

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA R. UNIVERSITÀ DI GENOVA

LIBRERIA
CENTRALE
GIURIDICA

0
3-363

000 300422

SUL PROGETTO DEL TERZO LIBRO DI CODICE CIVILE

OSSERVAZIONI E PROPOSTE

MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA
DI ...
36712
VALORE



MILANO
DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE

1936 - xv

Tutti i diritti sono riservati

Stampato nella Tipografia G. COLOMBI & C.
Via L. Cagnola, 8 - MILANO - Telefono 90-698
col tipi della Linotipia ROBERTO MENTA

RUGGERO LUZZATTO

PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO CIVILE

OSSERVAZIONI SULLE DISPOSIZIONI COMUNI ALLE
SUCCESSIONI LEGITTIME E TESTAMENTARIE: DI-
SPOSIZIONI GENERALI E SULLA DIVISIONE

TITOLO I

DISPOSIZIONI COMUNI ALLE SUCCESSIONI LEGITTIME E TESTAMENTARIE

CAPO I

DISPOSIZIONI GENERALI

SEZIONE I. — DELL'APERTURA, DELLA DELAZIONE E DELL'ACQUISTO DELL'EREDITÀ.

Notevole è, in questa sezione, la decisa posizione che il progetto assume di fronte alla questione, tanto discussa, relativa al momento in cui s'acquista l'eredità. Sembra a me che la soluzione, accolta dall'art. 3 del progetto, consistente nel subordinare l'acquisto all'accettazione e nel far poi risalire l'effetto dell'accettazione al momento dell'aperta successione, sia la soluzione migliore della *vexatissima quaestio*, come quella che, nel modo più completo, tutela la libertà del chiamato di accettare o di rinunciare, escludendo una trasmissione, sia pur provvisoria, del patrimonio ereditario, prima che intervenga l'accettazione del chiamato stesso (1).

Sembra però allo scrivente che questa norma avrebbe dovuto, *proprio in questa sede*, essere resa completa dalla determinazione della qualità giuridica che spetta al chiamato, a colui, più precisamente, a cui favore si è già verificata la delazione, ma che non ha ancora accettato l'eredità. Il vigente codice dispone intorno a ciò nell'art. 964, sotto la rubrica del

(1) Questa soluzione è anche la più coerente alle disposizioni dell'art. 32 del progetto, corrispondente all'art. 964 del codice.

beneficio dell'inventario, attribuendo al chiamato la veste di *curatore dell'eredità*, e il progetto riproduce la disposizione sotto la stessa rubrica (art. 32). Ma questa inopportuna collocazione del principio può dar luogo ad equivoci, facendo credere che esso sia collegato all'istituto del beneficio d'inventario e che non si tratti di norma, relativa a *qualsiasi devoluzione ereditaria*. Comunque, il principio che determina la condizione del chiamato, che non ha ancora accettato, ma può accettare, dovrebbe, per ragioni sistematiche, figurare in queste *disposizioni generali* relative all'apertura, delazione e acquisto dell'eredità, completando così la norma dell'art. 3 del progetto (1).

Il progetto poi non ha avuto il coraggio di andar sino in fondo nella battaglia contro il vieto principio della trasmissione *ipso jure* dell'eredità; lo ha abolito riguardo ai diritti ereditari, veri e propri, lo ha confermato per quel diritto *sui generis*, che è l'*jus possessionis* (articoli 5 e 6). Così, l'incoerenza che dai sostenitori — sotto il vigente codice — della trasmissione *ipso jure* dei diritti ereditari era stata rinfacciata ai negatori di essa: l'incoerenza, cioè, di escludere una trasmissione *per i diritti*, che rappresentano qualche cosa di spirituale, di ideale, ammettendola, giusta gli articoli 925, 926, per il possesso, che è cosa di fatto; questa incoerenza, dico, potrebbe essere rimproverata ai redattori del progetto.

Per conto mio faccio, a questo riguardo, un dilemma: o si considera l'*jus possessionis* come necessariamente dipendente da

(1) Una simile disposizione generale avrebbe poi dovuto essere ampliata in confronto dell'art. 964 del cod. civ., il quale, a torto, non considera espressamente che azioni *contro l'eredità*, facendo così *sorgere il dubbio* che l'erede non abbia il diritto d'azione, *per l'eredità*. Alcuni autori, però, spiegando l'art. 964, concedono al successibile anche il diritto di istituire, a sua volta, tutte quelle azioni e di compiere quegli atti che siano richiesti dalla tutela degli interessi dell'eredità stessa; tuttavia, non si può negare che la formulazione del capoverso dell'art. 964 sia troppo ristretta.

una signoria di fatto, e allora non si comprende la trasmissione del possesso a favore dell'erede, senza bisogno di materiale apprensione (1); ovvero, come sembra apparire dagli art. 925, 926 cod. civ., 5, 6 del progetto, il possesso viene reso, per così dire, spirituale, riducendosi a *una spettanza*, sostanzialmente non dissimile dalle altre spettanze, che si sogliono chiamare diritti, e allora perchè quella diversità di trattamento, che risulta dal confronto dell'art. 3, da un lato, cogli articoli 5 e 6, dall'altro?

Immagino quale sarà la replica a questa obbiezione; si dirà che è necessario dare al chiamato all'eredità un mezzo rapido per la difesa delle cose e dei diritti ereditarii, qual'è l'azione possessoria (2), ma mi sembra che a ciò possa risponderci in modo decisivo, osservando che, se la trasmissione del diritto d'azione possessoria è indipendente dalla signoria di fatto (come ammettono il codice e il progetto), allora il chiamato, *nella sua veste attuale di curatore dell'eredità*, potrà intentare anche le azioni possessorie, oltre che le petitorie; lo farà per sè, in previsione dell'*ipotesi di accettazione da parte sua*; lo farà per altri (e, come *ultima ratio*, nell'interesse dello Stato), per il caso che non abbia luogo la sua accettazione, similmente a ciò che accade per le azioni di merito (3).

Insomma, considerato l'*jus possessionis* come *una spettanza*, indipendente dalla *attuale* signoria di fatto, la semplice veste di

(1) « Senza una reale signoria di fatto », potrebbe dirsi meglio. L'espressione « materiale apprensione », ripetuta dal progetto, non mi sembra felice.

(2) Infatti, in tal modo è giustificata la differenza nella relazione, pag. 3.

(3) Come ho detto sopra (nota a pag. 4), la dottrina ammette che la veste di curatore di diritto del successibile si estenda alle azioni *in senso attivo*, cioè che il successibile le possa proporre per l'eredità. Ma, dato anche che questa interpretazione dell'art. 964 non fosse esatta, è evidente che ciò potrebbe ammettersi in sede di riforma della legge, e opportunamente, poichè è necessario che l'eredità non rimanga senza difesa, per un periodo di tempo che può essere lungo.

curatore dell'eredità, attribuita al chiamato, sarebbe sufficiente, io penso, per la tutela del patrimonio, in sede possessoria, come in sede petitoria.

I redattori del progetto hanno fatto bene a risolvere le questioni relative all'accettazione, sotto condizione o a termine, dell'eredità e all'accettazione parziale. Ma, quant'è felice, a mio avviso, la soluzione relativa all'accettazione condizionata o a termine (art. 7), altrettanto mi sembra disapprovabile quella relativa all'accettazione parziale. Può dirsi: colui che accetta sotto condizione o a termine *non vuole* accettare in modo diverso; per un'accettazione di diverso contenuto *manca la sua volontà*; se simile accettazione fosse valida ed efficace come accettazione *pura*, si avrebbe un negozio giuridico destituito di quello che è il suo *caput et fundamentum*, la volontà.

Queste considerazioni appunto fanno apparire buona la soluzione dell'art. 7; ma perchè non si è accolta egual soluzione per l'ipotesi dell'art. 8 (accettazione parziale)? Disponendo che l'accettazione parziale valga « in ogni caso come accettazione totale », si va *oltre* la volontà dell'accettante e — può ben anche aggiungersi — si va *contro* la sua volontà per l'eccedente quota: se la legge non ammette un'accettazione parziale, la conseguenza naturale è, pur qui, l'inefficacia del negozio di accettazione nel suo insieme, come un tutto.

Che la legge, talvolta, nel negozio giuridico, sostituisca, alla volontà manifestata, una volontà diversa, è cosa innegabile; basti ricordare *i fenomeni di conversione* del negozio giuridico; ma alla base di simili fenomeni sta — come ragione giustificatrice — la *grande probabilità* che la parte o le parti, ove avessero conosciuto l'inefficacia del volere dichiarato, avrebbero egualmente concluso il negozio, con qualche diversa, ma affine, modalità; ma tutto il contrario deve ammettersi, almeno in via di presunzione, riguardo al negozio giuridico *in cui la manifestazione*

della volontà sia stata accompagnata da esplicite riserve o limitazioni, come nei casi degli articoli 7 e 8 del progetto; allora non è lecito presumere una *volontà latente*, in senso contrario a quella esplicitamente dichiarata; onde — a mio avviso — a ragione una gran parte della dottrina ha disapprovato la norma dell'art. 849 del codice, che si è detto essere contraria al principio della inscindibilità del volere (1).

Le ragioni, addotte dalla relazione, riguardo alla diversità di soluzione, data dal progetto, alle due diverse ipotesi: di accettazione condizionata o a termine, da un lato, di accettazione parziale, dall'altro, sono, a quanto mi sembra, poco persuasive. Dice la relazione: «La diversità di trattamento non ha bisogno di lunga giustificazione, perchè nella prima la apposizione della condizione o del termine rende nulla, almeno attualmente, la volontà di accettare; nella seconda la volontà di accettare è esplicita e non può essere consentito all'accettante di limitarne gli effetti, fuori del caso espressamente regolato del beneficio d'inventario che soddisfa pienamente a tutelare l'interesse dell'erede » (pag. 3 in fine).

Sia detto con tutto il rispetto all'illustre Relatore, ma questa mi sembra una falsa sottigliezza; chi vuole accettare soltanto per una parte, *non vuole* accettare per il resto; ritenerlo accettante per il tutto, come fa l'art. 8 in fine, vuol dire ammettere un'accettazione di un contenuto diverso da quello voluto e dichiarato; perciò quello stesso rispetto della volontà del dichiarante che ha fatto ritener nulla l'accettazione condizionata o a termine, avrebbe dovuto far accogliere la stessa soluzione per l'accettazione parziale.

Credo opportuno notare, in queste osservazioni sulla sezione 1^a, che fra le « disposizioni generali », di cui parlo, avrebbe

(1) Tuttavia, per l'ipotesi dell'art. 849 cod. civ., possono forse militare, a difesa, alcune ragioni che *non* valgono per le ipotesi qui considerate.

meritamente trovato posto una norma, la quale, con mezzi chiari, pratici, quali son necessari per la disciplina legislativa dei rapporti, avesse fornito il criterio per distinguere l'eredità dal legato. Di questa distinzione tratta l'art. 141 del progetto, con una norma, che vorrebbe migliorare la disposizione dell'art. 760 del codice e risolvere vessatissime e fondamentali questioni, ma che invece — a mio sommo avviso — rende anche più oscura la distinzione.

Anzitutto, come accennavo, la norma avrebbe dovuto essere trasportata in queste disposizioni generali. Invero, questa fondamentale bipartizione del fenomeno successorio ha importanza *in tutto il campo delle successioni*, non solamente riguardo alle *successioni testamentarie*, tanto è vero che, sotto il vigente codice, dubbii nacquero riguardo alla veste giuridica del coniuge e dei figli naturali, che succedano per legge, e tanto è vero che, per risolvere le relative questioni, gl'interpreti dovettero ricorrere, come all'unico punto d'appoggio, alla norma dell'art. 760; dalla quale constatazione deriva naturale l'illazione che questa norma sia fuori della sua naturale sede.

Quantunque io non debba qui occuparmi del Titolo III, riservato ad altro Relatore, non ho potuto trattenermi dall'osservare che l'art. 141 non si avvantaggia punto — a mio avviso — rispetto all'art. 760 del codice. La formulazione dell'art. 141 mi sembra oscura; che si vuol dire, dicendo che la parte dell'universalità è quota, se è « considerata come quota »? Considerata da chi? E in che consiste questa considerazione? In una materia così delicata e difficile, il criterio dovrebbe essere chiaro e preciso.

Dalla relazione (pagine 34, 35), che ricorre al ben noto esempio della istituzione di Tizio negli immobili e di Caio nei mobili dell'eredità, apparirebbe che una *designazione qualitativa dei beni*, capace di scindere l'eredità in parti, senza speciale menzione degli enti assegnati all'uno o all'altro, fosse sufficiente per

far considerare eredi gl'istituiti. E questo potrà anche essere un buon criterio, dato che siamo in sede di riforma del codice, ma esso avrebbe dovuto essere più chiaramente espresso; inoltre, dalla relazione e da precedenti scritti di autorevole Persona che probabilmente ha ispirato la disposizione, si può dedurre che questo principio è accompagnato da riserve; dice infatti la relazione: «...la quota può essere espressa con la indicazione di una «parte» dei beni: ad es. tutti i beni immobili del defunto. Basta che questa parte sia *considerata in funzione di quota*, che è pur sempre il criterio basilare riferentesi all'universalità, cioè al patrimonio in senso giuridico, come complesso di rapporti giuridici attivi e passivi. E se non risulta chiaro *quale sia stata l'intenzione del testatore*, nel dubbio l'indicazione di una parte dei beni si dovrà considerare come istituzione di un coerede » (pag. 35).

Questo brano ribadisce il concetto che l'istituzione di taluno nei mobili e di tal'altro negli immobili ed altre equivalenti disposizioni, siano disposizioni di quota *soltanto a condizione di essere accompagnate da un certo animus del disponente*, il quale consideri la istituzione come « istituzione in una quota », sicchè ad esempio l'istituzione di Tizio nei mobili e di Caio negli immobili, *oggettivamente identica* in due casi, potrebbe essere istituzione ereditaria in un caso e non esserlo nell'altro, a seconda di questo *animus* del disponente. Ma in che consista questo *animus* non è detto e non si riesce a capire; è questo — a mio sommesso avviso — un criterio così indefinito e così evanescente, da non poter formare la base di una distinzione fondamentale e feconda di effetti in tutto il campo ereditario!

Meglio dunque sarebbe stato (posto che si voleva abbandonare il criterio tradizionale della *quota astratta* nel senso di frazione aritmetica ($1/2$, $1/3$, $1/4$ ecc.) (1), meglio, dico, sarebbe

(1) Dico abbandonare; molti scrittori però sostengono che l'art. 760, parlando di *quota* non alluda soltanto alla *quota astratta*, aritmetica, e gli

stato in tal caso ricorrere ad una formulazione più chiara ed oggettiva, dicendo, per esempio, che « sono istituzioni ereditarie anche quelle, in cui le assegnazioni siano fondate sulla *qualità dei beni e rapporti* in modo tale, da essere sufficienti ad *esaurire* il patrimonio senza menzione specifica degli enti ereditarii ». Non dico che questa formulazione sia perfetta: essa avrà difetti e sarà suscettiva di miglioramenti, ma mi sembra dare almeno un'idea, uno spunto per una buona formulazione di questo più largo, e probabilmente migliore, concetto di eredità.

SEZIONE II. — DELL'ACCETTAZIONE DELL'EREDITÀ.

Riguardo a questa sezione del Capo I, mi sembra che non vi sia molto da osservare; trattasi di norme, tolte dal codice vigente che, in gran parte almeno, non hanno d'uopo di sostanziali riforme. Qualche modificazione agli articoli del codice, qui riprodotti, venne già fatta dai Compilatori del progetto; qualche altra correzione sembrerebbe però opportuna.

L'art. 12, che riproduce l'art. 932 del codice, mi sembra meritevole di modificazione per quanto concerne il generico, troppo generico, rinvio ai regolamenti, per le modalità di accettazione col beneficio dell'inventario dei corpi morali (art. 932 del codice); invero, mi sembra assai pericoloso rimettersi, in modo così assoluto, a questi regolamenti, sia per quanto riguarda la *dichiarazione*, sia per quanto riguarda la *compilazione dell'inventario*, poichè la regolarità di questi atti interessa grandemente i terzi.

I regolamenti particolari degli svariatisimi e numerosissimi enti, che rispondono alla denominazione di « Corpi morali », possono essere insufficienti alla tutela dei terzi, in specie dei

stessi redattori del progetto sono convinti che il nuovo art. 141 non costituisca, sostanzialmente, un'innovazione.

creditori ereditarii. Non per tutti i regolamenti vi è una preventiva approvazione dell'autorità e, d'altra parte, questa approvazione può aver lo scopo di protezione dell'ente stesso, non dei terzi. E *quid juris* se i regolamenti nulla dispongono? Credo sia ben raro che essi regolino questa materia e ciò dimostra ancora più l'inopportunità di rinviare ad essi. E' il diritto civile, a mio avviso, che deve stabilire, almeno nelle linee essenziali, le modalità di accettazione col beneficio dell'inventario, anche riguardo ai Corpi morali (1).

Sarebbe stato opportuno risolvere, in questo articolo, la dibattuta questione se anche lo Stato abbisogni di autorizzazione per le eredità testamentarie.

All'art. 13 (934 del codice), mi sembra pleonastica la frase «...e che non avrebbe il diritto di fare se non nella qualità d'erede»; bastava dire, io credo: «...che presuppone necessariamente la sua volontà di accettare l'eredità»; se infatti un atto può essere legittimamente compiuto tanto nella veste di erede, quanto in un'altra veste, esso è equivoco e non «presuppone necessariamente la volontà di accettare l'eredità».

Sarebbe stato opportuno coordinare la norma dell'art. 14 con la norma relativa alla qualità di curatore dell'eredità, che all'erede è attribuita, dallo stesso progetto (art. 32), durante lo *spatium deliberandi*. Come ho accennato, la disposizione relativa alla qualità di *curatore di diritto*, che la legge attribuisce al chiamato, dovrebbe figurare, non fra le disposizioni sul beneficio dell'in-

(1) E' stato sostenuto che il cpv. dell'art. 932 non va interpretato nel senso che i corpi morali siano *dispensati dall'adempimento delle formalità* stabilite dal codice civile, ma nel senso che, *oltre queste formalità*, si debbano osservare anche quelle derivanti dai *particolari regolamenti*. Ora, può darsi che il senso sia questo, ma bisogna anche riconoscere che, in tal caso, la formulazione del capoverso è assai cattiva, perchè sembra dire tutt'altro, e da ciò sorge il voto che, se i redattori del progetto intendono veramente accogliere questo concetto, lo esprimano in modo assai più chiaro e preciso.

ventario, ma fra le norme generali relative all'apertura, alla delazione e all'acquisto (Sezione I), o fra quelle relative all'accettazione in genere (Sezione II). Inoltre, il chiamato all'eredità, quale curatore di essa *ope legis*, dovrebbe poter compiere, previa autorizzazione giudiziaria, *ogni atto urgente*, quantunque di natura dispositiva (ad esempio: vendite per il pagamento di debiti, il cui mancato soddisfacimento a scadenza provocherebbe la dichiarazione di fallimento del defunto), non solamente gli atti, cui alludono gli articoli 32, 33 (964, 965 del codice); giustamente l'articolo 33 dispone che gli atti ivi contemplati non inducano accettazione dell'eredità, ma esso mi par troppo ristretto. L'art. 14 del progetto dovrebbe essere preceduto da una norma relativa alle facoltà del chiamato, quale curatore di diritto; questa norma dovrebbe sostituire gli articoli 32, 33 del progetto (964, 965 del codice), troppo ristretti e posti fuori della loro naturale sede, determinando in modo più ampio le facoltà del chiamato, come curatore dell'eredità *ope legis*; allora, l'art. 14 potrebbe opportunamente essere reso completo con un riferimento a questa norma, dicendosi ad esempio:

« Gli atti semplicemente conservativi, di vigilanza e di amministrazione temporanea, e in genere quelli legittimamente compiuti dal successibile in qualità di curatore, non importano accettazione di eredità... ».

In tal modo, riescirebbe chiaro che anche *atti dispositivi*, purchè legittimamente compiuti dal successibile, come curatore, non implicano accettazione.

Gli articoli 15, 16, 17 che, per gran parte, corrispondono agli articoli 936-938 del codice, si prestano a qualche osservazione. All'art. 937 si è fatta un'aggiunta, dicendo che alla rinuncia pura e semplice a vantaggio di tutti i coeredi — rinuncia che è considerata accettazione quando il rinunciante riceva un prezzo — si applicano le norme sulla *simulazione dei contratti*. Questa

nuova norma non riesce ben chiara; infatti, nell'articolo 16 cpv., non si suppone affatto che l'esistenza di un corrispettivo sia stata sottaciuta o che, in qualsiasi modo, sia stato dissimulato il contenuto reale delle dichiarazioni o simulato un contenuto diverso: l'aver parlato di *rinuncia*, nell'atto, potrà costituire falso uso di un *nomen juris*, oppure, in altre ipotesi, potrà costituire direzione della volontà verso il conseguimento di effetti giuridici (rimanere estraneo ai rapporti ereditari), che, date le clausole dell'atto, l'ordinamento giuridico non ammette; ma non costituisce, a mio avviso, *simulazione*, la quale presuppone una manifestazione della volontà deliberatamente diversa dalla volontà vera.

D'altra parte, il convincimento di essere, nell'ipotesi di cui parliamo (art. 16, 2^a parte), considerato e trattato come *vero rinunciante*, pur ricevendo un corrispettivo, è un convincimento tutt'altro che assurdo, e perciò il dichiarante può essere pienamente sincero nel parlare di rinuncia. Tanto è vero che taluno ha sollevato il dubbio che l'art. 937, nella sua parte finale, sia ingiusto ed ha posto il quesito se non sarebbe miglior soluzione considerare l'autore del negozio come *vero rinunciante*.

Sembrami un errore, che preesisteva negli articoli 937 e 938 del codice e che avrebbe meritato di essere corretto in sede di riforma, parlare sempre di «coeredi»; il concetto della legge è questo: la rinuncia a favore di alcuni soltanto fra coloro che *sarebbero avvantaggiati da essa*, è accettazione, perchè non si può evidentemente dare una certa destinazione alla quota ereditaria, destinazione diversa da quella preveduta dalla legge per il caso di rinuncia, senz'aver *fatto propria* la quota: ora, questo concetto è giustissimo, ma è male espresso, parlando di *coeredi*; è chiaro che persone avvantaggiate da una rinuncia non sono soltanto *i coeredi*; questi possono mancare del tutto; oppure può darsi che, pur essendovi coeredi, soltanto ad alcuno di essi profitti la rinuncia: molti esempi di ciò potrebbero darsi: ne cito uno: in

caso di rappresentazione, la rinuncia di uno dei rappresentanti profitterà — com'è ammesso da chiari autori — *agli altri rappresentanti della stessa stirpe, non in generale ai coeredi*.

Ciò posto, è chiaro che la *ratio legis* può esistere, nei congrui casi, anche quando la rinuncia sia fatta, non già *a favore di tutti i coeredi*, ma solo di *alcuni fra essi*; oppure, non già a favore di coeredi, ma a favore di *chiamati in sott'ordine*; se infatti la rinuncia è fatta senza corrispettivo; se essa non altera, in alcun modo, l'ordine legale, sarà vera rinuncia, secondo il concetto generale che ispira la norma. Molto più esatto dunque sarebbe stato usare una espressione *simile* a quella dell'art. 43 del codice civile, o, ancor meglio, distinguere fra rinuncia compiuta « *a vantaggio di alcune soltanto delle persone a cui l'eredità si devolverebbe in mancanza del rinunciante* » e rinuncia fatta a favore di « *tutti coloro, a cui l'eredità si devolverebbe in mancanza del rinunciante* ».

Tanto è errata la dizione di questi articoli, che essi potrebbero condurre a un risultato diametralmente opposto a quello voluto: una rinuncia fatta gratuitamente a favore di *alcuni* dei proprii coeredi, dovrebbe, per l'art. 16, valere come accettazione; ma ciò invece sarebbe contrario alla *ratio legis*, dato che quei coeredi, a cui favore è fatta la gratuita rinuncia fossero proprio quelli — come nell'esempio dato sopra — ai quali si devolvebbe, per legge, la quota del rinunciante. E viceversa: una rinuncia fatta a favore di *tutti i coeredi* sarebbe considerata, secondo l'art. 17, come *vera rinuncia*, mentre, in certe ipotesi, come in quella che abbiamo indicato, dovrebbe valere *come accettazione*, poichè, rinunciando *a vantaggio di tutti i suoi coeredi*, il dichiarante favorisce anche persone che, per legge, non sarebbero avvantaggiate dalla rinuncia e perciò fa atto di disposizione!

Mi sembra che a ragione il progetto abbia, negli art. 21 e 22, confermato, sostanzialmente, le norme dell'articolo 942 del

codice, con qualche opportuna aggiunta: escludere l'errore, come causa di annullabilità dell'atto di accettazione, mi sembra cosa approvabile, non per la debole ragione, frequentemente addotta, cioè per la ragione che normalmente l'errore riguarda la *consistenza* del patrimonio ereditario e che, ad evitare il danno di simili errori, vi è l'istituto del beneficio d'inventario: questa non sarebbe una buona ragione dal momento che esistono anche altre specie di errore; così l'*errore sulla persona del de cuius*, quando la considerazione della persona sia stata la *causa principale dell'accettazione* (cfr. art. 1110 capoverso).

La ragione è diversa: valutato, da una parte, lo scopo di garantire la regolare formazione della volontà, dall'altro quello di tutelare coloro (e son molti) che fanno affidamento sulla dichiarazione di accettazione dell'eredità e che hanno notevole interesse alla stabilità e certezza di questa, la tutela di questi ultimi appare più importante; più importante, s'intende, quando si tratta di un irregolare processo volitivo, che non dipenda da *violenza* o da *dolo*: altrimenti prevale l'interesse dell'ingannato o di chi ha subito la violenza. Io credo che la tendenza a restringere l'efficacia dell'*errore spontaneo*, come causa di nullità, sia una tendenza buona (che dovrà estendersi al diritto contrattuale), in quanto conferisce alla serietà e stabilità dei negozi, induce alla prudenza ed aumenta il senso della responsabilità.

Mi pare che opportunamente il progetto abbia parlato di errore ed abbia abolito l'accento alla *lesione*, accenno contenuto nel codice (art. 942, 1° capoverso); che, pure opportunamente, abbia risolto la questione relativa al termine di prescrizione dell'azione di annullamento. Riguardo poi al caso contemplato nell'ultimo comma dell'art. 942 (2° comma dell'art. 22), è stato bene dettare una norma sulla prova del valore dell'eredità: per questo stesso caso, sarebbe stato bene risolvere anche un'altra questione molto dibattuta, quella relativa al *modo di reparto* fra

legatarii noti prima dell'accettazione e legatarii venuti a conoscenza dopo l'accettazione, questione che pure ha affaticato gl'interpreti.

Approvabile è infine la riduzione al decennio del termine di prescrizione (art. 4, posto sotto la sezione I). Essa risponde al più rapido e intenso ritmo della vita odierna e ad una notevole tendenza dei giuristi verso l'abbreviazione dei termini di prescrizione.

SEZIONE III. — DEL BENEFICIO D'INVENTARIO.

L'art. 23 del progetto contiene espressioni diverse da quelle dell'art. 955 del codice civile, probabilmente per riguardo alla disposizione della vigente legge notarile, che dà ai notai facoltà di ricevere la dichiarazione di accettazione dell'eredità col beneficio d'inventario; ma la formulazione dell'articolo non sembra del tutto felice, perchè farebbe credere alla possibilità di inserire nel registro una *dichiarazione qualsiasi*, anche se contenuta in atto privato, mentre probabilmente i redattori del progetto non hanno voluto abbandonare il principio che la dichiarazione dev'esser fatta innanzi a pubblico ufficiale (cancelliere o notaio). Non si sa poi cosa pensare riguardo alle formalità della trascrizione e della inserzione, che l'art. 955 capoverso prescrive: da un lato infatti questo capoverso è stato abolito; d'altro lato, l'art. 45 capoverso del progetto presuppone il compimento di queste formalità.

L'art. 25 contiene una buona innovazione, prescrivendo che la dichiarazione di accettazione col beneficio d'inventario debba essere integrata dalla *menzione del fatto inventario*, coi relativi estremi, ma, poichè esso contiene pure la grave sanzione, che consiste nella inefficacia della dichiarazione, avrebbe potuto oppor-

tunamente stabilire il termine, entro cui la menzione stessa dev'essere inserita nel registro: ritenere che debba esser fatta contemporaneamente alla dichiarazione principale sarebbe troppa severità contrastante con altre norme; ritenere che possa esser fatta in qualunque momento, sarebbe troppa larghezza; sembra perciò che, a questo riguardo, la disposizione avrebbe potuto opportunamente riferirsi al termine dell'art. 29: come la dichiarazione di accettazione col beneficio d'inventario deve essere, *al più tardi*, fatta nei quaranta giorni successivi al compimento dell'inventario, così entro questo termine dovrebbe aver luogo la menzione di cui si tratta, anche se la dichiarazione di accettazione col beneficio d'inventario sia stata fatta precedentemente. Sarebbe stato dunque sufficiente dire all'art. 25: « In mancanza di tale menzione, da farsi entro il termine indicato nell'art. 29, la dichiarazione non ha effetto ».

L'art. 26 mi sembra mal coordinato coll'art. successivo, perchè avrebbe dovuto dire, in armonia coll'art. 27: « L'erede, che si trova nel possesso reale dei beni ereditarij, *o si è ingerito nella eredità...* ». L'art. 27 poi, considerato nella sua espressione letterale, sembra dire che l'erede, accettante in modo puro e semplice, non possa *più fare l'inventario dell'eredità*, cosa che sarebbe assurda; certo, il concetto si comprende: si allude all'inventario, come a uno degli elementi o estremi dell'accettazione beneficiata; tuttavia, la forma dovrebbe essere resa più precisa, dicendosi, ad esempio: « ...può far l'inventario, *agli effetti dell'accettazione beneficiata*, purchè... ». Ingiusto mi sembra poi estendere l'accettazione presunta al caso di erede che non si trova nel *possesso dell'eredità* (art. 28 e 29): altra cosa è il possesso dell'eredità, altra è la semplice formazione dell'inventario; questa rappresenta un atto conservativo, utile a tutti, ed è male distogliere l'erede dal compierlo, con la minaccia dell'accettazione presunta (cfr. art. 14).

L'art. 31 non contiene alcun accenno ai corpi morali e lascia perciò aperto l'adito al dubbio se, per essi, valga la norma di favore di questo articolo o debbano invece applicarsi le norme di diritto comune; si riproduce così il difetto dell'art. 963 del codice, che non fa menzione delle persone giuridiche, mentre gli articoli 930 - 932 (art. 10 - 12 del progetto) pongono sulla stessa linea persone fisiche incapaci e corpi morali, riguardo alla necessità di accettazione beneficiata (1). Utile poi sarebbe stato stabilire i rapporti fra la norma dell'art. 31 e quella dell'art. 4 (prescrizione del diritto di accettare l'eredità), non essendo chiaro quale delle due norme prevalga, nel caso probabile di conflitto fra esse, e dico *probabile*, data l'abbreviazione del termine di prescrizione.

Sarebbe stato opportuno prendere più chiaramente posizione nella dibattuta questione se l'erede beneficiato risponda *cum viribus* o *pro viribus hereditarius*; mentre l'art. 36, 2° e 3° comma (969 del codice) sembra conforme alla prima opinione (che per me è la più rispondente all'indole dell'istituto), l'art. 35 n. 2 invece sembra rispecchiare la seconda opinione e ritenere l'erede beneficiato obbligato personalmente (entro certi limiti, s'intende) anche fuor dei casi indicati nell'art. 36.

L'art. 970 del codice meritava, secondo la mia profonda convinzione, di essere riformato; esso, per falsi concetti teorici, non per l'esigenza dei rapporti, attenua esageratamente e improvvidamente una responsabilità che meriterebbe invece di essere rafforzata, o quanto meno considerata alla stregua normale.

(1) Nel silenzio del codice, è stato affermato che i Corpi morali possono accettare fino al trentesimo anno; che la decadenza derivante dagli articoli 959-961 non li riguarda; che però gli interessati potranno far prefiggere ad essi un termine per l'accettazione a sensi dell'art. 951; soluzione probabile ed acutamente escogitata per supplire al silenzio della legge; mi sembra però che essa abbia un valore ipotetico e che perciò sarebbe opportuna una dichiarazione esplicita della legge.

Fosse pur vero (e se ne può dubitare assai) che l'erede beneficiato si deve considerare, secondo il nostro codice e secondo il progetto, *titolare del patrimonio*, anche prima della liquidazione completa, in ogni modo si dovrà ammettere che il patrimonio è amministrato *anche nell'interesse* dei creditori ereditari e dei legatari, e questa considerazione sarebbe sufficiente per stabilire la responsabilità in modo normale. La limitata responsabilità dell'erede beneficiato trae il suo presupposto e la sua giustificazione dalla *conservazione del patrimonio ereditario* a favore dei creditori e dei legatari; ora, conservare un patrimonio non vuol dire soltanto non consumare, non disperdere ecc., ma vuol dire anche *amministrare con normale prudenza*: chi male amministra, distrugge. Si pensi inoltre alla favorevole condizione dell'erede beneficiato, che lucra l'attivo ereditario senza esporsi a responsabilità per il passivo e si vedrà che la norma indulgente dell'art. 970, riprodotta dall'art. 37, è meritevole di riforma.

La più importante novità in questa sezione è l'introduzione di una procedura concorsuale per il pagamento dei debiti e dei legati. Non si può a meno di approvare, *in massima*, l'adozione di una simile procedura, verso la quale, anche in materia civile, si dirigono le aspirazioni di valenti cultori del diritto e che già è accolta, proprio nel campo del beneficio d'inventario, da alcune legislazioni straniere. Può, fors'anco, approvarsi il concetto di prescindere, riguardo a questa procedura concorsuale, da qualsiasi curatela e di affidarsi all'erede stesso, assistito da un notaio (art. 42).

Ma il progetto ammette, accanto alla procedura collettiva, anche la vecchia procedura, diremo così, individuale, già propria del codice vigente; ora, la contemporanea esistenza di simili procedimenti *nello stesso ordinamento* legislativo e, soprattutto, i rapporti fra questi diversi procedimenti, le cause che

determinano la scelta fra l'uno e l'altro, mi sembrano dar luogo ad un sistema non completamente approvabile.

Dice l'art. 42 che il procedimento (concorsuale) di liquidazione *deve* essere attuato dall'erede se « dall'inventario appare probabile l'*insufficienza dell'eredità* a soddisfare tutti i pesi ». Ora, evidentemente, per la scelta fra due procedimenti così diversi, per una scelta così importante e così gravida di conseguenze per i diritti dei terzi, occorre, se mai, un *criterio sicuro*, un criterio fondato su *fatti* (precisi), non su un *mero apprezzamento soggettivo*, probabilmente rimesso dal progetto allo stesso erede (l'art. 42 non dice a chi spetti l'apprezzamento). Ma credo possa dirsi di più: ammessa la procedura collettiva, questa avrebbe dovuto, a mio avviso, essere ordinata *per tutti i casi*, perchè in tutti i casi possono i beni subire inopinate svalutazioni e, soprattutto, possono palesarsi creditori prima ignorati e perchè d'altronde è la stessa procedura collettiva che, coi mezzi di cui dispone, si palesa adatta a rivelare l'esistenza d'altri creditori.

Non sembrano poi ben chiari i rapporti fra il procedimento che s'attua in seguito alle opposizioni, secondo l'art. 45, e il procedimento concorsuale dell'art. 42: dalla relazione (pag. 6) sembrerebbe che l'esistenza delle opposizioni e dei relativi provvedimenti (1° comma dell'art. 45) escludesse la procedura concorsuale dell'art. 42. Se questa è l'esatta interpretazione, si arriverà al risultato che, in caso di opposizione, fallirà, o almeno potrà fallire, quell'equa ripartizione fra i creditori (e i legatarii), che è da molti desiderata e che il progetto vuol raggiungere mediante la procedura di concorso: infatti anche, e specialmente, nei casi di opposizione, potrà esservi insufficienza dei beni, ma la decisione del Magistrato, provocata dall'opposizione, non può riferirsi *a tutti* i creditori e legatarii, ma soltanto *alle parti* in causa; dunque la sentenza del Magistrato, secondo l'art. 45 del progetto, non equivale alla procedura concorsuale, non ne rag-

giunge appieno gli scopi e può condurre al deprecato sacrificio di alcuni soggetti. Da ciò s'intende l'incompletezza del sistema.

Inoltre, il criterio adottato per la scelta fra le due procedure, collettiva e individuale, appare ancora più inadatto, quando esso viene dal progetto (art. 44) elevato a criterio determinante di una *decadenza dal beneficio dell'inventario*; si apre così l'adito a questioni sottili, difficili, delicate, relative ad *opinioni*, più che a *fatti* e si commina una grave decadenza, fondandola su un apprezzamento opinabile, difficile, malsicuro.

L'art. 39 riproduce il principio, già deplorato da alcuni civilisti, dell'art. 972 cod. civ., cioè quello di far dipendere l'azione di riduzione delle donazioni e dei legati contro estranei (arg. *a contrariis* dall'articolo stesso) dall'*accettazione con beneficio di inventario*, mentre dovrebbe considerarsi rilevante, a questo riguardo, la *sola confezione dell'inventario*, o, almeno, accogliendo il principio dell'art. 972, cioè ritenendo decisiva l'accettazione beneficiata, non si dovrebbe distinguere fra coeredi ed estranei (1).

(1) Come una delle possibili spiegazioni dell'art. 972 è stata infatti proposta la seguente: la legge richiede il beneficio dell'inventario, perchè l'erede puro e semplice è *illimitatamente responsabile*, oltre che per i debiti, anche per i legati, e perciò deve soddisfarli *anche colla legittima*; donde l'impossibilità di chiederne la riduzione. Simile spiegazione presta il fianco alla critica; anzitutto, essa varrebbe per i legati; in secondo luogo, com'altri ha osservato, e come è detto nel testo, non spiegherebbe la distinzione fra *eredi* ed *estranei*. Può poi osservarsi che essa è *in se* molto discutibile, perchè, se il legislatore ha, manifestamente e con tante disposizioni, dimostrato di volere la prevalenza dei diritti dei legittimarii su quelli dei beneficiati per donazione o *legato*, se ha predisposto appositi e complessi congegni per questo scopo, sarebbe ben strano che avesse reso vane tutte le relative norme, considerando il legittimario responsabile per i legati anche colla legittima; nel dir ciò, non si contraddice al principio *generale* della rispondenza *ultra vires* per i legati, ma si afferma che esso va conciliato colle norme *particolari* relative alla c.d. successione necessaria. Credo dunque che l'errore consista proprio nell'aver parlato di *beneficio d'inventario*, anzichè d'*inventario*.

SEZIONE IV. - DELLA SEPARAZIONE DEI BENI DEL DEFUNTO
DA QUELLI DELL'EREDE.

Com'è noto, l'istituto della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede è regolato dal codice vigente con norme tanto oscure e contraddittorie, da parere più un «enigma» che una «legge», sicchè, dalla promulgazione del codice in poi, fu tutto un discutere, non su *problemi secondarii*, ma sull'*essenza dell'istituto* e — di conseguenza — sugli aspetti e problemi fondamentali del suo svolgimento e funzionamento; da ciò il desiderio di una sostanziale rielaborazione; a mio modesto avviso, però, il progetto non ha assolto questo compito; l'istituto continua ad essere, per gran parte almeno, oscuro e mal definito, così da lasciare aperto il varco a dubbi fondamentali.

E' noto che gli interpreti del codice vigente si sono divisi (a prescindere da divergenze secondarie) in due schiere, gli uni sostenendo che il codice, nel titolo XXIV del libro terzo (art. 2054 - 2065), abbia accolto un sistema di *vera separazione dei patrimoni*, cioè un sistema che, riguardo ai separatisti, esclude la confusione patrimoniale ed impedisce quindi che essi siano riguardati come *creditori dell'erede*; gli altri sostenendo che la separazione non impedisca gli effetti dell'adizione ereditaria, non escluda che i creditori separatisti diventino, essi pure, *creditori dell'erede*, ma soltanto procuri ad essi una *garanzia*, un *diritto di prelazione*, per cui i separatisti non soffrono il concorso dei creditori dell'erede sui beni del defunto.

Il primo sistema si potrebbe (avuto riguardo alla tradizione scolastica, se non alla critica dei testi) chiamare *sistema romano*; il secondo *sistema francese*.

Ora, non sembra che il progetto abbia preso nettamente posizione di fronte a questo sostanziale dissidio degli interpreti, nè

che abbia chiaramente determinato la natura dell'istituto. Da un lato, infatti, il sistema della separazione dei patrimoni parrebbe accolto dal progetto, se si considera la rubrica del titolo, che parla di «separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede» e, più ancora, se si considera l'art. 50, che parla proprio di separazione *del patrimonio* del defunto da quello dell'erede; questo sistema parrebbe accolto anche in base ad alcune dichiarazioni della relazione (pag. 6 e 7), le quali sembrerebbero considerare la separazione come qualche cosa di *diverso dai privilegi e dalle ipoteche*, ripudiando così il sistema francese.

D'altra parte, il sistema che considera la separazione come un *diritto di prelazione*, a favore dei separatisti, mentre non esclude gli effetti dell'adizione ereditaria, parrebbe invece accolto, sia considerando che il progetto ha abolito l'art. 2056 del cod. vigente, cioè una delle disposizioni che avevano dato maggior fondamento agli assertori di una vera separazione dei patrimoni, sia, e ancor più, considerando l'art. 59 del progetto che, sostanzialmente, riproduce l'art. 2065; se le norme sulle ipoteche valgono, *in generale*, per la separazione; se esse cioè valgono *per tutto quanto non è disposto dagli articoli precedenti*, ciò vorrebbe dire che, nelle sue linee generali, il sistema accolto è quello francese, quello che considera la separazione come *garanzia accessoria*, che si *aggiunge* al diritto originario dei separatisti, ma non esclude la confusione dei patrimoni, che ha luogo in base ai principi generali. E poichè, come si dirà fra poco, gli effetti sostanziali della separazione sono regolati molto limitatamente, mentre molti effetti sono lasciati nell'ombra dal progetto, resterebbe un largo campo in cui l'istituto dovrebbe essere regolato dalle norme sulle ipoteche, cioè da norme che non escludono, ma confermano anzi indirettamente il normale fenomeno della confusione patrimoniale.

Insomma, il progetto mi sembra qui accogliere insieme nor-

me ed espressioni rappresentative dei due sistemi opposti, ciò che — se non erro — darà luogo a quei sostanziali dissensi di interpretazione che nacquero sotto il vigente codice.

A questo difetto di precise direttive generali non riparano, a mio avviso, le norme particolari, che sono scarse e lasciano perciò nell'ombra aspetti importanti dell'istituto. Il progetto ha regolato, è vero, uno dei punti su cui molto si discuteva: quello relativo al concorso dei creditori e legatarii separatisti coi non — separatisti sui beni ereditarii, in questo senso: i separatisti « si soddisfano sui beni ereditari a preferenza dei creditori dell'erede, ma non a preferenza degli altri creditori del defunto e degli altri legatari », mentre « i creditori del defunto e i legatari che non abbiano ottenuto la separazione debbono, per la loro parte, concorrere anche con i creditori dell'erede » (art. 52), ma restano da disciplinare altri punti essenziali: come si regola il concorso dei diversi creditori (separatisti; non separatisti; creditori dell'erede) sul patrimonio *dell'erede*? I separatisti debbono considerarsi, o non debbono considerarsi, creditori dell'erede e perciò possono, o non possono ottenere soddisfacimento sul patrimonio dell'erede, in quanto non abbiano potuto conseguirlo sul patrimonio del defunto? E, se si risponde affermativamente a questa domanda, resta a sapere: *come* avrà luogo il concorso delle diverse categorie di creditori sul patrimonio proprio dell'erede? Su ciò il progetto è muto ed è muta la relazione. Concorreranno tutti (separatisti; non separatisti; creditori personali) a *condizioni eguali*; oppure vi sarà, come parrebbe giusto, *diversità di condizione*, dipendente dalla diversità di condizione, che esiste, fra i varii creditori, rispetto al patrimonio del defunto?

Se tutti concorrono a condizioni eguali sul patrimonio dell'erede, l'istituto della separazione diventa un vero mezzo di ingiustizia, ciò che è tanto evidente, da non aver d'uopo di dimostrazione. Ma non credo che sia intenzione dei redattori dar vita

a simile ingiustizia. E allora ci si presenta quest'altra incertezza: in qual senso dovremo intendere questa disuguaglianza di condizione sul patrimonio dell'erede? Prevalenza dei creditori personali dell'erede su tutti? E, in tal caso, come si effettua il riparto fra le altre due categorie? Ovvero: prevalenza dei creditori personali e dei non separatisti sui separatisti?

Queste lacune appunto non permettono di emettere un giudizio sicuro sulla bontà delle norme stabilite dal progetto riguardo al concorso delle varie specie di creditori sui beni ereditarii (art. 52); infatti, il modo di concorso sui beni ereditarii e il modo di concorso sui beni proprii dell'erede sono aspetti dell'istituto *strettamente connessi*, sono come le due faccie della stessa medaglia e non si può apprezzare l'uno senza conoscere l'altro.

Dice la relazione (pag. 7), illustrando l'art. 52, che una prevalenza dei separatisti sui non separatisti riguardo ai beni ereditarii non è giustificabile; che essa altera senza buona ragione la *par condicio creditorum*, garantita dall'art. 1949 cod. civ.; ora, io dico che tutto dipende dal vedere come la separazione è intesa e disciplinata, nel suo insieme. Se essa è concepita, secondo una lunga tradizione, *come vera separazione*, sicchè rispetto ai separatisti, *impedisca gli effetti dell'adizione*, impedisca che l'erede possa considerarsi come debitore dei separatisti, mentre è considerato debitore dei non separatisti; se questi ultimi estendono la loro garanzia ai beni particolari e ai futuri acquisti dell'erede, mentre non l'estendono i separatisti; allora, appare tutt'altro che strana ed ingiusta quella condizione di superiorità dei separatisti sui non-separatisti rispetto *ai beni ereditarii*, che la relazione sul progetto ritiene ingiustificata.

Insomma, mi sembra che questa sezione meriti di essere rielaborata, affinché più chiari risultino i concetti fondamentali e i più importanti effetti della separazione. Sarebbe anche desiderabile che fossero maggiormente determinati i rapporti fra credi-

tori e legatarii, che l'art. 364 (1033 del codice), anche se combinato coll'art. 52, non mi sembra sufficiente a chiarire del tutto, lasciando, ad esempio, nell'ombra quali siano i rapporti fra creditori separatisti e legatarii egualmente separatisti e fra creditori non separatisti e legatarii non separatisti; parrebbe che dovesse ammettersi una preferenza dei creditori sui legatarii, se si ha riguardo a ciò che il progetto statuisce in tema di beneficio d'inventario (art. 42), ma certo sarebbe stato bene dettare norme su questo punto anche nella sezione relativa alla separazione.

SEZIONE V. - DELLA RINUNZIA ALL'EREDITÀ.

L'art. 64 riproduce l'art. 946 del codice, ma quest'articolo avrebbe avuto necessità di correzioni. Non sembra esatto dire che la parte del rinunciante si accresce *ai coeredi*, come appare dalla disposizione, perchè, in molte ipotesi, si accresce soltanto *ad alcuni dei coeredi*; ciò è vero per il codice, come per il progetto. Non posso qui approfondire questo punto, assai delicato e difficile, che richiederebbe un lungo discorso; mi limito a citare qualche esempio: se rinuncia uno degli appartenenti ad una stirpe di discendenti dal defunto o da fratelli e sorelle del defunto, che succedono per rappresentazione, questa rinuncia profitterà — com'è ammesso da scrittori autorevoli — agli altri successibili *della stessa stirpe*, non *ai coeredi in generale*; se il coniuge concorre coi due genitori del defunto e uno di questi rinuncia, la quota del rinunciante si accrescerà all'*altro genitore*, non al coniuge, che avrà in ogni modo il suo terzo in proprietà, oltre al terzo in usufrutto, secondo il progetto (art. 754 del codice; 134 del progetto); se il coniuge concorre con due figli naturali del *de cuius* e uno di questi rinuncia, la rinuncia profitterà all'*altro figlio naturale*, non al coniuge, e così via.

Perciò la disposizione non può essere così semplice, come ce la presentano gli articoli 946 del codice e 64 del progetto, ed è dunque necessaria una adeguata considerazione degli effetti della rinuncia nelle successioni legittime, per trovare una formula così ampia ed elastica, da includere le svariate ipotesi.

Le disposizioni, di cui parlo, sembrano non rispondenti al sistema anche quando stabiliscono: « se il rinunciante è solo, *la successione si devolve al grado susseguente* »; già questa norma, che ha l'aria di esser generale, non potrebbe, se mai, applicarsi che a un campo ristretto, a quello della successione dei parenti legittimi, rispetto alla quale si può parlar di *grado*; ma non corrisponde sempre al vero neanche rispetto ad esso, perchè, nella successione dei parenti legittimi, *non si ha riguardo solo al grado, ma anche alla linea* e può, per conseguenza, esser chiamato in sott'ordine un parente *dello stesso grado* del rinunciante, per esempio un fratello in luogo di un nipote (*ex filio*) rinunciante e persino un parente di grado *più prossimo* del rinunciante (per esempio un genitore del *de cuius* in luogo di un nipote (*ex filio*) rinunciante (v. art. 116 e seguenti del progetto). Già un nostro compianto e autorevole scrittore aveva giustamente criticato la formulazione dell'art. 946.

Una più esatta formulazione dell'art. 64 sarebbe forse la seguente: « Nelle successioni legittime, la parte di chi rinuncia si accresce a coloro, che, in caso di accettazione, avrebbero risentito restrizione di quota per effetto del suo concorso. Se il rinunciante è solo o se tutti i successibili rinunciano, la successione si devolve ai chiamati in sott'ordine giusta le norme del Titolo II di questo libro ». Questa formulazione potrà non essere ancora perfetta, ma certamente s'avvicina di più al sistema del codice e del progetto.

Anche l'art. 70, come già l'art. 952, sembra troppo ristretto, non sembra rispecchiare esattamente il principio, che vuol espri-

mere. Esso infatti parrebbe riferirsi soltanto ad una delle ipotesi, in cui al chiamato è precluso ormai l'adito ad accettare col beneficio d'inventario (mancata redazione dell'inventario entro *tre mesi* dall'apertura della successione o dalla notizia della devoluta eredità), mentre la intenzione è manifestamente quella di riferirsi anche ad altre ipotesi, in cui la facoltà di accettare beneficiariamente si è estinta, per inerzia del chiamato; così, soprattutto, all'ipotesi (contemplata nell'art. 29) che il successibile abbia lasciato trascorrere quaranta giorni dal compimento dell'inventario senz'aver fatto la dichiarazione di accettare beneficiariamente; infatti, poichè il chiamato è allora considerato *erede puro e semplice*, poichè la qualità di erede, una volta acquistata, non si perde, evidentemente la possibilità di rinuncia è da escludere.

Inoltre, deve osservarsi che, secondo le disposizioni del progetto, la facoltà di rinunciare si perde dal successibile anche nell'ipotesi in cui egli non si trovi nel possesso reale dei beni ereditarii, ove ricorrano le circostanze dell'art. 28 e dell'art. 29. Perciò, miglior cosa sarebbe stata: o addirittura sopprimere la dichiarazione dell'art. 70 del progetto, corrispondente a quella dell'art. 952 del codice, posto che essa si riferisce ad ipotesi in cui il successibile è considerato erede puro e semplice ed è perciò del tutto ovvio che egli abbia perduto la facoltà di rinunciare; oppure dare all'art. 70 una formulazione più comprensiva, per esempio la seguente: « Non ostante ciò che è stabilito negli articoli precedenti, la facoltà di rinuncia si estingue per le stesse cause per cui s'estingue, secondo la Sezione III di questo Capo, la facoltà di accettare con beneficio d'inventario ».

Opportunamente in questa sezione dedicata alla rinuncia si è stabilito che lo Stato non possa rinunciare all'acquisto di beni ereditarii (art. 63) e si sono date norme riguardo all'impugnativa della rinuncia (art. 69).

SEZIONE VI. - DELLA EREDITÀ GIACENTE.

Una rilevante innovazione contiene l'art. 73, in confronto dell'art. 980 del codice, riguardo ai casi di giacenza dell'eredità: la novità consiste essenzialmente in questo, che l'eredità si considera giacente, non già (secondo il concetto del codice) quando manchino o non si conoscano successori *diversi dallo Stato*, ma quando, conoscendosi l'erede o gli eredi, questi trascurino l'eredità, non prendendone possesso (v. anche relazione, pagina 8).

Ora, la norma del progetto costituisce, senza dubbio, una buona innovazione, perchè è utile provvedere all'amministrazione dell'eredità non soltanto quando non esistano o non siano noti successori diversi dallo Stato, ma anche quando, esistendo ed essendo noti tali successori, costoro lascino l'eredità in una condizione di abbandono contraria ad interessi generali e particolari. Ma ciò non significa che *a queste sole ipotesi* debba riferirsi la giacenza dell'eredità e che debbano essere cancellati, senz'altro, i casi, ai quali esclusivamente si riferisce l'art. 980 del codice, e che forse costituiscono i più tipici casi di giacenza. Infatti, anche in questi casi, cioè quando non esistano, o non si conoscano successori diversi dallo Stato, o quando tutti i successori diversi dallo Stato abbiano rinunciato, anche in questi casi, dico, non è meno, e forse è più interessante provvedere alla conservazione e alla gestione dell'eredità.

Dice la relazione che, in simili ipotesi, non manca un successore, ed è lo Stato, che non può rinunciare alla successione (pag. 8; vedi art. 63); ciò — a parte la questione se lo Stato sia erede — è verissimo, ma non significa che nei casi ora indicati manchi la necessità di provvedere *intanto* alla conservazione e amministrazione del patrimonio. Atti di *vera e immediata appropriazione del patrimonio, con poteri di disposizione*, da parte

degli organi dello Stato, non sarebbero certo ammissibili *subito dopo l'apertura della successione*, potendo ancora manifestarsi successori privati; si avrebbe dunque, in sostanza, uno *stato di giacenza* dell'eredità, anche se la gestione del patrimonio, invece di essere affidata a un curatore, fosse affidata subito ad organi amministrativi, nell'interesse dello Stato e, insieme, nell'interesse d'altri eventuali aventi diritto, che possano palesarsi.

Io credo, in conclusione, che, anche nei casi dell'art. 980, si debba provvedere alla conservazione e alla gestione del patrimonio, o colla nomina di un curatore, come fa il codice vigente, o facendo subito intervenire organi amministrativi, i quali organi, in un primo periodo (in cui debbono farsi indagini sulla esistenza di successori che prevalgono sullo Stato) esercitino una *gestione provvisoria*, con atti di disposizione limitati al *puro necessario*. Esaurite le indagini, passato un periodo di tempo conveniente, seguirà l'appropriazione, vera e completa, da parte dello Stato. Ma questo periodo di gestione provvisoria può pur sempre ricondursi al concetto di *giacenza dell'eredità*: si può abolire il nome, non l'istituto.

Il nuovo codice dovrebbe dunque regolare anche le ipotesi dell'art. 980 del codice e dovrebbe poi stabilir meglio i rapporti fra gestione provvisoria e appropriazione del patrimonio da parte di chi ne ha il diritto. Quando può dirsi chiusa la gestione del curatore, quando e in base a quali prove è egli autorizzato a rendere il conto e a far la consegna del patrimonio? Quando, soprattutto, potrà dirsi che è ormai tramontata la possibilità di successori privati e che perciò il curatore può far la consegna del patrimonio e il rendiconto ad organi amministrativi, nell'interesse dello Stato? Sono punti oscuri e punti che dovrebbero essere disciplinati, non solo da leggi amministrative, ma anche ed anzitutto dal codice civile.

Infine osservo che, ammessa una nuova categoria di casi di

eredità giacente, come fa l'art. 73 del progetto, l'istituto dovrebbe, per questi casi, essere regolato con qualche modalità diversa da quelle che riguardano l'altro gruppo di ipotesi, cioè il gruppo d'ipotesi a cui si riferisce l'art. 980 del codice vigente, in queste ultime non essendo noto o non esistendo l'erede privato, mentre nelle prime è noto, ragione per cui è possibile *provocare* una qualche attività del successibile, diffidarlo ecc.: per esempio dare al curatore stesso la facoltà che l'art. 68 del progetto (951 del codice) dà a chi « ha interesse verso l'eredità ».

SEZIONE VII. - DELLA PETIZIONE D'EREDITÀ.

Lodevole è l'iniziativa dei redattori del progetto di regolare con un'apposita sezione la petizione d'eredità, a simiglianza di altri codici. Adottato però questo partito, mi sembra che la sezione avrebbe potuto essere un po' più ricca di norme; così, per esempio, punti delicati sono quelli relativi alla prova che l'attore deve fornire; alla responsabilità per perdite, deterioramenti colposi, per lo sperpero del patrimonio ecc. Riguardo allo stesso obbligo dell'erede apparente di buona fede, che abbia alienato in buona fede cose dell'eredità, di restituire all'erede vero il prezzo o il corrispettivo, sorgeranno dubbii, io penso, se egli sia obbligato a restituirlo *incondizionatamente*, ovvero soltanto quando esso sussista ancora presso di lui o sia stato produttivamente impiegato, non quando sia stato impiegato in modo *improduttivo*, ad esempio donato o perduto al gioco, non considerandosi responsabile *qui rem quasi suam neglexit*. Poichè questo punto è stato molto discusso ed ha lasciato perplessi gli interpreti del vigente codice, non sarebbe stato male dare all'art. 77 una formulazione tale, da troncane ogni questione.

Mi limito a fare un'altra breve osservazione: l'art. 76 con-

tiene, come l'art. 933, una norma relativa ai terzi di buona fede che hanno acquistato a titolo oneroso, ma, mentre l'art. 933 si riferisce a quei terzi che hanno acquistato *dall'erede apparente*, invece l'art. 76 capov., conformemente alla prima parte dello stesso articolo, parla di « aventi causa da chi possieda a titolo di erede o senza titolo ». Pare dunque che il terzo sia tutelato anche se egli ha acquistato da persona che non aveva la qualità di *erede apparente*, da persona che, pur possedendo una certa quantità di beni ereditarii, e persino tutti, non si pretendeva erede, non si comportava da erede, non ne rivestiva il titolo. Ora, la *speciale* tutela dell'art. 933, contraria ai principii generali, è giustificata anche quando l'acquisto, sia pur compiuto in buona fede, è fatto da chi possiede semplicemente *pro possessore*, da chi non si comporta pubblicamente come erede? O non deve dirsi piuttosto, come a me sembra, che, in questo caso, essendo meno forti le ragioni della tutela, si deve ritornare ai principii generali riguardanti la *rei vindicatio*, salvo quelle attenuazioni dei principii, ad esempio pei frutti, che sono in generale ammesse per i possessori di buona fede?

TITOLO IV
DELLA DIVISIONE

CAPO I
DISPOSIZIONI GENERALI

In questo capo si trovano notevoli innovazioni rispetto al codice vigente; innovazioni che, in parte sulle orme del codice svizzero, mirano allo scopo assai lodevole di rendere meno rigido il principio, riaffermato in via di massima dall'art. 316, che ciascun coerede può chiedere *in natura la sua parte* dei beni mobili ed immobili dell'eredità; già l'asprezza di questo principio era stata attenuata dal codice vigente, con qualche norma (art. 988, 994), ispirata a finalità economico-sociali, ma simile attenuazione era, per così dire, timida e insufficiente, onde assai bene hanno fatto i redattori del progetto ad elaborare tutto un complesso ragguardevole di norme, che tendono a conciliare il diritto dei condividenti con gli interessi generali; fra tali norme sono notevoli quelle che, con opportune cautele, consentono che un immobile sia attribuito, senza divisione materiale, alle quote di più coeredi (art. 326 ultima parte) e quelle che riguardano l'assegnazione di un fondo o di un'azienda agricola o industriale formante un'entità economica indivisibile (art. 329). Buono sembra anche, almeno in via di massima, quel complesso di norme che tende ad attenuare le asprezze del principio, pur affermato, in generale, dal progetto, per cui ciascun coerede può sempre domandare la divisione (art. 312-314). Con questo insieme di disposizioni, si dà, rispetto al tema della divisione, nuova vita al vecchio organismo del codice.

Peraltro, molte norme del codice, che riguardano lo svolgimento delle operazioni divisionali, sono passate nel progetto, mentre alcune di esse, a mio avviso, meritavano modificazioni e correzioni. Così, mi sembra, riguardo all'ordine in cui si susseguono le diverse fasi della divisione; seguendo il codice, il progetto ci presenta come prima fase (art. 316 - 318) quella della (eventuale) *vendita di beni*, mobili o immobili, e come seconda fase quella della *formazione della massa ereditaria* (art. 319 - 321). Ora, ho sempre pensato che l'ordine del codice, seguito dal progetto, costituisca un'inversione dell'ordine naturale.

Infatti, è solo determinando la composizione della massa ereditaria che si può stabilire quali beni sia necessario (o convenga) alienare; se noi non sappiamo quali beni facciano parte dell'eredità, non possiamo sapere di quali sia necessaria o conveniente la vendita; se non sappiamo quale via sarà scelta, se quella della collazione in natura o quella dei prelevamenti (art. 320, 321), non possiamo nemmeno sapere *se sarà possibile* la vendita di certi beni, perchè non sappiamo se saranno conferiti o non conferiti, prelevati o non prelevati! E' solo accertando la massa ereditaria che potremo decidere quali siano gli « immobili non comodamente divisibili » e se « la divisione della intera sostanza non possa effettuarsi senza il loro frazionamento » (art. 317). E' soltanto la « formazione dello stato attivo e passivo dell'eredità » (art. 319) che ci permetterà di stabilire la « necessità della vendita per il pagamento dei debiti e pesi ereditarii » (art. 316 e 317). Seguire l'ordine del codice e del progetto è, mi si consenta l'espressione poco accademica, mettere il carro avanti ai buoi.

Strettamente connesso con l'argomento dei *conferimenti* da parte dei coeredi, è l'argomento dei *prelevamenti* (art. 321), che non sono, secondo il codice e il progetto, altro che un modo

più pratico e sbrigativo per giungere ad un equo riparto della sostanza, quando uno o più coeredi non si prestino a versare nella massa ciò che da essi è dovuto. Ora, o io m'inganno, o vi è nel codice vigente un errore materiale, a causa del quale non si giunge al risultato voluto e si riesce ad una deformazione delle quote. Questo errore (se io non prendo abbaglio nel chiamarlo tale) è ripetuto dal progetto (art. 321; v. art. 992 del codice).

Se infatti gli eredi, cui è dovuto il conferimento, prelevano, sulla massa ereditaria, *una porzione eguale*, come dicono il codice e il progetto, o, più esattamente, una massa di beni avente valore eguale a quello dei beni da conferire; se poi, come risulta chiaramente dall'insieme degli articoli seguenti, il resto viene diviso fra tutti, secondo le quote ereditarie, si arriva — se non m'inganno — ad una *alterazione delle quote*, col risultato dell'ingiusto vantaggio di quei coeredi che hanno una quota minore.

Gli eredi siano *A* per $\frac{2}{5}$; *B* per $\frac{2}{5}$; *C* per $\frac{1}{5}$; la sostanza relitta sia di L. 100.000; sia *C* tenuto a conferire alla massa L. 20.000 (in cose o in denaro). Egli non conferisce, ed allora *A* e *B* prelevano, ciascuno, somme (o cose) per L. 20.000. Allora, il valore della sostanza da dividere rimane di L. 60.000 e si ha il risultato seguente:

ad <i>A</i>	L. 24.000 (riparto dell'asse)	+	20.000 (prelevamento)	=	L. 44.000
a <i>B</i>	L. 24.000 (riparto dell'asse)	+	20.000 (prelevamento)	=	L. 44.000
a <i>C</i>	L. 12.000 (riparto dell'asse)	+	20.000 (non conferite)	=	L. 32.000
					Totale L. 120.000

Ma, per tal modo, come dicevo, non si raggiunge la *proporzione voluta*, perchè le L. 32.000 percepite, nell'insieme, da *C*, rappresentano più di $\frac{1}{5}$ della sostanza complessiva, mentre le L. 44.000 percepite da ciascuno degli altri eredi rappresentano meno dei $\frac{2}{5}$ a ognun d'essi dovuti.

L'ammontare dei prelevamenti credo debba essere stabilito da una norma un po' più complessa, ma non eccessivamente difficile, che esprima la formula seguente. Chiamando x il valore in lire dei beni da prelevarsi dal coerede che si considera; chiamando c il valore dei beni da conferire da un altro coerede; chiamando a/q la quota del coerede che ha diritto al prelevamento e b/q la quota del coerede che avrebbe dovuto conferire, si ha:

$$x : c = a/q : b/q,$$

ossia una semplice proporzione che rende facilissima la determinazione dell'incognita.

Ridurre a norma giuridica queste espressioni aritmetiche, d'altra parte, non mi pare molto difficile. Si potrebbe dire, per esempio, modificando l'art. 321, prima parte: « Il valore dei beni che un coerede avente diritto alla collazione può prelevare, si trova, rispetto al valore dei beni che altro coerede avrebbe dovuto conferire, nello stesso rapporto in cui la quota del coerede che ha diritto al prelevamento sta con la quota del coerede obbligato alla collazione ».

Riguardo all'assegnazione dei lotti, gli articoli 993 e 996 del codice vigente ci davano norme difettose e, potrebbe anche dirsi, inintelligibili, almeno in parte. Il progetto migliora queste norme: in particolare, stabilisce che si proceda alla formazione di tante parti (lotti), quanti sono gli eredi o le stirpi condividenti, *in proporzione delle quote* (art. 322 in fine) e, con quest'ultima espressione, corregge opportunamente l'assurda norma dell'art. 993, che parla di « parti uguali ».

Si sarebbe potuto forse pensare alla formazione di tanti lotti eguali, che rappresentassero il *massimo comun divisore* delle diverse quote dei coeredi, e ad una successiva estrazione a sorte per tutti, attribuendosi, per esempio, a Tizio un lotto solo, a Caio due lotti, a Mevio tre ecc., secondo le quote ere-

ditarie, ma io credo che abbiano fatto bene i redattori a disporre che all'esistenza di quote diseguali corrisponda, senz'altro, la formazione di lotti diseguali; altrimenti sarebbero contrastati, dalla esiguità dei lotti, proprio quei fini economici che i redattori hanno lodevolmente cercato di raggiungere.

Un altro principio approvabile, accolto dal progetto, è quello che rende obbligatoria, riguardo ai lotti eguali, l'estrazione a sorte: è questa una grande garanzia di sincerità delle operazioni divisionali e bene si è fatto ad imporla, là dove l'eguaglianza delle quote lo consente. Ma, dato questo complesso di principii, non mi riesce ben chiara la norma per cui l'autorità giudiziaria deve *decidere* rispetto a quali parti si debba procedere per estrazione a sorte e rispetto a quali per attribuzione (art. 326): per una simile decisione e per un'*attribuzione* di quote mi pare che non ci sia posto, in questo sistema. Infatti:

1°) Se tutte le quote sono *diseguali* e i lotti si formano secondo le quote (art. 322), non vi è bisogno nè di *attribuzione*, nè di *estrazione*; non occorre, nè la volontà dell'uomo, nè quella della sorte; basta un ragionamento, il più elementare, un ragionamento da fanciulli.

2°) Se uno dei coeredi ha una quota diversa da quella di tutti gli altri, che hanno, fra loro, quote eguali, se i lotti si formano secondo le quote, allora l'attribuzione di un certo lotto al primo e degli altri lotti agli altri è già un fatto compiuto, prestabilito dall'ampiezza delle quote; solo rimangono da distribuire i lotti eguali fra gli eredi aventi quote eguali; ma, secondo il sistema del progetto, questa distribuzione *deve* avvenire per estrazione a sorte; dunque, se non erro, parlare di attribuzione di lotti non è possibile.

3°) Analogo ragionamento si potrebbe fare se vi fossero più gruppi di coeredi, aventi quote eguali nell'interno del gruppo, e diverse nei gruppi diversi; se, per esempio, *A* fosse erede

per $2/6$, B per $2/6$, C per $1/6$, D per $1/6$. Allora, la distribuzione dei lotti fra il gruppo ($A-B$) da un lato e il gruppo ($C-D$) dall'altro è intuitiva, automatica, mentre poi la distribuzione dei singoli lotti fra A e B e quella fra C e D dovrà avvenire, secondo il progetto, per estrazione a sorte. Quale posto rimane dunque per l'attribuzione?

Mi sembrano opportune le norme relative alla prelazione a favore dei coeredi in caso di alienazione della quota e alla ripristinazione del c.d. *retrato successorio* (art. 328) e ciò per le ragioni esposte nella relazione.

Una innovazione molto rilevante, che si trova in questa sezione (art. 330 e seguenti), consiste nell'aver ammesso la possibilità che *qualunque testatore* (non solo l'ascendente riguardo ai discendenti) possa dividere l'eredità, così da eliminare il periodo originario di *comunione*. E' questa un'innovazione felice? Certo, essa è animata da un lodevole intento: quello di rendere più sollecito, anzi addirittura immediato, il riparto del patrimonio, e di eliminare, con ciò, i contrasti e le liti, che possono sorgere, dallo stato di comunione e dalle operazioni divisionali.

In tal modo, però, mi sembra che si giunga alla conseguenza di dare a qualunque testatore (anche se non si tratta di ascendente) un potere esorbitante, anche riguardo a rapporti che toccano i terzi: il testatore che vuol ripartire il patrimonio fra i successori ha, per tal modo, due vie: può ripartirlo distribuendolo con *legati* e lasciando così tutti i debiti ad *eredi*, che *nulla* raccolgono, ovvero può ripartirlo nel modo tracciato dall'art. 330 del progetto, vale a dire considerando eredi le persone fra cui ha distribuito il patrimonio, con tutti gli effetti proprii dell'eredità, fra cui primeggia la rispondenza, *almeno di fronte ai terzi*, per i debiti e pesi della successione. Ora, che il testatore sia arbitro di dare o non dare gli effetti ereditari alla distribuzione

dei proprii beni, con le gravi e profonde conseguenze che ne derivano pei terzi, è cosa — a mio avviso — eccessiva; la legge, non l'uomo, dovrebbe stabilire se ad una distribuzione del patrimonio fra successori sia congiunta, o no, la qualità ereditaria!

Questa conseguenza, inoltre, è più grave per il progetto di quel che sarebbe stata nel codice, se questo avesse ammesso, per tutti i testatori, la facoltà di dividere l'eredità fra gli eredi. Infatti, nel codice vigente, almeno secondo l'opinione di una parte notevole della dottrina, il criterio per distinguere la successione universale dalla particolare è fondato sull'assegnazione, o meno, di *quote astratte, aritmetiche*; chi non succede in simili quote, è successore particolare (art. 760). Accolto tal principio, vi sarebbe almeno un criterio per distinguere la divisione dei proprii beni *a titolo di legati* da quella *a titolo ereditario*, secondo l'art. 330: se l'assegnazione dei beni appare dal testamento come *attuazione, realizzazione* delle quote astratte indicate dal testatore, allora avremo (non ostante la distribuzione dei beni concretamente fatta dal testatore) un *fenomeno d'eredità*; avremo invece un *complesso di legati*, se non vi è vocazione per quote: criterio prevalentemente formalistico, come si vede, ma almeno chiaro. Ma la cosa diventa assai più difficile, di fronte alla norma dell'art. 141 del progetto, relativa alla fondamentale distinzione fra eredità e legato, perchè questa norma, certamente non fondata sulla quota astratta o aritmetica, fornisce — s'io non m'inganno — un criterio così sottile, così vago e inafferrabile, che sarà ben difficile, se non impossibile, di fronte a una distribuzione del patrimonio fra i successori, decidere — cosa d'immensa importanza — a qual titolo sia stata disposta dal testatore: se a titolo di legato o di eredità, donde l'arbitrio del magistrato.

Del resto, le nuove norme del progetto servono a mostrare che, gradualmente e quasi inavvertitamente, ci avviciniamo ad

un sistema, in cui saranno, se non cancellate, almeno grandemente attenuate le profonde differenze (derivanti dalla tradizione, ben più che dalle esigenze dei rapporti) fra *eredità* e *legato*: sistema, verso cui tendono le aspirazioni di alcuni scrittori. Che i pesi siano congiunti ai benefici; che la rispondenza verso i terzi dipenda *dal raccogliere i beni*, in un modo o nell'altro, non *dalla volontà* del testatore, è questa la meta a cui dobbiamo mirare. Se i pesi ereditarii fossero considerati come la faccia opposta dei vantaggi, l'arbitrio del testatore, che sopra ho descritto, non si verificherebbe, perchè allora *qualunque attribuzione* di beni, salvo forse opportune eccezioni per *tenui* legati o per legati a titolo di *rimunerazione*, porterebbe con sè la rispondenza per una quota del passivo. Ma forse la *divisione fra gli eredi*, permessa ormai dal progetto a *tutti i testatori*, non è che un ponte di passaggio fra il vecchio e il nuovo, perchè dà vita ad una *nuova e rilevante figura* — da aggiungersi a quelle già ammesse per eccezione sotto il codice — in cui gli effetti ereditarii sono congiunti, diremo così, a *quote concrete*, cioè a quote formate da beni concretamente, fisicamente determinati sin dall'apertura della successione.

CAPO II

DELLA COLLAZIONE E DELLA IMPUTAZIONE

Si è fatto molto bene a stabilire l'obbligo della collazione riguardo ai figli naturali, resolvendo dispute sorte sotto il codice; mi sembra però (rilievo questo che riguarda la *forma*, non la *sostanza*) che l'art. 336 avrebbe potuto essere formulato in modo, da mettere maggiormente in vista che anche *al figlio naturale* la collazione è dovuta.

Nell'art. 337 la formulazione del codice avrebbe potuto essere migliorata, avendosi riguardo non solo alla *disponibile*, ma anche a quella *parte della legittima*, che spetta al discendente tenuto alla collazione (cfr. articoli 826, ultima parte, del codice e 103, ultima parte, del progetto) e, dopo ciò, si sarebbe dovuto parlare di *riduzione*, anzichè di *collazione*, come illustri civilisti hanno osservato per la corrispondente disposizione del codice vigente (art. 1002).

E' notevole la migliore formulazione dell'art. 339 in confronto degli articoli 1004, 1006.

La distinzione dell'art. 1005 del codice fra successione *jure proprio* e successione *jure repraesentationis*, riguardo alle donazioni fatte dal *de cuius* all'ascendente dell'erede, non avrebbe meritato di essere riprodotta (art. 340): non vi ha plausibile motivo per considerare più forti nell'un caso che nell'altro le ragioni (eguaglianza fra discendenti; probabile interpretazione della volontà del *de cuius*) che animano l'istituto; d'altronde, anche il rappresentante, sì per il codice che per il progetto (v. art. 112 ult. comma), succede al *de cuius*, non al *rappresentato*. Sarebbe stato miglior partito, a mio avviso, escludere la collazione in ambo i casi.

Gli articoli 341 e 342 contengono alcune buone modificazioni: è invece assai dubbia l'opportunità di abolire il capoverso dell'art. 1007.

A ragione, la norma dell'art. 1012 è stata allargata (art. 345); ma sembra che miglior partito sarebbe stato quello di estenderla a tutti i mobili. La ragione di distinguere fra mobili deperibili e non deperibili non può certo esser data dalla considerazione di una trasmissione del dominio e di una conseguente *sopportazione di rischi* da parte del donatario, che si abbia per le cose deperibili, a differenza delle non deperibili; se mai, questa considerazione potrebbe applicarsi alla distinzione fra cose consu-

mabili e non consumabili, ma qui sarebbe fuor di luogo e può dirsi piuttosto che, da questo punto di vista, tutte le cose mobili sono eguali, perchè per tutte (art. 356 del progetto, 1024 del codice) la collazione si eseguisce *per imputazione*.

Forse, i redattori hanno considerato che la distruzione fortuita delle cose deperibili reca minor danno al discendente donatario, perchè colpisce cose il cui valore è già scemato per l'uso; ma può risponderci anzitutto non esser provato che il fortuito colpisca la cosa proprio *dopo* il suo deperimento; inoltre, e soprattutto, si può osservare che il valore da imputare, secondo l'art. 356 4° comma, non è il valore dell'*oggetto nuovo* (salvo il caso di stima, 1° comma), ma è il valore dell'*oggetto usato* (deteriorato) e perciò può dirsi che il fortuito priva il discendente donatario di *tutto* quel valore, ch'egli dovrebbe imputare alla propria quota. Non si comprende dunque bene la ragione per cui, riguardo alle cose deperibili, permanga l'obbligo della collazione, non ostante il fortuito (arg. *a contrariis* dall'art. 345).

Quanto al valore delle cose, da prendersi per base della imputazione (v. art. 349 e 356), sarebbe stato forse più esatto, secondo il desiderio manifestato da chiari interpreti del vigente codice, parlare di valore *al tempo in cui viene domandata la collazione*; comunque, in fatto di imputazione dei mobili, l'aver in parte seguito e in parte modificato l'art. 1024 del codice, ha fatto sì che l'art. 356 presenti un insieme di norme che non sembra armonico. Che per i mobili stimati si debba stare al *prezzo di stima*, vale a dire: si debba prender per base un valore che è stato ad essi attribuito *nel tempo, forse lontano*, della donazione, mentre per i mobili non stimati si deve aver riguardo al valore che essi hanno *al tempo dell'aperta successione* (art. 356), non persuade. Si sente qui l'influenza del principio *aestimatio venditionem facit*, di cui si è abusato dagli

interpreti, ma da cui è anche ora di emanciparsi ragionevolmente. Questo contrasto di norme si avverte soprattutto per le cose che si deteriorano coll'uso.

Opportune norme riguardano il caso di acquisto di immobile, da parte dell'ascendente a favore del discendente (art. 357) e il compenso ai discendenti collaboratori degli ascendenti (art. 358).

Le precedenti considerazioni riguardano *alcuni particolari* dell'istituto; considerando invece le direttive generali, osservo che anche il progetto dà all'istituto (rispetto ai discendenti, s'intende) quella vasta applicazione che dà ad esso il codice, cioè ammette la collazione nelle successioni testamentarie, oltre che nelle legittime. Ora, su questo punto mi pare che il codice avrebbe meritato riforma. Già valenti scrittori nostri hanno mostrato che, nelle successioni testamentarie, talora, la collazione, ben lungi dall'attuare gli scopi per cui essa è ordinata, opera in senso diametralmente opposto. Se un padre, per esempio, ha beneficato, durante la vita, uno dei proprii figli e poi, animato proprio da spirito di giustizia e da desiderio di eguaglianza, assegna una *quota minore* al figlio donatario, ecco la legge distruggere, coll'istituto della collazione, le giuste provvidenze paterne, sostituendo, all'eguaglianza, la disparità di trattamento!

Io penso che sarebbe stato miglior partito ammettere la collazione soltanto nelle successioni legittime. Nelle testamentarie, infatti, è più che probabile che il testatore, disponendo col pieno ricordo dei benefici già assegnati in passato a questo o a quello dei suoi discendenti, abbia *volut*o adeguare, nel testamento, le sue disposizioni allo stato delle cose, tenendo conto delle proprie precedenti elargizioni; in un gran numero di casi dunque obbligare alla collazione vale quanto modificare il contenuto del testamento.

Ma, se pur si voleva conservare la collazione nelle succes-

sioni testamentarie, bisognava almeno trovare una norma, la quale permettesse di distinguere i casi in cui la collazione raggiunge, almeno parzialmente, lo scopo voluto, favorendo l'egualianza, da quelli in cui avversa lo scopo, aggravando l'ineguaglianza o, peggio ancora, determinandola. Una simile norma era stata da me proposta in altro scritto, appunto nel senso che il discendente donatario sia rispettivamente obbligato o meno alla collazione, a seconda che il conferire attenui od aggravi la diseguaglianza di trattamento risultante dalle disposizioni testamentarie. Ripeto però che mi sembra preferibile ammettere la collazione nelle sole successioni legittime e, tutt'al più, nelle testamentarie a quote eguali.

CAPO III

DEL PAGAMENTO DEI DEBITI

Nell'enunciare la massima (art. 361) che gli eredi sono tenuti ai debiti e pesi ereditari in proporzione della loro quota, sarebbe stato molto bene fare riserva per le ipotesi di *indivisibilità* del debito, in cui il creditore può domandare l'intero a ciascuno degli eredi; allora, si sarebbe potuto accennare, *anche a questo riguardo*, al *diritto di regresso*, che compete all'erede che ha estinto l'obbligazione. Vi hanno poi ipotesi in cui, non solo l'obbligazione è indivisibile, ma non può essere soddisfatta da un erede individualmente, ma *dagli eredi collettivamente*; come, ad esempio, si può immaginare che *un erede solo* costituisca una servitù di passaggio, promessa dal defunto, quando il fondo, che dovrà diventare servente, è ancora comune fra gli eredi? In questo, e in tanti altri casi, vera debitrice è la *collet-*

tività degli eredi: anche riguardo a questa figura sarebbe opportuno un accenno: le obbligazioni della *collettività* dei partecipanti, poco comprese dalla dottrina, sono, di conseguenza, trascurate dalla legislazione (vedi, quanto al nostro codice, la norma, del tutto insufficiente, dell'art. 1205).

L'art. 359 considera il lato interno del fenomeno relativo alla ripartizione dei debiti e dei pesi, mentre l'art. 361 considera lo stesso fenomeno dal lato esterno, cioè nei rapporti coi creditori. Ora, sarebbe stato bene rendere più chiara l'efficacia della disposizione del testatore, con cui egli abbia stabilito un riparto diverso da quello legale o addirittura abbia addossato l'onere a un erede solo o a un legatario; precisare che simili disposizioni del testatore hanno efficacia *soltanto nei rapporti interni*, non già di fronte al creditore, cui non si può imporre un riparto diverso da quello legale (cosa ammessa, in via d'interpretazione del codice vigente, da riputati scrittori); tutto ciò con riserva di una soluzione diversa nel caso in cui lo stesso *titolo costitutivo* dell'obbligazione, prevedendo la morte del debitore, abbia anche previsto il modo di soddisfacimento da parte degli eredi (cfr. art. 1205 del codice).

Chiarito questo, sarebbe stato bene anche stabilire, sia pure in altra parte del codice (v. art. 241), che invece le disposizioni riguardo al *pagamento dei legati* hanno efficacia tanto nei rapporti interni, come nei rapporti col legatario, perchè qui *il testamento costituendo la fonte dell'obbligazione*, può anche determinarne le modalità soggettive.

Questi sono rilievi secondarii, relativi a particolari dell'istituto. Quanto alle direttive generali, mi sia consentito di riaffermare qui il mio profondo convincimento, già in altro scritto affermato, intorno alla opportunità di scostarsi dal sistema tradizionale, che addossa tutti i pesi agli eredi e ne esonera i legatarii, qualunque sia l'entità dei legati e quantunque i legati

assorbano tutto, o quasi, il patrimonio; su questa scissione dei vantaggi dagli oneri, su questo sistema che rende possibile attribuire agli uni tutto, o quasi tutto, il buono, agli altri tutto, o quasi tutto, il cattivo della successione, già una parte della dottrina ha reagito, facendo voti per una maggior giustizia nel regolamento della successione ereditaria.

Ma poichè purtroppo sembra che queste idee non ancora si siano imposte abbastanza e poichè l'ossatura del progetto è quella tradizionale, non è qui il caso d'insistere su ciò, ma solo di osservare che almeno si sarebbe potuto stabilire, in questa sezione, la prevalenza dei creditori sui legatarii, concorrenti nello stesso giudizio esecutivo, e ciò *in via normale*, e quindi prescindendo affatto dalle figure dell'eredità beneficiata e della separazione dei patrimoni; la vecchia massima: *nemo liberalis nisi liberatus*, ispirata a sacrosanta giustizia, avrebbe meritato un più completo accoglimento. Lodevole è il progetto quando, nell'art. 42 (beneficio d'inventario), accoglie l'accennato principio di giustizia, ma credo che non vi siano decisive ragioni per limitare l'auspicata prevalenza dei creditori sui legatarii alle ipotesi di *procedura concorsuale*. Non è forse bastata, in tanti altri casi, per il legislatore, la considerazione della *causa del credito*, per dare la prevalenza a *certi creditori*, in confronto di certi altri, e ciò anche nella procedura esecutiva normale? Non è significativa in questo senso tutta la dottrina dei *privilegi*? Faccio voti affinchè questo principio di giustizia verso i creditori entri nel progetto definitivo del codice ed intanto, nello stesso ordine d'idee, rilevo che è lodevole il capoverso dell'art. 364, in quanto attenua, sia pure in lieve misura, la condizione troppo favorevole che il codice vigente fa ai legatarii.

CAPO IV

DEGLI EFFETTI DELLA DIVISIONE
E DELLA GARANZIA DELLE QUOTE

In questo capo, il vecchio principio intorno al *carattere dichiarativo* della divisione è stato conservato (art. 365). Era invece sperabile che simile *finzione*, detrito storico, a mio vedere inutile, quanto dannoso, venisse sepolta per sempre, com'è avvenuto di tante finzioni, col progresso delle leggi.

Quanto sia artificiosa questa norma, non è certo difficile dimostrare; essa tende a cancellare, a fingere non mai esistito lo stato di comunione, pel quale la legge ha dettato minute norme, e che può essere durato per lungo tempo. Notisi che la comunione fra coeredi non è, di sua natura, uno stato *puramente transitorio*, passeggero, che esista *soltanto* perchè dividere il patrimonio richiede un certo tempo; ma è, talora almeno, uno stato avente una *propria ragion d'essere*, avente ragioni economiche sue proprie e capace di raggiungere fini economici che lo stato di divisione talora non potrebbe perseguire.

Un riconoscimento di questa verità si aveva già nel codice (art. 681, 984), ma si ha ancor più nel progetto. Infatti, non soltanto sono stati moltiplicati i casi, in cui il testatore può assegnare una certa durata allo stato di comunione ereditaria (art. 310 confrontato coll'art. 984), ma inoltre, con norma nuova, si è data facoltà all'autorità giudiziaria di sospendere, per un certo periodo di tempo, la divisione dell'eredità o di alcuni beni, qualora l'immediata sua esecuzione *possa recare notevole pregiudizio agli interessi degli istanti* (art. 314).

Vi sono, è vero, *stati transitorii*, in cui il regolamento dei rapporti è puramente provvisorio e *tende* verso uno stato defi-

nitivo, che non si può attuare subito per ragioni varie, soprattutto perchè un certo fatto, decisivo per i rapporti, non si conosce ancora (ad esempio: pendenza della condizione); ma in simile gruppo di ipotesi, appunto perchè si tratta di *veri stati transitorii*, appena cessato lo stato di pendenza, viene esclusa l'efficacia degli atti di chi si è rivelato non-titolare e si ammette l'efficacia degli atti compiuti da chi si è rivelato titolare.

Ma una condizione profondamente diversa noi troviamo nel rapporto di comunione ereditaria: tanto è falsa la finzione, *che non si ha il coraggio di applicarla, nella sua parte essenziale e si reputano efficaci e definitivi tutti gli atti compiuti dalla collettività dei partecipanti*: non soltanto atti di *amministrazione*, ma financo di *disposizione*, tanto che si arriva a questo enorme assurdo: che se la collettività ha alienato alcuni beni, come spesso accade, e li ha sostituiti con altri, anche per questi *nuovi beni* il coerede si reputa solo e immediato successore, benchè non abbiano mai appartenuto al defunto; *persino, tutto il patrimonio* può essere mutato e, ciò non ostante, varrà la finzione!

Se è già discutibile il principio di retroattività riguardo agli stati *veramente provvisorii*, di *vera pendenza*; se anche in simili ipotesi vi è, persino in leggi moderne, una notevole tendenza contro la retroattività, tanto più ciò deve dirsi per stati che non sono *puramente provvisorii*, ma hanno una ragion d'essere economico-giuridica, come stati a sè.

Come il c.d. carattere dichiarativo abbia reso complessi ed oscuri i rapporti, quanto abbia avversato le soluzioni più semplici e più naturali, non posso qui dimostrare, perchè ciò richiederebbe una minuta analisi dei rapporti di condominio. Mi basti ricordare come questa finzione abbia grandemente contribuito ad escludere l'atto scritto e la trascrizione anche per le divisioni immobiliari, contro ogni elementare esigenza, fino al momento in cui, più per ragioni fiscali che per scopi giuridici,

questo errore fu corretto. E poichè, come ho accennato, non si giunge sino a *cancellare* il precedente stato di comunione, anzi se ne ammettono, anche dopo la divisione, importanti effetti, ne deriva una continua, dannosa incertezza se si debba, nel regolare gli atti e rapporti sorgenti dalla comunione, applicare la finzione o riconoscere la realtà!

Si ammette dagli scrittori che la finzione non sia più sorretta da quelle speciali ragioni, per cui *ab antiquo* essa è sorta, nel diritto francese, ma si soggiunge che è ancora giustificata, in quanto serve allo scopo di rendere gli enti assegnati ad un comunista liberi dai pesi che altro comunista vi abbia imposto. In altro scritto, ho cercato di dimostrare ampiamente che, per raggiungere questo scopo, non vi è bisogno di simile finzione, ma basta il principio, per cui niuno può concedere ad altri un diritto maggiore di quello a lui spettante; non posso qui, per ragione di limiti, riprodurre quella minuta dimostrazione: mi basti dire: o l'alienazione del comunista riguarda *la sua quota* (astratta) ed è chiarissimo che, come il diritto del comunista, così quello dell'avente causa da lui *deve* ridursi alle cose assegnate in divisione: si ha in ciò pura e semplice applicazione del principio ora indicato. Se poi l'alienazione del comunista riguarda una *cosa individualmente, fisicamente determinata* (la tal casa, il tal fondo), o essa è stata subordinata agli esiti della divisione, e l'inefficacia dell'atto, in caso di mancata assegnazione a *quel* comunista, scende, limpidamente, dalla stessa volontà contrattuale; o invece il comunista si è arrogato un potere che non aveva, cioè ha agito *da proprietario esclusivo*, non da comproprietario, vendendo, ad esempio, *sic et simpliciter*, come se si trattasse di cosa esclusivamente sua, e allora, a porre nel nulla, ove occorra, nell'interesse e ad istanza degli altri comproprietari e dell'acquirente stesso, simili atti sleali, bastano le norme generali, bastano le norme intorno agli atti di disposi-

zione relativi al patrimonio altrui. Ma purtroppo la modesta mia voce è stata la voce di chi grida al deserto (1).

CAPO V

DELLA RESCISSIONE IN MATERIA DI DIVISIONE

La modificazione apportata all'art. 1039 del codice (art. 370 del progetto), modificazione che non è di *pura forma*, mi sembra opportuna. Mentre il codice ammetteva la rescissione contro qualunque atto che avesse per oggetto di far cessare la comu-

(1) In sostanza, la c.d. natura dichiarativa della divisione è considerata come un *espediente* per rendere *opponibile la divisione* a chi abbia acquistato da un partecipante diritti sulla quota o su singole cose comuni. Ma vi è veramente bisogno di simile espediente? Per convincersi che non ve n'è bisogno, basta considerare i due punti seguenti:

1) Il diritto di chiedere la divisione, che spetta ad ogni partecipante di fronte a tutti gli altri, spetta *evidentemente* ad ogni partecipante anche di fronte a chi abbia acquistato da un altro partecipante diritti sul patrimonio comune, perchè è assurdo pensare che l'acquirente per via derivativa acquisti un diritto maggiore di quello dell'alienante.

2) A chi ha acquistato da un partecipante dovrebbe essere riconosciuto un *vero e proprio diritto* di essere *parte* nella divisione, sia pur subordinando questo diritto al compimento di certi atti di notificazione o simili; su questo punto la legge nostra è manifestamente incompleta (art. 680). Ciò è di una evidenza assoluta rispetto al *cessionario della quota*, ma è chiaro anche se si tratta dell'acquisto di *diritti frazionari sulla quota o di diritti su cose singole*, perchè, anche in tal caso, la divisione *tocca i diritti dell'acquirente*, e perciò egli ha diritto di partecipare ad essa.

Stabilito anche questo secondo punto, vi è tutto quanto occorre per considerare opponibile la divisione a chi ha acquistato diritti da un partecipante sulle cose o sul patrimonio comune: la divisione gli è opponibile perchè essa rappresenta un'eventualità *insita nel suo diritto*, connaturale ad esso; gli è opponibile perchè le operazioni divisionali sono avvenute *anche in suo confronto*, colla sua partecipazione.

A che serve dunque il carattere dichiarativo della divisione?

nione degli effetti ereditarii fra coeredi, ancorchè fosse qualificato con titoli di vendita, di permuta, di transazione, od in qualunque altra maniera (art. 1039), invece il progetto dice: «*ancorchè abbia luogo mediante vendita, cessione, permuta, transazione od altro negozio giuridico*» (art. 370).

Il codice diceva cosa vera nel dire che *un atto di divisione* è rescindibile ancorchè *qualificat* come vendita ecc., ma diceva una *verità banale*, essendo ben noto e ben ovvio che il *nomen juris*, attribuito dalle parti a un negozio, non ha alcuna importanza, quando il *contenuto del negozio* sia palesemente in contrasto con esso. Invece, il progetto non allude più al *nomen juris*, ma a negozi che *sostanzialmente* differiscono dalla divisione, pur producendo un effetto ad essa comune, cioè quello di *far cessare lo stato di indivisione*. I negozi indicati nell'art. 370 non costituiscono una *divisione vera e propria*; tuttavia, è giusto che siano pur essi suscettivi di rescissione; da ciò s'intende che è migliore la redazione del progetto.

Riguardo a questo capo, mi pare si possa osservare che l'art. 1040, riprodotto dall'art. 371, avrebbe meritato soppressione o almeno correzione, perchè esso indebolisce assai le provvidenze legislative in tema di rescissione. Se anche non si vuol vedere una *vera contraddizione* fra questa norma e quella dell'articolo precedente, si deve tuttavia riconoscere che l'art. 371 costituisce un mezzo assai facile per eludere alcune almeno delle norme sulla rescissione: quelle relative alla vendita o cessione di quota.

Nel regolare la rescissione in materia di compravendita immobiliare, ben giustamente il legislatore si era preoccupato di stabilire l'inefficacia della rinuncia all'azione, la cui possibilità avrebbe reso vano, o quasi, il precetto legislativo (art. 1529). Qui invece, se non m'inganno, ha fatto il contrario: ha apprestato alle parti un facile mezzo per eludere le norme sulla re-

scissione, per quanto riguarda la vendita o cessione di quota, bastando che si dichiari che la vendita o cessione avviene a *rischio e pericolo* dell'acquirente, perchè la rescissione sia esclusa.

E' vero che gli articoli 1040 del codice e 371 del progetto parlano di vendita fatta « senza frode », ma non è la frode, cioè uno stato soggettivo fraudolento che le norme sulla rescissione presuppongono necessariamente: basta, perchè sia ammissibile l'azione, una condizione « oggettiva », cioè una certa disegualianza di trattamento fra i condividenti; anche una divisione fatta senza frode può essere rescissa, ma l'art. 371 offre un facile mezzo, come dicevo, per precludere l'adito all'azione.

Una breve osservazione sul contenuto del Titolo IV, di cui sinora ho parlato, non sarà inopportuna. La composizione di questo Titolo, dedicato alla divisione, non mi sembra del tutto omogenea, perchè, mentre esso, nei capi I, IV e V, contiene norme che veramente riguardano la divisione, invece nei capi II e III contiene norme che potranno sì presentar *qualche nesso* con la divisione, ma hanno una portata ben più vasta e sono meritevoli di una disciplina, almeno in parte, indipendente da quella che riguarda la divisione del patrimonio ereditario.

Ciò è di tutta evidenza riguardo al pagamento dei debiti (Capo III), al cui sorgere è certo sufficiente l'accettazione dell'eredità o della quota; non si comprende dunque affatto perchè il « pagamento dei debiti » costituisca una frazione del Titolo dedicato alla « divisione ». Ma nemmeno è giustificato, a mio vedere, che gli argomenti della « collazione e della imputazione » siano presentati dal progetto come pertinenti al tema della divisione. Questo secondo difetto di sistemazione mi sembra più pericoloso del primo, perchè, mentre a nessuno verrà mai in mente di sostenere che i debiti non si debbano pagare se non quando... si procede alle operazioni divisionali; invece,

la collocazione del Capo II può bene far credere che la collazione delle donazioni non sia dovuta, se non quando si *addi- viene alla divisione*; questa convinzione può essere favorita da disposizioni del codice (art. 991) e del progetto (art. 320), e infatti, nell'interpretazione del codice, un nostro compianto e illustre scrittore, pur considerando l'argomento del pagamento dei debiti come indipendente, ritenne il tema della collazione come necessariamente connesso con quello della divisione.

Ora, non credo che tale sia veramente l'intenzione del legislatore, nè dei redattori del progetto; se lo spirito della legge deve prevalere sulla lettera; se la collazione ha il fine di raggiungere l'eguaglianza fra i discendenti donatarii e gli altri discendenti, non credo che essa sia dovuta *soltanto* quando si procede alle operazioni divisionali; differire necessariamente la collazione al momento della divisione vorrebbe dire privare i coeredi, ai quali è dovuta, del godimento delle cose da conferire per tutto il periodo di tempo, anche lunghissimo, in cui dura lo stato di indivisione (1); di più: vorrebbe dire rendere vana, o quasi, la norma se, trovandosi conveniente lo stato di comunione, gli eredi non addivenissero a divisione per tutta la loro vita. Che la collazione debba eseguirsi al tempo dell'aperta successione, risulta anche dai criterii dati dal progetto riguardo *al valore dei mobili* da prendersi per base dell'imputazione (art. 356).

Se poi i redattori del progetto hanno veramente inteso che l'obbligo di conferire non sorga che al momento della divisione,

(1) Non è sufficiente compenso l'*accumularsi* del debito per i *frutti* delle cose e per *gli interessi delle somme*, giusta l'art. 346, sia perchè il coerede cui è dovuta la collazione, se questa viene ritardata, corre l'alea della non-solvenza del coerede donatario, alea tanto più forte, quanto più si prolunga l'indivisione, sia perchè, ad ogni modo, la norma riguarda *i frutti e gli interessi* e non concerne il *godimento delle cose*, che pure ha un'importanza economica.

allora è da sperare che questa direttiva venga modificata, perchè il principio di eguaglianza fra discendenti può essere voluto o non voluto, ma, nel primo caso, deve essere reso indipendente da una circostanza così irrilevante, riguardo all'attuazione del principio stesso, qual'è l'istanza per la divisione ereditaria. Mi sembra dunque che le norme sul pagamento dei debiti e sulla collazione avrebbero potuto, più opportunamente, essere collocate in altre sedi.

Genova, settembre 1936-XIV

GAETANO SCHERILLO

PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO ROMANO

OSSERVAZIONI SUI DIRITTI DEGLI EREDI LEGITTI-
MARI E SULLE SUCCESSIONI LEGITTIME

DEI DIRITTI DEGLI EREDI LEGITTIMARI E DELLE SUCCESSIONI LEGITTIME

(Titolo I - Capo II e Titolo II)

La materia disciplinata nel Tit. I, c. II, dei diritti degli eredi legittimari, e nel Tit. II, delle successioni legittime, è fra tutte quelle contenute nel libro III una delle più delicate. Anzitutto perchè di generale applicazione: quanto alla successione legittima, essa certamente infatti si verifica nella grandissima maggioranza dei casi, e quanto ai diritti degli eredi legittimari, essi dovranno, secondo il Progetto, farsi valere in ogni caso, non solo di fronte al testamento. Di più perchè collegata con vincoli indissolubili all'ordinamento della famiglia, in maniera che necessariamente debbano ripercuotersi sulla sua disciplina le riforme in quello operate e, più, la tendenza dello Stato fascista di rafforzare la compagine del nucleo familiare. Infine perchè qui più che altrove (almeno in materia di successione intestata) il riformatore si trova di fronte ad una millenaria e gloriosa tradizione, risalente alla celebre Nov. 118 di Giustiniano, da cui è inopportuno scostarsi senza gravi motivi.

A causa appunto della delicatezza della materia, si è ritenuto opportuno procedere a un minuzioso esame delle proposte presentate dalla Commissione Reale, risultato del quale sono le osservazioni e le critiche qui appresso esposte. Osservazioni e critiche le quali, giova dirlo sin da principio, più che le diret-

tive e la sostanza delle riforme operate dalla Commissione Reale — direttive e sostanza in cui è doveroso il consenso — riguardano i punti particolari, e che, soprattutto, non vogliono affatto sonare comunque disapprovazione della pregevolissima opera della Commissione Reale, ma vogliono essere soltanto un modesto contributo a che l'opera intrapresa sia sempre più perfetta.

DEI DIRITTI DEGLI EREDI LEGITTIMARI

(*Titolo I, Capo II*)

La Commissione Reale (*Relaz.*, p. 9) si è preoccupata di esporre le ragioni per le quali ha conservato l'istituto della legittima e non ha accolto quello della diseredazione. Nessun dubbio che la Commissione Reale abbia ben operato, sia non ammettendo la diseredazione (la cui necessità pratica non è sentita da nessuno e che, ammessa, porterebbe a gravi inconvenienti) sia conservando l'istituto della legittima. Questa peraltro ha subito notevolissime modificazioni, non solo nei particolari, ma anche rispetto alla configurazione sua.

Già la *sedes materiae* è significativa: non più, come nel vigente Codice, nella parte dedicata al testamento, bensì nel titolo I (disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie) di cui costituisce il c. II; e, conseguentemente, anche la rubrica è mutata in modo corrispondente. L'art. 81 consacra infatti il principio che i diritti degli eredi legittimari non possano mai essere pregiudicati, non solo dal testamento, ma anche dalle norme sulla successione *ab intestato*; secondo il Progetto insomma i legittimari dovranno sempre conseguire quanto è

loro riservato, anche quando si faccia luogo alla successione legittima in mancanza della testamentaria. La relazione della Commissione Reale (p. 10; v. anche p. 20), a spiegare questo punto, fa il caso che il defunto abbia disposto per donazione nei limiti della disponibile (e quindi non si fa luogo a riduzione), ma che la parte restante non basti, quando si applicassero integralmente le regole poste per la successione *ab intestato*, ad attribuire ai legittimari, concorrenti con altri eredi legittimi non legittimari, la quota loro riservata dalla legge. Ma siccome l'art. 81, data la dizione usata, sembra applicabile in qualsiasi caso di successione *ab intestato*, abbia o non abbia il defunto disposto per donazione della disponibile, e anche l'art. 97 consente questa interpretazione, così è assolutamente necessario che le disposizioni del presente capo siano coordinate con quelle del titolo II, per evitare che talune disposizioni del titolo II, le quali in caso di successione *ab intestato* stabiliscono pei legittimari porzioni inferiori a quelle loro riservate nel presente capo, non possano mai essere applicate, o almeno per eliminare possibili inestricabili difficoltà di interpretazione e conseguenti interminabili questioni.

L'elenco dei legittimari (art. 82) corrisponde a quello del Codice vigente; si è riconosciuta esplicitamente la qualità di erede anche al coniuge superstite e ai figli naturali, il che poteva esser dubbio nel Codice vigente, almeno quanto al coniuge superstite, sempre soltanto usufruttuario di una quota. Poichè nel Progetto anche a costui, salvo quando esistano figli o discendenti legittimi, è attribuita la piena proprietà, l'estensione a tutti i legittimari della qualità di erede appare giustificata, ma *quid* nel caso in cui anche secondo il Progetto il coniuge ha soltanto l'usufrutto? D'altra parte il sistema del Codice vigente aveva l'importantissima conseguenza (art. 818, non riprodotto nel Progetto) che la parte riservata al coniuge o ai figli naturali,

in concorso con altri legittimari, gravava non sulla legittima, ma sulla disponibile: il Progetto ha abbandonato tale criterio, ma ciò è opportuno nel caso di concorso coi figli o discendenti legittimi? A parte ciò, la Commissione (v. *Relaz.*, pp. 11 e 12) ha esposto ampiamente i motivi per cui ha costruito la quota riservata ai legittimari come quota di eredità: il più perentorio, da essa appena adombrato, è però che nel sistema del Progetto in molti casi è riservata ai legittimari la maggior parte dell'asse ereditario, e di conseguenza il far gravare l'eventuale responsabilità *ultra vires* solo su chi acquista la minor parte sarebbe una evidente iniquità.

Il Progetto ha notevolmente migliorato la posizione dei figli naturali e specialmente del coniuge superstite; ha, di regola, elevato la porzione riservata ai legittimari, ed ha regolato in modo molto diverso i casi di concorso. Quanto alle due esigenze (v. *Relaz.*, p. 12) di non peggiorare la condizione dei figli legittimi e di lasciare in ogni caso un sufficiente margine di patrimonio del quale il padre di famiglia possa disporre liberamente, sembra lecito esprimere l'opinione che non sempre siano state rispettate. Quanto ai figli legittimi, si rinvia alle osservazioni che seguono. Quanto al secondo punto, è da osservare che anche quando non esistono figli legittimi la porzione disponibile può essere appena la metà o un terzo del patrimonio (v. artt. 86 e 90): ora che in tali ipotesi il testatore abbia invece una larga possibilità di disporre è anche interesse pubblico, perchè di regola è in situazioni simili che i testatori dispongono avendo in mira scopi di utilità sociale (es. beneficenza) e non sarebbe opportuno, quando non esistano figli, limitare questa possibilità. Infine quanto al coniuge superstite, è indubitabile che il suo trattamento nel Codice vigente sia assolutamente inadeguato e bisognoso di miglioramento, e va tribuita lode alla Commissione Reale per aver provveduto in merito: ma anche

l'esigenza, di cui si è fatto eco alcuno dei Commissari (v. *Relazione*, p. 14), di non far passare i beni del defunto in altra famiglia merita attenta considerazione; e forse nella reazione al sistema del Codice vigente il Progetto è andato un po' oltre, come del resto dovrà rilevarsi anche rispetto a talune disposizioni del titolo II.

Facciamo seguire talune osservazioni alle singole disposizioni.

Artt. 83, 84, 85. L'aumento della quota di riserva quando i figli siano più di uno, il miglioramento della posizione fatta ai figli naturali, e la diminuzione della quota riservata agli ascendenti meritano, a nostro avviso, incondizionata approvazione.

Art. 86. Osservazioni di carattere generale circa l'ammontare della quota lasciata al coniuge superstite sono state prospettate sopra. Inoltre è questa una delle disposizioni che debbono esser coordinate con quelle del titolo II. In caso di successione *ab intestato* infatti, se il coniuge si trovasse a concorrere con fratelli o sorelle del defunto, per l'art. 134 cpv. avrebbe diritto alla piena proprietà di un terzo del patrimonio del defunto e all'usufrutto di un altro terzo, mentre ai fratelli e alle sorelle spetterebbe pure la piena proprietà di un terzo e la nuda proprietà di un altro terzo. Invece per l'art. 86 al coniuge spetterebbe in ogni caso la piena proprietà di metà del patrimonio; e poichè, per gli artt. 81 e 97, l'art. 86 deve avere la prevalenza, i fratelli e le sorelle, che non sono legittimari, concorrendo col coniuge non potrebbero mai conseguire i due terzi del patrimonio del defunto, cui l'art. 134 cpv. dà loro diritto. Tutto sommato, per eliminare il contrasto la miglior cosa sarebbe forse il fissare la quota di riserva del coniuge superstite nell'am-

montare fissato dal citato art. 134 cpv.: ciò praticamente non danneggerebbe il coniuge e, in definitiva, accrescerebbe pure la disponibile.

Art. 87. Il riguardo dovuto alla famiglia legittima potrebbe far pensare che la quota accordata da questo articolo ai figli naturali sia un po' troppo elevata, tanto più che deve esser presa sulla porzione riservata ai figli legittimi, non già sulla disponibile. Sotto questo aspetto, il sistema dell'art. 818 Cod. civ. — tenuta ferma la quota riservata ai figli legittimi dall'art. 83, e il criterio attuato della quota di fatto — sembrerebbe ancora il preferibile, a tutela degli interessi della famiglia legittima. E' conservato il *ius optionis* previsto dall'art. 815 Cod. civ.; invece nel caso di successione *ab intestato* esso è stato abolito (v. art. 125 e *Relaz.*, p. 29). Poichè non v'è ragione di una diversità di trattamento, il *ius optionis* deve o essere eliminato anche in questa sede o ripristinato nell'altra. Per riguardo alle esigenze della famiglia legittima, la seconda soluzione sembra preferibile.

Art. 88. Il sistema del Progetto attua rispetto al figlio unico un trattamento di favore poco giustificato, giacchè l'usufrutto del coniuge superstite non grava per intero sulla sua quota individuale (che è maggiore della quota individuale spettante a ciascuno dei figli quando siano due o più), mentre grava per intero sulle quote dei figli quando siano due o più. Un esempio chiarirà meglio la situazione. Si abbia un patrimonio di lire 360.000. Concorrendo un solo figlio e il coniuge, al figlio spetterebbe, secondo l'art. 88 1° comma, la piena proprietà di lire 120.000 e la nuda proprietà di L. 60.000. Concorrendo due figli e il coniuge, a ciascuno dei figli spetterebbe, secondo l'art. 88 2° comma, la piena proprietà di L. 75.000 e la nuda proprietà di L. 45.000; perchè fosse mantenuta la proporzione esatta col

caso precedente, ognuno dei figli dovrebbe invece conseguire la piena proprietà di L. 80.000. Quando poi concorrano altresì figli naturali, i figli legittimi sono ancor più svantaggiati, perchè dalla porzione loro deve esser prelevata anche la porzione destinata ai figli naturali. Un ritorno, pertanto, al sistema dell'art. 818 Cod. civ. sarebbe forse auspicabile, tenuto fermo il criterio della quota di fatto a favore dei figli naturali; e alla considerazione (v. *Relaz.*, p. 16) che in ogni caso non deve esser diminuito l'ammontare della disponibile, sembra doversi qui attribuir meno peso che altrove. Quanto poi al coniuge, il sistema dell'art. 812 Cod. civ. è forse più semplice, e inoltre corrisponde a quello seguito anche dal Progetto in caso di successione *ab intestato*; e ad evitare che la sua quota possa troppo ridursi, basterebbe introdurre un limite minimo (e sia pure il quarto del patrimonio del defunto) oltre il quale mai si dovrebbe discendere: sistema, questo, largamente applicato dal Progetto tanto nel presente capo come nel titolo II.

Art. 89. Le quote sono state indubbiamente calcolate con molta larghezza; basti osservare che quando il figlio naturale è uno solo, si trova, quanto alla piena proprietà, nella stessa condizione del figlio legittimo solo. Inoltre, la disponibile è in definitiva più elevata quando il coniuge concorre con un figlio legittimo, perchè allora è la metà del patrimonio, e qui è soltanto un terzo. Quando poi i figli naturali fossero due o più, la disponibile è la stessa che si avrebbe se vi fossero più figli legittimi. Ora, pur essendo giusto che si migliori la condizione del coniuge superstite e dei figli naturali, è approvabile che si arrivi a questo punto? E tutto ciò non significa, in definitiva, una minor considerazione per la discendenza legittima?

Art. 90. A parte le già prospettate osservazioni di carattere generale circa l'ammontare della porzione legittima, la disposizione di questo articolo deve esser coordinata con quella dell'art. 134 cpv.. Infatti nel caso di successione *ab intestato* il coniuge, concorrendo cogli ascendenti legittimi del defunto, per l'art. 134 cpv. avrebbe diritto alla piena proprietà di un terzo (cioè quattro dodicesimi) del patrimonio del defunto, e all'usufrutto di un altro terzo; secondo l'art. 90 invece la piena proprietà del coniuge non dovrebbe mai scendere al di sotto dei cinque dodicesimi del patrimonio del defunto. Poichè, per gli artt. 81 e 97 l'art. 90 deve avere la prevalenza, l'art. 134 cpv. non potrebbe essere mai applicato.

Art. 91. Possono valere in linea di massima, quanto all'ammontare complessivo della legittima, le osservazioni prospettate in precedenza.

Art. 92. E' mantenuto, nei confronti del coniuge superstite, quando gli spetta il solo usufrutto, il *ius optionis*, che invece nell'ipotesi di successione *ab intestato* è stato abolito come poco riguardoso pel coniuge (*Relaz.*, p. 32). Conforme a quanto si è osservato per un caso analogo (art. 87), la segnalata diversità non ha ragione d'essere. A nostro avviso, si potrebbe abolire il *ius optionis* anche in questa sede, sia per le ragioni addotte dalla Commissione Reale (*Relaz.*, loc. cit.), sia perchè non sussistono i motivi che nel caso dei figli naturali consiglierebbero la soluzione opposta.

Art. 93. Nonostante le gravi ragioni addotte dalla Commissione Reale (*Relaz.*, p. 18), l'opportunità di una disposizione come quella del 2° comma lascia alquanto perplessi. Basti considerare che, in tal modo, per effetto di una disposizione testa-

mentaria dell'avo l'autorità del padre di fronte ai figli sarebbe certo diminuita. Inoltre, è bensì vero che non si urterebbe più contro il divieto delle sostituzioni fedecommissarie, perchè il Progetto (artt. 287 e 288) le ammette con una certa larghezza, ma anche questa è appunto una innovazione la cui opportunità lascia alquanto perplessi, almeno nella misura attuata dal Progetto.

Art. 95. Una volta ammessi i legati in sostituzione di legittima, la disposizione che il legittimario ha la scelta tra il legato e la porzione legittima, e che l'accettazione di quello importa rinuncia di questa, anche se per avventura il valore del legato fosse inferiore a quello della porzione legittima, è conforme alla logica. Ma appunto ciò lascia perplessi circa la opportunità del riconoscimento legislativo di tali legati, e il motivo sarà chiaro ove si consideri quanto segue. Mentre il Progetto, come il Codice vigente, tanto nelle disposizioni di questo capo quanto in quelle del titolo II ha attuato una rigorosa uguaglianza tra i figli quando siano chiamati alla successione, nella pratica l'uso di favorire il primogenito, ovvero i figli maschi in confronto delle figlie, è tanto diffuso che non occorre incoraggiare i testatori a proseguire oltre per questa via, dando loro la possibilità di togliere ai cadetti o alle figlie anche parte della legittima; e arrivare a questo risultato non sarebbe difficile: basterebbe che il testatore lasciasse a costoro un legato inferiore alla porzione legittima cui avrebbero diritto, ma tale che essi non potessero non accettare. Senza contare la contraddizione col principio consacrato nell'art. 81. Tali legati potrebbero, a nostro avviso, essere ammessi solo se disposti a favore di figli naturali, concorrenti con figli o discendenti legittimi, per salvaguardare le esigenze della famiglia legittima e per non attribuire ai figli naturali il titolo di erede, per quel tanto di conte-

nuto etico che ancor oggi può esservi unito, e sempre purchè costoro conseguano effettivamente quanto la legge loro riserva. Il caso infine che tali legati siano disposti su un'eredità oberata di debiti, per evitare ai legittimari la responsabilità *ultra vires* (a parte che costoro possono sempre accettare con beneficio d'inventario), non crediamo meriti esser preso in considerazione dal legislatore.

SEZIONE II (*Artt. 96-105*). Circa le disposizioni di questa sezione non vi sono, si può dire, osservazioni da muovere. Il Progetto riproduce, con qualche miglioramento, le norme contenute negli artt. 821-826 Cod. civ., aggiungendovi quelle relative alla riduzione delle donazioni (artt. 1091-1096 Cod. civ.), e molto opportunamente, perchè è questo il solo caso in cui tale riduzione sia ammessa.

L'art. 97, il solo nuovo, discende logicamente dall'art. 81: la necessità, in proposito, di coordinare le norme del presente capo con quelle del titolo II, è stata segnalata già tante volte, che non occorre insistervi in questa sede.

DELLE SUCCESSIONI LEGITTIME

(*Titolo II*)

In questa parte, il Progetto non ha apportato modificazioni di sostanza alla disciplina data dal vigente Codice, benchè anche qui, come dovunque, siano notevoli le modificazioni: il che, per le ragioni esposte in principio (tradizione risalente alla Nov. 118), va detto a lode della Commissione Reale. Anzi, con-

trariamente a quanto si verifica quasi in ogni altra parte del Progetto, è rimasta inalterata la sistematica del Codice vigente, salvo qualche modificazione nelle rubriche per metterle in armonia con innovazioni attuate. Ciò ha prodotto un errore materiale, facile a rettificare, nella numerazione delle suddivisioni del titolo, che comprende un solo capo diviso in sei sezioni: secondo il sistema di partizione adottato dal Progetto, si dovrebbe introdurre un secondo capo, o trasformare in capi le attuali sezioni.

Le principali innovazioni attuate dal Progetto concernono:

a) la successione dei figli naturali e dei loro parenti. Il Progetto si è preoccupato di migliorare la condizione dei figli naturali, in armonia a quanto è stato fatto nel tit. I c. II, sia elevando le quote loro attribuite, sia ammettendoli, in taluni casi e contrariamente all'art. 749 Cod. civ., alla successione di parenti legittimi del genitore. Conforme a quanto si è già avuto occasione di osservare, pur consentendo in massima con queste direttive, non si può nascondere l'impressione che talvolta nella reazione al trattamento meno favorevole fatto ai figli naturali dal vigente Codice il Progetto sia andato troppo oltre.

b) i diritti del coniuge superstite. Anche in questa sede la posizione del coniuge superstite è stata alquanto migliorata, *quod erat in votis*, ma si possono ripetere anche le osservazioni di carattere generale, circa la portata dei miglioramenti, già esposte a proposito del tit. I c. II.

c) l'introduzione di una nuova classe di successibili, cioè talune categorie di affini. Di ciò più oltre, ma sin d'ora si possono esprimere dubbi circa l'opportunità di tale innovazione.

Conforme il sistema sin qui seguito, esponiamo talune osservazioni alle singole disposizioni.

Art. 106. Per la menzione degli affini, si rinvia a quanto si è detto e si dirà a proposito dell'art. 138. E' stata soppressa la menzione del patrimonio dello Stato perchè (art. 139) l'acquisto dei beni del defunto da parte dello Stato non è stato costruito come successione ereditaria. Pur concordando pienamente circa tale costruzione (e, conseguentemente, anche circa la disciplina dell'acquisto tracciata nell'art. 139), visto che nell'art. 106 si vogliono indicare coloro ai quali i beni del defunto sono devoluti, la menzione dello Stato potrebbe esservi ristabilita, sia pur ribadendo il concetto che non si tratta di successione ereditaria.

Art. 107, 1° comma. Il Progetto non riproduce il n. 2 dell'art. 724 Cod. civ., che richiedeva il requisito della vitalità; ciò in armonia al Progetto preliminare del libro I, che tal requisito intendeva appunto abolire in modo generale. Poichè però il Progetto definitivo del libro I (pubblicato dopo il Progetto del libro III) nell'art. 1 ripristina tale requisito, sarebbe opportuno, per rispettare l'*elegantia iuris*, ripristinarlo anche in questa sede. E se si obiettasse che a stretto rigore ciò non sarebbe necessario, appunto per l'art. 1 del Progetto definitivo del libro I, si potrebbe rispondere che a stretto rigore sarebbe anche inutile parlare in questa sede dei concepiti, poichè di essi si occupa già l'art. 2 del Progetto definitivo del libro I.

2° comma. Il Progetto si è giustamente preoccupato di determinare chi debba ritenersi concepito al momento della successione, ed ha logicamente applicato per analogia le norme dettate in materia di filiazione legittima. Appunto perciò la dizione del presente articolo dovrebbe esser lievemente modificata, conforme all'art. 238 del Progetto def. del libro I (cioè «prima che siano trascorsi trecento giorni» anzichè «entro trecento giorni»). E un altro inconveniente dovrebbe essere evitato, specialmente trattandosi di postumo del defunto. Costui,

del padre, si presume concepito durante il matrimonio (artt. 237 e 238 Prog. def. l. I), e i discendenti o gli altri parenti che siano chiamati all'eredità del defunto potrebbero attaccarne la legittimità solo in casi limitati ed entro un termine molto breve (artt. 241, 242, 254 Prog. def. l. I). Poichè invece il presente articolo ammette senza limiti la prova contraria alla presunzione da esso stabilita, potrebbe esser possibile provare che il concepimento è avvenuto dopo la morte del defunto anche quando lo *status* di figlio legittimo del postumo non si potesse contestare, colla conseguenza che il postumo sarebbe privato dell'eredità, mentre continuerebbe a godere lo *status* di figlio legittimo, da cui in definitiva dipende la devoluzione dell'eredità.

Artt. 108-111. Nell'art. 108 sarebbe forse desiderabile che risultasse con maggiore chiarezza l'esclusione dalle cause d'indegnità dell'uccisione nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere o per legittima difesa (l'uccisione colposa essendo già esclusa in relazione agli artt. 42 e 43 Cod. pen.), secondo quanto è adombrato nella Relazione della Commissione Reale (p. 23). Quanto all'art. 111, le ragioni addotte dalla Commissione Reale (*Relaz.*, p. 24) per giustificare l'attenuazione del rigore dell'art. 726 Cod. civ., che richiedeva l'espressa abilitazione dell'indegno con atto autentico o con testamento, sono certo apprezzabili, ma il sistema dell'art. 726 Cod. civ. aveva il vantaggio della certezza, che il « comportamento non equivoco » dell'art. 111 certamente non offre.

Artt. 112-115. Lo scopo propostosi dalla Commissione Reale, di dare alle diverse disposizioni in tema di rappresentazione una formulazione ed una sistemazione più semplici e più organiche, è stato pienamente raggiunto; invece dei sette arti-

coli (729-735) del Codice vigente, di cui due (730 e 732) alquanto farraginosi, si hanno quattro soli articoli molto concisi, e non si può dire che la figura dell'istituto ne resti oscurata. Che la rappresentazione abbia luogo anche quando siano premorti al defunto tutti i suoi figli o tutti i suoi fratelli, risulta nel Progetto soltanto dall'art. 114 cpv., escludente la rappresentazione in caso di unicità di stirpe, in relazione agli artt. 116 e 121; forse, a scopo di chiarezza, un'espressa disposizione in questa sede sarebbe desiderabile. Nel 2° comma dell'art. 112 sarebbe opportuno aggiungere l'ipotesi della morte presunta, visto che tale istituto è stato accolto nel Progetto definitivo del libro I.

Art. 116. Per le ragioni esposte a proposito dell'art. 95, l'inciso dell'art. 736 Cod. civ. « senza distinzione di sesso e qualunque nati da matrimoni diversi », ora soppresso, non sembra così superfluo come ha ritenuto la Commissione Reale (*Relazione*, p. 26).

Art. 118. Quanto ai discendenti del figlio adottivo, di cui al 1° comma, il Progetto definitivo del libro I non ha accolto (v. *Relaz. minister.*, p. 120 n. 312) l'art. 350 del Progetto preliminare, su cui è fondata la norma del presente art. 118 comma 1°; la Relazione ministeriale (loc. cit.) ribadisce anzi il principio che i discendenti legittimi dell'adottato partecipano alla successione dell'adottante. Di conseguenza è opportuno tornare senz'altro alla norma dell'art. 737 comma 1° Cod. civ. — Quanto alla revoca dell'adozione, di cui al 2° comma, la norma ad essa relativa occorre sia coordinata con quella dell'art. 317 del Progetto definitivo del libro I, il quale ha modificato le disposizioni del Progetto preliminare, su cui tale norma si fondava. Stando al capoverso del citato art. 317, si potrebbe ritenere che

se la revoca dell'adozione fosse pronunciata dopo la morte dell'adottante per indegnità di lui, l'eredità dovrebbe restare al figlio adottivo e ai suoi discendenti: è questo un punto che va chiarito. — La norma dell'art. 737 cpv. Cod. civ. non è stata riprodotta, evidentemente perchè la si è ritenuta superflua (cfr. art. 312 Prog. def. I. I).

Art. 121 cpv. E' risolta la questione che poteva farsi sotto l'impero dell'art. 741 cpv. Cod. civ., adottando opportunamente il criterio della c.d. quota di fatto; ad evitare dubbi, sarebbe bene che, analogamente a quanto stabilisce l'art. 87, si dicesse « quota che *effettivamente* conseguono i germani ». La stessa modificazione di forma sarebbe opportuna anche negli altri casi in cui il Progetto ha adottato il criterio della quota di fatto, cioè negli artt. 122, 2° comma, e 125.

Art. 122. Nel secondo comma la quota riservata ai genitori è del quarto dell'eredità, mentre la Relazione (p. 27) anche in questa ipotesi parla di quota del terzo. Non vi ha dubbio che in tal modo debba rettificarsi la dizione di questo secondo comma: giacchè il 1° comma dello stesso articolo ha stabilito che in caso di concorso fra genitori e fratelli o sorelle germani la quota dei genitori o del genitore non debba essere in nessun caso minore del terzo, non vi è alcuna ragione di ridurre questa quota al quarto quando concorrano fratelli o sorelle unilaterali.

SEZ. IV. - DELLA SUCCESSIONE DEI FIGLI NATURALI E DEI LORO PARENTI.

Come si è avuto già occasione di avvertire, le innovazioni sono qui di grande rilievo, perchè si è alquanto migliorata la condizione dei figli naturali, sia configurando nettamente come successorio il loro diritto, sia aumentando le quote ad essi asse-

gnate, sia chiamandoli, in talune ipotesi, alla successione di parenti legittimi del genitore; si è anche migliorata la condizione del genitore naturale, perchè lo si è ammesso alla successione del figlio naturale anche in concorso col genitore legittimo o con fratelli e sorelle legittimi. Il miglioramento della condizione dei figli naturali essendo uno dei capisaldi della riforma del Codice civile, in linea di massima è da aderire ai criteri seguiti dalla Commissione Reale. Ma come si è già ripetutamente avvertito, largheggiando in tale materia vi è il pericolo di ledere i diritti della famiglia legittima, i quali invece in nessun caso debbono esser toccati, specie nel tempo presente, in cui le cure dello Stato sono tutte rivolte a rinsaldare la compagine del nucleo familiare. Un'eco di ciò è anche nella Relazione della Commissione Reale (p. 28), ma si aggiunge che in seno alla Commissione stessa prevalsero i criteri di maggiore benignità. E così, a nostro avviso, si è talvolta caduti nell'inconveniente accennato. Del resto chi confronti il Progetto preliminare del libro I col Progetto definitivo, può agevolmente accorgersi come dell'esigenza di non turbare la situazione della famiglia legittima si sia tenuto il debito conto, e come, in relazione a ciò, non poche norme siano state modificate (v. *Relaz. min.*, p. 98 n. 258). Sembra dunque da auspicare una revisione di talune delle norme della presente sezione, in modo che, senza togliere nella sostanza i vantaggi accordati ai figli naturali, le esigenze della famiglia legittima siano maggiormente salvaguardate, specie quando esistano figli legittimi.

Art. 125. Concordando pienamente circa la trasformazione della quota di diritto (art. 744 Cod. civ.) in quota di fatto, anche perchè il criterio della quota di diritto non è mai stato accolto dal Progetto, si può pensare che la quota accordata dal Progetto, per le ragioni esposte sopra, sia fin troppo elevata, e che,

di conseguenza, ne sia opportuna una riduzione. Circa il *ius optionis*, qui abolito, si rinvia a quanto si è osservato a proposito dell'art. 87.

Art. 129. Si tratta di una innovazione assai grave, anche perchè si vengono ad estendere gli effetti del riconoscimento o della dichiarazione giudiziale di paternità o maternità oltre il genitore che ha riconosciuto o rispetto al quale sia stata dichiarata la paternità o maternità. Poichè al figlio naturale sono preferiti il coniuge ed il nucleo più ristretto di parenti legittimi, non crediamo si possa completamente disapprovare, ma invero una disposizione meno radicale sarebbe preferibile.

Art. 130. Le ipotesi — nuove rispetto all'art. 750 Codice civ. — del concorso del genitore naturale col genitore che ha legittimato e del genitore naturale con fratelli o sorelle legittimi del figlio naturale, erano forse degne di esser regolate (nell'esempio fatto nella Relazione, p. 30, è proprio il genitore naturale colui che è degno di minor riguardo), ma in ogni modo sempre tenendo presenti gli interessi della famiglia legittima. Comunque sembra doversi modificare la redazione dell'ultimo comma, in relazione agli artt. 81, 84 e 97. Il genitore che ha legittimato essendo, evidentemente, ascendente legittimo, è, come tale, anche legittimario, e la quota del quarto, che gli è in questa qualità riservata, non può essere, come è noto, pregiudicata da disposizioni contenute nel titolo II. Qualora pertanto, a cagione del numero dei fratelli legittimi, la quota del genitore che ha legittimato si riducesse già al quarto, la disposizione dell'ultimo comma non sarebbe applicabile.

Art. 132. Tale articolo contiene due innovazioni assai gravi, e, a nostro avviso, non approvabili.

Non quella del primo comma, in netto contrasto col principio, consacrato anche dal Progetto (art. 124), secondo il quale i diritti successorî spettano ai figli naturali solo quando la filiazione sia riconosciuta o giudizialmente dichiarata. E ciò è logico, perchè soltanto in quei casi si ha lo *status* familiare di figlio naturale, da cui dipende la devoluzione dei diritti successorî. Che da tale *status* si prescinda in tema di diritto agli alimenti si comprende, dato il limitato contenuto patrimoniale di esso; qui invece le conseguenze anche solo di ordine patrimoniale possono esser gravissime (il figlio naturale esclude completamente già i collaterali in secondo grado), e al riconoscimento od alla dichiarazione non può rinunciarsi anche per una esigenza di certezza. Una volta poi ammessa la dichiarazione giudiziale di paternità, la condizione dei figli naturali di cui al presente comma è anche meritevole di minor riguardo: a norma dell'art. 286 del Prog. definitivo del libro I (v. anche *Relaz. min.*, p. 108 n. 288), i figli naturali possono chiedere gli alimenti solo quando siano decaduti dall'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità, e allora *imputent sibi* se perdono i diritti successorî.

Meno ancora è approvabile l'innovazione del secondo comma, secondo la quale ai figli naturali che non possono essere riconosciuti o dichiarati, nei casi in cui possono agire per ottenere gli alimenti, si finiscono coll'accordare, praticamente se non formalmente, gli stessi diritti che avrebbero se fossero stati riconosciuti o dichiarati. Non è approvabile anzitutto per le ragioni svolte a proposito del comma precedente, e poi per evidenti ragioni di riguardo agli interessi della famiglia legittima, che ne riescono gravemente pregiudicati: tanto più poi che il Progetto definitivo del libro I (artt. 258 e 259; v. a. *Relaz. min.*, p. 99, nn. 260 e 261) vieta il riconoscimento solo quando costituirebbe una grave diminuzione della posizione preminente

della famiglia legittima. Infine si noti che costoro, non essendo evidentemente eredi, si troverebbero quanto ai debiti ereditari in una posizione migliore dei figli naturali riconosciuti o dichiarati, che eredi sono: l'iniquità di questo risultato conferma l'assurdità dell'innovazione. E' quindi, a nostro avviso, da auspicare che sia ripristinata la norma dell'art. 752 Cod. civ., la quale potrebbe, se si vuole, essere estesa ai figli naturali semplici, nei casi in cui costoro potrebbero agire per gli alimenti. Di conseguenza dovrebbe esser modificata anche l'analoga disposizione dell'art. 147.

SEZ. V. - DELLA SUCCESSIONE DEL CONIUGE SUPERSTITE E DEGLI AFFINI.

Come si è già rilevato, il Progetto migliora la condizione fatta al coniuge superstite, ciò che era richiesto dalla coscienza sociale, specie in mancanza di discendenti legittimi: chè infatti, esistendo costoro, le ragioni di largheggiare meno si fanno sentire. In complesso dunque il Progetto merita lode per le innovazioni attuate in materia, quantunque — come si è già osservato — si possa temere che in qualche caso non abbia tenuto sufficiente conto dell'esigenza, di cui pure è cenno nella Relazione della Commissione Reale (p. 32), di evitare che tutto il patrimonio del defunto esca dalla di lui famiglia per passare in quella del coniuge superstite. Non che si debbano togliere al coniuge i vantaggi economici assicurategli dal Progetto, ma questi potrebbero ottenersi anche lasciando a lui l'usufrutto, e attribuendo la nuda proprietà ai parenti successibili del defunto.

Art. 133. Nulla da osservare sui due primi commi, che riproducono, migliorandole, le disposizioni dell'art. 753 Cod. civ.. Non approvabili sono invece, a nostro avviso, le innovazioni dei commi terzo e quarto.

Nel terzo comma si è stabilito che la quota d'usufrutto cui ha diritto il coniuge superstite non deve esser minore della metà dell'eredità se superstite sia la moglie, e del quarto se superstite sia il marito. A parte la differenza di trattamento tra moglie e marito, che non trova riscontro in quanto è stabilito nell'art. 88 per il coniuge legittimario, quanto è stabilito per la moglie è in netto insanabile contrasto col sistema accolto nel 1° comma, secondo il quale la quota della metà dell'eredità è il massimo che la moglie potrebbe conseguire, concorrendo con un solo figlio od una sola stirpe, e dovrebbe esser minore se i figli o le stirpi fossero due o più. A nostro avviso, non è necessario introdurre qui un limite minimo: vi provvede già l'art. 88, 2° comma, le cui disposizioni sono applicabili anche in caso di successione *ab intestato*; di conseguenza l'usufrutto del quarto della eredità sarebbe in ogni caso assicurato al coniuge superstite, qualunque sia il numero dei figli.

Il quarto comma stabilisce che l'usufrutto si riduce a un quarto dell'eredità quando il coniuge superstite passi a nuove nozze. Oltre a non essere chiaramente formulata (la parola «coniuge» comprendendo anche il marito, mentre la disposizione sembrerebbe riferirsi piuttosto alla sola moglie), tale disposizione introdurrebbe nel nostro diritto un regime di sfavore verso le seconde nozze, il quale, oltre ad esservi nel resto sconosciuto, sarebbe anche incompatibile, come non manca di avvertire la stessa Commissione Reale a proposito dell'art. 149 (*Relaz.*, p. 39), coll'auspicato incremento demografico in Regime fascista. Di più sarebbe anche in contrasto con direttive altrove seguite dallo stesso Progetto, il quale ad esempio nell'art. 204, non riproducendo l'ultimo comma dell'art. 850 Cod. civ., ha mostrato di ritenere illecita la condizione di vedovanza apposta in qualunque disposizione testamentaria di un coniuge a favore dell'altro coniuge (v. anche *Relaz.*, p. 52). Ancora, di questo trattamento

di sfavore non è parola nel titolo I c. II. Per tutti questi motivi, riteniamo auspicabile la soppressione di questo quarto comma.

Per quanto riguarda il *ius optionis*, rinviemo alle osservazioni esposte a proposito dell'art. 92.

Art. 134 cpv. Si rinvia a quanto si è osservato circa gli artt. 86 e 90.

Art. 135. Per le ragioni già esposte, non sarebbe forse inopportuno attribuire anche ai parenti in quinto e sesto grado la nuda proprietà di una porzione dell'eredità, attribuendone l'usufrutto al coniuge.

Secondo la Relazione della Commissione Reale (p. 33), la norma contenuta nell'art. 756 Cod. civ. (obbligo dell'imputazione) non è stata riprodotta in questa sede in omaggio a criteri sistematici, del resto non incongrui. Senonchè la norma non è stata riprodotta nemmeno nella *sedes materiae* (tit. IV c. II, artt. 336 e ss.); ma sarebbe opportuno inserirla, mancando i motivi per sopprimerla.

Art. 138. Questo articolo ha creato una nuova categoria di successibili, dopo i parenti e il coniuge, cioè i generi e le nuore, ovvero i suoceri e le suocere. Va rilevato che la Relazione (p. 33) parla anche di padrigno, madrigna e figliastri, non menzionati, viceversa, nell'art. 138; a nostro avviso, volendosi mantenere tale disposizione, non vi è alcuna ragione di escludere costoro, tra cui potrebbero essersi costituiti vincoli più stretti che non fra le persone contemplate. Ma anche è assai dubbia l'utilità di questa innovazione; nei casi degni di considerazione (dove per giunta si dovrebbe, a stretto rigore, ammettere il concorso coi parenti più lontani) si potrebbe sempre provvedere col testamento, ma altrimenti perchè chiamare alla successione persone che col defunto potrebbero aver troncato ogni legame, quando poi manca anche il fatto della parentela di sangue?

GIORGIO BO

PROFESSORE DI ISTITUZIONI DI DIRITTO PRIVATO

OSSERVAZIONI SULLA REVOCAZIONE E SULLA
INEFFICACIA DELLE DISPOSIZIONI TESTAMENTA-
RIE, SULLE SOSTITUZIONI, SUGLI ESECUTORI TE-
STAMENTARI E SULLE DONAZIONI

DELLA REVOCAZIONE E DELLA INEFFICACIA DELLE DISPOSIZIONI TESTAMENTARIE

(Titolo III - Capo V - Sezione VI)

Il primo pregio di questa sezione è quello di una migliore sistemazione della materia, che il codice vigente scinde nel § V della V sezione del capo delle successioni testamentarie e nella IX sezione di codesto capo e il Progetto invece raggruppa sotto una sola rubrica distribuendo le varie norme secondo lo schema consueto: *a)* revocazione volontaria, che può essere o espressa o tacita; *b)* revocazione per sopravvenienza o esistenza di figli (c.d. revocazione legale); *c)* inefficacia (premorienza o rinuncia dell'erede o del legatario, perimento della cosa, ecc.).

Ma nella sezione è da lodare altresì la sobrietà delle disposizioni, l'opportunità delle aggiunte, la revisione del dettato legislativo che è stata fatta in più d'un luogo. (Qualche volta la formula adottata non corregge soltanto il linguaggio: ad es. l'art. 283 precisa che quando la cosa legata è perita dopo la morte del testatore senza fatto o colpa dell'erede, si ha l'estinzione dell'obbligo dell'onere di prestare la cosa legata). Le omissioni sono precipuamente di forma (talora è stata soppressa anche un'intera disposizione, come l'art. 894 c. c., ritenuto giustamente superfluo): le interpolazioni riguardano spesso la sostanza (come l'art. 275 e l'art. 277). Da questo punto di vista il Progetto è di solito bene ispirato, consono alla migliore elabo-

razione della scienza e della pratica, improntato a un minor formalismo del codice e ad una più viva sensibilità alle esigenze della vita. (Si confronti l'art. 272 con l'art. 919 c. c. e si vedano l'art. 275 e l'art. 276, in cui si elimina la necessità dell'intervento del pretore pel ritiro del testamento segreto od olografo depositato in un archivio pubblico).

Con le osservazioni che seguono si segnalano tuttavia alcune mende che potranno scomparire nell'edizione definitiva e si esprimono alcuni dubbi sui quali si potrà forse riflettere nello studio e nella critica del Progetto.

Art. 272. — Siamo d'accordo col relatore nel ritenere che questa norma modifichi il diritto attuale, perchè crediamo che ormai non possa più negarsi che l'art. 919 c. c. esiga che il nuovo testamento non si limiti ad un richiamo di quello revocato ma ne ripeta le disposizioni. Ammessa la bontà della modificazione, non è poi da dubitare che la norma sia formulata con rigorosa precisione perchè se oggi parecchi scrittori trovano giustamente che l'espressione «non si possono far rivivere» è infelice e contraddittoria, l'accento alla reviviscenza sarà pienamente giustificato una volta che sia possibile la revocazione della revocazione. Ma appunto davanti alla innovazione si rimane un poco perplessi. Ci si domanda se almeno qui non sia provvido il rigore formale del codice. E' da temere, infatti, (e l'esperienza dimostra che un simile timore non è infondato) che il permettere di revocare la revoca in qualunque modo, anche per esempio con una semplice postilla che abbia soltanto riferimento al testamento già revocato, dia luogo a gravi incertezze sulla vera volontà del testatore. Per eliminare questo pericolo si potrebbe forse statuire che la revocazione di un testamento deve essere a sua volta revocata *espressamente*, pur non essendo necessario (com'è invece fino ad oggi secondo la opi-

nione da noi accolta) rifare tutto il testamento. Si potrebbe, cioè, ammettere una conferma sinteticamente formulata.

Se queste osservazioni non sembreranno degne di accoglimento, si consideri almeno che il vero posto di questo art. 272 non è qui, ma in coda alle norme sulla revoca tacita o implicita: vale a dire fra l'art. 278 e l'art. 279. E questo appunto perchè la disposizione importa che la revoca della revoca possa seguire tanto in modo espresso che in modo tacito.

Art. 275. — Con questa norma il Progetto accoglie la soluzione prevalente nella pratica, che s'è già ribellata alla legge attribuendo il valore di revoca alla distruzione, lacerazione o cancellazione del documento testamentario: soluzione che per conto nostro è assai difficile sostenere *in iure condito* (come han dimostrato l'ALLARA, *Il testamento*, 2^a ediz., p. 183 sgg. e, sulle sue tracce, il DEIANA, in *Foro Ital.*, 1935, I, 206), e forse non è nemmeno del tutto scevra di difficoltà per diritto costituendo, ma che tuttavia non è da deplorare sia stata accolta, sull'esempio di altre leggi. La disposizione, però, dovrebbe contemplare non solo la distruzione compiuta dal testatore, ma anche da altri per suo incarico.

Art. 277. — Uno studioso del testamento citato poco fa ha insegnato che nell'ipotesi del ritiro del testamento segreto non è dato alla legge di accertare una tacita volontà di revocare le disposizioni testamentarie (in fatto il testatore potrebbe benissimo ritenere che il ritiro dalle mani del notaio non importi per la scheda la perdita del valore di testamento). Sarebbe quindi più conforme al rigore dei principii (secondo i quali la revoca è un negozio giuridico) che in questa disposizione non si dichiarasse che il ritiro vale revoca, sì bene inefficacia.

Dal che deriva ancora, a voler essere scrupolosamente pre-

cisi, che nel piano del Progetto l'art. 277 dovrebbe essere postposto all'art. 279, e cioè dovrebbe venire dopo l'ultima disposizione in cui si considera una ipotesi di revoca.

Art. 278. — Diamo lode al relatore per aver modificato l'art. 892 c. c. nel senso che l'alienazione della cosa legata fatta dal testatore implica la revoca del legato riguardo a ciò che fu alienato anche quando sia annullabile per vizi che non escludono la libera volontà di alienare. Consentiamo, infatti, nella opinione che è illogico considerare revocato il legato quando l'alienazione sia nulla od annullabile per cause diverse dai vizi del consenso.

Art. 279. — E' una delle disposizioni di questa sezione che porta maggiori novità rispetto al codice: e forse anche quella che suscita maggiori critiche.

Come l'art. 438 del Progetto mantiene la revoca della donazione per sopravvenienza di figli, questa norma conserva la così detta revoca per sopravvenienza di figli o esistenza di figli ignorati (una teoria molto recente sostiene che dove la legge pone una revoca involontaria non può trattarsi di revoca perchè manca una manifestazione di volontà dell'autore dell'atto da revocarsi). Questo è certamente un merito, perchè (qualunque cosa altri abbia detto in contrario) è fuori dubbio che fanno bene quelle leggi che ammettono l'annullamento delle disposizioni testamentarie nel caso della nascita o della conosciuta esistenza di un figlio del testatore. La norma si fonda sulla tutela dei diritti della famiglia, assai più che sulla presunta volontà del testatore, come asserisce una dottrina più antica che esatta, la quale pare giusta perchè in fatto sembra che sia nell'ordine normale delle cose che un testatore non disponga a favore d'altri

quando sa d'avere un figlio o può prevederne la nascita (1); e basta pensare a questa ragione giustificatrice per intendere che l'istituto non deve scomparire. Peraltro nei dettagli il regolamento dato dal Progetto a tale istituto lascia un poco a desiderare.

Certo non si può considerare un difetto il fatto che l'art. 279 rovesci il sistema del codice statuendo che le disposizioni testamentarie (in seguito alla nascita o alla notizia dell'esistenza dei figli) non sono revocate di diritto, ma divengono semplicemente annullabili a domanda di qualunque dei figli preteriti. Ma non si può seguitare a dichiararsi soddisfatti quando si constata che a differenza dell'art. 888 c. c. il Progetto tiene ferme le disposizioni testamentarie quando nasca un *discendente* del testatore o se ne scopra l'esistenza. L'omissione (che non si trova nell'art. 438, a proposito della revoca della donazione) è singolare e difficilmente giustificabile in un disegno di legge profondamente ispirato al favore della famiglia.

Altra omissione: allontanandosi dall'art. 888, il Progetto non menziona i figli legittimi e i figli adottivi, mentre non v'è motivo per non equiparare alla nascita la legittimazione o l'adozione, in virtù delle quali si forma una famiglia pel testatore. Ancora: perchè l'art. 279 non contempla i casi del ritorno o

(1) Che una siffatta spiegazione (come tutte le tesi che hanno le radici in quel dogma della volontà che appartiene al novero delle formule e dei concetti che hanno fatto ormai il loro tempo) sia da ripudiare, è già stato detto più volte. Ma a coloro che continuano a ripetere questo discorso si può, fra l'altro, rammentare che se l'art. 888 cpv. c. c. dichiara revocato il testamento anche quando vi sia un figlio naturale, riconosciuto prima e legittimato dopo il testamento, non è possibile ragionare di un presumibile mutamento della volontà del testatore. (Non mi persuade il rilievo del GANGI, *I legati*, II, p. 499, che la circostanza che il figlio sia semplicemente un figlio naturale riconosciuto abbia potuto influire sulle disposizioni testamentarie del *de cuius*). Bisogna, invece, riconoscere che, una volta di più, le nostre norme di diritto ereditario si preoccupano soltanto della tutela dei diritti della famiglia.

della scoperta esistenza di un figlio presunto morto (caso preso in considerazione dall'art. 438 del Progetto) e di un figlio assente? Chi ripone la *ratio legis* dell'istituto regolata da questo art. 279 nella presunta volontà di revocare del testatore troverà pienamente conforme con la premessa che si provveda anche a tale ipotesi: chi giustifica diversamente l'istituto plauderà del pari.

Ancora: non ci sembra una novità degna d'elogio il subordinare la possibilità dell'annullamento delle disposizioni testamentarie al fatto che la sopravvenienza o la scoperta dei figli non siano anteriori di oltre un mese al giorno della morte del testatore. Il punto è da rimeditare perchè una simile limitazione presuppone una attenzione e una previdenza che non sono della maggioranza degli uomini; presuppone, cioè, che i testatori provvedano a rifare il testamento appena la loro situazione domestica sia mutata, ciò che in pratica (il rilievo non è nuovo) non avviene quasi mai. (Anche qui, dunque, pur accettando come punto di partenza la presunzione della mutata volontà, la norma non soddisfa perchè nel ristretto periodo di un mese il testatore può benissimo non aver revocato o cambiato le disposizioni per trascuratezza e pigrizia o, peggio, per non averne avuto il modo o l'agio).

Infine: il termine per l'esercizio dell'azione di annullamento ci sembra soverchiamente corto, se i cinque anni si hanno da computare dalla data della morte del testatore. Già l'Ascoli, parecchio tempo addietro, aveva proposto che il termine dei cinque anni incominciasse a correre dal giorno in cui i figli o i discendenti avessero notizia del testamento: e probabilmente (oltre che più coerente coi principi: cfr. art. 193 Prog.) la soluzione è più opportuna.

Fatte le quali critiche — che (come si è detto) derivano dalla convinzione che se il pensiero fondamentale del Progetto

è (come dev'essere) la protezione della famiglia, non si comprendono le limitazioni poste ad una regola destinata a soddisfare gli interessi famigliari — chiuderemo esprimendo il dubbio che non sia per avventura conveniente dichiarare nell'articolo esaminato che le disposizioni testamentarie possono cadere soltanto nell'ipotesi della mancanza *assoluta* di figli al tempo della loro stesura. Per diritto vigente s'è d'accordo nell'escludere che il testamento fatto da chi aveva un figlio sia revocato *ipso jure* per la nascita di altri figli: a scanso d'ogni incertezza (anche perchè questa è l'interpretazione più plausibile, da un punto di vista razionale), può giovare che sul punto la legge di domani parli chiaro.

Art. 281. — Che la commissione abbia creduto di conservare il principio sancito nell'art. 890 cpv., che entro determinati limiti chiama alla successione nei casi di premorienza o incapacità dell'erede o del legatario i discendenti di questo, per noi è un bene. Non ci sembra esatta l'osservazione del De Ruggiero, che qui la legge fa un po' violenza alla volontà del testatore, perchè se questi avesse voluto, avrebbe potuto disporre a favore dei discendenti dell'istituito e se non lo ha fatto non sembra il caso di supporre una tale estensione della sua volontà. A parte che questa critica andrebbe bene solo se fosse certo che gli uomini agiscono sempre a ragion veduta, nemmeno qui si tratta di una presunzione di volontà: è questione invece, anche qui, della protezione della famiglia, a prescindere da presupposti psicologici. (In fondo, poichè questa figura di revocazione è affine alla rappresentazione, è la stessa ragione giustificatrice di questa figura).

Premesso questo, diamo lode alla commissione anche per aver chiarito la portata dell'art. 890 cpv. statuendo che la norma si applica solamente quando l'erede o il legatario sia figlio o

discendente o fratello o nipote *ex fratre* del *de cuius*. Il plauso va tuttavia accompagnato a qualche riserva.

Anzitutto, se la sola ipotesi d'incapacità che viene in conto in questa disposizione è l'indegnità, vorremmo che la prima parte dell'art. 281 piuttosto che all'incapace alludesse all'indegno. Poi ci sembrerebbe necessario che nel capoverso si equiparasse esplicitamente il caso dell'erede o del legatario assente al caso dell'erede o del legatario premorto o indegno. In terzo luogo, siccome in sede d'interpretazione dell'art. 890 cpv. la tesi migliore è quella che sottentrino nell'eredità o nel legato anche i discendenti legittimi del figlio naturale premorto o indegno o assente, proporremmo di emendare la disposizione così: « Se però l'erede o il legatario... è figlio legittimo o *naturale* o discendente *legittimo*... i discendenti *legittimi* di lui sottentrano nell'eredità o nel legato... ».

DELLE SOSTITUZIONI

(Titolo III - Capo VI)

Art. 287. — E' una delle disposizioni salienti dell'ordinamento successorio delineato nel Progetto: la sostituzione fedecommissaria ricompare dopo settanta anni nella legislazione italiana nei limiti di una sostituzione di primo grado consentita pei beni costituenti la disponibile a favore di tre categorie di soggetti: i nipoti *ex filio*, i figli dei fratelli e delle sorelle, gli enti pubblici.

E' indubitabile che quest'innovazione meriti lode: ma non bisogna nascondere che tanto quest'art. 287 come le norme successive sono suscettive di ritocchi, correzioni e perfezionamenti.

Fra le varie ragioni che la relazione porta a difesa della riforma (pag. 72) la più efficace ed ispirata ci sembra quella che il rigoroso e incondizionato divieto del fedecompresso pare ormai in contrasto con tutte le provvidenze dirette a proteggere e rafforzare economicamente il nucleo familiare. Da questo punto di vista l'art. 287 del Progetto s'inserisce in quella serie di istituti e di iniziative intese a tutelare e a favorire lo sviluppo della famiglia in cui il nostro Paese, per sua ventura, è all'avanguardia: sicchè non è a dubitare che devano essere condivise da ogni spirito previdente le preoccupazioni a cui si mostrano sensibili i compilatori del Progetto. Ma se la saggezza del concetto informatore della riforma è fuori discussione, non meno evidente forse è la possibilità di contenere in confini più ristretti la modificazione del diritto vigente introdotta con l'art. 287.

La verità è che il mutamento potrà essere fecondo di bene anche se la disposizione testamentaria con cui si impone di conservare e restituire l'eredità o il legato si ammetterà solamente a favore dei figli del proprio figlio. La norma che permette una identica disposizione a vantaggio della prole nata o nascita da un fratello o da una sorella o a pro' di un ente pubblico è (se non andiamo errati) assai meno necessaria.

Infatti, se si vuol guardare un po' a fondo nella motivazione addotta dal relatore, si vede che, allo stringer degli argomenti, la ragione principale, se non l'unica, che assiste le proposte contenute nella seconda parte dell'art. 287 è quella che la sostituzione a favore dei nipoti *ex fratre* è ammessa da altri codici, primo dei quali il codice napoleonico (art. 1049). (Altre giustificazioni suffragano meno: così i voti della dottrina si possono richiamare solo fino a un certo punto, perchè se dal Gabba a Nicola Coviello, dal Cogliolo al Barassi si deplora la soverchia severità dell'art. 899 c. c., bisogna pur rammentare che la consapevolezza dei pericoli e degli inconvenienti del

fedecompresso non s'è mai offuscata nei nostri scrittori: basti leggere proprio le recentissime lezioni del BARASSI, *La successione testamentaria*, Milano, 1936, p. 384 sgg.). Ora l'argomento tratto dalla comparazione delle leggi non è decisivo, perchè non è detto che gli altri facciano sempre meglio di noi.

D'altra parte, non vorremmo che, nel tempo stesso in cui si rende la norma sui fedecompressi più consona alle esigenze del nostro tempo e del nostro popolo, non si valutassero adeguatamente le ragioni politiche ed economiche che determinarono nel 1865 il divieto (forse non esagerato in quel momento storico) d'ogni sostituzione fedecommissaria. Di queste ragioni la stessa commissione ha riconosciuto il valore quando (*Relazione*, p. 71) ha dichiarato di voler conciliare con un maggiore ossequio alla volontà del defunto le esigenze della circolazione dei beni. Ma oltre a questi motivi s'hanno pure da tener presenti, per intendere l'opportunità della proibizione dei vincoli alla circolazione dei beni, altre considerazioni più propriamente attinenti ai bisogni attuali del nostro Paese. E' che non solo l'inalienabilità della ricchezza rimane la base del nostro assetto economico (non s'è forse per questo conservato nel Progetto il divieto dell'usufrutto e delle annualità successive?) ma che, per di più, forse mai come oggi il maggiore e migliore rendimento dei beni è stato reputato un interesse essenzialissimo dell'economia nazionale e mai prima d'ora la ricchezza è stata così gelosamente considerata come uno strumento di potenza collettiva. Ciò posto, occorre appena rammentare come l'uomo sia naturalmente portato ad agire con minore alacrità e con minore energia quando non può sfruttare interamente la propria cosa per comprendere come qualunque istituto che ponga dei limiti alla disponibilità del patrimonio possa menomare le fonti della ricchezza della Nazione.

Concludendo su questo punto, sembra a chi scrive di dovere

quindi proporre che dell'art. 247 passi nel Progetto definitivo pel codice civile solamente il primo comma e non anche il secondo: al qual primo comma potrà, naturalmente, seguire l'ultimo capoverso, saviamente inteso a sancire la nullità della disposizione che importi un trattamento ineguale pei figli dell'istituto. (Di un limite d'altro genere alla disposizione innovatrice dell'art. 287 sarà detto qui sotto).

A prescindere dall'opportunità sociale e politica di questo secondo comma, si vorrebbe poi richiamare l'attenzione degli insigni redattori del Progetto sopra la discutibile bontà dell'inciso che stabilisce la liceità della sostituzione fedecommissaria a vantaggio di un ente pubblico.

La relazione crede di dover avvertire che l'innovazione è di particolare rilevanza sociale; e (ad istruzione del lettore che di fronte all'espressione ora riferita non può non rimanere alquanto perplesso) aggiunge, tra parentesi, che enti pubblici sarebbero gli enti di beneficenza e di cultura. Senonchè queste autorevoli asserzioni non bastano a nascondere due semplici verità: che, anzitutto, tale novità non è pienamente giustificata; e, in secondo luogo, che non può dirsi troppo felice l'idea di prendere in considerazione i così detti enti pubblici. Per noi che reputiamo giusta e conveniente la sostituzione fedecommissaria soltanto nei rapporti tra l'avo e i nipoti l'innovazione non è giovevole; nè del resto risultano bene i vantaggi intravvisti dai commissari che hanno adottato la proposta. Ma quel che è più grave è che il Progetto ragiona di «enti pubblici» come se si trattasse di figure definitive, incontroverse. Ora che questo sia, nessuno (crediamo) vorrà affermare.

Ciò significa (se con l'espressione «enti pubblici» si intendono designare, come sembra, le persone giuridiche pubbliche) che il nuovo codice civile offrirà probabilmente su questo punto materia a non poche incertezze e discussioni, mentre non

è da desiderare che un testo di legge nasca con un tal peccato d'origine.

Fin qui s'è criticato il Progetto per quel che esso dice. Ma v'è ancora qualche cosa da osservare per quel che il Progetto tace. Dove — sia avvertito con rispettosa franchezza — l'opera della commissione di riforma sembra da disapprovare nettamente.

Quale sarà nel diritto di domani la sorte d'una sostituzione fedecommissaria disposta fuor delle ipotesi (che noi desidereremmo ridotta ad una) previste dall'art. 287?

Il progetto tace, non si capisce perchè. Eppure si tratta di sapere se in tali casi la dichiarazione di volontà del testatore dovrà ritenersi nulla in tutto o in parte: se, cioè, non dovrà aver effetto nè l'istituzione nè la sostituzione (sistema francese) oppure si terrà valida la sola istituzione d'erede o il solo legato (sistema italiano: art. 899 c. c. mantenuto, per quel che riguarda le donazioni, dall'art. 428 cpv. del Progetto). Può darsi che quest'ultima norma (com'è stato sostenuto da un notissimo trattatista) sia da ripudiare. Certo non si può dubitare che una disposizione espressa ci vuole. E già che si è in tema di aggiunte, non si potrebbe anche cogliere l'occasione per troncare o in un senso o in un altro la disputa sulla validità del fedecompresso *de residuo* dettando in proposito una regola?

Art. 288. — Può essere argomento di dubbio la liceità dei divieti temporanei di disporre dei beni ereditari. Questo per il primo alinea. Quanto al capoverso la norma non è del tutto indegna di favore, in quanto mira ancora a dare soddisfazione ad apprezzabili interessi famigliari valutabili dal giudice in singoli casi. In ogni modo dal punto di vista della forma è lecito desiderare un modo di esprimersi più preciso. Gioverebbe porre in luce il legame fra queste disposizioni e l'art. 287 dichiarando

esplicitamente al principio: « *Nei limiti indicati all'articolo precedente non è ammessa sostituzione se non espressamente disposta dal testatore* ».

Art. 289-290. — Non si può fare una colpa alla commissione di non avere, prima di dettare queste disposizioni, esaminati i vari sistemi di norme sui poteri e sugli obblighi dell'istituto fino al momento della sostituzione (v. *Relazione*, p. 73). Però dal sistema che ha finito per prevalere nel Progetto non ci si possono aspettare troppi benefici.

Si dice che non si è inteso configurare il godimento dell'istituto come un vero e proprio usufrutto. Ma (data l'indole eccezionale della disposizione secondo la quale l'autorità giudiziaria può consentire l'alienazione dei beni nel solo caso che sia accertata l'evidente necessità o utilità dell'alienazione) in sostanza la figura dell'istituto, se non coincide proprio con quella dell'usufruttuario, è molto simile a questa. Ora ciò non può soverchiamente rallegrarci, non solo perchè se col legato d'usufrutto è dato conseguire il medesimo risultato economico del fedecommesso viene a mancare una rigorosa necessità di quest'istituto, ma anche perchè la solita ragione della mancanza d'uno sprone a migliorare spinge l'usufruttuario a non sfruttare quasi mai la cosa nel modo più utile all'incremento della produzione. Queste osservazioni sono state ripetute moltissime volte: ma hanno sempre un peso tale da far diffidare *a priori* di ogni situazione giuridica di questo genere.

A tali appunti altri potrebbe aggiungere (non senza qualche fondamento) che il mettere l'istituto in una posizione affine a quella dell'usufruttuario non si concilia poi con la volontà del testatore, il quale intese beneficiare anche il primo chiamato piuttosto che farne un mero custode di beni altrui. Pure nessuna critica è così grave, secondo noi, come quella che

il sistema accolto nel Progetto, il quale sottrae alla garanzia dei creditori particolari dell'istituto i beni da conservare e restituire al secondo chiamato, costituirebbe un inciampo allo sviluppo del credito che esige certezza di realizzazione. Non si dimentichi che nel nostro codice futuro un notevole limite alla concessione del fido sarà già costituito dall'inalienabilità e dall'impignorabilità del patrimonio familiare: un intralcio di più alla vita del credito sarebbe suscettivo di ripercussioni dannose per tutta la collettività. (Superfluo osservare di passaggio che in contrario non giova cercare di tranquillarsi con la riflessione che, essendo obbligatoria la trascrizione del testamento, i creditori dell'istituto non possono lamentare nessuna inescusabile sorpresa. Intanto pei beni mobili non è necessaria questa forma di pubblicità: in secondo luogo il fatto che i creditori sappiano che ad essi è consentita l'esecuzione forzata solamente sui frutti non facilita il prestito di danari all'istituto: anzi!).

Tutto sommato, noi oseremmo dunque proporre che all'istituto sia consentita la piena disponibilità dei beni, salve le opportune cautele atte a garantire il sostituto.

Un esempio degno d'imitazione, a nostro modo di vedere, è l'art. 490 del codice civile svizzero. E con quest'altro temperamento (oltre a quello di una restrizione nel numero delle persone che potranno goderne) crediamo che sia da accogliere lietamente il ritorno della sostituzione fedecommissaria nella legislazione italiana.

Art. 292. — Nulla da obiettare riguardo ai principi enunciati in quest'articolo.

Riguardo all'ultimo inciso (in cui la vecchissima questione se la sostituzione fedecommissaria racchiuda la sostituzione volgare è risolta nel senso affermativo, in quanto si stabilisce che se l'istituto premuoia al testatore o si renda indegno o rinunzi,

il sostituito acquisti definitivamente l'eredità) converrà, tuttavia, aggiungere questa riserva: « purchè non consti della volontà contraria del testatore »).

Postilla. — A pag. 74 della relazione si legge che la commissione ha reputato superflua una norma espressa che affermi il principio per cui se il testatore ha disposto che la trasmissione dei beni al sostituito debba avvenire in un tempo che alla morte dell'istituito non sia ancora trascorso l'obbligo di restituire si trasmette agli eredi di quest'ultimo. E sta bene. Nonostante, non sarebbe inutile prevedere nell'art. 287 la possibilità che la trasmissione al sostituito avvenga in un momento diverso dalla morte dell'istituito: come fa il codice civile svizzero all'art. 489 (« La trasmissione dell'eredità al sostituito avviene, *salvo contraria disposizione*, alla morte dell'istituito »).

DEGLI ESECUTORI TESTAMENTARI

(*Titolo III - Capo VII*)

Su questa parte del Progetto non abbiamo molte osservazioni da fare. La disciplina dell'istituto dell'esecutore testamentario apprestata dalla commissione di riforma ci sembra, in massima, degna d'approvazione. Alcuni dubbi d'interpretazione sono stati rimossi, qualche questione disputata da autori e da pratici è stata risolta, parecchie nuove disposizioni sono state aggiunte a integrazione delle regole vigenti fino ad oggi. A questo proposito, invero, il Progetto non pecca per difetto: e forse è da riconoscere apertamente che qua e là il dettato legislativo è soverchiamente minuto ed appesantito da principi, dichiarazioni, chiarimenti che non erano necessari.

A parte le esuberanze, a schietti dissensi dà luogo — almeno in qualche punto — la relazione in cui diffusamente è dato conto delle varie modificazioni. All'autore di queste note, per esempio, non piace che il preambolo della relazione (p. 75) si dilunghi nell'illustrare la costruzione dogmatica della figura dell'esecutore testamentario preferita dalla commissione. E' troppo noto per ripeterlo, che è assai pericolosa la posizione di principi teorici in un testo di legge. D'altra parte, la dottrina che ravvisa nell'esecutore testamentario il titolare di un ufficio (sia detto con la massima comprensione per i nobili sforzi di chi ha dato opera all'elaborazione di questo concetto) non si sottrae a dubbi e a obiezioni di peso non trascurabile. Un valentissimo studioso che ha pur collaborato alla redazione del Progetto ha detto crudamente, poco tempo fa, che il concetto di ufficio non fa fare un passo avanti nella ricerca della natura dell'esecuzione testamentaria. E certo, pur dopo l'autorevolissima adesione del relatore di questo capo del Progetto, vi sarà sempre chi non sia disposto ad accettare questa configurazione dell'istituto che di tal capo forma oggetto. (Si noti che non è poi il caso di accennare al carattere pubblicistico dell'esecuzione testamentaria: si veda quel che dice in senso nettamente contrario lo stesso MESSINEO, *Contributo alla dottrina della esecuzione testamentaria*, Padova 1931, p. 87 sgg.). Insomma la concezione degli autori del Progetto non è incensurabile (non v'è quasi mai opinione di studiosi del diritto che lo sia): perciò sarebbe stato meglio evitare che una... professione di fede desse luogo a disquisizioni che giova riservare alla dottrina.

Premesse queste sommarie avvertenze, veniamo ad un rapidissimo esame di qualche disposizione contenuta sotto questa rubrica.

Art. 297 ult. cpv. — Sta bene la facoltà data all'erede di

autorizzare l'esecutore testamentario a sostituire altri a sè stesso quando egli non possa continuare nell'ufficio. Ma vien fatto di domandare se non si possa spingersi anche un poco più in là, statuendo che l'erede abbia *sempre* la facoltà di dare una tale autorizzazione all'esecutore testamentario. In verità la ragione per cui si vuole che l'esecutore eserciti personalmente le sue attribuzioni è che nella scelta dell'esecutore gioca un elemento comunicabile: la fiducia. Ma appunto per questo, a nostro avviso, non v'è motivo per non inchinarsi alla volontà del testatore quando egli consenta, incondizionatamente, che l'esecutore surrogli la sua attività con quella d'un'altra persona.

Art. 299. — Che con una norma nuova si voglia attribuire un qualche carattere di pubblicità all'esercizio dell'ufficio di esecutore a maggior garanzia di tutti gli interessati (*Relazione*, p. 77), è da approvare. Ma spunta il dubbio se per avventura non basti stabilire che da una dichiarazione nella cancelleria della pretura risulti la sola accettazione della nomina. O con quest'articolo si intende dire, invece, che la suddetta dichiarazione deve farsi per la rinuncia posteriore all'accettazione? Se fosse così, si sarebbe allora tentati di suggerire che sia considerata attentamente l'opportunità di porre una disposizione che non permetta all'esecutore testamentario di rinunciare al suo compito che per gravi motivi da apprezzarsi dal giudice. Così pensano già alcuni per diritto costituito (citazioni in MESSINEO, *op. cit.*, p. 110): nella quale opinione non dovrebbero rifiutarsi di consentire gli insigni riformatori del codice, se l'esecuzione testamentaria (a loro modo di vedere) costituisce un istituto di singolare carattere giuridico e sociale.

Art. 300 ult. cpv. — Questo, se non sbagliamo, è uno dei casi in cui si nota la sovrabbondanza di principi, a cui si accenna

qui sopra. Non è forse una verità intuitiva, che qualsiasi atto dell'esecutore testamentario non pregiudichi i diritti dell'erede a rinunciare all'eredità o ad accettarla con beneficio d'inventario?

Art. 301-302. — Intorno a questi articoli, in cui si contemplano e si regolano le funzioni dell'esecutore testamentario, è interessante la notizia (di cui nella *Relazione*, p. 79) sul dibattito avvenuto in seno alla commissione circa l'opportunità di porre una temporanea indisponibilità dei beni ereditari da parte dell'erede e un temporaneo divieto degli atti di esecuzione da parte dei creditori di questo. Sia lecito peraltro lodare il partito adottato alla fine di codesta discussione, che s'è chiusa senza aver fatto nulla di simili innovazioni, difforni dalla nostra tradizione e non postulate da una esigenza veramente sentita.

DELLE DONAZIONI

(*Titolo VI*)

Art. 390. — Nella relazione si legge (pag. 93) che la nuova disposizione proposta per la donazione vuole anzitutto porre chiaramente in rilievo che si è inteso disciplinare la donazione come un contratto: più oltre il medesimo compilatore aggiunge, e non una sola volta, che s'è cercato di cancellare l'adeguazione che il codice vigente fa tra donazioni e testamenti (pag. 95, a proposito dell'accrescimento; pag. 97, a proposito dell'art. 1053 c. c.); infine la contrattualità della donazione balza in luce, fra l'altro, dalla contrapposizione accennata nell'art. 443 fra le donazioni che presuppongono la esistenza di un contratto e le donazioni indirette.

Poste queste premesse, non si vede la ragione per cui si continua a ricalcare la formula tradizionale che parla di «atto» anzichè di «contratto». Se è da approvare che non ci si discosti dal sistema attuale collocando la donazione nella parte speciale delle obbligazioni (come pure si propugna in studi recentissimi), è pur vero che gioverebbe troncare con la definizione legislativa la trita disputa sulla configurazione di questo negozio.

Art. 392. — Molto opportunamente questa nuova disposizione esclude che si possano considerare vere donazioni le prestazioni che usa fare nella vita quotidiana e le remunerazioni di servizi resi. Ma appunto perchè s'ha da ritenere che qui non vi sia una liberalità, è forse meglio sostituire questa parola con un'altra, più esatta, come ad esempio «erogazioni».

Art. 393 cpv. — Anche qui sembra consigliabile di rettificare la formulazione, lasciando immutata la disposizione dell'art. 1064 c. c., che è più corretta perchè indica «beni futuri» e non «i beni futuri» ed esauriente perchè dichiara per esplicito che la donazione «è nulla riguardo a questi».

Quanto alla sostanza della norma, non è sicuro che veda giusto il relatore quando avverte che il principio della nullità viene attenuato dal progetto in quanto si reputa valida per l'intero la donazione che comprende beni i quali costituiscono un accessorio o una integrazione di un bene presente (per esempio una biblioteca con tutte le sue future accessioni).

In realtà in ipotesi cosiffatte, ad onta dell'apparenza, non v'è donazione di beni futuri, perchè (cfr. art. 445 c. c.) tuttociò che si unisce, naturalmente o con l'arte, ad una cosa spetta al proprietario di questa per diritto di accessione.

Art. 395. — Secondo il relatore, scopo di questa norma è

la tutela degli obblighi alimentari che gravano sul donante, perciò là dove questi non è tenuto a nessuna prestazione di tal genere s'ha da permettere la donazione di tutti i beni presenti senza esigere una riserva di usufrutto (almeno parziale) a favore del medesimo donante.

E' tuttavia lecito il dubbio se non sia invece più degno di elogio quest'ultimo sistema, attuato da alcune leggi, come la portoghese e l'argentina, in cui è pure sancita l'obbligazione del donatario di sovvenire ai bisogni del benefattore.

A prescindere da questo rilievo conviene poi raccomandare che un simile limite alla donazione universale sia richiesto solamente a protezione degli obblighi alimentari da legge. Lo stesso progetto per il primo libro del c. c. ha infatti riconosciuta la necessità di tener distinta la disciplina dell'istituto degli alimenti legali dagli obblighi alimentari derivanti da un negozio giuridico, che hanno atteggiamenti e caratteri del tutto diversi: e questa differenza si rileva nettamente anche agli effetti della disposizione proposta con quest'art. 395.

Art. 401. — Per rendere conforme il testo di questa disposizione a quello delle norme successive è forse opportuno sostituire la locuzione «sono vietate le donazioni» con l'altra «sono prive di effetto».

Art. 403. — Il progetto, a somiglianza del codice, pone alcuni divieti a ricevere (con una buona innovazione nel temperamento ammesso per i figli adulterini e incestuosi dall'art. 402 cpv.); ma non si preoccupa di risolvere le questioni che oggi sono decise dagli articoli 770 e 771 c. c. (riprodotti integralmente negli articoli 149 e 150 del Progetto): la capacità del coniuge del binubo e la capacità del notaio o dell'ufficiale pubblico che riceve la donazione (cfr. anche in proposito gli articoli 28 n. 3 e 58 n. 3 della legge sul notariato 16 febbraio 1913, n. 89).

Non sarebbe meglio colmare l'una e l'altra lacuna, tanto più che, permettendosi d'ora innanzi la donazione fra coniugi (art. 406 del Progetto), non sarà escluso in pratica il caso di una donazione fatta dal binubo al suo coniuge?

Art. 404. — Si risolve qui un problema lasciato fino ad oggi alle dispute degli interpreti: la determinazione dei soggetti legittimati ad agire per l'annullamento della donazione compiuta in onta ai divieti previsti nelle disposizioni precedenti. Poichè la ragione giustificatrice della maggior parte di tali divieti è il rispetto della famiglia legittima, si può domandare se non sia il caso di consentire che l'azione di annullamento sia proposta altresì dal coniuge del donante se non anche dai suoi fratelli.

Art. 406. — Degna di approvazione l'abolizione del divieto delle donazioni fra coniugi, conformemente a voti antichi di autorevoli scrittori. Ma sarebbe desiderabile che il progetto fosse su questo argomento più esplicito e completo.

Sarà sperimentabile la revoca da parte del donante contro gli eredi del donatario? (Soluzione accolta dalla dottrina francese, pur nel silenzio del testo della legge, notoriamente simile a quello del progetto). E quali saranno gli effetti della revoca nei riguardi dei terzi?

Si aggiunga che se con l'ultimo capoverso si vogliono proibire le donazioni reciproche fra marito e moglie tanto se contestuali come se contenute in atti distinti bisognerà correggere la dizione attuale, la quale può far pensare che invece siano vietate solamente le donazioni reciproche contenute in un medesimo atto.

Art. 407 cpv. — L'opportunità di questa trasformazione del

diritto vigente lascia assai perplessi. Il progetto accoglie a questo punto la tesi dell'Ascoli, il quale opina che il sistema per cui è sufficiente la tradizione per le cose mobili risponde meglio di ogni altro alle necessità della pratica, mentre per la tutela degli interessi degli eredi esistono altri rimedi nelle azioni di nullità e di riduzione. Peraltro si può obiettare che appare cionondimeno pericoloso che per i beni mobili si esiga la formalità della nota (richiamata in ogni caso dall'art. 1070 c. c.) solo quando manchi l'effettiva tradizione. Si insegna (Scuto, *Le donazioni*, pag. 537) che la necessità dell'atto estimativo nelle donazioni mobiliari è postulata da varie esigenze. Così, per non citare che un esempio, nel caso di revoca per sopravvenienza di figli o per ingratitudine, se il donatario ha consumato o distrutto gli oggetti donati, non si potrà stabilire l'importo dell'equivalente se non sarà stata fatta una valutazione al tempo della donazione. Ma come si provvederà domani, in questi ed altrettali casi?

Art. 409. — Dalla relazione appare che la commissione non ha creduto di accogliere il principio che la morte o l'incapacità delle parti non impedisce che la donazione consegua il suo effetto (pag. 100). Senonchè il pensiero dei riformatori si è tradotto nel Progetto in modo incompleto, perchè l'art. 409 si restringe a prevedere l'ipotesi della morte del donante o del donatario anteriore alla accettazione. Manca una disposizione circa gli effetti della sopraggiunta incapacità d'una delle parti.

Art. 411. — Questa norma lascia ancora aperta una questione: come si provvede, nel silenzio del contratto, all'amministrazione dei beni donati al nascituro? La soluzione più plausibile del quale problema è quella, propugnata per diritto vigente dalla migliore dottrina, secondo cui l'amministrazione

deve essere, con le opportune garanzie, affidata al donante (v. ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, 2^a ediz., pag. 240).

Art. 412 cpv. — In coerenza con l'aggiunta proposta all'art. 409, dopo l'inciso: «revocate nell'ipotesi dell'art. 409», si propone di aggiungere: «nè nell'ipotesi di sopraggiunta incapacità del donante».

Art. 416. — Se di questa norma si ravvisa veramente la necessità, s'ha da osservare che in essa non è detto che in tanto la donazione è perfetta nel momento in cui il donatario manifesti la volontà di accettare il dono in quanto il donante non abbia revocata la donazione non ancora accettata o comunque la dichiarazione di volontà del donante non sia stata tolta di mezzo da una causa che impedisca la formazione del contratto (morte o perdita della capacità).

Art. 420. — Una novità meritevole di plauso. L'esempio di diritti stranieri può tuttavia indurre a riflettere sull'opportunità di allargare la facoltà di non eseguire la donazione. Si veda l'art. 250 del codice svizzero delle obbligazioni (solo in parte rammentato nella Relazione): il donante, secondo questa norma, può rifiutare l'adempimento anche nel caso che siano sorti per lui degli obblighi famigliari o tali obblighi siano divenuti più gravosi. (Non molto dissimile il § 519 del codice civile tedesco). D'altra parte, le tendenze della nostra legislazione, che è orientata verso una efficace tutela degli interessi della famiglia, premono per una cosiffatta estensione, che favorirebbe i congiunti del donante.

Art. 421. — Invece di «manifesto» sarebbe più corretto dire «espresso», analogamente all'art. 192 del Progetto che esige il motivo espresso, come l'art. 190.

In secondo luogo, anzichè di motivo contrario alla legge o al buon costume converrebbe parlare di motivo « illecito » (cfr. art. 192 del Progetto).

Art. 422. — E' da dubitare che vi fosse proprio bisogno di dirimere il dubbio che si vorrebbe dissipare con questa disposizione, una volta che il Progetto ritiene superfluo, e quindi sopprime, l'art. 1065 c. c. Che se avesse ragione il relatore nel ritenere giustificata l'introduzione di questo art. 422, sembrerebbe pure utile conservare l'art. 1065.

Art. 424. — Come nell'art. 1071 c. c., qui si parla puramente e semplicemente di *discendenti*. Ma chi va compreso fra i discendenti? Forse converrebbe essere espliciti in proposito, pur dichiarando che si deve tener conto di volta in volta della intenzione del donante.

Art. 426. — Per l'esattezza bisognerebbe rammentare nel primo capoverso che l'onere può essere imposto non solo a favore del donante o di un terzo o nell'interesse pubblico, ma anche a vantaggio dello stesso donatario.

Art. 429. — Si può comprendere che questa norma limiti l'applicazione dell'usufrutto all'ambito familiare (*Relazione*, pag. 105). Ma non sembra soddisfacente la giustificazione dell'usufrutto successivo offerta dal compilatore di questo titolo: che, cioè, il fedecommesso riguarda la proprietà, non l'usufrutto. Se fosse così, non si spiegherebbe perchè l'art. 901 c. c. si perpetui nell'art. 295 del Progetto; ciò che non si può in verità deplorare, tanto è grave l'inconveniente dei vincoli frapposti alla disponibilità dei beni.

Superfluo osservare poi che non v'è motivo per sopprimere

la menzione, fatta dall'art. 1074 c. c., circa la possibilità della riserva dell'uso.

Art. 432. — La disposizione che sancisce la revocabilità della donazione per l'indebito rifiuto degli alimenti al donante sembra, per un verso eccessiva, per altro verso inutile. E' inutile perchè tutti siamo d'accordo nel ritenere che solo nel caso di inadempienza dell'obbligo alimentare del donatario potrà farsi luogo alla revoca della donazione. Ora secondo l'art. 504 del Progetto per il primo libro del codice civile il donatario sarà obbligato agli alimenti in modo diretto e immediato, nè più nè meno che tutte le altre persone cui la legge addossa l'obbligo di una simile prestazione; e ciò posto il donante sarà tutelato con un mezzo più efficace, più spedito, operante in tutti i casi a differenza della revoca della donazione, la quale è esclusa in determinate ipotesi. Queste stesse riflessioni dimostrano poi l'eccessività della norma. Quel che, a ogni modo, non si riesce a comprendere è il motivo per cui si mantiene nell'art. 442 il famoso avverbio « indebitamente », dell'art. 1081 c. c. Secondo il suo significato letterale quest'espressione, infatti, allude ad un obbligo alimentare che grava sul donatario al di fuori e al di sopra della donazione, per legge o per negozio giuridico. Ma è ovvio che qualunque rifiuto degli alimenti da parte del donatario dovrà considerarsi indebito una volta che nel titolo degli alimenti il codice futuro ponga il donatario fra i soggetti di quest'obbligo!

Art. 438. — Quanto al primo comma vien fatto di domandare perchè si preveda l'ipotesi del ritorno del discendente presunto morto e non l'ipotesi della sopravvenienza di un discendente. Giustamente si è soppresso l'inciso « benchè postumo » dopo l'espressione « figlio legittimo del donante ». Per comple-

tezza, occorrerebbe però prevedere oltre al caso del riconoscimento di un figlio naturale quello della dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità.

Il secondo comma dà luogo a questo quesito: quando la donazione venga revocata per l'accertamento della paternità o della maternità naturale, in quale misura dovrà farsi luogo alla revoca?

Art. 442. — Si propone di aggiungere alla fine del primo comma: « nel caso di ritorno del figlio o discendente presunto morto il termine decorre dalla data del ritorno ».

VITTORIO TEDESCHI

PROFESSORE INCARICATO DI DIRITTO PRIVATO COMPARATO

OSSERVAZIONI SULLE SUCCESSIONI TESTAMENTA-
RIE: DISPOSIZIONI GENERALI - DELLA CAPACITA'
DI DISPORRE PER TESTAMENTO - DELLA INCAPA-
CITA' DI RICEVERE PER TESTAMENTO - DELLA
FORMA DEI TESTAMENTI

DELLE SUCCESSIONI TESTAMENTARIE

(*Titolo III, Capi I, II, III e IV*)

1. Giustamente il Progetto, all'art. 140, ha mantenuto una definizione del testamento; la quale si rende praticamente assai utile, ai fini dell'applicazione di quelle norme, che del testamento, appunto, presuppongono la nozione. Tanto è vero, che anche codici, che si sono astenuti da una definizione formale, si sono preoccupati, tuttavia, di fornirne, quanto meno, gli elementi: così, il Codice Civile Germanico, al § 1937, in cui si dichiara che il testamento è una «disposizione unilaterale a causa di morte», una «disposizione di ultima volontà».

Naturalmente, della definizione stessa devesi giudicare tenendo conto che si tratta di una definizione legislativa, a carattere, quindi, prevalentemente pratico, e che non abbisogna di ripetere quanto già chiaramente risulti da altre norme particolari.

Alla stregua, appunto, di tali criteri si passerà ora ad esaminare l'art. 140.

Anche in diritti stranieri in cui si ammette, accanto al testamento, il contratto successorio, è stato tuttavia posto legislativamente in rilievo, agli effetti della nozione di testamento, il suo carattere di disposizione *mortis causa*: così, come già si è accennato, dal § 1937 Cod. Civ. Germanico. Tanto più, quindi, la caratterizzazione del testamento quale negozio *mortis causa*

dovrà costituire il perno di una definizione legislativa in un codice, che non riconosca il contratto successorio, e in cui il testamento rappresenti la disposizione *mortis causa* per eccellenza. Perciò bene ha fatto il Progetto (in cui il contratto successorio non sarà ammesso), ispirandosi al celebre testo di Ulpiano, a scolpire tale carattere del testamento in modo assai più netto che non il Codice attuale: «...con cui taluno dichiara la sua ultima volontà, *da valere dopo la morte*». In realtà, è forse lecito dubitare se l'inciso «*ultima*», che si richiama al concetto di testamento come atto di ultima volontà, non sia superfluo. L'esempio del Cod. Civ. Germanico, in cui la designazione del testamento come «*letzwillige Verfügung*» viene accolta dal § 1937, non sembra probante. Ivi infatti — come già si è ricordato —, a differenza del Progetto, accanto alla disposizione *mortis causa* unilaterale e revocabile — per testamento —, si ammette quella contrattuale ed irrevocabile — per «*Erbvertrag*» —; e la designazione della prima, quale «*letzwillige Verfügung*», può giovare a differenziarla dalla seconda. D'altra parte, che la designazione in questione possa eventualmente appoggiare la nota teoria dello JHERING, secondo cui il testamento rappresenterebbe «non un atto volitivo istantaneo, ma un volere continuato», è dubbio (1); comunque, in caso affermativo, ciò, oltrechè irrilevante, trattandosi di una definizione legislativa, rappresenterebbe piuttosto uno svantaggio, stante le giuste critiche, cui la nostra dottrina ha ancor di recente sottoposto tale concezione dommatica. Finalmente, non sarà inutile osservare — dato che taluni autori paiono ricavare dal concetto di ultima volontà anche quello della revocabilità del testamento — che la revocabilità stessa già è posta in rilievo singolarmente dall'articolo in esame e, comunque, risulta da norme speciali.

(1) BARASSI, *La successione testamentaria*, Milano, 1936, p. 15.

Altri caratteri del testamento, posti in rilievo dalla dottrina, non è però necessario vengano consacrati dalla definizione legislativa, in quanto già risultanti da altre norme. Così la unilateralità del testamento, che dal § 1937 germanico trovasi menzionata espressamente, e *pour cause*, data l'ammissibilità del contratto successorio: nel nostro diritto, mentre è dubbio che essa si rispecchi davvero nella definizione del testamento come «atto» (anche la donazione, che pure è un contratto, è definita, dal Progetto, come «atto»), essa scaturirà, con sufficiente chiarezza, dal divieto del contratto successorio. Altrettanto dicasi per la unipersonalità, stante il successivo art. 142; e per quanto concerne la solennità. Riguardo a quest'ultima, già provvedono gli artt. 154 segg.; e perciò bene ha fatto il Progetto a non riprodurre dal Codice attuale l'inciso «secondo le regole stabilite dalla legge», che, secondo taluni, vi farebbe riferimento. Alla stregua degli stessi criteri, il Progetto avrebbe forse potuto omettere la menzione della revocabilità, già espressamente sancita da apposite, particolari norme. Nè potrebbe dirsi, in proposito, che la caratterizzazione legislativa del testamento quale negozio revocabile giovi ad individuare, praticamente, i negozi da considerarsi quale testamento: giacchè, secondo il Progetto — come già nel Codice attuale — vi ha testamento anche se il *de cuius* abbia dichiarato di voler porre in essere un negozio irrevocabile (artt. 270 Prog.; 916 Cod. Civ.).

Nella definizione del Progetto si parla di «disposizioni riguardanti tutta o parte delle proprie sostanze». Nonostante la formulazione, meno netta di quella del Codice attuale, sembra tuttavia che la definizione ricada anch'essa, per questo lato, sotto le critiche sollevate, anche di recente, per ciò che una formulazione del genere «urta contro la possibilità, ammessa dalla legge stessa... di legati di cose non appartenenti al patrimonio del te-

statore... » (1). Potrebbe, perciò, parlare, più semplicemente, di « *disposizioni patrimoniali* ». Che le disposizioni stesse possano essere anche soltanto parziali, già risulta dall'art. 2 del Progetto (720 Cod. Civ.).

Un punto, infine, nella definizione del Progetto, esige più lungo discorso: là dove, nella definizione stessa, si parla di « *disposizioni non patrimoniali* ».

E' questa indubbiamente una innovazione rispetto al diritto vigente. Giacchè da un lato sembra accoglibile la opinione, prevalente in dottrina e in giurisprudenza, secondo cui la definizione dell'odierno art. 759 impone, quale carattere essenziale del testamento, la patrimonialità. E, d'altro canto, la formulazione dell'art. 140 del Progetto è non già semplicemente nel senso di prevedere e di ammettere che nel testamento si contengano anche disposizioni non patrimoniali, bensì, invece, nel senso di imprimere anche alle disposizioni *mortis causa* non patrimoniali, pur se isolatamente prese, indipendentemente dal fatto che si accompagnino a disposizioni patrimoniali, il carattere di disposizioni testamentarie, di testamento.

E' tale innovazione desiderabile?

Da un punto di vista teorico, non si scorgono difficoltà ad un allargamento siffatto del concetto di testamento. Non v'è quanto il diritto comparato ad ammonirci come il testamento costituisca un concetto eminentemente di diritto positivo. Il concetto, che ci si propone, già esiste e funziona nel diritto germanico. Nè un ostacolo davvero insormontabile potrebbe costituire, a nostro avviso, la circostanza che un negozio siffatto, quantunque assurdo, in tal guisa, a categoria generale dei negozi *mortis causa*, verrebbe tuttavia disciplinato in tema di successioni.

(1) ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1936, p. 6.

Ma se, dal punto di vista teorico, non sussistono seri ostacoli, non si vedono, neppure, seri vantaggi. La questione, quindi, va esaminata dal punto di vista pratico, conforme, del resto, ai fini delle definizioni legislative.

Sotto questo aspetto, appunto, si sono fatte valere, dall'illustre Relatore (1), quali « conseguenze che fanno preferire la teoria più larga del Progetto », quelle, secondo cui « accettando la teoria [della patrimonialità, sancita dal Codice attuale] praticamente ne consegue — come è ammesso dalla Cassazione — che la nomina di un tutore fatta per atto olografo che non contenga se non quella nomina o le condizioni imposte dal padre alla madre per l'educazione dei figli sarebbero nulle, poichè la nomina del tutore e l'imposizione di quelle condizioni debbono essere fatte per atto pubblico o per testamento (artt. 242, 235): e atto pubblico quello scritto non è, e non è neppur testamento. Sarebbe pure nulla la revoca di un testamento operata da un testamento (art. 917) che non risponda alle esigenze di cui all'art. 759 » (2).

Ora, indubbiamente ripugna che, ad esempio, la nomina del tutore, non valida se fatta con le forme dell'olografo, lo sia, invece, qualora il genitore aggiunga un qualunque minimo lascito alla persona designata come tutore o ad estranei (3). Ma dato che tale soluzione, e le altre del genere, così disformi dal nostro sentimento giuridico, siano davvero imposte dal combinato disposto delle singole norme con la definizione attuale (sul che è lecito esprimere forti dubbi interpretativi), è davvero la modificazione della definizione l'unico mezzo per eliminare tali irragionevoli risultati? Evidentemente no, giacchè basterà, ad esempio, parlare, chiaramente, nella singola norma, di no-

(1) BARASSI, *op. cit.*, pag. 52.

(2) BARASSI, *op. cit.*, *loc. cit.*

(3) CICU, *Il testamento*, Bologna, 1932, pag. 67.

mina del tutore « *fatta nelle forme del testamento* ». E sembra appunto preferibile una revisione delle singole disposizioni, anzichè una modifica della definizione, che potrà per avventura recare con sè inconvenienti difficilmente calcolabili. Soggiungasi, che se il mantenere la patrimonialità del testamento porta con sè, come or ora si è visto, la necessità di intervenire in disposizioni particolari, altrettanto però ha luogo, come si dirà tra breve, qualora si accolga la non patrimonialità del testamento.

Per l'ipotesi, tuttavia, in cui la tesi della non patrimonialità del testamento dovesse restar ferma, è d'uopo portare l'attenzione sui punti seguenti:

a) Nel Codice attuale, e nel Progetto definitivo del I Libro (per es., art. 356), si sancisce, in taluni articoli, la possibilità che atti non patrimoniali siano fatti « *per testamento* ». E' lecito esprimere il dubbio se, in sede di coordinamento, la menzione espressa di tale possibilità non si appalesi ormai superflua, datochè, beninteso, si tratti di atti di per sè stessi *mortis causa*, i quali (se pure la dottrina neghi loro il carattere di dichiarazioni di volontà, di negozio giuridico) possano considerarsi, in linea di pratica interpretazione, come rientranti nella lata espressione di « disposizioni non patrimoniali » dell'art. 140 del Progetto.

b) Se, *de iure condito*, data la definizione del Codice attuale, si è potuto autorevolmente sostenere una interpretazione intesa a dare una disciplina autonoma alle disposizioni non patrimoniali in questione, sembra invece che la nuova definizione, di per sè stessa, qualora non venga integrata da particolari norme, escluda la possibilità di tale interpretazione, e conduca senz'altro, quale risultato pratico, a sottoporre le disposizioni stesse ad una disciplina identica a quella delle disposizioni patrimoniali: così, in particolare, per quanto attiene la forma, dal concetto di testamento, quale atto anche non patrimoniale, discenderebbe la invalidità delle disposizioni non patrimoniali, che

non sieno fatte secondo le forme prescritte per il testamento.

Occorre quindi prospettarsi il quesito, se tale risultato, *de iure condendo*, sia desiderabile; e, in caso contrario, intervenire mediante norme particolari, che limitino od evitino opportunamente, nei singoli casi, il risultato stesso.

In particolare, sempre per quanto attiene la forma, già il Codice attuale, ed ora anche il Progetto definitivo del I Libro, ammettono che talune disposizioni *mortis causa* non patrimoniali possano effettuarsi, oltrechè nelle forme del testamento, anche per atto pubblico (per es., art. 356 Progetto).

Tanto più le norme stesse — che rispondono a giuste pratiche esigenze — dovranno mantenersi, data la nuova definizione, che escluderebbe, di per sè stessa, tale possibilità.

c) La definizione del Progetto precisa trattarsi di disposizioni non patrimoniali «*che abbiano carattere giuridico*».

Indubbiamente, disposizioni non patrimoniali non aventi carattere giuridico non sono atte, di per sè stesse (in quanto non costituiscano condizione o *modus*), a fondare rapporti giuridici, a costituire diritti ed obblighi. E se l'inciso suddetto volesse soltanto consacrare un fatto così naturale ed evidente, potrebbe giudicarsi inutile. Come pure mancherebbe forse di utilità qualora volesse significare che la disciplina testamentaria non si estende alle disposizioni non aventi carattere giuridico: non è punto probabile, infatti, proprio a causa della loro giuridica irrilevanza, che sorgano controversie a questo proposito. Ma l'inciso si rivela invece utile (e però dovrà, nel caso, mantenersi), per l'applicazione di quelle norme che non disciplinano il testamento, ma solo si richiamano, in via riflessa, per i loro fini particolari, alla nozione di testamento. L'inciso in esame, infatti, varrà ad escludere il funzionamento di tali norme in presenza di una dichiarazione *mortis causa*, isolatamente presa, posta bensì in essere con tutte le forme testamentarie, ma avente contenuto giuridicamente irrilevante.

2. Mentre l'art. 760 del Codice attuale si limita a statuire quali disposizioni testamentarie attribuiscano la qualità di erede e quali, invece, quella di legatario, il Progetto, all'art. 141, dà una definizione generale ed obbiettiva, rispettivamente dell'erede e del legatario: «E' erede chi succede... In ogni altro caso il successore è legatario».

Sembra tuttavia che una norma siffatta — di carattere generale — contrasti con la sua collocazione specifica, in sede di successioni testamentarie; ed esorbiti dal suo scopo, che dovrebbe essere, appunto, quello soltanto di dichiarare quali disposizioni testamentarie patrimoniali costituiscano istituzione di erede, e quali, invece, legato.

Si preferirebbe, quindi, una norma sul tipo di quella del Codice attuale: alla quale corrispondono, del resto, anche norme contenute in codici tecnicamente elaborati. Così, nel Codice Civile Germanico, si dà, bensì, una nozione generale di erede, ma, appunto, in sede generale (§ 1922); laddove nella sezione relativa alle successioni testamentarie ci si limita a statuire, al § 2087: «Qualora il *de cuius* abbia attribuito il suo patrimonio, o una quota di esso, al chiamato, in tal caso la disposizione deve considerarsi istituzione di erede...».

D'altra parte, sempre da un punto di vista formale, sarebbe desiderabile che, oltrechè modificata in tal senso, la norma del Progetto fosse fusa con il successivo art. 188.

Da un punto di vista sostanziale, si approva, per i benefici effetti pratici, il cpv. dell'articolo in esame, secondo cui «in caso di dubbio... il chiamato è considerato erede». Per contro, la definizione di legatario fornita dall'articolo in esame («in ogni altro caso il *successore* è legatario») viene a cadere sotto le critiche cui la dottrina non a torto assoggetta la concezione che caratterizzerebbe il legato quale successione particolare, in contrapposto alla istituzione di erede, quale successione univer

sale (1). In realtà, semprechè il nuovo Codice intenda tener ferma l'antitesi tradizionale tra istituzione di erede e legato conforme al Codice attuale (questione che non è di competenza del sottoscritto esaminare), sembra che una definizione veramente corretta del legato non possa essere che del tutto negativa. Tanto che potrebbe fors'anco prospettarsi la opportunità di prescindere in sede legislativa, dato che al concetto in questione sarebbe egualmente agevole pervenire per via d'interpretazione, sia per differenziazione dalla istituzione di erede, sia sulla base delle singole norme, in cui si contemplano i possibili obbiettivi del leg. (art. 225 segg. Progetto).

Tenuto conto delle osservazioni sin qui esposte, si propone per l'art. 141 la formulazione seguente, in cui si è avuto altresì riguardo alla possibile non patrimonialità del testamento secondo il Progetto, nonchè al nesso logico tra l'articolo stesso e il precedente art. 140:

«Le disposizioni patrimoniali si possono fare a titolo di istituzione di erede o di legato, qualunque sia la denominazione o l'espressione usata dal testatore.

Si ha istituzione di erede se la disposizione attribuisce al chiamato la universalità del patrimonio del defunto oppure una sua parte, considerata come quota dell'universalità. [In caso diverso, si ha legato].

In caso di dubbio della disposizione testamentaria il chiamato è considerato erede».

3. Nei confronti dell'art. 143, relativo alla incapacità di testare, si propone, innanzi tutto, la soppressione della proposizione iniziale: «Possono disporre per testamento tutti coloro che non sono dichiarati incapaci dalla legge»; la quale già ri-

(1) Cfr. GANGI, *I legati nel diritto civile italiano*, Padova, 1933, vol. I, pag. 42.

sulta dai principi vigenti nel nostro ordinamento (diversamente, come è noto, nel diritto romano), talchè ne sembra superflua la enunciazione espressa. In questo senso, del resto, secondo quanto risulta dalla Relazione (pag. 35), già si sono manifestati taluni membri della Commissione. Soggiungasi, che una enunciazione espressa corrispondente manca per quanto concerne la capacità a ricevere per testamento.

Soppressa la proposizione suddetta, potrebbe più facilmente modificarsi la intitolazione del capo in: « Della *incapacità* di disporre per testamento »; col che si opererebbe, anche su questo punto, un adeguamento rispetto al capo successivo, intitolato, e giustamente, « Della *incapacità* di ricevere per testamento ».

L'articolo in questione non si occupa della incapacità a testare conseguente a condanna penale. Ora, se la menzione di tale caso di incapacità, in quanto trattasi di un caso già consacrato da apposite norme del Codice Penale (art. 32 Cod. Pen.), costituirebbe, di per sè stessa, una inutile ripetizione, non sarebbe, però, forse, inopportuno il provvedere legislativamente, in sede civilistica, così come si fa per gli altri casi di incapacità, ad una disciplina espressa della nullità corrispondente, dato che la estensione dell'art. 143 cpv. ult. per via di interpretazione non sembra scevra di dubbi.

Il Progetto si mantiene nella stessa linea del Codice attuale, contemplando, in uno stesso articolo, accanto ai casi d'incapacità legale, la cosiddetta incapacità naturale (art. 143, n. 3). Se ne distacca, però, in quanto espressamente pareggia le nullità conseguenti; e la nullità *ex* incapacità naturale espressamente disciplina, anch'essa, quale annullabilità. Perciò il Progetto stesso non sembra più suscettibile delle critiche cui parte della dottrina ha sottoposto l'odierno art. 763 n. 3, circa la sua utilità e la sua collocazione.

Per quanto concerne la descrizione della incapacità natu-

rale, la formulazione del Progetto appare felice; e ne accresce il pregio il fatto ch'essa si trovi in armonia con l'art. 423 del Progetto definitivo del I Libro, relativo agli atti tra vivi.

Venendo, dopo di ciò, ad esaminare il cpv. ultimo dell'articolo [143], relativo alla nullità conseguente alla incapacità di testare, vuolsi innanzi tutto affermare che bene ha fatto il Progetto, stante la incertezza delle opinioni manifestatesi sotto il Codice attuale, a dichiarare legislativamente la natura di tale nullità, e, attraverso il rinvio al successivo art. 162, a disciplinarla. Ciò premesso, osserviamo, più in particolare, quanto segue:

a) Nella formulazione attuale, tale cpv. è forse atto a suscitare l'impressione che esso si riferisca esclusivamente all'ultimo caso di incapacità (alla cosiddetta incapacità naturale), il che non deve essere certo nelle intenzioni del Progetto. Si proporrrebbe, quindi, di sostituire a « *Tale* incapacità è », « *Tali* incapacità sono causa... »; oppure, più semplicemente, di dire: « In tutti questi casi il testamento è annullabile, e si applica ecc. ».

b) Il cpv. in questione consta di due distinti precetti. Il primo statuisce trattarsi di annullabilità (e non di nullità) del testamento; dal che deriverà, tra l'altro, quella che è la conseguenza tipica dell'annullabilità, e, cioè, la « efficacia dell'atto fino a che non sia intervenuta la pronuncia giudiziaria che accoglie la impugnativa » (1). E appunto a ciò sembra abbia riguardo la Relazione (pag. 37), in cui si giustifica la norma così: « Un testamento formalmente valido, finchè non sia impugnato, deve ritenersi, secondo l'apparenza, cosa sacra ». Ora, e in linea di principio, e sotto questo aspetto, la norma stessa è degna di approvazione, anche per quanto concerne il pratico pareggiamento degli effetti della incapacità naturale con quelli dei primi due casi di incapacità, in armonia, altresì, con la semplice annulla-

(1) VASSALLI, *Sommario delle lezioni sulla teoria dei negozi giuridici*. Roma. 1934. pag. 87. nota 1.

bilità statuita dall'art. 423 del Progetto definitivo del I Libro per gli atti tra vivi.

Meno felice — e particolarmente per quanto concerne la c.d. incapacità naturale — sembra la disciplina concreta che, attraverso il rinvio all'art. 162, viene a darsi all'azione di annullamento. Il termine di tre anni è forse troppo breve, soprattutto se paragonato col termine di cinque anni concesso dal predetto art. 423 per gli atti tra vivi e dal successivo art. 193 del Progetto in esame per la impugnativa delle disposizioni testamentarie nei casi di violenza, dolo, errore. Anche per quanto concerne la decorrenza (« dal giorno in cui il testamento è esecutivo », nell'art. 162 cpv.; « dal giorno in cui il motivo dell'annullamento venne scoperto », nell'art. 193), e, forse, per la natura del termine (di prescrizione, nel 193; probabilmente, invece, di decadenza, nell'art. 162 cpv.), è opportuno prospettare un pareggiamento dell'azione di annullamento in questione con quella ex art. 193, in particolar modo, ripetesi, per quanto concerne il caso della c.d. incapacità naturale.

4. Secondo l'art. 144 cpv., « possono... ricevere per testamento i figli immediati di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, quantunque non siano ancora concepiti ». Il Progetto conserva, dunque, il cpv. dell'art. 764 cod. civ. Ora, dato che quest'ultima norma, come leggesi nella *Relazione* PISANELLI (GIANZANA, I, 67), fu introdotta, nel Codice attuale, perchè dal Codice stesso veniva « vietata ogni sostituzione fedecommissaria, anche di primo grado », si rende opportuno approfondire se la norma stessa meriti di essere conservata in un codice che, a differenza dell'attuale, ammetterà la sostituzione fedecommissaria di primo grado e l'ammetterà, più in particolare, anche a favore del nascituro non concepito (è ragionevole infatti supporre che l'espressione « nascituro » dell'art. 287

si riferisca anche al nascituro non concepito). Che la questione sia oltremodo delicata ed incerta, è lecito arguire già dal fatto che, a quanto sembra (1), in un primo tempo il progetto era andato in diverso avviso, e in vista, appunto, della possibilità del fedecompresso, . . . va soppresso tale cpv.

Resiste, dunque, il cpv. in esame, nei confronti della sostituzione fedecommissaria? Nei confronti della sostituzione fedecommissaria — sarà opportuno precisare — quale riconosciuta e regolata dal Progetto: alla impostazione del problema in termini concreti ammonisce, infatti, il diritto comparato, mostrandoci quanto possa variare, nei singoli ordinamenti positivi, il fondamento e la disciplina della sostituzione fedecommissaria (così, mentre il Progetto italiano, in materia, è partito dal concetto di rispettare la volontà del defunto « semprechè ispirata non ad uno scopo egoistico, ma ad un superiore interesse familiare o sociale » (2), il Codice Civile Germanico, invece, si è soprattutto preoccupato di dare effetto ad una volontà intesa a disporre con piena fiducia a favore dell'istituito, ma ad impedire, nel contempo, che della eredità beneficino, alla morte dell'istituito, gli eredi di lui) (3).

Ciò posto, tanto la istituzione diretta dal nascituro non concepito, quanto la sostituzione fedecommissaria in suo favore, entrambi, secondo il Progetto, ammissibili (del fatto che il Progetto ammetta la sostituzione fedecommissaria soltanto a favore dei nascituri da figli o fratelli del testatore, si dirà meglio a suo luogo), pervengono, bensì, ad un risultato finale analogo: la conservazione dei beni al nascituro; ma con differenze sensibili. Giacchè nel primo caso i beni vengono riservati, con tutti i loro incrementi, al nascituro, unico istituito. Nel secondo caso, invece,

(1) Cfr. BARASSI, *op. cit.*, pag. 88, nota 2.

(2) *Relazione*, pag. 71.

(3) Cfr. PLANCK, *Kommentar*, Berlino-Lipsia, 1929, vol. V, pag. 426.

(sostituzione fidecommissaria), dei beni stessi godrà, prima del nascituro, il genitore, chiamato anch'egli, prima del figlio, alla eredità.

La sostituzione fidecommissaria differisce, dunque, dalla istituzione diretta del nascituro, sia da un punto di vista positivo (chiamata di un'altra persona, prima del nascituro), che da un punto di vista negativo (mancato accumularsi dei frutti a favore del nascituro); per modo che l'ammissione di essa, da parte del nuovo codice, non implica punto, necessariamente, la abolizione della istituzione diretta. E qualora si negasse al testatore la possibilità di disporre, *omisso medio*, a favore del nascituro, e lo si costringesse a disporre, in prima linea, a favore del genitore, a sensi dell'art. 287 del Progetto, ne potrebbe risultare, in pratica, la non desiderabile conseguenza che nel caso, tutt'altro che impossibile, di rapporti non buoni tra genitore e testatore, costui finirebbe col disporre, piuttosto, a favore di terzi.

Resta però ancora da vedersi se gli inconvenienti che la istituzione diretta porta seco sian tali, che, nonostante le considerazioni sin qui svolte, la soppressione di essa si imponga per avventura in base a considerazioni di ordine diverso, sempre tenuto conto del nuovo strumento apprestato dal legislatore con la sostituzione fidecommissaria. E' quanto adesso si esaminerà brevemente, avendo presente anche qui, quale termine di raffronto, la sostituzione fidecommissaria a favore del nascituro non concepito.

In proposito, sembra lecito prescindere da quelle preoccupazioni dogmatiche, di cui facevansi eco coloro che osteggiarono la introduzione del 764 cpv. nel codice attuale, pretendendo che « in tal caso non si avvera la regola che il morto impossessa il vivo » (1). E così pure, *de iure condendo*, non dovrebbe tenersi

(1) Cfr. in VITALI, *Delle successioni*, Napoli-Torino, 1923, vol. I, pag. 655-656.

conto di quegli inconvenienti cui l'applicazione del 764 cpv. ha dato luogo sotto il Codice vigente, e dovuti non già all'istituto in sè, bensì alla non felice e mal certa disciplina legislativa attuale. A ciò, infatti, potrà opportunamente rimediare il nuovo legislatore; e così, ad esempio, provvedere a che non abbiano più per l'avvenire a sorgere incertezze in merito all'alienazione dei beni. Restano — e questo è veramente il punto — i riflessi dell'istituto — nel periodo tra l'aperta successione e la eventuale nascita del chiamato — a danno della libera circolazione dei beni, della dinamica dei patrimoni.

Che, sotto questo aspetto, la istituzione diretta del nascituro importi una immobilizzazione dei beni ereditari maggiore di quella della sostituzione fedecommissaria, non può certo dirsi, dato che il regime di amministrazione predisposto per i beni del nascituro tollera, sia pure con limiti ovvî, la alienazione di essi. Piuttosto, nei confronti della sostituzione fedecommissaria, in cui sussiste senz'altro, alla morte del testatore, un titolare dei beni — il genitore istituito in primo grado — il quale, secondo l'art. 289 del Progetto, « ha sui beni (oggetto della sostituzione) tutti i diritti e gli obblighi di un usufruttuario », la istituzione diretta del nascituro presenta — sempre sotto lo stesso aspetto — l'apparente svantaggio della mancanza di un titolare attuale dei beni, e della incertezza circa la titolarità definitiva. Senonchè, a questo proposito, è pur lecito osservare quanto segue. Intanto — a parte la circostanza, neppur essa trascurabile, che, nella istituzione diretta del nascituro, l'amministrazione interinale dei beni è affidata, a preferenza di terzi estranei, a persone interessate (il « presunto erede legittimo » ecc.) — è ben vero che nella sostituzione fedecommissaria vi è un titolare attuale al godimento dei beni: ma inceppato, da un lato, dall'obbligo di conservare e di restituire, e sospinto, dall'altro, da un interesse che facilmente degenera nello sfruttamento ad oltranza della proprietà.

Ma, soprattutto, sta di fatto, in linea di coerenza legislativa, che tanto secondo il Codice, quanto secondo il Progetto, il prodursi di situazioni di pendenza e di accumularsi dei frutti, analoghe a quella conseguente alla istituzione diretta del nascituro, non ha impedito al legislatore di ammettere, senza limitazioni di durata, le disposizioni testamentarie condizionali.

Sotto qualsiasi punto di vista dunque — e per quanto concerne la sua ragion d'essere, e per quanto riguarda i suoi pretesi inconvenienti — sembra che la disposizione testamentaria prevista dal 144 cpv. — disposizione intesa a raggiungere con la massima intensità (conservazione integrale dei beni al nascituro) un fine di alta importanza familiare — meriti di essere riconosciuta anche dal nuovo codice. Non è quindi luogo neppure di accennare a quei problemi di tecnica legislativa che si sarebbero dovuti affrontare per il caso della sua abolizione (sanzione espressa di nullità, conforme al Codice Civile Germanico, § 2101?; oppure, trattandosi di norma eccezionale, soppressione pura e semplice del cpv. in questione?).

Avvertasi, che nell'esame comparativo testè condotto ci si è deliberatamente astenuti dal tener conto di ciò, che, secondo la disciplina del Progetto — art. 292 — nel caso della sostituzione fedecommissaria il nascituro acquista soltanto alla morte dell'istituito. Giacchè è ovvio che qualora ci si orientasse verso la soppressione del 144 cpv., immediatamente si ritoccherebbe tale art. 292, in modo da consacrare la possibilità dell'acquisto al momento della nascita, nel caso in cui, trattandosi di nascituri non concepiti, risulti una volontà del testatore in questo senso. E, anche a prescindere dall'ipotesi di soppressione del 144 cpv., una modifica siffatta dell'art. 292 non sembra affatto improbabile.

Brevemente, ora, circa la differenza, poc'anzi segnalata, e consistente nel fatto che l'art. 287 del Progetto ammette la sostituzione fedecommissaria soltanto in favore dei nascituri dei

figli o dei fratelli del testatore, laddove l'art. 144 cpv. contempla i nascituri in genere, senza limitazioni.

Premettasi, che la differenza non è senza ragione. Giacchè chiaramente risulta, dalla Relazione al Progetto, che il Progetto si è ispirato, in materia di sostituzione fidecommissaria, esclusivamente alla tutela del nucleo familiare del testatore, laddove la disposizione dell'art. 764 cpv., da cui il 144 cpv. discende, fu introdotta in considerazione dell'« affetto di famiglia » genericamente inteso: affetto del testatore verso un dato gruppo familiare, e in virtù del quale il testatore, non volendo disporre in favore del genitore, si induce tuttavia a testare a favore dei nascituri di lui, oppure anche, avendo disposto a favore di figli già nati, intende mantenere uguaglianza di trattamento in favore dei sopravvenienti (1).

Orbene: ha inteso il Progetto riprodurre il 764 cpv. serbandone inalterata la portata, o non piuttosto il nuovo legislatore è partito dal concetto che la portata della norma risulti ormai automaticamente limitata, per via di interpretazione, dal coordinamento col successivo art. 287 (fatto cui potrebbe alludere la Relazione — pag. 38 —, là dove è detto: « Ciò stante, è sembrato opportuno mantenere anche il secondo comma del 764 cod. civ., la cui portata risulterà più sicuramente precisata dalle altre norme dettate in sede di sostituzioni »)?

Nella prima ipotesi sorgerebbe il dubbio, se la disparità sia veramente giustificata; e sarebbe lecito, in caso, prospettare, o un allargamento della sostituzione fidecommissaria anche ai nascituri (non concepiti) da persone che non sieno figli o fratelli del testatore, oppure un restringimento del 144 cpv. nei sensi del successivo 287.

Nella seconda ipotesi, invece, sarebbe forse desiderabile una

(1) Relazione PISANELLI, in GIANZANA, *op. loc. cit.*

norma espressa che chiarisse, inequivocabilmente, il pensiero del legislatore.

A osservazioni analoghe sembra dia occasione il fatto che il cpv. del 287 dispone la nullità della sostituzione fedecommissaria nel caso in cui il testatore abbia disposto soltanto a favore di alcuno dei figli, « e ciò ad evitare tra i figli una odiosa disparità economica »; laddove nel 144 cpv. manca una statuizione del genere, quantunque, come si è ricordato, tra i motivi per l'accoglimento della istituzione del nascituro non concepito nel codice attuale sia proprio stato quello di permettere al testatore di mantenere uguaglianza di trattamento tra i figli (nati e nascituri) di uno stesso genitore.

5. Dell'art. 155, relativo al testamento olografo, si esaminerà quanto esso dispone in ordine alla data: materia, questa, disputatissima, non solo *de iure condito*, ma *de iure condendo*, tanto che « ha dato luogo a vivaci discussioni in seno alla Commissione » (*Relazione*, pag. 42).

I cenni seguenti, relativi agli aspetti funzionali della data in genere, nei confronti della dichiarazione scritta di volontà a cui si accompagni, forniranno le basi necessarie di valutazione.

Funzione fondamentale, normale ed originaria della data, si è quella di rappresentare, obbiettivamente, il tempo in cui la manifestazione di volontà è avvenuta. Funzione fondamentale, tanto da lasciare spesso nell'ombra le altre; normale, tanto da poter eventualmente legittimare, soprattutto per certi atti, una presunzione in ordine al tempo della dichiarazione; originaria, giacchè da essa in certo qual modo derivano le altre.

Sempre in ordine alla rappresentazione del tempo, la data può, secondo la intenzione di chi la appone, indicare, anzichè il momento in cui la dichiarazione è stata effettivamente posta in

essere, quello in cui si vuole che la dichiarazione valga come avvenuta (antidata, postdata).

Sotto un aspetto diverso, la data è indice, è garanzia, di una volontà conchiusa, perfetta. Tanto che un diffusissimo compendio di diritto successorio tedesco (1) consiglia, quale *cautela*, al testatore, che abbia inteso soltanto predisporre una bozza di testamento olografo, e la cui volontà testamentaria non sia ancora ferma, definitiva, consiglia, dunque, che «in tutti i casi in cui il testatore intenda che il testamento sia riguardato come non ancora compiuto, egli lo dia a conoscere esteriormente, per esempio, *tralasciando ancora la data* o la sottoscrizione».

La *cautela* del KIPP dà lo spunto a notare un ulteriore, eventuale aspetto della data. Giacchè si ponga il caso — tutt'altro che impossibile — che il testatore, in omaggio a tale *cautela*, tralasci la data; e che solo successivamente, allorquando il volere è divenuto definitivo, ve la apponga. Sembra infatti che in questo caso — e in tutti quei casi in cui l'autore di una dichiarazione scritta parta da presupposti psicologicamente equivalenti — la apposizione della data costituisca l'atto con cui si perfeziona il negozio giuridico. Sempre sullo stesso piano funzionale, in altri casi, per contro, potrà la apposizione della data rappresentare la conferma di una volontà ormai perfetta.

Che, infine, la data, per il fatto di accompagnarsi, nella vita quotidiana, soprattutto a dichiarazioni importanti, possa costituire garanzia di una volontà seria, è stato delineato da taluno, nè il rilievo sembra privo di fondamento nella realtà. Ma il rilievo stesso merita di essere completato: nel senso che il legislatore, a sua volta, prescrivendo, sotto pena di nullità, la apposizione della data per un determinato atto, esigendo che la data sia completa (giorno, mese ed anno) e sia di mano del dichiarante, aumenta

(1) KIPP, *Erbrecht*, Marburg, 1930, pag. 48

la solennità dell'atto, in guisa che non può non contribuire alla ponderatezza nella dichiarazione stessa di volontà, cui la data deve accompagnare.

Passando ora, dopo queste necessarie premesse, all'esame dell'articolo, si osserva, innanzi tutto, che per quanto concerne la data come requisito del testamento olografo, la interpretazione della norma sembra possa fissarsi nel modo seguente:

1°) L'art. prescrive, sotto pena di annullabilità del testamento (art. 162 cpv.) la apposizione della data; 2°) Non richiede, invece, per la validità del testamento, che la data sia vera: giacchè, quantunque il comma primo del cpv. ultimo suoni nel senso che la data «*deve* indicare il giorno ecc. in cui è stata apposta», il comma successivo non solo esclude la prova della non verità nei casi in cui la data non abbia rilevanza concreta, ma prevede la efficacia di un testamento pur nel caso di data non vera. E' prevalsa, dunque, la opinione già accolta, *de jure condito*, contro la prevalente dottrina, dalla Cassazione.

Ora, se da un lato il progetto non è da biasimarsi per non aver prescritto, per la validità del testamento, la verità della data, postochè tale prescrizione costituirebbe incentivo a cause vessatorie; d'altra parte le osservazioni poc'anzi svolte valgono a giustificare sufficientemente il fatto che siasi tuttavia mantenuto, sotto pena di annullabilità, il requisito della data, quantunque, per avventura, non vera. Applicando i concetti su enunciati si potrà dire, infatti, che, poichè nella normalità dei casi la data testamentaria è vera, la sussistenza della data permette il sorgere di una presunzione circa il tempo della confezione del testamento, ed evita, quindi, poichè per lo più la presunzione non sarà combattuta, di dover ricorrere, all'uopo, a prove incerte e difficili. Del pari, sotto l'altro aspetto, la esistenza della data nel testamento, anche se la data possa non essere vera (salvo quanto debba osservarsi, più in particolare, per la data impos-

sibile), costituisce garanzia di una volontà testamentaria perfetta e seria. Finalmente, costringendo il testatore alla apposizione della data, che indichi giorno, mese ed anno, e sia anch'essa di sua mano, si stimola in lui quella riflessione e ponderazione che ben si addice ad un atto, quale il testamento, dotato di effetti giuridici tanto gravi ed importanti.

Il contenuto sin qui esaminato dell'articolo, quanto meno nelle sue linee generali, merita, dunque, approvazione. Dubbi sorgono, invece, per il suo contenuto ulteriore, particolarmente per quanto concerne l'applicazione dell'articolo stesso al testamento redatto in più riprese temporalmente distinte (dato, beninteso, che, secondo l'opinione adottata dalla Cassazione, e che non trova, nel nuovo Progetto, ostacoli maggiori di quelli offerti dal Codice attuale, si ammetta la validità di un testamento siffatto).

Il comma penultimo dell'articolo in questione dispone testualmente: «Sorgendo contestazioni circa la capacità del testatore o la priorità di data tra più testamenti o su altra questione, che debba decidersi in base alla data del testamento, si potrà dimostrare la non coincidenza della data apposta col giorno della sua apposizione: nel qual caso la contestazione dovrà essere decisa tenendo conto della data vera della sua apposizione e non già di quella indicata nel testamento».

Ora, tale norma non soltanto ribadisce quanto già emergeva dal comma precedente e, cioè, che per data vera il legislatore intende quella del giorno dell'apposizione della data; non soltanto statuisce che in base a una data siffatta si giudichi della capacità a testare; ma racchiude questo più ampio, generale precetto: che la data vera — intesa, appunto, come giorno dell'apposizione della data — sia decisiva ogni qualvolta si tratti del *tempo del testamento*. Che tale sia il principio racchiuso nel comma in esame, o che, quanto meno, la formulazione della

norma sia tale che, praticamente, finirebbe coll'interpretarsi in tale senso, appare più che probabile, ove si ponga mente che per « tempo del testamento » s'intende appunto, generalmente, quello fornito dalla data (tanto che, ad es., l'illustre Relatore nella sua *Successione testamentaria* scrive (1): « Il codice, in più luoghi, accenna a questo « tempo del testamento »... E' l'indicazione di questo tempo che occorre, e a ciò serve la data »); e che il cpv. stesso prescrive che in base alla data — vera, nel senso dell'articolo — si giudichi della capacità a testare, per la quale, appunto, si ha riguardo al tempo del testamento.

Ciò posto, mentre ci si astiene dall'approfondire se, da un punto di vista puramente logico e psicologico, debba veramente la data riflettere, in ogni caso, il momento della sua apposizione (al qual riguardo troverebbe qui la sua utilizzazione quanto poc'anzi rilevato, circa la possibilità che la apposizione della data rappresenti il perfezionarsi della volontà testamentaria); mentre ci si astiene, del pari, dall'indagare se, per quanto particolarmente concerne la capacità, la norma del Progetto conduca a risultati soddisfacenti nel caso di data apposta inizialmente; si reputa invece necessario il prospettare il dubbio, in certa guisa preliminare ed assorbente: Visto che l'art. 155 — relativo ai requisiti di validità del testamento — prescinde, per la validità del testamento, dalla verità della data, è consono all'articolo stesso statuire una determinata data come data vera? Ed è proprio opportuno il fissare in via generale ed assoluta, come fa il Progetto, un dato momento della confezione del testamento — quello della apposizione della data — siccome decisivo per il tempo del testamento, di qualsiasi questione giuridica si tratti?

Che in materia di data, e, quindi, di tempo del testamento,

(1) BARASSI, *op. cit.*, pag. 177

convenga tener conto anche degli effetti giuridici per cui la data è rilevante, è un punto di vista già utilizzato, e a ragione, dalla nostra dottrina: la quale, a quella stregua, si è fatta a respingere determinate teorie in materia di data, argomentando appunto, tra l'altro, dai risultati cui avrebbe condotto l'applicazione di esse a talune materie.

Ma una volta scesi su questo terreno, occorre, forse, procedere oltre, e riconoscere, traendone, nel caso, *de iure condendo*, le dovute conseguenze, che i risultati di una determinata teoria possono essere soddisfacenti o meno, a seconda degli effetti giuridici per cui la data è rilevante. Così, se, nel caso di data apposta inizialmente, il BARASSI (1) ha potuto qualificare come « assurdi » i risultati derivanti, in tema di capacità, dalla teoria della apposizione, è lecito forse ritenere che la stessa teoria, pur nello stesso caso di data apposta inizialmente, non darebbe occasione a un giudizio altrettanto severo, qualora si trattasse di applicarla per la determinazione del tempo d'el testamento agli effetti del legato di cosa altrui (allorquando si tratti, cioè, di decidere se la cosa legata sia o meno di proprietà del testatore al tempo del testamento). Indubbiamente, sempre in tema di capacità, converrà negare ogni valore all'antidata, in quanto altrimenti si giungerebbe a dare efficacia ad un testamento posto in essere in istato di incapacità; ma è altrettanto sicuro che per ogni e qualsiasi altro effetto giuridico, debbasi, costantemente, negare efficacia alla volontà negoziale racchiusa nella data falsa? E' appena il caso di avvertire che quantunque, come si è visto, dalle discussioni svoltesi nei confronti del Codice vigente, possano trarsi spunti per la questione qui prospettata riguardo al Progetto, la situazione, *de iure condito*, è profondamente diversa. Giacchè, *de iure condito*, di data della apposizione e di data della sotto-

(1) *Op. cit.*, pag. 178.

scrizione, di antidata e di postdata, si discute relativamente alla data quale requisito di validità del testamento, all'effetto, cioè, di decidere se, per la validità del testamento, sia necessario che la data rifletta un dato momento temporale: questione, questa, ormai superata dal Progetto, il quale, come si è detto, ammette la validità del testamento, anche se la data non sia vera.

Nè la tesi che, in questa sede, si è costretti soltanto a delineare, perde ad essere inquadrata nella teoria generale dei rapporti giuridici nel tempo e nello spazio: ove si ponga mente, ad es., che l'ordinamento giuridico, per quanto concerne la nascita della persona, non ha esclusivamente riguardo al momento della nascita, ma, per taluni effetti giuridici, considera anche l'epoca del concepimento; e che, in tema di sede giuridica, non si richiama, esclusivamente, ai rapporti obbiettivi della persona con i luoghi, ma, per certe materie, dà effetto ad una determinazione negoziale della sede (elezione di domicilio).

6. L'art. 162 del Progetto disciplina la invalidità del testamento per quanto concerne i difetti di forma. Sia per la sua importanza intrinseca, sia per il fatto di succedere al tormentatissimo 1311 del codice attuale, l'articolo stesso merita attento esame.

Senza dubbio, la invalidità dei negozi giuridici costituisce un problema legislativo estremamente delicato.

Delicato, intanto, per ciò che riguarda la scelta delle conseguenze da attribuirsi alla invalidità. Giacchè tale scelta non può e non deve farsi in base ad un criterio meramente logico, commisurando, con precisione matematica, la entità delle conseguenze alla gravità del difetto, per modo che a vizi determinati corrispondano costantemente determinate conseguenze. La natura del negozio giuridico [a seconda, per es., che si tratti di atti *inter vivos* oppure *mortis causa*; oppure, ancora, trattandosi, per av-

ventura, di negozi i quali si perfezionino attraverso la dichiarazione di un pubblico potere (1); la natura degli interessi in conflitto di fronte alla prospettata nullità; le esigenze della sicurezza del commercio: questi ed altri sono gli ulteriori elementi dei quali è necessario tenga conto il legislatore.

Ma non meno delicato è il problema formulativo, come è dimostrato anche dal fatto che persino i Codici tecnicamente più elaborati, su questo punto, prestano il fianco alla critica (2). Se da un lato è desiderabile che i concetti di cui il legislatore è costretto a servirsi in tema di invalidità rispecchino il vizio del negozio (talchè il legislatore germanico riserba il concetto di *Nichtigkeit* per determinati vizi, e parla di *Unwirksamkeit* per altri, sebbene produttivi delle medesime conseguenze), ancor più desiderabile è, d'altra parte, che i concetti stessi riflettano le conseguenze del vizio sul rapporto giuridico che avrebbe dovuto nascere dal negozio. La dottrina prevalente distingue, al riguardo, tra *nullità* ed *annullabilità*. Molte delle critiche, cui la distinzione è stata sottoposta, sono dipese da fraintendimenti circa la sua portata esatta, o da una sopravvalutazione delle sue possibilità, necessariamente limitate di fronte alla varietà straordinaria di forme, con cui l'ordinamento giuridico reagisce ai vizi dei negozi. Allo stato attuale, la distinzione stessa, se non rappresenta, certo, l'ideale, è però quella che maggiormente si raccomanda al legislatore. Il quale, beninteso, procederà, finchè gli sia possibile, ad una disciplina diretta, concreta, precisa delle singole invalidità; nè dovrà mai dimenticare che la distinzione suddetta rappresenta, per lui, soltanto uno strumento di lavoro, talchè non

(1) Cfr., per il nostro diritto: VASSALLI, *Lezioni di diritto matrimoniale*, Padova, 1932, pag. 253; per il diritto germanico, VON THÜR, *Allg. Teil*, Monaco-Lipsia, 1914, vol. II, pag. 295.

(2) Cfr., così, per le nullità matrimoniali nel Codice Civile Germanico: VASSALLI, *op. cit.*, pag. 269; VON THÜR, *op. cit.*, II, pag. 297.

gli è lecito sacrificarle, per eccesso di preoccupazioni dogmatiche, le esigenze della vita.

Alla stregua di tali principi si potrà ora procedere all'esame dell'articolo in questione. Il quale, a differenza del 1311, contempla, direttamente, soltanto i difetti di forma; e, sempre a differenza del 1311, i difetti stessi distingue, attribuendo loro conseguenze giuridiche diverse a seconda della loro gravità.

Più in particolare, il comma 1°, per i difetti di forma più gravi, esclude che il testamento possa avere effetto attraverso quella « conferma, ratifica, od esecuzione volontaria » ammessa dall'attuale 1311 (che tale sia la portata della nuova norma risulta e dalla comminatoria generica di *nullità*, usata tecnicamente, in contrapposto all'annullabilità, e — *a contrariis* — dal capoverso dell'art.).

Ora, è vero che la statuizione del 1311 è ben lungi dall'aver raccolto l'approvazione dei nostri autori (i quali non sempre, però, nel trattarne, hanno avuto una limpida visione del problema, che si è reso, ad es., più complicato, allorquando, secondo i principi della giurisprudenza concettuale, si è voluto « spiegare » la norma attraverso la sua costruzione). Tuttavia, le critiche sono state rivolte piuttosto alla infelice formulazione e sistemazione dell'articolo; tanto che non si è mancato di rendere omaggio alle esigenze pratiche e morali, cui l'articolo stesso era informato (1).

Tali esigenze, appunto, meritano riconoscimento anche dal nuovo legislatore, soprattutto per quanto concerne il caso della esecuzione volontaria. Si propone, quindi, di modificare il comma 1° nel senso che, nonostante i difetti di forma ivi previsti, il testamento possa avere effetto giuridico nel caso di esecuzione volontaria da parte degli eredi, se fatta conoscendo il vizio di forma.

(1) Cfr., ad es., FINZI, *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, pag. 41

Si tratterà, certo, di foggare una norma che, per la sua formulazione, non si presti alle critiche che colpiscono il 1311.

Gioverà, in proposito, trarre esperienza dalle elaborazioni dottrinali relative al 1311.

Delle costruzioni proposte per la rappresentazione dogmatica del contenuto di tale articolo, la più soddisfacente sembra quella dell'ALLARA (1), secondo cui si tratterebbe, in questo caso, di nullità risolubile del testamento: la esecuzione, da parte dell'erede, funziona, a suo avviso, da *condicio iuris* (se si vuol usare tale espressione) risolutiva della nullità.

E la costruzione dell'ALLARA trova in qualche modo conferma nella dottrina germanica. La quale, di fronte a talune norme di quel Codice Civile, ha elaborato il concetto di « nullità pendente », in cui « la validità o la nullità di un negozio giuridico dipende dal verificarsi di un evento successivo » (2). Tale nullità viene fatta rientrare nella categoria della nullità vera e propria, e contrapposta, quindi, da un lato alla semplice annullabilità, dall'altro al negozio incompiuto.

In favore della nullità potrebbe farsi valere, a nostro avviso, da un lato il fatto che si tratti di un vizio del negozio (difetto di forma), dall'altro il fatto che, subordinatamente al non verificarsi di quel dato evento, trovino applicazione tutti i principi propri della nullità. Alla obbiezione, che la nullità è, per natura sua, definitiva, sembra potrebbe risponderci, non tanto, col von TUHR (3), che si tratti, anche qui, di un'inefficacia definitiva, quanto, piuttosto, che qui proprio la nullità sarebbe *sub condicione*.

Sembra quindi proponibile una formulazione di questo genere: « Nel caso di mancanza di autografia... il testamento è

(1) *Op. cit.*, pag. 272.

(2) VON TUHR, *op. cit.*, pag. 278.

(3) *Op. loc. cit.*

nullo, sempre che al testamento stesso non sia data esecuzione volontaria... ». Che se proprio si voglia evitare di parlare di « nullità », potrà, sembra, dirsi: « Nel caso... il testamento non ha effetto, eccetto che... ».

Dovrà ammettersi che, attraverso la esecuzione volontaria da parte degli eredi, possa aver effetto anche il testamento orale (ipotesi che non sembra rientri fra quelle espressamente previste dall'art. 162)? Se in questo senso è già, *de jure condito*, un'autorevole corrente dottrinale, tanto più ciò sembra consono al nuovo Progetto: il quale da un lato, come a suo luogo si è visto, definisce il testamento in guisa tale, che gli estremi del concetto di testamento possono benissimo riscontrarsi pur nel testamento orale; dall'altro ammette, sia pure fra i testamenti speciali, il « testamento affidato verbalmente a due testimoni ». Nel comma 1° dell'art. 162, modificato nel senso suindicato, dovrebbe quindi aggiungersi, ai casi ivi descritti, quello del testamento orale.

Resta, da ultimo, da fugare un dubbio: e, cioè, che la proposta modifica del 162 comma 1° sia superflua, per ciò che a risultati analoghi possa egualmente giungersi, anche lasciando inalterato il comma in questione, attraverso la obbligazione naturale. Basterà, sembra, rammentare, in proposito, come sia estremamente contestata in dottrina tanto la possibilità di costruire il 1311 come un caso di obbligazione naturale, quanto, e ancor più, l'opinione secondo cui, nel silenzio della legge, il negozio nullo per difetto di forma genererebbe, di per sè stesso, una obbligazione naturale.

Passando ora all'esame del 162 capoverso, relativo ai difetti di forma meno gravi, si approva il Progetto per averne limitate le conseguenze alla annullabilità del negozio.

Indubbiamente, il rigore dei principi condurrebbe piuttosto alla nullità (nè è mancato, infatti, chi, *de jure condendo*, ha so-

stenuto tale tesi). Una volta che il legislatore prescrive, per la validità di un negozio, forme determinate, sembra naturale che il negozio mancante delle forme prescritte non possa fondare il rapporto giuridico corrispondente.

Che, tuttavia, il diritto, in questa come nelle altre materie, possa e debba ispirarsi anche ad altri criteri, oltre a quelli logici, già è stato accennato. Ora, in favore dell'annullabilità, intervengono qui, e con maggiore efficacia che non nel 1° comma dell'articolo, trattandosi di difetti di forma meno gravi, quell'insieme di motivi etico-sociali che si riassumono nel concetto di *favor testamenti*, e che spingono il legislatore a dare il massimo effetto possibile alla volontà del *de cuius*, non già soltanto perchè si tratti della volontà di un defunto (come spesso semplicisticamente si afferma), ma perchè si tratta, appunto, di volontà testamentaria.

La semplice annullabilità, la quale, anche per il potere discrezionale di annullamento che implica, parrebbe poco consona all'invalidità per difetto di forma, si giustifica, dunque, come la risultante di più forze — quelle or ora indicate — che, tendendo a direzioni diverse, ritrovano in essa il proprio equilibrio.