ut nominatim adiceret sic se ei concedere, ut donare quoque possit, an locum habeat donatio: et non dubito donare quoque eum posse. § 3. Nonnumquam etiam ex persona poterit hoc colligi: pone enim filium esse senatoriae vel cuius alterius dignitatis: quare non dicas videri patrem, nisi ei specialiter donandi facultatem ademit, hoc quoque concessisse, dum liberam dat peculii administrationem? § 4. Pari autem ratione, qua donare filius familias prohibe-

« tur, etiam mortis causa donare prohibebitur; quamvis enim ex patris voluntate mortis quoque causa donare possit, attamen ubi cessat voluntas, inhibebitur haec quoque donatio. § 5. Sed enim meminisse etc.... ». Posto così in luce, senza bisogno di altro commento, il vero significato di questa legge, è manifesto che di esso non è possibile servirsi nella presente controversia. La natura affatto speciale del peculio romano, il quale deve considerarsi come un patrimonio di fatto appartenente al figlio di famiglia o allo schiavo, sebbene per diritto ne fosse proprietario il padre (confr. PERNICE, *M. Antistius Labeo*, I, p. 121 seg.; MANDRY, *das gemeine Familiengüterrecht*, II, p. 6 segg. e gli autori citati in quest'ultimo p. 6 nota 1), doveva far sì che l'amministrazione di esso non fosse soggetta alle stesse regole dell'amministrazione tenuta da un procuratore, e specialmente doveva render possibile che il figlio di famiglia facesse una donazione in proprio nome e con propria volontà. Del resto è noto, che per regola generale nella stessa amministrazione del peculio non era compresa la facoltà di donare (vedi, oltre la citata l. 7 pr. Dig. de donat. 39, 5, anche le l. 28, § 2 Dig. de pactis 2, 14; l. 1, § 1 Dig. quae res pign. 20,3; l. 8, § 5 Dig. quib. mod. pign. solv. 20,6; l. 34 pr. Dig. de nov. 46,2 relative così ai figli di famiglia come ai servi, e le l. 3, § 8 de don. i. v. et u. 24, 1; l. 52 § 26 de furtis 47,2 che parlano più specialmente dei servi).

Tolto di mezzo pertanto il testo riferito dal Ciccotti, dobbiamo ricercare se e come nel diritto romano fosse ammesso il mandato a donare.

Lasciando in disparte i testi, che trattano della accettazione della donazione, pare che le leggi, che più o meno si potrebbero riferire all'argomento del mandato a donare, sarebbero le seguenti: l. 2, § 6 Dig. de don. 39,5; l. 4 eod.; l. 9, § 2 eod.; l. 10 eod.; l. 19, § 3 eod.; l. 25 eod.; l. 3, § 13 de don. int. v. et ux. 24, 1; l. 4 eod.; l. 5 pr. eod.; l. 11, § 7-8 eod.; l. 49 eod.; l. 55 eod.; l. 165 de reg. iur. 50, 17; l. 8 Cod. de O. et A. 4,10; l. 14 Cod. de don. 8,53 (54); l. 20 eod.; l. 31, § 1 eod. Naturalmente non è qui il luogo di menzionare neppure tutta la lunghissima serie di testi, nei quali si ammette lo intervento di terzi nella donazione sotto altro riguardo, come per es. nella donazione compiuta ordinando ad un proprio debitore di dare la cosa, a noi dovuta, ad altri cui vogliamo donarla etc.

Dei testi citati ben pochi hanno per noi qualche importanza.

Alcuni di essi si riferiscono all'adempimento di formalità: così le l. 20 e 31, § 1 Cod. de don. ammettono che il donante possa far sottoscrivere da altri in vece sua l'atto di donazione. Ciò, come è noto, si permetteva persino nei testamenti, e non ha nulla che vedere con la determinazione della volontà di donare, nè con l'ulteriore compimento della donazione. In pari modo si può riconoscere che anche l'insinuazione delle donazioni si potesse fare per procuratore (Confr. CUIACIO, *Consultatio*, III, Opp., Prati, vol. 10, col. 1725).

Per mezzo di terzi poteva farsi la tradizione nella donazione perfezionata con la datio: a ciò si riferiscono le citate leggi 2 § 6, 10,25 Dig. de don., l. 5 pr. de don. i. v. et ux., l. 8 Cod. de O. et A., ma la volontà di donare e di fare ottenere la proprietà della cosa al donatario era necessaria nella persona del vero donatore mandante; anzi si può aggiungere che era indifferente che il terzo, il quale doveva eseguire la tradizione, sapesse che questa doveva farsi per donazione. — Di queste leggi meriterebbe forse uno studio più profondo la l. 25, specialmente paragonandola con altre leggi simili in relazione all'acquisto della proprietà per tradizione e alla teorica del furto; ma noi dobbiamo limitarci qui a ciò che concerne la donazione e il mandato. Nel caso proposto in questa legge da Giavoleno, il donatore aveva consegnata

una cosa ad un mandatario, che doveva darla a Tizio in donazione a nome del donatore stesso. Avevasi dunque veramente un mandato a donare, ma specialissimo, con la determinazione della cosa e della persona del donatario, sicchè la volontà di donare esisteva veramente e precisamente nell'animo del vero donatore, il quale l'aveva espressa al mandatario: non v'è la minima traccia di una volontà di donare, che si dovesse generare nell'animo del mandatario e che dovesse poi valere come volontà del mandante. Se qualche dubbio circa questa interpretazione può nascere per le parole « *Si tibi dederim rem ut Titio meo nomine donares* », le quali potrebbero lasciar credere che il caso si dovesse figurare come se uno avesse dato in proprietà ad un altro una cosa coll'obbligo di quest'altro di donarla a Tizio, basta in contrario il notare che le parole « *quantum ad iuris subtilitatem accipientis facta non est etc.* » si oppongono assolutamente a questa interpretazione. (Confr. JHERING, *Jahrb. f. Dogm.*, II, p. 74). Del resto anche un caso di tal natura, che è certamente possibile, non varrebbe minimamente a sostegno della validità del mandato generale a donare, col quale non ha nulla che fare. E qui ricorderemo la l. 11 § 7 *de don. i. v. et ux.* (lontanamente anche la l. 49 *eod.*). Così nella l. 19, § 3 *Dig. de don.* si figura appunto il caso, molto simile a questo, che il donatore abbia dato mandato al proprietario di una cosa di darla a Tizio: l'*animus donandi* è sempre nel donatore, il mandato è specialissimo. Simile pure e non meritevole di ulteriore esame è il caso, in cui la persona, alla quale altri vuol fare una donazione, faccia dar la cosa dal donatore a un terzo, cui essa vuole donarla, caso che si trova nelle l. 3 § 13, l. 4 *Dig. de don. i. v. et ux.* (confr. pure l. 56 *Dig. eod.*) ed è di natura pari a quello, assai frequente in cui il donatore fa dare, da un debitore che gliela deve pagare, la cosa al donatario.

Poche parole ci restano da dire sulle l. 4, 9, § 2 *Dig. de don.*, l. 165 *Dig. de R. I.*, l. 14 *Cod. de don.*

La legge 9, § 2 *de don.* è così concepita: « POMPONIUS libro trigesimo tertio ad Sabinum. Quod filiusfamilias patris iussu aut voluntate donavit, « *perinde est, ac si pater ipse donaverit aut si mea voluntate rem meam tu « nomine tuo Titio dones* ».

L'interpretazione è controversa da un pezzo. I libri di diritto greco romano ce ne danno tre differenti versioni: una quasi letterale negli Scolii dei Basilici (*Schol. 4 ad Bas. XLVII, 1, 8, § 2 HEIMBACH, IV, p. 568*); una seconda assai più libera nel testo dei Basilici (*Bas. XLVII, 1, 8, § 2 loc. cit.*); una terza finalmente più fedele della seconda, ma meno letterale della prima, nel *Prochiron* (XII, 6, 7, ed. Zachariae, p. 85) e indi nell'*Epanagoge* (XXII, 7, ed. Zachariae, p. 146), nel *Prochiron auctum* (XXIII, 5, ed. Zachariae, pag. 133), e nel Manuale di Harmenopulo (III, 1, 7, ed. Heimbach, p. 336 seg.), nel quale mancano solo tre parole senza alterazione del senso. Nei Basilici il caso della donazione fatta dall'estraneo è assolutamente fuso con quello del figlio; nel *Prochiron* invece è distinto in una proposizione indipendente, ma in tutti i testi greci si ammette che debba considerarsi come donatore colui che dà il suo consenso ad una donazione di cosa sua fatta da un terzo in proprio nome. La Glossa invece, dopo avere interpretato il *voluntate* con le parole *mandante vel ratum habente*, nell'annotare, ad v. *nomine tuo*, la proposizione relativa alla donazione fatta dall'estraneo, dice: « *hic tamen duae donationes sunt: superiori casu una* », ritiene dunque che il proprietario della cosa doni questa all'estraneo e l'estraneo poi la doni al terzo. Degli interpreti moderni si accosta all'opinione della Glossa il SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, IV, § 156, nota b, pag. 111 (pag. 133 della mia tra-

duz. italiana); al contrario si avvicina più all'antica interpretazione dei greci lo SCHILLING, *Institutionen* III, § 355 nota *mm*, pag. 847 seg. La cosa è veramente dubbia. L'interpretazione dei greci e dello Schilling pare che meglio si adatti all'unità del pensiero che dovrebbe essere espresso nel testo. Ma potrebbe anche ritenersi che in esso non si riguardassero tutti gli effetti della donazione, ma soltanto il passaggio della proprietà al donatario. Ciò potrebbe argomentarsi dal § 3 della medesima legge (*donari non potest nisi quod eius fit cui donatur*), e dal modo come incomincia lo stesso § 2 (*QUOD... donavit, perinde est ac....*); nè certamente Pomponio poteva avere in mente alcuni effetti, come p. es. la revoca per ingratitudine, che solo più tardi acquistarono importanza. Ciò posto, accanto al passaggio di proprietà dal padre o dal terzo consenziente al donatario Tizio, potrebbe anche aver luogo un duplice rapporto tra il proprietario consenziente e colui che dona *suo nomine*, e tra quest'ultimo e il donatario Tizio. In ogni modo, qualunque opinione si abbracci a questo riguardo, a noi importa ora osservare soltanto che in questa l. 9, § 2 *de don.* non si tratta minimamente di un mandato generale a donare, e che comunque si voglia figurare il rapporto — o come una donazione del proprietario a Tizio per mezzo del terzo, o come una donazione del proprietario a questo terzo seguita da un'altra donazione del terzo a Tizio, o finalmente come una donazione del terzo a Tizio invalida per la mancanza della proprietà nel donatore e poi convalidata con la ratifica del proprietario — la questione, che forma l'oggetto principale di questo nostro studio, non ne rimane nè oscurata, nè rischiarata.

Lo stesso può dirsi della l. 14 *Cod. de don.*, la quale del resto trattando di un caso in cui il proprietario non ha consentito alla donazione, giunge ad un risultato negativo ed è perciò anche assai meno importante della l. 9 § 2 *Dig. de don.*

La l. 165 *Dig. de R. I.* 50,17 è così concepita:

« ULPIANUS libro quinquagesimo tertio ad edictum. Cum quis possit alienare, poterit et consentire alienationi. Cui autem donare non conceditur, « *probandum erit nec, si donationis causa consenserit, ratam eius voluntatem habendam* ». Il senso diretto di questa legge è puramente negativo e non ha quindi importanza per la nostra questione. Ma un argomento a contrario sostenuto anche dalla prima parte del testo ci può far ritenere che chi può donare può anche consentire ad una donazione. Nulla però ci autorizza ad estendere la portata di questa proposizione fino ad ammettere che questo consenso valido possa essere contenuto in un mandato generale; anzi, se guardiamo all'oggetto, di cui parlava Ulpiano, ne dobbiamo concludere che le sue parole avevano un significato assai determinato e ristretto. È infatti già da gran tempo (confr. I. GOTHOFREDUS, *De reg. iur. pars XI ad h. l. Opp. minora* col. 1149; SCHULTING, *Notae ad h. l.* tom. VII, pars 2, pag. 882; e recentemente LENEL, *Edictum perpetuum*, pag. 300 nota 3) stato riconosciuto che la l. 165 *de R. I.* deve congiungersi con le l. 8 e 10 *de aq. et aq. pl. arc.* 39,3, tratte dallo stesso libro 53 di Ulpiano *ad Edictum*, sicchè in essa si parlava precisamente del consenso, che tutti gli interessati dovevano dare alla costituzione di una servitù di acquedotto. Come ben si vede, in tal modo la l. 165 *de R. I.* è posta anch'essa fuori della nostra discussione.

Rimane ora da esaminare la l. 4 *de don.* 39,5. « POMPONIUS, libro septimo decimo ad Sabinum. Etiam per interpositam personam donatio concessa potest ». Qui ci è detto con termini generalissimi che la donazione si può compiere anche per interposta persona: tutto sta nel definire il significato di *interposita persona*. Comprenderà essa nel nostro testo anche

un procuratore munito di mandato generico a donare? Sul significato di *interposita persona* in generale si è discusso tra lo SCHEURL, *Jahrb. f. Dogm.* II, p. 19 segg. e lo JHERING, *ibid.* p. 72 segg., il primo dei quali pretendeva certamente a torto che quella locuzione designasse il mandatario che agisce in proprio nome, il secondo al contrario, dopo avere vittoriosamente confutato lo Scheurl, sosteneva che quella frase non aveva significato tecnico, ma fosse usata di preferenza nel caso che in un negozio si facesse per frode intervenire una terza persona. Istruttiva in proposito può essere la lettura dei testi seguenti: PAUL., *Sent.* II, 23, 3; l. 32, § 2 Dig. *ad SC. Vell.* 16, 1; l. 18 Dig. *de spons.* 23, 1; l. 3, § 9, l. 5 pr. § 2, l. 11, § 2, 6, 7, 8 Dig. *de don. i. v. et ux.* 24, 1; l. 5, § 3, 4 Dig. *de uct. et cons.* 26, 8; l. 87, § 7 Dig. *ad leg. Falc.* 35, 2; l. 12 Dig. *si quid in fraud.* 38, 5; l. 14 Dig. *quae in fraud.* 42, 8; l. 1, § 8 Dig. *quar. rer. act.* 44, 5; l. 5 Dig. *de stipul. serv.* 46, 5; l. 3 pr. *ratam rem* 46, 8; l. 6 § 1 Cod. *de incest.* 5, 5. (Confr. pure l. 32 § 4 Dig. *de adm. et per.* 26, 7).

Di qui si ricava, che senza dubbio lo Jhering ha ragione: la frase *interposita persona*, usata in testi di assai diversi autori, non ha significato precisamente determinato, si applica al mandatario, che agisce in nome proprio o in nome del mandante, e si applica all'istitutore, al fideiussore, a colui cui è lasciato un legato, che realmente deve acquistarsi da altri etc.; nel massimo numero dei casi la interposizione è fatta per iscopo fraudolento, sebbene non manchino testi, nei quali di frode non può parlarsi (p. es. l. 18 *de spons.*); l'atto in cui più spesso si parla di *interposita persona* è la donazione. Tuttavia in nessuno dei testi citati questa locuzione si riferisce ad un procuratore munito di mandato generale, il quale compia l'atto di cui si tratta in forza di tale mandato; anzi l'intenzione fraudolenta, che nella maggior parte di quelle leggi è presupposta, esclude la generalità del mandato.

Del resto dalla stessa l. 4 *de don.* si può argomentare che essa non contempla il caso di donazione fatta da procuratore munito di mandato generale. L'iscrizione (neppure molto certa) della legge non è atta ad illuminarne la interpretazione; ma fermandoci all'esame delle parole, certo è che il verbo *consummari* allude alla esecuzione e al suo compimento, e non alla determinazione della volontà del donatore, sicchè ne resta esclusa l'idea del mandatario generale.

I risultati delle nostre ricerche non sono stati finora favorevoli all'opinione preferita dalla corte di cassazione napoletana. Nessun testo romano l'appoggia. Direttamente contraria sarebbe una massima, che spesso si ripete quasi proverbialmente ed è scritta nella l. 10 C. *de don.* 8, 53 (54): « *Nec ignorans nec invitus quisque donat* », poichè il mandante ignorerebbe la donazione fatta dal suo procuratore generale a donare.

Io non vorrei troppo appoggiarmi a quella massima, la quale nella legge citata è applicata al caso, tutto diverso dal nostro, in cui uno non abbia voluto donare una cosa che dall'istrumento di donazione risulterebbe compresa in questa; quantunque la forma della massima stessa dimostri che il principio in essa contenuto è assai più ampio dell'applicazione fattane (Cfr. l. 49 Dig. *de proc.* 3, 3: « *Ignorantis domini condicio deterior per procuratorem fieri non debet* »). Restano in ogni modo le norme generali che regolano le donazioni e il mandato, le quali escludono da una parte il mandato troppo generico e indeterminato (confr l. 48, § 2, Dig. *Mand.* 17, 1 secondo la lezione delle Pandette fiorentine e dei Basilici), e dall'altra non ammettono che il donatore si spogli delle proprie sostanze senza un preciso atto della sua volontà. Di ciò torneremo a parlare in seguito.

Ora è tempo di lasciare il diritto romano per venire al diritto moderno. Se si considera la straordinaria rarità del caso, non parrà strano che nella maggior parte anche delle legislazioni moderne non si faccia parola del mandato generale a donare: *quod enim semel aut bis existit praetereunt legislatores*.

Non mancano peraltro alcune legislazioni che ne trattano, nelle quali è notevole che il mandato a donare non è già considerato appositamente per escludere il mandato generale a donare, il quale poteva parere per sè stesso assurdo, ma piuttosto per escludere che nel mandato generale di amministrare fosse compreso il mandato a donare; nel formulare questo principio però il legislatore ha per le donazioni richiesto un mandato speciale per compiere quel determinato atto di donazione di cui si tratta, ed ha perciò implicitamente escluso anche il mandato generale a donare.

È bene peraltro avvertire fin d'ora, per evitare inutili disquisizioni e per non cadere in esagerazioni in nessun senso, che il mandato a donare potrebbe in astratto avere tre forme diverse: 1) mandato generale, in cui potrebbe essere compresa la facoltà di donare; 2) mandato a donare in genere, contenente la facoltà di far donazioni, senza altra determinazione di cose e di persona; 3) mandato a fare una determinata donazione.

La prima forma è quella che comunemente si chiama *mandato generale*, per opposizione alle altre due, che si possono chiamare così l'una come l'altra *mandato speciale*, perchè riguardano una speciale categoria di negozi. Ma se poi si contrappongono fra di loro le ultime due forme, si dovrà chiamare *mandato generale o generico a donare* la seconda, e *mandato speciale a donare* la terza. Se si prova che il mandato generale della prima forma non comprende la facoltà di donare (della qual cosa non si può dubitare, salvo l'eccezione da noi ammessa più sopra coll'autorità del Troplong), non si è ancora provato che non sia ammesso il mandato generale o generico a donare della seconda forma. Così pure quando si dice che per donare è necessario un mandato speciale senz'altro, può ancora rimanere incerto se si richieda un mandato della terza forma. Tuttavia la straordinaria rarità dei mandati della seconda forma, rende certamente assai probabile che la legge che parla di un mandato speciale a donare, alluda piuttosto alla terza forma che alla seconda. Ogni dubbio è tolto di mezzo, quando nella legge si trovano espressioni tali che dimostrino che il mandato si deve dare per ogni atto di donazione.

Ora ecco le disposizioni a me note, che riguardano il mandato a donare nelle odierne legislazioni.

Nel codice prussiano (*Preussisches Allgemeines Landrecht* I, 13, § 109) si richiede una procura speciale per le donazioni di qualunque genere siano.

L'espressione usata (« *auch zu Schenkungen aller Art, in Namen des Machtgebers, ist eine Specialvollmacht nothwendig* ») non esclude di per sè ogni dubbio, ma lascia piuttosto credere che si tratti di mandato speciale per determinate donazioni; e tale interpretazione diventa certa se questa disposizione si paragona con le altre contenute nello stesso articolo, ove si richiede lo stesso mandato speciale per deferire o accettare il giuramento, per giurare per l'anima del mandante, per accettare un compromesso per la decisione di una lite, per concludere una transazione etc., atti pei quali è sicuramente necessario un mandato speciale per ognuno di essi (Confr. KOCH, *Das Recht der Forderungen*, 2 ediz., III, pag. 539 seg.).

Il codice austriaco nel § 1008 dispone: « ...Se poi si tratta di adire puramente o di ripudiare un'eredità; di contrarre società; di fare donazione;

di accordare la facoltà di eleggere un arbitro o di rinunciare gratuitamente a qualche diritto è *necessario un mandato speciale per ciascuno di tali affari* ». Qui come si vede ogni dubbio vien meno. Il mandato richiesto è della terza forma; non istaremo neppure a citare autori.

Nel codice civile sassone § 1306 si legge, che per potere fare una donazione è necessario un mandato espressamente ad essa diretto (« ...zu Vornahme einer Schenkung... bedarf es eines ausdrücklich darauf gerichteten Auftrages »). Anche qui l'accenno ad una donazione dimostra che il mandato dev'essere della terza forma.

Nel recente codice federale svizzero delle obbligazioni si prescrive, articolo 394: « Il mandatario abbisogna d'una speciale autorizzazione per promuovere liti, fare transazioni, accettare arbitramenti, contrarre obbligazioni cambiarie, alienare o vincolare immobili, fare donazioni ». Qui l'espressione è più incerta e lascia realmente luogo a dubbio tra le varie forme di mandato a donare, che possono dirsi speciali di fronte al mandato generale ad amministrare.

In ogni modo possiamo constatare, che quelle legislazioni, che hanno qualche disposizione espressa sulla nostra materia, hanno di preferenza richiesto per le donazioni un mandato speciale e determinato per i singoli atti. Ciò può dar luogo a due deduzioni opposte.

Si può dire che è questa una prova del principio generale che per donare si richiede un mandato di tal natura; si può invece sostenere, che se quelle legislazioni hanno espressamente richiesta tale qualità di mandato questa sarà per esse necessaria, ma per le altre che siffatto mandato non esigono vale un principio contrario. Deve però notarsi, che questa seconda conclusione è assai più difficile ad ammettersi che la prima, perchè il pensiero di richiedere il mandato speciale per le donazioni nasce da quello di escludere la facoltà di donare dal mandato generale propriamente detto, e non è facile il supporre che il legislatore abbia avuto in mente la possibilità di un mandato speciale bensì, ma generico per ogni donazione, mandato del quale in pratica è quasi impossibile trovare esempio. Escluso dunque il mandato generale propriamente detto, è probabile che non si pensi ad altra figura per le donazioni che a quella del mandato speciale determinato (se così vogliamo chiamarlo), e questo pensiero può essere più o meno chiaramente espresso dalla legge, senza che sia lecito il dire che esso si deve ammettere solo là dove è stato esplicitamente dichiarato. Se poi si dimostra che il concetto del mandato generico a donare urta contro i principii generali di una legislazione, se si prova pure per qual ragione in una legge non si è parlato del mandato a donare, ogni dubbio deve sparire, e deve ritenersi che l'esclusione del mandato generico, scritta in altre leggi, non è che l'espressione di un principio che va ammesso in ogni sistema giuridico, finchè il diritto positivo non abbia espressamente disposto il contrario.

Esaminiamo ora il codice francese, per avvicinarci sempre più alla legge italiana. Quel codice non parla del mandato a donare. L'art. 1988 dispone: « *Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès* ». Essendo la donazione senza dubbio una alienazione e un atto di proprietà, ne viene di conseguenza, che il mandato espresso è necessario anche per essa. La conclusione è sicura, ma resta sempre notevole che il codice non parla espressamente della donazione. D'altra parte per l'art. 1988 può rimanere incerto, se il mandato espresso debba riguardare il determinato atto di donazione o se basti sia concepito in ter-

mini generali, accordando la facoltà di donare. — L'art. 933 ammette il mandato per l'accettazione delle donazioni anche generale per tutte le donazioni: « *Si le donataire est majeur l'acceptation doit être faite par lui, ou, en son nom, par la personne fondée de sa procuration, portant pouvoir d'accepter la donation faite ou un pouvoir général d'accepter les donations qui auraient été ou qui pourraient être faites* ». Questo articolo può dar luogo a due opposti argomenti. Si può dire che la legge ha espressamente autorizzato il mandato generico per l'accettazione delle donazioni, appunto perchè altrimenti anche per questa si sarebbe dovuto escludere, e che perciò il silenzio relativo al mandato a donare deve interpretarsi come esclusione di un mandato di quella natura: si può affermare dall'altra parte che, se è ammessa quella specie di mandato per l'accettazione, per analogia dovrà ammettersi anche per la donazione stessa. Ma questo argomento d'analogia, sul quale si è appoggiata anche la corte di cassazione di Napoli (poichè l'art. 1058 del cod. italiano è la riproduzione dell'art. 933 del cod. francese), è assolutamente insostenibile.

Due ordini di ragioni vi si oppongono: ragioni astratte e generali; ragioni esegetiche tratte dal codice stesso. Se il motivo per escludere il mandato generico a donare consistesse solo nel vincolo, che si genera tra la persona del donatore e quella del donatario, vincolo che ha carattere assai personale e comprende anche il debito di gratitudine, si potrebbe forse dire con apparente fondatezza che, se è lecito accettare una donazione anche per mezzo di un procuratore munito di un mandato generale per tali accettazioni, ciò significa che si può acquistare una donazione anche ignorandola ed ignorando perciò la persona del donatore, con cui si entra in rapporto, e che quindi quel vincolo personale non deve essere esagerato e non è tale in ogni modo che impedisca una donazione fra persone, delle quali l'una non conosca l'altra. Questo ragionamento non è per sè stesso pienamente giusto, e d'altra parte, anche se fosse tale, non basterebbe a provare l'ammissibilità del mandato generico a donare, che, a parer mio, deve escludersi per altre ragioni. Ho detto che non è pienamente giusto, perchè non si può in tutto paragonare il rapporto personale del donatore verso il donatario con quello del donatario verso il donatore. Il donatario acquista, si arricchisce, e perciò compie un atto, che difficilmente si rifiuta; nel caso, ch'egli non voglia ricevere donazione da quella persona che gliel'ha fatta, ancorchè il suo mandatario l'abbia accettata, potrà sempre restituire in seguito al donatore la cosa donata; il debito di gratitudine, ch'egli contrae verso il donante, non consiste già in un vincolo grave di ossequio quotidiano, ma solo nell'astenersi da atti per sè stessi illeciti e delittuosi (art. 955 cod. francese n. 1-2; art. 1081 cod. italiano, corrispondente al francese), e nel dovere di alimentare il donatore povero; e questo, si noti bene, non ha altra sanzione che la revoca della donazione, ossia il rimettere il donatario nello stato in cui si troverebbe se non avesse accettata la donazione. Invece il riguardo personale nella massima parte dei casi è il movente della donazione stessa nell'animo del donatore; questi si spoglia della cosa propria, s'impoverisce, senza speranza di corrispettivo, per arricchire il donatario, e, se la donazione fatta alla persona a lui ignota deve considerarsi valida, egli non ha alcun mezzo per ricuperare la cosa donata. Troppo grave è dunque la differenza tra la posizione del donatore e quella del donatario nel loro rapporto personale per potere argomentare per analogia dall'uno all'altro.

Tuttavia io non voglio disconoscere, che non bisogna esagerare il rapporto personale neppure nei riguardi del donatore. Così non crederei inam-

missibile che la scelta della persona del donatario fosse dal donatore rimessa ad un terzo o alla sorte etc. purchè la determinazione a donare avesse nell'animo del donante tutti gli altri requisiti necessari. Questi requisiti, dei quali tratteremo fra breve, non debbono minimamente esistere nell'animo del donatario, ed è perciò impossibile l'argomento d'analogia dal donatario al donatore; quest'analogia sarebbe ammissibile solo nel caso che si potesse dimostrare essere l'*animus donandi* uguale all'*animus accipiendi*. Basta poi leggere dopo l'art. 933 del cod. franc. l'art. 935, e dopo l'art. 1058 del cod. ital. l'art. 1059 per vedere dove va a finire l'argomento d'analogia. L'argomento a contrario, che sorge pertanto dall'art. 933 del codice francese (articolo 1058 dell'italiano) a preferenza dell'argomento d'analogia, ha poi, secondo me, una indiscutibile conferma nell'art. 948 cod. franc.: « *Tout acte de donation d'effets mobiliers ne sera valable que pour les effets dont un état estimatif, signé du donateur et du donataire, ou de ceux qui acceptent pour lui, aura été annexé à la minute de la donation* », riprodotto nell'articolo 1070 del codice italiano: « Qualunque donazione di cose mobili non è valida, che per quelle specificate con indicazione del loro valore, nell'atto stesso della donazione, ovvero in una nota a parte sottoscritta dal donante, dal notaio e dal donatario, o da chi accetta per esso se interviene all'atto: la nota sarà unita all'originale della donazione ». Qui è evidente, che il legislatore, avendo menzionato l'uno accanto all'altro il *donatore* e il *donatario* o *chi accetta per esso*, ha inteso che non vi potesse essere un *donatore* o *chi dona per esso*: se ciò avesse ammesso, avrebbe necessariamente dovuto esprimerlo in questo luogo.

Molte ragioni d'ordine generale spiegano, perchè il legislatore francese non abbia parlato del mandato generico a donare. È noto come la somiglianza tra la donazione e il testamento, la quale deve pure in gran parte riconoscersi per vera, inducesse i redattori del codice francese ad equiparare questi due istituti anche più forse di quanto importasse la loro natura; essi ne trattano in un solo titolo (lib. III tit. II) promiscuamente, specialmente per ciò che riguarda l'animo dell'agente e la sua capacità. Era dunque ben naturale che, come pel testamento non è lecito rimettere ad altri la determinazione della volontà, così alla mente del legislatore francese non si presentasse come possibile la trasmissione per mandato ad un terzo della facoltà di fare donazioni. Anche se quella assimilazione delle donazioni ai testamenti fosse stata erronea, poichè nella legge fu fatta, bisognerebbe accettarne per diritto positivo le conseguenze; ma a parer mio, per ciò che concerne la volontà del donatore, essa fu anche giusta (confr. il mio scritto *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici* pag. 20) (1). Si può aggiungere anzi che, siccome nella donazione l'agente non solo per propria volontà spontanea dispone del suo patrimonio, ma s'impoverisce, cosa che non avviene nella disposizione testamentaria, la determinazione della volontà deve essere in lui anche più salda e precisa per avere valore giuridico, e soprattutto poi dev'essere assolutamente a lui personale.

Oltre a ciò il legislatore francese guardò con occhio diffidente gli atti di donazione; circondò il donatore di forme, che fossero ostacolo alle troppo inconsiderate risoluzioni, volle che la determinazione di donare fosse ponderata e fermissima, anche perchè non ne venissero danni ai donatori stessi e alle loro famiglie.

(1) [V. vol. I].

Come dunque avrebbe egli potuto ammettere che alla volontà di colui, il cui patrimonio si diminuisce con la donazione, si potesse sostituire la volontà altrui?

Questa intima natura della donazione e della volontà, che per essa è necessaria, è quella che, a parer mio, impedisce assolutamente il generico mandato a donare, più ancora che il rapporto personale tra donatore e donatario, del quale già abbiamo parlato più sopra.

D'altronde il mandato generico a donare, se si fosse potuto considerare valido, non sarebbe stato produttivo d'effetto, se non perchè la volontà del mandatario, al momento in cui fa la donazione, prende, per così dire, radice nella volontà del mandante genericamente espressa.

Ora ciò, almeno in parte, avrebbe potuto costituire una violazione dell'art. 943 cod. franc., corrispondente all'art. 1064 del codice italiano, che proibisce ed annulla le donazioni dei beni futuri del donatore, se si fosse permesso al mandatario di donare anche beni non esistenti nel patrimonio del mandante al momento della costituzione del mandato. Se si pensa poi che una delle ragioni, per le quali è proibita la donazione dei beni futuri, è appunto quella della serietà ed attualità della determinazione, che si richiede nell'animo del donatore, si vede che il mandato generico a donare urta completamente contro lo spirito, ond'è animato anche l'art. 943 c. fr.

Ciascuna delle addotte ragioni è di per sè stessa sufficiente ad escludere la possibilità di un mandato generico a donare nel diritto francese; tutte insieme poi mi pare che debbano togliere perfino la possibilità del dubbio.

Le legislazioni italiane, che precedettero il codice presente offrono pure qualche punto interessante per la nostra questione. Il codice austriaco, che vigeva nel lombardo-veneto, come abbiamo già veduto, non ammetteva il mandato generico a donare. Le leggi civili napoletane erano per questa parte modellate sul codice francese.

Nel codice parmense le donazioni furono bensì considerate come *Contratti di beneficenza* e ne fu trattato tra le obbligazioni (art. 1886 segg.), ma si aggravarono ancora le forme e le garanzie dirette a constatare la serietà dell'animo del donatore. Fra queste ve n'ha una, che rende impossibile il mandato generico a donare: l'art. 1891 infatti dispone: « *Dovrà intervenire anche il pretore del domicilio del donante, il quale esplorato l'animo del donante medesimo, e riconosciute giuste le cause e le condizioni della donazione, v'interporrà la sua approvazione* ». Sarebbe stato veramente strano che il pretore avesse dovuto esplorare l'animo del procuratore munito di mandato generico a donare! E qui si noti che l'art. 1894 del codice parmense, riproducendo l'art. 993 del francese, ammette la procura anche generica per l'accettazione della donazione. Sono da confrontarsi anche gli art. 1905, 1909, che corrispondono agli art. 943 e 948 del codice francese.

Il codice del Canton Ticino aveva nell'art. 977 § 1 una disposizione simile a quella dell'art. 1891 del codice parmense.

Il codice Albertino trattava della donazione immediatamente dopo le successioni per causa di morte; riproduceva in generale le disposizioni del codice francese (cfr. articoli 1128, 1138, 1145), ma nell'art. 1124 disponeva: « *L'omologazione può aver luogo nell'atto stesso della donazione o per un atto posteriore alla medesima. — Il donante dovrà a quest'effetto comparire personalmente avanti il prefetto del tribunale o chi ne fa le veci o il giudice rispettivamente; trattandosi di sudditi abitanti fuori Stato, essi potranno comparire per mezzo di procuratore deputato per mandato speciale. — Il prefetto*

ed il giudice rispettivamente dovranno prima d'interporre il decreto di omologazione non solamente esplorare la volontà del donante, ma altresì accertarsi che egli non muovasi a donare per qualche artificio, seduzione od inganno». Anche quest'articolo, come vedesi, esclude per lo meno il mandato generico a donare.

Il codice di Modena non aveva disposizioni simili a queste ultime; trattava delle donazioni tra le obbligazioni (art. 1860 segg.), ma era conforme al codice francese in tutti i punti essenziali da noi sopra esaminati (confr. articoli 1860, 1863, 1866, 1879, 1887); la principale differenza consisteva nell'aver sottratto alle forme solenni le donazioni di mobili di valore inferiore alle lire 500.

Ed ora venendo al nostro codice ci troviamo assai spianata la via. In esso infatti noi ritroviamo gli art. 1058, 1070, 1064 che riproducono gli art. 933, 948, 943 del codice francese, e possiamo quindi ripetere quanto più sopra abbiamo scritto a proposito di questo codice.

L'assimilazione tra le donazioni e i testamenti è per verità minore nel codice nostro che nel francese, ma non è sparita del tutto. Il titolo delle donazioni, come nel codice albertino, segue immediatamente quello delle successioni per causa di morte; la capacità di donare è come nel codice francese determinata dalla capacità di testare (art. 1052); la somiglianza si riproduce anche negli articoli 1073, 1891 segg., 1311; nè d'altronde v'è traccia che nel distinguere maggiormente le donazioni dai testamenti si sia voluta concedere la facoltà di costituire procuratori con mandato generico a donare. Il nostro legislatore richiese anche egli le forme, che per la donazione aveva prescritto il codice francese; non accettò invece quelle aggiunte dai codici parmense, ticinese e sardo della omologazione giudiziaria; ma ciò non significa certamente ch'esso ammettesse il mandato generico a donare; che anzi, se esso non richiese quelle forme limitative fu perchè considerò, che l'impoverimento del donatore può essere per lui sufficiente ritegno contro le donazioni inconsiderate, senza aggiungervene ancora altre; si ripose dunque sempre maggior fiducia nello stato soggettivo dell'animo del donatore, e sarebbe assurdo volere inferire da ciò, che la donazione può esser fatta validamente anche per volontà di un procuratore munito di generico mandato a fare donazioni.

La donazione è un atto di spontanea liberalità, col quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta. Così l'art. 1050 definisce la donazione; come potrebbe con tale definizione conciliarsi il mandato generico a donare? Dove starebbe più la *spontanea liberalità*? Dove lo spogliarsi attualmente della cosa donata?

Ricapitolando brevemente le ragioni, che escludono il mandato generico a donare secondo l'attuale nostro diritto, si può dunque dire, che la determinazione della volontà del donatore, il quale impoverisce il proprio patrimonio a favore del donatario, deve essere così seria, così precisa, e personale e presente, che non si può ammettere che essa con un mandato generico sia trasmessa alla volontà di un procuratore; ciò risulta dall'intrinseca natura della donazione, dai principii tratti dal diritto comparato, dalla tradizione dei diritti che hanno dato origine al nostro, dall'affinità intercedente tra la donazione e il testamento per quanto concerne il donante; ciò è confortato dai riguardi personali, che sono gli ordinari motivi delle donazioni, e dagli inconvenienti che relativamente ai beni futuri nascerebbero da un mandato di tal natura; ciò è esegeticamente dimostrato col testo dell'art. 1050, con l'argomento a contrario, che necessariamente deve trarsi dall'art. 1050, finalmente in modo anche più diretto dall'art. 1070.

Anche se questi articoli non esistessero, le ragioni di ordine generale sarebbero per sè stesse più che sufficienti ad escludere il mandato generico, nè varrebbe il dire con la cassazione napoletana, che là dove il legislatore non ha espressamente vietato questo mandato generico, esso deve ammettersi. Il principio della rappresentanza non è in diritto così normale, che si possa dire possibile sempre, fino a proibizione in contrario, ogni genere di rappresentanza per ogni atto giuridico; è necessario anzi vedere volta per volta, se la natura dell'atto la comporta.

In tutti gli atti che richiedono l'intervento corporeo della persona dell'agente, il codice dice semplicemente che l'agente deve compierli in quel dato modo; sarebbe assurdo che soggiungesse poi che non può compierli per mezzo di procuratore. Lo stesso evidentemente deve dirsi per quegli atti, nei quali si vuole la personale determinazione di volontà dell'agente. Come dunque escludere l'indagine circa la natura degli atti? Del resto col principio ammesso dalla corte di cassazione di Napoli un mandatario generale potrebbe contrarre matrimonio per una persona della famiglia reale, perchè l'art. 99 del codice civile dispone che la celebrazione di tale matrimonio può farsi per procura, senza dire che questa persona dev'essere speciale e molto meno specifica.

Di fronte poi agli art. 1058 e 1070 da noi più sopra interpretati non si può sostenere, che manchi nel nostro codice il testo che escluda il mandato generico a donare.

Ed ora mi sia lecito aggiungere a questo ragionamento una osservazione che esce fuori dalla semplice questione dell'ammissibilità o meno del mandato generico a donare.

Piuttostochè dubitare di ciò, a me pare che si possa ragionevolmente domandarsi, se nella donazione sia ammissibile la procura speciale in senso stretto, o se invece non debba negarsi qualunque sorta di procura.

Indubitatamente parecchie delle legislazioni precedenti al nostro codice, da noi più sopra ricordate, non ammettevano neppure la più speciale delle procure. Parecchie delle ragioni da me esposte potrebbero anche parere sufficienti ad escludere ogni procura, e poichè in generale si ammette presso di noi in pratica la procura speciale (in senso stretto) a donare, potrebbe anche sembrare che quelle ragioni provassero troppo. Qui però è necessario non cadere in errore. Tra la procura speciale in senso lato (ossia generica a donare) e la procura speciale in senso stretto (per una determinata o più determinate donazioni) vi è una differenza sostanziale, che fa sì ch'esse non abbiano fra di loro nulla di comune.

Se il mandato generico a donare fosse valido, il mandatario potrebbe sempre donare a chicchessia qualunque parte del patrimonio, o anche tutto il patrimonio del mandante, senza bisogno dell'ulteriore concorso della volontà di questo; ed in ciò sta l'assurdo, che cozza contro la natura della donazione. Invece il così detto mandato speciale a donare contiene esso stesso la dichiarazione di volontà del donante, nell'animo del quale si è generata tutta la necessaria determinazione; il mandatario non è più che un mezzo per attuare questa volontà e portarla a compimento.

Nulla dunque negli argomenti da noi adottati osta all'ammissione di un mandato siffatto. Soltanto io credo (e sono in ciò discorde da alcune decisioni della stessa corte di cassazione di Napoli), che il mandato speciale a donare non solo debba contenere tutto ciò ch'è necessario ad una determinata volontà di donare, ma debba anche rivestire le forme della dichiarazione di donazione, le quali hanno tra gli altri fini anche quello di garan-

tire la serietà del volere, di essere in certo modo la misura dell'intensità della volontà.

Noterò finalmente, che quando parlo di volontà determinata, conformemente a quanto ho già detto più sopra, non intendo escludere che il donatore rimetta a un terzo la scelta della persona del donatario e talora anche la scelta della cosa, ma però la donazione deve essere sempre da lui specificatamente voluta, nè si può lasciare al terzo un assoluto arbitrio di determinare l'ammontare della donazione.

L'art. 1070 dimostra come il donatore debba far propria la scelta operata dal terzo. Il principio fondamentale è sempre quello: la donazione non è valida senza la determinata volontà del donatore ad essa diretta.

ANCORA DELLA DONAZIONE FATTA DAL MANDATARIO PER MANDATO A FARE ATTI DI DONAZIONE IN GENERE (*)

Con la presente sentenza la corte d'appello di Napoli, in sede di rinvio, ha confermato il principio già accolto dalla corte di Potenza con sentenza 12 aprile 1886 (*Foro it.*, 1886, I, 998), ma rigettato invece dalla corte di cassazione di Napoli con decisione del 29 gennaio 1887 (*ibid.*, 1887, I, 525); è probabile dunque che la questione sia sottoposta alle sezioni unite della stessa corte suprema.

Intanto sono lieto che la corte di rinvio abbia accolto la tesi anche da me sostenuta nella nota alla sentenza della cassazione (*loc. cit.*) (1), e che, illustrando le stesse sentenze della corte d'appello di Potenza e della cassazione napoletana, era stata anche svolta dai professori RICCI (*Giurispr. ital.*, 1887, II, 182) e IANNUZZI (*ibid.*, 1887, I, 182), e fu anche con larga argomentazione sviluppata dal prof. Gianturco nella sua memoria in causa, trascritta nella *Giurispr. ital.*, 1887, II, 578.

In massima parte gli argomenti sui quali si fonda la corte d'appello di Napoli sono quelli anche da me addotti, e non istarò quindi a ripetere qui il già detto. Solo mi sembra utile il toccare ancora alcuni punti, sui quali vi può essere una divergenza più teorica che pratica fra quanto io ho scritto, e quanto dicono la corte d'appello napoletana nella sua sentenza e il professore Gianturco nella sua memoria. L'una e l'altro insistono, più che io non abbia fatto, sul riguardo alla persona del donatario, che deve aversi in un modo più o meno determinato nella volontà di donare. Io tuttavia resterei piuttosto nell'opinione già da me esposta in proposito (*loc. cit.*, col. 528, 534). Come può farsi una donazione anche a persona assolutamente ignota al donatore, così potrebbe lasciarsi al mandatario la scelta della persona del donatario, anche senza quei limiti che la corte e il prof. Gianturco, d'accordo con gli altri scrittori più sopra citati, richiedono. La volontà del donatore deve essere *determinatamente diretta* alla donazione che deve compiersi: questo è il principio fondamentale, che esclude l'ammissibilità del mandato ge-

(*) Nota alla sentenza 27 giugno 1887 della corte d'appello di Napoli (presidente GIAN-NATTASIO, estensore ROCCO-LAURIA), Brando (avv. PLASTINO) contro Fiorillo (avv. GIANTURCO), pubbl. nel *Foro italiano*, 1887, I, col. 1158, con la massima:

« Il mandato a donare deve essere speciale e non può essere concepito in termini generici sì che non sia determinata in verun modo la persona del donatario ».

(1) [V. pag. 450]. Cfr. anche pag. 367.

nerico, per cui la volontà del mandatario verrebbe a sostituirsi a quella del donatore; ma bisogna guardarsi dallo esagerare la cosa fino al punto di credere che per volontà *determinata* s'intenda solo quella, in cui l'oggetto e la persona del donatario sono definitivamente individualizzati. Il requisito della determinatezza della volontà include quello della sua attualità e della sua serietà, della diretta sua relazione con l'atto di donazione che si compie; ed è requisito che ha il suo fondamento soprattutto nell'impoverimento del patrimonio del donatore prodotto dalla donazione.

Ottimamente il prof. Gianturco ha ricordato fra i casi nei quali il codice parla senz'altro di procura, e deve tuttavia intendersi di procura specialissima, quello dell'art. 213 relativo all'assenso per l'adozione che devono dare il padre, la madre, il coniuge dell'adottante e dell'adottato, ovvero il consiglio di famiglia o di tutela dell'adottato; meno bene, a parer mio, ha citato il caso del riconoscimento dei figli naturali, che deve farsi, io credo, personalmente dal genitore stesso, e perciò è uno di quegli atti che non ammettono neppure la più speciale delle procure. Ciò mi sembra che risulti non solo dalla natura stessa del riconoscimento, ma anche dall'art. 376, dove per la dichiarazione all'ufficio di stato civile di una nascita da unione illegittima è stabilito, che: « quando la dichiarazione è fatta da altre persone (ossia non dai genitori) non si enuncierà che il nome e cognome, la professione e il domicilio della madre, se consti per atto autentico che questa acconsente alla dichiarazione ». Il consenso della madre, il quale poi non è altro che un atto di riconoscimento secondo l'art. 1815, deve dunque farsi di persona; l'inserzione del riconoscimento negli atti dello stato civile è ciò che può farsi per mezzo di uno speciale procuratore, ma essa non costituisce il riconoscimento, già di per sè prima esistente (confr. art. 382).

Assai bene il Gianturco ha anche notato come tutta la disputa circa il mandato generico a donare si ricollegli alla teoria generale della rappresentanza giuridica, piuttosto trascurata dai nostri civilisti. Solo però io vorrei qui osservare, che, per quanto si debba riconoscere tale connessione, questa teoria generale è ancora tanto incerta e malferma presso gli autori di diritto comune che se ne sono occupati, che sarebbe forse pericoloso il ragionare fondandosi su questa o quella delle opinioni manifestatesi in proposito. Così p. es. la teoria accettata dal prof. Gianturco, quantunque sia quella dominante in Germania, è oggi da più lati attaccata, e, a parer mio, con ragione, come male determinata, oscura, insufficiente. Più prudente è dunque, allo stato presente delle cose, tenersi ad una via più sicura, restando più stretti alle singole questioni che si debbono risolvere, pur riconoscendo che si potrebbe risalire a concetti più generali, quando questi fossero stabiliti meglio che oggi non siano. Ciò può valere in certo modo di scusa ai nostri civilisti; ed è per questo che ho voluto dirlo, perchè, difendendo i civilisti in questa parte, non mi si potrà replicare ch'io parlo *pro domo mea*.

ANCORA DELLA DONAZIONE FATTA IN VIRTÙ DI UN MANDATO GENERALE A DONARE (*)

La presente sentenza della cassazione di Napoli a sezioni unite ha giustamente, a parer nostro, accettata la massima seguita dalle corti d'appello di Potenza (*Foro it.*, 1886, I, 998) e di Napoli (*ibid.*, 1887, I, 1158), togliendo di mezzo il primo giudicato della cassazione stessa, sezione civile (*ibid.*, 1887, I, 525), che altrimenti sarebbe rimasto come precedente non buono nella nostra giurisprudenza. Poichè già due volte in questo periodico ho preso la parola sulla questione oramai definitivamente decisa, non tornerò a ripetere il già detto (1). Solo voglio qui notare che le molte scritture di valenti giuristi, come il Gianturco, il Ricci, il Jannuzzi da una parte, il Ballerini, il Ciccotti e gli avvocati Plastino e Lombardi dall'altra, nonchè le conclusioni dell'illustre procuratore generale Calenda e la presente sentenza della corte suprema hanno illustrato in tutti i sensi la questione del mandato a donare, come solo di rado accade. (La maggior parte di queste scritture trovansi ora riunite in un volume: *Del mandato a donare cui voles*, Napoli, Pierro editore, 1888) (2). Ma benchè non poco io abbia avuto da imparare da sì valorosi giuristi, debbo tuttavia ripetere che non potrei, anche dopo le più mature riflessioni, allontanarmi da quel punto di vista, dal quale nelle mie note precedenti io credei si dovesse esaminare e decidere la controversia.

Non è già la *scelta della persona del donatario* (come vogliono i più dei citati scrittori e come vuole la corte di cassazione), ma la *volontà di donare*, specialmente in quanto si riferisce alla diminuzione del patrimonio del donatore, quella che non si può trasmettere ad un procuratore; in altri termini, vi può essere benissimo una donazione, nella quale la persona del donatario sia da designarsi da un terzo; non si può dare invece un mandato generale a donare. L'aver spostato la questione, e l'averla decisa negando la possibilità della remissione ad un terzo della scelta del donatario, a me

(*) Nota alla sentenza 18 giugno 1888 della corte di cassazione di Napoli a sezioni unite presidente MIRABELLA, estensore PASQUALONI, pubblico ministero CALENDI DI TAVANI [concl. contr.], Fiorillo e Damiano (avvocati G. e F. PLASTINO, BALLERINI e CICCOTTI) contro Brando e Fiorillo (avv. GIANTURCO), pubblicata nel *Foro italiano*, 1888, I col. 782, con la seguente massima:

« La donazione fatta in virtù di un mandato generale a donare è nulla ».

(1) [V. pag. 350 e pag. 365].

(2) [Cfr. nota a pag. 350].

pare non ben fatta, e perchè renderà meno persuasiva la giusta sentenza, e perchè potrà costituire un pericoloso precedente per le cause future, dove d'altro non si tratti, se non della scelta della persona del donatario. Io intendo bene che la persona del donatario, per cui riguardo il donatore si determina a spogliarsi di parte del proprio patrimonio, è nella maggior parte dei casi un elemento essenziale della donazione; ma non posso ammettere che il donatore non abbia la facoltà di donare validamente a persona che non sia già determinata, ma debba designarsi da altri, o anche da fatti accidentali. Ciò significherà soltanto che la volontà di donare, e soprattutto la volontà di diminuire di tanto il proprio patrimonio, è per lui in quel dato caso indipendente fino a un certo grado dalla persona del donatario. Al contrario è inammissibile giuridicamente, per le molte ragioni esposte nei miei scritti precedenti, la volontà di chi dica: « io donerò a chiunque tu voglia, tutto ciò che tu voglia, ogni volta che tu voglia », o peggio ancora: « tu donerai del mio ciò che vorrai, a chi vorrai, quando vorrai ». E questa appunto sarebbe la volontà contenuta in un mandato generico a donare.

Gli argomenti da me addotti per la tesi, com'era da me proposta, non furono sufficientemente discussi, e certo nessuno vi ha risposto, poichè non posso credere sia valida risposta l'affermare, che il risalire ai principî generali del diritto è metafisica, quando questa pretesa metafisica è scritta, non foss'altro, nella nostra legge positiva (art. 3 disp. prel. cod. civ.). Nè poi alcuno si è curato di rispondere partitamente alle interpretazioni da me date di molti articoli del codice civile, tutte concorrenti allo stesso fine, tutte comprovanti la nullità del mandato generico a donare.

RESPONSABILITÀ NEI RAPPORTI CON I PROPRIETARI VICINI DEL LOCATORE DI CASE AD USO DI PROSTITUTE (*)

Non esitiamo ad approvare pienamente queste massime, quantunque la questione non sia senza dispareri in giurisprudenza. Così furono d'avviso contrario alla presente sentenza la corte d'appello di Torino, 24 novembre 1871, V. c. D. (*Giurispr.*, Torino, 1872, 73); corte di Chambéry, 3 agosto 1858, Perthuiset c. Dubuisson (*Diario forense*, 1859, 443); corte di Aix, 11 gennaio 1873, Rousset c. Bezin (*DALLOZ*, 1874, 2, 68). Esse si fondano sui rapporti di vicinanza, che spesso, esagerati contrariamente alle disposizioni del diritto positivo, diedero luogo a tanti errori e, diciamo pure, arbitrii di magistrati. In verità non tutto il ragionamento della corte torinese ci pare accettabile; non sappiamo, per esempio, comprendere a che giovino le citazioni fatte più o meno esattamente della legge delle dodici tavole e della legge Aquilia, le quali possono solo stornare il ragionamento con elementi estranei.

Il punto principale da mettere in chiaro è il concetto del danno giuridico. Non ogni diminuzione che alcuno possa soffrire nel valore della cosa propria, anche in seguito del fatto altrui, può giuridicamente dirsi danno; così Ulpiano nel fr. 26 *De damn. inf.*, XXXIX, 2: « *Proculus ait... quia non debeat videri is damnum facere qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur: multumque interesse utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat uti prohibeatur: mihi videtur vera esse Proculi sententia* ». Allorchè si ha un vero danno giuridico, per giudicare se deve essere da altri risarcito, convien guardare se a costui sia imputabile pel suo dolo o per la sua colpa. Ma quando manca l'elemento oggettivo del danno, è perfettamente inutile l'andare esaminando l'elemento soggettivo, almeno per diritto civile. (Confr. un'altra mia nota nel *Foro it.*, 1878, I, col. 481 seg., specialmente colonna 490) (1).

Qualunque possa essere l'intenzione dell'autore del fatto, quando questo fatto non costituisce danno giuridico, egli non deve rispondere delle conseguenze. Ma quando deve dirsi che un fatto produce danno giuridico? Quando lede il diritto altrui. Si possono dunque avere danni semplicemente economici, quando è diminuito il valore del patrimonio di alcuno senza che sia leso un suo diritto e danni giuridici dipendenti da una lesione del diritto. Nel caso

(*) Nota alla sentenza 12 aprile 1880 della corte d'appello di Torino (presidente FEOLI, estensore CARDONE), Stroppiana (avv. MARIANO) contro Degiuli (avv. ROATTA), pubbl. nel *Foro italiano*, 1880, I, col. 1040, con la massima:

« Nessuna legge o regolamento vieta di locare la propria casa a prostitute.
« Il proprietario della casa vicina non ha quindi ragione di querelarsi per il danno che da ciò può a lui derivare ».

(1) [V. pagg. 194 e 205].

presente, perchè il proprietario della casa vicina possa chiedere il risarcimento dei danni prodottigli dallo stabilimento di prostitute nella casa altrui, non essendo questo per sè stesso proibito da alcuna legge, deve provare che aveva diritto che questo stabilimento non avesse luogo; e questa prova è impossibile, tolto il caso di rapporti contrattuali o quasi contrattuali tra i due proprietari.

Appunto in relazione a questi particolari rapporti è ammessa la responsabilità dell'inquilino verso il locatore e del locatore verso l'inquilino per lo stabilimento di case di tolleranza fatto da quello o da questo nelle casa: Cass. Torino, 28 giugno 1867, Drovetti c. Bonesio-Leoni (*Giurispr.*, Torino, 1867, 677); App. Torino, 26 febbraio 1866, Penasso c. Lionne e Nasi (*Giurispr.*, Torino, 1866, 96; *Bettini*, 1866, 53); corte di Lione, 6 febbraio 1833, Brossier c. Blenat; cass. francese, 19 marzo 1835, Fremont c. Périer; DALLOZ, *Répert.*, v. *Louage*, n. 273; DUVERGIER, t. III, n. 402; TROPLONG, *Louage*, n. 302; LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XXV, n. 260. Vedi pure IAN. LANGLAËUS, *Semestrium*, lib. VIII, cap. 8; Io. LUD. LANGGUTH, *Diss. de muliere quaestuaria*, Lipsia, 1733, (*praes. Rivino*), cap. III, § 10; GLÜCK, *Ausf. Erläuterung der Pandecten*, lib. 19, tit. 2, § 1052, vol. 17, p. 381.

La stessa responsabilità corre tra condomini e tra proprietari di case con accesso comune: App. Torino, 24 agosto 1871, Scrimaglia c. Ganno (*Giurispr.*, Torino, 1872, 7).

Un caso più importante e complicato è quello in cui si tratti di giudicare della responsabilità del proprietario verso il conduttore, quando in una casa vicina si sia stabilito un postribolo; responsabilità, s'intende bene, che non potrà mai avere per effetto altro che una diminuzione di pigione o lo scioglimento del contratto: mancando l'elemento della colpa non si può far luogo a vera indennità. La questione si aggira sull'interpretazione dell'art. 1581 cod. civ. Potrà darsi che il fatto di quello stabilimento costituisca una di quelle molestie dalle quali il locatore non è tenuto a garantire il conduttore? A primo aspetto potrebbe credersi di sì, poichè il vicino non pretende alcun diritto sulla cosa locata, e il danno al conduttore non deriva dal fatto del locatore. Ma ciò è inesatto. Le molestie delle quali parla l'art. 1581 sono costituite da vie di fatto ingiuste dirette contro il conduttore: tali caratteri mancano nel caso del quale ci occupiamo; deve dunque applicarsi la regola generale, secondo la quale il locatore è tenuto a garantire al conduttore il godimento della cosa. Poco importa ch'egli non ne sia autore, nè possa impedire il fatto dannoso; ciò non deve considerarsi, posta la questione nei termini da noi sopra enunciati. Il locatore soffre i danni della forza maggiore, e non ne è certo responsabile. Veggasi a questo proposito la sentenza della cass. di Torino, 28 giugno 1867 più sopra citata. Si confrontino pure, quantunque non trattino di questo caso: POTHIER, *Louage*, p. 113; AUBRY ET RAU, t. IV, pag. 479, e note 23, 24, § 366; LAURENT, t. XXV, n. 154-156. In senso contrario: App. Torino, 29 dicembre 1866, Bonesio-Leoni c. Drovetti (*Bettini*, 1866, 708; *Annali*, 1866-67, 387; *Giurispr.*, Torino, 1867, 186). A me sembra chiara l'analogia del caso qui discusso con l'altro, pel quale vi è maggior accordo nella giurisprudenza, in cui l'inquilino venga a mancar di luce per le costruzioni fatte da un proprietario vicino; costruzioni che il locatario non abbia facoltà d'impedire. Di questo caso parlano gli autori da me citati: confr. pure fr. 25, § 2, Dig. locati 19, 2: « Si vicino aedificante obscurantur lumina cenaculi, teneri locatorem inquilino, etc. ». Vedi GLÜCK, *op. cit.*, § 1058, pagina 479; WESTPHAL, *Lehre der gemeinen Rechts vom Kauf Pacht. Mieth. und Erbzinskontrakt* (Leipzig, 1807), § 951, pag. 577; VANGEROW, *Pandecten* (7^a ediz., rist. 1876), III, § 643, nota 1, pag. 453; PERNICE, *M. Antistius Labeo*, II, pag. 327 seg.).

SULLA LOCAZIONE DELL'ESERCIZIO DI UN FONDACO E SULLA PROPRIETÀ DELLE MERCI IN ESSO ESISTENTI (*)

La somma importanza così teorica come pratica delle massime adottate dalla corte di cassazione di Roma in questa sentenza e il fatto stesso che la corte d'appello di Roma nella sua dottissima decisione del 15 giugno 1882 (*Temi Romana*, II, p. 357 e segg.) aveva abbracciato un contrario parere, mi hanno indotto a sottoporre ad un esame rigoroso la questione « a chi appartenga durante la locazione la proprietà delle merci esistenti in un magazzino locato con le merci per un determinato esercizio ». E poichè la corte di cassazione si è fondata specialmente sul diritto romano, non parrà strano che il problema venga studiato da me più che altro con la scorta di tale diritto.

È anzitutto da porre in sodo che per diritto civile italiano, come per diritto romano, le cose consumabili, eccettuati i casi in cui vengono considerate come inconsumabili, per es. quando si usino *ad pompam vel ostentationem*, non possono essere oggetto di locazione vera e propria, poichè il conduttore deve restituire in specie la cosa locata, della quale ha soltanto il godimento (articolo 1569, arg. art. 1585 cod. civ.; L. 65 Dig. *de contr. empt.* 18, I; arg. L. 3 § 6 Dig. *commod.*, 13, 6). Benchè spesso gli scrittori trascurino di enunciare questa regola, pure, ch'io sappia, nella sua generalità essa non ha mai dato luogo a controversie. Veggansi POTHIER, *Louage*, n. 11; MORICHAULT nella relazione al Tribunato sul titolo *Louage*; TROPLONG, *Louage*, n. 83; DUVERGIER, *Louage*, n. 81; DURANTON, XVII n. 21 (lib. 3 tit. 8, c. 2 sez. I); LAURENT, XXV n. 63; MARCADÈ, art. 1713, II; MOURLON, III, n. 732; PACIFICI-MAZZONI, *Locazione*, n. 26; RICCI, *Corso di dir. civ.*, VII n. 69; COLAMARINO, *Locazione*, pagina 6; THIBAUT, *System des Pandektenrechts*, 8 ed., II, § 513; MACKELDEY, *Systema iuris romani* (trad. latina Hindenburg) § 376; GLUECK, *Pandekten*

(*) Nota alla sentenza 24 novembre 1882 della corte di cassazione di Roma (presidente MIRAGLIA, estensore PANTANETTI), Moscucci (avvocati INDELLI e BUSSGLINI) contro Torraca (avvocati BONACCI e CANEGALLO), pubblicata nel *Foro italiano*, 1883, I, col. 705, con le seguenti massime:

« Non contraddice alle teorie ed ai principii del puro diritto romano, nè alle disposizioni dei nostri codici civile e commerciale, la locazione di un fondaco, val quanto dire di un complesso di merci esistenti in un dato locale, con obbligo nel conduttore di rinnovarle man mano siano vendute e restituite allo spirare del contratto il negozio con la stessa quantità di merci.

« Tanto le merci esistenti nel negozio al tempo della stipulazione dell'affitto, quanto le nuove, a quelle surrogate, si hanno da ritenere di proprietà del locatore, e perciò, fallito il conduttore, non possono considerarsi come appartenenti ai suoi creditori ».

XVII § 1047 pag. 308; GOESCHEN, *Vorlesungen* II, parte 2, § 508; SCHILLING, *Institutionem*, III, § 304; SINTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht*, 3 ed., II, § 118 p. 660; KELLER, *Pandekten*, 2 ed., II § 335; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 5 ed., II, § 399; MOLITOR, *Obligations* II, n. 538; VAN WETTER, *Cours élémentaire de droit romain*, 2 ed., II, § 405; MAYNZ, *Cours de droit romain*, 4 ed., II, § 216 p. 238; DOVERI, *Istituzioni*, 2 ed., II, § 352; SERAFINI, *Istituzioni*, 3 ed., § 137; SCHUPFER, *Obbligazioni*, pag. 394.

Il codice civile austriaco, § 1090, ha legalmente sanzionata tale massima, derivata dalla natura delle cose.

Ora le merci esistenti in un magazzino e destinate alla vendita vanno considerate come cose consumabili, per la medesima ragione per cui è consumabile il danaro, perchè, cioè, quando vengano usate secondo la loro destinazione esse cessano di far parte del patrimonio di chi le usa.

Ciò peraltro non significa che in pratica non si facciano locazioni anche di cose consumabili; ma vuol dire che, nel caso in cui intervenga un contratto di tal natura, non si ha di fronte al diritto una vera locazione, ma bensì una figura giuridica d'indole diversa, come p. es. una vendita, un mutuo, ecc. Il giurista non può sforzare la natura delle cose; ma deve cercare per mezzo di altri istituti di ottenere lo stesso effetto economico che le parti contraenti si erano proposto concludendo quel contratto, che chiamarono locazione.

Il diritto romano ci porge splendidi esempi di siffatto modo di applicare il diritto alle diverse contingenze della vita pratica. Così per es. nel concetto di prestito si possono (confr. art. 1805, 1819 cod. civ.) e dai non giuristi si sogliono confondere insieme il mutuo e il comodato, come quelli che entrambi mirano a trasmettere ad altri il godimento di una cosa. Ma la diversa qualità delle cose ha fatto sì che quelle due figure giuridiche, miranti al medesimo scopo pratico, assumessero caratteri diversi, sicchè nell'una la proprietà delle cose si ebbe a ritenere passata nel mutuatario, nell'altra invece si reputò acquistata al comodatario la semplice detenzione. Ed effettivamente in più d'un luogo trovansi per le cose mutate adoperate espressioni che pongono in rilievo la trasmissione del loro uso, tale quale come se si fossero date in comodato (così SENECA, *ad Polyb.* 29; L. 4 pr. Dig. de R. C. 12 I; L. II pr. D. eod.; L. 2 Dig. de cal. 3, 6; L. 19 Dig. de praescr. verb. 19,5); in più d'un luogo pure le espressioni relative al mutuo si confondono con quelle riguardanti il comodato (così CICERO, *de off.* 2, 15; *pro Cael.* 32 seg.; *de fin.* 2, 117; SENECA, *de benef.* 2, 34; 5, 7; *ep.* 26). E spesso vediamo giuristi e grammatici fare espressamente notare che nel mutuo, a differenza del comodato, non si restituisce l'identica cosa prestata (L. 2 pr. Dig. de R. C. 12, 1; L. 1 § 3 sq. Dig. de O. et A. 44, 7; § 2. Inst. quib. mod. re 3, 15; ACROECIUS, pagina 1351, 30 ed. Gothofr.); spesso vediamo i giureconsulti notare la grande importanza della consumazione, come requisito necessario per la *condictio* del mutuo (L. 12, L. 13, L. 18, L. 19 § 1. Dig. de R. C. 12, I). E non deriva forse la stessa parola *usura* dall'uso del danaro mutuato (ISIDORUS *orig.* 5, 25)? Veggasi del resto su questa unità di concetto tra mutuo e comodato anche PERNICE, *M. Antistius Labeo*, vol. II, Halle 1878, pag. 262 segg.; HUSCHKE, *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen*, Stuttgart, 1882, p. 2 segg.

Un altro chiarissimo esempio ci forniscono l'usufrutto e il quasi-usufrutto; esempio per noi tanto più importante, in quanto l'illustre estensore della sentenza della cassazione romana ha creduto di poterne trarre una conseguenza del tutto contraria a quella che, a parer mio, se ne deve ricavare. Le espressioni dei testi non ci lasciano qui dubbio alcuno: così l'usufrutto, come il quasi-usufrutto hanno il medesimo scopo pratico, anzi si istituiscono

con la medesima formula; ma la differenza delle cose, che ne sono oggetto, ha fatto sì che nel vero usufrutto la proprietà e il possesso giuridico della cosa rimangono presso il medesimo proprietario; laddove nel quasi-usufrutto la proprietà della cosa passa all'usufruttuario, il quale per altro, mediante la *cautio*, viene obbligato alla restituzione in modo da ottenere lo stesso risultato economico, che si consegue con l'usufrutto per le cose inconsumabili. Lasciamo parlare i romani giureconsulti.

L. 1. Dig. de usufr. ear. rer. 7,5 (ULPIANUS): « *Senatus censuit ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit. Quo Senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur, vel minuuntur, possit ususfructus legari.* »

L. 2 § 1. eod. (GAIUS): « *Quo Senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae usufructus proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit: sed, remedio introducto, coepit quasi usufructus haberi.* »

L. 7. eod. (GAIUS): « *Si vini, olei, frumenti ususfructus legatus erit, proprietatis ad legatarium transferri debet et ab eo cautio desideranda est, ut, quandoque is mortuus aut capite deminutus sit, eiusdem qualitatis res restitatur: aut, aestimatis rebus, certae pecuniae nomine cavendum est; quod et commodius est. Idem scilicet. de caeteris quoque rebus, quae usu continentur, intellegemus.* »

Dopo ciò l'addurre autorità di recenti scrittori sarebbe completamente superfluo.

Questi esempi ci autorizzano ad affermare che i giureconsulti romani, chiamati a dare il loro parere sopra un contratto di locazione di cose consumabili, non avrebbero certo ammessa la locazione vera e propria con tutte le regole che la governano circa la proprietà e il possesso della cosa locata; ma ammettendone il passaggio di proprietà al conduttore, avrebbero imposto a costui l'obbligo della restituzione in cose del medesimo genere o nell'equivalente in danaro. Valido argomento parmi ce ne dia anche la citata L. 65 Dig. de contr. empt. 18, 1: « *...totiens enim conductio alicuius rei est, quotiens materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu eiusdem manet: quotiens vero et immutatur et alienatur, emptio magis quam locatio intellegi debet.* »

Nè certo quei sommi maestri si sarebbero lasciati condurre ad opposta sentenza pel fatto che uno stesso contratto, chiamato di locazione, avesse avuto per oggetto cose inconsumabili e cose consumabili. Perchè infatti trovar difficoltà a distinguere, ammettendo su quelle e non su queste una locazione propria? Non avevano essi accettata in un caso simile l'unione dell'usufrutto e del quasi-usufrutto?

Noi pure in questioni di tale natura dobbiamo uniformarci allo spirito del romano diritto, poichè ad esso sono ispirate le relative disposizioni del codice nostro, nel quale sarebbe impossibile trovare una disposizione contraria; d'altronde, come Gaio diceva, *naturalis ratio auctoritate Senatus commutari non potest.*

Anzi è utile notare qui ancora che il diritto italiano attuale è per questa parte più vicino al diritto romano puro, che al diritto comune medioevale, nel quale s'introdussero molti elementi eterogenei, che oggi non hanno ragion d'essere.

La soluzione del problema particolare, che ci siamo proposti, sarebbe dopo quanto abbiamo detto chiarissima, se non intervenissero due altre difficoltà non prive d'importanza.

La prima di queste consiste nel considerare come accessorie le merci e nel trarre da ciò la conseguenza, che il contratto ad esse relativo debba essere della medesima natura di quello sulla cosa principale, per modo che anche la proprietà delle merci rimanga presso il locatore.

La seconda consiste nel ritenere come *universitas facti* il complesso del magazzino con le merci, e nell'ammettere sopra tale *universitas*, che resta immutata per quanto si mutino le parti che la costituiscono, una vera e propria locazione.

Conviene ragionare partitamente dell'una e dell'altra.

1) Nel caso in questione è necessario distinguere tre diversi elementi che formano l'oggetto della locazione: l'immobile del magazzino con lo stiglio ecc., le merci in esso contenute, la clientela o l'avviamento che dir si voglia. Sull'immobile senza dubbio può aversi una vera locazione. L'avviamento è un'idea astratta che, come tale, non può cadere in contratto; ma la locazione dell'avviamento si risolve in un'obbligazione del locatore a lasciar continuare il negozio nel modo come già si esercitava da lui, senza far concorrenza, nè distoglierne i clienti, e in un'obbligazione del conduttore a continuare lo stesso genere di commercio in modo da non allontanare la clientela dal provvedersi a quel magazzino, oltre, ben s'intende, all'obbligazione di pagare la pattuita mercede per il vantaggio che trae dall'esercizio di un già avviato negozio. In quanto alle merci, poi, che possono esser comprese nel contratto, il conduttore certamente ne otterrà la libera disposizione assumendo l'obbligo di restituirne altrettanto allo scadere della locazione o di pagarne l'equivalente. Esse non possono considerarsi come accessorie nè dell'immobile, nè dell'avviamento, poichè sarebbe impossibile di trovare il vincolo di pertinenza, che costituisce l'essenza del rapporto tra cosa principale e accessoria; anzi è certo il caso più consueto quello in cui le merci di un magazzino appartengono a tutt'altra persona che l'immobile stesso del magazzino, e in cui i contratti che hanno per oggetto l'immobile non si riferiscano minimamente alle merci, e quelli che hanno per oggetto le merci nulla abbiano che fare con l'immobile. Per di più la destinazione delle merci non è certo quella di stare continuamente nel magazzino, ma anzi di esserne tolte via vendendole. In ciò ha pienamente ragione la corte di cassazione, la quale nega anch'essa quel rapporto di pertinenza o d'accessione. Io peraltro aggiungerei che anche ammesso il rapporto tra cosa principale e accessoria, ciò non basterebbe a concluderne che la proprietà delle merci dovesse appartenere al proprietario dell'immobile. Benchè, per quanto ho già detto, la dimostrazione di questa proposizione non sia strettamente collegata col particolare problema che ci siamo proposto, pure mi si permetta di dire due parole a difesa della mia opinione su questo punto contraria alle idee dominanti.

La corte di Parigi con sentenza del 21 marzo 1822 e la cassazione francese con sentenza del 7 aprile 1857 (*Journal du Palais*, 1857, 930; *Pasicrisie* VII, 183), ammisero una vera e propria locazione su cose fungibili e consumabili quando queste fossero locate insieme con un immobile. Ecco come si esprime la prima sentenza: « *Attendu que s'il peut y avoir du doute sur la possibilité de louer les choses fungibles, ce ne pourrait être, comme l'on dit avec raison les premiers juges, qu'à l'égard des choses fungibles louées isolément, mais non à l'égard de celles qui seraient louées comme accessoires avec un immeuble et notamment une usine qu'elles sont destinées à alimenter, et dont sans elles les travaux deviendraient impraticables ou seraient interrompus d'une manière funeste à l'établissement; que c'est ce qui se pratique généralement non seulement à l'égard des forges qui se*

louent avec une prise composée des ustensiles, attirails, chevaux, minerais, fonte, charbon ou bois destiné à être converti en charbon, mais à l'égard des terres qui dans beaucoup de départements, vu le peu d'aisance des cultivateurs, ne peuvent être louées qu'en fournissant à ceux qui se chargent de les exploiter ustensiles, bêtes aratoires, sémences, troupeaux, souvent mêmes des avances en argent, et partout les pailles et les fumiers qu'il sont obligés de rendre en fin de bail; qu'établir le système contraire serait miner l'agriculture même aussi bien que les manufactures et le commerce etc. ».

Queste decisioni, dov'è manifesta la confusione fatta tra le cose più disparate (buoi aratori, carbone, paglia e concime, danaro!), e dove si parte dall'erronea opinione che negare la locazione delle cose consumabili significhi negare la possibilità di un contratto, per cui tali cose sian date al conduttore dell'immobile coll'obbligo della restituzione di cose del medesimo genere, queste decisioni, dico, furono censurate dagli stessi giuristi francesi. Il TROPLONG, *Louage*, n. 83, così si esprime in proposito: « *Il arrive quelquefois que dans la location d'une forge ou d'une fabrique, on convient que le locataire pourra se servir des minerais, bois, charbons, matières premières etc. existants dans l'usine, et nécessaires pour assurer son roulement. Ce cas ne doit pas être confondu avec le précédent; car ces objets ne sont pas un accessoire nécessaire de la forge et de la fabrique; ils ne sont pas immeubles par destination; ils ne suivent pas la condition de la chose principale. On tomberait donc dans un abus de mots et d'idées, si l'on disait que ces matières sont louées. Elles ne le sont pas et ne peuvent pas l'être; leur nature s'y oppose invinciblement. La vérité est qu'elles sont ou vendues ou prêtées à usage suivant le cas* ». Nello stesso senso si possono confrontare DUVERGIER, *Louage*, n. 81; DURANTON, XVII, n. 21; LAURENT, XXV, n. 63; MARCADÉ, art. 1713; e fra gl'italiani PACIFICI-MAZZONI, *Della locazione*, n. 26; RICCI, *Corso di diritto civile*, VIII, n. 69; COLAMARINO, *Locazione*, p. 6. Pure tuttavia questi scrittori ammettono che sulle scorte (come paglia, concime) di un fondo locato si dia vera locazione, per modo che la proprietà ne resti presso il locatore. Questo è il caso *précédent* cui allude il Troplong. Ma la quasi unanimità degli autori francesi in proposito non vale a dissuadermi dalla contraria opinione anche relativamente alle scorte, ogni qual volta si tratti di affitto vero e proprio senza mistura di elementi di società, pei quali il colono assume un carattere alquanto diverso, e specialmente poi quando non si tratti di locazione d'opera invece che di locazione del fondo. Queste scorte sono un accessorio del fondo nel modo stesso che il carbone è accessorio di una officina a vapore, e non saprei vedere la ragione per trattare differentemente i due casi. Se la natura delle cose, come dice il Troplong, si oppone invincibilmente ad ammettere la locazione sul carbone, essa si oppone del pari a concepirla sulle scorte consumabili.

L'accessorietà delle scorte significa soltanto che il contratto che cade sulla cosa principale comprende anche le scorte come accessorie, ma non significa punto che le comprenda nello stesso modo preciso anche quando la natura di esse vi si opponga. La proprietà del fondo resterà presso il locatore, quella delle scorte consumabili passerà al conduttore coll'obbligo di restituirne altrettanto alla fine della locazione. Questo e null'altro ci dice l'articolo 1626 c. c. (corrispondente all'art. 1778 cod. francese), sul quale vorrebbe fondarsi il ragionamento degli scrittori citati:

« *L'affittuario che cessa, deve pure lasciare la paglia, lo strame ed il concime dell'annata, se li ha ricevuti al principio dell'affitto; se non li ha ricevuti, il locatore può ritenerli secondo la stima* ». Quest'articolo non richiama

forse subito alla mente l'art. 1819, ov'è definito il mutuo? « Il mutuo o prestito di consumazione è un contratto, per cui una delle parti consegna all'altra una data quantità di cose, coll'obbligo nell'ultima di restituire altrettanto della medesima specie e qualità di cose ».

Nè sarebbe serio l'appigliarsi all'art. 413 c. c., ove tra i beni immobili per destinazione sono annoverati « la paglia, lo strame ed il concime », poichè tale finzione d'immobilità non cambia la natura fisica della cosa, ma si risolve in semplice rapporto di pertinenza, che porta gli effetti giuridici di questa specialmente per quanto riguarda l'ipoteca, l'esecuzione forzata, e la accessorietà nei contratti, la quale va intesa nel modo più sopra dimostrato.

Aggiungasi a questi argomenti giuridici il fatto che negare la proprietà dell'affittuario su tali scorte consumabili sarebbe anche contrastare a tutte le tendenze economiche dei nostri tempi.

Ma checchè si possa pensare circa le scorte, torno a ripeterlo, la ragione dell'accessorietà non può certo valere per le merci di un magazzino locato.

2) La corte di cassazione di Roma, rigettando anch'essa la ragione dell'accessorietà, si è appigliata all'altro argomento che ci rimane da esaminare: ha considerato cioè come un'università di cose il magazzino con le merci e ha ritenuta possibile sull'università quella locazione che sarebbe stata impossibile sulle singole merci.

Non credo ammissibile neppure quest'argomento.

La teoria delle così dette *universitates facti* è assai controversa, ed io penso, come dimostrerò tra breve, che esse abbiano per diritto romano una importanza giuridica molto minore di quella che vi attribuisce la corte di cassazione; ma per di più ritengo che, anche ammessa su quel punto l'opinione della corte, questa non possa condurci, relativamente al problema che ci siamo proposto, alla conclusione che la corte ne ha voluto derivare.

Infatti secondo tale opinione la *universitas* può essere oggetto di rapporti giuridici differenti da quelli che cadono sulle singole cose che la compongono, a quel modo che per es. secondo le L. 23 Dig. de usurp. 41, 3 e L. 7 § 2 Dig. de exc. rei iud. 44, 2 il possesso e la proprietà di una casa non implicano punto il possesso e la proprietà dei singoli materiali che la costituiscono. Questa possibilità di rapporti giuridici diversi è appunto quella, per cui la corte ha ammessa la locazione vera e propria del complesso delle merci; ma questa possibilità ci deve necessariamente condurre anche alla conclusione che la proprietà del complesso non implica punto la proprietà delle singole merci. E siccome nel caso giudicato dalla corte (come in tutti gli altri casi pratici pei quali è importante la risoluzione del nostro problema) ciò che va considerato è la proprietà delle merci, non quella del complesso, la teoria dell'*universitates facti* non basta a farci mutare le conclusioni, cui siamo giunti ragionando delle singole merci.

Potrei perciò chiudere in questo punto la mia nota; ma preferisco dir qualche cosa ancora circa la natura delle *universitates facti*, specialmente per interpretare la l. 34 pr. Dig. de pignor. 20, 1, sulla quale fortemente si è appoggiata la corte di cassazione.

Non parlerò neppure della distinzione tra *universitates iuris* e *universitates facti*, della quale molto si sono occupati gli scrittori, ma che non ha nulla che fare con la questione qui trattata.

La domanda cui debbo rispondere è la seguente: quale importanza hanno per diritto le cosiddette *universitates facti*, e più specialmente quale importanza avevano per diritto romano?

Nulla di più controverso.

Per parlar solo dei più recenti autori, noi li troviamo divisi in due grandi schiere, l'una di coloro che credono essere le *universitates facti* oggetto di speciali diritti, l'altra di coloro che lo negano. Ma anche tra questi due eserciti avversari non sono poche le divisioni. Così v'ha chi sostiene avere la *universitas facti*, come tale, un'esistenza reale: WARNKOENIG nell'*Archiv für die civ. Praxis*, XI, p. 179; GIRTANNER nei *Jahrbücher für die Dogmatik*, etc. dello Jhering, III, n. 2; GESTERDING, *Ausbeute von Nachforschungen*, vol. IV, 2. *Von der Universitas rerum* § 7; BARON, *Gesamtrechtsverhältnisse*, p. 27 seg.; *Pandekten*, 4ª ediz., Leipzig 1882, § 37, pag. 64, mentre altri ne fanno un ente fittizio, ideale, quantunque sia oggetto di diritto; WESTPHAL, *Ueber die Arten der Sachen* etc. § 45; GUENTHER, *Principia iuris romani*, § 171; GOESCHEN, *Vorlesungen*, I, § 78; PUCHTA, *Pandekten*, § 35, *Vorlesungen*, I, § 35; ARNDTS, *Pandekten*, § 48; SERAFINI, *Istituzioni*, 3ª ediz., § 18, pag. 82. Altri si esprimono in modo incerto: SENTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht*, 3ª ediz., I, § 41.

Alcuni allargano moltissimo il concetto di *universitates facti*: così in generale i più antichi p. es. HÖPFNER, *Commentar über die Heineccischen Institutionen*, 8ª ediz., § 278; e più recentemente BARON, *loc. cit.*, WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, § 137 fino alla terza edizione (dalla quarta in poi il WINDSCHEID ha mutato opinione); SERAFINI, *loc. cit.* Alcuni invece dimostrano una certa tendenza a restringerlo: GESTERDING, *Ausbeute* ecc., vol. IV, 2, § 6. Altri poi lo applicano solamente al gregge: WINDSCHEID, *Lehrbuch* I, § 137, nota 6-88 (nella 4ª e 5ª edizione); KUNTZE, *Cursus des römischen Rechts* (2ª ediz.) § 439; GIRTANNER, *op. cit.*, specialmente pag. 144 seg.; JHERING, *Esprit du droit romain* (trad. franc. del MEULENAERE), IV, § 61, p. 35 seg. nota 28; SALKOWSKI, *Institutionen*, 3ª ediz., § 73, pag. 171; GÖPPERT, *Ueber einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen* (Halle, 1871), il quale peraltro lo ammette solo secondo le vedute filosofiche dei romani, e crede che le conseguenze pratiche si riducessero anche allora alla *vindicatio gregis*.

Contro l'esistenza delle *universitates facti* come cosa giuridica, ma attribuendo a tale concetto un'importanza semplicemente sociale, donde indirettamente derivano alcune conseguenze giuridiche, si sono dichiarati WAECHTER, *Erörterungen*, I, p. 17 seg., *Handbuch des württembergischen Privatrechts*, II, pag. 235 seg., *Pandekten*, I, § 59, pag. 261 seg.; HEIMBACH, articolo Sache nel *Rechtslexicon* del Weiske IX, pag. 483 seg. (il quale copia il WAECHTER, *Erörterungen*); UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, I, pag. 475 seg. (4ª ediz. 1876), *Jahrbücher für die Dogmatik*, XII, pag. 273 seg.; VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* (7ª ediz.), § 71 in fine; PAGENSTÄCKER, *Lehre vom Eigenthum*, III, pag. 71 seg.; DERNBURG, *Pfandrecht*, I, § 59; EXNER, *die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition*, pag. 215-243; BECHMANN, *Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession*, pag. 65 seg.; BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, pag. 177 e 2ª ediz., I, pag. 475, 545, 653 seg., il quale tuttavia a causa della *gregis vindicatio* ammette una relativa proprietà sul gregge come cosa unica corporale (pag. citata della 2ª ediz.); GÖPPERT, *op. cit.*; NEUNER, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, pag. 102; KELLER, *Pandekten*, 2ª ediz., I, § 45, pag. 107 seg.; VOIGT, *Ius naturale* ecc., III, pag. 426 seg., 456; ZRODLOWSKI, *Das römische Privatrecht*, II, § 45; MAYNZ, *Cours de droit romain*, 4ª ediz. I, § 30, pag. 448 seg. (il quale peraltro è alquanto oscuro); DOVERI, *Istituzioni*, I, p. 409; POLIGNANI, *Sinopsi*, § 35.

Le proporzioni del presente scritto mi rendono impossibile una completa dimostrazione della mia opinione in proposito: mi dovrò contentare quindi

di pochi cenni, rinviando il lettore per maggiori notizie a questo o quell'autore, le cui idee sono da me accettate.

I testi più importanti da riscontrarsi circa la nostra quistione si possono così raggruppare:

a) Definizione della così detta *universitas facti*: L. 30 pr. § 2 Dig. de *usurp.* 41, 3; L. 23 § 5 Dig. de *rei vind.* 6, 1; § 18 Inst. de *leg.* 2, 20.

b) Possesso; proprietà; rivendicazione: L. 30 § 2 Dig. de *usurp.* 41, 3; GAIUS IV, 17; L. 1 § 3, L. 2, L. 3 pr., L. 23 § 5 Dig. de *rei vind.* 6, 1; L. 21 § 1 de *exc. rei iud.* 44, 2.

c) Usufrutto: L. 68 § 2, L. 69, L. 70 Dig. de *usufr.* 7, 1; L. 10 § 8, L. 11, L. 31 Dig. quib. *mod. usufr.* 7, 4.

d) Pegno e ipoteca: L. 13 pr., L. 34 pr. Dig. de *pign.* 20, 1.

e) Stipulazione; vendita: L. 35 § 6 Dig. de *contr. empt.* 18, 1; L. 33 pr., L. 34 pr., Dig. de *aed ed.* 21, 1, L. 29 pr., Dig. de *v. o.* 45, 1.

f) Legato: § 18 Inst. de *leg.* 2, 20; L. 21, L. 22 Dig. de *leg.* I, 30; L. 65 § 1 Dig. de *leg.* II, 31; L. 79 pr. Dig. de *leg.* III, 32; L. 28 Dig. de *instr. leg.* 33, 7; L. 28 Dig. quando *dies* 34, 2.

Chiunque legga spregiudicatamente questa serie di testi, si convincerà, credo, che nella maggior parte di essi la pretesa *universitas* non ha un'importanza giuridica diretta, non è dal diritto costituita quale cosa per sè stante, ed ha invece un'importanza indiretta quale elemento d'interpretazione di volontà o qual criterio per giudicare del modo come debbono essere amministrati certi complessi di cose; ma dovrà pure ammettere che riguardo al gregge e simili (*armentum, equitium etc.*) i romani giureconsulti ebbero un'idea particolare, ed anche in pratica ammisero qualche norma speciale relativamente alla loro rivendicazione.

Era dottrina stoica, che trovasi più volte espressa nei libri filosofici (PLUTARCO, *praec. cogn.*, 34; SESTO EMPIRICO, *adv. math.*, 7, 102; 9, 78; SENECA, *natur. quaest.* 2, 2; *epist.* 102, 6; ACHILLE TAZIO, *isagoge in phaenomena Arati*, c. 14), che si dessero tre categorie di corpi, cioè 1. ἡνωμένα o *continua, quae continentur uno spiritu*; 2. συνημμένα ο ἔκ συναπτομένων *commissa, composita, quae ex contingentibus constant*; 3. διεστώτα ο meglio ἔκ διεστώτων, *ex distantibus*. Questa distinzione fu trasportata tal quale da POMPONIO nella L. 30 pr. Dig. de *usurp.* 41, 3; « *tria autem genera sunt corporum, unum quod continentur uno spiritu et Graece ἡνωμένον vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia: alterum quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constant, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium quod ex distantibus constat ut corpora plura (non) saluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex* » (Confr. CUIACIO, *observ.* XXVI, 40; G. FORNERIUS, *select.* II, 17 in *Thes. Ottonis* II, col. 66; WYTTENBACH, *animadv. ad Plutarch, moral.* II, p. 892-894; SCHULTING, *Notae ad Dig.* L. 76 de *iud.* 5, 1, tom. II, p. 45 seg.; MEISTER, *De philosophia rom. iurisc. stoica*, è 5, in *Select opusc.* p. 576 seg.; WARNKOENIG nell'*Archiv für die civ. Praxis*, XI, p. 171; MORIANI, *Filosofia del dir. nel pensiero dei giur. rom.*, p. 52; e specialmente l'opera già citata del Goepfert.

La teoria stoica fu seguita in ciò così fedelmente, che gli esempi stessi addotti per ciascuna categoria sono quelli sempre usati nelle scuole filosofiche. Tra le molte interessanti conseguenze che da tale osservazione si traggono, una m'importa di notare in questi brevi cenni. Secondo gli stoici i *corpora ex distantibus* sono sempre composti di cose animate: un dubbio, che potrebbe nascere vedendo come tali considerate anche le costellazioni (ACHILLE TAZIO, *loc. cit.*; ANTONINO, *ad se ips.* 9, 9), presto svanisce ricordando che per

gli stoici anche le stelle erano esseri animati, anzi di un ordine più elevato che le bestie e gli uomini (confr. ZELLER, *Philosophie der Griechen*, 2^a ediz., pag. 176; GOEPPERT, *op. cit.*, p. 49 seg.). I romani dunque anche in ciò dovettero conformarsi alla greca teoria; e lo fecero infatti, poichè gli esempi di corpi *ex distantibus* da essi addotti sono appunto gli esempi in uso presso gli stoici: *populus, legio, grex* (confr. oltre i testi citati alla lettera a, anche la L. 76 Dig. de *iud.* 5, 1); dei quali, com'è evidente, solo il *grex* è da considerarsi come *cosa*, oggetto di diritti. Nè è ammissibile un'interpretazione estensiva: *caeterisque quae gregatim habentur*, dice la L. 1 § 3 Dig. de *rei vind.* 6, 1, ed è assurdo il voler estendere, come molti fanno, il *gregatim* a biblioteche, magazzini, e simili!

Ma questa teoria filosofica ebbe essa pratiche applicazioni? o si deve considerare soltanto come un'astrazione senza effetti giuridici?

Pomponio dopo avere esposta la distinzione nelle parole sopra trascritte, così continua nella L. 30 § 2 Dig. de *usurp.* 41, 3: « *De tertio genere corporum videndum est. Non autem grex universus sic capitur usu quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes. Quid ergo est? etsi ea natura eius est, ut adiectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio* ». Nega dunque il possesso, l'usucapione, e la consecutiva proprietà del gregge come tale. E per vero i romani non sarebbero stati quei grandi giuristi che furono, se per correr dietro a filosofiche fantasmagorie avessero negletta la pratica necessità.

Tuttavia il concetto filosofico in un punto si ebbe a incontrare coi bisogni della pratica, e forse anche con una regola di antica data sorta appunto da tali bisogni (confr. GAIUS, IV, 17 che parla della *vindicatio gregis* nella *legis actio sacramento*). Il gregge suole appartenere ad un medesimo proprietario, esser condotto da un medesimo pastore, e, quel che più importa, naturalmente per le morti e le nascite da sè si accresce e diminuisce, si rinnova. Non potevasi dunque senza inconvenienti esigere che il proprietario per rivendicarlo designasse esattamente i varî capi che gli appartenevano e per ciascuno desse una prova del proprio diritto oltre quella della pertinenza al medesimo gregge. (Confr. su questo punto le opere citate di JHERING, UNGER, *Jahrb.*). Quindi fu ammessa la *vindicatio gregis* diretta al complesso degli animali costituenti il gregge, senza indicazione speciale di ciascun capo e con facilitazione per la prova e per la procedura in antico (GAIUS, IV, 17: « *si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri vel adduci velut.... grex.... una ovis aut capra in ius adducebatur* »). Questa rivendicazione peraltro non aveva per conseguenza necessaria la restituzione di tutto il gregge o la perdita di tutto il gregge, come sarebbe dovuto accadere, se veramente la proprietà del gregge si fosse considerata come qualche cosa di diverso dalla proprietà degli animali che lo compongono: i capi non appartenenti all'attore non si restituivano (L. 3 pr. Dig. de *rei vind.* 6, 1; L. 23, § 5 eod.). Perciò pure la sentenza concernente l'azione per tutto il gregge faceva cosa giudicata anche per ciascun capo che n'era parte al momento della rivendicazione (L. 21 § I Dig. de *exc. rei iud.* 44, 2), mentre faceva cosa giudicata per impedire il rinnovamento dell'azione stessa, *aucto vel minuto numero gregis*. (Confr. su tutta questa teoria della *vindicatio gregis* specialmente le citate opere del Waechter, Unger, Exner. Le molte questioni relative alla L. 21 § I Dig. de *exc. rei iud.* 44, 2 nel modo da me indicato mi paiono tolte di mezzo. L'altra questione circa il difficile fr. 2 de *rei vind.* 6, 1, non può qui essere trattata: vedi in contrario senso specialmente GIRTAN-

NER, BARON, *Gesamtrechtsverhältnisse*, EXNER, GOEPPERT, BRINZ, 2^a ed. nelle opere citate).

Se la stoica teoria circa i corpi *ex distantibus* poteva avere qualche parvenza di applicazione nella *vindicatio gregis*, essa fu talora adoperata nelle scuole per giustificare anche altre massime, le quali, come ho già detto più sopra, trovano il loro reale fondamento nelle regole d'interpretazione della volontà e in quelle della buona amministrazione economica. Tali sono quelle relative all'usufrutto, alla vendita, alla stipulazione, al legato delle così dette *universitates facti*, e anche quelle concernenti il pegno, sulle quali si è appoggiata la sentenza della corte di cassazione romana.

Dirò brevemente delle prime.

È regola notissima dell'usufrutto, che le cose debbono essere dall'usufruttuario amministrate in modo da rispettare la naturale destinazione loro e quella più particolare data da chi costituisce l'usufrutto, cioè per solito dal testatore. Regola è pure che, quando per modificazioni della cosa (una casa p. es. che sia ridotta ad un'area di terreno) essa cambi di destinazione, l'usufrutto si estingue. Applicate al gregge queste regole ci danno i risultati dichiarati dalle leggi più sopra citate sotto la lettera c.; e risultati simili darebbero anche circa le altre pretese *universitates* in forza della volontà di chi costituisce l'usufrutto. Esse peraltro non varrebbero mai a far cambiare in un vero usufrutto il quasi-usufrutto costituito sopra un complesso di cose consumabili, per esempio sopra un complesso di botti piene di vino.

La interpretazione della volontà delle parti è tanto chiara nei testi circa la vendita e la stipulazione, che non occorrono altri commenti.

Manifesta è pure la volontà nei legati. Quando il testatore considera non la cosa individuale, ma il complesso di cose da lui tenute in un dato modo, è evidente che egli pone come criterio, per riconoscere le cose comprese nel legato, il veder quali al momento della sua morte egli avrà continuato a comprendere in quel dato complesso o quali egli vi avrà anche nuovamente compreso. Esaminati sotto questa luce, nessuno dei testi più sopra citati sotto la lettera f, potrà offrire difficoltà alcuna; nemmeno parmi la famosa L. 65 § I Dig. de leg. 31 relativa al legato di una quadriga. (Su questo testo veggasi specialmente GOEPPERT, *op. cit.* p. 65 nota 42, che fa rilevare la speciale importanza nella quadriga dell'*equus ille qui demonstrabat quadrigam*, che ne era la parte principale). L'interpretazione di volontà è espressamente menzionata nelle L. 1 § I, L. 28 Dig. de instr. leg. 33, 7, L. 28 Dig. Quando dies 34, 2. Nè deve farci illusione il leggere nel § 18 Inst. de leg. 2, 20 queste parole: «*grege autem legato etiam eas oves, quae post testamentum factum gregi adiciuntur legato cedere Iulianus ait: esse enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicuti aedium unum corpus est, ex cohaerentibus lapidibus*»; poichè se questa ragione fosse la vera ed effettiva, anzichè una aggiunta filosoficamente elegante, ma poco giuridica, non avrebbe potuto dirsi in quel medesimo paragrafo: «*Si grex legatus fuerit posteaque ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit vindicari potest*». Del resto per persuadersi che in questa materia valevano le regole d'interpretazione di volontà e quelle particolari di ciascun istituto giuridico, anzichè alcuna regola di diritto che riguardasse l'*universitas* come cosa per sè stante, basta il confrontare insieme la L. 31 Dig. de leg. 30, col passo citato del § 18, Inst. de leg. 2, 20, così pure la L. 34 pr. Dig. de aed. ed. 21, 1 con la L. 70 pr. Dig. de leg. 32.

Se ora passiamo a studiar più da presso le leggi riguardanti il pegno di *universitates facti*, troveremo anche in queste applicate semplicemente le re-

gole che governano il pegno stesso, combinate con la volontà delle parti contraenti.

Prima viene un frammento di Marciano concernente il pegno di un gregge: L. 13 pr. Dig. de pign. 20, 1; «*Grege pignori obligato quae postea nascuntur tenentur: sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur*». Non si sa forse da tutti che i nati di un animale pignorato sono anch'essi soggetti a pegno? La nostra legge non ci dice nulla di più. Essa non parla punto degli animali aggiunti al gregge, ma non nati da questo; essa non ci dice se il pegno si estingue negli animali alienati, che non fanno più parte del gregge. Come si può dunque da tale frammento trarre argomento a favore dell'esistenza della *universitas facti* come cosa giuridica? Che se il frammento stesso trattasse anche le proposte questioni, dichiarando esteso il pegno anche agli altri animali aggiunti, ed estinto sugli animali alienandi secondo le buone regole d'amministrazione (ed io non sono lontano dall'ammettere, contro la comune opinione, anche queste regole), non per questo, come or ora vedremo, sarebbe maggiore la sua forza probante.

L'altro testo è la famosa L. 34 pr. Dig. de pign. 20, 1, nella quale Scevola così si esprime: «*Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia quae ibi deprehendantur creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res illatae? respondit: et, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur*».

Anche questa legge secondo molti, ai quali si unisce la corte di cassazione romana, sarebbe basata sul concetto dell'*universitas* applicato alle merci contenute in un magazzino. Ma oggi bene a ragione tale idea va perdendo a poco a poco i suoi fautori, sicchè può dirsi che l'opinione dominante vi sia contraria. (Sono da consultarsi per le varie opinioni specialmente WAECHTER, *Erört.* I, p. 20-23; SINTENIS, *Pfandrecht*, p. 467-470; HUSCHKE, *Zeitschrift für Civilrecht und Process* XX p. 252 seg.; VANGEROW, *op. cit.* I, § 369 annot. 3; DERNBURG, *op. cit.* I, 59; GÖPPER, *op. cit.* p. 59 seg.; GUGINO, *Concetto del diritto di pegno* p. 49). Notevole è che anche alcuni fautori del concetto delle *universitates facti* come p. e. il GIRTANNER, *op. cit.* p. 146 seg. e il BARON, *op. cit.*, riguardo alla nostra legge confessano ch'essa non si fonda su quel concetto, mentre altri, che pure la ricollegano con l'idea di *universitas* quale oggetto del pegno, ricorrono anche all'interpretazione della volontà delle parti, come p. e. il GESTERDING, *Pfandrecht*, 2^a ediz., pag. 92 seg., specialmente pag. 94.

A me pare che tutto contribuisca a persuaderci che in questo testo il concetto di *universitas*, quale oggetto di diritto, non abbia nulla che fare, e si tratti soltanto d'interpretazione di volontà delle parti. Oggetto del pegno son sempre le singole merci.

Il contratto sul quale Scevola era chiamato a dare il suo parere conteneva la costituzione di pegno sopra una *taberna*. Interpretato letteralmente dunque esso era nullo (e perciò si domandava al giureconsulto: *utrum eo facto nihil egerit?*), perchè *taberna* in latino non significava propriamente il contenuto di un magazzino, ma il magazzino, l'edificio stesso; in essa poi erano le *merces* e l'*instrumentum tabernae* (L. 13 pr. Dig. de instr. leg. 33, 7; L. 185, Dig. de V. S. 50, 16). I mercanti solevano prendere in affitto, come fanno anche oggi, le *tabernae* (confr. L. 19 § 2 Dig. de iud. 5, 1), le quali

spesso erano di proprietà pubblica (confr. L. 32 Dig. *de contr. empt.* 18, I). Tutto il contesto della nostra legge dimostra che il debitore era appunto uno di tali mercanti, e che perciò non poteva validamente costituire un pegno sulla *taberna* non propria. Ma figuratamente *taberna* ha anche altri significati, e può indicare il commercio stesso, e le merci: non si dovrà forse intendere in questo modo il contratto? *An tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur?* Sì, questa è la ragionevole interpretazione che Scevola ammette, poichè i contratti vanno intesi secondo la *sententia quae rei gerendae aptior est* (L. 67 Dig. *de reg. iur.* 50, 17): ciò che è stato pignorato sono le *merci*. Ma forse le merci sono considerate come *universitas* distinta dalle singole merci? Nulla indica ciò; anzi il testo dice *merces, omnia quae ibi deprehenduntur, quae in taberna inventa sunt*, si riferisce sempre alle cose materiali, non ad una astrazione, ad una *universitas*. Neppure la filosofia stoica poteva in questo caso spingere Scevola a siffatti concetti.

Ma se le merci erano il vero oggetto del pegno, bisognava pur considerare ch'esse erano destinate al commercio, e perciò il debitore doveva poterle alienare libere da ogni onere; sarebbe infatti stato assurdo di ritenere come furto ogni alienazione, applicando senz'altro la regola generale (L. 19 § 6, L. 61 § 8, L. 66 pr. Dig. *de furt.* 47, 2), e di lasciar continuare il pegno sulle cose vendute. Chi le avrebbe mai comprate? Il commercio sarebbe stato rovinato. Tutto ciò ben sapeva il creditore, sicchè accettando il pegno sulle merci egli evidentemente ne aveva in modo tacito permessa l'alienazione, e questo permesso faceva, secondo la regola generale, estinguere il pegno (L. 158 Dig. *de reg. iur.* 50, 17; L. 4 § I, L. 7 pr., L. 8, § 6 segg., L. 10 pr. Dig. *quib. mod. pign.* 20, 6; L. 2, L. 11 C. *de remiss. pign.* 8, 25 (26)).

Se il pegno non perdurava sulle merci alienate, il contratto sarebbe stato vano e ridicolo quando non si fosse ammessa l'intenzione delle parti contraenti di sottoporre al pegno le merci, che si erano acquistate per surrogare le vendute. Non era forse chiara tale volontà, quando nel contratto appunto si era parlato di *taberna*? Ora ognuno sa che era perfettamente lecito di costituire un pegno sopra cose da acquistarsi in futuro e anche da prodursi in futuro (L. 1 pr., L. 15 pr. § 1 L. 16 § 7 Dig. *de pign.* 20, 1; L. 3 § 1., L. 7 § 1, L. 11 § 3 *qui pot.* 20, 4; L. 5 C. *si al. res* 8. 15 (16)).

Per tal guisa siamo giunti a intendere nel modo più semplice i motivi, per i quali Scevola alla questione propositagli ebbe a rispondere: « *ea quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur* ».

La L. 34 pr. Dig. *de pign.* 20, I, non può dunque addursi in appoggio del ragionamento della corte di cassazione; nè per diritto romano il concetto di *universitas facti* ha l'importanza che la sentenza vi attribuisce.

E se non l'ha per diritto romano, meno ancora dovrà averlo pel nostro diritto civile italiano, che non ha più traccia di quelle ragioni formali, le quali indussero la particolare eccezione della *vindicatio gregis*, e che certamente non subisce più l'influenza della stoica filosofia.

L'art. 707 cod. civ. parla bensì di *universalità de' mobili*, ma rettamente la giurisprudenza propende a riferire tale espressione alle così dette *universitates iuris*. D'altronde anche se si dovesse riferire all'*universitas facti*, il modo come essa sarebbe considerata da quell'articolo non potrebbe certo influire nella questione trattata nel presente scritto.

Recapitolando la nostra argomentazione, concluderemo che la natura stessa delle cose consumabili si oppone a concepire una vera e propria locazione su di esse; che perciò nel caso che in un contratto si sia locato l'eserci-

zio di un magazzino con le merci in esso esistenti, la proprietà delle merci passa al conduttore, che ha l'obbligo di restituirne altrettante alla fine della locazione: non si può a ciò opporre nè la qualità di cosa accessoria attribuita alle merci, nè il concetto di *universitas* che ad esse si voglia adattare; anche ammessa l'*universitas*, nulla influirebbe sulla proprietà delle singole merci; ma per di più il concetto di *universitas*, come oggetto di diritti, non fu accolto nè dal diritto romano, nè dal nostro diritto civile italiano.

Poc'altro mi resta da aggiungere.

Senza stare a rilevare che anche ragioni di utilità e buona fede commerciale richiedono che il conduttore sia considerato come proprietario delle merci, noterò soltanto che il negare tale proprietà convertirebbe il contratto piuttosto in una società o in una locazione d'opera, nella quale le parti sarebbero invertite e il conduttore diventerebbe locatore. A tali forme di contratti deve ricorrere il proprietario del magazzino, se desidera conservare la proprietà delle merci. La teoria da me propugnata perciò non esclude punto che in certi casi, variando la natura del contratto, chi senta il bisogno di conservare la proprietà delle merci, lo possa anche ottenere; ma finchè il contratto parlerà di locazione dell'esercizio di un magazzino con le merci, la proprietà di queste, lo ripeto, si dovrà ritenere passata al conduttore.

Tale regola di diritto oltre al risolvere la questione pratica proposta alla corte di cassazione di Roma, può valere anche a definire rettamente altri problemi: quello per esempio di chi debba sostenere il pericolo del caso fortuito riguardo alle merci ecc.

SULLA NATURA GIURIDICA DELL'AZIONE CONTRO IL
COMMITTENTE CONCESSA DALL'ARTICOLO 1645 COD.
CIV. AI MURATORI, FABBRI E ALTRI ARTEFICI IMPIEGATI
NELLA COSTRUZIONE DI UN'OPERA DATA IN APPALTO (*)

Che l'art. 1645 non contenga un *jus singulare*, ma sia invece l'applicazione di un principio giuridico, il quale trova riscontro nel codice stesso in altri articoli, mi pare sia stato luminosamente dimostrato dal Fadda, appoggiandosi sulla forma stessa in cui è concepito l'articolo, e sulla manifesta analogia con l'art. 1574, e quella, per verità più lontana, con l'art. 1748.

D'altra parte, non vi può esser dubbio che l'azione dell'art. 1645 e degli articoli analoghi non è la surrogatoria dell'art. 1234; ed anche ciò fu stabilito dal Fadda con la massima precisione. L'azione dell'art. 1234 è fondata sul diritto d'ogni creditore sopra tutto il patrimonio del debitore, ed è diretta a mantenere od a restituire l'integrità di questo patrimonio come garanzia di tutte le obbligazioni; l'azione degli art. 1642, 1574, ecc., invece si esercita per ottenere direttamente il pagamento del credito da persona diversa dal proprio immediato debitore, in forza dello speciale rapporto che collega l'obbligazione tra questo e il convenuto; sicchè ciò che vi ha di particolare nell'azione dell'art. 1645 e simili si è il diritto che l'attore ha di escludere, prevenendole, così l'azione del proprio debitore verso il terzo, come la generale surrogatoria degli altri creditori.

Perciò, se si voglia conoscere il principio giuridico sul quale si fonda l'articolo 1645, non si deve tanto ricercare la ragione per cui il committente sia tenuto a pagare, ma la ragione per cui i muratori, i fabbri ecc. possano direttamente rivolgersi contro il committente, escludendo l'imprenditore e gli altri creditori di costui. Or quando il Fadda, con parecchi autorevoli civilisti

(*) Nota alla sentenza 1 marzo 1890 della corte di cassazione di Roma (presid. MIRAGLIA, est. TROISE, pubbl. minist. VENTURI [concl. conf.]), Catufi contre Basilici e Bulla, pubblicata nel *Foro italiano*, 1890, I, col. 534, con la seguente massima:

« Il subappaltatore, non essendo compreso nella disposizione dell'articolo 1645 cod. civ., non ha azione diretta contro il committente pel pagamento dei lavori eseguiti; nè può agire contro il medesimo in via di gestione di negozio o di locupletazione ».

e sull'*Annuario critico di giurisprudenza pratica*, 1890, pag. 352, col titolo: « Se il subappaltatore abbia azione contro il committente pel pagamento dei lavori eseguiti (articolo 1645 cod. civ.). Utile gestione? Utile versione? », preceduta, come nel *Foro ital.*, da una nota di C. FADDA.

francesi, ritiene che il principio fondamentale dell'articolo sia quello della *versio in rem*, a me pare che da un lato dia una soverchia estensione al principio stesso, e dall'altro lato non riesca a giustificare abbastanza l'effetto esclusivo dell'azione.

Infatti, come può dirsi locupletato senza giusta causa il committente, il quale in corresponsivo dell'edificio che riceve è tenuto a pagare all'imprenditore la convenuta mercede? La risposta che dà il Fadda a tale domanda non mi sembra soddisfacente. Egli dice: « Appunto su quel che ancora egli deve pagare all'appaltatore e che rappresenta tutto o parte del profitto, domandano di essere pagati quelli che del profitto furono causa immediata. E se entro i limiti dell'arricchimento in tutti i casi citati è tenuto il terzo, è chiaro che non si può parlare di *jus singulare* ». Ma qui, se non erro, vi è in fondo una petizione di principio. E per vero, se si ritiene che il committente sia realmente locupletato di quanto non ha ancora pagato all'appaltatore, ciò non può essere se non perchè già si ammette che egli sia verso l'appaltatore stesso liberato dal pagamento del debito residuo; altrimenti, finchè dura tale obbligazione il parlare di locupletazione sarebbe assurdo. Ma la liberazione del committente verso l'imprenditore non si opera se non perchè i muratori, fabbri, ecc., hanno diritto di agire contro il committente escludendo l'azione dell'imprenditore. Come dunque si può fondare questo diritto e questa esclusione sopra una locupletazione, che, se il diritto stesso e la esclusione non si ammettessero, non esisterebbe?

Il principio della *versio in rem* così concepito, in riguardo all'arricchimento del committente, non è dunque accettabile perchè insufficiente. Esso d'altronde sarebbe troppo vago e indeterminato e potrebbe indurci ad ammettere per analogia dell'art. 1645 l'azione diretta contro terzi in casi, nei quali, almeno secondo il nostro codice civile, essa certamente non può darsi. Così, per esempio, se alcuno, dopo essersi fatta fabbricare una macchina la vendita, non credo che si vorrà concedere al fabbro un'azione diretta ed esclusiva contro il compratore.

Altro dunque dev'essere il principio da noi ricordato; e se il Fadda non si fosse troppo attaccato al concetto della locupletazione del committente, lo avrebbe rilevato più e meglio che non abbia fatto, poichè egli già lo aveva veduto e accennato.

Nel caso dell'art. 1645, e in tutti gli altri casi di azione diretta contro il terzo ammessi dal nostro codice, deve notarsi che l'adempimento della obbligazione dell'attore verso l'intermediario (imprenditore, conduttore, ecc.) è nello stesso tempo in tutto o in parte l'adempimento della obbligazione di questo verso il terzo (committente, subconduttore, ecc.): sicchè in tanto l'intermediario ha diritto verso il terzo al corresponsivo della sua prestazione, in quanto appunto questa prestazione è stata in tutto o in parte eseguita dall'attore. È naturale che quando alcuno soddisfacendo alla propria obbligazione abbia in pari tempo soddisfatto all'altrui, e non ne abbia ricevuto il corresponsivo, possa direttamente rivolgersi contro il terzo, che è pur debitore del corresponsivo di quella prestazione.

Se tale diretta azione si negasse e non si ammettesse il vero autore (totale o parziale) della prestazione a ricevere il corresponsivo dal terzo escludendo l'intermediario, ne avverrebbe che questo intermediario potrebbe egli ricevere il corresponsivo, e non pagare poi a sua volta (o almeno non pagare interamente) il corresponsivo dovuto al vero autore della prestazione, sicchè verrebbe egli (o per lui gli altri suoi creditori) ad arricchirsi ingiustamente di ciò, che in tanto gli era dovuto, in quanto la sua obbligazione erasi adem-

piuta pel fatto altrui, o, in altri termini, in tanto gli era dovuta, in quanto appunto egli stesso era diventato debitore verso il vero autore della prestazione. Così il concetto della locupletazione non è del tutto alieno dal nostro principio giuridico, ma vi entra in modo ben diverso da quello che i civilisti francesi e il Fadda sostengono.

Relativamente alla limitazione dell'azione diretta contro il terzo a quanto questo terzo debba ancora giustamente pagare all'intermediario, la s'intende facilmente, poichè il terzo non può esser costretto a pagare più del corrispettivo da lui consentito, e l'azione quindi non è possibile se non in quanto un corrispettivo sia da lui dovuto ancora. In questi limiti è per il terzo indifferente il pagare all'intermediario o al primo autore della prestazione. Per il terzo dunque non si può parlare di locupletazione.

Il principio potrebbe così formularsi: Allorchè l'obbligazione di Primo verso Secondo è di tal natura che la soddisfazione di essa costituisce in tutto o in parte la soddisfazione dell'obbligazione di Secondo verso Terzo, Primo, in quanto sia creditore verso Secondo di un corrispettivo, può avere azione contro Terzo per ottenere ad esclusione di Secondo il corrispettivo ancor dovuto da Terzo a Secondo.

Chi ben guardi, vedrà che in fondo questo principio, in quanto si riferisce alla esclusione di Secondo, che è il punto principale, è analogo a quello su cui si appoggia il diritto di ritenzione dove esso è possibile per altre obbligazioni, e su cui è basata anche la più generale *exceptio non adimpleti contractus*, del pari là dove è possibile.

Ma, piuttosto che insistere su ciò, prima di chiudere questa breve nota, voglio soltanto osservare, che nei casi che vanno compresi nel principio da me testè formulato, la compenetrazione (se è lecito usar questo vocabolo) delle prestazioni, che ne è requisito essenziale, produce un altro effetto, che potrebbe considerarsi come l'inverso di quello, del quale mi sono fin qui occupato; effetto su cui richiamo l'attenzione del lettore anche perchè fu di recente accennato da un esimio giurista, il prof. Bolaffio (1). La responsabilità della colpa commessa nella prestazione da colui, che la eseguisce, grava anche su colui, la cui prestazione è in tutto o in parte costituita dalla prestazione del colpevole, astrazione fatta da qualunque *culpa in eligendo*, e da qualunque principio di rappresentazione (se questa parola si prende nel suo tecnico significato giuridico), per il solo fatto che l'obbligazione dell'uno è appunto di tal natura che il suo adempimento comprende la prestazione dell'altro, e il prestare la prestazione altrui è caso tipico di assunzione di responsabilità; così deve intendersi, a parer mio, anche la famosa L. 25, § 7, Dig. locati, 19, 2: « *Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intelligemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxit. Idem etiam ad caeteras res transferri potest.* ».

SULLA DILIGENZA CHE DEVE PRESTARE IL CREDITORE PIGNORATIZIO NELLA VENDITA DEL PEGNO (*)

La corte di cassazione di Torino non risolve con questa sentenza la questione di diritto che le era stata proposta, e la evita dichiarandola assorbita dal giudizio di fatto della corte d'appello. Ma la questione fondamentale era e rimane abbastanza importante, e merita che vi si fermi sopra l'attenzione degli studiosi di diritto.

Il creditore pignoratizio, secondo i principî generali del diritto delle obbligazioni confermati espressamente negli art. 1885 cod. civ. e 457 cod. comm., è tenuto a conservare il pegno ed a prestare nell'adempimento di tale obbligo la diligenza normale del buon padre di famiglia. La stessa regola vigeva nel diritto romano (L. 13, § 1, L. 14, L. 22, § 4, Dig. de pign. act., 13, 7; L. 5, § 2, Dig. comm., 13, 6; L. 23, Dig. de R. I., 50, 17; L. 9, § 5, Dig. de reb. auct. iud. poss., 42, 5; L. 10 Cod. de pign., 8, 13 [14], § 4, Inst. quib. mod. re contr. obl., 3, 15). Non è dubbio che il creditore non è tenuto a migliorare la cosa. Si è fatta questione se il creditore possa impedire al debitore di fare egli stesso le operazioni necessarie al miglioramento. Il principio giuridico decisivo è uno solo: il creditore è tenuto a quanto la buona fede richiede (art. 1124 cod. civ.); egli dunque non può vietare al debitore quegli atti che migliorino la condizione di lui senza offendere in alcun modo il diritto del creditore stesso.

Ma la vera questione, nel caso deciso dalla sentenza che annotiamo, era un'altra.

Il creditore pignoratizio, che procede alla vendita del pegno in forza dell'art. 458 cod. comm., può senz'altro venderlo nello stato in cui si trova e in cui potrebbe senza responsabilità restituirlo al debitore stesso, che avesse soddisfatto la sua obbligazione? ovvero deve dirsi tenuto ad eseguire quegli

(*) Nota alla sentenza 21 luglio 1908 della corte di cassazione di Torino (presidente ALAGGIA, estensore PERTUSIO, pubblico ministero MUTTONI [concl. conf.]), Società Stabilimenti del Marsala (avvocati SCIALOJA, ASTUNI, BRUNO, MUGGIO) contro Banco di Napoli (avvocati VIRGILIO, PALBERTI), pubblicata sul *Foro ital.*, 1909, I, col. 1149, con la seguente massima:

« Il creditore pignoratizio, che procede alla vendita della cosa pignorata, non è tenuto ad eseguire quelle operazioni di miglioria, anche consuetudinarie (nella specie: chiarificazione di vino di Marsala), per le quali potrebbe ricavarne un prezzo maggiore; nè ha l'obbligo di permettere che il debitore le compia personalmente, ritardando all'uopo la vendita, in ispecie se sia stato pattuito che questa potesse farsi appena scaduto il termine dell'obbligazione, da un giorno all'altro, senza preavviso e formalità veruna ».

(1) *Foro ital.*, XV (1890), II, pag. 128.

atti che il diligente padre di famiglia compie nel vendere quella data cosa? Basta che il creditore abbia usato la prescritta diligenza nel conservare la cosa, e non deve anche usare la diligenza di un buon venditore nel momento della vendita?

Nel caso deciso si sosteneva dal debitore essere consuetudine commerciale di procedere alla chiarificazione del vino di Marsala al momento della vendita, perchè, stando da parte, tale vino naturalmente si annuvola, sì da parer meno buono al compratore che non sia del mestiere. La corte d'appello rigettò la domanda, ritenendo che la chiarificazione fosse un miglioramento, al quale il creditore pignoratizio non era tenuto; ma non volle tener conto della distinzione tra la diligenza richiesta nella conservazione e la diligenza nella vendita. Se veramente una data merce non si suol vendere se non dopo alcune normali operazioni che la rendano atta al commercio, il creditore che l'ha presa in pegno non ha forse l'obbligo di venderla usando le opportune normali diligenze?

Certamente il giudice deve caso per caso esaminare se le operazioni siano veramente richieste dalla normale diligenza dei creditori; dovrà apprezzare l'importanza di esse e la spesa e il tempo necessario per compierle e la proporzione con l'utilità che se ne trae; dovrà insomma anche qui attenersi ai dettati della buona fede; ma esso erra, a parer mio, in diritto, se ritiene senz'altro che il creditore pignoratizio non sia tenuto a prestare nell'atto della vendita tutta la normale diligenza del buon venditore, accontentandosi di aver prestato quella del buon custode del pegno.

Mettiamo da parte il caso deciso e facciamo altre ipotesi più semplici. Suppongasì dato in pegno un artistico bassorilievo.

Nessuno potrà attribuire a colpa del creditore se lo lascerà coprir di polvere nei propri magazzini, senza danno del marmo o del metallo; e se il debitore avrà pagato il debito, il creditore potrà certamente restituirgli il bassorilievo senza farlo spolverare. Ma potrà forse il creditore procedere alla vendita dell'oggetto artistico nello stato polveroso, che ne occulti i più raffinati pregi? No certamente, rispondono all'unisono la buona fede e il diritto.

È dunque evidente che al momento della vendita la diligenza deve applicarsi in un senso diverso da quello della semplice custodia e conservazione. « *Ea igitur quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur* » dice succintamente il giureconsulto Paolo nella L. 14 Dig. de pign. act., 13, 7; e il buon padre di famiglia compie certi atti di diligenza nel custodire e certi altri nel vendere (cfr. L. 22, § 4, Dig. de pign. act., 13, 7). Agli uni ed agli altri deve esser tenuto il creditore pignoratizio quando custodisce e quando vende.

Naturalmente è giudizio di fatto il conoscere se in dato caso l'uno e l'altro atto siano corrispondenti alla necessaria diligenza; giudizio nel quale il giudice prudente dovrà convenientemente apprezzare tutto il complesso delle circostanze. Ma è errore di diritto il confondere la custodia con la vendita e il non distinguere gli atti che sono necessari per l'una da quelli che si richiedono per l'altra.

DELLA NEGOTIORUM GESTIO PROHIBENTE DOMINO ED IN ISPECIE DELL'AZIONE DI REGRESSO DEL TERZO CHE PAGHI UN DEBITO ALTRUI CONTRO LA VOLONTÀ DEL DEBITORE (*)

Dopo avere esclusa l'applicazione della surrogazione legale fuori dei casi tassativamente previsti dall'art. 1253 cod. civ., e dopo avere anche negata una pretesa azione generale di regresso fondata sopra una sforzata interpretazione dell'ultimo inciso dell'art. 1146 cod. civ., la sentenza della corte di cassazione di Roma riconosce tuttavia un'azione di regresso, che sembra essere, secondo il suo concetto, assai generale, a favore di chi ha pagato un debito altrui, contro il vero debitore.

Pur troppo le espressioni della sentenza sono in questa parte tanto indeterminate, che non si riesce ad intender bene il carattere di questa azione. Era però questo un punto essenziale, che meritava di essere esattamente dichiarato, poichè da esso poteva dipendere non solo la decisione della causa, che si trattava di giudicare, ma anche la definizione di molte altre controversie possibili: e l'importanza della cosa è tanto maggiore, in quanto anche negli scrittori di diritto civile è questo un punto ordinariamente trascurato, e pure da quei non molti, che lo trattano, forse non abbastanza profondamente esaminato.

Il dubbio, che sorge dalle parole della sentenza, è questo: l'azione ammessa è un'*actio negotiorum gestorum*, ovvero è un'azione più lata?

Se la corte ha voluto ammettere un'*actio negotiorum gestorum*, conforme al diritto romano, al quale il codice si attiene, in tesi generale non troverei nulla da obiettare. Si potrebbe infatti sostenere che nel caso risolto non fosse applicabile tale azione; ma non si può punto negare che nel pagamento di un debito altrui sia in moltissimi casi contenuta una utile gestione degli affari del debitore, sicchè il gestore abbia contro di questo l'azione di

(*) Nota alla sentenza 21 novembre 1888 della corte di cassazione di Roma (presidente TONDI, estensore CASELLI, pubblico ministero LANZILLI [concl. conf.]), Prudente contro Comune di Terlizzi, pubblicata nel *Foro ital.*, 1889, I, col. 941, la seguente massima:

« Il terzo non interessato che, pagando un debito altrui, non resta surrogato nei diritti del creditore, ha contro il debitore un'azione personale, come se ne avesse gerito l'affare ».

La presente nota fu anche pubblicata sulla *Legge*, 1889, II, pag. 532, col titolo *Dell'azione di regresso di chi paga il debito altrui, e in generale della negotiorum gestio prohibente domino*, con qualche piccola aggiunta di cui è stato tenuto conto in questa ristampa.

regresso *negotiorum gestorum contraria*. Se dunque di questa azione si trattasse, la sentenza potrebbe criticarsi per non aver tenuto conto di circostanze essenziali del fatto in questione; ma la critica non avrebbe grande importanza per i casi futuri e per la teoria giuridica generale.

Invece l'interesse teorico e pratico è immensamente più grave, se la corte ha voluto riconoscere un'azione di regresso non limitata alle condizioni necessarie per ammettere l'utile gestione, ma tanto larga da comprendere qualunque caso di pagamento per terzi, anche quello fatto contro il divieto del debitore, eccettuato tutt'al più il pagamento *animo donandi*.

Contro siffatta teorica conviene, a parer mio, ribellarsi apertamente, essendo essa contraria alle disposizioni del nostro codice civile, allo spirito del nostro diritto privato, ed avendo anche pericolose conseguenze sociali.

Per bene intendere la cosa, è utile risalire alle disposizioni del diritto romano, studiando il caso tipico, nel quale la *negotiorum gestio* si sia proibita dal *dominus negotii*.

Pare che i giureconsulti romani non fossero concordi nel decidere questo caso, e che alcuni volessero veramente concedere un'azione *negotiorum gestorum contraria*, almeno *utilis*, a chi contro il divieto avesse tuttavia recato con la propria gestione un vantaggio a colui, cui il negozio spettava. Ma contro tale opinione si alzò la voce dei più autorevoli giurisperiti, e Giustiniano da ultimo in una delle sue famose decisioni stabilì definitivamente che niuna azione nè diretta, nè utile, si dovesse concedere.

Giova riferire i testi.

L. 40 Dig. *mandati* 17, 1: PAULUS, libro nono ad edictum. « Si pro praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est; sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur ».

Paolo qui si unisce a Pomponio nel combattere quei tali (*quidam*) che volevano dare l'*utilis actio negotiorum gestorum contraria*. Ora è bene notare — poichè la cosa sembra essere sfuggita a più d'uno dei moderni civilisti francesi e nostrani — che questa *utilis actio*, appunto perchè *utilis*, non era già fondata su tutti i requisiti dell'ordinaria azione, ma doveva essere una applicazione equitativa di questa per ottenere almeno tanto quanto era l'arricchimento del *dominus negotii*. Siffatta azione è pure respinta dai due solenni giureconsulti Pomponio e Paolo.

Ulpiano, seguendo l'autorità di Giuliano, espone la stessa opinione, a proposito del caso che alcuno abbia amministrato l'affare di due soci contro la volontà di uno di questi. La soluzione di questo caso è data in modo da dimostrare come il diniego di ogni azione contro il vietante fosse assai rigorosamente inteso.

L. 7 (8) § 3 Dig. *de neg. gest.* 3, 5: ULPIANUS, libro decimo ad edictum. « Julianus libro tertio tractat, si ex duobus sociis alter me prohibuerit administrare, alter non: an adversus eum qui non prohibuit habeam negotiorum gestorum actionem? movetur eo, quod, si data fuerit adversus eum actio, necesse erit et eum pertingi qui vetuit: sed et illud esse iniquum eum qui non prohibuit alieno facto liberari, cum et si mutuam pecuniam alteri ex sociis prohibente socio dedissem, utique eum obligarem, et puto secundum Julianum debere dici superesse contra eum qui non prohibuit negotiorum gestorum actionem, ita tamen ut is qui prohibuit ex nulla parte neque per socium neque per ipsum aliquid damni sentiat ».

Un'allusione a tale opinione si può forse trovare anche nella:

L. 53 Dig. *mandati* 17, 1: PAPIANUS, libro nono *questionum*. « Qui fide alterius pro alio fideiussit praesente et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati: quod si pro invito vel ignorante alterutrius mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi: nec me movet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur: id enim contingit et si meo mandato pro alio solvas ».

Specialmente se la si mette insieme con la seguente di Ulpiano, la cui opinione ci è già nota:

L. 6, § 2 Dig. *mandati* 17, 1: ULPIANUS, libro trigesimo primo ad edictum. « Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio ».

Non voglio però insistere su questi passi, perchè potrebbero anche essere interpolati.

Non fu dunque un capriccioso movimento di sovrana volontà, ma bensì una ben ponderata e fondata decisione quella che mosse l'imperatore Giustiniano a dettare la sua l. 24 Cod. *de neg. gest.* 2, 18 (19): « Si quis nolente et specialiter prohibente domino rerum administrationi earum sese immiscuit, apud magnos auctores dubitabatur, si pro expensis, quae circa res factae sunt, talis negotiorum gestor habeat aliquam adversus dominum actionem. § 1. Quam quibusdam pollicentibus directam vel utilem, aliis negantibus, in quibus et Salvius Julianus fuit, haec decidentes sancimus, si contradixerit dominus et eum res suas administrare prohibuerit, secundum Juliani sententiam nullam esse adversus eum contrariam actionem, scilicet post denuntiationem, quam ei dominus transmiserit nec concedens ei res eius attingere, licet res bene ab eo gestae sint. § 2. Quid enim, si dominus adspexerit ab administratore multas expensas utiliter factas et tunc dolosa adsimulatione habita eum prohibuerit, ut neque anteriores expensas praestet? quod nullo patimur modo: sed ex quo die attestatio ad eum facta est vel in scriptis vel sine scriptis, sub testificatione tamen aliarum personarum, ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam ei actionem competere, super anterioribus autem, si utiliter factae sunt, habere eum actionem contra dominum concedimus sua natura currentem ».

Si noti che anche qui, come nella l. 40 Dig. *mandati*, si esclude non solo l'azione ordinaria *negotiorum gestorum*, ma anche la utile.

Della opinione combattuta da Giuliano, Pomponio, Paolo ed Ulpiano, si vuol trovare un rappresentante in Proculo, di cui Ulpiano riferisce un passo nella l. 17, § 4, 5 Dig. *de instit. act.* 14, 3: ULPIANUS, libro trigesimo ad edictum. « Proculus ait, si denuntiavero tibi, ne servo a me praeposito crederes, exceptionem dandam: « si ille illi non denuntiaverit ne illi servo crederet ». Sed si ex eo contractu peculium habeat aut in rem meam versum sit nec velim quo locupletior sim solvere, replicari de dolo malo oportet, nam videri me dolum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram. Ex hac causa etiam condici posse verum est ».

Io non voglio negare che Proculo potesse appartenere alla schiera di coloro che concedevano una utile azione al gestore che aveva amministrato gli affari altrui contro il divieto del *dominus*; anzi il nome del Sabiniano Giuliano, che si trova tra gli avversari, rende ciò alquanto probabile. Ma tuttavia non credo che tra la l. 17 § 4 *de inst. act.* e le altre più sopra riferite esista una vera antinomia; perchè il caso di chi si immischia negli affari altrui contro la proibizione di questo, è ben diverso da quello di chi

presta denaro ad un servo preposto ad un negozio, nonostante il diffidamento del padrone. Nel primo caso infatti abbiamo veramente una arbitraria intrusione, le conseguenze della quale debbono stare a carico di chi la compie (arg. l. 36 Dig. de reg. iur. 50, 17); nel secondo invece il prestito fatto al servo è di per sè perfettamente lecito, e il diffidamento, se può valere ad escludere l'azione institoria, che si fonda sul generale affidamento contenuto nella preposizione del servo al negozio, non deve certo essere efficace a togliere il normale valore del negozio conchiuso col servo stesso indipendentemente dalla sua qualità d'istitutore; confr. l. 29 § 1 Dig. de pecul. 15, 1. Perciò la l. 17 citata può stare ottimamente accanto alle altre, che negano l'azione a chi, contro il divieto, s'immischia negli affari altrui.

Così pure non mi pare che risulti necessariamente dalla l. 14 § 13 Dig. de relig. 11, 7 che Labeone ammettesse l'*actio negotiorum gestorum contraria* nel caso di divieto del *dominus*, quantunque anche qui di ciò non si debba negare la possibilità. La l. 14 § 13 de relig. è di Ulpiano, e ciò deve già dimostrarci che difficilmente il principio in essa accettato può esser contrario a quello che Ulpiano stesso in altre leggi abbiamo veduto aver professato. Ecco il testo:

ULPIANUS, libro vicensimo quinto ad edictum: « *Idem Labeo ait, si prohibente herede funeraveris testatorem, ex causa competere tibi funerariam: quid enim si filium testatoris heres eius prohibuit? huic contradici potest: « ergo pietatis gratia funerasti ». Sed pone me testatum: habiturum me funerariam actionem: de suo enim expedit mortuos funerari et quid si testator quidem funus mihi mandavit, heres prohibet, ego tamen nihilo minus funeravi? nonne aequum est mihi funerariam competere? et generaliter puto iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget ».*

Se a chi seppellisce un morto si dà azione avverso l'erede, anche quando la sepoltura si sia fatta contro il divieto di lui, ciò deriva dalla speciale natura dell'azione funeraria, la quale (e l'avverte lo stesso Ulpiano nella legge trascritta) non è in tutto simile alla *negotiorum gestorum contraria*, poiché si basa soprattutto sulla pietà verso il defunto, sicchè potrebbe dirsi in certo modo che il quasi contratto ha luogo piuttosto col defunto che con l'erede. Poichè pertanto la l. 14 § 13 de relig. non è contraria alle altre più sopra citate, nè Ulpiano è qui in contraddizione con sè stesso, non si può neanche dire che Labeone dovesse essere necessariamente contrario al principio in quelle leggi contenuto.

Nè mi pare esatto ciò che scrive il Cogliolo nel suo recente libro *I principî teorici della gestione degli affari altrui* (Modena, 1889), pag. 327, dove pone Gaio tra coloro che concedevano l'azione nonostante il divieto del *dominus*, in base alla l. 38 (39) Dig. de neg. ges. 3, 5:

« GAIUS, libro tertio de verborum obligationibus. « *Solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum: quod autem alicui debetur, alius sine voluntate eius non potest iure exigere. Naturalis enim simul et civilis ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et invito nos facere posse, deteriore non posse ».*

Ma il principio giuridico qui espresso si ritrova in parecchie altre leggi. Così in una dello stesso giureconsulto:

L. 53 Dig. de solut. 46, 3: « GAIUS, libro quinto ad edictum provinciale. *Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere ».*

E in un'altra di Pomponio:

L. 23 Dig. de solut. 46, 3: « POMPONIUS, libro vicensimo quarto ad Sabinum. *Solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et invito et ignorantes liberari possumus ».*

E nel pr. Inst., quib. mod. toll. obl., 3, 29: « *...nec tamen interest quis solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo: liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore, sive ignorante vel invito, solutio fiat ».*

Lo stesso dice a proposito della novazione Ulpiano nella l. 8 § 5 i. f. Dig. de novat. 46, 2: « ULPIANUS, libro quadragesimo sexto ad Sabinum... *liberat autem me is qui quod debeo, promittit, etiamsi nolim ».*

Su tale principio non pare vi fosse controversia alcuna, e perciò io non riesco ad intendere come dal fatto che Gaio abbia enunciata questa massima di diritto, si possa argomentare ch'egli ammettesse nel caso di pagamento invito debitore l'*actio contraria negotiorum gestorum*. Anche Pomponio ed Ulpiano e Giustiniano ripetono la massima, eppure sono tutti avversari all'ammissione di quest'*actio*. E non è neppure facile che Gaio dissentisse su questo punto da Giuliano appartenente alla medesima scuola, e da Pomponio.

Nè mi sembra meglio giustificato l'attribuire anche a Papiniano l'opinione favorevole all'ammissione dell'*actio negotiorum gestorum contraria*, come fa anche il COGLIOLO, loc. cit., in base alla l. 53 Dig. mandati 17, 1. Io ho già citato più sopra questo testo in altro senso, quantunque senza pretensione di certezza; mi pare difficile però che si possa, con maggiore o anche con uguale probabilità, citarlo nel senso voluto dal Cogliolo.

Si può dunque concludere, che secondo il diritto giustiniano senza alcun dubbio a chi avesse pagato un debito altrui contro il divieto del debitore non si concedeva azione alcuna; e che tale decisione di Giustiniano era conforme all'opinione dei più grandi giureconsulti dell'età classica, nè si può quindi dire contraria alla natura della gestione d'affari, quale fu ritenuta nel miglior tempo del diritto romano.

Naturalmente la decisione imperiale fu accolta insieme con tutto il corpo del diritto civile nei paesi, che accettarono il diritto romano, sicchè essa divenne diritto comune in Europa, e specialmente in Italia.

Tuttavia quei *Quidam* dissenzienti, dei quali ci è data notizia nella l. 40 Dig. mandati 17, 1 e l. 24 Cod. de neg. gest., 2, 18 (19), non furono senza successori anche tra i giuristi medioevali.

Così fu questo un punto, sul quale ebbero luogo dispute tra i glossatori. Nelle collezioni delle *Dissensiones dominorum* noi ne troviamo infatti una, che tratta precisamente la nostra questione (Vedi HAENEL, *Dissensiones dominorum*, Lipsiae 1834; Cod. Chis., § 159, p. 241; Hugolinus, § 33, p. 275. — La stessa *dissensio* trovo anche nella collezione da me incominciata a pubblicare negli *Studi e documenti di storia e diritto*, anno 1888, vol. IX p. 249 segg.). Riferisco qui il testo di Hugolino, § 33, che ci dà le più ampie notizie.

« PLACENTINUS et ODERICUS [Cod. Chis. Haeneliano § 159: ALDERICUS et PLACENTINUS et OTTO; Cod. Chis. della mia collezione: PLACENTINUS et OTO], BULGARUS et JOANNES BASSIANUS *dicunt, quod, si quis post prohibitionem gessit negotium, etiam utiliter, nec directam nec utilem habet actionem de impensis, ut C. de negotiis gestis l. ult. et D. mandati l. Si pro te et D. de negotiis gestis, Ex duobus. ALII, ut MARTINUS [ALII soltanto le due collezioni chigiane] ex aequitate utilem ei indulgent, ad instar illius qui animo depraedandi adcessit ad aliena negotia gerenda, ut D. de negotiis gestis,*

l. Si pupilli § 3 et 4, et ad similitudinem illius, qui post prohibitionem heredis testatorem funeravit, ut D. de religiosis et sumtibus funerum, l. At si quis. § Labeo. Sed illud potest dici speciali favore funeraticiae. Similiter indulgent ei, qui bona fide aedificavit in alieno solo, cui JACOBUS dicit tantum per retentionem consuli, ut D. de conditione indebiti. Si in area, et D. de doli exceptione, Paulus. Sed dominus Azo distinguit, qualiter prohibuit: an irato animo, an etiam plana voluntate, ut in primo casu agat gestor, quia perinde est, ac si non esset prohibitus, quum calore iracundiae sit prohibitus, arg. D. de reg. iur. l. Quidquid (in) calore. Sin autem plana voluntate prohibuit, non agit gestor ».

Nella Glossa accursiana troviamo pure menzione di questa controversia nei passi seguenti: ad l. 40 mandati 17, 1, v° non consentio: est ergo hoc aperte contra Azo. qui utilem dabat. et sic est contra eum sup. de neg. gest. Si ex duobus in fi. ».

Ad l. ult. Cod. de neg. gest. 2, 19, v° currentem: « Item an de aequitate dabitur aliqua actio pro gestis post denunciationem, cum bene est gestum. in simili casu potest quaeri, ut si mandavi, ut emerem rem pro decem, et dedisti viginti, et utiliter, quia bene valet, et plus. Et ait M (artinus) agi posse, ar. ff. de verbo, signi. l. cum in testamento, et de cond. inde. l. nam hoc natura, sed B (ulgarus) contra et Io (annes) et nos. s. ut non possit agere, nisi pro taxata quantitate, ut ff. e. l. qui aliena. § libertos. et l. Si ex duobus. et hic, et ff. man. l. si remunerandi. § si passus et l. si pro te, nisi in casu, ut ff. de relig. l. at si quis § idem Labeo ait ».

Non so veramente se tutte le notizie date in questi testi dei glossatori siano esatte; p. es. io non trovo in Azone traccia delle opinioni a lui attribuite da Ugolino e da Accursio; anzi così nella Summa (in II lib. Codicis, De negotiis gestis n. 21, 22; Venetiis 1582, col. 99), come nella Lectura (in II lib. Codicis, De negotiis gestis. ad l. 24, v° Nullum esse adversus etc.; Lutetiae Parisiorum 1611, pag. 114) io vedo da lui semplicemente seguita l'opinione dei più e combattuta quella di Martino.

In ogni modo l'opinione di Martino sembra non avesse seguito tra i glossatori (Confr. ODOFREDUS, In XI primos Pantectarum libros, Lugduni 1550, Ad l. Si ex duobus. De neg. gest., fol. 131 a. — ad l. Solvendo de neg. gest. fol. 144. b. — In Secundam Digesti veteris partem, Lugduni 1551, ad l. Si pro te, Mandati, fol. 87 a. — In primam Codicis partem, Lugduni 1550, ad l. Si quis nolente. De neg. gest. fol. 95. a.).

Solo negli autori posteriori trovo una questione agitata da Pillio, nelle Quaestiones Sabbatinae, circa la concessione dell'azione, nel caso che il negotiorum gestor abbia pagato il tributo, contro il divieto del dominus, per evitare che la casa di questo fosse, secondo la pena minacciata dallo statuto, distrutta. In tal caso, essendo all'utilità privata congiunto un riguardo di utilità pubblica, si volle, specialmente per analogia della l. 14 § 13 D. de religiosis 11, 7, concedere da alcuni un'azione di regresso ex aequitate (Cfr. PETRUS DE BELLAPERTICA, Super prima parte Codicis, Parrhisiis (sic) in edibus M. Petri Gromorsi. ad l. ult. De neg. gest. fol. 89 — CYNUS PISTORIENSIS, In Codicem, Francof. ad Moenum 1594, ad l. ult. de neg. gest. fol. 89 b. — ALBERICUS DE ROSATE, In primam Codicis partem Commentaria, Venetiis 1589, ad l. ult. De neg. gest. fol. 104 — PAULUS CASTRENSIS, In primam Codicis partem, Venetiis 1594, ad l. ult. de neg. gest., fol. 79 — ALEXANDER TARTAGNUS IMOLENSIS, In primam et secundam Codicis Commentaria, Augustae Taurinorum 1575, ad l. ult. De neg. gest., fol. 54, b. 55, a.). Questa

eccezione peraltro era giustificata per la specialità del caso e non poteva dirsi una vera violazione della regola.

Così pure alcuni autori vollero ammettere altre eccezioni in parte giustificate dai testi, in parte fondate sopra forti ragioni particolari, in vari casi, i quali sono enumerati da ALESSANDRO TARTAGNI (loc. cit. — confr. pure PAULUS CASTRENSIS, loc. cit.); così: 1° per la sepoltura dei cadaveri; 2° per la redenzione dei prigionieri; 3° per la cura dell'infermo da parte del medico, nonostante la proibizione dell'infermo stesso; 4° per gli studi del figlio studente, contro il padre, nonostante la proibizione di questo; 5° in qualche altro caso di spesa molto necessaria, come p. e. in quello proposto da Pillio nella sua questione sabbatina.

Più importante, perchè si riferisce più dappresso al fondamento della regola sancita da Giustiniano, è la considerazione messa innanzi da alcuni per il caso della prohibitio ab irato o calore iracundiae; così, oltre ciò che Ugolino ci dice di Azone, trovo che PIETRO DI BELLAPERTICA (loc. cit.) e UBERTO DA BOBBIO (citato da ALBERICO DA ROSATE, loc. cit.) ritenevano nulla tale proibizione, ed anzi Pietro spiega con tale nullità l'ammissione della azione di regresso nei casi di spesa fatta per grave necessità, anche contro il divieto, dovendosi ritenere non serio o almeno non fatto con mente sana il divieto. Pietro aggiunge anche il caso di chi prohiberet ore et non prohiberet corde, ammettendo la prova del giuramento circa la corrispondenza della interna volontà alla dichiarazione. Per vero, se si pon mente anche alle formalità alle quali Giustiniano ha voluto assoggettare il divieto, e se soprattutto si ha riguardo allo spirito della legge, il richiedere l'esistenza di una seria volontà nel proibente apparisce ben giustificato. In questo modo non si altera punto la regola; solo si dichiara meglio la natura del divieto, che produce l'inammissibilità dell'actio negotiorum gestorum. Vedremo poi come le stesse considerazioni si riproducono per il diritto attuale.

Una vera e propria eccezione alla regola, ed anzi un'eccezione tale che, per il caso da noi qui più particolarmente studiato del pagamento del debito altrui, annulla addirittura la regola, fu sostenuta da Guglielmo da Cugno (o da Cuneo, che dir si debba) [cito l'opinione di Guglielmo traendola dagli scrittori stessi, che la combattono: nella Lectura super Codice, edita a Lione nel 1513, non si trova nulla sul tit. De negotiis gestis; l'unico titolo del Cod. lib. II commentato è quello De edendo].

Questo giureconsulto ritenne che l'azione negotiorum gestorum contra-ria dovesse negarsi, quando l'atto fatto dal gestore contro il divieto del dominus fosse tale da aver carattere di delittuosa immistione nelle altrui cose: tale p. es. sarebbe il fare opere nella casa o nel fondo altrui; ma che invece si dovesse ammettere, quando tale carattere mancasse, come appunto nel caso di pagamento del debito. Ma questa sottile distinzione fu tosto combattuta dai più autorevoli commentatori, i quali riconobbero la generalità della regola sancita da Giustiniano e la sua speciale applicazione ai pagamenti dei debiti in forza della l. 40 D. mandati 17, 1. Sono da vedere in questo senso: BARTOLUS A SAXOFERRATO, In primam Digesti veteris partem, Venetiis 1615, ad l. Solvendo De neg. gest., n. 2, fol. 121 a. — In secundam Digesti veteris partem, Venetiis 1615, ad l. Si pro te. Mandati, fol. 105, b. — In primam Codicis partem, Venetiis 1615, ad l. ult. De neg. gest., fol. 75 a. — BALDUS, In primam Digesti veteris partem, Venetiis 1613, ad l. solvendo. De neg. gest., fol. 217 a. — In secundam Digesti veteris partem, Venetiis 1615, ad l. Si pro te. Mandati, fol. 120. a. — In I, II et III Codicis libros.

Venetii 1615, ad l. ult. De neg. gest., fol. 146 b. — ANGELUS DE PERUSIO, *Super Codice*, Venetiis 1579, ad l. ult. De neg. gest. fol. 21, b.

Insomma dell'opinione di Martino e di quella di Guglielmo nulla rimase nella scuola dei commentatori e dei pratici italiani, e nulla passò nel nostro diritto civile comune.

PIRRO MAURO, nel suo speciale trattato *De solutionibus* (Venetiis 1620), cap. 25, n. 19, così infatti riassume la dottrina e la pratica in proposito:

« Qui pro altero solvit eo invito non potest postea solutum repetere. fin. C. de neg. gest. l. si pro te. ff. mand. l. si ex duobus ff. de neg. gest. glo. et Bart. in l. Si Stichum in §. fi. ff. de novat. Rom. sing. 124 tu habes. Cag. in l. invito num. 4 ff. de reg. iur. Quod intellige quando ante solutionem solvens fuerit a debitore vetitus ne solveret et nihilominus hac prohibitione non obstante solvere voluit: nam tali casu tertium solventem cadere a commodo repetitionis dicit Bartol. in d. l. Si Stichum in §. fin. ibi, ut puta prohibeo. Addentes ad Bartol. in l. in rem §. tignum ff. de rei vend. ubi eam huius dicti rationem assignant: quia per prohibitionem et contradictionem resistantiamque debitoris tertius solvens venit constitutus in mala fide et ideo a commodo repetitionis cadit ».

La stessa dottrina conforme alle leggi giustiniane fu accettata anche in generale dai civilisti di Germania; ed oggi ancora in tutti i trattati tedeschi la dottrina giustiniana è insegnata senza discussione, ammettendosi solo da taluno qualche eccezione, p. es. per il caso che il *negotiorum gestor* abbia adempiuta una obbligazione imposta dalla legge, poichè allora interviene un riguardo di ordine pubblico. Veggansi tra i più antichi: WESEMBEIUS, *Commentaria*, Coloniae Agrippinae 1650, in *Cod.*, lib. II, tit. 19, n. VI, p. 52; HARPPRECHT, *Comm. ad Inst.*, lib. III, tit. 28, n. 82, Francof. 1708, tom. III, p. 451; HILLIGER, *ad Donellum*, lib. XV, cap. 16, n. 3 (DONELLUS, *Comm. iur. civ.*, Lucae 1764, vol. IV, p. 139); LYNCKER, *Anacleta*, Ienae 1698, *Ad Synt. iur. civ. Struvii*, lib. III, tit. V, Th. 46, p. 75; BRUNNEMANN, *Comm. ad Pand.*, lib. 3, tit. 5, ad l. 43, vol. I, p. 232, Napoli 1780; LAUTERBACH, *Collegium Pandectarum*, Tubingae 1784, lib. III, tit. 5, n. IV, vol. I, pag. 320; HOFACKER, *Principia iuris civilis*, Tubingae 1798, § 3031, 3033, vol. III, p. 361, 364; HÖPFNER, *Institutionen*, 8ª ediz. Frankfurt 1818, § 937, nota 6, p. 702 seg.; GLÜCK, *Auf. Erläuterung der Pandecten*, Erlangen 1798, vol. V, lib. III, tit. 5, § 420, p. 338 seg. Tra i più recenti soprattutto: HOLZSCHUHER-KUNTZE, *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*, 3ª ediz., Leipzig 1864, vol. III, § 278, n. 7, 8, p. 684 seg.; SEUFFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, 4ª ediz., Würzburg 1867, vol. II, § 344, n. 8, p. 265; SENTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, 3ª ediz., Leipzig 1868, vol. II, § 114, n. 36, p. 595; Confr. pure: THIBAUT, *Pandecten*, 8ª ediz., Iena 1834, § 620, n. 6, vol. II, p. 159; PUCHTA, *Pandekten*, 7ª ediz., Leipzig 1853, § 327, p. 479; MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandectenrechts*, 4ª ediz., Halle 1844, vol. II, § 435, n. 4, 10, p. 473 seg.; SCHWEPPE-MEJER, *Das römische Privatrecht*, 4ª ediz., Göttingen 1831, vol. III, § 590, p. 503; ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, 13ª ediz., Stuttgart 1886, § 298, n. 588 (trad. ital. SERAFINI, 3ª ediz., Bologna 1880, vol. II, p. 279 seg.); KELLER, *Pandekten*, 2ª ediz., Leipzig 1867, vol. II, § 318, p. 39; BARON, *Pandekten*, 4ª ediz., Leipzig 1882, § 309, n. 2 b, p. 511; DERNBURG, *Pandekten*, Berlin 1886, vol. II, § 122, p. 318; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6ª Frankfurt 1887, vol. II, § 420, p. 665; WENDT, *Lehrbuch der Pandekten*, Iena ediz., Berlin 1859, vol. III, § 292, p. 588, dove si trovano menzionati i §§ 249, 250, 253 del *Landrecht* prussiano, e il § 1040 del codice austriaco.

Non così però in Francia e in Olanda, dove, quantunque moltissimi scrittori accettassero il diritto giustiniano, tuttavia si formò una notevole corrente di autori in contrario. Non oserei veramente annoverare tra questi il Cuiacio, come vorrebbe il COGLIOLO, *op. cit.*, p. 329, perchè quel grande interprete non fu costante nelle sue opinioni su questo punto: così mentre in parecchi luoghi (*Comm. in lib. III Dig. Salvii Iuliani*, ad l. 8 de neg. gest. § *Iulianus* in *Opp.*, Prati 1837, vol. III, col. 732; *Comm. in lib. XC Dig. Salvii Iuliani*, ad l. 18 de fideiuss. in *Opp.*, vol. III, col. 1446; *In lib. IX Pauli ad edictum*, ad l. 40 mandati, in *Opp.*, vol. V, col. 220; *Notae et Scholia in lib. III Instit. Quib. mod. obl. toll. ad v. vel invito solutio*, in *Opp.*, vol. II, col. 1189) accetta e spiega, senza osservazioni in contrario, il diritto giustiniano, in altri luoghi invece (*in lib. IX quaest. Papin.*, ad l. 53 mandati, in *Opp.*, vol. IV, col. 868; *Paratitla in Cod. lib. II tit. 18*, in *Opp.*, vol. VIII, col. 624; *In lib. IV priores Cod. Iust. recit.*, lib. II, tit. 18, in *Opp.*, vol. IX, col. 2376) espone una teoria contraria, senza però mai combattere i testi opposti, quasi ignorandoli.

Ma lasciato Cuiacio in disparte, già il MEJER, *Collegium iuridicum Argentoratense*, Arg. 1615, ad *Pand.* III, 5 n. 36 p. 193, n. 38 p. 194, ammette un'azione contro il *dominus* proibente in *quantum locupletior factus est*; e tra i pratici quest'ordine di idee fu abbastanza largamente rappresentato. Basti qui il trascrivere la seguente annotazione del GROENEWEGEN, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, Lugd. Bat. 1649, ad l. ult. *Cod. de neg. gest.* II, 19, p. 440:

« Invito domino res alienas contrectans earumque administrationi sese immiscens delinquit. arg. l. 16 Divus D. de servit. praed. rust. l. 1, § 5, quod vi aut clam. l. 3 quod enim § 1 in fin. D. de adq. rer. dom. ideoque privatur expensis, quas circa res fecit. hic et ibi Bartol. n. 4. Sed quoniam poenae legales privantes aliquem jure suo nostris et aliorum moribus in desuetudinem abierint: dixi in § 1 ita tamen. *Inst. de vi bon. rapt. et in l. ult. C. Ne liceat potent. patrocini. litig. praest. ideo ei, qui nolente et specialiter prohibente domino rerum administrationi se se immiscuit, pro expensis necessariis et utilibus ad exemplum malae fidei possessoris, l. 5 domum. C. de rei vendic. ubi dixi et in § 30, ex diverso. Inst. de rer. divis. et praedonis, l. 38 plane. de hered. petit. hodie negotiorum gestor actionem competere censeo, facit l. 14 et si quis. § 13 idem Labeo D. de religio. et sumpt. funer. ZIJPAE. Notit. jur. Belg. de Poen. in vers. poenae dupli. Ita in Senatu Burdigalensi iudicatum refert CHRISTIN. vol. 2 decis. 112 n. 11 et AUTUMNUS, Conferen. du droit Franc. et Cens. jur. Gallic. hic. allegans ad hoc BOER decis. 67. Atque huic sententiae adstipulari videtur MOLINAEUS ad Consuet. Paris. § 1 Glos. 5 n. 303. Vide quoque GARS, de expens., cap. 2 ».*

L'esempio di questi scrittori dal Groenewegen citati, e soprattutto quello del Groenewegen stesso, fu seguito dal VOET nel suo *Comm. ad Pandectas*, lib. III, tit. V, de neg. gest., n. 11, Colon. Allobr. 1769, vol. I, p. 174.

Ma più importa notare che l'opinione dei pratici francesi trovò un'eco in Pothier, del quale non è inutile riferire le parole, tanto più che in esse si ha riguardo appunto al caso del pagamento di un debito per parte di un terzo contro il divieto del debitore.

POTHIER, *Traité du quasi contrat negotiorum gestorum* (*Oeuvres*, Bruxelles 1830, tom. III), n. 181-183 p. 162 seg.:

« Si celui, pour qui vous avez fait une affaire s'y est opposé, et que malgré son opposition et la défense qu'il vous avait faite, vous avez fait pour lui cette affaire, la gestion, que vous avez faite malgré lui, ne formera pas,

au moins de part et d'autre, le quasi-contrat negotiorum gestorum. Vous contractez bien envers lui l'obligation de lui en rendre compte, s'il le demande; mais cette gestion ne l'obligera pas envers vous à vous en indemniser, s'il ne veut prendre aucune connaissance ».

E dopo aver riferite le l. 40 Dig. mandati 17, 1 e l. 24 Cod. de neg. gest., continua:

« La raison de la décision de Justinien est tirée de la nature du quasi-contrat negotiorum gestorum. Ce quasi-contrat, comme nous l'avons observé supra, imite le contrat de mandat; il en est une ressemblance: car la gestion de l'affaire de quelqu'un qui avait intérêt qu'elle fût faite, qui est faite à son insu, est faite à la vérité sans un mandat formel; mais on y suppose une espèce de mandat fictif et présumptif, y ayant présomption que celui, dont on a fait l'affaire à son insu, aurait donné l'ordre de la faire, s'il l'eût su, puisqu'il était de son intérêt qu'elle fut faite.

« Cette espèce de mandat fictif ou présumptif de celui dont on a fait l'affaire, qui fait le fondement du quasi-contrat negotiorum gestorum, ne peut pas se supposer, lorsqu'elle est faite contre sa défense formelle; et, par conséquent une telle gestion ne peut pas former le quasi-contrat negotiorum gestorum.

« 182. Celui, qui a fait l'affaire d'une personne contre sa défense formelle, n'ayant pas, suivant les principes que nous venons d'exposer, l'action contraria negotiorum gestorum contre cette personne, pour la répétition des frais de sa gestion, doit-elle les perdre, lorsque la personne, dont elle a fait l'affaire malgré sa défense, en a profité? Par exemple, dans l'espèce ci-dessus proposée, dans la quelle je vous ai cautionné pour une de vos dettes, contre la défense formelle que vous m'en avez faite: faute d'avoir contre vous l'action contraria negotiorum gestorum, parce que j'ai agi contre votre défense, dois-je perdre la somme que j'ai été obligé de payer pour vous en exécution de mon cautionnement, et dont vous avez profité, puisque le paiement, que j'ai fait, vous a procuré la libération de votre dette? Cela ne résiste-t-il pas à l'équité naturelle, qui ne permet pas que vous puissiez vous enrichir à mes dépens? Neminem aequum est cum detrimento alterius locupletari. Cette équité ne doit-elle pas venir à mon secours? et, à défaut de l'action contraria negotiorum gestorum, que je n'ai pas, ne doit-elle pas me donner pour la répétition de la somme, que j'ai payée et dont vous avez profité, l'action générale in factum, action qui a lieu quoties alia actio deficit? Les docteurs sont partagés sur cette question. Elle doit souffrir moins de difficulté dans notre jurisprudence française, où l'on ne s'attache pas au nom des actions, et où l'équité naturelle est seule suffisante pour produire une obligation civile et une action. Or, lorsque vous profitez d'une affaire que j'ai faite, quoique contre votre défense, pour vous faire du bien malgré vous, l'équité naturelle, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, vous oblige à m'indemniser de ce qu'il m'en a coûté, jusqu'à concurrence du profit que vous en retirerez. C'est l'avis d'Automne sur la loi fin. Cod. de neg. gest., qui dit que la décision de cette loi n'a pas lieu dans nos mœurs.

« 183. Cette action qui est accordée à celui qui a fait malgré moi mes affaires, ne lui donne pas néanmoins autant de droit qu'à un véritable negotiorum gestor; car il n'a la répétition de ce qu'il a déboursé, que jusqu'à concurrence de ce que je me trouve en profiter au temps de sa demande.

« Pareillement, quoique je sois obligé de vous rembourser ce que vous avez payé pour moi contre ma défense, parce que j'en profite, la circonstance

de la défense doit porter le juge à m'accorder plus facilement les termes que je lui demanderai pour vous faire ce remboursement; mon créancier, si vous ne l'avez pas payé contre ma défense, aurait peut-être eu pour moi de l'indulgence, et m'aurait peut-être accordé ces termes ».

Mentre tali discussioni si agitavano presso i pratici e i teorici del diritto positivo, la stessa questione era anche variamente risolta dagli scrittori di diritto naturale.

Così per esempio, mentre il WOLF, *Jus naturae*, Francof. et Lips. 1745, pars V, § 717, p. 241 seg., ammetteva un obbligo, quantunque non perfetto, del debitore verso colui che aveva pagato, altri invece lo negavano. Vedi MOLINA, *disp.* 554; PUFENDORF, *De iure naturae*, Francof. et Lips. 1759, vol. II, lib. 5, cap. 11, n. 2, e gli annotatori ivi.

Così stavano le cose, quando venne il tempo delle grandi codificazioni. Il codice prussiano accettò in questa parte le regole del diritto giustiniano nei §§ 249, 250, 253; e così pure più tardi il codice austriaco § 1040.

Il codice francese invece tacque su questo punto, contentandosi di fissare in pochi articoli le regole generali della *negotiorum gestio* romana.

Perciò tra i moderni interpreti del codice francese sono risorte precisamente tutte le questioni medesime, che si agitavano presso gli antichi giuriconsulti romani, e che si rinnovarono di poi tra i civilisti a proposito della risoluzione giustiniana delle l. ult. C. de neg. gest.

Negarono l'azione a colui, che paga contro il divieto del debitore, il TOULLIER, *Le droit civil français*, 6^a edit., Paris, vol. IV, part. I, n. 12, pag. 11 seg., vol. VI, part. I, n. 55, pag. 42 seg.; il TAULIER, *Théorie raisonnée du code civil*, Paris, tom. IV, pag. 583; il PESTERS, *de negotiis gestis*, Trai. ad Rhen. 1838, § X, p. 37; il DALLOZ, *Rép.*, v. *Obligations*, n. 1663; l'AUBRY e il RAU, *Cours de droit civil*, II Partie, liv. I, § 441, nota 16, 3^a ediz., tom. III, p. 529; il MOLITOR, *Obligations*, Paris, 1853, tom. II, n. 773, p. 447. Altri ammisero che l'azione si potesse concedere in taluni casi secondo le circostanze; così il DURANDON, *Cours de droit civil*, 4^a ediz., Bruxelles, tom. VII, liv. III, tit. III, chap. V, n. 19, p. 12 seg.; il BOILEUX, *Commentaire sur le code civil*, Paris 5^a edit., tom. II, art. 1236, p. 589 (il quale limita pure l'azione all'arricchimento). Altri concessero sempre un'azione chiamandola o *negotiorum gestorum* o *actio de in rem verso* limitata all'arricchimento del debitore liberato; così MARCADÉ, *Cours élémentaire de droit civil*, 4^a edit., Paris 1850, tom. IV, art. 1236, pag. 518 seg., tom. V, art. 1375, pag. 268 seg.; LAROMBIÈRE, *Obligations*, tom. III, art. 1236, n. 5, p. 68, tom. V, art. 1375, n. 24, p. 606 seg.; DEMOLOMBE, *Traité*, vol. 27, *Contrats*, vol. 4, n. 80, 81, p. 15 seg., *Traité*, vol. 31, *Contrats*, vol. 8, n. 88, 89, p. 83; COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de code civil*, 2^a edit., vol. V, Paris 1883, art. 1236, n. 17-bis XI, p. 307, n. 349-bis IV, p. 642. Altri ammisero in taluni casi l'*actio negotiorum gestorum*, in taluni altri l'*actio de in rem verso*; così il MOURLON, *Répétitions écrites sur le code civil*, 10^a edit., Paris 1877, tom. II, n. 1319 seg., p. 694, seg., n. 1669, p. 881 seg. Altri distinse i casi di divieto inconsulto, capriccioso, o mosso da ignoranza o da errore, dai casi di divieto ragionevole, e solo nel primo caso concesse un'azione pur sempre limitata all'arricchimento; così TROPLONG, *Mandat*, n. 75-86, Bruxelles 1846, p. 21 seg. Altri ancora come il LAURENT, portano come argomento tutte queste controversie e difficoltà, per concludere che il terzo contro la volontà del debitore non ha facoltà di pagare (vedi LAURENT, *Principes de droit civil*, vol. XVII, n. 485, p. 476 seg., n. 488, 489, 490, pag. 481 seg., vol. XX, n. 338, p. 365).

Il codice italiano, come il francese, nei pochi articoli (1141-1144) relativi alla gestione d'affari, accenna appena ai principî generali, senza fermarsi su questo punto.

Chiunque conosca le condizioni della nostra letteratura giuridica, facilmente s'immaginerà che i nostri scrittori si sono affrettati a ricopiare anche in questa parte i francesi. Tuttavia è notevole che i più non toccano neppure la questione. Io ricorderò qui tra i migliori, che l'abbiano trattata, solamente il GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, 2ª ediz., Firenze 1886, vol. 5, n. 31, pag. 53 seg., vol. 6, n. 43, pag. 32 seg., vol. 7, n. 122, pag. 139 seg., il quale ammette l'*actio de in rem verso*, ma neppure in tutti i casi, attenendosi, specialmente in quanto scrive nel citato vol. 5, più che altro alla opinione del Troplong; il COGLIOLO, *loc. cit.*, il quale vorrebbe negare al divieto del *dominus* ogni efficacia relativamente all'ammissione della azione *negotiorum gestorum* contraria; il Briolini, in un suo lavoro sull'*actio de in rem verso* nel diritto civile italiano, per ora inedito, ma che spero sarà presto pubblicato, il quale distingue tra atti dipendenti dalla volontà e atti necessari, e nega l'azione contro il *dominus* vietante relativamente ai primi, la concede invece relativamente ai secondi.

Che dovremo noi dire?

Un primo ammaestramento noi possiamo trarre dalla storia, che brevemente abbiamo fin qui delineata. La indeterminatezza delle disposizioni del codice sulla gestione d'affari contiene in realtà un rinvio ai principî del diritto romano o, se meglio si vuole, del diritto comune a base romana; si può dire pertanto che il codice non ha interrotto in questa parte la giurisprudenza anteriore. Ora, se in Francia può sembrare giustificato per ciò il richiamo alle massime professate dal Pothier, e dagli autori, sui quali questo si appoggiava; in Italia noi dobbiamo invece attenerci ai principî della nostra pratica antica e gloriosa, la quale dal diritto giustiniano non si era voluta distaccare. La stessa regola di ermeneutica (alla quale per verità pochi pongono mente) deve in questo, come in altri punti controversi, condurre noi a un risultato diverso da quello accettato dai francesi, per la diversità delle condizioni giuridiche precedenti.

Io son persuaso che la teoria conforme ai principî del nostro diritto debba così formularsi: chi ha pagato un debito altrui, contro il serio divieto del debitore, non ha alcuna azione di regresso contro questo; come in generale chi amministra gli affari altrui, contro il serio divieto del *dominus*, non ha alcuna azione contro il *dominus* stesso, pure essendo responsabile verso di questo dei danni arrecatigli, a meno che si tratti di atti, il compimento dei quali era richiesto da un interesse pubblico e il *dominus* non li voleva compiere da sè, ovvero di atti costituenti per il gestore stesso un dovere.

Non bisogna dimenticare che è principio fondamentale del nostro diritto patrimoniale privato, specialmente in materia di obbligazioni, che ognuno dev'esser libero di regolare le proprie cose secondo il proprio giudizio e piacimento e che non si può senza speciale giustificazione sostituire alla volontà dell'interessato quella di un altro. *Suae quisque rei moderator atque arbiter*, scriveva Costantino in una sua costituzione (l. 21 Cod. *mandati* 4. 35) che non rettamente si suol citare nella scuola a proposito delle definizioni della proprietà, mentre in realtà parla dell'amministrazione dei propri affari: or questo arbitrio e questa moderazione non si possono distruggere senza ledere la libertà individuale. Bene nota il Briolini che, se si ammettesse col Cogliolo che chiunque, avendo una media abilità di amministrare gli affari, potesse gestire i negozi altrui, e fosse munito sempre di una azione contro il *dominus* an-

che nonostante la proibizione di questo, nessuno potrebbe più essere immune dalle intrusioni di terzi nelle proprie cose, ed anche l'ottimo ed eccellente amministratore si vedrebbe costretto a tollerare che gente di mediocre intelligenza si mettesse ad amministrare le cose sue, senza potersi sottrarre alla azione contraria, senza potersi liberare da così poco comodi benefattori! Questa coattiva tutela, che a tutti s'imporrebbe, non è certamente voluta dalla nostra legge. L'istituto della *negotiorum gestio* ha il fine di rendere possibile l'amministrazione degli affari di coloro, che per qualche circostanza non possono da sè accudirvi e non hanno legittimi rappresentanti, nè mandatari; non bisogna mai dimenticare questo fine nella trattazione giuridica (Confr. l. 1 *Dig. de neg. gest.* 3, 5). Il concetto, che, accennato in qualche testo, fu poi ripetuto ed esagerato dagli interpreti posteriori, che l'amministrazione del negozio dev'essere tale, che presumibilmente il *dominus* l'avrebbe voluta, non è forse del tutto esatto, ma non conviene neppure rigettarlo del tutto, poichè racchiude in una forma forse troppo soggettiva una verità oggettiva difficile a formulare precisamente, cioè che l'amministrazione del gestore, oltre ad essere di per sè stessa utile al patrimonio del *dominus*, non deve neppure costituire una intrusione arbitraria nelle cose altrui. Nel modo stesso come l'art. 1141 del nostro codice è concepito («contrae l'obbligazione di continuare la gestione cominciata e di condurla a termine, sino a che l'interessato non sia in grado di provvedervi da sè stesso, e deve altresì soggiacere a tutte le conseguenze del medesimo affare ed a tutte le obbligazioni che risulterebbero da un mandato avuto dall'interessato ») si trova un manifesto richiamo a quel concetto, che l'interprete non deve, nè può dimenticare. Accanto al principio fondamentale della *negotiorum gestio* vi è sempre l'altro della l. 36 *Dig. de reg. iur.* 50, 17: *Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*.

Pel caso di pagamento del debito altrui si aggiunge poi anche il grave pericolo di dare ai terzi il diritto di espropriare in certo modo i crediti altrui, cumulandoli nelle proprie mani sotto forma di azioni contrarie *negotiorum gestorum*; chiunque ha un pò di danaro può in tal modo riuscire a prender per la gola colui, che abbia la sfortuna di avere qualche debito.

Io non credo che si possa accettare, di fronte all'art. 1238 e all'evidente argomento a *contrario*, che risulta dall'art. 1239 per le obbligazioni di dare, la teoria del Laurent circa la facoltà del creditore di rifiutare il pagamento per parte dei terzi; ma gl'inconvenienti, che spaventano il chiaro civilista belga, svaniscono, quando l'azione di regresso contro il debitore si regoli secondo le vere norme del diritto e non già secondo una equità più o meno cerebrina.

Ora le norme del diritto sono tanto larghe, che tutti i legittimi interessi vi trovano la loro garanzia. Il terzo che paghi, essendo in uno dei quattro casi preveduti dall'art. 1253 cod. civ., è *ipso iure* surrogato nei diritti del creditore. Se il pagamento è avvenuto per errore, credendosi il terzo obbligato mentre non era, ha luogo la *conditio indebiti* (art. 1146), e se il creditore per tale pagamento si è privato in buona fede del titolo e delle cautele relative al credito, cessando la ripetizione dell'indebitato, nasce un'azione di regresso contro il vero debitore (art. 1146 capov.). Se il terzo ha pagato compiendo una vera gestione d'affari per il debitore, gli è data l'*actio negotiorum gestorum contraria* (art. 1144). Finalmente col consenso del creditore il terzo può sempre ottenere da questo la surrogazione nei suoi diritti (art. 1252 n. 1).

Il voler concedere, oltre a queste, un'azione anche a colui che ha pagato di proprio arbitrio contro la volontà del debitore, e senza potere dal creditore ottenere la surrogazione convenzionale, è veramente un eccesso!

Nè si creda di salvar tutto concedendo invece della *negotiorum gestorum contraria* un'actio *de in rem verso* (secondo il moderno concetto di questa azione). La maggior parte degli argomenti testè addotti vale anche contro questa azione. Di più si può osservare che essa manca di ogni base nel codice. Nessuno degli articoli che trattano di azioni fondate sull'arricchimento, è qui applicabile per analogia (confr. art. 1243, 1307, 1728, 1842 — vedi anche art. 450, 704 segg., 2020); nè si può, come si pretende, ricorrere, in forza dell'art. 3 disp. prelim. cod. civ., al principio generale che *nemo locupletari debet cum alterius detrimento et iniuria* (l. 206 Dig. *de reg. iuris* 50, 17; l. 14 Dig. *de cond. ind.* 12, 6), poichè questo significa soltanto che niuno deve arricchirsi ingiustamente, senza causa, a danno altrui; ma, come fu già molte volte osservato senza che mai vi si sia data conveniente risposta dagli avversari, nel caso nostro colui che ha volontariamente pagato contro il divieto (o in generale ha gerito l'affare altrui contro il divieto) deve attribuire a sè stesso, al proprio atto volontario, la diminuzione del suo patrimonio; e se non è esatto il dire, come molti fanno, che si presume in lui l'*animus donandi*, il quale può talvolta realmente mancare, è pur sempre indiscutibilmente vero, ch'egli si è volontariamente messo nella condizione in cui si trova, nè può questa attribuire al fatto altrui o al caso o ad un suo giusto e probabile errore.

A questi argomenti decisivi si possono anche aggiungere gl'inconvenienti pratici dell'opinione ch'io combatto; poichè è praticamente assurdo l'addossare al debitore l'onere della prova, il più delle volte impossibile a darsi, della probabilità di dilazioni o di altri vantaggi, ch'egli avrebbe potuto ottenere dal vero creditore. Queste son cose che uno scrittore può dire a sè stesso per illudersi circa l'equità della propria sentenza, ma che non hanno riscontro nella vita reale. Se il debitore ha dimostrata la sua volontà contraria al pagamento, e se il creditore non ha concessa al terzo la surrogazione convenzionale, ciò deve essere più che sufficiente a provare che l'intervento del terzo è stato una sua arbitraria intrusione negli affari altrui, della quale egli deve sopportare tutte le conseguenze.

E chi mai può dire quanti e quali interessi di natura varia, e spesse volte tali da potere essere sentiti, ma non espressi con coscienza chiara e riflessa, può avere il debitore a che non sia mutata la persona del creditore? Nè a ciò si opponga appunto la facoltà del creditore stesso di cedere l'obbligazione e di surrogare altri al suo posto, poichè tali atti richiedono la volontà di lui e su questa volontà può dirsi che appunto faccia a fidanza il debitore; e d'altra parte noi parliamo precisamente del caso, che il creditore non abbia surrogato al suo posto il terzo pagatore.

Io credo d'avere con queste ragioni, tratte dalla storia, dalla testuale interpretazione del codice, e dai principî giuridici e sociali, dimostrato che non può ammettersi un'azione generale a favore di chi ha pagato un debito altrui, tanto da comprendere anche casi, come quello del pagamento fatto contro il divieto del debitore.

Poche cose mi restano da aggiungere relativamente alle eccezioni, che ho enunciato più sopra nel formulare il principio generale relativo all'effetto del divieto nella gestione dei negozi altrui.

Anzitutto ho richiesto che la volontà del debitore contraria al pagamento fosse seria; con ciò ho escluso l'efficacia di una dichiarazione non corrispondente alla volontà (il caso di chi *prohiberet ore et non prohiberet corde*, come diceva Pietro di Bellapertica), o di una dichiarazione non fondata sopra una volontà giuridicamente calcolabile (*ab irato* ecc.). Infatti un divieto fatto senza seria volontà non può escludere gli effetti giuridici della *negotiorum*

gestio. Anche Giustiniano nella sua l. 24 Cod. *de neg. gest.* 2, 18, richiedeva un divieto serio; egli esagerava però quando, per la prova di tale serietà, imponeva forme fisse alla proibizione.

Io ho inoltre eccettuato il caso, in cui il gestore compia atti richiesti dall'interesse pubblico o che costituiscono per lui un dovere. Non ho creduto di accettare la distinzione sostenuta dal Briolini tra atti necessari e volontari, perchè non mi pare che sia sufficientemente chiara, potendosi la necessità e la volontarietà concepire in modo assai vario, sicchè alcuni casi, e p. es. appunto il pagamento di un debito, potrebbero da taluni porsi in una categoria, da altri nell'altra. Al contrario, ben s'intende che il diritto non lasci privo di azione chi compie, invece di colui che vi è direttamente tenuto, un atto richiesto dal pubblico interesse, poichè si ottiene così un più pronto adempimento ed una giusta coazione indiretta. Così pure ragion vuole che la proibizione dell'uno non valga ad impedire all'altro l'adempimento del proprio dovere, nè a togliergli la possibilità di essere compensato dei sacrifici fatti in tale adempimento; in tal modo p. es. non si negherà l'azione al medico, che cura l'ammalato, sebbene contro la proibizione di costui, che vuol morire; caso che fu trattato anche dai nostri antichi giuristi, come più sopra abbiamo veduto.

Nè del pari si terrà conto del divieto di chi sia obbligato ad alimentare una persona, se altri abbia fornito questi alimenti da lui non prestati.

Non occorre aggiungere che la ratifica distrugge ogni efficacia giuridica della proibizione.

Nè dovrebbe essere necessario (quantunque pare che più d'uno non vi abbia posto mente) il notare espressamente che il divieto in tanto può essere efficace in quanto sia noto al gestore; per modo che questi conserverà la sua azione contraria, ogni volta che non abbia conosciuta la proibizione del *dominus*, o che pur conoscendola abbia potuto ragionevolmente ritenere che fosse stata revocata o che non si estendesse agli atti da lui compiuti.

ERRATA CORRIGE

- Pag. 61, riga 2: in luogo di « *probat* » si legga « *prolat* ».
- » 186, riga 20: in luogo di « elementi legittimi » si legga « elementi illegittimi ».
- » 196, riga 7: in luogo di « *Jaso Maynius* » si legga « *Jaso Maynus* ».
- » 204, riga 4: in luogo di « giusto, legale » si legga « giusto legale ».
- » 372, riga 2: in luogo di « *Institutionem* » si legga « *Institutionen* ».

In questa collezione:

- 1 - DE FRANCISCI P., *Storia del diritto romano*, vol I. (ristampa).
- 2 - C. STRUPP, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, trad. da P. La Terza.
- 3 - F. MESSINEO, *Operazioni di borsa e banca*.
- 4 - DE FRANCISCI P., *Storia del diritto romano*, vol. II. - Parte I.
- 5 - 10 - SCIALOJA VITTORIO, *Studi giuridici*, 6 voll.:
I-II - *Diritto romano*.
III-IV - *Diritto privato*.
V-VI - *Diritto pubblico*.

Prezzo L. 70.—

REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S04124