

14-C-510

PAUL KOSCHAKER *Inv. n.:* 587  
*Sign:* 467

# L'ALIENAZIONE DELLA COSA LEGATA

TUTTI I DIRITTI RISERVATI

ESTRATTO DAL VOLUME « CONFERENZE ROMANISTICHE »  
TENUTE NELLA R. UNIVERSITÀ DI PAVIA NELL'ANNO 1939-XVII



MILANO  
DOTT. ANTONINO GIUFFRÈ - EDITORE  
1940-XVIII

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA  
PRÁVNICKÉ FAKULTY  
STARÝ FOND 04745  
C. inv.:

Koupí od Fr. Vondruš  
Darem od \_\_\_\_\_  
v Opoc 74 Kčs 40-  
Inv. č. 33.245  
Sign

PAUL KOSCHAKER

L' ALIENAZIONE DELLA COSA LEGATA <sup>(1)</sup>

Il problema, di cui ho l'onore di parlare in questa adunanza, appartiene interamente alla scienza giuridica italiana. Dal 1914, anno in cui il Messina-Vitrano <sup>(2)</sup> l'ha ripreso con l'aiuto del metodo interpolazionistico, non ha trovato riposo. Soltanto negli ultimi sei mesi sono stati pubblicati due studi di romanisti italiani su questo tema, l'uno del Solazzi <sup>(3)</sup>, l'altro del De Martino <sup>(4)</sup>, e al momento di spedire queste pagine alla

<sup>(1)</sup> Questa conferenza è pubblicata nella sua prima parte, salvo qualche ritocco, nella forma nella quale fu letta. Ho, però, aggiunto le note, che nel corso della rielaborazione del manoscritto sono aumentate in una maniera da me non prevista. In particolare è stata rielaborata ed ampliata l'ultima parte sul diritto moderno, che ho trattato dal punto di vista del diritto comparato. Sono lieto di esprimere la mia profonda gratitudine al mio collega Biondi pel pregevole aiuto, che m'ha prestato correggendo il manoscritto della conferenza, e non meno al collega Archi, che ha rivisto ed apprestato il manoscritto per la stampa.

<sup>(2)</sup> MESSINA-VITRANO, *Sulla dottrina romana della revoca tacita dei legati e dei fedecommessi*, in *Annali del Seminario giuridico della R. Università di Palermo* III (1914) 1 sg.

<sup>(3)</sup> SOLAZZI, *Gai. II 198 e l'alienazione della cosa legata*, in *Studi Sarsavasi* XVI (1938) = *Scritti di diritto e di economia in onore di Fl. Mancaloni* 185 sg.

<sup>(4)</sup> DE MARTINO, *Un caso di revoca tacita del legato*, estratto dai *Rendiconti del R. Istituto lombardo, cl. di lettere* LXXI (1938) fasc. 2.

stampa ricevo per cortesia dell'insigne autore un volumetto dell'Arnò sulla medesima questione<sup>(5)</sup>, del quale potei tener conto solo nelle note. In qualità di romanista tedesco mi dispiace di constatare che nello stesso tempo fuori d'Italia, e particolarmente in Germania, non è stata scritta una sola linea in questa materia<sup>(6)</sup>. Questo rinascimento è tanto più grande in quanto l'importanza del nostro problema, se può apparire piccolo e modesto a prima vista, nondimeno oltrepassa i confini della questione che primariamente riguarda.

Va da sè che io non posso portare nessun nuovo contributo ad un problema, nel quale si sono affaticati i migliori spiriti della scienza romanistica italiana — basti ricordare i nomi di Albertario<sup>(7)</sup>, Riccobono<sup>(8)</sup>, Solazzi<sup>(9)</sup>. Ma questo non è il mio scopo. Ciò che intendo di dimostrare è che il nostro problema, particolarmente nella soluzione che ha trovato nel diritto classico, è di somma importanza anche per questioni del diritto moderno, entro il quale vorrei far risaltare il diritto tedesco, perchè è il diritto della mia patria.

A questo scopo è sufficiente un sommario dello stato attuale della dottrina, più esattamente della dottrina italiana. Farò notare il mio dissenso a suo luogo.

<sup>(5)</sup> ARNÒ, *L'alienazione della cosa legata*, in *Memorie dell'Istituto giuridico della R. Università di Torino* XLIV (1939).

<sup>(6)</sup> Lo studio del Boháček sull'*ademptio legati*, scritto in ceco, mi è stato praticamente inaccessibile, perchè la mia conoscenza della lingua ceca disgraziatamente non è bastata per utilizzarlo. Sono per questo maggiormente obbligato alla gentilezza dell'illustre autore per avermi tradotto alcune pagine del suo pregevole studio riguardante una questione di particolare importanza. Cfr. più innanzi l'Appendice II.

<sup>(7)</sup> ALBERTARIO, *Sulla revoca tacita dei legati e dei fedecommessi* [in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali* V (Pavia 1919)], citato in seguito secondo l'estratto.

<sup>(8)</sup> RICCOBONO, *Legati e fedecommessi, verba e voluntas*, in *Mélanges Cornil* II (1926) 348 sg.

<sup>(9)</sup> SOLAZZI, op. e loc. cit.

## I.

La regola secondo la quale l'alienazione della cosa legata importa la revoca del legato, ha la sua origine nel legato di obbligazione. Nel legato *per vindicationem*, che richiede la proprietà del *de cuius* sulla cosa legata *utroque tempore*, cioè al momento della confezione del testamento ed a quello della morte del testatore, l'alienazione produce la nullità, perchè manca una condizione di esistenza del legato. Nè ha luogo, come vedremo più innanzi<sup>(10)</sup>, una convalidazione secondo il senato-consulto Neroniano.

Nell'orbita del legato di obbligazione dobbiamo prendere le mosse dal fedecommesso<sup>(11)</sup>. Il testatore, alienando la *res*, dimostra la volontà che l'onorato non debba più avere la cosa. Questa volontà poteva essere presa in considerazione dapprima nel fedecommesso non formale, che era fatto valere nella cognizione straordinaria, libera dalle formalità del processo ordinario<sup>(12)</sup>. La nostra regola, infatti, è attestata per il fedecommesso in modo insospettabile nelle Sentenze di Paolo 4, 1, 9<sup>(13)</sup>, inoltre parecchie volte nel Digesto<sup>(14)</sup>. Tuttavia, già

<sup>(10)</sup> Ved. sotto il Cap. II p. 98 sg.

<sup>(11)</sup> L'ARNÒ, op. cit. 14, crede che il problema dell'alienazione della cosa legata abbia preso lo spunto dal legato e da questo sia migrata nel fedecommesso. Senonchè è inverosimile che l'elemento dalla volontà, che, come vedremo ancora, sta a base della nostra questione, si sia fatto valere dapprima nel legato formale anzichè nel fedecommesso privo di forme. Cfr. RICCOBONO, op. cit. 354 sg.

<sup>(12)</sup> Cfr. RICCOBONO, op. cit. 354 sg., 363 sg.; *Corso di diritto romano. Formazione e sviluppo del dir. rom. dalle XII Tavole a Giustiniano* II (1933-34) 397 sg.

<sup>(13)</sup> *Testator superveniens, si eam rem quam reliquerat vendiderit, extinguatur fideicommissum.*

<sup>(14)</sup> Cfr. D. 32, 11, 12; 31, 22. Cfr. anche D. 34, 4, 3, 11: [*non solum autem legata, sed et fideicommissa adimi possunt, [et quidem] nuda voluntate*, dove tutto ciò che è messo in parentesi quadre è insiticio, come

il diritto classico ha fatto breccia, riconoscendo delle eccezioni. La questione è difficile, perchè le rispettive fonti sono alterate. Mi riferisco a D. 32, 11, 12 e 13, dove Ulpiano nei *libri fideicommissorum* tratta, come sembra, *ex professo* dell'alienazione della cosa lasciata per fedecommesso<sup>(15)</sup>. Ma ciò che è discusso nel fr. 12 è una eccezione: la revoca del fedecommesso non ha luogo, se l'alienazione vien fatta *necessitate urgente*<sup>(16)</sup>. L'Albertario<sup>(17)</sup> però ha dimostrato che *necessitas*, particolarmente in opposizione alla *mera voluntas*, è un vocabolo prediletto dai bizantini<sup>(18)</sup>. Vorrei rinforzare questa constatazione linguistica con un argomento sistematico. Ulpiano tratta, come ho già esposto, *ex professo* dell'alienazione della cosa lasciata

si ammette generalmente. Cfr. *Index interpolationum ad h. l.*; SANFILIPPO, *Studi sull' hereditas* I 103 (estr. dagli *Annali del Seminario giuridico di Palermo* XVII, 1937); SOLAZZI, op. cit. 188 sg.

<sup>(15)</sup> Sono d'accordo su questo punto col RICCOBONO, *Mélanges Cornil* II 353, per quanto riguarda il fedecommesso. Non vedo però la ragione per la quale Ulpiano dovesse trattare la questione anche per i legati. Cfr. la nota 16.

<sup>(16)</sup> D. 32, 11, 12 (Ulp. lib. 2 fideicommissorum): *Si rem suam testator [[legaverit]] <per fideicommissum reliquerit> eamque [necessitate urgente] alienaverit, fideicommissum peti <non> posse, [[nisi probetur adimere ei testatorem voluisse]]: [probationem autem mutatae voluntatis ab heredibus exigendam]. Il passo, nella forma originaria, si riferiva ai fedecommessi. Ulpiano nei *libri fideicommissorum*, dove trattava *ex professo* questa materia, non poteva dire da una parte: *fideicommissum peti posse* e dall'altra: *si rem suam testator legaverit*. L'uso di questa parola presuppone l'*exaequatio* dei legati e dei fedecommessi, e rimonta quindi a una interpolazione. Cfr. anche SANFILIPPO, op. cit. 102<sup>4</sup>. Per le altre alterazioni del frammento cfr. ciò che segue nel testo e gli autori citati nelle note seguenti. Come si vedrà in appresso, trattasi di glossemi, che sono stati aggiunti al testo classico in epoche successive e sono qui indicati da parentesi quadre, semplici e doppie (per i più recenti).*

<sup>(17)</sup> ALBERTARIO, op. cit. 24 sg. (estr.).

<sup>(18)</sup> Già prima dell'Albertario il BERGER, *Teilungsklagen* 45, aveva sospettato la parola e il WEISS, *Rassegna della letteratura giuridica italiana 1915-1922*, in *Z. Sav.-St.* 45, 579, riferendosi agli studi dell'Albertario e del Messina-Vitrano, osservava a ragione che la questione della provenienza postclassica della *necessitas* è di importanza decisiva. Cfr. anche GUARNERI-CITATI, *Indice delle parole* etc. 59.

per fedecommesso. Allora si aspetterebbe di trovare in primo luogo la regola, e cioè che l'alienazione di questa cosa importa *ademptio fideicommissi*, e non un caso nel quale questa regola non regge. Inoltre, nell'ambito del fr. 12 non c'è posto per collocare la regola altrove. Senonchè questo posto è trovato, se cancelliamo con l'Albertario la *necessitas urgens* e rovesciamo la decisione di Ulpiano<sup>(19)</sup>.

Altro si deve dire circa il fr. 11, 13<sup>(20)</sup>: il testatore ha esatto il credito fedecommesso e il giurista decide: *poterit dici (fideicommissum) deberi*. Questo, a mio modesto avviso, è genuino. La ragione è giuridica. L'esigere un credito richiede la scadenza di questo. Allora la situazione del creditore-testatore sarebbe questa: se l'esigere il credito fosse paragonato alla alienazione della cosa lasciata per fedecommesso, il testatore, che volesse mantenere il fedecommesso, non avrebbe avuto altra scelta che di lasciare inesatto il credito e di esporsi così alle conseguenze spiacevoli della mora del creditore. In altre parole, se il creditore esige il credito fedecommesso, lo fa perchè opportunamente non vuole lasciar sussistere il suo credito oltre la scadenza, ma non lo fa per revocare il fedecommesso, e di questa sua volontà vien tenuto conto<sup>(21)</sup>.

<sup>(19)</sup> Cfr. la ricostruzione del frammento nella n. 16, che concorda con quella dell'ALBERTARIO, op. cit. 19. Aderisce all'Albertario il SOLAZZI, op. cit. 188 sg. Contra MESSINA-VITRANO, *L'alienazione della cosa legata o fedecommessa da Celso a Giustiniano*, in *Annali Perugia* XXXII (1920) 10 sg. dell'estr.; RICCOBONO, op. cit. 353; SANFILIPPO, op. cit. 102; BIONDI, *Corso di diritto romano. Successioni testamentaria* I<sup>2</sup> 364; ARNÒ, op. cit. 21 sg., che ritengono la decisione d'Ulpiano sostanzialmente genuina.

<sup>(20)</sup> [Ergo et] <sed> *si nomen quis debitoris exegerit, quod per fideicommissum reliquit, [[non tamen hoc animo, quasi vellet extinguere fideicommissum]], poterit dici deberi <...>, [nisi forte — fin].*

<sup>(21)</sup> Cfr. anche ARNÒ, op. cit. 27 sg., che però ritiene il frammento completamente genuino. Contra ALBERTARIO, op. cit. 19, che inverte la decisione d'Ulpiano: <non> *poterit dici fideicommissum deberi*. D'altra parte sono d'accordo col MESSINA-VITRANO, in *Annali Palermo* III 29 sg. e in *Annali Perugia* XXXII 10 sg. dell'estr., nel ritenere che vi fosse una antitesi fra le decisioni dei §§ 12 e 13 del D. 32, 11, ma per ragioni

Possiamo formarci così un'idea di come il concetto della *necessitas urguens* poteva sorgere. Il creditore che esige il cre-

del tutto diverse. Ammesso che l'idea della *necessitas urguens* è stata introdotta nel § 12 per mezzo d'una glossa, bisogna pure riconoscere che il glossatore si è trovato nella necessità di capovolgere la decisione di Ulpiano. Trovando nel § 13 una soluzione conforme al § 12 alterato, egli doveva naturalmente congiungere i due paragrafi per mezzo di un "ergo et", invece del "sed", originario. Per il Messina-Vitrano, su questo punto d'accordo coll'Albertario, la decisione del § 13 era in senso contrario nell'originale. A questa conclusione egli è indotto dalla frase, che segue immediatamente la decisione: *nisi forte inter haec interest: hic enim extinguitur ipsa substantia debiti, ibi res durat, tametsi alienata sit*, frase, secondo il MESSINA-VITRANO, op. cit. 12, "degnissima del grande giureconsulto", (Celso), a cui l'ascrive. Ma appunto questa frase non può essere genuina (cfr. anche SOLAZZI, op. cit. 188<sup>10</sup>) per una ragione di carattere giuridico. Si tratta della revoca del fedecommesso. Per questa è essenziale un atto volitivo del testatore, per mezzo del quale egli manifesta la sua volontà di non lasciare più la cosa all'onorato, ma è indifferente se questo atto lasci sussistere l'oggetto fedecommesso o lo distrugga. La frase, quindi, contiene un ragionamento inesatto, e potrebbe dirsi che sia indegna d'un giurista classico. È una glossa, che appartiene a un periodo meno culto di quello della giurisprudenza classica.

Il resto del frammento 11, 13, che fu già fortemente criticato (cfr., oltre gli autori citati nell'*Index Interpolationum*, SANFILIPPO, op. cit. 100 sg.; SOLAZZI, op. cit. 188<sup>10</sup>), contiene glosse successive, che sviluppano o esemplificano il pensiero principale del frammento: *cum tamen quidam nomen debitoris exegisset et pro deposito pecuniam habuisset, putavi fideicommissi petitionem superesse, maxime quia non ipse exegerat, sed debitor ultro pecuniam optulerat, quam offerente ipso non potuit non accipere. Paulatim igitur admiltemus, etsi ex hac parte pecuniae rem comparaverit, quam non hoc animo exegit, ut fideicommissarium privaret fideicommissio, posse adhuc fideicommissi petitionem superesse*. Il congiungere la prima frase alla precedente con "tamen", è erroneo, perché non trattasi di contrasto, ma bensì d'una conclusione, che si trae da ciò che precede. Come s'è visto, ciò che solo preme è che il testatore abbia esatto il credito. È quindi irrilevante che abbia messo in disparte il denaro ricavatone, ed è anche sbagliato distinguere l'esazione del credito e il pagamento spontaneo da parte del debitore. Ma è interessante che questa distinzione sia passata nei §§ 724-725 del C. c. austriaco, i quali ritengono revocato il legato quando "der Erblasser die vermachte Forderung eingetrieben", ma lo mantengono, "wenn der Schuldner die Forderung aus eigenem Antriebe berichtigt hat". Dal mettere il denaro esatto in disparte fa dipendere il perdurare del legato il C. c. prussiano (Preussisches Landrecht) § 412 I 12.

L'ultima frase è sgrammaticata: il pronome relativo "quam", rife-

dito fedecommesso, infatti agisce sotto la pressione d'una certa *necessitas* (22). Ciò nonostante questo concetto non può essere classico, perchè è così suscettibile di critica, che non poteva saltar fuori dalla testa d'un giurista classico (23). Cosa vuol dire *necessitas urguens*? Si penserebbe anzitutto, come Teófilo nella parafrasi delle Istituzioni (24), all'alienazione imposta da penuria.

rentesi a "ex hac parte pecuniae", è in un falso posto; "paulatim", = "poco a poco", è fuor di luogo. Il disordine del pensiero diviene palese, quando si tenta di tradurre la frase e di ricavarne il senso, ancorché si elimini il brano "quam non — privaret fideicommissio", che riflette l'*animus adimendi* del diritto giustiniano (cfr. più innanzi). Essa vuole forse ammettere la surrogazione della cosa comprata al fedecommesso originale. Ma di ciò, non vi è traccia nelle fonti.

(22) Il LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani* 157 sg. ha dimostrato che la parola e il concetto della *necessitas* erano noti alla letteratura retorica. Esso vien paragonato a quello della *vis ac metus*, inquantoché una azione sotto l'influsso d'una *necessitas* è considerata giuridicamente inefficace. Potrebbe darsi che la revoca del fedecommesso, contenuta per sé nell'alienazione, fosse ritenuta, se fatta *necessitate*, come nulla secondo questa dottrina. Ma è certissimo che questo non è stato mai il pensiero dei giuristi classici.

(23) L'ARNÒ, op. cit. 8, 22 sg., 40 sg. ascrive la teoria della *necessitas*, e financo quella dell'*animus adimendi*, a Quinto Mucio e quella opposta ai Serviani. Senonché, come vedremo più innanzi, Mucio non conosceva nemmeno il problema dell'alienazione della cosa legata.

La teoria della *necessitas* appare anche nel D. 34, 4, 18, frammento quasi generalmente ritenuto interpolato o, forse meglio come vedremo ancora, offuscato da una glossa. Cfr., oltre gli autori citati nell'*Index interpolationum*, SOLAZZI, op. cit. 193 sg.; DE MARTINO, op. cit. 6 sg. È ritenuto genuino da quelli, che credono alla classicità della dottrina della *necessitas*. Cfr. MESSINA-VITRANO, in *Annali di Palermo* III 16 sg. e in *Annali Perugia* XXXII 13 sg. dell'estr.; SANFILIPPO, op. cit. 117 sg.; ARNÒ, op. cit. 31 sg.; BIONDI, *Corso* cit. I° 363. Ma l'esposizione, attribuita nel frammento a Modestino, cioè che nel caso di donazione della cosa legata non abbia luogo la distinzione tra alienazione *mera voluntate* e *necessitate*, *cum nemo in necessitatibus liberalis existat*, è non soltanto inesatta, ma bensì erronea.

(24) II 20, 12 (FERRINI p. 212): Ἐληγάτευσάς μοι τὸ σὸν πρᾶγμα ἐπιζήσας ἔξεποιήσας τοῦτο. φησὶν ὁ Celsos· εἰ μὲν ὡς ἀδεμπτέων καὶ τῆς πρὸς ἐμὲ ἀφιστάμενος φιλοτιμίας ἔξεποιήσας τοῦτο, οὐκ ἐποφληθήσεται μοι τὸ ληγάτον. εἰ δὲ οὐ τοιαύτην ἐσχηκώς προαίρεσιν ἠλλοτριώσας αὐτὸ (τυχὸν γὰρ ἀνάγκη σοι ἐπετέθη δημοσίων χρεῶν ἢ ἰδιωτικῶν καὶ ἀπορῶν χρευσίου πέπρακας τοῦτο), ἀπαιτήσω τὸν σὸν κληρονόμον τὸ ληγάτον.

Ma appunto in questo caso la regola non regge. Chi vende costretto da penuria dà via anzitutto le cose di cui non ha bisogno, e, se lui stesso possiede troppo poco, sarà tanto meno disposto a mantenere il lascito in qualsiasi forma, sia che obblighi l'erede di procurare la cosa alienata all'onorato, sia che gli lasci il valore di questa <sup>(25)</sup>. E inoltre, se il testatore ha venduto la cosa fedecommissa senza ancora averla consegnata e poi l'ha consegnata al compratore, si potrebbe dire che alieni *necessitate*, essendo obbligato dalla vendita <sup>(26)</sup>. Si dovrebbe quindi mantenere il fedecommissato, benchè le fonti dicano che già la vendita sia sufficiente per la revoca <sup>(27)</sup>. Risultati assurdi. È

<sup>(25)</sup> Il GANGI, *I legati nel diritto civile italiano*, Parte generale II (1932) 436, 459, e il PACIFICI-MAZZONI, *Il codice civile italiano commentato* XI<sup>6-8</sup> (1929) 225, sulla base dell'art. 892 C. c. ital., sostengono a ragione che l'alienazione per causa di necessità, per es. per pagare dei debiti, importi nondimeno revoca del legato.

<sup>(26)</sup> Questa era infatti l'opinione della giurisprudenza medievale, che affermava una presunzione di non revoca per qualunque alienazione a titolo oneroso. Cfr. FERRINI, *Opere* III 484; GANGI, op. cit. 438.

<sup>(27)</sup> È vero che questo non avviene che raramente. Cfr. D. 31, 22; Paul. 4, 1, 9. Dobbiamo attribuire importanza a questa constatazione, considerando che questo pareggiamento dell'alienazione alla vendita si trova in una fonte di tarda provenienza come sono le *Sententiae* di Paolo, e che esso è favorito nell'epoca bizantina. Cfr. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà* 109 sg. Anche nelle Inst. 2, 20, 12 la fattispecie: *si testator ... alienaverit* è ripresa in un brano sicuramente interpolato colle parole "*si non adimendi animo vendidit*". Cfr. anche D. 33, 7, 27, 3 (Scaevola): il testatore ha legato *per praeceptionem* un fondo *cum instrumento*. *Quaesitum est, cum testator in eo fundo aliquantum vini in doliis habuerit, quod vivus totum vendiderat et partem tertiam pretii pro eo acceperat, an vinum in doliis remanens ad libertum* (cioè l'erede a cui il legato fu dato) *ex causa praeceptionis pertineat. respondit verbis quae proponerentur contineri, [nisi manifeste contrariam voluntatem heredes approbant]*. Per l'interpolazione cfr. l'*Index interpolationum* e più innanzi. È vero che si tratta d'un legato *per praeceptionem*, valido soltanto per le cose del testatore, e che le botti di vino, rimaste nel fondo, erano del testatore. Potrebbe darsi che per questo legato valessero principi più formali, ed è certo che questa soluzione s'imponesse nel legato *per vindicationem*, dove la *rei vindicatio* del legatario necessariamente primeggiava. Ma gli argomenti su menzionati ci fanno dubitare. Diverso è il punto di vista dei diritti moderni, dove nella nostra

vero che non sono discussi nelle fonti, ma non è da meravigliarsene, perchè si tratta di una dottrina postclassica, che non fu mai elaborata <sup>(27a)</sup>. La sua manchevolezza dimostra che non furono spiriti geniali, quelli che la inventarono. Poichè, come vedremo, questa dottrina fu sostituita più tardi da un'altra, tecnicamente più perfetta, saremo forse non molto lontani dal vero ritenendo che avesse la sua origine in un periodo di decadenza della giurisprudenza romana, cioè approssimativamente nel IV secolo. In ogni caso è pregiustiniana.

L'alienazione della cosa fedecommissa rappresentava per i classici una fattispecie, da cui tipicamente risultava che il testatore non voleva più lasciare la cosa al fedecommissario. A questa fattispecie i giuristi classici ne opponevano altre — per es. l'esazione del credito fedecommissato, il pegno della cosa fedecommissata <sup>(28)</sup> — le quali svelavano l'intenzione del testatore di non privare l'onorato del lascito, volontà opposta, ma ugualmente tipica. Per comprendere le ultime fattispecie sotto un concetto unitario, una dottrina postclassica, ma pregiustiniana, ha inventato la formola della *necessitas urguens*, tentativo infelicissimo, come abbiamo visto.

## II.

Vengo al *legato per damnationem*. Dato il suo formalismo, è da presumere che la revoca tacita nella forma dell'alienazione della cosa legata non fosse ammessa da principio. Ciò è confermato da un passo nei *tituli ex corpore Ulpiani* 24,

questione l'obbligo di alienare va pareggiato alla stessa alienazione. Cfr. § 2169, IV C. c. tedesco; per il diritto svizzero TUOR, *Erbrecht*, in *Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch*, edito dal Gmür, III (1929) 222; per il diritto inglese JARMAN, *A treatise on Wills* II<sup>7</sup> (1930) 1053.

<sup>(27a)</sup> Qualche dubbio, del resto non esposto, presso il GROSSO, *SDHI* (1939) 495.

<sup>(28)</sup> Inst. 2, 20, 12; Paul. 3, 6, 16.

29<sup>(29)</sup>, che è genuino, anche perchè non s' inquadra bene nel diritto del tempo di questa compilazione postclassica<sup>(30)</sup>.

I giuristi però hanno superato questo stato originario. Gai. II 198<sup>(31)</sup> c' informa che la convalidazione d'un legato *per vindicationem*, dopo l'alienazione della cosa legata da parte del testatore, non aveva luogo secondo il senatoconsulto Neroniano, perchè secondo l'opinione prevalente l'*exceptio doli* era accordata all'erede contro l'*actio ex testamento* del legatario. È vero che il Ciapessoni nel suo pregevolissimo studio sul senatoconsulto Neroniano ha ritenuto questo passo spurio<sup>(32)</sup>. Per quanto io vedo, tutti i romanisti, pur riconoscendo il grande valore dello studio, si sono dichiarati contro la tesi del Ciapessoni<sup>(33)</sup>, e fra questi tali che, come il Beseler<sup>(34)</sup> e recentemente il Solazzi<sup>(35)</sup>, non sono certo contrari a sospettare glosse nelle Istituzioni di Gaio. Basti, quindi, una sola osservazione, fatta già dal Piaget<sup>(36)</sup>. Se fosse vero, come il Cia-

<sup>(29)</sup> *Legatum, quod datum est, adimi potest vel eodem testamento vel codicillis testamento confirmatis, dum tamen eodem modo adimatur, quo datum est.*

<sup>(30)</sup> Sul suo carattere cfr. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano* V 493 sg.

<sup>(31)</sup> *Sed si quis rem suam legaverit, deinde post testamentum factum eam alienaverit, plerique putant non solum iure civili inutile esse legatum, sed nec ex senatus consulto confirmari. quod ideo dictum est, quia et si per damnationem aliquis rem suam legaverit eamque postea alienaverit, plerique putant, licet ipso iure debeatur legatum, tamen legatarium petentem posse per exceptionem doli mali repelli, quasi contra voluntatem defuncti petat.*

<sup>(32)</sup> CIAPESSONI, *Sul senatoconsulto Neroniano*, in *Studi Bonfante* III 672 sg.

<sup>(33)</sup> Una ampia discussione critica ne dà l'eccellente tesi di laurea del PIAGET, *Le sénatus-consulte Néronien* (Losanna 1936).

<sup>(34)</sup> BESELER, in *Studi Albertoni* I 432 sg.

<sup>(35)</sup> SOLAZZI, op. cit. 185. Negli *Studi Riccobono* I 80<sup>21</sup> approvava ancora la tesi del Ciapessoni. Cfr. di recente BIONDI, *Corso* cit. I<sup>2</sup> 224 sg.; MASCHI, *Studi sull'interpretazione dei legati* (Pubblicazioni della Università Cattolica del Sacro Cuore, Sez. II: Scienze giuridiche, vol. LXIII, 1938) 106 sg.; KÜBLER, *Festschrift für Koschaker* II 365<sup>28</sup>.

<sup>(36)</sup> PIAGET, op. cit. 51.

personi sostiene<sup>(37)</sup>, che il Neroniano sanasse il *legatum per vindicationem* per mezzo d'una azione fittizia *in rem* nel solo caso che mancasse la proprietà del testatore sulla cosa legata al momento della redazione del testamento, non si comprenderebbe come mai, sebbene per una minoranza, potesse essere discutibile che nel caso dell'alienazione della cosa legata *nec ex senatus consulto confirmari* (*legatum*). Il Ciapessoni<sup>(38)</sup> obietta che la discussione sarebbe stata impossibile ancorchè la sanatoria in virtù del Neroniano fosse effettuata mediante conversione in legato *per damnationem*, perchè era pacifico presso i classici che il *legatum per damnationem* rimane valido non ostante l'alienazione. Ma ciò era vero, sinchè l'*exceptio doli*, che è testimoniata anche da altre fonti, non era accordata a cagione dell'alienazione. Così l'argomentazione del Ciapessoni dipende da ciò che vuole provare: il carattere spurio dell'*exceptio doli* nella redazione di Gaio<sup>(39)</sup>.

<sup>(37)</sup> CIAPESSONI, op. cit. 673 sg.

<sup>(38)</sup> CIAPESSONI, op. cit. 672.

<sup>(39)</sup> Il senato probabilmente non fece altro che legalizzare un uso, già esistente, della prassi cautelare dei testamenti, cioè di mantenere eventualmente, per mezzo d'una clausola salvatoria, il *legatum per vindicationem* come *legatum per damnationem* (*repetitio legati*; cfr. i passi citati dal CIAPESSONI, op. cit. 680<sup>109</sup>; BIONDI, *Corso* cit. I<sup>2</sup> 223 sg.) ed è questo un forte argomento in favore della opinione dominante. Non regge l'obiezione del Ciapessoni che la persistenza di tali clausole non sarebbe spiegabile, se il senatoconsulto avesse disposto nello stesso senso, essendo esse divenute superflue. È noto — e naturalmente non è sfuggito al Ciapessoni — con quale tenacità tali clausole si mantengono. Ma, dice sempre il Ciapessoni, si aspetterebbe in queste clausole almeno un richiamo al senato consulto, di cui invece non c'è traccia. A ciò risponderei che era più sicuro per il testatore il ripetere esplicitamente una norma di diritto vigente che non il riferirsi, per brevità, ad essa.

Il senatoconsulto, dunque, fingeva il *legatum per damnationem*, lasciando al pretore l'eseguire questa finzione per mezzo d'una formula fittizia, ed in questo punto aderisco a quanto espone il CIAPESSONI, op. cit. 686 sg. Cfr. anche ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* 4 567<sup>1</sup>; GROSSO, *Recensione degli Studi Bonfante* III, in *Archivio giurid.* 107 (12 sg. dell'estr.). Con questo punto di vista sparisce anche l'obiezione che il senato mostrebbe una indifferenza per i vari tipi di legato, la quale sarebbe impos-

Di particolare importanza è il fr. 34, 1-2 D. 34, 2 di Pomponio <sup>(40)</sup>, perchè ci mostra lo stato del nostro problema in una

sibile per il I secolo d. Cr. Questa indifferenza non è diversa da quella che si manifesta quando il pretore, accordando la *bonorum possessio secundum tabulas* sulla base d'un testamento pretorio, dà al *bonorum possessor* per le azioni singolari una formula colla finzione " *si heres esset* ", prescindendo in questo modo dal verificarsi della *mancipatio familiae*.

È un'altra questione quella se il senato abbia adoperato l'idea della conversione. Questa, almeno nel senso moderno del concetto, è un affare di volontà. Cfr. § 140 C. c. tedesco: " *Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntniss der Nichtigkeit gewollt sein würde* ". Il BIONDI, *Corso* cit. I<sup>2</sup> 226 sg. (cfr. anche MASCHI, op. cit. 107 sg.) mette in rilievo questa idea, esponendo che non conti più la formula del legato, bensì la volontà del testatore. Ma il senato non dice: " il legato, non ostante il vizio di forma, vale perchè è voluto ", neanche: " vale come fedecommesso ", bensì: " vale come legato *per damnationem* ". Ciò dimostra come il principio della forma è ancora vivo. C'è ancora un'altra differenza. Il concetto moderno della conversione richiederebbe di prendere in considerazione una volontà ipotetica del testatore: avrebbe egli voluto il legato sotto un altro tipo, se avesse conosciuto la nullità del tipo scelto? Niente di ciò nel diritto romano. Tuttavia l'idea basilare del Neroniano è quella della volontà. Ma è, come giustamente osserva il PIAGET, op. cit. 86, una volontà tipica, desunta, come aggiungerei, dalla prassi della *repetitio legati*.

<sup>(40)</sup> Pomp. (lib. 9 ad Quintum Mucium) § 1: *Item scribit Quintus Mucius, si maritus uxori, cum haberet quinque pondo auri, legasset ita: " aurum quodcumque uxoris causa paratum esset ", uti heres uxori daret, etiamsi libra auri inde venisset et mortis tempore amplius quam quattuor librae non deprehendentur, in totis quinque libris heredem esse obligatum, quoniam articulus " est ", praesentis temporis demonstrationem in se continet. quod ipsum quantum ad ipsam iuris (civilis) obligationem pertineat recte dicetur, [id est ut ipso iure heres sit obligatus. verum sciendum] (... ) si [[in hoc]] alienaverit testator inde libram, [[quod deminueret vellet ex legato uxoris suae,]] tunc mutata voluntas defuncti locum faciet doli mali exceptioni [ , ut, si perseveraverit mulier in petendis quinque libris, exceptione doli mali submoveatur. sed si ex necessitate aliqua compulsus testator, [[non quod vellet deminueret ex legato,]] tunc mulieri ipso iure quinque librae auri debentur nec doli mali exceptio nocebit adversus petentem]. § 2: *Quod si ita legasset uxori " aurum quod eius causa paratum erit ", tunc rectissime scribit Quintus Mucius, ut haec scriptura habeat in se demonstrationem legati et argumentum: ideoque [ipso iure] alienata libra auri amplius quattuor pondo non remanebunt in obliga-**

in una epoca anteriore. Q. Mucio discuteva qui il legato del marito alla moglie, concernente *aurum quodcumque eius causa paratum est*. Il marito aveva alienato una libbra delle cinque esistenti al momento della confezione del testamento. Nondimeno l'erede deve prestare cinque libbre. Diversamente se il legato era *aurum quod eius causa paratum erit* <sup>(41)</sup>. Donde segue che il problema dell'alienazione della cosa legata non era stato ancora affrontato da Q. Mucio. Infatti la decisione divergente del secondo caso non si fonda sul fatto che il testatore ha alienato una libbra d'oro, bensì piuttosto sulla determinazione dell'oggetto, nel caso nostro, delle libbre d'oro, che saranno preparate per la moglie al momento della morte del testatore <sup>(42)</sup>, ed il mezzo di cui si serve Q. Mucio a questo scopo è l'interpretazione letterale dei vocaboli *est* ed *erit* <sup>(43)</sup>. D'altra parte

*tione [nec erit utendum distinctione, qua ex causa alienaverit testator]*. Il testo è stato ricostruito dai diversi autori in modo assai diverso. Cfr., per es., ALBERTARIO, op. cit. 17; SANFILIPPO, op. cit. 118; SOLAZZI, op. cit. 190, ed anch'io non voglio garantire che la mia ricostruzione colga nel segno in ciascuna parola. Ma ciò che importa non è una ricostruzione alla lettera, bensì il riconoscere che Pomponio criticava la decisione di Mucio, poichè nel § 2 aderisce a Mucio con parole — *tunc rectissime scribit* —, che dimostrano chiaramente che egli era d'altro avviso nel § 1. Dato ciò, è certissimo che Pomponio era tra i seguaci della dottrina dell'*exceptio doli*. I dubbi del DE MARTINO, op. cit. 11 non sono giustificati.

È certo anche che il testo fu profondamente rimaneggiato piuttosto da glosse che non da interpolazioni, glosse che si sono sovrapposte successivamente in diversi periodi. Come si vedrà innanzi, vi sono riconoscibili due strati di glosse, indicate da parentesi quadre semplici e doppie (per le più recenti glosse). Si può osservare che le più antiche glosse svelano ancora una certa conoscenza del meccanismo del diritto civile e pretorio — cfr. il contrapposto di *ipso iure* e di *exceptio, perseverare in petendo, submoveri exceptione* —, conoscenza che andava perdendosi nell'epoca bizantina colla fusione dei due sistemi.

<sup>(41)</sup> Ciò disconosce l'ARNÒ, op. cit. 6 sg.

<sup>(42)</sup> Cfr. BIONDI, op. cit. 262.

<sup>(43)</sup> I termini *demonstratio* ed *argumentum*, che Q. Mucio adopera, designano, come m'avverte il collega Stroux, concetti propri di grammatici.



Pomponio, che riferiva la decisione di Q. Mucio, già conosceva il problema e lo risolveva nel primo caso, dove esisteva, mediante l'*exceptio doli* contro l'*actio ex testamento* del legatario. È vero che la sua decisione fu modificata da glosse, che hanno introdotto la distinzione postclassica fra alienazione *mera voluntate* e *necessitate aliqua* <sup>(44)</sup>, distinzione ancora sconosciuta a Pomponio, come risulta dalle sue parole stesse. Infatti Pomponio non avrebbe potuto lodare Mucio soltanto nell'ipotesi del legato « *aurum quod ... paratum erit* » (fr. 34, 2) — cfr. *tunc rectissime scribit Q. Mucius* —, se avesse conosciuto la dottrina della *necessitas*, bensì avrebbe dovuto approvare la decisione di Mucio, cioè l'obbligazione dell'erede alle cinque libbre nonostante l'alienazione d'una libbra, anche nell'ipotesi del legato « *aurum quodcumque paratum est* », quando il marito avesse alienato *necessitate*. È vero che Pomponio asserisce questo alla fine del fr. 34, 1, ma senza riferimento alla decisione di Mucio. Così risulta una contraddizione insormontabile alla lode attribuita a Mucio nel fr. 2. È questo un sicuro indizio per l'inserzione, poco premeditata, d'una glossa, la quale distrugge l'andamento naturale del pensiero.

Il De Martino <sup>(45)</sup> ha recentemente sollevato dei dubbi circa il riconoscimento generale dell'*exceptio doli* nella materia del legato *per damnationem*, appoggiandosi alla esposizione di Gaio che soltanto « *plerique* » avevano approvato detta *exceptio*. È vero che ci sono alcuni passi nel Digesto, dove la menzione dell'*exceptio doli* è spuria. Ma vi si tratta certamente, o molto probabilmente, di fedecommessi. Gli accenni spurii all'*exceptio doli* vogliono ricordare il trattamento corrispondente nei legati e sono d'origine pregiustiniana, perchè Giustiniano non ebbe

<sup>(44)</sup> Secondo l'ARNÒ, op. cit. 48 sg., Pomponio avrebbe tentato di conciliare la dottrina Muciana, che distingueva alienazione *mera voluntate* e *necessitate*, con quella Serviana, che rigettava questa distinzione e dava peso all'antitesi tra *ius civile* e *honorarium*.

<sup>(45)</sup> DE MARTINO, op. cit. 3 sg. dell'estr.

nessun motivo di farli, data l'*exaequatio* dei legati e dei fedecommessi <sup>(46)</sup>. D'altra parte confermano che l'*exceptio doli* era

<sup>(46)</sup> Cfr. D. 34, 4, 3, 11 (Ulp. lib. 24 ad Sab.): [*Non solum autem legata, sed et] fideicommissa adimi possunt [et quidem] nuda voluntate. unde quaeritur, an etiam inimicitiis interpositis fideicommissum non debeat: et si [quidem] capitales [vel gravissimae] inimicitiae intercesserint, ademptum videri quod relictum est: [sin autem levis offensa, manet fideicommissum. secundum haec et in legato tractamus doli exceptione opposita]. È unanimamente ammesso che il frammento nella forma originaria si riferiva soltanto ai fedecommessi. Ved. l'*Index interpolationum ad h. l.*; BIONDI, op. cit. 365. L'esame della questione di vedere, *an inimicitiis interpositis fideicommissum non debeat*, è stato allargato da glosse innocue. D'altra parte, il modo col quale Ulpiano pone la questione, fa sospettare che egli facesse una distinzione. Infatti è giusto che non basti una inquietudine passeggera del testatore a revocare il lascito, ed a torto il FERRINI, *Teoria dei legati* 583 elimina tutto il brano « *et si quidem capitales — intercesserint* ». La fine « *secundum haec — opposita* » è — contro il SANFILIPPO, op. cit. 103 — una appiccatura postclassica, derivata dall'insegnamento, in cui il maestro rinviava al trattamento della stessa questione nei legati. Cfr. anche RICCIBONO, *Mélanges Cornil* II 367<sup>2</sup>; SOLAZZI, op. cit. 189<sup>11</sup>; DE MARTINO, op. cit. 4 sg.*

Diverso è il caso di D. 34, 4, 15 (Paul. lib. sing. de adsignatione libertorum): *Cum servus legatus [a testatore] et alienatus rursus redemptus sit a testatore, non debetur legatario opposita exceptio doli mali. [sane si probet legatarius novam voluntatem testatoris, non submovebitur].* Anche qui « *opposita exceptio doli mali* », è sospetto. Inoltre un classico non poteva dire *non debetur opposita exceptio*. D'altra parte non v'è dubbio che Paolo trattava del legato, perchè appunto per questo la questione sollevata dal giurista aveva senso. Nell'ipotesi d'un fedecommesso l'alienazione della cosa avrebbe estinto quello, e si poteva dubitare se il riacquisto della cosa importasse senz'altro reviviscenza del lascito e non richiedesse un nuovo fedecommesso. È vero che Ulpiano nel D. 34, 4, 4 in un altro caso ammette la reviviscenza del fedecommesso estinto. Ma dubito dall'estendibilità di questa decisione, ancorchè essa sia genuina. Cfr. GUARNERI-CITATI, *Reviviscenza e quiescenza nel diritto romano* 119 sg. Il legato, invece, perdurava *iure civili* malgrado l'alienazione ed era soltanto paralizzato dall'*exceptio doli*. Se il testatore riacquistava la cosa, bastava, per ristabilire il legato, che il pretore negasse l'*exceptio*. Ora il giurista doveva esporre questo ragionamento. Il frammento è formalmente spurio, essendo verosimilmente un sunto d'un glossatore o magari dei compilatori, che lasciarono stare per svista l'*exceptio doli*, di cui non avevano più bisogno, ma è sostanzialmente genuino. Il concetto che il riacquisto della cosa legata ed alienata non importi senz'altro il ristabilimento del legato revocato, è esatto. Cfr. Appendice II.

generalmente riconosciuta in questa materia, subito dopo la fine dell'epoca classica<sup>(47)</sup>. È naturale che non mancassero degli oppositori, quando l'*exceptio doli* fu proposta la prima volta da un giurista. Ma questa opposizione andò spegnendosi ben presto, perchè l'influenza sempre più crescente del fedecommesso sul legato — d'una tale influenza si tratta qui — portava ad una maggiore considerazione della volontà anche nei legati del *ius civile*, una evoluzione che si delinea già ben presto<sup>(48)</sup>. Se l'*exceptio doli* non si trova che raramente nel *Corpus iuris*, ciò si spiega nella nostra materia da una parte coll'*exaequatio*, dall'altra colla fusione del *ius civile* col pretorio, la quale diminuiva l'importanza dell'*exceptio*<sup>(49)</sup>.

### III.

Ho tentato di delineare la dottrina classica sul problema dell'alienazione della cosa legata. La dottrina è passata al *Corpus Iuris*, ma in forma modificata. Ai risultati dei classici: revoca o perdurare del lascito, vengono fatte delle riserve. L'alienazione *necessitate* fa perdurare il lascito, *nisi testator (fideicommissum) adimere, extinguere voluit* (D. 32, 11, 12 e 13); l'adempimento del legato da parte del testatore l'estingue, a

(47) D. 44, 4, 4, 10 (Ulp. lib. 76 ad Ed.): *Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere*. Per quanto spuria, proprio a causa del suo tono generico (cfr. *Index interpolationum ad h. l.* ed in particolare RICCIBONO, *Mélanges Cornil* II 366 sg.), questa affermazione riflette ottimamente l'andamento dell'evoluzione. Non è una interpolazione, bensì una glossa, scritta in un tempo, nel quale si aveva ancora una idea esatta del funzionamento dell'*exceptio*. Cfr. RICCIBONO, *Corso* II 401; MASCHI, op. cit. 113 sg.

(48) Cfr. RICCIBONO, *Corso* II 410.

(49) Cfr. RICCIBONO, in *Z. Sav.-St* 43, 292 sg.; *Corso* II 489 sg.; *Corso di diritto romano: stipulationes, contractus, pacta* (1935) 267 sg.

meno che non sia provata una diversa volontà di quello (D. 31, 22). Il padre ha legato il peculio alla figlia, poi ha esatto un credito peculiare. Nondimeno la figlia può domandarlo a titolo di legato, se non fu esatto *animo adimendi* (D. 34, 4, 31, 3). Accanto a formulazioni negative si trovano anche delle positive: per es. l'alienazione del cosa legata importa la revoca, se il testatore *deminuere vellet legatum* (D. 34, 2, 34, 1); inimizia mortale fra testatore ed onorato estingue il fedecommesso, « *si verisimile est testatorem noluisse fideicommissum* » (D. 34, 9, 9 pr.) etc.<sup>(50)</sup>.

È uno dei più antichi e più sicuri risultati della critica interpolazionistica quello di aver stabilito che tali riserve ed eccezioni sono interpolate<sup>(51)</sup>. Tentiamo di farci un'idea dell'importanza di codeste interpolazioni.

L'alienazione, il pegno della cosa legata, l'esazione del credito legato erano per i classici fattispecie che, in mancanza d'una dichiarazione esplicita del testatore, abbisognavano di interpretazione. I giuristi classici trovavano il fondamento per la loro interpretazione nella volontà del testatore. Ma questa volontà per loro non era individuale, bensì tipica. Non ponevano la questione di vedere quello che avesse voluto il testatore Tizio, ma bensì quello che avesse voluto qualunque testatore in quella determinata situazione<sup>(52)</sup>. Il pensare tipicamente è caratteristico per i classici. Esso domina l'interpretazione dei legati come si può ricavare da un libro del Maschi, recentemente pubblicato, benchè l'autore si rifiuti di ricono-

(50) Cfr. anche i passi del Digesto, citati nelle note 16, 20, 40, 46.

(51) Cfr. già GRADENWITZ, *Interpolationen* 171 sg.; ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano* 112, 118 sg. e la letteratura ivi citata. Rispetto al nostro problema è merito del FERRINI, *Teoria dei legati* 580 sg. e del MESSINA-VITRANO, in *Annali Palermo* III 1 sg., in *Annali Perugia* XXXII 1 sg. dell'estr., l'aver ravvisato le interpolazioni.

(52) Cfr. anche PIAGET, op. cit. 87 sg.

scere questo, e benchè correnti contrarie non siano mancate tra i giuristi romani <sup>(53)</sup>. Esso è decisivo per il concetto della colpa,

<sup>(53)</sup> MASCHI, *Studi sull' interpretazione dei legati* (cfr. n. 35). La questione è assai dibattuta nella scienza romanistica italiana, da quando il RICCOBONO (cfr. *Origine e sviluppo del domma della volontà nel diritto*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano*, Roma, I 179 sg.; *Corso* II 318 sg.) la riprese con il solito vigore, utilizzando i risultati del celebre scritto dello SRRoux, *Summum ius, summa iniuria*. La critica dell'illustre maestro ed amico è giustissima, inquantochè s'indirizza contro la tendenza di alcune indagini interpolazionistiche recenti dirette ad eliminare quasi interamente l'elemento della volontà dal diritto romano classico. Ma dubito che il Riccobono diminuisca l'importanza delle interpolazioni su menzionate, le quali sono da lui stesso riconosciute, attribuendo loro (cfr. *Atti* I 188 sg.; *Corso* II 338 sg.) un valore soltanto formale ed esplicativo come "moniti all'interprete per la retta intelligenza del testo".

Limitandoci al nostro problema, è naturalmente la volontà mutata del testatore che fa considerare l'alienazione della cosa legata come revoca del legato. Quando però leggiamo nel *Corpus Iuris* che a questa interpretazione può opporsi che io, testatore Tizio, personalmente ho avuto, contro l'opinione di tutti gli uomini giudiziosi, l'intenzione di mantenere il legato malgrado l'alienazione, intenzione che si può desumere, senza riguardo al mio atto stesso, da qualunque comportamento mio, non si tratta più un accenno meramente esplicativo, bensì una cosa nuova. Certo è sempre una questione di volontà, ma d'una volontà diversa da quella, che i giuristi classici avevano presa in considerazione. E la volontà personale, interna del testatore, e non la volontà tipica, che si manifesta secondo i classici nell'alienazione della cosa legata. Si può dunque dubitare dell'esattezza della conclusione, a cui il RICCOBONO (*Mélanges Cornil* II 373 sg.; *Corso* II 355) arriva, cioè che "Giustiniano non abbia fatto che mettere in maggiore evidenza l'elemento della *voluntas*, già esistente nelle decisioni e nelle controversie dei giuristi antichi". Infatti la sua teoria è stata accolta dalla letteratura susseguente soltanto con riserve. Cfr. LEVY, in *Z. Sav.-St.* 48, 675 sg.; ALBERTARIO, *Studi di diritto romano* V 118 sg.; DULCKEIT, *Erblasserwille und Erwerbswille* 5 sg.; LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani* 8 sg. e la letteratura ivi citata.

D'altra parte, il concetto della volontà individuale del testatore da accertarsi con tutti i mezzi possibili non è rimasto ignoto ai giuristi classici, ed è stato persino oggetto di controversie. Esso si trova sviluppato limpidamente a proposito dell'interpretazione d'un legato da Cicerone, de inv. II 117: *deinde, qua in sententia scriptor fuit, ex ceteris eius scriptis et ex factis, dictis, animo atque vita eius sumi oportebit... nam facile, quid verisimile sit eum voluisse, qui scripsit, ex omni scrip-*

particolarmente nell'*actio legis Aquiliae* <sup>(54)</sup>, per l'*honor matrimonii* nel suo rapporto con la tarda *affectio maritalis* <sup>(55)</sup>, etc. Quindi non c'era più problema per i classici, una volta constatato che il testatore, alienando la cosa legata, ha tipicamente l'intenzione di revocare il lascito. Il Messina-Vitrano ha ritenuto che si tratti d'una *praesumptio iuris et de iure* <sup>(56)</sup>. Ciò è obbiettivamente giusto, ma falso nella formulazione del concetto, perchè d'una presunzione inconfutabile si può par-

*tura et ex persona scriptoris atque iis rebus, quae personis attributae sunt, considerabitur*. Un seguace di questa teoria fu tra i giuristi Tuberone, come sappiamo dal famoso fr. 7, 2 D. 33, 10, su cui cfr. le luminose osservazioni dello SRRoux, in *Atti del congresso internazionale*, Roma, I 118 sg. Ma l'interpretazione individualistica, che prendeva in considerazione anche il personale linguaggio del testatore, non poteva prevalere contro l'opinione di Servio, approvata anche da Celso: *non ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere*. Cfr. anche RICCOBONO, *Corso* II 350 sg.; GROSSO, in *Studi Bonfante* II 195 sg.; MASCHI, op. cit. 72 sg.

Quando Pompeo andò a visitare il filosofo Posidonio, fece abbassare i fasci dei littori davanti alla porta, rendendogli così i sommi onori. Onorando gli scienziati greci i conquistatori del mondo onoravano loro stessi. L'influenza della scienza greca in tutte le sfere della vita spirituale di Roma era enorme già nell'ultimo secolo della repubblica. Cfr. KÜBLER e SRRoux, in *Atti del congresso internazionale*, Roma, II 81 sg., 113 sg. Ma non si trattava d'una recezione meccanica, particolarmente nella sfera del diritto, dove i romani non dimenticarono mai d'essere giuristi e seppero evitare dottrine pericolose per la vita pratica, pur riconoscendo l'importanza della volontà. Ricordiamoci le parole del RICCOBONO, *Atti del congresso internazionale*, Roma, I 182, che non importa la teoria retorica in sé, bensì l'applicazione e lo sviluppo, che essa ebbe nella dottrina della giurisprudenza romana. Se io non m'inganno, la disputa ha diminuito di asprezza negli ultimi anni e un accordo non mi pare impossibile. Cfr. anche RICCOBONO, *Atti del congresso internazionale*, Roma, I, 191; *Corso* II 381 sg.

<sup>(54)</sup> Cfr. KUNKEL, in *Z. Sav.-St.* 45, 338 sg.; 49, 158 sg., 162, 165; ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale nel diritto romano* 230 sg.

<sup>(55)</sup> Cfr. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano* I 195 sg.

<sup>(56)</sup> MESSINA-VITRANO, in *Annali Palermo* III 9 e in *Annali Perugia* XXXII 3 sg. dell'estr. Già il FERRINI, *Teoria dei legati* 575<sup>1</sup> ed il GRADENWITZ, *Interpolationen* 172, l'ultimo rispetto a Paul. III 6, 16, commisero lo stesso errore, del resto scusabile, considerati i concetti della pandettistica tedesca, i quali dominavano i giuristi di questo tempo.

lare soltanto quando si ammette la possibilità d'una presunzione confutabile<sup>(57)</sup>, la quale ultima non entra nella cerchia dei concetti dei classici. Non prima del tardo periodo postclassico fu concepita l'idea della volontà individuale del testatore, la quale prese il sopravvento sulla volontà tipica, cosicchè si riconobbe come ammissibile la controprova contro l'interpretazione tipica. Non prima di quest'epoca le fattispecie tipiche dei classici diventarono presunzioni<sup>(58)</sup>. È vero che già i classici conoscevano casi di alienazione della cosa legata, nei quali la conseguenza normale, cioè la revoca del lascito, non aveva luogo. Ma in questo essi non vedevano una confutazione d'una presunzione. Erano casi, da cui si poteva ricavare una volontà contraria, ma ugualmente tipica<sup>(59)</sup>.

Vi è di più. Tostochè la dottrina postclassica ebbe riconosciuto che la *causa efficiens* della revoca del legato era l'*animus adimendi* individuale, il passo fu breve per formulare un principio generale, desunto per astrazione dalle singole fattispecie classiche, regola che si può presentare in questi termini: qualunque comportamento del testatore, che manifesta l'*animus adimendi* — concetto ugualmente bizantino, come il Pringsheim<sup>(60)</sup> ha dimostrato —, significa la revoca del legato. È vero che si cercherebbe invano la formulazione d'una tale

<sup>(57)</sup> Avverte a ragione il DEKKERS, *La fiction juridique* (1935) 33: « la présomption irréfragable . . . conçoit encore si bien la preuve contraire, qu'elle la repousse ».

<sup>(58)</sup> Cfr. ALBERTARIO, in *Studi Pavia* V 8 sg., 26 (estr.), inoltre FERRINI, *Opere* III 440 sg., la cui argomentazione non mi convince. Cfr. anche DONATUTI, in *Rivista di diritto privato* III 188 sg., 205 sg.

<sup>(59)</sup> È dunque in senso improprio, o per brevità, che io ho parlato sopra (ved. p. 92) di regola e di eccezioni per designare l'ipotesi dell'alienazione della cosa legata e le altre ipotesi, nelle quali l'alienazione o un atto simile non era considerato come revoca del legato. Codesta terminologia è giustificata soltanto storicamente, inquantochè il caso dell'alienazione fu probabilmente il primo, che si presentò ai giuristi romani.

<sup>(60)</sup> PRINGSHEIM, *Animus in Roman law*, in *Law Quarterly* (1933) 45 sg.

regola nel *Corpus iuris*. Ma le formulazioni positive su menzionate, cioè che il legato nel caso dell'alienazione della cosa è inefficace, se il testatore ha avuto l'*animus adimendi*, provano che già c'era, sia pure latente, un concetto generale.

#### IV.

Siamo ora in grado di esaminare criticamente l'importante passo delle Istituzioni II 20, 12<sup>(61)</sup>. Secondo quanto abbiamo esposto sotto III, è palese che Celso non poteva scrivere: (*legatum*) *nihilominus deberi, si (testator) non adimendi animo vendidit*. È strano inoltre che, come nel D. 32, 11, 12 (ved. sopra p. 92<sup>16</sup>) sia trattata non la regola, ma bensì l'eccezione, cioè non l'ipotesi: *legatum non deberi, si animo adimendi vendidit*. Dato ciò, non è possibile ricostruire il contenuto dell'originale del nostro passo nelle Istituzioni di Marciano<sup>(62)</sup>. Si può presentare solo una discussione intorno alle varie possibilità di ricostruzione. Eccetto il Biondi<sup>(63)</sup>, il Sanfilippo<sup>(64)</sup> e l'Arnò<sup>(65)</sup>, tutti gli interpreti moderni<sup>(66)</sup> ritengono il brano « *si non adimendi animo vendidit* » interpolato, ed infatti, secondo quanto abbiamo esposto sulla concezione soggettiva della

<sup>(61)</sup> Inst. II 20, 12: *Si rem suam legaverit testator posteaque eam alienaverit, Celsus existimat, (. . .) [si non adimendi animo vendidit,] nihilominus deberi idque divi Severus et Antoninus rescripserunt. idem rescripserunt, eum qui post testamentum factum praedia, quae legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri et ideo legatarium cum herede agere posse, ut praedia a creditore luantur. si vero quis partem rei legatae alienaverit, pars quae non est alienata [omnimodo] debetur, [si non adimendi animo alienata sit].*

<sup>(62)</sup> Cfr. FERRINI, in *Bull. d. Ist. di dir. rom.* XIII 162. Più riservato è lo ZOCCO-ROSA, *Institutionum palingenesia* I 426 sg. La ricostruzione del frammento nella nota precedente è soltanto approssimativa.

<sup>(63)</sup> BIONDI, *Corso* I<sup>2</sup> 363.

<sup>(64)</sup> SANFILIPPO, op. cit. 113 sg.

<sup>(65)</sup> ARNÒ, op. cit. 38 sg.

<sup>(66)</sup> Anche il RICCOBONO, *Mélanges Cornil* II 354<sup>1</sup>.

volontà nel diritto giustiniano, non si può dubitare sulla provenienza di questo inciso. La decisione di Celso è confermata, secondo Inst. II 20, 12, da un rescritto di Severo e Caracalla. È quindi impossibile l'ammettere coll' Albertario<sup>(67)</sup> che la soluzione fosse stata l'opposta dell'attuale, perchè la revoca del legato mediante l'alienazione della cosa era riconosciuta da lungo tempo e non aveva bisogno d'essere confermata da un rescritto imperiale. È vero che l'egregio collega di Roma tenta di superare questa obiezione, espungendo l'accenno al primo rescritto<sup>(68)</sup> e collocando il secondo alla fine<sup>(69)</sup>. Questo mi sembra arbitrario e piuttosto un espediente disperato. Molto seducente è la proposta del Solazzi<sup>(70)</sup> di leggere: *Celsus existimat nihilominus (ipso iure) deberi, (sed exceptione doli mali legatarium petentem repelli posse) idque divi Severus et Antoninus rescripserunt* rell. Secondo questa ricostruzione una costituzione imperiale avrebbe preso partito nella controversia, riferita da Gaio, in favore dei *plerique*, che difendevano l'*exceptio doli*. Questo è possibile, ma mi trattiene « *nihilo minus* ». Si aspetterebbe piuttosto: *(ipso iure quidem) deberi, sed* rell. *Nihilominus* « nondimeno » richiede una frase avversativa o concessiva, che precede, e non una che segue come nella ricostruzione del Solazzi. Inst. II 20, 12 nella forma attuale è contraddittorio. Poichè se l'alienazione della cosa legata importa in sè la revoca del legato e se questa conseguenza è invertita

<sup>(67)</sup> ALBERTARIO, op. cit. 13 sg. (estr.). Cfr. anche SOLAZZI, op. cit. 195 sgg.

<sup>(68)</sup> Il SOLAZZI, op. cit. 196 osserva a ragione che i rescritti degli imperatori avrebbero potuto essere due. Io direi che secondo il tenore di Inst. II 20, 12 erano due, uno che si riferiva all'alienazione, l'altro che trattava del pegno della cosa legata.

<sup>(69)</sup> *Si rem suam legaverit testator posteaque eam alienaverit, Celsus existimat non deberi. si vero quis partem rei legatae alienaverit, pars quae non est alienata debetur. Divi Severus et Antoninus rescripserunt, eum qui post testamentum factum rell.*

<sup>(70)</sup> SOLAZZI, op. cit. 199.

nel caso concreto dall'*animus non adimendi*, sarebbe d'uopo un *ergo*, « quindi », invece di *nihilominus*. Questo è anche un forte indizio che *nihilominus* è genuino<sup>(71)</sup>. Ci avviciniamo forse al vero se, cancellando, come è necessario, « *si non adimendi animo vendidit* », tentiamo ipoteticamente la ricostruzione seguente del pensiero classico: benchè l'alienazione della cosa legata sia per sè revoca del legato, nondimeno il legato è dovuto, se circostanze speciali escludono tipicamente una mutata *voluntas* del testatore. Celso, dunque, si sarebbe occupato di questi casi contrari, e forse lui era il primo che li discuteva<sup>(72)</sup>. Che tali casi, e non quello della semplice alienazione, dove una opinione prevalente s'era già formata anche per i legati<sup>(73)</sup>, fossero sottomessi agli imperatori, è molto probabile. Ed infatti anche il secondo rescritto, citato nelle Inst. II 20, 12 e conservato nel C. 6, 37, 3<sup>(74)</sup>, si riferisce ad un caso (dazione in pegno), in cui il legato perdura malgrado l'alienazione. È probabile che il modello delle Inst. II 20, 12, le Istituzioni di Marciano (?), si dilungasse in modo più esteso non soltanto sui casi contrari, ma anche sul caso principale. I compilatori ne fecero un sunto, prendendo le mosse — per brevità od anche perchè i casi contrari stavano nel centro della discussione — da questi, che decisero dal punto di vista della

<sup>(71)</sup> Così anche DE MARTINO, op. cit. 9, ma per altre ragioni.

<sup>(72)</sup> Se il nome di Celso è congiunto col nostro problema in Inst. II 20, 12, ciò si spiega probabilmente per qualche progresso dovutogli nella risoluzione della questione. Senonchè è inverosimile che Celso fosse l'inventore dell'*exceptio doli* in materia di legato. Tutto quanto il SOLAZZI, op. cit. 198, ha addotto contro Pomponio come autore dell'*exceptio doli*, vale anche per Celso.

<sup>(73)</sup> Si osservi il modo assai dubitativo, col quale s'esprime ancora Ulpiano: « *poterit dici deberi* », nel fr. 11, 13 D. 32 (ved. sopra n. 20), in un caso, dunque, dove si manteneva il lascito malgrado l'esazione del credito fedecompresso.

<sup>(74)</sup> Per possibili alterazioni di questi testi, che non hanno interesse per noi, cfr. SOLAZZI, op. cit. 196; DE MARTINO, op. cit. 7 sg.; SANFILIPPO, op. cit. 114; ALBERTARIO, op. cit. 13<sup>2</sup>; BESELER, *Tijdschr. voor Rechts-geschiedenis* X 228.

nuova dottrina dell'*animus adimendi*, e lasciando così al lettore di ricavare per semplice inversione la regola principale.

Si pensi su questi tentativi di ricostruzione come si voglia, in ogni caso non c'è traccia nelle Inst. II 20, 12 della dottrina della *necessitas* <sup>(75)</sup>, ed io non posso capire come già il Ferrini <sup>(76)</sup> e poi il Messina-Vitrano <sup>(77)</sup> siano arrivati ad ascrivere questa dottrina a Celso. Essa non è in nessun luogo attribuita a questo giurista <sup>(78)</sup> <sup>(79)</sup>. Il solo risultato, che rimane, è questo che Celso, come si può concludere con qualche probabilità dalle Inst. II 20, 12, trattava casi, nei quali il legato era mantenuto malgrado l'alienazione, dunque casi che una dottrina posteriore tentava di comprendere sotto il concetto della *necessitas*. Ma questo argomento è tanto meno sufficiente, in quanto manca nelle Istituzioni ogni riferimento a questa dottrina.

Vediamo di vagliarla più esattamente sulla base di quanto si è detto finora. Essa distingue alienazione *mera voluntate* e *necessitate*. Mentre il primo concetto contiene in germe l'*animus adimendi* del periodo seguente, l'altro resta nella cerchia dell'interpretazione tipica dei classici, comprendendo in una formula tutti i casi, nei quali i classici ammettevano il perdurare del legato malgrado l'alienazione della cosa legata. Così questa teoria sta nel mezzo fra la dottrina classica e quella dell'epoca tarda. Precedentemente ho posto la dottrina della *necessitas* nel IV secolo dato il suo modesto valore. Ciò è ora confermato anche dal suo contenuto. Quindi non è troppo audace l'attri-

<sup>(75)</sup> Così giustamente RODDI, *I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche in diritto romano*, in *Memorie dell'Istituto giuridico della R. Università di Torino* XXXIII (1936) 164.

<sup>(76)</sup> FERRINI, *Teoria dei legati* 575.

<sup>(77)</sup> MESSINA-VITRANO, in *Annali Palermo* III 26 sg. e in *Annali Perugia* XXXII 4 sg., 23 (estr.).

<sup>(78)</sup> Neanche nel D. 31, 22. Senonché l'esame di questo frammento eccederebbe i limiti d'una nota e sarà fatto perciò nell'Appendice I.

<sup>(79)</sup> È arbitrario quello che il MESSINA-VITRANO, in *Annali Perugia* XXXII 10 fa, quando inserisce nel fr. 11, 12 D. 32 (cfr. n. 16) dopo *necessitate urgente alienaverit* (Celsus putat) *fideicommissum peti posse*.

buire la teoria dell'*animus* all'ultima fioritura della giurisprudenza romana nella scuola beritese. Il che è in armonia colla sua sostanza, che è molto migliore di quella della teoria intermedia, inquantochè permette di ridurre tutti i casi della revoca tacita del legato al principio unitario dell'*animus* <sup>(80)</sup>. D'altra parte, questa teoria recente ha reso superflua quella della *necessitas*. Sotto il regime della nuova teoria l'alienazione *necessitate* mantiene il legato soltanto qualora il testatore non ha l'*animus adimendi*, e viceversa l'alienazione *mera voluntate* non è revoca del legato che sotto la condizione dell'*animus adimendi* <sup>(81)</sup>.

<sup>(80)</sup> Per quanto la dottrina della *necessitas* sia precorritrice e per quanto contenga nel concetto della *mera voluntas* un elemento, che diventerà dominante nella nuova teoria dell'*animus*, pure l'origine di questa rimane nell'ombra. Cfr. anche PRINGSHEIM, op. cit. 411 sg. Ciò che impressiona in questa dottrina è l'estremo individualismo, che s'incastra così male con la mentalità dell'epoca tarda, a cui appartiene, epoca dominata dal socialismo cristiano e statale. Non v'è dubbio che la nuova teoria ha sapore di dottrinarismo, che poco si cura delle esigenze della pratica, e può darsi che derivi da un lato dalla filosofia e retorica greca, che conosceva, come si può arguire da Cicerone, de inv. II 117 (sopra n. 53) il concetto della volontà individuale, dall'altro, come il PRINGSHEIM, loc. cit., sostiene, dalla teologia. Simili fonti culturali sono proprie dell'ambiente, in cui vivevano i giuristi bizantini. Ma questi sono ancora problemi da sciogliere.

<sup>(81)</sup> Interessante a questo riguardo è D. 34, 4, 25 (Papin. lib. 9 responsorum): *Alteri ex heredibus praeceptionem praedii dedit: mox alteri praestari [adversus debitorem] actiones ad [eum] finem (pretii) mandavit, quo praedium fuerit comparatum. cum postea praedio distracto [citra ullam offensam eius qui praeceptionem acceperat] pretium in corpus patrimonii redisset, non esse praestandas actiones coheredi respondi*. Prescindendo dalle correzioni meramente linguistiche proposte dal BESLER, *Beiträge* II 44, la disputa tra Besler e MITTEIS, *Z. Sav.-St.* 33 (1922) 198, riguarda il brano "citra — acceperat". Il testatore, forse in un codicillo posteriore, ha lasciato al coerede dei crediti per l'ammontare del prezzo, a cui ha venduto il fondo dato *per praeceptionem* al primo coerede. Ha fatto ciò con l'intenzione di trattare il secondo coerede nella stessa maniera del primo. Revocato, come dico per brevità (cfr. Gai. II 220), il legato *per praeceptionem* in virtù dell'alienazione dell'oggetto legato, vien meno la ragion d'essere anche del secondo lascito. Questa decisione sembra essere indipendente dal motivo, che ha indotto il testatore a revocare il primo legato. Tutto ciò fa sospettare insitico l'inciso *citra — acceperat*, che introduce nella decisione un nuovo elemento

Questo ragionamento fornisce la prova che il domma della volontà interna nella nostra materia non può essere classico. Se fosse stato noto già ai classici ed avesse perdurato fin a Giustiniano, la dottrina della *necessitas* non avrebbe mai potuto sorgere. Essendo questa, come s'è visto, postclassica, ne segue che quella della volontà interna deve essere ancor più tarda <sup>(82)</sup>.

di fattispecie. Il Mitteis, però, obietta che l'inciso è indispensabile, perchè se il testatore, revocando il primo legato, volesse punire il primo erede per offesa, il venir meno del secondo lascito farebbe espriare al secondo coerede l'offesa del primo. Questo non è convincente, perchè si potrebbe replicare al Mitteis che dal suo punto di vista la revoca del primo legato conterrebbe per il primo coerede una duplice punizione, per il fatto che questi perderebbe anche la parità col secondo coerede. Sarei quindi propenso ad aderire al Beseler, se fosse possibile scoprire una ragione per l'inciso. Questa è forse da cercarsi nella nuova dottrina dell'*animus adimendi*. L'alienazione per sè non basta più alla revoca, se non è accompagnata dall'*animus adimendi*. Cfr. BRONDI, *Corso* I<sup>2</sup> 358 sg. Questo *animus* è evidente, quando il testatore ha alienato per punire il coerede per una offesa. Ma di ciò non parlava Papiniano. Per introdurre uno spunto aderente alla nuova dottrina, un glossatore commenta la decisione di Papiniano, aggiungendo che essa valeva, ancorchè l'alienazione non fosse cagionata da una offesa da parte dell'onorato.

Il nostro frammento offre ancora un'altra difficoltà, di cui nè il Beseler, nè il Mitteis si sono accorti e che anch'io non so rimuovere in modo soddisfacente: Papiniano fa dipendere la sua decisione da ciò che *pretium in corpus patrimonii redisset*. Non è lecito il sospettare anche di questo brano, la cui dicitura è irreprensibile. *Corpus patrimonii* è una espressione usata particolarmente da Papiniano. Cfr. *Vocabularium iurisprudentiae* I 1039. D'altro lato è difficile intravedere come la decisione del caso potrebbe essere diversa, se il prezzo non fosse stato pagato. La soluzione di questa difficoltà è forse da trovare nel fatto che si tratta d'un fondo, la cui alienazione doveva essere eseguita per mezzo di mancipazione. Questa, però, richiedeva per il trasferimento della proprietà il pagamento del prezzo. Cfr. da ultimo ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana* 112 sg., 153 sg. e d'altra parte LONGO, *BIDR* 45, 22 sg., 52 sg. Se questo mancava, il legato *per praeceptionem* era valido, perchè il fondo legato si trovava ancora nel patrimonio del testatore al tempo della sua morte. Cfr. anche n. 27.

<sup>(82)</sup> Cfr. RODDI, op. cit. 160 sg. la cui esposizione può contenere un nocciolo di vero, ma disgraziatamente è troppo poco chiara per desumerne una opinione netta. Da una parte egli nega che la dottrina della *necessitas* possa attribuirsi ai bizantini, dall'altra ritiene propria del diritto giustiniano quella dell'*animus adimendi*, che egli fa risalire a Celso.

È tuttavia significativo per il metodo di lavorare di questi giuristi tardi che essi non abbiano abbandonato la vecchia dottrina, diventata inutile, ma l'abbiano adattata al nuovo principio. La dottrina della *necessitas* era penetrata negli scritti dei classici per mezzo di glosse, adesso erano *glossarum glossae*, che introducevano la teoria dell'*animus* <sup>(82 a)</sup>. D. 32, 11, 12; 34, 4, 34, 1-2; 31, 22 <sup>(83)</sup> offrono buoni esempi di tali glosse a strati, e Teofilo combina, in maniera caratteristica, nella parafrasi delle Inst. II 20, 12 la teoria della *necessitas* colla nuova dottrina <sup>(84)</sup>, benchè le Istituzioni non menzionino quella.

## V.

1. - Vale la pena di dare uno sguardo al trattamento del nostro problema in alcune codificazioni del XIX e XX secolo <sup>(85)</sup>. La prima impressione è quella di delusione. Abbiamo visto come Giustiniano fosse già vicino ad una regola generale sulla revoca tacita dei legati, regola di cui l'alienazione della cosa legata era soltanto un caso speciale. Senonchè sotto l'influsso del *Corpus Iuris*, dove manca una regola generale formulata e dove l'alienazione della cosa legata ha per ragioni storiche un posto singolare, i codici moderni si limitano a regolare soltanto questo caso, e nel senso di revoca del legato. Così

<sup>(82 a)</sup> Su glosse successive in generale cfr. COLLINET, *Rev. hist. de droit français et étranger* 4<sup>e</sup> série VIII 10 sg.

<sup>(83)</sup> Cfr. n. 16, 40 e appendice I.

<sup>(84)</sup> Cfr. n. 24. Egli distingue secondo la nuova dottrina alienazione *adimendi* e *non adimendi animo* ed adduce come esempio di questa la alienazione *necessitate*.

<sup>(85)</sup> Sono obbligato all'egregio collega E. Heymann, direttore dell'Institut für ausländisches und internationales Privatrecht a Berlino, per avermi permesso l'uso della magnifica biblioteca dell'Istituto e ai signori Erbe, Günther e Zweigert per l'aiuto che mi hanno prestato.

l'art. 1038 C. c. <sup>(86)</sup>, cui seguono l'art. 892 del C. c. italiano <sup>(87)</sup> e l'art. 1043 del C. c. olandese <sup>(88)</sup>; il § 2418 C. c. sassone <sup>(89)</sup> ed i §§ 724, 725 C. c. austriaco <sup>(90)</sup>. Il § 2169/I del C. c. te-

<sup>(86)</sup> "Toute aliénation, celle même par vente avec faculté de rachat ou par échange, que fera le testateur de tout ou de partie de la chose léguée, emportera la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, encore que l'aliénation postérieure soit nulle, et que l'objet soit rentré dans la main du testateur „

<sup>(87)</sup> "Qualunque alienazione faccia il testatore del tutto o di parte della cosa legata, anche mediante vendita con patto di riscatto, revoca il legato riguardo a ciò che è stato alienato, ancorchè l'alienazione sia nulla o la cosa ritorni in possesso del testatore „

<sup>(88)</sup> "Alle vervreemding, zelfs bij verkoop met vermogen van wederinkoop, of bij verruiling, welke de erfflater van het gelegateerde goed, geheel of gedeeltelijk, doet, zal de herroeping van het legaat, ten aanzien van al wat vervreemd of verruild is, med zich brengen; ten ware het vervreemde goed in des erflaters boedel mogt zijn terug gekeerd „: "Qualunque alienazione, anche quella mediante vendita con patto di riscatto o mediante permuta, totale o parziale, fatta dal *de cuius*, contiene la revoca del legato riguardo a ciò che è stato alienato o permutato, a meno che la cosa alienata sia ritornata nel patrimonio del *de cuius* „

Dispone lo stesso, benchè con formulazione diversa e con qualche lieve modificazione, il C. c. spagnolo art. 869: "El legado quedará sin efecto: 2. si el testador enajena por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto a la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, non tendrá después de esto hecho fuerza el legado, salvo il caso en que la readquisición se verifique por pacto di retroventa „. Più breve è il C. c. portoghese art. 1811: "O legado ficará sem efeito: 1. Se o testador alienar por qualquer forma a coisa legada „

<sup>(89)</sup> "Wenn der Erblasser die vermachte Sache oder einen Theil derselben veräussert, so gilt das Vermächtnis als ganz oder als rücksichtlich der veräusserten Theils aufgehoben „

<sup>(90)</sup> Sotto la rubrica "von Aufhebung der Anordnungen 2. durch vermuteten Widerruf „ § 724: "Ein Legat wird für widerrufen angesehen, wenn der Erblasser die vermachte Forderung eingetrieben und erhoben; wenn er die jemandem zuge dachte Sache veräussert und nicht wieder zurückerhalten hat „ § 725: "Wenn aber der Schuldner die Forderung aus eigenem Antriebe berichtet hat; wenn die Veräusserung des Legats auf gerichtliche Anordnung geschehen, ... so besteht das Legat „

I progetti del C. c. czecho-slovacco §§ 693 e 694 (cfr. "Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs der czechoslovakischen Republik „, pubblicato dal ministero czecho-slovacco di giustizia 1924) e del C. c. di Jugoslavia

desco <sup>(91)</sup>, seguito dal C. c. svizzero <sup>(92)</sup>, dal Código civil brasiliano <sup>(93)</sup>, dalla legge svedese sul testamento del 25 Aprile 1930 <sup>(94)</sup> e dai progetti del C. c. ungherese <sup>(95)</sup> e greco <sup>(96)</sup>, offre un'altra formulazione, fissando la regola che il legato d'un oggetto determinato è inefficace, se il medesimo non appartenga all'eredità al tempo della morte del testatore. Questa formulazione <sup>(97)</sup> che, per quanto io veda, rimonta al C. c.

§§ 717, 718 si sono appropriati quasi letteralmente le disposizioni del C. c. austriaco.

<sup>(91)</sup> "Das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes ist unwirksam, soweit der Gegenstand zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehört, es sei denn, dass der Gegenstand dem Bedachten auch für den Fall zugewendet sein soll, dass er nicht zur Erbschaft gehört „

<sup>(92)</sup> Art. 484/III: "Vermacht der Erblasser eine bestimmte Sache, so wird der Beschwerte, wenn sich diese in der Erbschaft nicht vorfindet und kein anderer Wille des Erblassers aus der Verfügung ersichtlich ist, nicht verpflichtet „

<sup>(93)</sup> Art. 1682 (cfr. HEINSHEIMER, *Brasilien. Código civil = Zivilgesetze der Gegenwart* III, ed. dall'Heinsheimer): "Se o testador legar coisa sua, singularizando-a, só valerá o legado; se, ao tempo do seu falecimento, ella se achava entre os bens da herança „

<sup>(94)</sup> Cap. 3 § 4 (cfr. SKARSTEDT, *Sveriges rikets lag*, 1937, 165): "Avser förordnande viss egendom och finnes denej i kvarlatenskapen, vare förordnandet utan verkan „: "una disposizione che riguarda una cosa determinata non trovandosi nell'eredità, è senza effetto „

<sup>(95)</sup> Cfr. *Gesetzentwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für Ungarn veröffentlicht durch das kgl. ungarische Justizministerium* (1914) § 1682: "Das Vermächtnis eines einzeln bestimmten Gegenstandes, der zur Zeit des Todes des Erblassers nicht zum Nachlass gehört, ist unwirksam, es sei denn, dass aus dem Testamente der Wille des Erblassers hervorgeht, dass er den Gegenstand auch als einen nicht zum Nachlass gehörenden dem Vermächtnisnehmer zugedacht hat „

<sup>(96)</sup> Cfr. Σχέδιον Ἀστικού Κώδικος. Κληρονομικὸν Δίκαιον (1936), art. 258: "Ἡ κληροδοσία ὀρισμένου ἀντικειμένου, ὅπερ κατὰ τὸν θάνατον τοῦ διαθέτου δὲν ἀνήκει εἰς τὴν κληρονομίαν, εἶναι ἀνίσχυρος, ἐκτὸς ἂν συνάγῃται ὅτι ἡ κληροδοσία γίνεται καὶ διὰ τὴν περίπτωσιν, καθ' ἣν τοῦτο δὲν ἀνήκει εἰς τὴν κληρονομίαν.

<sup>(97)</sup> Essa si trova anche nella legge norvegese sull'eredità del 31 Luglio 1854 (cfr. PAULSEN, *Norges lover 1682-1938*, p. 128) § 43: "Mangler ved hans Doed nogen af de Gjenstande, som i Testamentet ere bortgivne, kan derfor intet Vederlag fordres i Boets oevrige Midler „: "Se uno degli oggetti legati nel testamento manca nell'eredità alla morte (del testatore), non si può domandare il rimborso gravando sugli altri mezzi dell'eredità „



prussiano (Preussisches Landrecht) <sup>(98)</sup> è, a mio modesto avviso, criticabile, inquantochè nella tendenza di stabilire una formulazione quanto mai generale riunisce casi diversissimi, che male si ordinano sotto un principio unitario. Così la perdita della cosa legata, che concerne piuttosto la questione dell'adempimento del legato <sup>(99)</sup>. Per quanto riguarda l'alienazione della cosa legata, è artificiale ed anche poco intuitivo di vedere nella non alienazione una condizione di esistenza del legato <sup>(100)</sup>. Questo non è nemmeno giustificato dalla considerazione che il legato come negozio *mortis causa* non diventa efficace prima della morte del testatore e che nel nostro caso si fa un'eccezione, inquantochè il legato non diventa mai effi-

<sup>(98)</sup> § 315 I 12 (cfr. REHBEIN-REINCKE, *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* II<sup>5</sup>): "Ist die vermachte Sache zur Zeit des Erbanfalls gar nicht mehr in dem Nachlasse vorhanden, so verliert das Vermächtnis seine Wirkung". Questa disposizione ha avuto una influenza visibile sull'art. 2240 del "Baltisches Privatrecht" (1864): "Ist eine namentlich bezeichnete Sache vermacht worden, welche sich bei des Testators Tode im Nachlass nicht vorfindet, so kann der Legatar das Vermächtnis nicht fordern, er könnte denn beweisen, dass die Sache durch Schuld des Erben abhanden gekommen". Cfr. v. SCHILLING-EHLERS, *Lettlands bürg. Gesetzbuch* (1928) 270. Sull'influsso del C. c. prussiano sul "Baltisches Privatrecht", compilato sostanzialmente sulla base del diritto romano, cfr. BLAESE, *Bedeutung und Geltung des röm. Privatrechts in den baltischen Provinzen* 71 sg. L'art. 2240, eccetto l'ultima frase, passò quasi letteralmente nell'art. 550 del C. c. lettone del 1937. Cfr. la traduzione tedesca, edita dal ministero di giustizia lettone, Riga 1937. Su questa codificazione in generale ved. BLAESE, *Ztschr. f. osteuropäisches Recht*, N. F. V 487 sg.

<sup>(99)</sup> Cfr. art. 1042 C. c., art. 893 C. c. ital., art. 869 n. 3 C. c. spagnolo, art. 1811 n. 4 C. c. portoghese, § 2420 C. c. sassone. È una esagerazione quella dell'EHRENZWEIG, *System des österr. allg. Privatrechts* II<sup>2</sup> 2 (1937) 475 sg. di sottoporre l'alienazione della cosa legata allo stesso punto di vista dell'impossibilità della prestazione.

<sup>(100)</sup> Avverte lo STROHAL, *Deutsches Erbrecht* I<sup>3</sup> 231: "in einem Vorgang der bezeichneten Art (cioè nell'alienazione della cosa legata) erblickt das Gesetz (il C. c. tedesco) nicht etwa einen Widerruf des Vermächtnisses, sondern den Eintritt eines Falles, für welchen das Vermächtnis schon von vornherein gar nicht gewollt war".

cace <sup>(101)</sup>. Il profano — è bene non sottovalutare la sua opinione — sentirà nell'alienazione della cosa legata la revoca, ed il diritto romano, come alcune delle legislazioni moderne, ne ha fatto una revoca tipica, senza chiedere al testatore di ricordarsi che ha legato la cosa nel testamento <sup>(102)</sup>. Inoltre è

<sup>(101)</sup> Questa è una costruzione che il FERRINI, *Sulla presunzione di revoca del legato stabilita dall'art. 892 Cod. civ.*, in *Annuario critico di giurisprudenza pratica* IV = *Opere* III 483 sg., 489, caldeggiava anche per il diritto italiano, trovando (p. 490) nell'art. 892 non una presunzione, ma bensì "la norma che l'atto di alienazione posteriore al testamento impedisce all'atto giuridico del legato di venire a perfezione". Da questo punto di vista lodava (p. 496 sg.) il progetto del C. c. tedesco (§ 1848 sg.) per aver abbandonato "la fallace categoria della presunzione". Non so se il Ferrini avrebbe mantenuto questa lode, se avesse saputo che la forma definitiva, che il § 1848 del progetto I doveva ricevere prima nel progetto II (§ 2040) e poi nel C. c. § 2169, sarebbe stata quella di presunzione. Ved. più innanzi. Contro il Ferrini ved. anche GANGI, op. cit. II 435<sup>3</sup>.

<sup>(102)</sup> Questo è richiesto in D. 34, 4, 31 pr. (Scaevola lib. 14 digestorum): *Filio ex parte heredi instituto duos fundos cum mancipiis et instrumento omni legavit: idem uxori plura legata et servos Stichum et Damam legavit: sed cum in altero ex fundis filio praelegatis cognovisset vilicum non esse, Stichum misit et tam rei rusticae quam rationibus fundi praelegavit: quaesitum est, Stichus utrum ad uxorem an ad filium pertineret. respondit, [cum memor erat eorum, quae testamento cavisset,] Stichum his praediis, in quae translatus est, cedere nec uxorem posse Stichum ex fideicommissi causa petere. Il testatore ha assegnato il suo servo Stico, legato alla moglie, all'*instrumentum* d'un fondo da lui prelegato nello stesso testamento al figlio. Non si tratta dunque di alienazione, bensì d'una disposizione del testatore nella cerchia del suo patrimonio, sufficiente però a revocare il lascito alla moglie rispetto al servo Stico. È vero che il giurista fa dipendere la sua decisione dal fatto che il testatore si è ricordato del lascito alla moglie. Senonché il brano *cum memor — cavisset* è interpolato, come il MESSINA-VITRANO, in *Annali Palermo* VI 200 sg., ha dimostrato. E esso riflette l'*animus adimendi* bizantino. Nel diritto classico la disposizione del testatore riguardo al servo Stico è sorretta dalla mutata *voluntas*, la quale si manifesta tipicamente in un atto incompatibile col mantenersi del lascito alla moglie. Le altre alterazioni del testo, rilevate dal Messina-Vitrano e dal BESSELER, in *Z. Sav.-St.* 45 (1934) 447, non ci interessano. Non credo però che sia necessario supporre col Beseler un *legatum per vindicationem*, almeno per quello a favore della moglie. Per salvare il "*ex fideicommissi causa petere*", della fine è sufficiente sostituire a "*legavit*", del principio "*per fideicommissum reliquit*", interpolazione senz'altro spiegabile con la *exaequatio* dei legati e dei fedecommessi.*

un principio meccanico, che — è vero — risulta dal tenore del § 2169/I e dalle disposizioni, che lo seguono in altre codificazioni, cioè che il riacquisto della cosa alienata importi validità del legato<sup>(103)</sup>. Se è, come s'è visto, più naturale di vedere nell'alienazione della cosa legata la revoca di questo, il riacquisto della cosa da parte del testatore è in sé un fatto incolore. Senonchè, se si vuole regolare anche questo caso, è più conveniente decidersi per il perdurare della revoca<sup>(104)</sup>.

2. — Il C. c. tedesco e quelli che ne derivano, cioè il progetto ungherese e greco da una parte, il C. c. svizzero dall'altra parte, aggiungono alla decisione che il legato d'una cosa determinata, non trovandosi nell'eredità alla morte del testatore, è inefficace, una riserva<sup>(105)</sup>, il cui tenore è nel § 2169/I C. c. tedesco: « a meno che l'oggetto debba essere dato al contemplato nella disposizione anche per il caso che esso non appartenga all'eredità ». Questa aggiunta impedisce di vedere nel § 2169 C. c. tedesco soltanto una regola, che fissa le condizioni di esistenza del legato d'un oggetto particolare indipendentemente dalla volontà del testatore, perchè nell'ammettere la prova della volontà contraria per l'ipotesi che la cosa legata non si trovi nell'eredità, è implicito che appunto in questo

<sup>(103)</sup> Cfr., per es., STROHAL, op. cit. I 231; PLANCK-FLAD, *Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch* V<sup>9</sup> 561. In confronto del § 315 I 12 C. c. prussiano (sopra n. 98) è quindi superflua la disposizione del § 316, cioè che il legato è valido nell'ipotesi del riacquisto della cosa alienata.

<sup>(104)</sup> Così art. 1038 C. c.; art. 892 C. c. italiano; art. 869 n. 2 C. c. spagnolo, che eccettua il riacquisto mediante patto di riscatto; § 2418 C. c. sassone. Cfr. anche GANGI, op. cit. II 455 sg. Diversamente art. 1043 C. c. olandese; § 724 C. c. austriaco. Per il diritto romano cfr. appendice II; per il diritto comune cfr. ARNDTS, *Pandekten*<sup>14</sup> 1028; WINDSCHEID, *Pand.*<sup>8</sup> III 642<sup>13</sup>. In ogni caso è illogico il § 2169/I C. c. tedesco, che ammette la prova della volontà contraria del testatore nell'ipotesi d'una cosa non trovandosi nell'eredità alla morte del testatore, e non dice niente sull'ammissibilità d'una tale prova nel nostro caso.

<sup>(105)</sup> Cfr. sopra n. 91, 92, 95, 96.

caso la conseguenza normale, cioè l'inefficacia del legato, è derivata dalla volontà del testatore di non lasciare la cosa all'onorato<sup>(106)</sup>.

Per chiarire meglio questa aggiunta, fa d'uopo dare uno sguardo alla storia della redazione del § 2169. La regola contenutavi era sconosciuta al progetto I. Questo regolava nel § 1848 il legato d'un oggetto determinato nel modo seguente<sup>(107)</sup>: « Das Vermächtnis eines Gegenstandes, welchen der Erblasser als ihm gehörend dem Vermächtnisnehmer zugewendet hat, ist nur dann wirksam: 1. wenn der Gegenstand zur Zeit des Erbfalls dem Erblasser gehört; 2. wenn der Erblasser zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses Kenntnis davon hatte, dass der Gegenstand nicht ihm gehört ». Nel caso contrario, cioè se il testatore ha disposto il legato sciente che la cosa non gli appartiene o se l'ha legata come altrui, era ordinato nel § 1849 un « Verschaffungsvermächtnis », produttore l'obbligazione a carico dell'erede di procurare l'oggetto al legatario. Si voleva dunque regolare il legato di cosa altrui conformemente ad altre legislazioni<sup>(108)</sup>. Nel progetto II furono sosti-

<sup>(106)</sup> In questo senso è inteso dagli interpreti del C. c. tedesco il § 2169/I, quando vi trovano la massima che non si suole disporre di oggetti altrui e che il testatore per principio intende fare liberalità soltanto attraverso i mezzi del suo patrimonio. Cfr. PLANCK-FLAD, op. cit. V 561; STAUDINGER-HERZFELDER, *Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch* V<sup>9</sup> 606; PALANDT, *Kurzkommentar zum bürgerl. Gesetzbuch* p. 1841. Aggiungerei che questa volontà del testatore, la quale sta a base del § 2169/I, è una volontà tipica.

<sup>(107)</sup> Cfr. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum bürgerl. Gesetzbuch* V p. xx.

<sup>(108)</sup> Il legato di cosa altrui è incondizionatamente nullo secondo il C. c. art. 1020; è nullo, quando il testatore ignorava essere cosa altrui, secondo il C. c. italiano art. 837/I; il C. c. austriaco § 662; il C. c. spagnolo art. 862/I; il C. c. portoghese art. 1801; il C. c. brasiliano art. 1678; valido come « Verschaffungsvermächtnis », nel caso contrario secondo il C. c. portoghese art. 1801; C. c. italiano art. 837/I; C. c. austriaco § 662, tra i quali gli ultimi due richiedono una dichiarazione esplicita del testatore nel testamento. Il legato di cosa altrui è convalidato, se la cosa si trova nel patrimonio del testatore al tempo di sua morte secondo il

tuiti ai §§ 1848-49 i §§ 2040-41, che riproducono quasi letteralmente il testo dei §§ 2169-70 C. c. tedesco. Senonchè i redattori non vollero con questi cambiamenti abbandonare sostanzialmente il regolamento anteriore<sup>(109)</sup>, ma bensì dare una formulazione più generale, e si deve concedere che quella dei §§ 1848-49 del progetto I non era molto felice, inquantochè precisava due volte i presupposti del legato di cosa altrui, i negativi nel § 1848, i positivi nel § 1849. Il § 2040 del progetto II = § 2169 C. c. tedesco li comprende in una sola formula più generale, disponendo che il legato d' un oggetto determinato non trovandosi nell' eredità alla morte del testatore è inefficace, a meno che esso non sia voluto anche per questo caso, nel quale poi si trasforma in un « Verschaffungsvermächtnis » (§ 2170/I). La norma del § 2169/I si presenta in questo modo come una regola di interpretazione di fronte al « Verschaffungsvermächtnis »<sup>(110)</sup>. Ne segue che la volontà

C. c. italiano art. 837/II; C. c. spagnolo art. 862/II; C. c. portoghese art. 1801; C. c. brasiliano art. 1678.

In confronto al § 315 I 12 C. c. prussiano (sopra n. 98) sembra essere superflua la disposizione del § 384, cioè che è inefficace un legato, nel quale il testatore lega la cosa altrui come sua, essendo richiesto soltanto che la cosa si trovi nel patrimonio del testatore al tempo di sua morte, e diventando il legato valido, qualora il testatore riacquisti la cosa prima di decedere. Cfr. FÖRSTER-ECCIUS, *Preussisches Privatrecht*<sup>7</sup> IV 429<sup>47</sup>. Lo stesso si può dire dell'art. 1678 C. c. brasiliano nei confronti con l'art. 1682 (sopra n. 93). La cosa è diversa per i codici che, come il francese, l'italiano, lo spagnolo, non conoscono il principio enunciato nel § 315 I 12 del C. c. prussiano.

<sup>(109)</sup> Cfr. i protocolli della seconda lezione (MUGDAN, op. cit. V 612 sg.).

<sup>(110)</sup> Questo è forse anche il senso del § 4 cap. 3 della legge svedese (sopra n. 94), perchè l'interpretazione di questa disposizione dipende dalla norma generale del § 1: « At testamente skall givas den tolkning, som ma antagas överensstämma med testators vilja; och skall förty vad nedan i 2-9 §§ stadgas lända till efferrättelse, allenast savitt icke med hänsyn till förordnandets syfte och övriga omständigheter annat far anses följa av förordnandet „ „ Il testamento deve essere interpretato conformemente alla volontà del testatore; sono applicati inoltre i §§ 2-9, salvo che un altro risultato sia possibile in virtù dell'intenzione della disposizione (di ultima volontà) e di altre circostanze „ „ Cfr. WÉZÉN-PÉTRÉN,

contraria del testatore deve risultare dallo stesso testamento, e questa conclusione sembra esser confermata dalla frase « zugewendet sein soll » del § 2169/I, se si dà valore al verbo « zuwenden », perchè l'atto della liberalità (Zuwendung) è il legato, disposto nel testamento. Questa interpretazione è confermata inoltre dall'art. 484/III C. c. svizzero (sopra n. 92) e dal § 1682 del progetto ungherese (sopra n. 95), ai quali il § 2169/I è servito di modello, e che richiedono che la volontà contraria del testatore risulti dal testamento. Ciò è confermato finalmente dalla letteratura tedesca<sup>(111)</sup>, che adduce come esempio di riserva propria del § 2169 l'ipotesi che il testatore ha scientemente legato una cosa altrui, dunque il caso, che nel § 1849 del progetto I era il presupposto del « Verschaffungsvermächtnis ».

In un tale regolamento non sembra esservi posto per la revoca tacita del legato, avendo importanza soltanto il non trovarsi l'oggetto legato nell' eredità, per qualunque causa esso sia uscito dal patrimonio del testatore, ed infatti i « Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs »<sup>(112)</sup> riferiscono che i redattori si rifiutarono d' accogliere l' istituto dell' *ademptio legati*<sup>(113)</sup>.

*Den svenska testamentsrätten enligt lagen av den 25. April 1930*, 104 sg. Anche rispetto al § 43 della legge norvegese sull'eredità (sopra n. 97) il KNOPH, *Norsk Arverett* 187 parla di una regola d'interpretazione.

<sup>(111)</sup> Cfr. per es. PALANDT, *Kurzkommentar* p. 1843; *Kommentar von Reichsgerichtsräten*<sup>9</sup> II (1939) 244.

<sup>(112)</sup> V 145; cfr. anche MUGDAN, op. cit. V 80 sg.

<sup>(113)</sup> La non formalità dell' *ademptio* sembrava loro contrastare con la formalità richiesta, per altro, per la revoca di disposizioni di ultima volontà, dando luogo inoltre a varie difficoltà di interpretazione. Nondimeno il concetto dell' *ademptio legati* riappare nei protocolli della seconda lezione del C. c. per il caso della trasformazione della cosa legata, ed è, come il PLANCK-FLAD, op. cit. V<sup>4</sup> 569 osserva a ragione, indispensabile per la trasformazione fatta dallo stesso testatore (§ 2172/I C. c. tedesco). È illogico sottoporre questa ipotesi, come fa la legge, al concetto dell'impossibilità della prestazione.

3. - Ora, è giusta questa soluzione? A parte le obiezioni sollevate sopra (p. 118 sg.), fa meditare il fatto che il C. c. svizzero, che nell'art. 454/III adotta il principio del § 2169/I C. c. tedesco, riconosce in un altro articolo la revoca tacita del legato<sup>(114)</sup>. La letteratura svizzera — è vero — ha trovato qualche difficoltà a conciliare le due disposizioni, di cui l'una sembra rigettare il concetto della revoca, mentre l'altra l'ammette<sup>(115)</sup>. Nondimeno la coesistenza di ambedue gli articoli non è priva di senso, quando si consideri che la revoca tacita consiste in atti volitivi del testatore, posteriori alla confezione del testamento, atti che contengono la manifestazione della sua volontà rispetto al legato. Porto un esempio: il testatore ha legato scientemente la cosa altrui e poi l'aliena; non c'è dubbio che secondo il § 2170/I C. c. tedesco sia da ammettere un « Verschaffungsvermächtnis », che perdura malgrado l'alienazione. Infatti il testatore l'ha voluto al tempo della confezione del testamento, e da questo tempo non si è cambiato niente nella non appartenenza dell'oggetto legato al patrimonio del testatore. La decisione sarebbe evidentemente falsa, perchè il testatore ha manifestato mediante l'alienazione della cosa legata la volontà di non tener fermo il legato. È vero che si potrebbe giungere al risultato desiderato e retto, completando l'interpretazione del legato con l'atto del testatore posteriore al testamento. Ma è questo il senso del § 2169/I?

Più importante è il legato di cosa propria di poi alienata, perchè, come risulterà dall'indagine della dottrina franco-italiana, sono possibili casi, nei quali, malgrado l'alienazione, il

<sup>(114)</sup> Art. 511/II: « Ebenso wird eine letztwillige Verfügung über eine bestimmte Sache dadurch aufgehoben, dass der Erblasser über die Sache eine Verfügung trifft, die mit jener nicht vereinbar ist „.

<sup>(115)</sup> Cfr. per es. ESCHER, in *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, edito dall'Egger ed altri III 1<sup>o</sup> (1937) 361 sg.; TUOR, *Erbrecht*, in *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, edito dal Gmür III (1929) 346 sg.

testatore ha la volontà di tener fermo il legato. Il C. c. tedesco però ci costringe a trascurare questa volontà, quando la cosa alienata non si ritrova nell'eredità<sup>(116)</sup>, risultato strano per una legge che, prescrivendo nel famoso § 133<sup>(117)</sup> l'indagine della volontà effettiva, esalta l'elemento della volontà.

È vero che la legge ammette la controprova che l'oggetto deve essere dato all'onorato anche nell'ipotesi che non appartenga all'eredità, controprova che deve appoggiarsi nei casi testè menzionati su fatti ed eventi posteriori alla confezione del testamento. È vero anche che tanto la dottrina quanto la prassi giudiziaria tedesca<sup>(118)</sup> permettono di tener conto di tali eventi nell'interpretazione del testamento. Ciò implica, se si tien fermo che in questo modo s'interpreta il testamento, un ragionare con una volontà ipotetica, che il testatore avrebbe avuto, se avesse previsto l'evento posteriore. Il Siber<sup>(119)</sup> vi

<sup>(116)</sup> La differenza del diritto franco-italiano è praticamente non grande, almeno nell'ipotesi di alienazione forzata, che esclude la revoca, perchè la giurisprudenza considera il legato come caduco secondo l'art. 1042 C. c. e l'art. 841 C. c. italiano, se la cosa alienata non rientra nel patrimonio del testatore. Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité de droit civil. Des donations entre vifs et des testaments*<sup>3</sup> II (1905) 382 sg.; *Précis de droit civil*<sup>42</sup> III 661; HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil* VI (1894) 485; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon* XXII 201 sg.; GANGI, *I legati nel diritto civile italiano*. Parte generale II (1932) 457 sg.; PACIFICI-MAZZONI, *Il Codice civile italiano commentato*<sup>6-8</sup> XI (1929) 226. Non ha luogo la trasformazione del legato in legato di cosa altrui (« Verschaffungsvermächtnis »).

D'altra parte il C. c. tedesco mitiga il rigore del suo regolamento, ammettendo la surrogazione d'un altro oggetto in luogo di quello legato scomparso dal patrimonio del testatore. Cfr. §§ 2169/II-III, 2173. Senonchè il C. c. tedesco non permette la surrogazione del prezzo nell'ipotesi di alienazione volontaria. Cfr. PLANCK-FLAD, op. cit. V 562; STROHAL, *Erbrecht*<sup>3</sup> I 2327.

<sup>(117)</sup> « Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften „.

<sup>(118)</sup> Cfr. SIBER, *Auslegung und Anfechtung der Verfügungen von Todeswegen*, in *Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben* III 359 e la letteratura ivi citata.

<sup>(119)</sup> SIBER, op. cit. 359.

vede un progresso. Io dissentirei. Nell'ipotesi di alienazione dell'oggetto legato questo modo di interpretazione mette nella necessità di domandarsi: avrebbe voluto il testatore far perdurare il legato, se avesse pensato al momento del testamento all'alienazione futura? A mio modesto parere gli si attribuisce così facendo una previdenza sovrumana. In ogni caso si deve concedere che la soluzione del nostro problema sarebbe molto semplificata, se la legge avesse ammesso la revoca tacita.

Tali considerazioni hanno indotto il Siber<sup>(120)</sup> a vedere nel § 2169/I C. c. tedesco non una regola d'interpretazione, che determina il senso d'una dichiarazione di volontà pel tempo in cui questa fu fatta, bensì una norma completa « ergänzende Rechtsvorschrift », che vale indipendentemente dal fatto che essa sia voluta dalle parti, ma la cui applicazione può essere esclusa da atti volitivi delle parti stesse.

In altre parole: il Siber, trasformando la regola interpretativa dal § 2169/I (cioè che il legato d'una cosa determinata è voluto soltanto riguardo agli oggetti trovantisi nell'eredità) in una norma di *ius dispositivum*, indipendente dalla volontà del testatore, ma escludibile mediante un suo atto contrario, tenta di far posto agli atti tipici di revoca o di non-revoca, posteriori alla redazione del testamento. Ciò vale in particolare per gli ultimi, che, pure allontanando l'oggetto legato dal patrimonio del testatore, nondimeno vogliono mantenere il legato ed escludono così l'applicazione della norma completa del § 2169/I. In questo modo il Siber evita d'inquadrare, mediante l'espedito artificiale d'una volontà ipotetica, questi atti posteriori al testamento nell'interpretazione della stessa dichiarazione testamentaria. A questo ci costringerebbe invece il tenore del § 2169/I, se l'intendessimo come regola d'interpretazione basantesi solo sulla volontà del testatore espressa nel testamento.

<sup>(120)</sup> SIBER, op. cit. 362 sg., 367.

Dubito però che questo ragionamento urti contro la prova contraria, ammessa nel § 2169/I. Consentito tuttavia pienamente alle soluzioni date dal Siber per gli esempi addotti op. cit. 363. Essi concernono gli stessi casi tipici di revoca, rispettivamente di non-revoca<sup>(121)</sup>, quali tosto troveremo nella giurisprudenza franco-italiana. Il Siber è il solo fra tutti gli interpreti, che ha visto le difficoltà del § 2169. In sostanza egli giunge alla revoca tacita.

Si potrebbe forse tentare di conciliare in altro modo la revoca tacita col tenore del § 2169/I, cioè dando nella frase: « es sei denn, dass der Gegenstand dem Bedachten auch für den Fall zugewendet sein soll, dass er nicht zur Erbschaft gehört » tutto il peso alle parole « zugewendet sein soll ». Queste designerebbero allora in prima linea non l'atto di liberalità, cioè il legato, ma bensì lo stato di aspettativa derivato dal legato e trasformantesi alla morte del testatore nel diritto del legatario. Queste parole della legge avrebbero riguardo, dunque, anche a questo momento e non esclusivamente a quello della confezione del testamento, e comprenderebbero così anche atti del testatore susseguenti alla redazione del testamento. Se nonchè non voglio insistere su questa interpretazione, che, per quanto vedo, non è sostenuta da nessun altro. Concedo anzi che sia manchevole ed artificiale, ma affermo che i suoi difetti non sono nè maggiori nè minori di quelli propri all'interpretazione del Siber. La mia interpretazione tende a sottoporre la revoca tacita dei legati al tenore del § 2169, mentre quella del Siber, alterando il carattere della disposizione del § 2169, porta a fare dalla revoca tacita un istituto autonomo. Questo però non può riuscire bene. I difetti di ambedue le interpretazioni non consistono nella loro manchevolezza intrinseca, ma bensì in quella del regolamento del § 2169, il quale, a parte il fatto

<sup>(121)</sup> Il testatore ha alienato la cosa legata per indigenza o con patto di riscatto.



che è artificiale ed anche poco popolare, si rifiuta di riconoscere l'*ademptio legati*, istituto di cui c'è bisogno. È uno sbaglio il credere che si possa eliminare del tutto questo istituto senza sottoporre i suoi casi ad un regime meccanico e poco soddisfacente. La revoca tacita, infatti, si fonda su atti volitivi del testatore posteriori alla confezione del testamento, i quali, manifestando una nuova volontà del disponente, non possono essere considerati, per quanto concerne la loro interpretazione, come dichiarazioni dello stesso testamento <sup>(122)</sup>.

4. - Tutto questo diviene più chiaro, quando esaminiamo il diritto francese, nel quale, sulla base dell'art. 1038 C. c., si è formata per la prima volta una dottrina netta e salda, che poi fu accettata dalla giurisprudenza italiana.

Come è noto, l'art. 1038 C. c. ha voluto mettere fine alle innumerevoli controversie, che le presunzioni e contropresunzioni del diritto comune e del vecchio diritto francese <sup>(123)</sup> producevano in questa materia <sup>(124)</sup>. Perciò il regolamento della

<sup>(122)</sup> Nei *Motive* (cfr. MUGDAN, op. cit. V 80 sg.) vien fatto valere l'argomento che " vom geltenden, besonders vom gemeinen Recht stets mit dem Willen des Erblassers, welcher den Fortbestand des Vermächtnisses beeinflusst, gerechnet wird, dass also durchwegs eine solche Handlung erforderlich wird, aus welcher erhellt, dass der Erblasser nicht bei der Handlung einen anderen Willen hat erkennen lassen als den einer Willensänderung in bezug auf das Vermächtnis „. Questa argomentazione è giusta dal punto di vista del diritto comune, che accolse, come vedremo ancora, la dottrina giustiniana della volontà interna, ma cade se si accetta la interpretazione tipica, come la adoperò la giurisprudenza franco-italiana. Ved. più sotto § 4.

<sup>(123)</sup> Esse stavano in connessione colla teoria legale della prova (" legale Beweistheorie „) del processo comune, inquantochè servivano a regolare la prova indiziaria. Cfr. HEDERMANN, *Die Vermutung nach dem Rechte des Deutschen Reichs* 64 sg., 88 sg.

<sup>(124)</sup> Cfr. AUBRY-RAU, *Cours de droit civil français* XI (1919) 526 <sup>39</sup>; PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de droit civil français* V (1933) 763; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité de droit civil. Des donations entre vifs et des testaments* <sup>3</sup> II (1905) 376 sg.; HUC, *Commentaire théorique et pratique*

questione è assai rigoroso: « toute aliénation . . . emportera la révocation du legs », anche quella con patto di riscatto « vente à réméré », benchè serva praticamente alla garanzia d'un credito e quindi non contenga una alienazione definitiva <sup>(125)</sup>. È vero che l'art. 1038 non si serve del concetto di presunzione, tuttavia esso parla di revoca, e questa è il frutto di un atto volitivo. Ciò non è sfuggito alla dottrina francese. Essa scoprì subito che il fondamento della disposizione dell'art. 1038 consisteva nel « changement de volonté » <sup>(126)</sup>, nell'« intention révocatoire » <sup>(127)</sup> del testatore, e parlò per conseguenza d'una « révocation tacite » <sup>(128)</sup>, espressa nell'art. 1038 nella forma di presunzione <sup>(129)</sup> suscettibile di prova contraria. Ma questa prova venne ristretta in modo molto caratteristico.

Fa d'uopo riprodurre qui la discussione, che il Demolombe <sup>(130)</sup> dedica alla nostra questione. « Il est clair », dice lui (p. 183), « que le testateur n'a plus l'intention de transmettre à titre de legs, après sa mort la chose, dont il se dé-

*du Code civil* VI (1894) 483; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon* XXII (1886) 184 sg.; GANGI, *I legati nel diritto civile italiano*, Parte generale II (1932) 439 sg.; FERRINI, *Opere* III 485 sg.

<sup>(125)</sup> Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit. II 376; *Précis de droit civil* <sup>12</sup> III (1922) 660; DEMOLOMBE, op. cit. XXII 184.

<sup>(126)</sup> AUBRY-RAU, op. cit. XI 530 <sup>46</sup>.

<sup>(127)</sup> JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français* <sup>2</sup> III (1933) 913; PLANIOL-RIPERT, op. cit. V 765; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis* cit. 660 e *Traité* cit. 380 sg.; DEMOLOMBE, op. cit. XXII 183; FUZIER-HERMAN e DEMOGUE, *Code civil annoté* II (1936) 713 n.° 1; ZACHARIAE-CROME, *Handbuch d. franz. Civilrechts* <sup>5</sup> IV 492 <sup>44</sup>; GANGI, op. cit. II 431 sg.

<sup>(128)</sup> COLIN-CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français* III <sup>8</sup> (1936) 982; DEMOLOMBE, op. cit. XXII 185; GANGI, op. cit. II 431 sg.

<sup>(129)</sup> L'alienazione " emporte présomption légale de révocation „: AUBRY-RAU, op. cit. XI 526. Cfr. anche DALLOZ, *Répertoire pratique de législation* X (1924) 479 n.° 58. " Révocation tacite qui résulte d'une présomption de volonté chez le testateur „: COLIN-CAPITANT, op. cit. III 982; PLANIOL-RIPERT, op. cit. V 765; DEMOLOMBE, op. cit. XXII 207 sg. Cfr. anche GANGI, op. cit. II 431.

<sup>(130)</sup> DEMOLOMBE, op. cit. XXII 183 sg.

pouille de son vivant ». I giuristi romani <sup>(131)</sup> volevano « que la cause de l'aliénation fût, en effet, de nature à fournir cette preuve. Et, en conséquence, ils autorisaient la recherche des motifs, qui avaient pu porter le testateur à faire l'aliénation », e (p. 184) « ces preuves réciproques, auxquelles le légataire et l'héritier étaient admis sur la recherche de cette intention, engendraient de longues et dispendieuses contestations, pour n'aboutir le plus souvent qu'au doute! ». Opponendo il diritto romano, che era passato nel vecchio diritto francese (Pothier), a quello posteriore al codice napoleonico, egli aggiunge (p. 186): « tandis que l'ancien droit admettait la recherche des motifs qu'avaient pu porter le testateur à consentir l'aliénation, le droit nouveau proscrit cette recherche, et induit l'intention de révoquer du fait même de l'aliénation, que le testateur a consentie ». È chiaro che, secondo il Demolombe, l'art. 1038 vuole rigettare l'*animus adimendi* come volontà interna e da ricavarsi da qualunque comportamento del testatore, concetto di volontà che dominava, come sappiamo, nel diritto giustiniano, donde era passato al diritto comune. Dicono lo stesso, in altre parole, Aubry e Rau <sup>(132)</sup>, quando definiscono la disposizione dell'art. 1038 come « présomption légale » (*praesumptio iuris*) e l'oppongono alla « simple présomption de fait » (*praesumptio hominis*), che ammette qualunque controprova, appoggiata su qualsiasi fatto e circostanza anche fuori dell'atto del testatore. E di nuovo ricompare lo stesso concetto, quando il Roguin <sup>(133)</sup> vede stabilita nell'art. 1038 C. c. « une présomption absolue de révocation »; quando

<sup>(131)</sup> Come si vedrà subito, il Demolombe pensa alle decisioni dei giuristi romani nella forma, che avevano nel *Corpus Iuris*, e non poteva pensare ad altra cosa, dato che al tempo, in cui scriveva (1886), la ricerca interpolazionistica era quasi ignota.

<sup>(132)</sup> AUBRY-RAU, op. cit. XI 526, 526<sup>39</sup>.

<sup>(133)</sup> ROGUIN, *Traité de droit civil comparé* III (1912) 427.

il Gangi <sup>(134)</sup> trova nell'art. 1038 C. c. siccome nell'art. 892 C. c. italiano una *praesumptio iuris et de iure*, benchè questo termine, a mio parere, non sia felice; quando il Pacifici-Mazzoni <sup>(135)</sup> dice che l'alienazione della cosa legata non importa già presunzione di revoca, bensì sia questa stessa.

Tutte queste formulazioni non vogliono dire che sia esclusa ogni prova contraria. Ciò che è escluso è soltanto la prova basata sulla volontà interna, sull'*animus adimendi* del testatore, ma non si vuole escludere che nel caso concreto dallo stesso atto di alienazione possa desumersi la volontà del testatore di mantenere il legato <sup>(136)</sup>. Dicono benissimo Aubry e Rau <sup>(137)</sup>: « c'est cependant qu'une disposition déclarative de la volonté présumée du testateur; cette présomption tom-

<sup>(134)</sup> GANGI, op. cit. II 431 sg.

<sup>(135)</sup> PACIFICI-MAZZONI, op. cit. XI 213.

<sup>(136)</sup> Il progetto preliminare del C. c. italiano, art. 278, che accettava, in sostanza, il regolamento dell'art. 892 C. c. italiano, vi aggiungeva pure un terzo comma: « nell'uno e nell'altro caso », (cioè quello di trasformazione della cosa legata, art. 278/II = art. 872/II C. c.) « non è ammessa la prova di una diversa volontà del testatore ». Questa aggiunta incontrò delle critiche (cfr. *Osservazioni e proposte sul progetto del terzo libro*. Ministero di grazia e di giustizia: « Lavori preparatori per la riforma del Codice civile », II, 1937, 178 sg.) e fu cancellata nel progetto definitivo (art. 223), sottoposto dal ministro Solmi alla Commissione parlamentare nel 1937 (cfr. Codice civile. Libro terzo. *Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on. Solmi*, 1937). A ragione, come io credo, perchè la formulazione dell'art. 278 comportava dei malintesi, inquantochè si poteva concludere che ogni controprova era esclusa. Questo, come abbiamo visto, non sarebbe stato giusto, ed il parere del « Sindacato fascista avvocati e procuratori di Palermo », (op. cit. p. 182) accenna benissimo « all'autorevole dottrina », sviluppatasi sulla base dell'art. 892, cioè che la presunzione di revoca non regga, quando la volontà contraria del testatore sia manifesta nello stesso atto di alienazione. Le osservazioni del Solmi nella sua relazione (op. cit. p. 92) dimostrano che si vuol tenere ferma questa dottrina.

<sup>(137)</sup> AUBRY-RAU, op. cit. XI 526<sup>38</sup>. Nello stesso senso BAUDRY-LACANTINIERE, *Traité* cit. II 377: la volontà contraria del testatore va presa in considerazione, se « formellement exprimée. Se contenter d'une volonté tacite, qui pourrait résulter des circonstances de la cause, ce serait faire revivre toutes les difficultés qui s'agitaient dans notre ancien droit ».

berait devant la manifestation d'une volonté contraire, alors du moins que cette manifestation serait contenue dans l'acte de l'aliénation même; et dans ce cas, le legs devrait recevoir son exécution » (138).

Questi principii generali della dottrina franco-italiana sono confermati dall'esame delle singole fattispecie. Si riconoscono casi, nei quali l'alienazione della cosa non importa revoca, casi che si ripetono nella letteratura con monotonia si direbbe affaticante. Così si dibatte quale sia l'importanza di una dichiarazione esplicita del testatore di non volere la revoca, dichiarazione fatta nell'istesso tempo dell'alienazione o fuori di essa (139); si discute se l'alienazione condizionata contenga revoca (140), e così la costituzione della cosa legata in dote (141),

(138) In questo senso sono da intendersi le asserzioni di BEUDANT e LÈREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français* VII (1924) 152: « pourtant, il faut toujours réserver l'intention contraire: et comme la manifestation de cette intention n'est soumise à aucune condition de forme, toutes les hésitations sont à résoudre par une interprétation de volonté », nonché di PLANIOL-RIPERT, op. cit. V 765: « sans doute, l'aliénation contient par elle même une présomption de cette intention de révoquer; mais ce n'est pas certain. Il est donc permis au légataire de prouver qu'il n'y a pas eu intention de révoquer ». È vero che queste formulazioni per loro stesse non implicano che questi autori escludino la prova della volontà contraria interna. Ma gli esempi, che adducono: espropriazione, alienazione fatta dal tutore del testatore interdetto etc., sono tutti casi tipici di non revoca, che non hanno niente a che vedere colla volontà interna. Non meno significativo è ZACHARIAE-CROME, *Handbuch d. franz. Civilrechts* IV 492<sup>14</sup>: « Art. 1038 enthält nur eine dispositive Vorschrift, einen gesetzlichen Schluss auf den Widerrufswillen des Testators. Dieser Schluss kann durch die Umstände des Falles in concreto widerlegt werden ... Einfacher Gegenbeweis des Legatars, dass der Testator bei der Veräußerung keine Widerrufsabsicht gehabt habe, genügt aber nicht ».

(139) Cfr. DEMOLOMBE, op. cit. XXII 196 sg.; HUC, op. cit. VI 484; GANGI, op. cit. II 443 sg.; PACIFICI-MAZZONI, op. cit. XI 213 sg.; FERRINI, *Opere* III 490 sg.

(140) AUBRY-RAU, op. cit. XI 528 sg.; FUZIER-HERMAN e DEMOGUE, op. cit. II 713 n.° 3-4; BEUDANT e LÈREBOURS-PIGEONNIÈRE, op. cit. VII 151; JOSSEBRAND, op. cit. III 914; PLANIOL-RIPERT, op. cit. V 763; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité* cit. II 379; HUC, op. cit. VI 484; DEMOLOMBE, op.

l'imposizione di *iura in re aliena*, la dazione in ipoteca (142), l'alienazione allo stesso legatario, dove si fa distinzione fra alienazione a titolo oneroso e gratuito (143). Si ammette quasi unanimamente che l'alienazione forzata (vendita esecutiva, espropriazione) non importi revoca, perchè si effettua senza riguardo alla volontà del testatore (144). All'alienazione forzata vien paragonata quella fatta dal tutore dell'interdetto (145). Vivamente dibattuta è l'alienazione nulla, che importa revoca secondo l'art. 1038 C. c. e l'art. 892 C. c. italiano (146). Anche

cit. XXII 187 sg.; ZACHARIAE-CROME, op. cit. IV 493, 493<sup>16-17</sup>; GANGI, op. cit. II 448 sg.; PACIFICI-MAZZONI, op. cit. XI 220 sg.; FERRINI, *Opere* III 492 sg.

(141) BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité* cit. II 382; FUZIER-HERMAN e DEMOGUE, op. cit. II 713 n. 8; DEMOLOMBE, op. cit. XXII 197 sg.; GANGI, op. cit. II 446 sg.; PACIFICI-MAZZONI, op. cit. XI 220 sg.; FERRINI, *Opere* III 494 sg.

(142) BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité* cit. II 385; *Précis* cit. III 661; HUC, op. cit. VI 484; DEMOLOMBE, op. cit. XXII 197 sg.; FUZIER-HERMAN e DEMOGUE, op. cit. II 713 n.° 2; AUBRY-RAU, op. cit. XI 528; GANGI, op. cit. II 443; PACIFICI-MAZZONI, op. cit. XI 217 sg.

(143) AUBRY-RAU, op. cit. XI 528; BEUDANT e LÈREBOURS-PIGEONNIÈRE, op. cit. VII 151; JOSSEBRAND, op. cit. III 915; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité* cit. II 378; HUC, op. cit. VI 486; DEMOLOMBE, op. cit. XXII 188 sg.; ZACHARIAE-CROME, op. cit. IV 494; GANGI, op. cit. II 434, 454 sg.; PACIFICI-MAZZONI, op. cit. XI 219 sg., 223 sg.

(144) AUBRY-RAU, op. cit. XI 530, 530<sup>46</sup>; FUZIER-HERMAN e DEMOGUE, op. cit. II 713 n.° 14<sup>bis</sup>; DALLOZ, *Répertoire* X (1924) 479 n.° 72; COLIN e CAPITANT, op. cit. III 942; BEUDANT e LÈREBOURS-PIGEONNIÈRE, op. cit. VII 152; JOSSEBRAND, op. cit. III 913; PLANIOL e RIPERT, op. cit. V 764; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité* cit. II 382 sg.; *Précis* cit. III 661; HUC, op. cit. VI 485; DEMOLOMBE, op. cit. XXII 201 sg.; ZACHARIAE-CROME, op. cit. IV 493, 493<sup>18</sup>; GANGI, op. cit. II 457 sg.; PACIFICI-MAZZONI, op. cit. XI 226.

(145) PLANIOL e RIPERT, op. cit. V 764; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité* cit. II 383; *Précis* cit. III 661; HUC, op. cit. VI 485 sg.; DEMOLOMBE, op. cit. XXII 201 sg., 204; GANGI, op. cit. II 459; PACIFICI-MAZZONI, op. cit. XI 227.

(146) Che la nullità dell'alienazione sia indifferente per l'effetto revocatorio, dice Papiniano in D. 34, 4, 24, 1 (lib. 8 respons.): *Pater hortos instructos filiae legavit: postea quaedam ex mancipiis hortorum usori donavit (...)* [sive donationes confirmavit, sive non confirmavit, posterior



in questo caso la teoria ammette delle eccezioni, distinguendo nullità (non - esistenza dell'alienazione) ed annullabilità [vizi affettanti la volontà dell'alienante ed altri vizi (<sup>147</sup>)].

*voluntas filiae legato potior erit*: [[*sed etsi non valeat donatio, tamen*]] *minuisse filiae legatum pater intellegitur*. Ma il passo è rimaneggiato. Cfr. da ultimo SOLAZZI, op. cit. 201 sg.; DE MARTINO, op. cit. 6. Come ricavasi dal fr. 31 pr. D. 34, 4 (ved. sopra n. 102), Papiniano sosteneva l'*ademptio legati*, perchè il testatore aveva sottratto il servo legato all'*instrumentum horti* mediante disposizione di fatto, comparabile alla "ademption by removal", del diritto inglese (ved. *infra* p. 136 sg.). La donazione alla moglie ne era soltanto il motivo. Un glossatore, conoscendo la nullità delle donazioni fra coniugi e volendo mostrare la sua erudizione, aggiunse che è irrilevante che la donazione rimanga nulla o sia convalidata. Questo rilievo era, del resto, interamente nella linea del pensiero di Papiniano e dubito che il brano "*posterior — potior erit*", per quanto spurio, contenga una allusione alla volontà interna dei giustinianeî. Anche per Papiniano la cagione dell'effetto revocatorio era la mutata *voluntas* del testatore, ma non una volontà interna, l'*animus adimendi*, bensì una volontà tipica manifestantesi in un atto concludente, cioè nel togliere l'appartenenza d'un oggetto all'*instrumentum fundi*. Ciò contro SANFILIPPO, op. cit. 116 e BIONDI, *Corso* cit. I<sup>2</sup> 363. Altro si deve dire circa il brano "*sed etsi — tamen*", Sembra essere superfluo, perchè non adduce niente di nuovo in confronto della glossa precedente "*sive — non confirmavit*". Ma questa glossa, come abbiamo visto, giovava a chiarire il pensiero di Papiniano, e cioè che importava, rispetto alla revoca, soltanto la disposizione del testatore mediante la quale egli aveva sottratto i servi all'*instrumentum horti*. Contemplato da questo punto di vista, il brano contiene pure qualche cosa di nuovo, cioè una chiara allusione all'*animus adimendi*, che occorreva, secondo il diritto giustiniano, per revocare il legato. Senonchè la disposizione testè menzionata, che non cambiava nulla nella proprietà del testatore e manifestava in modo oggettivo una volontà tipica, non era sufficiente a ricavarne l'*animus adimendi* soggettivo. Questo invece poteva desumersi dalla donazione, ed esisteva, benchè quella fosse nulla. Il brano "*sed etsi — tamen*", è dunque una glossa posteriore, che rispecchia epoca giustiniana.

Inteso in questo modo, il frammento non dice nulla sull'effetto revocatorio dell'alienazione nulla della cosa legata nel diritto classico.

(<sup>147</sup>) AUBRY-RAU, op. cit. XI 527<sup>40</sup>; FUZIER-HERMAN e DEMOGUE, op. cit. II 713 n.° 10 e 11; DALLOZ, *Rép.* cit. X 479 n.° 71-73; COLIN e CAPITANT, op. cit. III 982; JOSSERANT, op. cit. III 914; BAUDRY-LACANTINIERIE, *Traité* cit. II 380 sg.; *Précis* cit. III 661; HUC, op. cit. VI 486 sg.; DEMOLOMBE, op. cit. XXII 190 sg.; ZACHARIAE-CROME, op. cit. IV 492<sup>45</sup>; GANGI, op. cit. II 449 sg.; PACIFICI-MAZZONI, op. cit. XI 222 sg.; FERRINI, *Opere* III 491 sg. Cfr. anche l'art. 278/I del progetto preliminare e l'art. 223/I del progetto

Ci sono molte controversie nei dettagli, che non ci interessano. Senonchè c'è unanimità in un punto, che è di somma importanza per noi. Quando si ammettono casi, nei quali l'alienazione non importa la revoca del legato, ciò si fa sempre e senza eccezione in base al carattere speciale che l'alienazione vi assume, cioè tenendo presente lo stesso atto dell'alienazione e mai la volontà interna del testatore, l'*animus adimendi*, che dovrebbe ricavarsi anche da circostanze fuori dell'atto di revoca.

5. - Non è diverso il diritto inglese. La dottrina inglese per il nostro problema ha formulato una regola conforme a quella del C. c. prussiano e tedesco, cioè che « in order to complete the title of a specific legatee to his legacy, the thing bequeathed must, at the testators death, remain in specie as described in the Will: otherwise the legacy is considered as revoked by ademption » (<sup>148</sup>). La formulazione non è esente dalle obiezioni, che si contrappongono anche a quella del C. c. tedesco. L'« ademption », come indica lo stesso termine, è in sè un atto volitivo, ed è alquanto difficile ricondurre, come si suole fare (<sup>149</sup>), sotto questo concetto anche la perdita ed il perimento della cosa legata, cioè avvenimenti indipendenti dalla volontà del testatore. È vero che il diritto inglese sembra essere più rigoroso in questa materia che non la giurisprudenza

definitivo del C. c. italiano, che limitano la revoca all'annullabilità dell'alienazione e nella cerchia di quella a "cause diverse dei vizi di consenso", appropriandosi in questo modo i risultati della dottrina rispetto all'art. 892 C. c. italiano.

(<sup>148</sup>) WILLIAMS, *A treatise on the law of executors and administrators* 12<sup>th</sup> ed. by Parry and Cherry II (1930) 860. Nello stesso senso JARMAN, *A treatise on Wills* 7<sup>th</sup> ed. by Sanger and Willis II (1930) 1053: "a specific legacy is adeemed, if the subject of it has ceased to exist as part of the testators property in his lifetime". Cfr. anche PRINGSHEIM, *Das Zivilrecht Englands* (HEINSHEIMER, *Zivilgesetze der Gegenwart* II 1) p. 652.

(<sup>149</sup>) Cfr. JARMAN, op. e loc. cit.

franco-italiana. Esso vede per es. « ademption » anche nel caso di alienazione da parte del tutore d' un demente <sup>(150)</sup> o di trasformazione dell' oggetto legato, indipendentemente dalla volontà del testatore <sup>(151)</sup>, ed il Williams <sup>(152)</sup> insegna: « ademption is not based upon any presumed intention on the part of the testator ». Senonchè, sono riconosciuti anche casi di « non-ademption ». Così la dazione in pegno, perchè rimane « a right of redemption » che passa al legatario <sup>(153)</sup>, l' alienazione nulla <sup>(154)</sup>. Ciò è ammesso evidentemente, perchè manca in questi casi la intenzione di revocare da parte del testatore. Particolarmente istruttivo è l' « ademption by removal », cioè revoca mediante spostamento dell' oggetto legato. Per es., il testatore ha legato le sue mobilia collocata nella sua casa a B. Al tempo di sua morte il testatore ha una casa a C, dove ha trasferito le mobilia. Questo importa « ademption ». Il legato però perdura, se lo spostamento è stato fatto per scopi transitori, per es. per pulire le mobilia, per deposito, etc. <sup>(155)</sup>. L' eccezione è basata palesemente sull' intenzione del testatore <sup>(156)</sup>, ed il « removal

<sup>(150)</sup> WILLIAMS, op. cit. II 863<sup>7</sup>.

<sup>(151)</sup> JARMAN, op. cit. 1066: il testatore legò il suo denaro, « invested in the L-company ». Al tempo della sua morte questo denaro era stato trasformato, per atto di parlamento, « into the stock of another corporation ».

<sup>(152)</sup> WILLIAMS, op. cit. 863.

<sup>(153)</sup> WILLIAMS, op. cit. 864.

<sup>(154)</sup> JARMAN, II op. cit. 1056: il testatore divenuto demente dopo la confezione del testamento, « a conversion by his committee without the sanction of the judge in lunacy », non importa revoca.

<sup>(155)</sup> Cfr. WILLIAMS, op. cit. 864 sg.; JARMAN, op. cit. 1064 sg.

<sup>(156)</sup> Ma è la volontà tipica. Questo risulta chiaramente dal fr. 35, 3 D. 28, 5, dove incontriamo lo stesso pensiero. Il caso di cui Ulpiano si occupa è il seguente (cfr. 35 pr.): *quidam duos heredes scripsisset, unum rerum provincialium, alterum rerum Italicarum* (cfr. DAVID, *Studien zur heredis institutio ex re certa* 20 sg.). Nella discussione il giurista pone la questione (fr. 35, 3): *rerum autem Italicarum vel provincialium significatione quae res accipiendae sint, videndum est*, e risponde: [*et facit quidem totum voluntas defuncti: nam quid senserit, spectandum est. verum tamen hoc*] *intellegendum erit rerum Italicarum significatione*

for necessary or temporary purpose » è da comparare colla dazione in pegno, che ugualmente fa perdurare il legato <sup>(157)</sup>.

Per quanto sia difficile il ricavare principii generali da un diritto costruito sulla base di « precedents », come è il diritto inglese, non si può disconoscere una certa affinità coll' insegnamento della giurisprudenza franco-italiana, inquantochè nei casi di « non-ademption » la volontà del testatore di mantenere il legato viene desunta dallo stesso atto di alienazione. È una volontà tipica e, conformemente a questo principio, il diritto inglese si rifiuta decisamente di prendere in considera-

*eas contineri, quas perpetuo quis ibi habuerit*. Una dislocazione d' un oggetto soltanto temporaria non basta a togliere questa appartenenza. Per dimostrare ciò vengono addotti di seguito esempi, che secondo il BESELER, *Z. Sav.-St.* 50, 68, sono probabilmente in parte glosse, del resto innocue. La lunga esposizione si chiude colla frase: [*quae res in proposito quoque suggerit, ut Italicarum rerum esse credantur hae res, quas in Italia esse testator voluit*]. I brani rinchiusi in parentesi quadre sono sospettati dall' ALBERTARIO, *Studi di dir. rom.* III 349<sup>2</sup> e dal GUARNIERI-CITATI, in *Annali Perugia XXXVII* 34 sg. dell' estr., ed a ragione. Il primo interrompe l' andamento del pensiero, che diviene coerente tostochè lo si cancelli; ed il secondo non ripete che il contenuto del primo. È significativo che appunto questi brani contengono l' idea della volontà interna. Anche per il giurista classico il punto di vista era quello della volontà. Ma egli richiede una volontà manifestata da certi atti del testatore, dai quali risultava una volontà tipica.

<sup>(157)</sup> Questo vale ancorchè si voglia vagliare questo caso — e per quanto mi sembra forse a maggior ragione — da un punto di vista diverso da quello della revoca (*ademption*). Il testatore ha determinato un certo complesso d' oggetti, al quale ne ha sottratto alcuni senza farli uscire dal suo patrimonio. Si tratta dunque d' una questione, che si poneva anche nel diritto classico per il legato di peculio (D. 33, 8, 19, 2; 34, 4, 31, 3 dove, a parte l' inciso « *si probaret non adimendi animo factum* », la decisione del giurista era sicuramente « *agere (non) posse* », ma per ragioni diverse da quelle del MESSINA-VITRANO, *Annali Palermo VI* 195 sg.: il padre, esigendo il credito peculiare e mettendolo nel suo patrimonio, l' aveva sottratto al peculio), inoltre per il legato dell' *instrumentum fundi* (D. 34, 4, 24, 1; 31 pr. sopra n. 146, 102), e cioè la questione di determinare il contenuto di questo complesso al tempo della morte del testatore. Questo è, in apparenza, il pensiero del JARMAN, op. cit. II 1066 sg.

zione la volontà interna del testatore, ricavabile da qualunque suo comportamento, anche fuori l'atto di « ademption ». Una sentenza, riferita dal Williams<sup>(158)</sup>, s'esprime, nel rifiutare questa opinione, quasi con le stesse parole, che usano alcuni francesi<sup>(159)</sup>: « the idea of discussing what were the particular motives and intention of the testator in each case, in destroying the subject of the bequest, would be productive of endless uncertainty and confusion ». Ciò è tanto più notevole per il fatto che, secondo il Pringsheim<sup>(160)</sup>, il diritto inglese, per quanto escluda nell'interpretazione dei testamenti prove desunte da circostanze estranee ai medesimi (« evidence dehors the will »), è tuttavia propenso ad ammettere eccezioni in casi particolari.

6. - Riassumendo, si deve constatare che il sistema del codice napoleonico e la sua giurisprudenza, e così pure i codici dipendenti da lui, trattano il nostro problema da punti di vista molto vicini a quelli del diritto romano classico. Per ambedue l'alienazione della cosa legata è una fattispecie, che rivela la volontà tipica del testatore di revocare il legato. A questa fattispecie si oppongono altre, per le quali risulta dalle circostanze particolari dell'alienazione o di un atto simile una volontà, ugualmente tipica, di non revocare. Una controprova non è ammessa in ambedue i gruppi di casi, e neanche è possibile, perchè dovrebbe appoggiarsi soltanto sulla volontà individuale, volontà da desumersi da fatti estrinseci all'atto del testatore.

<sup>(158)</sup> WILLIAMS, op. cit. II 861, 862<sup>b</sup> (Humphries v. Humphries: 2 Cox 185, del Lordo Thurlow, 1789).

<sup>(159)</sup> Cfr. DEMOLOMBE, op. cit. XXII 184 (sopra p. 129); BAUDRY-LACANTINIERE, *Traité* cit. II 377 (sopra n. 137). Secondo il JARMAN, op. cit. 1053, l'opinione contraria prevaleva anteriormente, ma fu considerata ossoleta dal Lordo Thurlow in Ashburner v. Macguire (2 Br. C. C. 108) del 1786.

<sup>(160)</sup> PRINGSHEIM, op. cit. 656 sg.

Questa volontà interna era sconosciuta ai giuristi romani classici; la conoscevano invece i redattori del codice napoleonico, perchè la trovavano nel *Corpus Iuris*, nel diritto comune e nel diritto francese anteriore al C. c.: ma la respinsero. Così si determina il fatto interessantissimo che i redattori del codice napoleonico, combattendo secondo la loro opinione il diritto romano, in verità il diritto giustiniano, ristabilirono senza volerlo il diritto romano, cioè il diritto classico, del quale nulla sapevano, perchè non conoscevano ancora la ricerca interpolazionistica. Il fatto che il pensiero dei giuristi romani risorga così sotto circostanze quanto mai sfavorevoli al diritto romano è un indizio prezioso della sua bontà e probità.

7. - Senonchè questo risorgimento del principio romano classico non era ristretto al C. c. francese. Aveva luogo anche nei codici tedeschi promulgati sullo scorcio del XVIII e sul principio del XIX secolo. Il punto di partenza, come abbiamo visto<sup>(161)</sup>, è per il C. c. prussiano la regola (§ 315 I 12) che il legato d'una cosa determinata, non trovantesi nell'eredità alla morte del testatore, è inefficace, regola completata da quella del § 383 I 12, che non si presume mai il legato d'una cosa altrui<sup>(162)</sup>. L'alienazione della cosa legata cade sotto questa regola. Quindi il legato s'estingue, più esattamente non diviene mai efficace, senza che sia ammessa la prova d'una intenzione contraria del testatore. Ma la legge fa eccezioni, stabilendo dei casi, nei quali il legato si mantiene, malgrado l'alienazione, mediante la surrogazione d'un altro oggetto. Così secondo il § 322 I 12: il testatore ha tenuto in disparte il prezzo ricavato dall'alienazione. È legato il prezzo<sup>(163)</sup>. Il legato d'un

<sup>(161)</sup> Ved. sopra p. 117 sg. e n. 98.

<sup>(162)</sup> Il § 1850 del progetto I del C. c. tedesco riprese questa regola.

<sup>(163)</sup> « Hat der Testator das für die veräußerte Sache gelösete Geld bis zu seinem Tode aufbewahrt, so muss dasselbe dem Legatario statt der vermachten Sache verabfolget werden, es wäre denn, dass der Erbe

credito viene estinto mediante il pagamento in vita del testatore (§ 410 I 12), ma perdura come legato della somma riscossa, se il testatore l'ha messa e tenuta in disparte fin alla sua morte (§ 412 I 12)<sup>(164)</sup>. La dazione in pegno lascia perdurare il legato, ma il legatario riceve una cosa pignorata<sup>(165)</sup>. Se il testatore ha dato in vita la cosa legata al legatario, il legato s'estingue (§ 323 I 12); se gliela ha data a titolo oneroso senza esigere il prezzo, questo gli è rimesso mediante legato di liberazione, che si sostituisce al legato originario (§ 324 I 12)<sup>(166)</sup>.

Questi esempi bastano a dimostrare che il sistema del C. c. prussiano è lo stesso di quello del diritto francese ed italiano, cioè casi tipici di revoca ed altri, ugualmente tipici, nei quali il legato non vien estinto. La volontà interna del testatore non va presa in considerazione. Non si può obiettare che il diritto prussiano fa completamente astrazione della volontà del testatore, fissando la regola che il legato d'una cosa determinata è inefficace, quando la cosa per qualsiasi motivo

---

eine entgegenstehende Willensäußerung des Testators nachzuweisen vermöchte „. L'ultima aggiunta che introduce la volontà interna (cfr. FÖRSTER-ECCIUS, *Preussisches Privatrecht*<sup>7</sup> IV 429<sup>40</sup>) non ha una importanza principale. Ved. n. 166. Il § 322 I 12 C. c. prussiano fu adottato quasi letteralmente dal Baltisches Privatrecht (cfr. sopra n. 98) art. 2239.

<sup>(164)</sup> Anche qui la legge aggiunge “ wenn nicht eine andere Absicht des Testators dabei klar erhellet „.

<sup>(165)</sup> §§ 325, 326 I 12. Conformemente al diritto francese si tratta dunque d'una revoca parziale. Il § 2165/I del C. c. tedesco, disponendo sostanzialmente lo stesso, ne fa, aggiungendo le parole “ nel dubbio „, molto caratteristicamente una regola di interpretazione, che permette la prova d'una volontà contraria del testatore.

<sup>(166)</sup> Il caso è analogo a quello delle disposizioni dei §§ 322, 412 I 12, testè menzionate, senza che il § 324 faccia riserva della volontà contraria del testatore. Ne segue che la legge non intendeva ricavare da questa riserva un principio nel senso del riconoscimento della volontà interna. L'intenzione del testatore di lasciare il prezzo al legatario scaturisce più chiaramente dal suo comportamento nell'ipotesi del § 324 che non in quella dei §§ 322, 412, e questa considerazione ha indotto probabilmente il legislatore ad ammettere qui la prova della volontà contraria.

non si trova nell'eredità alla morte del disponente. Poichè, come osserva benissimo un illustre interprete di questo diritto<sup>(167)</sup>, tutte le disposizioni del C. c. prussiano, assai dettagliato in questa materia, sono ispirate dal principio della volontà del testatore. Certo egli avrebbe potuto aggiungere che si tratta sempre di volontà tipica. Quindi l'alienazione della cosa legata può considerarsi come revoca, benchè il C. c. prussiano eviti questo termine<sup>(168)</sup>.

Esso è noto invece al C. c. austriaco, il cui sistema è, del resto, lo stesso. Alle ipotesi del § 724: l'esazione del credito legato, l'alienazione della cosa legata, nelle quali si vede revoca, vengono opposte nel § 725 a ipotesi contrarie, cioè il pagamento spontaneo del debitore, l'alienazione forzata, in cui il legato si mantiene. Non si tratta in queste disposizioni di regole di interpretazione, suscettibili di prova contraria, almeno nel senso in cui esse erano intese al tempo della codificazione. Questo è messo fuori di ogni dubbio dal più eminente dei redattori, cioè dallo Zeiller che scrive nel suo « *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* » II 2 (1812), p. 708: « Die gesetzlichen Vermutungen (§§ 724, 725) haben auch hier wie in allen anderen Fällen die Wirkung, dass jener, der sich darauf beruft, von allem anderen Beweis enthoben wird ». Lo Zeiller dunque vide, come in generale allora<sup>(169)</sup>, nella presunzione legale una *praesumptio iuris et de iure* che esclude la prova contraria, perchè essa stessa fa prova del tema probandi, cioè, nel nostro caso, della volontà di revoca, rispettivamente

---

<sup>(167)</sup> FÖRSTER-ECCIUS, op. cit. 431: “ auch die rechtlichen Grundsätze, die das allgemeine Landrecht aufstellt, greifen auf den Willen des Testators als letztes entscheidendes Moment zurück „.

<sup>(168)</sup> Cfr. anche le disposizioni circa il legato di concetti contenuti in un recettacolo (§§ 414, 415 I 12). Non vi sono compresi semplici documenti di debito, ma bensì titoli al portatore, perchè paragonati alle cose. Si tratta evidentemente di interpretazione tipica.

<sup>(169)</sup> Cfr. FERRINI, *Opere* III 586.

di non-revoca<sup>(170)</sup>. In altre parole, si tratta per lui d'una volontà tipica. Senonchè l'interpretazione dei §§ 724, 725 ha subito in seguito un cambiamento interessantissimo: nella letteratura moderna del C. c. austriaco i §§ 724, 725 sono considerati come regole di interpretazione, che ammettono la prova della volontà contraria del testatore<sup>(171)</sup>, prova da desumersi non soltanto, come nel diritto franco-italiano, dallo stesso atto di revoca, ma bensì da qualunque circostanza anche estranea a quell'atto. Si vede subito che questa nuova interpretazione dei §§ 724, 725, che porta con se il completo sconvolgimento del loro senso originario, è dominata dalla dottrina della volontà interna del diritto giustiniano.

Donde viene questo cambiamento, questo ritorno al diritto romano dell'epoca tarda? Credo che possa darsi una risposta alquanto precisa a questa domanda. È l'influsso dell'Unger, che nel suo celebre « System des österreichischen allgemeinen Privatrechts » introduce il metodo e la dottrina pandettistica della scuola storica tedesca nell'interpretazione del C. c. austriaco, influsso che produce un nuovo orientamento anche nella valutazione del nostro problema. Per l'Unger<sup>(172)</sup> i §§ 724, 725 contengono una presunzione di diritto, che ammette secondo le circostanze la prova dell'*animus non adimendi*, e rispettivamente dell'*animus adimendi*. Egli in altro luogo<sup>(173)</sup> poi osserva che il C. c. austriaco condivide il punto di vista

<sup>(170)</sup> Lo ZWILLER, op. e loc. cit., oppone questa presunzione legale ad altre non ordinate dalla legge e quindi sottoposte alla libera valutazione da parte del giudice, cioè alle *praesumptiones facti sive hominis*. Cfr. HEDERMANN, op. cit. 78 sg.

<sup>(171)</sup> Cfr. PFAFF-HOPMANN, *Commentar zum österreichischen allg. bürgerl. Gesetzbuch* II 5 (1887) 663 sg.; v. STUBENRAUCH, *Commentar*<sup>8</sup> I (1902) 906; KLANG-E. WEISS, *Kommentar* II 1 (1935) 560. Anche il v. ANDERS, *Erbrecht*<sup>2</sup> (*Grundriss d. österr. Rechts* I 6) parla di "Auslegungsregeln". Il KRASNOPOLSKI, *Lehrbuch. d. österr. Privatrechts* V (1914) 127 sg. non fa menzione del problema.

<sup>(172)</sup> UNGER, *System*<sup>4</sup> II 108 sg., 109<sup>18</sup>.

<sup>(173)</sup> UNGER, *System* VI (= *österr. Erbrecht* II)<sup>2</sup> p. 293<sup>4</sup>.

del diritto romano e parla di « Interpretationsvorschriften », sicchè sostiene che l'alienazione volontaria può essere fatta anche *sine animo adimendi*. Questo è esattamente la dottrina della volontà interna del diritto giustiniano.

8. - Giungiamo così al diritto delle Pandette del XIX secolo. Vista la grande importanza, che si attribuiva al nostro problema nella giurisprudenza francese sulla base del C. c. così come nei codici tedeschi di questa epoca, è sorprendente il vedere come poco la teoria pandettistica se ne occupa. Anzi il Rosshirt, che scrisse due grossi volumi sulla teoria dei legati<sup>(174)</sup>, sfiorò appena il problema, dedicando alla revoca tacita dei legati soltanto pochissime pagine<sup>(175)</sup>, senza accorgersi della fondamentale questione. Nondimeno non c'è dubbio che la teoria pandettistica s'appropriò completamente le idee del diritto giustiniano. Per questo era decisivo nella nostra questione l'*animus adimendi*. Senonchè, dato il carattere della Compilazione, vi si cercherebbe invano una formulazione generale, che faccia astrazione dai casi singoli menzionati nel *Corpus iuris* e dia peso soltanto all'*animus adimendi*. Fu la dottrina pandettistica, che arrivò ad una tale regola, almeno tecnicamente perfetta. Essa è formulata nelle « Pandekten » del Windscheid III<sup>8</sup> § 640, p. 591 nel modo seguente: « Der Widerruf des Vermächtnisses kann stillschweigend durch jede Handlung erklärt werden, welche einen unzweifelhaften Ausdruck des Widerrufswillens enthält ». L'alienazione della cosa legata è diventata in questo modo soltanto un esempio, un caso speciale di questa regola generale<sup>(176)</sup>, che, del resto, il Windscheid non ha inventata.

<sup>(174)</sup> ROSSHIRT, *Die Lehre von den Vermächtnissen nach römischem Rechte* (1835).

<sup>(175)</sup> ROSSHIRT, op. cit. I 430 sg. Le pandette del Puchta II<sup>10</sup> 476 ne tacciono.

<sup>(176)</sup> Cfr. WINDSCHEID, op. cit. III 591<sup>8</sup>: "z. B. durch Veräußerung der vermachten Sache".

Essa si trova, con certe variazioni, già nella letteratura anteriore (177). Per i classici una tale regola, a parte la loro avversione contro formulazioni generali, era impossibile. È vero che anche per loro la base della revoca del legato era la *mutata voluntas* del testatore. Ma questa *voluntas* era una volontà tipica strettamente connessa colla sua manifestazione. Così i classici conoscevano soltanto casi singoli, dai quali si desumeva secondo le circostanze una volontà tipica di revoca o il contrario. La manifestazione di questa volontà era un elemento della stessa volontà. Nel diritto giustiniano, viceversa, la volontà interna era la cosa principale. L'elemento volitivo s'era separato dalla manifestazione della volontà, e così l'*animus non adimendi* poteva desumersi in base ad un comportamento del testatore, che per i classici rappresentava irrefutabilmente la fattispecie di revoca e viceversa. Solo sul fondamento d'un tale concetto potevano sorgere le formulazioni dei pandettisti tedeschi, le quali davano risalto all'*animus adimendi* e corrispondentemente diminuivano l'importanza della manifestazione di questo *animus*, inquantochè qualsiasi atto del testatore può esprimere l'intenzione di revoca o, come

(177) Cfr. per es. SINTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht*<sup>3</sup> III (1869) 705: "Schon dann ist ein Vermächtnis als widerrufen zu betrachten, wenn der Honorierte bloss den erweislichen Willen oder nur die veränderte Gesinnung des Erblassers wider sich hat"; ARNDTS, *Pandekten*<sup>14</sup> (1889) 1002: "Es genügt überhaupt, um dem Vermächtnis seine Kraft zu nehmen, jeder Beweis der Willensänderung, der auch aus anderen Handlungen, z. B. Veräußerung der vermachten Sache hervorgehen kann"; KOEPFEN, *Lehrbuch des heutigen röm. Erbrechts* (1895) 776: "Bei Vermächtnissen kann der Widerruf stillschweigend erfolgen durch Handlungen oder Umstände, aus welchen in sicherer Weise der Wille des Erblassers, das Vermächtnis zu widerrufen, erkannt und vom Beschwerten bewiesen werden kann ... z. B. durch Veräußerung der vermachten Sache".

Queste formulazioni escludono che sia esatta, almeno nella cerchia dell'interpretazione del testamento, l'affermazione del WINDSCHEID, *Wille und Willenserklärung* 5: "Bei schlüssigen Handlungen" — di tali si tratta qui — "besteht Einverständnis, dass für ihre Auslegung objektive Grundsätze massgebend sein müssen".

dobbiamo aggiungere, la volontà contraria. Dato che è sempre l'*animus* che decide, la sua manifestazione è soltanto un indizio, da cui si ricava in modo confutabile una certa volontà.

9. — Ritornando, in fine, al diritto tedesco poco abbiamo da dire. Il C. c. tedesco, come abbiamo visto (178), non conosce la revoca tacita del legato come istituto autonomo, ma la sottopone alla regola generale del § 2169/I, la quale male, o almeno con difficoltà considerevole, si adatta alla fattispecie della revoca tacita. Perciò esso non offre, almeno direttamente, nessuno spunto di interpretare un comportamento del testatore, che manifesti la sua intenzione di revocare il legato. Tuttavia, la questione si pone indirettamente. Vi è in primo luogo la riserva del § 2169/I: « a meno che l'oggetto debba essere dato alla persona indicata nella disposizione anche nel caso, che esso non appartenga all'eredità ». Essa pone la questione della volontà. Inoltre il C. c. tedesco fissa nella nostra materia altre regole di interpretazione, riconoscibili nelle parole « nel dubbio », particolarmente quando stabilisce la surrogazione d'un altro oggetto a quello legato originariamente. Cfr. per esempio i §§ 2169/II, III, 2165, 2173. Tutte queste regole ammettono la prova della volontà contraria del testatore. Su quali circostanze s'appoggia questa prova? Dato che la regola si fonda sulla volontà normale e tipica, è da presumersi che la controprova debba far valere una volontà diversa da quella, dunque la volontà anomala, atipica e individuale. Questo è ribadito dal § 133 C. c. tedesco (179), che prescrive l'indagine della volontà effettiva e, riferendosi a tutte le dichiarazioni di volontà, vale anche per quelle di ultima volontà (180).

(178) Cfr. sopra pp. 117 sg., 122 sg., 124 sg.

(179) Cfr. sopra n. 117.

(180) Cfr. TRITZ, *Die Lehre vom Missverständnis* 84; *Kommentar von Reichsgerichtsräten*<sup>9</sup> I 268; STAUDINGER-RIEGLER, *Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch*<sup>10</sup> I 673; DANZ, *Auslegung der Rechtsgeschäfte*<sup>3</sup> (1911) 282.

Ci imbattiamo così nell'arduo problema dell'interpretazione dei negozi giuridici secondo il C. c. tedesco, la cui letteratura è vastissima<sup>(181)</sup>. Senonchè non ho l'intenzione, che oltrepasserebbe del resto i confini di questa indagine, di discuterlo a fondo. Mi limito ad alcuni cenni generali.

Non v'è dubbio che il C. c. tedesco accolse nel § 133 la dottrina della volontà interna, dominante, benchè non più senza opposizioni, al tempo della sua redazione in Germania<sup>(182)</sup>. La disposizione si trovava, in concordanza letterale, già nel progetto I § 73, e passò di là immutata al progetto II § 90 e al C. c.<sup>(183)</sup>. Il modello ne fu l'art. 278 del vecchio Codice di commercio<sup>(184)</sup>, ed i « Motive » al § 73 (= C. c. § 133)<sup>(185)</sup> respinsero esplicitamente l'opposta teoria dichiarativa (« Erklärungs-theorie »). Il domma pandettistico della volontà, derivato, come sappiamo, dal diritto giustiniano, sembrava dunque aver riportato nel C. c. tedesco una vittoria completa<sup>(186)</sup>. Dico « sembrava », perchè la legge accolse ancora un altro principio, cioè quello del § 157: « Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern »<sup>(187)</sup>.

<sup>(181)</sup> Cfr. gli autori citati presso l'ENNECERUS-NIPPERDEY, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* I<sup>13</sup> (1931) 633.

<sup>(182)</sup> Ciò è generalmente riconosciuto. Cfr. ENNECERUS-NIPPERDEY, op. cit. I 634; DANZ, *Auslegung der Rechtsgeschäfte*<sup>3</sup> 22; LARENZ, *Methode der Auslegung der Rechtsgeschäfte* (1930) 4 sg.

<sup>(183)</sup> Cfr. MUGDAN, op. cit. I p. LXXVIII.

<sup>(184)</sup> « Bei der Beurteilung und Auslegung der Handelsgeschäfte hat der Richter den Willen der Contrahenten zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften ». Il C. c. tedesco s'esprime in modo anzi più perspicuo, sostituendo alla semplice « volontà dei contraenti », del C. di commercio la « volontà reale ».

<sup>(185)</sup> Cfr. MUGDAN, op. cit. I 437.

<sup>(186)</sup> Sulle vicende di queste teorie in altri paesi cfr. RABEL, *25 Jahre Kaiser Wilhelm Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* III 92.

<sup>(187)</sup> La disposizione si trovava, in una redazione soltanto formalmente diversa, nel progetto I (§ 359) in materia di obbligazioni. Fu spostata nella « parte generale », del progetto II (§ 127), perchè si volle darle importanza generale. Cfr. i protocolli della seconda lezione presso MUGDAN, op. cit. II 522.

Le difficoltà aumentarono in questo modo, perchè c'erano nel C. c. due principii di interpretazione palesemente contrari, l'uno (§ 133) prescrivente l'interpretazione soggettiva, l'altro (§ 157) l'oggettiva, benchè il primo valevole per tutte le dichiarazioni di volontà, il secondo ristretto ai contratti<sup>(188)</sup>.

La teoria giuridica tedesca s'accinse, con grande vigore, alla conciliazione di questi principii opposti. Questa si ottenne non senza certe alterazioni del senso originario del § 133. Leggasi per es. quanto espongono il Titze, op. cit. 84 e sg. e l'Enneccerus-Nipperdey, op. cit. I 635. Non faccio un rimprovero a questi insigni autori, perchè in giurisprudenza vale la massima « lo scopo giustifica i mezzi », come ce lo hanno insegnato i nostri augusti antenati, i giuristi romani, quando sconvolsero il senso originale del divieto delle XII tavole: *pater si filium ter venum dedit, filius a patre liber esto*, per adattarlo a nuove esigenze pratiche<sup>(188a)</sup>. Se lo scopo è lodevole, sono da approvarsi anche i mezzi di interpretazione della legge, per quanto siano qualche volta violenti.

Ebbene una cosa è sicura, cioè che la teoria della volontà interna è inservibile nella prassi giuridica<sup>(189)</sup>. Non c'interes-

<sup>(188)</sup> La dottrina applica il § 157 anche a dichiarazioni unilaterali (cfr. PLANCK-FLAD, op. cit. I<sup>4</sup> 406; STAUDINGER-RIEGLER, op. cit. I<sup>40</sup> 794; PALANDT, op. cit. 135; v. TUHR, *Allg. Teil des deutschen bürg. Rechts* II 1, 535; TITZE, op. cit. 84), ma soltanto raramente ai testamenti (cfr. LARENZ, op. cit. 7; ENNECERUS-NIPPERDEY, op. cit. I 644<sup>16</sup>). Lo STROHAL, *Deutsches Erbrecht*<sup>3</sup> I 359<sup>2</sup>, ammettendo il § 157 nei patti successori, sembra escluderlo nei testamenti. Viceversa è opinione dominante della corte suprema italiana come della letteratura francese che gli art. 1131 e sg. del C. c. italiano, resp. gli art. 1156 e sg. del C. c. francese siano applicabili, per principio, ai testamenti, il che è tanto più importante, perchè alcuni fra loro riflettono l'interpretazione tipica. Cfr. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico* (1938) p. 180<sup>46a, 47</sup> e 124 sg.

<sup>(188a)</sup> Sull'antica *interpretatio prudentium* cfr. BIONDI, *BIDR* 43, 139 sg., ai risultati del quale s'avvicina senza conoscerli il KASER, *Z. Sav.-St.* 59, 59 sg.

<sup>(189)</sup> È significativo che nessuna delle codificazioni moderne abbia accolta la massima del § 133 C. c. tedesco. Il § 914 del C. c. austriaco,

sano a questo proposito i singoli stadi dello sviluppo della teoria giuridica tedesca <sup>(190)</sup>, nella quale s'accese di nuovo la vecchia disputa fra teoria volitiva e dichiarativa, si ripresero i tentativi di conciliare le teorie opposte per giungere ad una soluzione intermedia. Senonchè, per quanto le opinioni differiscano così nei punti fondamentali come nei particolari, è importante che in un punto si sia ottenuta l'unanimità, cioè nel respingere la volontà interna distaccata dalla sua manifestazione. È sempre soltanto la volontà dichiarata, che ha rilevanza <sup>(191)</sup>, e la disputa riguarda anzitutto la questione di vedere se basti l'interpretare in modo oggettivo soltanto la dichiarazione, o se si debba, oltre ciò, tener conto della volontà reale, quale può desumersi dal comportamento delle parti fuori dalla di-

nella forma datagli dalla novella III § 102 del 19-V-1916, apparentemente secondo il modello dei §§ 133, 157 è del tenore seguente: "Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Uebung des redlichen Verkehrs entspricht, ". Conformi sono il § 831 del progetto ceco-slovacco, il § 900 del progetto jugoslavo. Cfr. anche l'art. 85 del C. c. brasiliano. Tutte queste disposizioni evitano l'espressione "volontà reale, ". Il progetto del C. c. giapponese, molto influenzato dal C. c. tedesco, ha ommesso una disposizione analoga. Cfr. *The civil code of Japan, translated by the codes translation committee. Tentative draft N.º I, book 1: general provisions, art. 90*. Solo l'art. 18 del diritto svizzero delle obbligazioni prescrive che sia da osservare, nell'interpretazione d'un contratto, "la concordante volontà reale, " dei contraenti. Ma il v. TUHR, *Allg. Teil des schweizerischen Obligationenrechts* I 1, p. 241, 241<sup>2</sup> insegna che l'art. 18 è da intendersi nel senso della teoria dichiarativa. Sull'interpretazione dei negozi giuridici dal punto di vista del diritto comparato cfr. TITZE, sub v. *Rechtsgeschäft*, in *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch* (ed. da Schlegelberger) 841 sg.

<sup>(190)</sup> Su questo sviluppo cfr. LARENZ, op. cit. 2 sg. Sono da menzionarsi gli scritti del Danz, Leonhard, Titze, Henle, Manigk, Enneccerus e dell'Oertmann. Cfr. da ultimo anche MANIGK, *Das rechtswirksame Verhalten* (1939) 121 sg., 184 sg.

<sup>(191)</sup> Cfr. PLANCK-FLAD, op. cit. I<sup>4</sup> 345; PALANDT, op. cit. 105; TITZE, *Missverständnis* 84 sg.; STAUDINGER-RIEZLER, op. cit. I<sup>10</sup> 672; *Kommentar von Reichsgerichtsräten* I<sup>9</sup> 266 sg.; ENNECCERUS-NIPPERDEY, op. cit. I<sup>13</sup> 635; v. TUHR, *Allg. Teil des bürgerl. Rechts* II 1, 538 sg.; LARENZ, op. cit. 16, 75 sg.; *Vertrag und Unrecht* I (1936) 62; MANIGK, op. cit. 126 sg.

chiarazione, ammesso che questa volontà trovi appoggio, per quanto imperfetto, nella dichiarazione stessa <sup>(192)</sup>. D'altra parte si fa, quasi generalmente, eccezione per le dichiarazioni testamentarie, dove anche i rappresentanti dell'interpretazione oggettiva ammettono l'indagine illimitata della volontà reale, e la corte imperiale, seguita da alcuni scrittori, fa, come nei negozi fra vivi, la restrizione: purchè questa volontà abbia trovata espressione, per quanto mai imperfetta, nel testamento <sup>(193)</sup>. Il che vuol dire non soltanto nella disposizione, della cui interpretazione si tratta, bensì nel complesso di tutte le disposizioni testamentarie <sup>(194)</sup>. Se in questo punto l'interpretazione degli atti di ultima volontà s'avvicina a quella dei negozi fra vivi o, forse meglio, dei negozi di commercio (« Verkehrsgeschäfte »), fanno tuttavia difetto gli altri principii, che in questi negozi restringono l'indagine illimitata della volontà interna, principii derivati particolarmente dal fatto che i negozi di commercio sono di regola recettizi, cioè hanno un destinatario o un cerchio di destinatari, che intendono o devono intendere la dichiarazione dell'altra parte in un senso che non può trascurarsi.

Senonchè questo rilievo vale, in certo grado, anche per le

<sup>(192)</sup> Questa è la formula della corte imperiale ("Reichsgericht, "). Cfr. SIBER, op. cit. 355; MANIGK, op. cit. 188, 195 sg.

<sup>(193)</sup> Cfr. LEONHARD, *Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge* I<sup>2</sup> (*Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts* XXII 1), 125 sg., 180 sg.; *Archiv für zivilistische Praxis* 120 (1922), 84 sg.; DANZ, op. cit. 281 sg.; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts* I<sup>13</sup> 636; ENNECCERUS-KIPP, *ibid.* II 3<sup>6</sup> p. 60 sg.; v. TUHR, op. cit. II 1 p. 538; TITZE, op. cit. 95, 98; OERTMANN, *Rechtsordnung und Verkehrssitte* 135 sg.; *Kommentar von Reichsgerichtsräten* I<sup>9</sup> 268. Contra BINDER, *Erbrecht* (KOHLEAUSCH-KASKEL, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft* XI) p. 10 sg. che accenna giustamente al modello del diritto bizantino ed alla dualità fra volontà e dichiarazione, contenuta nella dottrina di quello.

<sup>(194)</sup> Cfr. *Kommentar von Reichsgerichtsräten* I<sup>9</sup> 268. Questa è anche l'opinione della corte federale svizzera. Cfr. ESCHER, *Erbrecht*<sup>2</sup> [in *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch* (ed. da Egger ed altri, 1937) III 1] p. 90 sg.



dichiarazioni testamentarie <sup>(195)</sup>, ed i dubbi aumentano se ci raffiguriamo le conseguenze pratiche. L'indagine illimitata della volontà effettiva nell'interpretazione dei testamenti richiede che si ricerchi, con tutti i mezzi, la volontà interna del testatore, volontà da desumersi da qualunque suo comportamento anche estraneo alla dichiarazione contenuta nel testamento <sup>(196)</sup>.

<sup>(195)</sup> Cfr. LARENZ, op. cit. 80 sg.; MANIGK, op. cit. 133, 338 sg.

<sup>(196)</sup> Leggasi per es. quanto scrive l'ENNOCERUS-KIPP, *Lehrbuch des bürg. Rechts* II 3<sup>6</sup> p. 60 sg.: "Es sind alle Umstände zu berücksichtigen, die dieser Erforschung dienen, auch Äusserungen des Erblassers ausserhalb des Testaments, daher auch formell nichtige Verfügungen, die neben dem Testament stehen, und auch andere Umstände, z. B. Beziehungen des Erblassers zu anderen Personen „ Nello stesso senso anche la prassi della corte imperiale. Cfr. SIBER, op. cit. 354. Cfr. anche § 2157 C. c. sassone: "Die Auslegung kann auf formlose Erklärungen des Erblassers gestützt werden, welche vor oder nach Errichtung des letzten Willens liegen „

Già il diritto romano classico permetteva al testatore di completare, in vita e fuori del testamento, dichiarazioni ambigue di quello. Cfr. D. 28, 1, 21, 1 (Ulp. lib. 2 ad Sab.): *Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt. quod vero quis obscurus in testamento vel nuncupat vel scribit, an post sollemnia explanare possit, quaeritur: ut puta Stichum legaverat, cum plures haberet, [nec declaravit de quo sentiret]: Titio legavit, cum multos Titios amicos haberet: [erraverat in nomine vel praenomine vel cognomine, cum in corpore non errasset: poteritne postea declarare, de quo senserit?] et puto posse: [nihil enim nunc dat, sed datum significat]. sed [et] si (notam del. Mommsen) postea adiecerit legato vel sua voce vel litteris vel summam vel nomen legatarii quod non scripserat vel nummorum qualitatem, an recte fecerit? (... ) [et puto etiam qualitatem nummorum posse postea addi: nam etsi adiecta non fuisset, utique placeret coniectionem fieri eius quod reliquit vel ex vicinis scripturis vel ex consuetudine patris familias vel regionis]. A parte il BESELER, *Z. Sav.-St.* 51, 59; *Studi Riccobono* I 288<sup>2</sup>, che espunge da [quod vero — fin.] quasi tutta l'esposizione d'Ulpiano, i romanisti, che si sono occupati del frammento, sono assai concordi per quanto riguarda le alterazioni del testo. Cfr. LAURIA, *Riv. di dir. civ.* (1927) p. 61 dell'estr.; DONATUTI, *BIDR* 34, 221; RICCOBONO, *Mélanges Cornil* II 361<sup>6</sup>; GROSSO, *Studi Bonfante* II 209<sup>51</sup>; *Studi Riccobono* III 173<sup>16</sup>. Io dissento soltanto per alcuni particolari. Contro il Grosso ritengo una glossa il brano [erraverat — errasset], giacché introduce una questione di errore, che non ha niente a che vedere con quella dell'autointerpretazione da parte del testatore, trattata da Ulpiano. [poteritne — senserit] è una superflua ripresa della domanda. La seconda domanda però è genuina,*

Essa importa il penetrare nell'intimo del testatore, compito tanto più penoso in quanto è imposto al giudice al momento in cui colui, che potrebbe chiarire la sua volontà, non vive più. Si augurebbero al giudice delle forze divine per risuscitare il testatore, come Cristo fece con Lazzaro. Questa indagine, infine, importa non soltanto il prendere in considerazione il linguaggio personale, le abitudini personali del testatore <sup>(197)</sup>

perché Ulpiano doveva discutere due ipotesi possibili: o il testatore s'è espresso in modo ambiguo. E qui gli è permesso di interpretare la sua dichiarazione senza fare un nuovo testamento, purché la sua interpretazione, come dimostrano chiaramente gli esempi adottati dal giurista, sia possibile con la dichiarazione scritta. O la dichiarazione è incompleta. La risposta negativa del giurista non può essere dubbia e ciò che si legge nel frammento è sospetto, tanto più perché risponde soltanto alla domanda circa la *qualitas nummorum*. Soltanto il "sed [et] si „ fa presumere che il diritto posteriore sia stato per l'affermativa anche nelle altre ipotesi. Per quanto concerne la *qualitas nummorum*, la decisione del diritto classico può desumersi da D. 32, 75 (Ulp. lib. 20 ad Sab.): *Nummis indistincte legatis hoc receptum est, ut exiguiore legati videantur, [si neque ex consuetudine patris familiae neque ex regionis, unde fuit, neque ex contextu testamenti possit apparere]*. Sull'interpolazione ved. DONATUTI, op. cit. 220. Si noti anche la mescolanza di punti di vista soggettivi (abitudini del testatore) e oggettivi (costumi locali), e il *contextus testamenti* da ultimo, mentre lo si aspetterebbe per primo.

Più libero era il trattamento dei fedecommissi. Cfr. D. 31, 67, 9 (Pap. lib. 19 quaest.): *Si ommissa fideicommissi verba sint et cetera quae leguntur cum his, quae scribi debuerunt, congruant, recte datum et minus scriptum [exemplo institutionis legatorumque] intelletur: quam sententiam optimus quoque imperator noster Severus secutus est*. Era dunque permesso di completare, per mezzo di interpretazione, parole mancanti. Da questa massima, diversa da quella che valeva per i legati, come s'è visto, scaturisce l'interpolazione. Cfr. DONATUTI, op. cit. 296 e sg.; RICCOBONO, *Mélanges Cornil* II 362<sup>4</sup>, contra MASCHI, op. cit. 117. Ma l'ammissibilità di tale completamento dipende da ciò che *cetera quae leguntur cum his, quae scribi debuerunt, congruant*; in altre parole, occorre che la volontà, che si manifesta nel completamento, sia espressa in qualche modo nella disposizione di ultima volontà, sia pure nel complesso delle disposizioni testamentarie. Questo requisito esclude la volontà interna, non espressa.

<sup>(197)</sup> Cfr. anche C. c. prussiano § 555 I 12; C. c. sassone § 2156; C. c. austriaco § 655. La corte imperiale ha pronunziato in una sentenza [*Jurist. Wochenschrift* (1912) p. 344] che la volontà del testatore sia prevalente contro qualunque significato d'una parola quale è usata nei comuni rapporti. Cfr. anche SIBER, op. cit. 351 sg.

— il che anche il diritto classico ammetteva in modo ristretto <sup>(198)</sup> —, ma bensì l'accondiscendere a tutti i suoi capricci e bizzarrie, ancorchè si sia espresso in modo ambiguo.

L'attuale teoria tedesca rispetto all'interpretazione degli atti di ultima volontà si presenta dunque come seguace della teoria pandettistica, che da parte sua rimonta alla dottrina della volontà del diritto giustiniano, e così abbiamo trovato anche la risposta alla domanda, posta sopra a p. 145, cioè in qual senso sia da intendersi la prova della volontà contraria, ammessa nei §§ 2165 e sg. del C. c. tedesco. È infatti la volontà interna, su cui questa controprova s'appoggia <sup>(199)</sup>. Ma questo non era il pensiero del diritto classico, che decideva la fattispecie sulla base dell'interpretazione tipica, il qual modo di pensare riappare nel C. c. francese e nelle legislazioni dipendenti da lui, come in quelle tedesche dell'epoca del diritto naturale.

È vero che già il diritto classico, come s'è visto e si vedrà ancora <sup>(200)</sup>, non si limitava più, nell'interpretazione degli atti di ultima volontà, alla volontà tipica, bensì ammetteva anche criteri soggettivi per accertare il volere del testatore, e inoltre si giovava a questo scopo di fatti e circostanze estranee al testamento. È vero, d'altra parte, che nel diritto tedesco la corte imperiale ha eretto una barriera, utile ma non molto forte, contro l'indagine illimitata della volontà interna del testatore, richiedendo che questa volontà debba essere espressa, in modo per quanto mai imperfetto, nel testamento, principio tenuto fermo dai classici in modo più rigoroso. Nondimeno c'è una differenza notevole. I classici procedevano cautamente passo a passo in singole decisioni <sup>(201)</sup>, e ben si guardavano dal deri-

<sup>(198)</sup> Cfr. appendice III.

<sup>(199)</sup> Cfr. SIBER, op. cit. 362.

<sup>(200)</sup> Cfr. sopra n. 196 ed appendice III.

<sup>(201)</sup> Per caratterizzare questo metodo il LEVY, *Z. Sav.-St.* 48, 677 ha coniato l'espressione "casistica disciplinata".

varne un principio generale <sup>(202)</sup>, tanto più pericoloso in quanto induce ad esagerazioni <sup>(202 a)</sup>. Il principio, che i giuristi classici tenevano fermo e che a loro era pervenuto dall'evoluzione storica, era quello dell'interpretazione tipica.

10. — Mi sia permesso di terminare la mia esposizione con alcuni cenni sul valore della interpretazione tipica in generale.

Il pensare tipicamente è un fenomeno, che s'incontra in quasi tutti i diritti negli stadi primitivi, e potrebbe quindi apparire primitivo in sé. Bastino due esempi. Nel diritto germanico <sup>(203)</sup> è ricettatore non chi acquista scientemente la cosa rubata, bensì chi acquista di nascosto, perchè l'acquisto onesto

<sup>(202)</sup> Nel titolo "De diversis regulis iuris antiqui", D. 50, 17, 12 ci è tramandato la regola: "in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur", che nel suo posto attuale riproduce sicuramente l'idea del diritto giustiniano, molto vicina a quella della dottrina del diritto tedesco moderno. La regola stava originalmente nel III libro ad Sabinum dove Paolo trattava il legato dell'uso e dell'usufrutto. Cfr. LÖNNEL, *Paul.* 1646 sg., 1657. Il passo era dunque connesso colla decisione d'un caso concreto ed aveva, se pure genuino, una portata molto più ristretta. La massima analoga: *neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum* nel D. 7, 8, 12, 2, che si riferisce alla stessa materia, è sicuramente interpolata. Cfr. *Index interpolationum ad h. l.* e da ultimo GROSSO, *SDHJ* (1939) 133 sg., 139. Ciò aumenta la probabilità che anche il fr. 12 D. 50, 17 sia spurio. Lo stesso vale D. 34, 5, 24 (Marcellus lib. 11 digest.): *Cum in testamentis ambigue aut etiam perperam scriptum est, [benigne interpretari et] secundum id, quod credibile est cogitatum [credendum] <interpretandum> est*, interpolato inquantochè dà risalto ad una interpretazione più libera rispetto al testamento. Ma l'indagine di ciò *quod credibile est cogitatum* è conforme all'interpretazione tipica. Cfr. GUARNERI-CITATI, *Miscellanea critica I* (*Annali Perugia XXXVII*) p. 36 dell'estr. Contra MASCHI, op. cit. 17 sg.

<sup>(202 a)</sup> Sono lieto di giungere a un risultato molto vicino a quello del BERTI, *Diritto romano I, Parte generale* 259 sg. e a quello del RABELL, in *Studi Bonfante IV* 294 sg., riguardo alla sua valutazione dell'*animus negotia gerendi*.

<sup>(203)</sup> Sulla tipicità nei diritti germanici in generale cfr. H. MEYER, *Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht*, in *Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess XVIII* 2, p. 83 sg.

si fa pubblicamente <sup>(204)</sup>. Secondo il Deuteronomio 22, 23 e sg., nonchè le leggi Hittite <sup>(205)</sup>, nell' ipotesi di coito colla sposa, rispettivamente colla moglie altrui, vengono puniti l' uomo e la donna, se il coito s' effettua nella città (casa della donna), ma è punito soltanto l' uomo, se il coito ha avuto luogo in campagna aperta (nella montagna), perchè, come il Deuteronomio aggiunge, nella prima ipotesi la donna poteva gridare per soccorso <sup>(206)</sup>. In altre parole, in questa ipotesi la donna ha subito il coito volontariamente. Si nasconde quindi sotto quelle fattispecie una volontà. Ma questa volontà non si può manifestare che mediante certi atti o in certe forme. È così una volontà tipica. Vale lo stesso, particolarmente nell' antico

<sup>(204)</sup> Cfr. H. MEYER, *Entwerung und Eigentum* 95 sg.; A. SCHULTZE, *Festgabe für Felix Dahn* I 39. Vale lo stesso nell' antico diritto babilonese. Cfr. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis* 77 sg.

<sup>(205)</sup> Cfr. G. FURLANI, *Leggi dell' Asia anteriore antica, leggi Hittite* n.º 197 (p. 87).

<sup>(206)</sup> Lo stesso pensiero si trova in D. 4, 2, 23 pr. (Ulp. lib. 5 [4] *opinionum*): *Non est verisimile compulsus in urbe inique indebitum solvisse eum, qui claram dignitatem se habere praetendebat, cum potuerit ius publicum invocare et adire aliquem potestate praeditum, qui utique vim eum pati prohibuisset: sed huiusmodi praesumptioni debet apertissimas probationes violentiae opponere*. Prescindendo dall' ultima frase, il passo non fu sinora sospettato. Nondimeno non può essere genuino, a parte la sua provenienza dalle " *opiniones* ", d' Ulpiano, operetta probabilmente postclassica. Cfr. FELGENTRÄGER, *Symbolae Friburg. in hon. Lenel* 371 e la letteratura ivi citata. Ulpiano non avrebbe scritto: *ius publicum invocare, aliquis potestate praeditus*, bensì avrebbe indicato l' autorità concreta. Ma decisiva è la mentalità dello scrivente: soltanto il titolare d'una *clara dignitas* ha l' aspettativa di trovar soccorso ed ascolto nei giudizi! Queste parole contengono un pessimismo, che si confà allo sfacelo dell' impero romano nel tardo III secolo e nei primi decenni del IV, e non al tempo di Ulpiano. Chi ha scritto questo passo, non pensava diversamente dall' autore del Deut. 22, 23 sg. Non c' era per questi *vis*, se essa fu esercitata contro un uomo influente nella città, dove poteva rivolgersi al tribunale. La chiusa, generalmente ritenuta interpolata, rivela il punto di vista soggettivo dei giustinianeî. Dalla fattispecie vagliata oggettivamente dall' autore del passo si è tratta una presunzione, che ammette la controprova.

diritto romano, per le dichiarazioni dei negozi giuridici. Anche in queste si fa valere la volontà, ma questa volontà è incastrata in certe forme e non può manifestarsi in altre. È quindi non esatto sostenere che il negozio giuridico vale secondo il modo di pensare d' un diritto antico e primitivo, perchè è stata osservata la forma. Vale, perchè è stato voluto, ma la volontà non può manifestarsi che nella forma determinata. È una volontà tipica <sup>(207)</sup>. Il progresso che la giurisprudenza romana ha fatto — sotto influenze straniere — non è consistito nello scoprire detta volontà, bensì nel concepire questa volontà come concetto giuridico autonomo. È sorto così il problema dell' interpretazione di questa volontà da due punti di vista. L' uno è la questione di *verba* e *voluntas*, l' altro, dato l' attenuarsi del formalismo, la possibilità di esprimersi in modo vario <sup>(208)</sup>. Ma i giuristi romani, con infallibile istinto per le esigenze pratiche, si sono guardati dall' esagerare e dal separare completamente l' elemento volitivo dalla sua manifestazione.

È naturale che l' elaborazione del nuovo concetto si sia effettuato con molte dispute e controversie, e dovremmo presumere ciò, anche se Quintiliano non c' informasse che « *scripti et voluntatis frequentissime inter consultos quaestio est, et pars magna controversi iuris hinc pendet* » <sup>(209)</sup>, controversie che si riflettono ancora nei frammenti del Digesto attraverso i rimaneggiamenti, che hanno subiti nella Compilazione <sup>(210)</sup>. Ma se non m' inganno, c' erano due massime basilari, che i giuristi ereditarono dal diritto antico e che tennero ferme: l' una, la corrispondenza necessaria fra la volontà e la sua manifesta-

<sup>(207)</sup> Cfr. KOSCHAKER, *Z. Sav.-St.* 57, 400.

<sup>(208)</sup> Le dichiarazioni del diritto antico erano sempre univoche, perchè erano inseparabilmente congiunte con una volontà tipica (formalismo interno, cfr. SIBER, *Röm. Recht* II 408).

<sup>(209)</sup> Cfr. STROUX, *Summum ius, summa iniuria* 44; *BIDR* 43, 374; RICCOBONO, *Mélanges Cornil* II 358 sg.

<sup>(210)</sup> Cfr. appendice III.

zione<sup>(211)</sup>; l'altra, l'interpretazione tipica. Senonchè questa ha cambiato d'importanza. È divenuta sussidiaria ed ha ceduto il posto alla dichiarazione singola, per essere applicata soltanto quando quest'ultima sia ambigua o indeterminata.

In questo modo si controbatte una obiezione che, nell'ambito delle dichiarazioni di ultima volontà, potrebbe sollevarsi contro l'interpretazione tipica dal punto di vista del diritto moderno, cioè l'obiezione che l'interpretazione tipica è primitiva, perchè rende gli uomini uniformi ed annienta l'individualità. Questo sarebbe vero, se non fossero dati al testatore mezzi sufficienti per esprimere la sua volontà individuale in maniera comodissima. Ma ciò non si verifica, perchè, nel diritto romano il testatore può manifestare la sua volontà anche per mezzo del codicillo, che nel periodo classico è privo di forma, ed in molti diritti moderni è consentito che il testatore possa disporre in forma di testamento olografo<sup>(212)</sup>. Perciò non è contrario ad equità che le dichiarazioni del testatore s'intendano come le intendono tutti gli uomini del suo ambiente, quando lui stesso ha ommesso di esprimersi chiaramente; e sarebbe non giusto il permettere la prova ch'egli ha avuto una volontà diversa, diversa da quella che avrebbero avuto uomini ragionevoli in quella determinata situazione, tanto meno poi in quanto questa prova sarebbe da darsi praticamente dopo

<sup>(211)</sup> Cfr. anche SIBER, *Röm. Recht* II 410.

<sup>(212)</sup> Cfr. i §§ 4 e 21 della legge tedesca del 31-VII-1938 sul testamento, sostituiti ora al § 2231 n.º 2 del C. c. tedesco; l'art. 970 C. c. francese; l'art. 775 C. c. italiano; l'art. 688 C. c. spagnolo; l'art. 505 C. c. svizzero; l'art. 6 della legge greca n.º 3780 del 14-V-1911 sul testamento (ved. KARAKATZANI, *Νεώτεροι άστικοί νόμοι* 3 481); il § 578 C. c. austriaco. Il testamento olografo è ammesso come testamento straordinario secondo la legge svedese del 25-IV-1930 sul testamento, Kap. 2 § 3; è limitato a disposizioni di minore importanza secondo l'art. 982 del C. c. olandese, e l'art. 1651 C. c. brasiliano; è ignoto al diritto norvegese, portoghese ed inglese (cfr. PRINGSHEIM, in HEINSHEIMER, *Zivilgesetze d. Gegenwart* II 648 sg.); esso soggiace alla registrazione secondo l'art. 689 C. c. spagnolo e diventa invalido, se questa non è fatta entro 5 anni.

la morte del testatore. La soluzione contraria importerebbe la protezione non della personalità del testatore, ma piuttosto delle sue debolezze ed aggraverebbe il giudice di ricerche spesso penose ed inutili. Il principio dell'interpretazione tipica ha, per così dire, anche una funzione educatrice rispetto al testatore, inducendolo ad esprimere ben nettamente la sua volontà. La giustificazione di questo principio si trova nel semplice fatto che l'uomo non vive isolato nel mondo come Robinsono Crusoe nella sua isola, ma bensì in una comunità sociale. Queste considerazioni valgono anche per il testamento.

11. - In nessun diritto del mondo era più diffuso il testamento, era più rispettata la volontà del testatore che non nel diritto romano, ed appunto questo diritto sapeva frenare gli eccessi dalla volontà mediante una interpretazione cauta. Senonchè il testamento romano era un atto solenne, sottoposto a forme rigide, corrispondenti alla somma importanza dell'atto, nel quale il testatore ordinava i destini del suo patrimonio per dopo la morte. Questa considerazione porta ad uno sviluppo storico, che, se non può spiegare il sorgere del domma della volontà interna nel diritto posteriore, può facilitare la sua comprensione.

È la degenerazione delle forme testamentarie, la quale, manifestandosi per la prima volta nel fedecommesso e nel codicillo, si compì nel periodo postclassico, ove il codicillo si sostituisce praticamente al testamento. Questo fatto ha portato un giovane scienziato italiano ad esporre recentemente l'idea di una successione codicillare, che è andata collocandosi accanto a quelle del *ius civile* e *praetorium*<sup>(213)</sup>. Questo processo di indipendenza dalle forme nel testamento continua nei diritti

<sup>(213)</sup> SCARLATA FAZIO, *La successione codicillare* (Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della R. Università di Catania, 1939) 195 sg. Sull'evoluzione del testamento e sull'ampliamento di questo nel concetto generale di disposizione di ultima volontà nel diritto comune cfr. BUSSI, *Studi Besta* I 413 sg.

moderni, particolarmente nel diritto tedesco, in particolare per il testamento olografo.

Il testamento come atto formale sarà di regola bene preparato e premeditato. Quando però si può scarabocchiare un testamento valido sul verso d' un biglietto di tram usato, senza aggiungere neppure la data o la firma completa<sup>(214)</sup>, allora si dà corso libero non soltanto a sentimenti momentanei<sup>(215)</sup>, bensì anche ad espressioni indeterminate ed ambigue del testatore<sup>(216)</sup>.

<sup>(214)</sup> Cfr. la legge tedesca sul testamento del 31-VII-1938 § 24/I: " Es ist nicht notwendig, aber rätlich, dass der Erblasser in der Erklärung angibt, zu welcher Zeit (Tag, Monat und Jahr) und an welchem Orte er sie niedergeschrieben hat. III: Die Unterschrift soll den Vornamen und den Familiennamen des Erblassers enthalten. Unterschreibt der Erblasser in anderer Weise, etwa lediglich mit dem Vornamen oder durch Angabe der Familienstellung, und reicht diese Unterzeichnung zur Feststellung der Urheberschaft des Erblassers und der Ernstlichkeit seiner Erklärung aus, so steht eine solche Unterzeichnung der Gültigkeit des Testaments nicht entgegen „.

<sup>(215)</sup> Sappiamo dal fr. 3, 11 D. 34, 4 [sopra n. 46; cfr. anche D. 34, 9, 9 pr., su cui l'ingegnosa osservazione del SOLAZZI, *SDHJ* (1937) 149 sg.; *Studi Mancaloni* 202] che inimicizie sorte fra testatore ed onorato bastavano a revocare il fedecommesso, una massima questa, che fu estesa ai legati per mezzo dell'*exceptio doli*. Cfr. a parte il fr. 3, 11 cit., D. 34, 4, 22 e la buona congettura del BUSELER, *Beiträge* IV 152 *mortem obiit per praeteriit*. Non conosco in nessuna legge moderna una disposizione analoga, secondo la quale il mutarsi dei sentimenti del testatore basta a la revoca del lascito. Ma questa regola, straordinariamente ampia, dovette essere ristretta dall'interpretazione tipica dei classici, che richiedevano *inimicitiae capitales* (D. 34, 4, 3, 11; 34, 9, 9 pr.; nel fr. 22 D. 34, 4 il testatore è *inimicitias gravissimis persecutus*), dissidi dunque che, di regola, si manifestano in certi atti, come già osservava il DERNBURG, *Pandekten*<sup>5</sup> III 215<sup>o</sup> contro il Windscheid. Non bastava mai un mutamento solo interno dei sentimenti del testatore.

<sup>(216)</sup> Nel fr. 69, 1 D. 32 si legge: *non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur*. Il brano è generalmente ritenuto interpolato. Cfr. HIMMELSCHNEIN, *Symbolae Friburg. in hon. O. Lenel* 406 sg. e la letteratura ivi citata. Esso è conforme alla aformalità delle disposizioni di ultima volontà nell'epoca tarda. Nel diritto classico esso potrebbe forse valere per il testamento militare aformale. Questo veniva formandosi dietro pressione di due forze: l'una come l'ARANGIO-RUIZ, *BIDR* 18, 171 sg. ha dimostrato, il diritto provinciale,

La teoria però impone al giudice l'arduo compito di ricavare da tali elementi, con tutti i mezzi possibili, la volontà reale del testatore. Dato che secondo il § 518 C. c. tedesco occorre per la promessa di donare anche una cosa di minimo valore un atto notarile, è una strana sproporzione che un pezzetto di carta, contenente la sola linea: « carissima Maria, ti do x, tuo amico », sia sufficiente a legare un podere<sup>(217)</sup>. Poiché

che influiva sul regolamento del testamento militare, dato che l'esercito romano dell'epoca imperiale si componeva vieppiù di contingenti provinciali; l'altra, come il GUARINO, *Sull'origine del testamento dei militari*, in *Rendiconti Lettere del R. Istituto Lombardo* LXXII 2, p. 4, 9 sg. dell'estr., recentemente ha di nuovo messo in rilievo, la *simplicitas, ignorantia, imperitia* dei militi, che acquistava importanza tanto più crescente quanto più l'esercito romano, reclutato in misura sempre maggiore fra le classi inferiori, andava barbarizzandosi. In questo modo il testamento militare aformale, nel quale *quoque modo testati fuissent (milites), rata esset eorum voluntas ... sufficialeque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris* (D. 29, 1, 1 pr., cfr. anche I. 2, 11 pr.: *quoque enim modo voluntas eius suprema sive scripta inveniatur sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate eius*) diveniva praticamente il testamento degli incolti. Di dette persone si poteva dire che *plerumque abusive loquantur nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur*. Il romano però del buon tempo era una persona auto-responsabile. Egli non aveva bisogno d'essere guidato da un altro che, indagando la sua volontà effettiva, lo aiutasse a chiarire dichiarazioni o comportamenti equivoci, bensì sopportava le conseguenze dell'uso inadatto o inopportuno delle sue dichiarazioni e delle sue azioni. Cfr. anche BERRI, *Dir. rom. I, Parte generale* 256 sg. Da questo punto di vista l'indagine illimitata della volontà interna si presenta sotto un'altra visione: è un fenomeno di decadenza, che presuppone la trasformazione della società dello stato romano da una comunità di uomini auto-responsabili in una massa amorfa di sudditi timidi e incolti, trasformazione che si verifica gradualmente nell'epoca del basso impero.

<sup>(217)</sup> Gli argomenti *pro et contra* rispetto al testamento olografo sono stati discussi coscienziosamente nel Comitato sul diritto ereditario ("Erbrechtsausschuss „) dell'Accademia di diritto tedesco. Cfr. *Das Recht des Testaments*, in *Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht* p. 41 sg. Può ammettersi che la prassi della corte imperiale riguardo a sbagli e difetti nella data del testamento olografo sia stata alquanto formalista, e per non essere frainteso soggiungo che non sono un avversario del testamento olografo, ma bensì della sua aformalità eccessiva. Poiché alla domanda, se un atto quasi privo di ogni forma sia

gli effetti sono in ambedue i casi gli stessi: il nascere d' un credito in favore dell' onorato.

Queste considerazioni forse soccorrono a comprendere meglio lo stato alquanto contraddittorio della nostra questione nel diritto tedesco attuale. Da una parte si dà risalto all'idea della comunità (« Volksgemeinschaft »). A questa corrisponderebbe l'interpretazione tipica della volontà, praticata già dai giuristi romani classici, che avevano realizzato, con istinto sicuro, il principio della socialità del diritto. Dall' altra parte si fa nel testamento un vero culto a un individualismo eccessivo, prendendo le mosse dal punto di vista meramente formale che il testamento, non avendo un destinatario, è un affare privatissimo, nel quale si deve indagare, ad ogni patto, la volontà reale del testatore. Da una parte la corte imperiale utilizza il § 157 C. c. tedesco per introdurre i principii del nazionalsocialismo nel diritto vigente<sup>(218)</sup>, dall' altra favorisce nel testamento e sulla base del § 133 l' individualismo del testatore, imponendo al giudice il compito duro di indagare con massima pazienza ed indulgenza le dichiarazioni del testatore ed anche qualunque altro suo comportamento, anche estraneo al testamento, per ricavare la volontà reale. Pertanto con grande soddisfazione si constata che nelle deliberazioni dell' « Erbrechtsausschuss »

---

adatto a far conscio il testatore che egli s'accinge ad erigere un atto di somma importanza, a mio modesto parere non può darsi che una risposta negativa. Se si vuole riconoscere una tale forma testamentaria, sarebbe forse meglio limitarla, secondo l'esempio del C. c. olandese art. 982, del C. c. brasiliano art. 1651, a disposizioni di minore importanza. Ad ogni modo anche una disposizione analoga a quella del C. c. spagnolo art. 689 (sopra n. 212) che ordina la registrazione del testamento olografo entro un certo periodo a meno che diventi inefficace, sarebbe un miglioramento. Può in fine criticarsi il fatto che il diritto tedesco riconosca accanto al testamento olografo soltanto il testamento giudiziale o notarile, complicato e costoso. Sarebbe forse raccomandabile di creare una seconda forma di testamento privato, per es. il testamento davanti a testimoni.

<sup>(218)</sup> Cfr. le sentenze adottate nel *Kommentar von Reichsgerichtsräten*<sup>9</sup> I p. 336.

dell'Accademia di diritto tedesco, il quale si è occupato della riforma del diritto ereditario, emerge una corrente retrograda. Le direttive pronunciate da questo comitato<sup>(219)</sup>: « Stets aber ist über die Auslegung nach dem Willen oder der Erklärungsbedeutung hinaus danach zu streben, im Rahmen der Erklärung zu einem vernünftigen und billigen Ergebnis zu gelangen. Denn die Regelung des Erbfalls ist nicht persönliche Angelegenheit des einzelnen Erblassers, sondern eine bedeutsame Regelung, die seine Familie, seine Sippe wie die Volksgemeinschaft wesentlich berührt » ci interessano in quanto esse contengono in sostanza il principio dell'interpretazione tipica, praticata già dai giuristi romani classici, il principio dunque d' un diritto, che oggi in Germania è tanto criticato. Forse si potrebbe dire che questo principio è da rigettarsi, perchè è romano, e quindi contrario allo spirito germanico. A ciò si potrebbe ribattere che è anche tedesco, dato che si manifesta, come s'è visto, in reazione al diritto romano appunto nel nostro problema anche in codici tedeschi dell'epoca del diritto naturale. Ma la questione sarebbe erroneamente posta. Non si tratta d' una idea, radicata in una certa nazionalità, bensì d' un principio del « bon sens ». Perciò è anche romano, almeno nell'epoca della fioritura della giurisprudenza romana. Fu abbandonato più tardi nel *Corpus iuris*, per ragioni sinora non chiarite, in favore della concezione della volontà interna. Il diritto comune, e particolarmente la dottrina pandettistica tedesca del XIX secolo, accolse questo concetto del diritto giustiniano con cieca fede nel *Corpus iuris*. La moderna teoria tedesca non è ancora riuscita a distaccarsene completamente. Tuttavia nella letteratura recentissima si trova qualche spunto per un orientamento nuovo e più giusto.

---

<sup>(219)</sup> Cfr. op. cit. 106 sg.

\*  
\* \*

Prendendo le mosse da una indagine storica circa un singolo problema del diritto romano, siamo pervenuti ad una questione di carattere generale ed importante anche per il diritto moderno. Inoltre questa indagine ci ha fornito punti di vista per vagliare criticamente le soluzioni concrete, che codeste questioni hanno trovate in codici moderni.

Lo studio del diritto romano oggi è in una crisi, in parte dovuta all'attenuarsi di una coscienza collettiva europea, che era la base dell'affermarsi di questo diritto in quasi tutta l'Europa — e non c'è nessuno che possa negare quanto ha contribuito sotto questo aspetto deleterio la guerra mondiale —, in parte attribuibile a noi romanisti, perchè ci siamo rinchiusi nella stretta cerchia delle indagini esclusivamente storiche ed abbiamo così scritto per i romanisti competenti, piuttostochè per tutti i giuristi. Abbiamo dimenticato che l'importanza del diritto romano, in virtù della quale esso è diventato la base d'una scienza giuridica europea, fu quella di essere applicato in pratica <sup>(220)</sup>. A questa tradizione, nota nella nostra scienza sotto la denominazione « mos italicus » e ripresa della scuola storica tedesca, dobbiamo ricollegarci, non per ripristinare il diritto pandettistico e la sua dottrina <sup>(221)</sup>, non per combattere gli studi storici di diritto di cui abbiamo bisogno più che mai, ma bensì per una sintesi storico-domatica, determinata dalle

<sup>(220)</sup> Cfr. KOSCHAKER, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*.

<sup>(221)</sup> Spero che appunto questo articolo ne faccia prova. Il WIRACKER, *Die Stellung des römischen Rechts in der heutigen Rechtsentwicklung*, in *Zeitschr. d. Akademie für deutsches Recht* (1939) 403 sg., ha inteso male il motto "zurück zu Savigny", pronunziato nel mio scritto sumenzionato. Cfr. anche SCHÖNBAUER, *Festschrift für Koschaker* II 389 ed ora KOSCHAKER, *Die Krise des römischen Rechts*, in *Geistige Arbeit* VI n.º 8 del 2 aprile 1939.

esigenze del nostro stesso tempo. Certo il diritto romano non è più diritto vigente, nè si cerca di tentare di rimetterlo in vigore. Ma vi sono nelle fonti d'una storia millenare innumerevoli punti di vista, altamente istruttivi per il diritto moderno.

L'alienazione della cosa legata è un caso concreto, e nemmeno importante, che io ho voluto presentare per dimostrare ciò. Senonchè non importa il caso singolo, bensì il metodo. Può darsi che questo metodo sia discutibile, anche falso. Allora altri lo facciano meglio, perchè non può mettersi in dubbio l'importanza dello scopo: l'attualizzarsi del diritto romano.

## APPENDICE I.

(ad p. 112 n. 78)

D. 31, 22 (Celsus lib. 21 digestorum): *Lucius Titius in testamento suo Publio Maevio militiam* <sup>(222)</sup> *suam reliquit (sive pecuniam [eius] <sup>(223)</sup>, quaecumque redigi ex venditione eius potuerit,) cum suis commodis: sed cum supervixit testamento Lucius Titius, militiam <sup>(222)</sup> vendidit et pretium [exegit et] <sup>(224)</sup> dedit <illi> [ei, cui illam militiam (vel pretium eius) testamento dari voluerit] <sup>(225)</sup>: post mortem Lucii Titii iterum Publius Maevius [(vel) militiam (vel) pretium [eius]] <sup>(226)</sup> ab heredibus Lucii Titii exigebat. Celsus: existimo pretium militiae <sup>(222)</sup> praestari non oportere, [[nisi legatarius ostenderit testatorem et post factam solutionem iterum eum pretium militiae accipere voluisse. quod si non totum pretium militiae, sed partem vivus testator legatario dedit, reliqui superesse exactionem, nisi heres et ab hoc decessisse testatorem ostenderit.]] [onus enim probandi mutatam esse defuncti voluntatem ad eum pertinet, qui fideicommissum recusat].*

Il frammento si riferiva nel testo originario al fedecommesso, di cui Celso trattava nel libro 21 dei *digesta* <sup>(227)</sup>. Lo stesso risulta dal verbo *relinquere*, tecnico per il fedecommesso, e non meno dall'ultima frase, dove si parla di colui, " *qui fideicommissum recusat* ". Pur essendo una

<sup>(222)</sup> Il MARCHI, *Arch. giur.* 76, 300 sg. ha reso probabile il sospettare il termine generalizzante " *militia* ", come di fattura bizantina. Può darsi dunque che l'ufficio concreto, per es. *decuria*, *apparitio*, fosse menzionato nel testo originale. Cfr. anche KRELLER, *Z. Sav.-St.* 59, 662<sup>3</sup>.

<sup>(223)</sup> Secondo il KRELLER, op. cit. 662<sup>4</sup> si tratta del resto d'un glossema (*id est pretium*) eius.

<sup>(224)</sup> Glossa secondo il KRELLER, op. cit. 663<sup>2</sup>.

<sup>(225)</sup> Il KRELLER, op. cit. 663<sup>3</sup> restituisce *illi*, a cui s'aggiunse poi una glossa (*id est*) ei, cui testator — voluerit.

<sup>(226)</sup> Cfr. n. 234.

<sup>(227)</sup> LENEL, *Celsus* 181 sg.

glossa, come vedremo ancora, detta frase prova che il frammento si riferiva originariamente al fedecommesso. Ne segue che non posso aderire alla ricostruzione del frammento, recentemente proposta dal Kreller <sup>(228)</sup>. L'illustre romanista di Tubinga ritiene che Celso si sia occupato non del fedecommesso, ma bensì d'un legato *per damnationem*, combinato con un fedecommesso, e ricostruisce quindi la seguente fattispecie: *Lucius Titius ... militiam suam <ita> reliquit: <quisquis mihi heres erit, damnas esto dare fideique eius committo, uti det decuriam (?) meam> sive pecuniam* rell. Il caso, presentato a Celso, avrebbe dunque contenuto una questione intorno ad un legato e soltanto in seconda linea avrebbe toccato il fedecommesso. Per quanto disposizioni testamentarie come quella, che il Kreller propone, siano frequenti, e per quanto qualche volta sia necessario supporre un rimaneggiamento anche della fattispecie, ciò che è indispensabile per supporre una tale alterazione del testo è un motivo concreto. Io non ne vedo nessuno. In ogni caso, prima di ammettere una trasformazione così radicale del testo, sarebbe stato prudente tentare una spiegazione del frammento sulla base del fedecommesso. Si vedrà più innanzi che l'ipotesi del Kreller urta contro serie difficoltà.

Per ora m'è tanto più gradito l'essere d'accordo col Kreller in un altro punto. Il Marchi <sup>(229)</sup>, seguito da Albertario <sup>(230)</sup>, Sanfilippo <sup>(231)</sup>, Solazzi <sup>(232)</sup>, ha ritenuto, appoggiandosi sulla tendenza dei bizantini di considerare il legato di *militia* come un lascito di denaro, che le parole rinchiuse in parentesi rotonde siano interpolate. Si avrebbe dunque un semplice fedecommesso di *militia*, che sarebbe stato revocato per mezzo di alienazione dell'oggetto legato. Ma questo Celso non lo dice. Per lui il fedecommesso è estinto, perchè il testatore in vita ha donato all'onorato il prezzo ricavato dalla vendita della *militia* e perchè è da supporre tipicamente che il testatore non abbia voluto dare il prezzo a titolo gratuito due volte <sup>(233)</sup>. Per pensare a ciò, occorre asserire l'esistenza di un fede-

<sup>(228)</sup> KRELLER, *Z. Sav.-St.* 59, 662 sg.

<sup>(229)</sup> MARCHI, *Arch. giur.* 76, 321 sg.

<sup>(230)</sup> ALBERTARIO, *Studi nelle scienze giuridiche e sociali* V 17 sg. (estr.).

<sup>(231)</sup> SANFILIPPO, *Studi sull'eredità* I, in *Annali Palermo* XVII 104.

<sup>(232)</sup> SOLAZZI, *Studi Mancaloni* 187 sg.

<sup>(233)</sup> Cfr. anche BIONDI, *Corso* I<sup>2</sup> 364 sg., e C. 6, 37, 11 (Alexander A. Albiniano): *Filia legatorum non habet actionem, si ea, quae ei testamento reliquit, pater vivus postea in dotem dedit*. La soluzione pel legato non poteva essere sostanzialmente diversa, salvo che il mezzo processuale per



compresso di *militia* e, come dice lo stesso testo, eventualmente, cioè nell'ipotesi che il testatore in vita abbia venduto questa, di un altro del prezzo ricavato. Dopo essersi verificata la condizione, non rimane più che il fedecommesso del prezzo<sup>(234)</sup>, dunque della *certa pecunia*. Questo fatto osta all'ipotesi del Kreller che Celso discutesse dell'*actio incerti ex testamento* coll'*intentio* " *quidquid heredem ex testamento facere oportet* „<sup>(235)</sup>. Questa non potrebbe essere giustificata dal fatto che il legatario non sapeva l'ammontare del prezzo, essendo ciò escluso, almeno al momento dell'esperimento dell'azione, dalle parole *iterum... exigebat*. Riassumendo, si può dire che il caso del nostro frammento non ha niente a che vedere coll'alienazione dell'oggetto legato<sup>(236)</sup>.

Si noti che anche in questo frammento si trovano glosse successive o glosse e interpolazioni. Quelle (in parentesi quadre doppie) che, introducendo l'elemento della volontà interna, sono evidentemente di data posteriore, parlano, molto caratteristicamente, di legatario, presupponendo così l'*exaequatio* dei legati e dei fedecommessi. La frase finale invece parla di taluno, *qui fideicommissum recusat*, ed adopera la formula classica della *mutata voluntas* del testatore. Ne segue che l'ultimo squarcio non può essere stato scritto da chi scrisse le frasi precedenti<sup>(237)</sup>. Tutto ciò fa presumere uno spostamento della frase finale. Se

eseguirlo doveva essere l'*exceptio doli*, ed a questo riguardo il Kreller fa correttamente dire a Celso: *pretium militiae (ex testamento) praestari oportere, (sed heredibus exceptionem doli utilem fore)* rell. Ma per il fedecommesso la frase tramandata " *pretium militiae praestari non oportere* „ è giustissima.

<sup>(234)</sup> Quindi Celso non poteva scrivere: *iterum Publius Maevius [vel militiam vel] pretium [eius] ... exigebat*, perchè *iterum* concorda soltanto con *pretium*.

Le parole in parentesi quadre rimontano ad un glossatore, che non capiva la situazione. Così anche il KRELLER, op. cit. 663<sup>4</sup>.

<sup>(235)</sup> LÖNNEL, *Edictum perp.*<sup>3</sup> 367 sg.

<sup>(236)</sup> Diversamente ARNÒ, op. cit. 11 sg.

<sup>(237)</sup> Contra KRELLER, op. cit. 663 sg. Ritornerei più innanzi sulla sua argomentazione. È d'uopo di rilevare fin da ora che Celso non poteva scrivere, nè pel legato nè pel fedecommesso: *praestari non oportere, [nisi legatarius — voluisse]*, perchè, secondo quanto abbiamo esposto, per lui il caso era deciso colla revoca del fedecommesso risultante tipicamente dalla donazione del prezzo legato all'onorato, e non poteva pertanto ammettersi la controprova derivata meramente dalla volontà interna del testatore, concetto ignoto ai classici.

la congiungiamo colla decisione di Celso: " *existimo — praestari non oportere* „, la cosa diventa più chiara. Un glossatore, che ebbe davanti a sé ancora il testo originale e quindi seppe che Celso trattava del fedecommesso, trovò a ragione la base della decisione di Celso nella *mutata voluntas* del testatore. Egli aggiunse, dunque, una glossa chiarificatrice e generalizzatrice<sup>(238)</sup>, cioè che l'*onus probandi* incombe a colui, *qui fideicommissum recusat*, inquantochè deve provare la donazione del testatore come manifestazione della *mutata voluntas*. Questo è, secondo quanto a me sembra, il senso delle parole " *onus probandi mutatam esse defuncti voluntatem* „, e non l'altro che l'erede debba provare, oltre la donazione, anche la mutata volontà interna del testatore, come sostiene il Biondi<sup>(239)</sup>. Si vede dunque che il glossatore si tiene ancora nell'ambito del pensiero classico. Questo invece è abbandonato nelle glosse o interpolazioni indicate da parentesi quadre doppie. Qui si rivela la nuova dottrina della volontà interna. La donazione, fatta dal testatore in vita all'onorato, è divenuta una presunzione di revoca aperta alla prova contraria da parte dell'onorato stesso. Ma vi è di più. Se il testatore ha donato all'onorato una parte del prezzo, sarebbe stato logico, dal punto di vista della nuova dottrina, di sostenere: presunzione di revoca per la parte pagata, validità del lascito per l'altra. Senonchè con esagerazione smisurata si ammette anche per questa parte la prova della volontà contraria del testatore<sup>(240)</sup> senza curarsi del contenuto della sua dichiarazione. Ecco la teoria della volontà interna " à l'outrance „. La dichiarazione del testatore è completamente negletta. Ciò che importa è soltanto la volontà senza riguardo alla sua manifestazione: Può darsi che Celso abbia scritto: *quodsi non totum pretium militiae, sed partem vivus testator [legatario] (fideicommissario) dedit, reliqui superesse exactionem*. Osta però a questa ricostruzione il fatto che il caso esce dall'ambito della questione presentata al giurista, ed è irrilevante per la soluzione di quella. I compilatori l'aggiunsero, volendo dare, per quanto era possibile, un regolamento esauriente. Si capisce anche perchè, dopo aver inserito la dottrina

<sup>(238)</sup> Cfr. *qui fideicommissum recusat*, mentre la fattispecie parla di *heredes*.

<sup>(239)</sup> BIONDI, *Corso* I<sup>2</sup> 359.

<sup>(240)</sup> Potrebbe supporre che il testatore, pagando una parte del prezzo, volesse contentare l'onorato e così revocare tutto il lascito. Ma di una tale intenzione del testatore non è fatta parola, ed un giurista classico avrebbe richiesto una pur modesta manifestazione di questa volontà.

del loro tempo, collocassero la glossa " *onus — recusat* „, che avevano trovato nel testo usato da loro, alla fine<sup>(241)</sup>. Essa conteneva una regola generale, applicabile anche alle ipotesi da loro aggiunte. Nelle frasi, che vanno a loro attribuite, hanno usato " *legatarius* „, ma non hanno esitato a lasciar stare " *fideicommissum recusat* „, trovato nella glossa anteriore, perchè valeva per loro la massima che tra legato e fedecommesso " *nominis tantum sonus differt* „.

Ecco l'interpretazione del frammento, che ritengo probabile. Io la contrappongo a quella del Kreller. Anche per questi la frase finale non può riferirsi al legato. Ma dominato dal preconetto che Celso trattava del legato, cioè dell' *actio incerti ex testamento*, nonchè del fedecommesso, il Kreller ricostruisce l'ultima parte del frammento nel modo seguente: *quod si non totum pretium militiae, sed partem vivus testator legatario dedit, (incertum ex testamento petentem nihil dolo facere nec non ex fideicommissis) reliqui superesse exactionem, nisi heres et ab hoc (= fideicommissis reliqui) decessisse testatorem ostenderit. onus enim* rell. Egli opina che nell' *actio incerti ex testamento* l'*exceptio doli* sia superflua per effettuare la revoca parziale, perchè il giudice, sulla base dell' *intentio* " *quidquid dare facere ex testamento oportet* „, non poteva condannare l'erede che alla differenza fra la somma legata e quella pagata all'onorato dal testatore. Dato, ma non concesso (ved. sopra p. 166), che trattasi dell' *actio incerti*, è palese che il Kreller cade nell'errore di confondere l' *intentio incerta* con quella *bonae fidei*. Il Kreller converrà che sulla base del suo ragionamento il giudice, nell'ipotesi di pagamento dell'intera somma, doveva assolvere il convenuto. Ma allora l'*exceptio doli* nell' *actio incerti ex testamento* sarebbe stata sempre superflua per far valere la revoca del legato, risultato evidentemente impossibile e nettamente contraddetto da Gai. II 198 (sopra n. 31).

È vero che la questione di revoca totale in virtù d'un pagamento parziale non si presentava nel legato, ma non per ragioni processuali come il Kreller crede. Queste, al contrario, avrebbero condotto al pieno rigetto dell' *actio ex testamento*, se si nega per l'*exceptio* l'efficacia diminutiva rispetto alla *condemnatio*<sup>(242)</sup>. La questione di revoca totale

(241) A questo proposito sostituirono forse a " *autem* „ originale " *enim* „, per congiungere meglio la glossa con ciò, che precedeva.

(242) Cfr. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* 152<sup>59</sup> e la letteratura ivi citata. Cfr. D. 30, 8 pr. (Pomp. lib. 2 ad Sab.): *Si ex toto*

non si poneva, perchè poteva sorgere soltanto sulla base della volontà interna, distaccata dalla sua manifestazione, concetto ignoto al diritto classico. Ma per la medesima ragione, e diversamente da quello che il Kreller sostiene, non poteva presentarsi neanche nel fedecommesso. L'interpolazione della frase " *nisi heres — ostenderit* „ è quindi sicurissima. La sola differenza era che nel processo straordinario, nel quale si faceva valere la *petitio fideicommissaria*, la condanna alla differenza era fuori discussione.

---

*fundo legato testator partem alienasset, reliquam dumtaxat partem debere placet.* Se Pomponio, come è probabile e come SANFILIPPO, op. cit. 113 e SOLAZZI, op. cit. 193 affermano, parlava nell'originale dell'*exceptio doli*, avremmo una prova per l'efficacia diminutiva dell'*exceptio*.

## APPENDICE II.

(ad p. 120 n. 104)

L'ipotesi che il testatore abbia riacquistato la cosa legata ed alienata, è menzionata nel Digesto in parecchi passi, che sembrano essere fra loro in contrasto. Uno, D. 34, 4, 15, che nega la riviviscenza del legato, è stato discusso sopra p. 103 n. 46. Opposta è la decisione di Celso, l. 9 (recto 19, cfr. Lenel, *Celsus* 159) digestorum in D. 32, 79, 3: *Servus quoque legatus, si interim manumittatur et postea servus factus sit, peti potest*. La decisione sarebbe senz'altro comprensibile pel legato *per vindicationem*, dato che questo legato richiedeva la proprietà del testatore *utroque tempore*, cioè al momento della confezione del testamento come a quello della morte del testatore, ma non nel tempo intermedio. Senonché non è sicuro che Celso trattasse di questo legato, perchè nel paragrafo precedente parla d'un legato, che "*debetur*". Se supponiamo un legato *per damnationem*, vale ciò che abbiamo esposto circa il fr. 15 D. 34, 4, cioè il legato rimaneva valido secondo il diritto civile ed era soltanto paralizzabile mediante l'*exceptio doli*. Il giurista doveva discutere se l'*exceptio doli* era da accordarsi nell'ipotesi del riacquisto della cosa legata. Il frammento, però, ne tace. È quindi possibile che si tratti di un sunto, che, fra l'altro, omette di dire che il servo è rientrato nel patrimonio del testatore. Dato ciò, potrebbe darsi che la decisione di Celso fosse invertita.

Molto difficile è il fr. 27 D. 34, 4 (Paul. lib. 21 quaest.): *Serv[us] <o> legat[us] <o et> [est et ei aliquid. si] alienato [eo adimatur quod ei] <si> legatum [est] <adimatur>, valet ademptio, quia [et] legatum potest procedere, [si redimatur]. § 1: Servo legato et inter vivos manumisso si legatum adimatur, nullius momenti ademptio est: [igitur legatum, quod ipsi datum est, capiet]. nam etsi rursus in servitutem ceciderit, non tamen legatum eius resuscitabitur: novus enim videtur homo esse*. Gli ultimi interpreti di questo frammento, tanto il Beseler<sup>(243)</sup> quanto

<sup>(243)</sup> BESELER, *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen* III 108, V 16.

il Boháček<sup>(244)</sup> sono concordi nel sostenere che il frammento ha subito alterazioni profonde. La ricostruzione del Boháček è indicata dalle parentesi, poste nel testo. Il Beseler dichiara il proemio interamente spurio e, espungendo il brano [*igitur — capiet*], emenda l'ultima frase: *nam si ... ceciderit, [...] novus [enim] videtur homo esse*.

A prima vista il frammento fa l'impressione che si tratti di vedere, se l'*ademptio* fatta esplicitamente dal testatore sia efficace. Ma la questione sembra essere assurda, perchè il testatore può revocare quando vuole un legato mediante dichiarazione nel testamento o in un codicillo confermato. Questa obbiezione è rimossa dalla ricostruzione del Boháček, secondo la quale Paolo avrebbe trattato dell'*ademptio* del legato d'un servo, che il testatore poi ha alienato o manomesso. L'*ademptio* è efficace nella prima ipotesi, perchè il legato, sebbene revocato mediante l'alienazione e paralizzabile per mezzo dell'*exceptio doli*, resta valido secondo il diritto civile<sup>(245)</sup>. Essa è inefficace nel caso di manomissione del servo legato, perchè il legato, il cui adempimento è divenuto impossibile in virtù della manomissione, si è estinto e l'*ademptio* non trova più un oggetto. Ma, a parte che la questione posta dal giurista sarebbe un pò banale, la ricostruzione del Boháček non dà una risposta alla domanda, perchè un glossatore o i compilatori hanno alterato la fattispecie, inserendo un altro legato (II) in favore del servo legato.

È mio proposito il tentare una spiegazione sulla base della fattispecie così come è stata tramandata. Il legato al proprio servo è invalido, se questo allo stesso tempo non è manomesso "*testamento*", o legato ad un altro (legato I)<sup>(246)</sup>. Il legato I doveva essere un *legatum per vindi-*

<sup>(244)</sup> BOHÁČEK, *Ademptio legati* (1925) 110 sg. (in ceco). L'autore con amabile cortesia mi ha tradotto le pagine rispettive e così mi ha reso possibile di utilizzare il contributo pregevole da lui apportato.

<sup>(245)</sup> Ma è "*legatum potest procedere*", una adeguata espressione per questo? *Procedere* nel senso di "restar valido", è insolito. D'altro lato è *procedere* una parola frequentemente usata da Giustiniano (cfr. il vocabolario del LONGO, *BIDR* X sub voce) e serve anche a designare uno stato. Cfr. C. 4, 32, 27, 1: *cursum insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus*; C. 4, 38, 15, 1: *cum huiusmodi conventis ... procedat*; C. 6, 50, 18, 1: *cum mortis causa donatio procedat*; C. 3, 47, 10, 1a: *Papiniani sententia in hac specie procedat*.

<sup>(246)</sup> Cfr. C. 6, 37, 4 e LAMBERT, *La règle Catonienne* 170 sg. Era però permesso di dare la libertà in un codicillo confermato posteriormente: D. 29, 7, 8, 5.

ationem<sup>(247)</sup>, il che può desumersi dal fr. 69 pr. D. 30<sup>(248)</sup>. Nell'ipotesi di legato d'obbligazione il servo sarebbe caduto nella proprietà dell'erede fino al *dies veniens*, e l'erede avrebbe acquistato il legato dato al servo<sup>(249)</sup>. Il differire il *dies cedens* del legato II al momento del *dies veniens*, il che i giuristi ammettevano per evitare tale conseguenza<sup>(250)</sup>, non avrebbe avuto senso, perchè nell'ipotesi d'un *legatum per damnationem* anche al *dies veniens* il legatario non avrebbe potuto acquistare che un credito contro l'erede e non la proprietà del servo legatogli.

Nel fr. 27 pr. D. 34, 4 si tratta d'un legato a favore del servo del testatore (legato II), che da parte sua è legato — come ora sappiamo *per vindicationem* — ad un altro (legato I). Alienato il servo, il legato I s'estingue perchè manca la proprietà del testatore al tempo di sua morte. Potrebbe dunque dubitarsi della validità del legato II, perchè manca la sua base, il legato I. Senonchè il legato II rimane valido, e può quindi essere revocato, perchè passa all'acquirente del servo<sup>(251)</sup>. Questa è la ragione della decisione del giurista: *valet ademptio*, e non ciò che leggiamo ora nel frammento: *quia et legatum potest procedere, si redimatur*. Questa motivazione è falsa, perchè la possibilità che il servo alienato rientri nel patrimonio del testatore, può tutt'al più produrre uno stato di pendenza rispetto al legato II e mai l'incondizionato perdurare di questo. Il brano è quindi la nota d'un glossatore, che non capiva la decisione del giurista classico, ma sapeva che il *legatum* ridiventa valido nell'ipotesi del riacquisto della cosa legata.

Il fr. 27, 1 fa dubitare della fattispecie. *Servo legato et inter vivos manumisso si legatum adimatur* potrebbe intendersi nel senso d'un le-

<sup>(247)</sup> Cfr. VOCI, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano* 35, 68 sg.

<sup>(248)</sup> D. 30, 69 pr. (Gai. lib. 2 de legatis ad ed. praet.): *Servo legato legari posse receptum est, quod adita hereditate statim servus adquiritur legatario, deinde sequetur legatum.*

<sup>(249)</sup> Cfr. anche D. 36, 2, 5, 7 (Ulp. lib. 20 ad Sab.): *Si, cum dies legati cedere inciperet, alieni quis iuris est, deberi his legatum, quorum iuri fuit subiectus. et ideo si purum legatum fuerit et post diem legati cedentem liber factus est, apud dominum legatum relinquet.*

<sup>(250)</sup> D. 36, 2, 17 (Jul. lib. 36 digest.): *Cum legato (per vindicationem) servo aliquid legatur, dies eius legati quod servo datur non mortis tempore, sed aditae hereditatis cedit* (ritenuto genuino anche dal BESELER, *Z. Sav.-St.* 56, 40). Cfr. anche VOCI, op. cit. 74 e D. 36, 2, 7, 6. 8.

<sup>(251)</sup> D. 30, 91, 3 (Jul. lib. 36 digest.): *Servo legato legatum datum est: si alienatus a testatore fuisset, legatum ad emptorem pertinebit.*

*gatum servi* (I), a cui è dato un altro legato (II). Secondo quanto abbiamo esposto, il legato II sarebbe valido, e quindi non vi sarebbe nessun ostacolo che il servo, divenuto libero, l'acquisti<sup>(252)</sup>. Ciò è detto nel brano: *igitur legatum quod ipsi datum est, capiet*<sup>(253)</sup>. Ma allora sarebbe incomprensibile la decisione di Paolo: *nullius momenti ademptio est*, perchè un legato può esser revocato. Queste considerazioni c'impongono di tentare un'altra interpretazione della fattispecie, e cioè legato al proprio servo (II), che è subito manomesso *inter vivos*. È vero che la costruzione grammaticale è un pò dura. *Legatum servo datum si inter vivos manumisso adimatur* sarebbe forse più chiaro. Ma questi dubbi devono cedere, se riusciamo a spiegare il frammento e a rimuovere la difficoltà della sua interpretazione. Si tratterebbe d'un legato al proprio servo. Non essendo questo al momento della confezione del testamento nè manomesso nè legato *per vindicationem* ad un altro, il legato II sarebbe invalido e secondo la regola Catoniana rimarrebbe tale, benchè il servo, divenuto libero, potesse acquistarlo. L'*ademptio* del legato II dunque non avrebbe più un oggetto e sarebbe quindi *nullius momenti*. Ne segue che il brano "*igitur — capiet* „, che afferma il contrario, è spurio; probabilmente una glossa di chi non capì la regola Catoniana e fraintese la fattispecie. Ma è spuria anche la frase finale, che stranamente afferma il contrario di quanto si è detto nel proemio<sup>(254)</sup>. L'argomentazione è poco convincente. È vero che il servo, divenuto libero, ha cambiato la sua personalità. Ma ridivenuto servo, egli è lo stesso servo, perchè i servi non hanno nessuna personalità. Per la stessa ragione si potrebbe dire che la cosa alienata e rientrata nel patrimonio dell'alie-

<sup>(252)</sup> Il caso sarebbe analogo a quello riferito nel fr. 91, 5 D. 30: *Si quis Stichum legaverit et eundem alienaverit vel manumiserit, deinde codicillis eidem legatum dederit, legatum vel manumisso vel emptori debebitur.*

<sup>(253)</sup> Paolo discuteva nel lib. 27 quaestiones la *lex Julia et Papia*. Cfr. LENEL, *Paul.* 1410. Secondo il Lenel il frammento si riferiva al problema se i *legata adempta* fossero da ascrivere ai *pro non scriptis* nella materia di accrescimento regolata da queste leggi. Cfr. GIRARD, *Manuel de droit romain*<sup>8</sup> 986 sg. Forse il verbo *capere*, usato in questo brano, è da spiegarsi con questa connessione che, del resto, non può ricostruirsi nei particolari.

<sup>(254)</sup> Può darsi che il rimaneggiamento del testo sia più esteso. La sua dizione, da cui il pensiero classico si ricava con fatica, è straordinariamente concisa, cosicché essa fu fraintesa già da antichi glossatori. Sarebbe da presumersi che Paolo si fosse espresso in modo più chiaro. Potrebbe quindi essere possibile che l'intero frammento sia un sunto, che ha riaccolto l'esposizione del giurista ed a cui si sono aggiunte glosse posteriori.

nante è un'altra, perchè si tratta d'una nuova proprietà. Ma è interessante notare che l'autore dell'ultima frase è più vicino al pensiero del giurista classico. Egli sente ancora che per la validità del legato II occorre che il servo sia legato *per vindicationem* ad un altro. Ma Paolo insegnava che il legato II è definitivamente invalido secondo la regola Catoniana. Per motivare ciò il glossatore aggiunge che il legato I, richiesto per la validità del legato II, non rivive, ancorchè il servo sia stato legato, poi manomesso ed infine sia rientrato nel patrimonio del testatore. Ne segue che la glossa precedente "*igitur — capiet*", che fraintende la fattispecie affermando l'esistenza del legato I, è più recente.

La nostra esegesi del fr. 27 D. 34, 4 è divenuta lunga, ma forse ha avuto un risultato di qualche importanza, e cioè che la massima che il legato rivive, quando la cosa legata è riacquistata dal testatore, era nel diritto romano classico ristretta al legato *per vindicationem*. Questo si spiega. Nel legato di obbligazione e nel fedecommesso la stessa fattispecie avrebbe significato indagare la volontà del testatore. Il legato *per vindicationem*, essendo il più antico, soggiaceva a regole più rigide e più formali, e così anche il nostro caso veniva risolto sulla base d'un principio formale e meccanico, cioè del requisito della proprietà del testatore *utroque tempore*.

Questo risultato ci fornisce anche un punto di vista per criticare quelle legislazioni moderne, che hanno adottato questo principio.

## APPENDICE III.

(ad p. 155 n. 210)

Non ho l'intenzione di trattare ampiamente la dottrina dei giuristi classici circa l'interpretazione delle dichiarazioni di ultima volontà, nemmeno quella dei legati, e ciò in particolare perchè il materiale su questi è stato discusso di recente dal Maschi nel suo libro "Studi sull'interpretazione dei legati", libro i cui meriti riconosco tanto più volentieri in quanto dissento su punti essenziali. Senonchè sarà forse utile il raccogliere alcuni passi, dai quali possono desumersi le dispute fra i giuristi romani.

La questione, su cui vorrei richiamare l'attenzione del lettore, è quella di vedere in che limiti si possa tener conto delle abitudini personali del testatore nell'interpretazione dei legati. Contro l'opinione radicale di Tuberone, che permetteva di valersi di qualunque veduta personale del testatore<sup>(255)</sup>, prevaleva quella di Servio, approvata da Celso, e cioè che, come sappiamo dal famoso fr. 7, 2 D. 33, 10, era permesso il prendere in considerazione il linguaggio personale del testatore, purchè si rimanesse entro i limiti della specie, a cui la cosa legata apparteneva<sup>(256)</sup>. Questo è confermato da altri frammenti.

<sup>(255)</sup> Cfr. anche D. 34, 2, 32, 1, rispetto al *legatum auri*: *Tubero autem, quod testator auri numero habuisset, legatum deberi ait: [alioquin aurata et inclusa vasa (vasis: Mommsen) alterius materiae auri numero non habenda]*. La chiusa, diffettosa nella forma e in contraddizione con quanto è scritto innanzi, là dove "*emblemata aurea in absidibus argenteis*", sono attribuiti all'*aurum*, è probabilmente una glossa.

<sup>(256)</sup> D. 33, 10, 7, 2 (Celsus lib. 19 digest.): *Servius fatetur sententiam eius qui legaverit aspici oportere, in quam rationem ea solitus sit referre: verum si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent, ut puta escarium argentum aut paenulas et togas, supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere supellectili legata ea quoque contineri*. Il frammento è incontestatamente genuino. Cfr. gli autori citati dall'*HIMMELSCHWAIN*, in *Symb. Frib. in hon. O. Lenel* 399 sg.

D. 34, 2, 32, 2 (Paul. lib. 2 ad Vitell.): *Argento pоторio vel escario legato in his, quae dubium est cuius generis sint, consuetudinem patris familias spectandam, non etiam in his, quae certum est eius generis non esse.*

D. 33, 10, 10 (Javol. lib. 3 ex poster. Lab.): *Qui vestem omnem et res plurium generum supellectilis expenso ferre solitus erat, is uxori supellectilem legaverat. recte negabant vestem legato cessuram Labeo, Ofilius, Cascellius, quia non posset videri vestis appellatione supellectilis contineri* <sup>(257)</sup>.

Nel fr. 9 pr. D. 33, 6 Ulpiano discute il *legatum vini* e determina il suo contenuto secondo criteri oggettivi e tipici, val a dire egli dichiara che certi prodotti della viticoltura cadono sotto la denominazione "vinum", ed altri no. Nel brano finale però fa capolino un punto di vista soggettivo: *haec omnia ita demum vini nomine non continentur, si modo vini numero a testatore non sunt habita: alioquin Sabinus scribit omnia vini appellatione contineri, quae vini numero pater familias habuit: igitur et acetum, quod vini numero pater familias habuit, et zythum et camum et cetera, quae pro hominum affectione et usu vini numero habebuntur.* Il Donatuti <sup>(258)</sup> ha ravvisato l'interpolazione o, forse meglio, la glossa <sup>(259)</sup>, ed infatti Ulpiano non poteva contraddirsi in modo tale. Nondimeno la glossa può contenere un nocciolo genuino, inquantochè Ulpiano riferiva probabilmente opinioni diverse e fra queste quella di Tuberone <sup>(260)</sup>. Ma non potrei garantire per l'autenticità dell'opinione di Sabino <sup>(261)</sup>.

Anche l'ultima frase, nella quale appare all'improvviso accanto ad un criterio oggettivo un altro soggettivo, può appartenere, in sostanza, ad Ulpiano, per il fatto che si osserva che il senso della denominazione

<sup>(257)</sup> Non vedo perchè sia da cancellare col DULCKERT, *Erblosserwille und Erwerbswille bei Antretung der Erbschaft* 188<sup>3</sup> "recte". I compilatori, seguaci dell'interpretazione soggettiva illimitata, non avrebbero avuto nessun motivo di approvare una opinione, a cui non aderivano. Cfr. anche D. 30, 4 pr. (Ulp. lib. 5 ad Sab.): "... quod si quis, cum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit vestem non deberi, dove il BESELER, *Z. Sav.-St.* 43, 415 ed il DONATUTI, *Studi Perozzi* 313 sg. suppongono che Ulpiano menzionasse l'opinione contraria di Tuberone.

<sup>(258)</sup> DONATUTI, *BIDR XXXIV* 211 sg.

<sup>(259)</sup> Essa può riconoscersi da "haec omnia ita demum",

<sup>(260)</sup> Cfr. MASCHI, op. cit. 94 sg.

<sup>(261)</sup> Contra RICCOBONO, *Mélanges Cornil* II 361<sup>4</sup>.

vino può essere vario secondo i costumi locali, come può variare secondo i tempi <sup>(262)</sup>. Un glossatore ha raccorciato la relazione di Ulpiano e ne ha fatto il guazzabuglio, che ora leggiamo nel Digesto.

Lo stesso vale per i fr. 18, 3 e 25, 1 D. 33, 7. Nel secondo (Javol. lib. 2 ex posterioribus Labeonis) è discusso il caso di un testatore che, solito ad impiegare i figoli-schiavi del suo fondo, per la maggior parte dell'anno, a lavori agricoli, aveva legato l'*instrumentum fundi*: *Labeo, Trebatius non videri figulos in instrumento fundi esse.* È un'interpretazione strettamente oggettiva, che non prende in considerazione le abitudini del testatore. Anche nel fr. 18, 3 Paolo determina secondo criteri oggettivi il contenuto d'un *legatum instrumenti*, aggiungendo: *optimum ergo esse Pedius ait, non propriam verborum significationem scrutari, sed in primis quid testator demonstrare voluerit, deinde in qua praesumptione sunt qui in quaque regione commorantur.* Il passo è stato ritenuto interpolato dal Donatuti <sup>(263)</sup> e dal Beseler <sup>(264)</sup>, ed è infatti impossibile che Paolo si contraddicesse in tal modo. Nondimeno il passo può essere sostanzialmente genuino, essendo un sunto di quello che Paolo riferiva su opinioni differenti. Si può presumere che i compilatori o un glossatore abbiano fatto questo sunto dal punto di vista della loro dottrina, ed infatti: *scrutari quid testator demonstrare voluerit* accenna alla volontà interna. Ma proprio dal punto di vista di questa dottrina è erroneo lo stabilire un certo ordine di metodi interpretativi, come si fa nel nostro frammento. Ciò che importa, è solamente la volontà interna, che bisogna indagare con tutti i mezzi possibili, soggettivi come oggettivi, dichiarazioni ed abitudini personali del testatore, costumi locali, senza che sia possibile stabilire un ordine fra i medesimi. Diverso era il punto di vista dell'interpretazione tipica dei classici, che nasceva da criteri oggettivi, ma ammetteva come eccezioni anche criteri soggettivi. Il coesistere dei due criteri in ordine antitetico è quindi un indizio di rimaneggiamento post-classico, che inserisce la nuova teoria della volontà interna, e deve a questo scopo invertire l'ordine dei mezzi interpretativi trovato presso i giuristi classici <sup>(265)</sup>, senza accorgersi che questo ordine non ha più senso.

<sup>(262)</sup> Cfr. Celso-Tuberone, D. 33, 10, 7, 1, rispetto alla *suppellex*.

<sup>(263)</sup> DONATUTI, *BIDR XXXIV* 208<sup>2</sup>, contra GROSSO, *Studi Bonfante* II 196<sup>28</sup>.

<sup>(264)</sup> BESELER, *Studi Riccobono* I 288<sup>2</sup>.

<sup>(265)</sup> Lo stesso ordine si trova nel fr. 28 D. 34, 5, in un passo notoriamente interpolato (cfr. *Index interpolationum ad h. l.* e BESELER, *Tijdschr. voor Rechtsgesch.* X 186): *placuit primo eum legatum esse, quem testator le-*

Ma, come fu già osservato sopra p. 115, è significativo per il metodo di lavorare di questi giuristi postclassici, che essi non distruggono l'antico, bensì l'intrecciano col nuovo. Queste considerazioni ci danno forse un punto d'appoggio per indovinare ciò che Pedio in verità insegnava. È probabile che egli ammettesse, per completare l'interpretazione oggettiva dell'*instrumentum fundi*, il ricorso anche a criteri soggettivi, p. e. alle abitudini personali del testatore, se esse erano sufficientemente manifestate<sup>(266)</sup>.

Comunque fossero in disaccordo i giuristi romani su codeste questioni, in un punto non c'era dissenso tra loro. Se si ammetteva, in certi limiti, una interpretazione appoggiantesi a criteri soggettivi, pure si richiedeva sempre che la volontà ricavata per mezzo di tali criteri fosse sufficientemente manifestata<sup>(267)</sup>. A questo riguardo è molto istruttivo: D. 34, 2, 33 (Pomp. lib. 4 ad Quintum Mucium): *Inter vestem virilem et vestimenta virilia nihil interest: sed difficultatem facit mens legantis, si et ipse solitus fuerit uti quadam veste, quae etiam mulieribus conveniens est. [itaque ante omnia dicendum est eam legatam esse, de qua senserit testator, non quae re vera aut muliebris aut virilis sit.] <.....> nam et Quintus Titius (l. Mucius) ait scire se quendam senatorem muliebribus cenatoriis uti solitum, qui si legaret muliebrum vestem, non [videretur de ea sensisse] (videri eam legasse), qua ipse quasi virili utebatur.*

Il brano "*itaque — virilis sit* „ fu cancellato dal Donatuti<sup>(268)</sup>; a ragione come io credo<sup>(269)</sup>. Il testatore ha legato la *vestis muliebris*. Senonché usando lui stesso *cenatoria muliebria*, ha manifestato tipicamente la sua opinione di non vedere più in questi *cenatoria* un vestito da donna, e da questa opinione il giurista ricava l'intenzione del testatore di non legare questi vestiti. In altre parole: Mucio domandava, *quid actum sit* e derivava dal comportamento del testatore una volontà tipica,

*gare sensisset, quod si non appareret* (seguono criteri oggettivi), nonchè nel fr. 9 pr. D. 33, 6 (sopra p. 176), dove sta in primo luogo ciò che *vini numero pater familias habuit*, cui segue come criterio oggettivo l'*affectio hominum*.

<sup>(266)</sup> Cfr. ciò che segue nel testo. In questo punto sono d'accordo col Grosso, op. e loc. cit.

<sup>(267)</sup> Questo vale anche per il "*vini (auri) nomine habere* „ (cfr. D. 33, 6, 9 pr.; 34, 2, 32, 1, sopra p. 176 e n. 255) nel senso di Tuberone.

<sup>(268)</sup> DONATUTI, *BIDR* XXXIV 216.

<sup>(269)</sup> Contra il MASCHI, op. cit. 34 sg., la cui argomentazione non mi persuade.

ma non domandava, *quid testator senserit*, per trovare nel comportamento del testatore la conferma, del resto irrilevante, di questa volontà. Quando ora leggiamo nel nostro frammento: *ante omnia dicendum est eam legatam esse, de qua senserit testator*, ci troviamo davanti alla stessa inversione del processo di pensare, che abbiamo già riconosciuta come postclassica<sup>(270)</sup>. Ne segue anche che la decisione di Mucio è disadatta a servire di motivazione (arg. *nam et*) della massima enunciata nella frase precedente<sup>(271)</sup>. La spiegazione di queste contraddizioni è molto semplice. Un glossatore tardo o i compilatori, raccorciando l'espressione di Pomponio, la hanno alterata nello stesso tempo secondo le loro concezioni basate sulla volontà interna, senza accorgersi che la decisione di Mucio, da essi lasciata stare<sup>(272)</sup>, non si accorda più come motivazione a questi concetti nuovi.

<sup>(270)</sup> Cfr. sopra p. 177.

<sup>(271)</sup> Se ciò che importa è solo, *quid testator senserit*, si potrebbe dire che anche i *cenatoria muliebria*, che il testatore ha portati, sono legati, *si testator de iis senserit*.

<sup>(272)</sup> Forse è dovuta a loro anche la piccola alterazione: *videretur (!) de ea sensisse*. Secondo quanto abbiamo esposto, non è probabile che Mucio potesse esprimersi in questo modo. Potrebbe darsi che anche l'accenno alla *mens legantis* appartenga a loro. Ma è sicuramente genuino l'altro accenno alla *vestis, quae etiam mulieribus conveniens est*. Posto che il testatore si fosse servito di vestiti esclusivamente destinati a donne (cfr. Paul. sent. III 6, 80-81), egli avrebbe cambiato la specie, ed allora sorgerebbe la questione, discussa anche da Servio, se siano da prendersi in considerazione, nell'interpretazione dei legati anche opinioni del testatore, nelle quali egli si distacchi dal significato generico della parola usata. Servio diceva di no e dal fr. 4 pr. D. 30 (sopra n. 257) risulta che Pomponio gli aderiva. Ne segue che probabilmente Mucio era di questa opinione.

## POSTILLA

Ad p. 92<sup>18</sup>: Alcuni passi del Digesto menzionanti la *necessitas* in opposizione alla *libera voluntas* sono stati discussi nella letteratura recente.

Per quanto concerne il fr. 33 D. 23, 3 Ulp. l. (3) 6 ad ed.: *si extraneus sit qui dotem promisit isque defectus sit facultatibus, imputabitur marito, [maxime si necessitate, non ex voluntate dotem promiserat]*, l'interpolazione fu riconosciuta già dall'ALBERTARIO, op. cit. 25 e vien ora diagnosticata in modo convincente come glossa postclassica dal GUARINO, *Festschrift Koschaker* II 73 sg.

Più difficile è l'ipotesi dell'acquisto dell'eredità da parte del *liber bona fide serviens*.

D. 41, 1, 54 pr., [Modest]. (Pomp.) l. 31 ad Qu. Mucium: *Homo liber hereditatem nobis acquirere non potest. qui bona fide nobis servit, (sibi) acquirat, si tamen sponte sua [sciens condicionem suam] adierit: nam si iussu nostro adierit, neque sibi neque nobis acquirat, [si non habuerit animum sibi acquirendi: quod si eam mentem habuit, sibi acquirat]*.

Bisogna prendere le mosse per l'interpretazione di questo frammento dalla frase finale, che è unanimamente ritenuta interpolata. Cfr. da ultimo DULCKERT, *Erblasserwille und Erwerbswille bei Antretung der Erbschaft* 87. Ammettendo nel *bona fide serviens* istituito l'*animus acquirendi*, resp. *non acquirendi*, accanto al *iussum* dell'apparente padrone, ne discende che detto *animus* altro non è che la volontà interna bizantina, la quale ha effetto senza riguardo alla dichiarazione. Dato che il *bfs.*, nell'atto di adire l'eredità *iussu domini*, non dichiara nulla per sè, ma agisce soltanto come strumento del suo apparente padrone (cfr. DULCKERT, op. cit. 117 sg., 121 sg.), la sua volontà sparisce completamente dietro a quella del presunto *dominus*. Cfr. D. 50, 17, 4, Ulp. l. 6 ad Sab.: *Velle non creditur qui obsequitur imperio patris vel domini*. Essendo però l'*aditio hereditatis* un atto, che non si verifica nè *ex re* dell'apparente padrone, nè *ex operis* del *bfs.*, non può procurare nessun acquisto a quello, ancorchè sia fatta *iussu suo*. Cfr. D. 41, 1, 19. Mentre l'*aditio hereditatis* del servo altrui istituito è inefficace senza il *iussum* del domino, nel caso del *bfs.* si fa valere il fatto che questi è libero, e quindi acquista a sè stesso.

Ecco la dottrina classica, come scaturisce dal nostro frammento. Essa rimonta, almeno nella sua prima parte, a Labeone; il che può desumersi

da D. 28, 5, 60 pr., Cels. l. 16 dig.: *Liber homo cum tibi serviret, heres institutus iusso tuo adiit. Trebatius esse eum heredem: Labeo [tunc] non esse heredem, [si necessitate id fecerit, non quod alioquin vellet obligari]*, e da D. 41, 1, 19, Pomp. l. 3 ad Sab.: *... sed Trebatius, si liber homo bona fide serviens iussu eius cui serviet hereditatem adisset, heredem ipsum fieri nec interesse, quid senserit, sed quid fecerit. Labeo contra (...), [si ex necessitate id fecisset]: quod si [ita, ut et ipse vellet] (sponte), ipsum fieri heredem*.

Si vede subito che la dottrina bizantina della volontà interna del *bfs.* fa capolino anche in questi frammenti, e questo fatto solo dovrebbe far sospettare come aggiunte i brani rispettivi. Ma la veste è un'altra. Mentre nel fr. 54 pr. D. 41, 1 si contrappongono l'adizione *sponte* e *iussu* dell'apparente padrone e si fa nel secondo caso una eccezione per l'ipotesi dell'*animus acquirendi* del *bfs.*, qui Labeone risponde alla questione della fattispecie (adizione *iussu* del padrone), distinguendo entro la cerchia del *iussum* l'adizione *necessitate* e *animus acquirendi* del *bfs.* Il concetto della *necessitas* sarebbe dunque più stretto di quello del *iussum* e malgrado questo non c'è *necessitas*, se il *bfs.* *ipse voluit*. Ma allora sorge la questione: in che consiste questa *necessitas*? Si vede che il concetto è assai vago, scolorito e perciò impraticabile. Ciò anche contro il v. LUBROW, *Z. Sav.-St.* 55, 409 sg. È vero che queste difficoltà sparirebbero, se dovessimo trasformare col DULCKERT, op. cit. 80 la condizione in una motivazione, scrivendo in D. 28, 5, 60 pr.: *Labeo [tunc] non esse heredem, (quia) [si] necessitate [...] (crevisset)*, e in D. 41, 1, 19: *Labeo contra, (quia) [si] ex necessitate [...] (crevisset)*. Allora sarebbe *necessitas* = *iussum* e questo vien confermato dal fr. 18, 2 D. 3, 5, Paul. l. 2 ad Nerat.: *Si libero homini, qui bona fide mihi serviebat, mandem, ut aliquid agat, non fore cum eo mandati actionem Labeo ait, quia non libera voluntate exsequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate servili* (sul brano finale, che non ci interessa, cfr. oltre l'*Index interpolationum ad h. l.* BOSSOWSKI, *Die Abgrenzung des mandatum und der negotiorum gestio*, in *Archivum towarzystwa naukowego we Lwowie*, parte II, vol. XX 2, p. 498 ex p. 496<sup>4</sup>). Labeone esclude il consenso, quando il mandato, negozio di amicizia fra persone coordinate (ved. BOSSOWSKI, op. cit. 387), ha luogo tra padrone e *bfs.*, perchè non si fonda sulla *libera voluntas* del secondo, ma bensì sulla *necessitas quasi servilis*, opinione del resto non rimasta incontrastata nella giurisprudenza posteriore. Cfr. D. 13, 6, 13, 2 e DULCKERT, op. cit. 186 sg. Del pari, secondo il fr. 15, 2. 3 D. 48, 10, Callistr. l. 1 quaest., il servo, aggiungendo *iussu domini* nel testamento di questo una disposizione a suo favore, non soggiace alle



pene della *lex Cornelia de falsis*, bensì è scusato *necessitate potestatis*, perchè, come dice Antonino Pio in un rescritto citato dal giurista: *videri... ipsius domini manu scripta, cuius voluntate ea scripta sunt*. Senonchè il concetto adoperato in questi passi non è quello generale e indeterminato, che troviamo nei frammenti su menzionati, ma bensì concreto, e cioè derivato dalla sottomissione del servo o del *bfs.* alla *potestas dominica* o *quasi dominica* (cfr. anche *quasi iussu* in D. 29, 2 74, 2, genuino col BERTI, *BIDR* 43, 377 contro il DULCKEIT, op. cit. 92 sg.). Ammesso che la ricostruzione del Dulckeit sia esatta, Labeone avrà parlato probabilmente non della *necessitas* in generale, ma bensì della *necessitas quasi servilis*. Nella forma attuale dei due frammenti questo concetto generale della *necessitas* è così intrecciato in un ragionamento evidentemente spurio, che non posso credere alla sua genuinità. Ma è possibile che i compilatori abbiano utilizzato elementi della motivazione di Labeone per formare una esposizione conforme al loro punto di vista. È una questione di secondaria importanza, il sapere se già Labeone avesse concepito l'ipotesi opposta, cioè l'adizione *sponte* (cfr. DULCKEIT, op. cit. 88, 93), ciò mi pare probabile. Perciò ho adottato in questo punto la ricostruzione dei fr. 19 e 54 pr. D. 41, 1, proposta dal BERTI, *BIDR* 43, 376 sg.

È appunto la generalità e l'indeterminatezza del concetto della *necessitas* che mi fa dubitare, col BESLER, *Z. Sav.-St.* 44, 382 e col SOLAZZI, *Sulla gestione per conto d'altri*, in *Riv. ital. per le scienze giur.* (1921-22) 42 dell'estratto anche della genuinità formale (cfr. KRELLER, *Festschrift Koschaker* II 498) del fr. 3, 10 D. 3, 5, Ulp. l. 10 ad. ed.: *Hac actione tenetur non solum is qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit, verum et is qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspitione gessit.*

Il passo è da intendersi in contrasto alla "spontaneità", che l'editto del pretore richiede per la gestione d'affari altrui, e si riferisce alla formula *in ius concepta* dell'*actio negotiorum gestorum* (KRELLER, op. cit. 198, 208), ammissibile anche nell'ipotesi d'una gestione in virtù d'un obbligo legale, per es. contro il curatore. Senonchè Ulpiano avrebbe nominato casi concreti e non avrebbe dato una formulazione così imprecisa e anche goffa. Cfr. accanto a "*sponte*", il superfluo "*et nulla necessitate cogente*", che è ripetuto tanto più superflualmente nella frase seguente con "*aliqua (!) necessitate urgente*". L'attuale forma del frammento 3, 5 si spiega con la tendenza, così cara ai compilatori, di generalizzare.

Riassumendo, si può dire che *necessitas* come fattore che esclude la volontà libera d'una persona è genuina, quando si riferisce ad un rapporto giuridico concreto, a cui detta persona è sottomessa, ma è spuria

e anche senza valore giuridico, quando è usata in senso generale per esprimere una pressione poco determinabile, alla quale una persona è esposta. Questo vale appunto per l'uso di questo vocabolo nella materia della revoca del legato.

Ad p. 103<sup>46</sup>, 1° capoverso: cfr. anche D. 24, 1, 32, 3. Ulpiano nel l. 33 ad Sab., commentando le parole "*fas esse eum quidem qui donavit paenitere*", dell'*oratio* di Severo e Caracalla (cfr. DE ROBERTIS, *La convalescenza delle donazioni fra coniugi*, in *Studi Barillari* 19 sg. dell'estr.) sulla convalescenza delle donazioni fra coniugi, espone: *Paenitentiam accipere debemus supremam. proinde si uxori donavit, deinde eum paenituit, mox desiit paenitere, dicendum est donationem valere [ut supremum eius spectemus iudicium, quemadmodum circa fideicommissa solemus, vel in legatis cum de doli exceptione opposita tractamus]*, rell. L'accento al fedecommesso può essere occasionato dall'uso di confermare la donazione invalida mediante fedecommesso (cfr. SIEBER, *Z. Sav.-St.* 53, 104), benchè la massima che basta alla revoca la semplice *paenitentia* del testatore non è testimoniata altrove per i fedecommissi ed è persino confutata dal fr. 3, 11 D. 34, 4 (sopra n. 46) secondo il quale si richiedono *inimicitiae capitales*.

Si potrebbe dunque sospettare il brano *quemadmodum — solemus*, dichiarato spurio già dal BESLER, *Beiträge* III 50. Ma in ogni caso è fuor di proposito l'accento all'*exceptio doli* nel legato e spiegabile soltanto come un rinvio fatto nell'insegnamento. Cfr. anche PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in *Festschrift Lenel* 283.

Ad p. 104<sup>49</sup>: cfr. anche BIONDI, *BIDR* 43, 181 sg.

Ad p. 109<sup>102</sup> in fine: Può darsi che lo squarcio *idem uxori plura legata et servos Stichum et Damam legavit* sia dovuto alla descrizione inesatta della fattispecie da parte del consultante; *plura legata ... legavit* è goffo e inoltre superfluo. D'altra parte la frase finale *nec uxorem ... petere* potrebbe essere una glossa, dato che la risposta negativa del giurista risulta già dalle parole precedenti *Stichum his praediis ... cedere*.

## ERRATA - CORRIGE

Pag. 102	riga 18	err.:	nel fr. 2	corr.:	nel § 2
" 113 <sup>81</sup>	" 25	"	ha venduto	"	ha comprato
" 147	" 18	"	per quauto	"	per quanto
" 148	" 13	"	fuori dalla	"	fuori della

REV15

ÚK PrF MU



3129S04745