

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA R. UNIVERSITÀ DI MILANO

OSSERVAZIONI E PROPOSTE
SUL PROGETTO DEL TERZO
LIBRO DEL CODICE CIVILE



MILANO
DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE
1937-XV

PROPRIETÀ LETTERARIA

PRINTED IN ITALY

Città di Castello - Tipografia dell'«Unione Arti Grafiche» - 1937-XV.

GIOVANNI PACCHIONI

PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO CIVILE

APPUNTI CRITICI

SUL PROGETTO DI CODICE CIVILE, LIBRO III

I.

INTRODUZIONE.

1. Più volte si è parlato della necessità di sottoporre il nostro codice civile ad una radicale revisione, per quanto si attiene al diritto delle successioni. Ma i redattori dell'attuale Progetto hanno invece ritenuto che possa bastare, almeno per il momento, sottoporlo ad una minuta revisione critica in riguardo a tutte quelle sue disposizioni che danno luogo, in pratica, a quelle *perpetuae contentiones* che, indebolendo la fiducia nella certezza della legge e nella sua giustizia, vanno combattute come elementi di disintegrazione giuridica e statuale. Risolvere queste viete controversie, rafforzare, attraverso all'istituto delle successioni, la famiglia, cellula prima e fondamentale del tessuto sociale e politico; ritoccare e anche rinnovare, ove ciò sembri assolutamente necessario, gli istituti tramandati, questo è stato il compito che la Reale Commissione si è proposta e che, conviene riconoscere, ha in complesso egregiamente assolto, «all'intento di adeguare il nuovo diritto alle esigenze dell'era nuova». Lo studioso tuttavia che segue con amore lo svolgimento storico degli istituti, e che più che dei singoli problemi pratici di dettaglio, mira a cogliere le grandi linee nella evoluzione storica dei principî, e a svolgerle alle loro logiche conseguenze anche a rischio di correre qualche pericolo, potrà trovare che la Reale Commissione avrebbe potuto essere più decisa e radicale, nella opera sua riformatoria, tenendo in maggior conto i risultati di profonde ricerche alle quali anche i nostri più eminenti storici e giuristi hanno apportato luminosi contributi. Alludo in par-

ticolar modo agli studi di V. Scialoja e di P. Bonfante, suo primo e prediletto scolaro, nonchè ai più recenti saggi e studi di Rabel, Betti, La Pira e più specialmente del Siber.

2. S. E. Mariano D'Amelio, degno successore di V. Scialoja nella presidenza della Reale Commissione per la riforma del codice civile, con quel senno pratico e quell'equilibrio di giudizio che gli provengono dalle vastissime sue esperienze di eminente giurista e magistrato, ha tuttavia preferito non abbandonarsi a criteri e direttive radicali, pensando forse che, in materia legislativa, l'eccessivo radicalismo nasconde nel proprio seno gravi insidie e pericoli, e che la Francia non sarebbe riuscita a dare al mondo il suo codice civile, che si erge ancora monumento insuperato di relativa perfezione, nel campo della codificazione, se non avesse posseduto in Portalis un prudente e saggio legislatore che si mostrò capace di fare opera originale, senza tuttavia indulgere, come avevan fatto i suoi immediati predecessori, a tendenze estremiste. Di ciò, in verità, non può esser data che lode all'eminente Presidente della Reale Commissione e ai suoi valorosi collaboratori, onde confido che le osservazioni che io mi permetterò svolgere nel presente ed in altri successivi miei contributi critici al Progetto, adombrando alcune radicali riforme, più che come critiche possano essere considerate come appassionato incitamento ad osare.

3. È a tutti noto che il nostro diritto delle successioni ha subito in più parti una soverchiante influenza del diritto francese che, in questa parte, basa su antiche e ormai arcaiche costumanze germaniche. Una epurazione al riguardo si imponeva certo ai compilatori del Progetto, e di questa verità essi furono pienamente consci, ritornando, ad esempio, al concetto romano, per cui l'eredità non può acquistarsi che *in base ad accettazione*, ed escludendo quindi (ciò che allo stato attuale della nostra giurisprudenza era ed è tuttora controverso) che l'eredità si acquisti all'erede *ipso iure* al momento della morte del *de cuius* salvo repudio che questi ne faccia entro un certo termine.

L'istituto germanico della *saissine* per cui *Der Todte erbt den Lebendigen*, venne dunque abolito per quanto riguarda l'acquisto dell'eredità e conservato solo per quanto riguarda l'acquisto *ipso iure* del possesso dei beni ereditari (art. 925 cod. civ.; articolo 5 del Progetto).

Su questa e su altre riforme nella stessa direzione introdotte dai compilatori del progetto, avremo occasione di ritornare in seguito. Un concetto tuttavia sul quale ci sembra necessario insistere fin d'ora, in generale, è che i punti nei quali il nostro codice ha, a nostro avviso, più bisogno di revisione, non sono già quelli nei quali, sia pure a torto, si è fatta sentire (attraverso al codice civile francese preso a modello del nostro), l'influenza di idee germaniche; ma piuttosto, per quanto questa affermazione possa sembrare paradossale, quei punti che vengono vantati come più particolarmente e squisitamente romani. Gli è che il diritto romano essendo ancora diritto vivo (e in parte anche vigente; cfr. PACCHIONI, *Trattato* P. I, vol. I, cap. XIV), è suscettibile e bisognoso di nuove interpretazioni e rinnovamenti sulle linee direttive segnate dalla sua millenaria evoluzione; interpretazioni e rinnovamenti che necessariamente devono ripercuotersi, rinnovandole, sulle sue ormai vecchie e superate strutture. Noi dobbiamo, in altri termini, fare nostro il motto alato di R. v. Jhering: «attraverso il diritto romano e al di là» (*Durch das römische Recht und hindurch*), salvo solo a non credere, come sembra credesse l'eminente romanista tedesco, che al di là del diritto romano non vi fosse che... diritto tedesco o non romano; ma piuttosto affermare che al di là del diritto romano, tramandato e cristallizzato in vecchie compilazioni o dottrine... vi è ancora del nuovo diritto romano europeo. Quella convinzione dello Jhering, e di molti giuristi italiani e non italiani, dipendeva dal ritenere essi che il ciclo del diritto romano fosse stato chiuso dalle codificazioni. Ma noi abbiamo altrove dimostrata l'inanità di questa concezione che presuppone che il diritto romano sia morto, mentre invece, secondo noi, è ancora vivo e vitale in tutte le istituzioni, regole, principî, tendenze che ripullulano nel seno della civiltà europea. Bisogna

dunque, per quanto a me sembra, distinguere fra diritti germanici (consuetudini e libri di diritto) e diritto tedesco moderno. Quello è diritto nazionale germanico; questo è diritto germanico europeo, e cioè diritto romano, che continua il diritto romano più antico a noi tramandato vivo e non già morto. In una Europa pacificata e comunque unificata, i diritti nazionali diventeranno di nuovo consuetudini regionali, subordinate al diritto comune che è tuttora (e non può essere altro) che il diritto romano, perchè le branche di un albero e le sue foglie più fresche e giovani non possono venir distaccate dal ramo senza disseccare, così come il ramo non può venir distaccato dal tronco, e questo dalle radici. Ma, mentre crescono nuove foglie e nuovi rami, vecchie foglie e vecchi rami intisichiscono e cadono. Così sarebbe assurda pretesa che i rami disseccati e le foglie cadute, avessero ancora a valere comunque. Non tutto il diritto romano fermato nei libri di Giustiniano, nelle glosse e nelle dottrine dei glossatori e postglossatori, e negli articoli dei compilatori del codice civile francese presi a prestito dal Pothier e dal Domat, ha necessariamente il diritto di valere ancora come diritto romano. In questo senso pertanto sembrami giusto ciò che ebbi sopra ad osservare essere cioè il codice più bisognoso di revisione e rinnovamento nelle parti sue basate sul diritto romano (di Pothier e Domat) che su quelle basate su formazioni giuridiche nazionalmente estranee posteriori. Preme infatti sul nostro pensiero per quanto riguarda il diritto romano una tradizione millenaria che ci rende inclini ad accoglierlo, quasi ad occhi chiusi, anche per sentimentale orgoglio d'italiani; e contro questa pressione, che sterilizza le nostre attitudini riformatorie, conviene premunirsi molto di più di quanto occorre contro quegli elementi giuridici che ci vengono rappresentati come stranieri e che, per ciò stesso, destano in noi tutte le reazioni della nostra anima nazionale, contro la nostra vera anima universale romana. Io mi propongo pertanto, già in questo mio primo contributo critico, di illustrare, con un solo esempio, cioè trattando del diritto di accrescimento fra coeredi, secondo il nostro codice

civile e secondo il Progetto di riforma del medesimo, come questo sia uno dei punti nei quali occorre riformare a fondo, se veramente si voglia che il diritto romano accolto nel codice sia vero diritto romano vivo anzichè diritto romano morto.

II.

IL DIRITTO DI ACCRESCIMENTO FRA COEREDI.

4. Il *ius adcrescendi* ha le sue prime scaturigini nel più vetusto diritto romano, e si ricollega ad una delle più antiche regole di esso: la regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, in conformità alla quale, finchè vi fosse un valido testamento, non si poteva far ricorso alla successione legittima, anche se l'erede, o gli eredi nel testamento istituiti, non vi fossero istituiti che per una sola parte dei beni. I beni dei quali il testatore non aveva disposto, anzichè andare agli eredi legittimi, come avviene oggidì (cfr. art. 720), venivano acquistati, per accrescimento, dagli eredi testamentari.

Molto si è discusso fra romanisti, circa l'origine e il fondamento razionale della regola in discorso; ma non è qui il caso di entrare in una discussione in proposito. A noi sembra probabile che la regola traesse origine da una letterale interpretazione della disposizione delle XII tavole *si intestatus moritur cui suus heres nec escit adgnatus proximus familiam habeto*. Qui infatti si fa dipendere l'apertura della successione dei *sui heredes*, dell'*adgnatus proximus*, e dei *gentiles* dal fatto di non esservi testamento. Tutte le volte pertanto che testamento vi fosse, i *sui heredes*, gli agnati e i *gentiles* restavano esclusi. L'erede, o gli eredi testamentari superstiti, capaci e non rinuncianti acquistavano pertanto tutta l'eredità *iure adcrescendi*.

5. Questa soluzione era, nelle origini, imposta, o, quanto meno, favorita, dalla natura della istituzione ereditaria, che consisteva nella chiamata nel *titolo* di erede, e non già nell'attri-

buzione *dei beni* il cui acquisto non era che una indiretta conseguenza dell'acquisto di quel titolo. Ove dunque fosse stato istituito erede un Tizio qualsiasi, nella metà dell'eredità, egli acquistava l'intera eredità. Non fu questo però, a nostro modesto avviso, il caso che diede origine all'istituto del *ius adcre-scendi*, giacchè non è facile immaginare che, nelle origini, quando la chiamata ereditaria era semplicemente chiamata nel titolo di *heres*, si potesse istituire erede una sola persona, per una quota soltanto dell'eredità. Il caso che, secondo ogni verosimiglianza, dette origine all'introduzione del *ius adcre-scendi*, fu piuttosto quello in cui, avendo il testatore nominato due o più eredi, uno di essi gli fosse premorto, o avesse rinunciato. Qui l'unico erede superstite, restava libero dalla pari concorrenza del suo coerede premorto o rinunciante il che, per quanto riguardava il mediato acquisto dei beni, portava a fargli acquistare anche la quota dei beni che sarebbe spettata all'erede premorto o rinunciante in base alle regole *concurso partes fiunt*.

6. Mentre il sorgere del *ius adcre-scendi* dipese dalla regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, il suo sviluppo fu dovuto ad altro principio tutto speciale, esso pure, dello stesso diritto romano: cioè al formalismo dominante nell'interpretazione degli atti giuridici. Da questo formalismo infatti fu determinata tutta la dottrina della *coniunctio* nella chiamata di più persone alla medesima eredità. Il fondamento del diritto d'accrescimento, non era dunque riposto secondo i romani, nella volontà vera o presunta del testatore. L'accrescimento era la inevitabile diretta conseguenza dell'inammissibilità di concorso fra successione testamentaria e legittima: esso dipendeva dall'essere nella legge delle XII tavole escluso ogni erede legittimo, dove esistesse un erede testamentario, e si operava, in base alla natura della successione in un titolo unitario e indivisibile. Il coerede superstite non acquistava dunque il tutto perchè tale fosse stata la volontà del testatore, ma perchè già, *ab origine*, era stato virtualmente chiamato nel tutto, e solo limitato ad una quota dei beni, per il fatto dell'esservi un altro

o altri coeredi chiamati, essi pure, nel titolo che dava diritto a *tutti i beni*, salvo il concorso. Ora venendo meno questo coerede, il superstite, più che acquistare la quota che avrebbe acquistato il suo coerede, se non fosse premorto, o se non avesse rinunciato ecc. la *conservava* per essere venuto meno quel limite. Onde si suol dire, e giustamente, che l'accrescimento romano, in sostanza, era piuttosto un *non decrescimento*. Ma questa concezione è possibile solo in base al concetto dell'eredità romana come successione in *un titolo*, e non come successione nei beni del defunto. La volontà del testatore dunque non c'entra qui nè punto nè poco.

7. Quando tuttavia più persone fossero state istituite nel medesimo testamento, e l'una di esse premorisse o rinunciasse alla eredità, poteva sorgere il dubbio se le quote dei beni che essa avrebbe acquistato, se non fosse premorta, o invece di rinunciare avesse accettato, dovesse accrescersi a *tutti* i suoi coeredi o solo *ad alcuni* di essi. Poteva avvenire, per esempio, che un Tizio avesse, nel suo testamento, istituiti eredi i suoi figli di primo letto, Caio e Sempronio in una metà; i suoi figli di secondo letto, Mevio e Tizio, in un quarto, e infine la propria moglie Mevia nell'ultimo quarto. Supposto un simile testamento, premorendo, ad esempio, Caio, certo poteva dubitarsi se la sua quota dovesse accrescersi solo a Sempronio, o se invece dovesse accrescersi, in parti eguali o proporzionali, anche a Mevio e Tizio e Mevia. Per noi moderni questa questione non può venir risolta che in base alla volontà del testatore. Ma è ben noto che i giuristi romani non ammettevano la ricerca della volontà del testatore che attraverso alle parole delle quali il testatore si fosse servito: *uti lingua nuncupasset ita ius esto*. Ora, dato ciò, facilmente si comprende che i giuristi romani spiegassero una intensa attività intesa a stabilire le parole delle quali il testatore (e, più in generale, l'autore di un qualsiasi negozio giuridico), si avesse a servire per ottenere ogni dato possibile risultato giuridico da lui perseguito. Bisognava dunque che le parti passassero per questa trafilata, e, se alcuno volesse,

per esempio, erigere un valido legato di cosa non ancora in sua proprietà, bisognava che scrivesse nel suo testamento: *Titius heres meus servum Stichum Sempronio dare damnas esto*: se si fosse servito di altre parole non avrebbe eretto un valido legato. La giurisprudenza insomma stabiliva le formule da usarsi in ciascun negozio: le parti potevano raggiungere i risultati propri di ciascuno di essi solo usando la rispettiva *formula*. Si presumeva, in altre parole, avere le parti voluto ciò che la giurisprudenza aveva stabilito doversi ritenere avere le parti voluto, usando quelle date parole o formule. Nè era ammessa la libera prova di una contraria volontà. Ora in materia di accrescimento la giurisprudenza romana stabilì che la volontà di far operare l'accrescimento solo ad alcuni dei coeredi superstiti, e a quale, non potesse risultare che dal modo nel quale i vari coeredi fossero stati chiamati: e questi modi vennero appunto da essi prestabiliti colla loro dottrina della *coniunctio verbis tantum, re et verbis*, e *re tantum*, dottrina che può venire così brevemente riassunta.

«1) Si aveva *coniunctio verbis tantum*, quando più eredi vivevano chiamati congiuntamente, nella forma grammaticale soltanto: non, cioè, in una quota comune. Per esempio: Tizio sia erede per la metà, Sempronio e Mevio siano eredi ciascuno per un quarto. In questa disposizione Sempronio e Mevio sono chiamati congiuntamente, ma solo dal punto di vista della forma grammaticale. Questa *coniunctio* non aveva alcuna portata pratica, nè per determinare le quote da attribuirsi ai singoli eredi, e neppure per determinare il modo nel quale avesse ad operarsi l'accrescimento, le quote essendo fissate e l'accrescimento avveniva *per capita*. Di essa neppure si parlerebbe se non avesse avuto importanza in materia caducaria, in base alla *lex Papia Poppaea* (Ulpiano, XVII, 1).

2) Si aveva *coniunctio re et verbis*, quando più eredi venivano chiamati congiuntamente, non solo dal punto di vista del costrutto grammaticale, ma anche dal punto di vista della quota ad essi dal testatore attribuita. Per esempio: Tizio sia erede della metà, Caio e Sempronio siano eredi dell'altra metà.

Questo è un caso evidente e non presenta difficoltà. Ma poteva avvenire che il testatore si fosse espresso più concisamente, pur avendo la medesima volontà, e che, cioè, senza indicare espressamente le quote avesse detto: Tizio sia mio erede, Caio e Sempronio siano miei eredi (*Primus et fratris mei filii heredes sunt*).

Qui occorre risolvere il dubbio, se Caio e Sempronio dovessero avere una metà soltanto, e Tizio l'altra metà, o se, invece, l'eredità dovesse dividersi in tre parti uguali. La giurisprudenza romana classica si trovò concorde nel ritenere che la *coniunctio verbis* implicasse qui, secondo la volontà del testatore, *coniunctio re*: nel fatto di avere il testatore chiamato in una proposizione congiuntamente due eredi di fronte ad altri eredi chiamati ciascuno, in una separata proposizione, senza che vi fosse per alcuna indicazione di quote, essa vide implicita la volontà che quei due eredi dovessero essere considerati come uno solo (fr. 60 [59], § 2, Dig. 28,5; fr. 13 pr., Dig. cod.).

Questo modo di risolvere il dubbio è conforme allo spirito della più antica giurisprudenza cautelare, e alle abitudini di quei tempi, nei quali tutti i negozi giuridici importanti, e in ispecie i testamenti, venivano redatti con grande cura e con l'assistenza di qualche giurisperito; ma esso dovette necessariamente dimostrarsi pericoloso in seguito, quando nella redazione dei negozi giuridici non si pose più tanta cura e precisione di linguaggio. Sembrò allora troppo ardito il desumere, senz'altro, *coniunctio re* dalla semplice *coniunctio verbis*, e si finì per omettere la *quaestio volunatis* (c. 1 Cod. VI, 26).

3) Si aveva *coniunctio re tantum*, quando più eredi erano chiamati alla stessa ed identica quota di eredità, ma in diverse proposizioni del testamento: Tizio sia erede nella metà, Caio sia erede nell'altra metà, Sempronio sia pure erede in quest'altra metà. Caio e Sempronio non sono qui chiamati congiuntamente *verbis* bensì *re*, in quanto, per essere ad essi attribuita la stessa quota, si trovano a formare, in riguardo ad essa, una persona sola, di fronte agli altri eredi chiamati singolarmente e separatamente, in diverse e distinte quote (fr. 15. pr., Dig. 28,5).

4) Se il testatore aveva istituito più eredi, alcuni con in-

dicazione di quota, e altri senza, questi ultimi acquistavano ciò che restava, detratte le quote attribuite ai primi, in base ai principî che valgono per il caso di più chiamati senza indicazione di quote ».

8. In tal modo il criterio accolto dal diritto romano, per decidere a favore di chi, nelle varie ipotesi, l'accrescimento avesse ad operarsi era il criterio della volontà del testatore, ma non però della sua *vera concreta volontà* da ricercarsi liberamente, caso per caso; ma di quella volontà che la giurisprudenza aveva stabilito doversi considerare (senza possibilità di prova contraria) come volontà del testatore quando egli si fosse servito di quelle date parole, o quando avesse chiamato i più eredi congiuntamente in quel dato modo. Siamo qui insomma di fronte ad un capitolo di quel formalismo romano nella conclusione dei negozi giuridici, che il diritto moderno ha superato proclamando il principio della libera ricerca della volontà delle parti contraenti. Piena lode pertanto va dato alla Reale Commissione per avere, nel suo Progetto di codice civile sulle successioni, abolita la dottrina della *coniunctio*. In verità (trovasi scritto nella Relazione) anche per il nostro codice, così come per il diritto romano (e per le altre moderne codificazioni ora ricordate), la base del diritto di accrescimento è *in definitiva la volontà del testatore*; ma esso stabilisce delle presunzioni legali di tale volontà, che sono basate unicamente sulla forma in cui gli istituiti sono chiamati all'eredità o al legato. Oltre a ciò poi, la distinzione che esso fa tra la chiamata dei coeredi e dei collegatari in parti uguali, senza determinazione alcuna di esse, e la chiamata in parti determinate che sono tuttavia uguali tra di loro, ammettendo l'accrescimento nel primo caso, ed escludendolo nel secondo, è poco comprensibile, giacchè se si ammette nel primo caso una presunzione della volontà del testatore che tra i chiamati abbia luogo il diritto di accrescimento, non si vede una ragione sufficiente per escludere nel secondo caso la stessa presunzione. Così pure è poco comprensibile la distinzione che il codice fa tra accrescimento fra coeredi, ed ac-

crecimiento fra collegatari, ammettendo quest'ultimo tanto nel caso della cosiddetta *coniunctio re et verbis*, quanto in quello della cosiddetta *coniunctio re tantum*, ed il primo invece solo nel caso della *coniunctio re et verbis*. E infatti tutti i tentativi che sono stati fatti per spiegare logicamente questa differenza, si possono considerare falliti. Per tutte queste ragioni appunto, nella compilazione del progetto, si è ritenuto opportuno, seguendo l'esempio del codice tedesco (§ 2094 e 2158), di abbandonare, in questa materia, il sistema delle presunzioni legali basate sulla forma della chiamata. Posto che il diritto di accrescimento ha in definitiva la sua vera base nella volontà del testatore, il sistema più logico, e, appunto per ciò, da un punto di vista astratto, preferibile, sembra quello il quale ammette che tanto nel caso di più coeredi congiuntamente istituiti in tutta l'eredità o in una medesima quota di essa, quanto nel caso di più collegatari congiuntamente istituiti in uno stesso oggetto o in una medesima parte di esso, l'accrescimento debba aver luogo ogni volta che risulti che tale fu la volontà del testatore, e che l'accertamento di tale volontà, basato sul contenuto del testamento e sulle particolari circostanze del caso, debba esser lasciato al giudice del merito. La Commissione però, pur accettando in massima il concetto fondamentale su cui si basa questo sistema, tuttavia, considerato che in pratica, nella maggior parte dei casi di vocazione congiuntiva di più coeredi a tutta l'eredità o ad un'unica e medesima quota di essa, o di più collegatari ad un unico e medesimo oggetto, o ad una medesima parte di esso, la volontà del testatore è che tra i chiamati vi sia il diritto di accrescimento, ha creduto opportuno di stabilire negli articoli 263 e 266 una presunzione legale semplice di tale volontà, disponendo appunto che nei casi anzidetti, tanto se la vocazione congiuntiva dei coeredi o dei collegatari sia fatta senza determinazione di parti, quanto se essa sia fatta con determinazione di parti, l'accrescimento abbia sempre luogo salvo che dal testamento o da particolari circostanze risulti che il testatore abbia avuto una diversa volontà. Questa presunzione del resto, che è sembrata conforme alla normale volontà del testatore,

siccome può essere abbattuta colla prova contraria, non potrà in nessun caso condurre a risultati contrari alla effettiva volontà di lui. Quanto alla riserva finale del primo comma dell'art. 263 e del primo comma dell'art. 266 («salvo ciò che è stabilito nell'art. 281 del progetto sulla revoca ed inefficacia delle disposizioni testamentarie», art. 890 c. vigente), essa si trova anche nel codice attuale (art. 879, e art. 884 combinato con esso e coll'art. 890), e la si è mantenuta, perchè la prevalenza del diritto di rappresentazione sul diritto di accrescimento è sembrata logicamente fondata.

9. Nel brano della relazione che abbiamo testè trascritto, sono certo riconosciute alcune fondamentali verità; ma il caro amico e chiarissimo collega che ne è l'autore mi permetterà certo che io gli rivolga una domanda. Riconosciuto che il fondamento del diritto di accrescimento non è, e non può essere, nel diritto moderno, che la *volontà vera del testatore*, non sarebbe stato più logico e, ad un tempo, più opportuno, affidarsi *in toto* ed esclusivamente a questo criterio, abolendo, in sostanza, l'intero istituto? Certo non sarebbe stato questo un radicalismo esagerato, perchè già i compilatori del codice civile del 1865 si erano posti il quesito se non convenisse abolire del tutto l'intero istituto, e altri codici come, per citare il più recente e importante, il codice svizzero, l'hanno effettivamente abolito. Non è però su questo ordine di considerazioni che io voglio qui insistere, bensì sulle fondamentali ragioni che, a mio avviso, giustificherebbero la più radicale riforma qui caldeggiata. Abbiamo sopra veduto come l'accrescimento aveva, secondo il diritto romano, come suo fondamento razionale, un concetto di successione che nel diritto moderno è scomparso per essere la successione del diritto moderno successione esclusivamente patrimoniale. Il testatore del diritto moderno non fa che disporre dei suoi beni per il momento in cui avrà cessato di vivere. Se uno degli eredi da lui beneficiato premuore o rinuncia, i beni che costituivano la sua quota dovrebbero pertanto andare ai suoi eredi legittimi, non essendo oggidì più inammissibile il concorso della succes-

sione legittima con quella *testamentaria*, anzi stabilendo la nostra legge, e il progetto stesso, che « la successione si devolve per legge o per testamento », e che « non si fa luogo alla successione legittima se non quando manchi in tutto o in parte la testamentaria ».

Se dunque la nostra legge dispone che tutto ciò di cui il testatore non abbia disposto vada agli eredi legittimi, non è naturale pensare che a questi debba andare, in linea di principio, la quota caducata per premorienze, rinuncie ecc., a meno che il testatore *non abbia egli stesso positivamente altrimenti disposto*? Non è forse la volontà vera del testatore sufficientemente protetta dalla possibilità a lui lasciata di disporre della quota eventualmente caducale mediante sostituzione? Perchè allora attribuire al testatore una volontà che, il più delle volte, non ha, e che non è più sorretta dal concetto di successione sul quale era basata in origine; e che solo artificiosamente moderni civilisti tentano basare sui concetti succedanei della eredità come *universitas* o universalità di beni e simili con i quali si tenta tenere in piedi una struttura che non ha più ragion d'essere? Ripetiamo che siamo qui di fronte ad un istituto che sta in piedi solo per forza d'inerzia, e che la Reale Commissione avrebbe potuto far cadere senza pericolo di estenuarsi.

10. Mi sia ora permesso di illustrare quel tanto di vero che può essere contenuto nelle precedenti mie considerazioni con un caso tratto dalla pratica. Un certo Signor X morì lasciando un testamento di questo tenore: Nomino erede in tutte le mie sostanze, e in parti eguali, la signora X e mia sorella Maria.

La signora X era l'amica del signor X il quale aveva anche un fratello e alcuni nipoti da parte di questo. Avvenne ora che la sorella Maria, istituita nel testamento, insieme con la signora X, nei termini sopra riferiti, premorì al testatore. Impressionato da questo fatto, e sentendosi egli stesso molto ammalato, il testatore chiamò allora i parenti suoi attorno al letto dove giaceva, e, fatto leggere il testamento sopra trascritto, dichiarò che col medesimo non aveva inteso escludere assolutamente il fratello

e i nipoti, e che la sua volontà era stata che, in caso di premorienza della sorella Maria, la quota di essa avesse ad andare ai suoi eredi legittimi, cioè al fratello e (in caso di premorienza di questi, che era egli pure gravemente ammalato) ai figli di lui. Poco dopo il signor X morì, essendo poco prima morto anche il suo fratello.

In seguito a questi avvenimenti la signora X e i nipoti del testatore si trovarono d'accordo nel ritenere che alla signora X non spettasse che la metà dell'eredità del defunto signor X, dovendosi ritenere che la parte caducata, fosse stata, in seguito alla morte della signora X, deferita *ab intestato* al fratello del medesimo, e da questi acquistata e trasmessa poi ai propri figli col restante suo patrimonio.

11. Senonchè a questo punto interveniva il Fisco, impugnando la sincerità e fondatezza della sistemazione ereditaria testè ricordata, e sostenendo :

1) che, data la forma in cui il testamento era stato scritto la Signora X aveva, per accrescimento, acquistato anche la quota della sorella del defunto.

2) che l'aveva acquistata *necessariamente*, e che quindi la sua dichiarazione di non poter e voler pretendere che la parte che il suo defunto amico le aveva voluto attribuire (a parte che la si affermava simulata) nulla rilevava, perchè l'accrescimento ha luogo anche contro la volontà dell'erede, che vi rinunci, non restando a questo altro modo per sottrarsi ad esso che quello di rinunciare alla intera sua quota ereditaria ;

3) che pertanto la Signora X avrebbe dovuto pagare la tassa di successione come estranea, su tutta l'eredità, e oltre a ciò, visto che la sua rinuncia all'accrescimento dovrebbe essere considerata come una donazione (dissimulata), venir colpita dalle tasse sulle donazioni per la metà dell'eredità acquistata.

12. Vediamo ora quale fondamento possa attribuirsi a ciascuna di queste pretese, secondo il vigente codice civile, e secondo il progetto di sua revisione.

Il nostro codice civile dopo avere negli artt. 879 e 890 ammessa la possibilità di accrescimento fra coeredi e dopo averne fissati i presupposti, stabilisce anche quando all'accrescimento si abbia, *in concreto*, a far luogo, e quando no. Il criterio differenziatore viene qui riposto nell'esservi stata o meno, da parte del testatore, distribuzione di quote, fra i vari istituiti. Se tale distribuzione ha avuto luogo, l'accrescimento è escluso: se invece non ha avuto luogo, l'accrescimento è ammesso. Se pertanto un Tizio avesse nominato eredi nel suo testamento Caio e Sempronio senza distribuzione di quote fra di essi, premorendo o rinunciando uno di essi, avrebbe luogo accrescimento e l'intera eredità andrebbe all'erede testamentario superstite, *iure accrescendi*; non avrebbe luogo, per contro, se avesse istituito erede Caio e Sempronio: Caio in una metà, Sempronio nell'altra, perchè nel 1° caso mancherebbe la distribuzione delle quote che invece vi sarebbe nel secondo! E non basta ancora, perchè l'art. 881 specifica ancora meglio e più precisamente:

«S'intende fatta distribuzione di parte *soltanto nel caso in cui il testatore ha espressamente indicato una quota per ciascuno*. La semplice espressione — per uguali parti, o in eguali porzioni — non esclude il diritto di accrescimento».

Questo articolo contiene una regola di interpretazione dei testamenti, la quale, ove, con una dottrina autorevolmente difesa anche in Italia, venisse intesa come cogente, costringerebbe il giudice ad escludere o ad ammettere l'accrescimento in base alle causalità delle parole e del costrutto usato dal testatore, e ciò anche contro la più evidente e sicura attestazione di una contraria volontà del testatore stesso. Così se Tizio avesse scritto nel suo testamento: Nomino erede Caio in una metà e Sempronio nell'altra metà del mio patrimonio, l'accrescimento sarebbe escluso, perchè vi sarebbe stata assegnazione di parti. Se avesse istituito eredi Tizio e Caio in parti eguali, l'accrescimento dovrebbe aver luogo dovendosi ritenere, in base all'art. 881, non avere il testatore fatta assegnazione di parti! L'assurdo di una simile disposizione, sanzionante un formalismo di fronte al quale quello, passato in proverbio, delle XII Tavole, impallidisce, non

poteva sfuggire al senso pratico della nostra giurisprudenza la quale si è ripetutamente pronunciata nel senso che l'art. 881 cod. civ. vada preso alla lettera sì, ma solo in quanto non risulti una contraria volontà del testatore, dovendosi l'art. 881 cod. civ., come in generale tutti gli articoli del codice stesso contenenti delle norme di interpretazione dei negozi giuridici, intendere come contenente una norma da seguire in assenza di altri sicuri elementi atti a far constatare la vera volontà delle parti. Ora fra questi elementi già il diritto romano annoverava le dichiarazioni del testatore posteriori al testamento, e interpretanti il contenuto vero del medesimo: cioè ciò che il testatore aveva con esse e in esse voluto.

13. Se così decideva il diritto romano che in tema d'interpretazione dei negozi giuridici si atteneva per principio alle parole, che dovrà dirsi per diritto moderno che proclama come regola decisiva la volontà delle parti comunque constatata (art. 1131 cod. civ.) anche se in contrasto col senso delle parole usate? La risposta non può essere dubbia. Trasformato il concetto e la funzione della successione da politico o familiare, o non patrimoniale a *essenzialmente patrimoniale*, e proclamato il principio che decisiva è sempre la volontà del testatore, a questa, e a questa soltanto, si deve, a nostro avviso, aver riguardo, espunto ogni avanzo di vieto formalismo,

Per questa via si sono giustamente avviati, come abbiamo già rilevato sopra, i compilatori del progetto, sopprimendo anzitutto lo scandaloso art. 881 (vedi pag. 66 della Relazione sul Progetto), poi cancellando la incomprensibile distinzione che il codice attuale fa fra accrescimento fra coeredi e accrescimento fra collegatari, ammettendo per questi l'accrescimento in base alla *coniunctio re tantum* e richiedendo invece per quelli la *coniunctio re et verbis* (Relazione p. 63); e infine (e questo è il punto più essenziale della riforma), abolendo, sull'esempio del cod. civ. germanico, il sistema delle presunzioni legali basate sulla forma della chiamata, e riconoscendo che il diritto di accrescimento ha la sua *base esclusiva* sulla volontà delle parti.

14. Ma dove non sembra a noi possibile seguire il Progetto è in quella sua parte dove, dopo aver riposto il fondamento del diritto di accrescimento sulla volontà vera del testatore, comunque attestata, ha tuttavia creduto di conservare una presunzione semplice di volontà, in favore dell'accrescimento, in tutti i casi di vocazione congiuntiva di più eredi in tutta l'eredità o ad un'unica medesima quota di essa, o di più collegatari ad un unico medesimo oggetto o ad una medesima parte di esso (Cfr. Relazione, p. 63). Come già abbiamo accennato sopra, questa restrizione sembra a noi illogica e dannosa, perchè fa rientrare per la finestra un errore cacciato fuori dalla porta. Se si attribuisce all'accrescimento, come *unico ed esclusivo suo fondamento*, la vera e concreta volontà del testatore (respinto ogni altro storico o dogmatico fondamento e cioè anche quel concetto della eredità come *universitas iuris* col quale i giustinianeî tentarono camuffare il vero originario concetto della successione ereditaria quale successione in un titolo, il titolo di *heres*): se, così agendo, si riconosce più sinceramente e pienamente che la successione ereditaria moderna è successione puramente ed esclusivamente patrimoniale, e non sacrale o familiare o politica, bisogna anche, logicamente, considerare come unico ed esclusivo fondamento del diritto di accrescimento, la vera volontà del testatore (esclusa quindi ogni e qualsiasi presunzione), e ammettere che il testatore, chiamando alla propria successione più eredi, sia pure congiuntamente e in tutta o in una medesima quota della propria eredità, può non avere avuto una volontà qualsiasi in riguardo a quella combinazione che tradizionalmente va sotto il nome di accrescimento. E se non avrà avuto alcuna volontà concreta e vera al riguardo, la quota rimasta vacante dovrà dunque necessariamente andare agli eredi legittimi, non esistendo più nel nostro diritto moderno la vieta regola romana *nemo pro parte testatus* etc. Ora elevare come fa il Progetto una presunzione, sia pure solo semplice di una volontà rivolta all'accrescimento, significa praticamente tener in vita l'accrescimento, contro, o, quanto meno, *non in base alla volontà vera del testatore stesso*, in aperta violazione del principio moderno della compa-

tibilità della successione testata coll'intestata. Quest'ultima successione pertanto potrà sì essere esclusa da una volontà positiva e concreta del testatore, ma non da una volontà comunque presunta.

15. L'unico omaggio che il Progetto avrebbe potuto rendere alla tradizione, che pone il diritto di accrescimento fra le possibili combinazioni, in caso di chiamata di più eredi o legatari, per il caso che uno dei medesimi premuoia o rinunci, dopo aver accolto il nuovo principio che basa l'accrescimento stesso sulla volontà concreta del testatore, non in altro avrebbe potuto consistere, se non nell'ammettere che l'istituto dell'accrescimento, pur avendo perduto ogni sua propria autonomia e ragion d'essere, possa funzionare ancora per volontà espressa del testatore ammissione questa che avrebbe potuto avere anche un qualche contenuto pratico, in quanto, per esempio, la rinuncia al *ius accrescendi* avrebbe potuto essere ancora considerata nulla e di nessun effetto. Ma convien riconoscere che un simile *ius accrescendi*, fondato esclusivamente sulla volontà espressa del testatore sarebbe, in pratica, superfluo, perchè farebbe doppio impiego coll'istituto della sostituzione volgare. Finchè dunque lo istituto dell'accrescimento potè conservare una base razionale propria, essendo fondato sul concetto della successione come successione in un titolo unitario ed indivisibile, e sulla regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, esso potè esistere accanto alla sostituzione volgare come istituto da essa distinto sia per fondamento che per effetti. Ma quando, perduta la sua originaria base e fisionomia, venne esso pure basato sulla volontà del testatore, esso venne a confondersi pressochè totalmente con la sostituzione, e per ciò stesso condannato, presto o tardi, a sparire. Sia a noi qui pertanto permesso di esprimere sommessamente la nostra convinzione: che cioè nella revisione definitiva del nostro codice esso sparisca, come è già sparito nel codice civile svizzero.

16. Abbiamo incidentalmente accennato al principio per cui l'erede a favore del quale l'accrescimento si opera, non può ad

esso rinunciare. Per evitare l'accrescimento non resta all'erede altro mezzo che quello di rinunciare all'eredità *in toto*. Ora questo risultato, che, in molti casi, fa ai pugni col buon senso, e che, in qualche altro caso, può dar luogo a losche speculazioni, certo ha, quanto meno, il merito di essere logico, di fronte allo antico *ius adcrescendi* del diritto romano, fondato come esso era sul concetto della successione non patrimoniale. Ma esso diventa, per contro, assurdo e illogico di fronte ad un *ius adcrescendi* conservato, come vorrebbe la Reale Commissione, sulla volontà vera del testatore, perchè questa volontà, anche diretta a far sorgere l'accrescimento, si risolve, in sostanza, come abbiamo già accennato, in una sostituzione volgare. Ora come è ben noto, e come è confermato dal Progetto, il sostituito può accettare l'istituzione e ripudiare la sostituzione. Si spiega pertanto come, nel silenzio del nostro attuale codice civile, malgrado la tradizionale soluzione romana, vi siano voci contrarie a far operare il diritto di accrescimento *necessariamente*, ed *ipso iure*. Di fronte allo stato incerto della dottrina e della giurisprudenza, i redattori del Progetto avrebbero potuto, anche qui, innovare, decisamente, accordando al coerede il diritto di rinunciare allo accrescimento. Ma essi hanno invece preferito accogliere espressamente la soluzione più rigorosa, richiamandosi « al concetto stesso del diritto di accrescimento » art. 264 e art. 269 Prog. Qui però è lecito dubitare che, sotto la pressione della tradizione, essi si siano lasciati influenzare dall'antico tradizionale concetto romano, che non ha, viceversa, più ragion d'essere, dal momento che il Progetto ripone il fondamento dell'istituto sulla *volontà vera* del testatore.

17. Prima di chiudere questo mio primo contributo critico, poichè ho creduto opportuno esporre un caso desunto dalla pratica, per illustrare la tesi da me svolta, richiamerò anche l'attenzione della Reale Commissione sopra una grossa iniquità alla quale si va incontro accettando, come esso ha fatto, il principio dell'acquisto della quota accresciuta *ipso iure* e necessariamente, nei casi nei quali l'istituto stesso dichiara di volere rispettare

la volontà a lui, più che ad ogni altro, nota del defunto. Nella fattispecie sopra esposta la signora Y aveva dichiarato ai nipoti del defunto suo amico, che questi le aveva raccomandato di non accettare, dalla sua successione, che la metà ad essa assegnata, e che essa era assolutamente decisa di rispettare tale volontà. Di ciò naturalmente si tenne conto nella sistemazione ereditaria. Ma ecco che sopraggiunge il Fisco e pretende vedere nella sistemazione stessa una donazione della signora Y ai nipoti del Signor X! Come regolarsi? Richiesto di un parere risposi che non si trattava punto di donazione, ma di pagamento volontario di un'obbligazione naturale. In favore di questa tesi militano infatti argomenti, a mio avviso, decisivi, per l'analogia che il caso presenta col caso della fiducia di cui all'art. 829 del nostro codice civile, ripetuto testualmente (malgrado le critiche alle quali è notoriamente esposto) nell'art. 195 del progetto. Noi riteniamo infatti che il fiduciario che abbia volontariamente eseguito la fiducia consegnando al beneficiario il contenuto economico dell'eredità, non possa più ripetere, e ciò per doversi o potersi ritenere aver egli eseguito un'obbligazione naturale. Dobbiamo tuttavia riconoscere che questa tesi, già non da tutti accolta, secondo il nostro attuale codice, più difficilmente potrà esserlo, quando siano diventati legge gli artt. 264 e 269 del Progetto della Reale Commissione. Ma verranno questi due articoli mantenuti nel Progetto definitivo? È lecito sperare che no.

III.

DELLA RESPONSABILITÀ DELL'EREDE PER I DEBITI EREDITARI, ULTRA VIRES.

1. È ben noto quanto oscure siano le origini della successione universale romana. Si è disputato e si disputa sul punto di vedere se l'*heres* del più antico diritto romano fosse l'erede testamentario, o non piuttosto quello legittimo (*suus heres*). Si è disputato, e si disputa tuttora, sulle origini dell'antica regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, e sul

suo fondamento. Si è disputato e si disputa ancora sulle origini dei *legata*, sulle possibilità o meno di un testamento contenente solo legati, sulla successione storica dei vari tipi di legato, e su molti altri punti fondamentali dell'originaria successione romana. In tanta incertezza e confusione di idee, e di ipotesi, un punto tuttavia di fondamentale importanza è stato, per quanto a me pare, assodato, grazie alle profonde e geniali ricerche di una serie di autori, dal Sumner-Maine a V. Scialoja e a P. Bonfante e da questi a Perozzi e Arangio Ruiz, al Rabel, e al Siber, per tacere di altri pure benemeriti di queste seducenti indagini. E questo punto è che l'originaria successione universale romana, non aveva, come la successione moderna, carattere essenzialmente patrimoniale: che essa non era, nelle sue origini, successione nei *bona* del defunto, bensì successione nel governo o dominio, o, possiamo anche dire, con terminologia moderna, nella sovranità del gruppo familiare. Il trapasso dei *beni* non era lo scopo primo della chiamata ereditaria. Lo scopo primo di questa era di assicurare la continuità del gruppo familiare, dando ad esso un nuovo signore cioè un *heres* (= *erus*). Se nell'eredità si trovavano dei beni, certo essi venivano acquistati dall'erede; ma tanto poco quest'acquisto costituiva l'essenza fondamentale della successione ereditaria che il testatore, dopo aver istituito il suo erede, poteva attribuire tutti i beni suoi ad altre diverse persone mediante legati, e ciò in base alla legge delle XII tavole: *uti legassit super familia tutelare suae rei ita ius esto*. Questo principio per cui il testatore poteva validamente istituire un erede nel suo testamento, disponendo, ad un tempo, nel medesimo, di tutti i suoi beni a favore di terze persone, venne tenacemente osservato in Roma fin verso la fine della repubblica, quando, per le profondamente cambiate condizioni di ambiente economico e sociale, e per la dissoluzione dell'originario gruppo familiare, l'eredità aveva già assunto spiccato carattere patrimoniale. Esso fu scalzato, e in parte soltanto, dalla *lex Falcidia* del 714 anno 40 a. C. il che ci spiega forse anche come potesse sorgere, ed acquistare tanta importanza, il dualismo romano fra *hereditas* e *bonorum possessio*.

2. Ma come si formò il principio per cui l'erede venne tenuto obbligato *ultra vires*? Anche questo è un punto sul quale regna in dottrina grande oscurità. Ci pare pertanto concesso di svolgere qui alcune considerazioni che, se non erriamo, possono chiarirlo o almeno porlo sotto una luce alquanto diversa. L'erede come successore nella posizione giuridica del precedente capo della *familia* era esposto alla vendetta pei delitti commessi dal suo predecessore. Era cioè tenuto responsabile e per vero personalmente, cioè col suo corpo giacchè questa era la sola forma di responsabilità ammessa dal diritto romano antico prima della *lex Poetelia*. Rispondeva quindi colla sua persona e solo con questa perchè una responsabilità coi beni non era ancora ammessa. Fu la *lex Poetelia* che introdusse questa responsabilità in luogo di quella personale per i *delicta* contrattuali, e dopo questa importantissima riforma si ammise che, ove l'erede avesse dei beni, rispondesse con questi anzichè col proprio corpo, ove ne avesse più di propri che ereditari.

Comunque certo è che il principio per cui l'erede risponde per *delicta* ereditari *ultra vires* viene in qualche parte chiarito ove si consideri che nelle origini non esisteva altra forma di responsabilità che quella corporale. Nei casi nei quali l'erede doveva rispondere per fatti delittuosi del *de cuius*, come suo successore nel governo della *familia*, egli rispondeva non già coi beni suoi originari o ereditari, ma col proprio corpo. Fu solo la *lex Poetelia* che sostituendo la responsabilità coi beni a quella col corpo del debitore rese possibile una responsabilità dell'erede coi suoi beni pei debiti del defunto che non si fossero estinti colla sua morte. Questa responsabilità colpiva, in origine, in prima linea, i beni dell'erede, e solo in seconda linea, ove ve ne fossero (il che non era sempre il caso), i beni ereditari. La responsabilità *ultra vires* che nel nostro diritto moderno è considerata eccezionale costituiva invece la regola nel diritto antico. Il rapporto fra la responsabilità coi beni ereditari e coi beni dell'erede era dunque invertito in quanto l'erede, che in origine rispondeva *corpore*, dopo la *lex Poetelia* rispondeva coi suoi beni senza distinzione fra beni propri e beni ereditari.

3. Questo arcaico stato di diritto venne profondamente trasformandosi quando, per le mutate condizioni d'ambiente, i *debita* pei quali l'erede rispondeva, da prima col suo *corpus*, poi con i suoi *bona*, assunsero sempre più carattere patrimoniale, e quando, in seguito alla *lex Poetelia*, venne formandosi l'idea che i debiti patrimoniali, cioè il cosiddetto *aes alienum*, *gravassero direttamente il patrimonio, diminuendolo*. Allora, spuntando l'idea che i *bona* compresi in un patrimonio, e quindi anche in un patrimonio ereditario, ne costituissero l'attivo (*bona intelleguntur deducto aere alieno*) dovette anche sorgere l'idea che i debiti del defunto avessero in prima linea ad essere garantiti e soddisfatti sul patrimonio del defunto medesimo, e, solo in seconda linea, *ultra vires eius*, coi beni dell'erede. I creditori del defunto avrebbero dunque dovuto essere soddisfatti non solo in prima linea, ma anche ad esclusione dei creditori dell'erede, sul patrimonio ereditario. Di qui la opportunità di tenere questo patrimonio distinto da quello dell'erede, al che si provvide primieramente colla *separatio bonorum*. Di qui anche la opportunità di tenere distinto il patrimonio dell'erede da quello della eredità: il che si ottenne, più tardi, coll'introduzione del *beneficium inventarii*.

4. Il *beneficium separationis* aveva evidentemente come suo scopo di evitare i danni di una possibile insolvenza dell'erede. Esso veniva chiesto solo in vista di una tale possibilità. Chè quando tale possibilità era esclusa, i creditori non avevano bisogno di quel rimedio potendo pagarsi oltre che sul patrimonio attivo del proprio debitore passato all'erede, anche su quello dell'erede stesso. Teoricamente parlando la situazione era la stessa in senso inverso anche per l'erede, onde ci si può chiedere perchè mai non si pensasse prima a proteggere l'erede contro la possibilità che l'*hereditas* fosse *dannosa*. La risposta a questa domanda non sembra a noi difficile, ed ha un duplice aspetto. Anzitutto l'erede aveva la possibilità di evitare il pericolo di una *hereditas dannosa*, ripudiandola, possibilità che non avevano invece i creditori ereditari. In secondo luogo bisogna

tener conto che la responsabilità per il pagamento dei debiti ereditari *ultra vires hereditarias*, era in rapporto coll'acquisto di un titolo, il titolo di erede di natura super-patrimoniale, onde poteva ritenersi che se l'erede accettava, con ciò stesso dimostrava di essere pronto a pagare anche di sua tasca: *noblesse oblige*. Ora Giustiniano, introducendo il *beneficium inventarii*, non mirò tanto, o soltanto, a proteggere l'erede nella borsa, ma anche e piuttosto a salvare, come si suol dire, capra e cavoli: rendendo possibile l'acquisto del titolo di erede, senza pericolo per le finanze dell'erede stesso. Il carattere della primitiva *hereditas*, ottenne così un ultimo riconoscimento ed omaggio da quell'imperatore tanto rispettoso della romanità in ogni sua forma. Così l'arcaico principio della illimitata responsabilità dell'erede per i debiti del *de cuius*, che venne poi chiamata *ultra vires*, venne religiosamente salvato, riveduto però e corretto in base ai due (notisi bene) indipendenti benefici della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, e del *beneficium inventarii*.

5. Ma ha esso veramente ragion d'essere? O non è invece ormai giunto il momento di resecarlo coraggiosamente, e di proclamare in sua vece, il principio opposto: che l'erede cioè non risponda con i propri beni che per i *delicta* suoi propri, e che per quelli del *de cuius* risponde invece solo in quanto se li sia validamente accollati? La Reale Commissione si è proposta questo dubbio, ma non ha creduto però di abbandonare il principio della responsabilità *ultra vires* dell'erede che abbia accettato l'eredità, senza valersi del beneficio d'inventario. La Reale Commissione afferma, e con ragione, che prima condizione per poter escludere la responsabilità dell'erede *ultra vires* è che si precisi il contenuto del patrimonio ereditario. Ora qual modo migliore potrebbe concepirsi a questo fine, di quello che consiste nel redigere un inventario? Compili dunque l'erede l'inventario, e non risponderà più che *intra vires hereditarias*! Queste considerazioni tuttavia non ci sembrano affatto decisive. Il problema viene con esse spostato e deformato ma non risolto. Non si

tratta infatti di stabilire, se l'erede possa, volendo, sottrarsi alla responsabilità *ultra vires*; si tratta di decidere se questa responsabilità abbia ancora una qualsiasi sua ragion d'essere. Una volta che a questa domanda si dia risposta negativa, nulla più occorre: l'erede ha *di per sè* il diritto di respingere ogni azione dei creditori ereditari sul suo proprio patrimonio, e spetterà quindi ai creditori stessi dimostrare quale sia il patrimonio che risponde pei debiti del *de cuius* verso di loro. Che vi sia anche un interesse dello Stato a tener distinto il patrimonio del defunto da quello dell'erede, per soddisfare con quello, in prima linea, i creditori del defunto, e per attribuirne all'erede il solo residuo attivo, è certo fuori di dubbio. Ma che questo interesse non possa in alcun altro modo venir meglio protetto che attribuendo all'erede la semplice facoltà di redigere un inventario non è facile concedere. E se l'erede omette a torto di valersi di questa facoltà? E se rediga sì l'inventario, ma questo risulti nullo per vizi di forma, e l'eredità si manifesti poi ruinoso? La verità è che il miglior modo di proteggere l'interesse dell'erede, dei creditori, e, indirettamente, dello Stato, e di evitare le gravi ingiustizie che possono dipendere dal principio della responsabilità *ultra vires*, non è certo quello di affidarsi alla problematica avvedutezza ed onestà dell'erede, come sembra opinare la Reale Commissione. Meglio assai si sarebbe, a nostro avviso, provveduto abolendo senz'altro il principio delle responsabilità *ultra vires*, e provvedendo ad ottenere una effettiva delimitazione del patrimonio dell'erede, da quello del *de cuius*. Al qual proposito ci permettiamo qui di accennare che un intervento statutale inteso a realizzare questa delimitazione, a similitudine di quanto si pratica in altri paesi, sarebbe stato certo conforme alle tendenze del regime fascista.

6. Comunque quello che a noi qui più preme di accentuare, è che l'abolizione del principio della responsabilità dell'erede *ultra vires hereditarias* da noi caldeggiata, può venire giustificata non solo in base alle considerazioni di indole storica da noi sopra

svolte, ma anche con argomenti tratti dalla comparazione giuridica, e da considerazioni di ordine razionale e pratico.

Dal punto di vista della comparazione è certo suggestivo il fatto che il diritto inglese, che ha risentito l'influenza del diritto romano meno di qualsiasi altro diritto occidentale, non conosce affatto il principio della responsabilità *ultra vires*. Il diritto inglese neppure conosce la profonda distinzione che fanno tutti i diritti dell'Europa continentale, fra eredi e legatari. Esso considera tutti quelli che raccolgono dei beni *mortis causa* come dei successori a titolo singolare; che se si volesse considerare come successore universale colui che acquista tutto ciò che rimane dell'eredità, pagati i debiti e i legati, cioè il cosiddetto *residuary legates*, questo, in ogni caso, non potrebbe essere considerato successore universale del defunto, bensì del *personal representative* come tale. Per comprendere il diritto successorio inglese bisogna tener presente il dualismo in esso dominante fra stretto diritto ed equità, e l'istituto del *trust*. I beni ereditari infatti vengono, alla morte del *de cuius*, trasmessi ad un *trustee* che diventa il solo *legal owner* (proprietario legale) di tutti i beni ereditari agli scopi di pagare i debiti, e distribuire i beni residuali secondo la volontà del defunto o della legge. Il *personal representative*, viene investito dei diritti del *de cuius* ma solo per soddisfare i creditori. Di fronte ai propri creditori il *personal representative* non è dunque proprietario, nè creditore, nè altro, onde essi non possono pretendere di venire soddisfatti con i beni di cui egli è e solo *legal owner*. Così è evitata, nel diritto inglese, la responsabilità *ultra vires*, per i debiti ereditari: per questi debiti rispondono solo i beni ereditari: non mai quelli degli eredi. Il *personal representative* può dunque essere considerato come successore universale del defunto; ma è tale solo agli scopi della liquidazione del suo patrimonio, e non risponde dei debiti del defunto che col patrimonio del medesimo. Il chiamato alla successione pertanto otterrà ciò che resterà, pagati i legati e i debiti ereditari: otterrà cioè, come dicevano i romani, i *bona*, intendendosi per *bona* i beni che rimangono *deducto aere alieno*

(cioè, i debiti e anche i legati). Il *personal representative*, come *trustee*, non risponde, come tale (cioè come *legal owner*), dei beni ereditari, che con essi. Solo in caso di mala sua amministrazione (*si devastavit*) egli resta tenuto coi suoi beni personali; ma questa è una responsabilità *tutta sua* che nulla ha a che vedere coi beni da lui male amministrati.

7. Veniamo ora ai diritti continentali. In questi diritti la regola è veramente che l'erede *risponde* per i debiti ereditari *ultra vires*. Va notato però, che, generalmente, le leggi relative non considerano i debiti del defunto come passati per successione al suo erede, ma applicano le distinzioni fra debito e responsabilità tenendo l'erede responsabile coi propri beni, per i debiti *non suoi*, cioè del defunto. Così il cod. civ. fr. all'art. 278 stabilisce che gli eredi legittimi e naturali acquistano di pieno diritto, cioè indipendentemente da loro accettazione, i beni diritti e azioni del defunto, *sotto l'obbligazione di pagare tutti i debiti e gravami della successione*. Il cod. civ. germanico § 1967 dispone che l'erede *risponde* (*haftet*) per i debiti dell'eredità (*Nachlassverbindlichkeiten*), dove, sembra, si operi col concetto che i debiti siano non dell'erede ma dell'eredità (*res alienum*). Il codice civile svizzero (che è il più indipendente dal diritto romano tra i più recenti codici continentali), dispone, nell'art. 593, che, in caso di liquidazione dell'eredità, gli eredi non *rispondono* (*haften*) per i debiti dell'eredità. Così pure l'art. 592 dello stesso codice, dispone che i comuni non rispondono per i debiti delle eredità da essi acquistate, che per l'ammontare dei valori patrimoniali contenuti nelle eredità stesse. L'art. 560 al. 2 dispone, infine, per il caso che i debiti del defunto diventino debiti *personali* dell'erede; e l'art. 589 stabilisce che, quando l'erede assume l'eredità sotto pubblico inventario, i debiti notati nell'inventario passano a lui (*gehen auf ihn über*), dal che può dunque argomentarsi che a lui non passano nel caso contrario, se pure, anche in tal caso, egli risponda coi beni del defunto (e solo con questi).

8. La tendenza che si nota nella dottrina e legislazione a fare dell'erede un debitore dei creditori ereditari, è dovuta al non essere generalmente riconosciuto che il rapporto di *debito* non fa capo necessariamente a due soggetti, a un debitore cioè e a un creditore. Per noi questa difficoltà è superata; perchè, per noi, non è punto *necessario*, per tenere in vita i debiti del defunto, farli passare, *spinte* o *sponte*, nell'erede. Il debito è *dover dare* e *dover avere*, a seconda che lo si consideri dalla parte del debitore, o del creditore (vedi PACCHIONI, *Trattato di diritto civile*, P. II, vol. I, pagg. 31 e segg. e conf. SIBER, *op. cit.*, pag. 1027). Anche un semplice debito verso un creditore, non vincolante alcun soggetto (cosiddetta *Gläubigerschuld*) può essere validamente garantito sopra un bene, o sopra più beni, o su di un complesso di beni. Quest'ultimo è proprio il caso dei debiti ereditari, che, alla morte del *de cuius*, diventano dei semplici *dover avere* dei creditori del defunto, garantiti sul patrimonio ereditario da lui lasciato. Giustamente scrive il SIBER, *op. cit.*, pag. 1020, che « malgrado il § 1967 del cod. civ. germ., le obbligazioni ereditarie null'altro sono, come dice la parola stessa, che debiti per i quali risponde il patrimonio ereditario ». Ora, se ciò può dirsi per il moderno diritto tedesco, in onta al § 1967 cod. civ. germ., tanto più lo si può dire qui da noi *de lege ferenda*. I debiti ereditari non sono che dei *dover avere* pei quali l'erede risponde sì, ma solo col patrimonio ereditario. In altri termini la responsabilità *ultra vires* non è da ammettere che in quanto l'erede si sia accollati i debiti ereditari, cosa che, per regola, non è da presumersi.

9. Cercheremo ora di dare a questa nostra affermazione un duplice fondamento dimostrando cioè anzitutto la possibilità storica e logica di un debito garantito sopra un singolo oggetto o sopra un limitato patrimonio; dimostrando poi anche l'opportunità e giustizia di limitare al patrimonio ereditario la responsabilità dell'erede per i debiti ereditari. La prima di queste due dimostrazioni è molto facile. Basterà ricordare i casi della rendita fondiaria e delle Gült da noi illustrati nel nostro *Trattato*

di diritto civile, l. c., parte II, vol. I, ai quali si richiama anche il Siber nel fondamentale suo scritto più volte da noi sopra citato. Ma per il caso dell'eredità neppure occorre uscire dai limiti del diritto successorio, perchè da tutti è ammesso, ed in talune codificazioni è espressamente stabilito, che i debiti ereditari non sono, in molti casi, garantiti che sul patrimonio ereditario. Si pensi al caso dell'eredità giacente secondo il codice civ. austr., al caso dell'eredità vacante secondo il cod. civ. germ. e svizzero, e anche al caso dell'eredità devoluta allo stato.

In tutti questi casi, non essendovi eredi, siamo di fronte a debiti ereditari che cadono necessariamente nella categoria dei cosiddetti *dover avere* (*bekommen sollen*) senza corrispondente *dover dare* (*leisten sollen*). Ora, se in questi casi i creditori ereditari si soddisfano sul solo patrimonio del defunto, difficile riesce comprendere come essi abbiano a profittare o da subir danni per il caso che l'erede accetti l'eredità, senza beneficio di inventario. E più ancora: suppongasì che durante la giacenza o vacanza dell'eredità, sorgono dei *debita* dell'eredità stessa. Non è evidente che anche questi *debita* non potranno essere garantiti che con i beni ereditari? E come si potrebbe in tal caso parlare di una successione dell'erede nel *debitum* del defunto... quando un simile debito non è sorto che dopo la morte del defunto stesso, come semplice *dover avere*? Ma se in questi casi si ammette che i debiti del defunto sono garantiti solo coi beni suoi propri, come si potrà sostenere per contro che dove vi è un erede questi debba rispondere anche coi suoi beni indipendentemente dall'essersi egli assunto, come debiti suoi propri, i debiti del defunto? Questa concezione trovasi accolta nel codice civile svizzero, il quale dall'aver ammesso la possibilità di un debito puramente attivo (*bekommen sollen*), garantito con una sola cosa, o con certi beni soltanto, ne trae la giusta e logica conseguenza che l'erede non ne risponde affatto, perchè, per i debiti ereditari, risponde appunto solo il patrimonio ereditario.

10. Quanto alla seconda dimostrazione sopra annunciata, conviene prendere le mosse dal principio per cui i creditori

sono garantiti su tutti i beni del loro debitore, mobili e immobili, presenti e futuri, e nulla più. Vero è tuttavia che, finchè il *de cuius* è in vita, il valore di questi beni è potenziato dalla sua attività gestoria, la quale si estingue colla sua morte, onde è sembrato equo assicurare, ove sia possibile, un qualche surrogato per questa perdita. Ma a parte che altri diritti e valori patrimoniali si estinguono colla morte del loro titolare, senza che alcuno abbia mai pensato a dare un compenso ai suoi creditori, quale garanzia offre mai ai creditori del defunto la responsabilità *ultra vires* del suo erede, se questo può essere, ed è anche talvolta, nonchè di mezzi, sprovvisto di ogni buona attitudine gestoria? Se ai creditori si concede di chiedere la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, ciò è appunto perchè la responsabilità *ultra vires* è, per loro, un beneficio del tutto illusorio, al quale rinunciano volentieri solo che siano certi che il patrimonio ereditario venga, in prima linea, e per principio, assicurato loro per la soddisfazione dei loro crediti verso il defunto.

11. Conviene, dunque, abbandonare il principio della responsabilità *ultra vires*. Questo principio venne sempre più indebolendosi dal giorno in cui dallo stesso diritto romano si riconobbe che, nella sua pratica sostanza, la successione universale è essenzialmente patrimoniale. Onde la sua abolizione più che andar contro lo svolgimento storico del diritto romano, lo completa. I romani, per il loro spirito conservativo, rispettarono le strutture successorie del loro arcaico diritto, cercando di piegarle a nuove funzioni con svariati espedienti concettuali e pratici (quali furono i concetti della *successio in universum ius defuncti*, e quello giustiniano della successione nelle personalità del defunto); ma noi che ne continuiamo l'opera con spirito nuovo, meno attaccato alle forme, dobbiamo trarre con implacabile logica tutte le conseguenze che discendono dal fatto compiuto.

12. Fin qui ho cercato dimostrare che la Reale Commissione avrebbe potuto, senza correre gravi rischi, cancellare il principio

della responsabilità dell'erede, per i debiti ereditari, *ultra vires*. Ritornando ora all'esame del Progetto mi preme rilevare come la Reale Commissione abbia felicemente risolta, di fronte allo stato dell'attuale nostra legislazione, una vecchia controversia civilistica relativa agli effetti del beneficio d'inventario, stabilendo che il beneficio stesso operi, non solo a favore dell'erede e dei suoi creditori, eliminando a favore di questi ultimi la pericolosa concorrenza dei creditori del defunto; ma anche a favore dei creditori del defunto, assicurando ad essi la preferenza su quelli, mentre allo stato attuale della legislazione ciò era controverso, sostenendosi da molti che il beneficio d'inventario avesse a giovare soltanto all'erede e ai suoi creditori, ma non anche ai creditori del defunto. Questa soluzione è, a nostro avviso, da approvarsi incondizionatamente, poichè il beneficio di inventario impedendo la confusione dei patrimoni, e sottraendo quello dell'erede ad ogni responsabilità per i debiti del defunto, lo pone implicitamente a completa e primaria disposizione dei creditori del defunto. Dobbiamo tuttavia fare una riserva circa il modo nel quale questa soluzione è stata attuata nel Progetto. Mentre infatti il Progetto giustamente dispone che il beneficio d'inventario ha per effetto di tenere distinti, fino a liquidazione ultimata, il patrimonio del defunto da quello dell'erede, e da ciò trae tutte le logiche conseguenze nei rispetti dell'erede, nello art. 35; in questo stesso articolo dispone tuttavia che i creditori del defunto non siano dispensati dal chiedere la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, ove vogliano conservare la loro preferenza nel caso in cui l'erede sia decaduto dal beneficio d'inventario, o vi abbia rinunciato. Questa disposizione ci lascia molto perplessi. Una volta infatti che l'inventario sia stato regolarmente compiuto, la separazione dei patrimoni non è più solo un fatto materiale, ma è anche un fatto giuridico. Che l'erede pertanto sia in seguito decaduto dal diritto di profittarne, o che abbia rinunciato a trarne profitto, non dovrebbe, ci sembra, impedire che del fatto giuridico stesso avessero a profittare i creditori dell'eredità, indipendentemente dal dover domandare essi stessi

la separazione. Ma qui appunto si vede e tocca, per così dire, con mano l'influenza esercitata sui compilatori del Progetto, dal principio, della responsabilità *ultra vires*. Partendo da questo principio infatti, è logico considerare la divisione dei patrimoni come un qualche cosa di eccezionale, ammessa *ad personam* a favore dell'erede che l'abbia chiesta, onde poi, ove questi decada dal beneficio ottenuto o vi rinunci, la separazione avrebbe a cadere, non essendo essa stata operata nell'interesse collettivo di tutti gli interessati, per evitare le conseguenze di un principio (quello della responsabilità *ultra vires*) che non ha più ragion d'essere. Partendo invece dal principio opposto: che cioè il patrimonio del defunto risponda anzitutto per i debiti ereditari, si sarebbe dovuto considerare la separazione dei patrimoni, da chiunque richiesta, come operante *in rem*, a favore di tutti gli interessati, evitando così ai creditori del defunto un eventuale disastroso concorso dei creditori dell'erede sui beni del defunto, che non sembra facilmente giustificabile. Una volta infatti che i creditori del defunto si siano accertati che l'eredità è stata accettata con beneficio d'inventario, essi dovrebbero poter contare sulla conseguente separazione, anche quando l'erede beneficiario fosse in seguito decaduto o avesse rinunciato al beneficio. E forse può anche dirsi di più: che cioè la concessione fatta ai creditori ereditari, nella prima parte dell'al. 3 dell'art. 35 del Progetto, può per essi trasformarsi in un ingiusto danno, in quanto potrà spesso avvenire in pratica, che, fidando sull'accettazione fatta dall'erede col beneficio d'inventario, i creditori del defunto lascino trascorrere il tempo utile per chiedere la separazione.

Ripetiamo dunque che anche volendo rispettare il principio della responsabilità *ultra vires*, meglio si sarebbe provveduto, se pur non erriamo di grosso, stabilendo che l'inventario, una volta operato a richiesta dell'erede, abbia a giovare ai creditori dell'eredità anche quando l'erede ne fosse decaduto o vi avesse rinunciato, e, i creditori stessi, non avessero chiesto, per conto loro, la separazione.

IV.

SULLA DISTINZIONE FRA *HEREDITAS* E *LEGATUM*

1. Una conseguenza logica che discende inevitabilmente dall'attribuire alla successione ereditaria carattere essenzialmente ed esclusivamente patrimoniale, è l'abolizione della distinzione fra successione universale e successione singolare: fra *hereditas* e *legatum*. Nello svolgimento storico del diritto romano, la comparsa dei *legata* è di data relativamente recente. La successione universale precedette, nel tempo, quella singolare, e fu, come già si è detto sopra, se non politica certo familiare, o, se vuolsi usare una espressione più precisa e meno compromettente, *non patrimoniale*. La successione a titolo singolare, cioè il *legatum* invece, venne introdotto più tardi, forse dalle XII tavole, e relativamente a quei beni che più propriamente erano ormai considerati del *pater familias*, anzichè del gruppo familiare, e che venivano indicate col termine *pecunia: uti legassit super pecunia (tutelare suae rei), ita ius esto*. Così all'*heres suus* o testamentario, sarebbero rimaste le *res Mancipi*, mentre delle altre *res* il testatore avrebbe potuto disporre liberamente a favore di singoli terzi. Più tardi, prevalendo decisamente la successione testamentaria, anche le *res Mancipi* poterono venir assegnate a titolo singolare, mediante *legata*.

2. Comunque si voglia ad ogni modo pensare sui problemi d'indole storica sopra adombrati, certo è che tanto nelle origini, come per tutto il posteriore svolgimento storico del diritto romano, il contrapposto fra successione universale, o *hereditas*, e successione singolare o *legatum* fu un contrapposto fra istituti del tutto eterogenei, e cioè fra l'*hereditas* come successione in un titolo, il titolo di capo o signore del gruppo familiare, e il *legatum* come successione in un singolo bene (patrimoniale) già spettante per regola al defunto: cioè, come dice un famoso testo, come *donatio testamento relicta*. Nè, in verità, poteva in questa parte

sorgere dubbio od equivoco di sorta, perchè alla successione universale non si potè mai esser chiamato in altro modo che mediante istituzione ad erede (*Titius heres esto*): istituzione formale che era assolutamente indispensabile affinchè potesse aver luogo successione universale testamentaria. Per erigere dei legati invece bisognava o obbligare l'erede a dare questo o quell'oggetto (ereditario o dell'erede o di un terzo), al legatario, o attribuirglielo direttamente, togliendolo dall'eredità. Anche qui però dominava, come è ben noto, il formalismo, onde occorreva usare certe solenni parole che erano diverse a seconda che il legato fosse, come noi moderni diciamo, di obbligazione o di proprietà. Su ciò del resto, non occorre insistere qui, perchè quello che qui importa accentuare è che concettualmente l'istituzione ad erede, e il legato erano istituti *eterogenei*, essendo l'uno inteso, in prima linea, ad attribuire il titolo di erede; l'altro invece ad attribuire singoli beni, o dall'eredità o a spese e gravame dell'eredità stessa.

3. Quando nel corso del tempo, l'eredità venne sempre più assumendo, essa pure, carattere essenzialmente patrimoniale i due istituti, *hereditas* e *legatum*, vennero sempre più avvicinandosi: ma per diritto romano non riescirono a identificarsi completamente malgrado che il formalismo ad essi relativo venisse sempre più attenuandosi. Gli è che l'*hereditas* produceva sempre alcuni effetti particolari che bastavano a contraddistinguerla nettamente dal legato: primo fra questi la responsabilità *ultra vires* dell'erede per i debiti del *de cuius* di cui ci siano occupati sopra al capitolo III. Ora fu forse solo in vista di ciò che il diritto romano non riescì mai a considerare come istituzione ereditaria un atto col quale il testatore disponesse semplicemente dei suoi beni. Un simile atto di disposizione infatti poteva sì valere come legato o fedecommesso, ma solo a condizione che nel testamento stesso fosse anche contenuta una istituzione ad erede: *heredis institutio caput et finis totius testamenti*. E si noti bene che tali atti di disposizione, come noi diciamo, a titolo universale non mancavano in pratica nei testamenti; ma,

per se stessi, non valevano se nel medesimo testamento non vi fosse una valida istituzione ad erede ed erano, ad ogni modo considerati legati e non istituzioni ereditarie.

4. Quando poi, nell'epoca di mezzo, venne meno la necessità della formale *institutio heredis*, e in omaggio alla realtà delle cose, venne considerato erede anche colui che fosse stato chiamato a raccogliere tutti i beni del *de cuius* o una quota-parte dei medesimi, sorse la necessità di escogitare un qualche criterio, per distinguere fra i chiamati nei beni *come eredi*, e per ciò tenuti pei debiti ereditari *ultra vires*, e i chiamati nei beni soltanto, senza responsabilità di sorta pei debiti ereditari, e cioè, dunque, nel solo attivo ereditario. Ma come più propriamente provvedere a questa bisogna? Ricorrere alla ricerca della volontà del testatore, sarebbe stato espediente facile ma evidentemente inadeguato in pratica, perchè i testatori non hanno, il più delle volte, una qualsiasi loro concreta volontà in proposito. Fu giuocoforza pertanto ricorrere ad un *criterio formale* che venne suggerito dalla concezione bizantina dell'eredità, come *universitas iuris*, comprendente cioè tanto gli attivi che i passivi. Si stabilì pertanto che *avesse ad essere considerato erede* colui che fosse stato chiamato in *tutta l'eredità*, come *universitas*, o in una *quota della medesima come tale*; che avesse invece ad essere considerato legatario colui che fosse stato chiamato a raccogliere singoli beni o valori ereditari.

5. Tutto ciò che di fittizio vi è nella concezione dell'*hereditas* come *universitas iuris*, che permane tale, anche se composta di sole passività, non è certo sfuggito all'acume dei più insigni civilisti moderni. N. e L. Coviello rilevano giustamente che « non corrisponde alla realtà pratica, perchè se una persona muore senza lasciare nulla, o peggio lasciando solo dei debiti, nessuno dei parenti direbbe che ha avuto una eredità » (N. COVIELLO, *Delle successioni*, Parte Generale, IV edizione completamente rifatta da L. Coviello, pag. 5); e pur tuttavia nessuno ha ancora avuto il coraggio di trarre da questa esatta

constatazione le sue logiche conseguenze. Ci si è, è vero, affannati a far tanto di cappello a chi, pur nulla avendo propriamente scoperto, ha però con rara maestria e senso della realtà attuale e di quella di un remoto passato, messo in evidenza il carattere arcaico delle strutture giuridiche romane in tema di eredità, le deformazioni e correzioni ad esse arrecate nel corso dello stesso diritto romano più recente, per metterle in armonia colle nuove loro funzioni; e infine la necessità di abbandonarle e sostituirle con altre completamente rispondenti. Ma, messo di fronte all'alternativa o di seguire la tradizione o di innovare radicalmente, anche i più arditi giuristi e la stessa competentissima Reale Commissione si è sentita presa da scrupoli, quasi che la millenarietà di una tradizione fosse un argomento in suo favore, anzichè, come noi decisamente precisiamo, contro di essa; giacchè, modestamente opiniamo che anche le istituzioni sociali e giuridiche non possano invecchiare troppo, senza, alla fine, morire! Se è vero pertanto, come acutamente osserva il Coviello, che nessuno può oggidì pensare di aver acquistato un'eredità ove questa sia costituita di sole passività, malgrado che il testo romano proclami che *hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet*, bisogna riconoscere che l'*hereditas* moderna non è più l'*hereditas romana*, sia pure nella sua più recente raffigurazione bizantina di *universitas iuris*; e che nessuno può oggidì considerarsi erede se non in quanto abbia acquistato dei beni. Quando nei testamenti moderni si trova scritto: nomino erede il tal dei tali in tutta la mia sostanza, o in una parte di essa, bisogna pensare che la parola « *erede* » (che, dopo tutto, è completamente superflua), nulla aggiunge alla sostanza vera della disposizione, che, non in altro compito, secondo la universale coscienza giuridica popolare, che nell'assegnare all'erede tutta o una parte dei propri beni. Se pertanto si ammette che vi possano essere dei debiti, nessuno tuttavia pensa, e può pensare, che tali debiti passino all'erede indipendentemente dall'esserseli egli accollati. I debiti fatti dal *de cuius* sono debiti suoi propri, garantiti sul suo patrimonio: la successione nei debiti non è concepibile neppure come successione ereditaria. Dei debiti del

defunto non resta quindi che la garanzia che è appunto costituita dal complesso dei beni ereditari. Questi beni, e questi soltanto, rispondono pei debiti dell'erede e per i debiti così detti ereditari, sorti dopo la morte del *de cuius*, che sono dei semplici *dover avere*, garantiti sui beni ereditari. All'erede, ove si prenda dal caso in cui egli si accolli spontaneamente e in tal modo garantisca, anche coi propri beni, debiti del defunto e dell'eredità, non spettano che i *bona*; e *bona intelleguntur deducto aere alieno*. Tutte le teorie e costruzioni escogitate per giustificare una responsabilità, per principio, dell'erede *ultra vires*, come quello che l'erede forma una persona sola col defunto, o che subentri nella sua personalità, non reggono ad una seria critica. La personalità del *de cuius* cessa colla sua morte; neppure è quindi concepibile che essa venga trasmessa al suo erede. Essendo poi la personalità costituita da elementi esclusivamente spirituali, neppure è concepibile che passi all'erede, perchè l'erede, sia esso persona fisica o giuridica, non ha e non può avere che la personalità che è l'espressione della sua propria natura individuale. Certo la personalità del titolare di un patrimonio può potenziarne grandemente il valore; ma quando la persona muore questo elemento del patrimonio va perduto, e vano si è il tentare di perpetuarlo artificialmente. I beni residui — dato che ve ne siano — passano all'erede e come parte del patrimonio suo che è sorretto e potenziato esclusivamente dalla sua propria personalità.

6. Ricordo di avere, circa mezzo secolo fa, raccolta dalla viva voce di un grande maestro, F. Filomusi Guelfi, una difesa della responsabilità dell'erede *ultra vires*. Erano apparsi in quello scorcio di tempo i primi scritti di V. Scialoja e di P. Bonfante, intesi a dimostrare che la responsabilità *ultra vires* del diritto romano non aveva, a ben vedere, che un fondamento storico. Il Filomusi-Guelfi si opponeva a questa tesi, cercando dimostrare che sia per diritto romano, che per diritto moderno la responsabilità *ultra vires* era ed è fondata sulla necessità di tutelare il pubblico credito. Una eco di questa tesi, risuona ancora, per

quanto debolmente, nella IV edizione delle *Successioni* di N. Coviello, rifatte dal fratello Leonardo. « Con la morte di una persona, scrive il Coviello, *op. cit.*, pag. 8, verrebbe a cessare per i creditori la garanzia che essi avevano riposta più che sui beni, sulla sua attività o abilità, se l'erede non dovesse rispondere che nei limiti dei beni ricevuti; invece la sicurezza del credito riceve notevole incremento dalla responsabilità illimitata dell'erede, dovendosi tener conto dello spirito di solidarietà e di famiglia che spesso spinge i figli o discendenti ad accettare eredità passive, in omaggio alla memoria del defunto, o al cognome che essi portano ».

Io devo qui candidamente confessare che malgrado tutti gli sforzi da me fatti nel passato per penetrare nei misteri della tutela del credito, meditando le parole di Filomusi-Guelfi, così, anche oggi, a tanta distanza di tempo, resto del tutto negativo di fronte al passo testè riportato dal Coviello. Quale maggiore tutela del credito può concepirsi, dico io, di quella di un regime successorio che assicura ai creditori del defunto un rapido soddisfacimento delle loro ragioni sull'attivo ereditario? Quale vantaggio può ai creditori provenire da un sistema che assicura al defunto un successore *qualsiasi*, illimitatamente responsabile colle proprie sostanze, se non sia certo che queste possano bastare a soddisfare oltre che i suoi anche i creditori del defunto? E perchè mai questi creditori perduto *irreparabilmente* il beneficio ad essi assicurato dalle capacità gestorie e dallo spirito attivo del loro originario debitore, dovrebbero essere, o sentirsi, maggiormente garantiti per il fatto di trovarsi di fronte ad un semplice successore cronologico del loro originario debitore? Dice il Coviello che spesso i figli e discendenti sentono il dovere di soddisfare col proprio i debiti del loro padre o ascendente. Sia pure; ma intanto non tutti gli eredi sono figli o discendenti, e, oltre a ciò, vi sono anche dei figli e discendenti capaci di compromettere in una sola notte a Montecarlo il proprio patrimonio insieme a quello ereditato dagli avi. Meglio dunque ci sembra non aspirare ad una tutela del credito maggiore di quella che sarebbe assicurato se, senz'altro, si adibissero i beni ereditari a

soddisfare i debiti ereditari a preferenza dell'erede e dei suoi personali creditori. Questa è, in fondo, una tutela maggiore di quella che si ottiene lasciando aperta la possibilità di una responsabilità *ultra vires*, che può, ove i creditori del *de cuius* non si cautelino in tempo, chiedendo essi stessi la separazione, risolversi in un disastro economico.

7. Le osservazioni fin qui svolte potranno servirci anche a chiarire un punto cruciale del nostro diritto successorio del quale abbiamo già fatta menzione sopra, che consiste nella difficoltà di distinguere dove sia da ammettere successione universale, cioè eredità, e dove legato; punto questo che, nel nostro diritto positivo, è di somma importanza, appunto perchè solo l'erede risponde pei debiti ereditari ed *ultra vires*. Questa difficoltà non esisteva per diritto romano, perchè, come abbiamo già visto, solo colui che fosse stato istituito *heres* era tenuto responsabile pei debiti ereditari, ed *ultra vires*. Esiste invece ed è pressochè insormontabile per diritto positivo moderno in quanto, secondo questo diritto, tanto l'eredità che il legato è attribuzione di beni ereditari. Ma (si insegna) all'erede, i beni vengono assegnati come contenuto in un *universum ius*, cioè o come *universitas* o come quota di *universitas*; mentre al legatario si attribuiscono singoli beni, o somme di beni, come tali. Il male è che l'assoluta generalità dei cittadini guarda solo ai beni, e non all'essere essi parte di una *universitas*, onde, mancando un criterio formale per distinguere quando il testatore abbia voluto istituire una persona erede, e quando invece l'abbia voluta onorare di un legato, occorre fare ricorso alla volontà del testatore la quale in questo, come in altri simili casi, nei quali si tratta di decidere se sia stata voluta una certa sfumatura di concetto, piuttosto che un'altra, è una vera e propria araba fenice. Si è detto, e si insegna da molti, che quando un testatore chiama alcuno a raccogliere una *quota* della sua eredità con ciò stesso dimostra di volerlo tenere responsabile per tale quota, per i debiti ereditari (art. 1029 cod. civ.). Ma delle due cose l'una: o le parole usate dal testatore vanno considerate

come mezzo per ricostruire la sua volontà, e allora dovrà ammettersi la prova del contrario; che cioè pur nominando erede Tizio in una quota dell'eredità il testatore lo ha *volutamente* onorare di un legato. Oppure si nega che dove il testatore abbia istituito un Tizio in una quota, abbia potuto volerlo onorare semplicemente di legato, e allora si risuscita un formalismo più urtante ancora di quello romano che tutti ammettono essere stato abolito. Per parte nostra nè l'una nè l'altra di queste due alternative ci sembra sostanzialmente accettabile, quanto meno *de iure condendo*. Ma se le si respingono entrambe, si è fatalmente tratti a cancellare ogni distinzione fra istituzione ad erede e legato, cosa che non dovrebbe sembrare così assurda nè contraria alla tutela del credito se si considera che è già praticata da secoli presso il popolo che della tutela del credito fu sempre il più tenero: il popolo inglese.

8. A giustificazione della radicale critica da noi mossa allo stato attuale della nostra legislazione su questa delicatissima materia, ci sia dato ricordare qui le interminabili controversie e discussioni intorno a certi casi nei quali da alcuni si vedono delle istituzioni ad erede, mentre da altri si vedono dei legati, fra i quali va in prima linea ricordato quello della istituzione di una persona in tutti i mobili, e di un'altra persona in tutti gli immobili.

9. Abbiamo visto come l'attuale nostro codice civile (art. 827) definisce il criterio in base al quale stabilisce la qualità di erede o di legatario, e come tale definizione venga intesa dalla nostra dottrina. La Reale Commissione ha creduto modificare l'art. 827 cod. civ., cancellando il richiamo alla volontà del testatore ed accentuando il fatto obbiettivo del succedere alcuno «nell'universalità del patrimonio» o «in una sua parte, considerata *come quota dell'universalità*». Questa innovazione non ci sembra felice. Chi ha da decidere se il chiamato sia erede o legatario, è il testatore e non altri: non specialmente il chiamato. La dizione dell'art. 141 del Progetto è pertanto, per lo meno, poco

felice, poichè mentre accentua che erede è solo chi succede nella universalità o in una parte di essa considerata come *quota dell'universalità*, non dice affatto, in base a quale criterio si possa poi decidere se, in un dato caso concreto, il testatore abbia voluto nominare un erede o un legatario. L'art. 141 del Progetto al pari degli artt. 760 e 827 si contenta di escludere che decisive possano essere al riguardo le parole colle quali l'onorato sia stato chiamato, ma, dopo avere escluso che possa essere decisivo il criterio formalistico delle parole: « erede o legatario »; non lo sostituisce in alcun modo, il che, quanto meno dal punto di vista della stilizzazione è certo criticabile. Ma, a noi questa nuova disposizione, sembra criticabile anche dal punto di vista sostanziale, in quanto, pur non richiamandosi alla volontà del testatore, fa tuttavia dipendere da questa volontà se un Tizio qualsiasi sia stato chiamato a raccogliere certi beni *come quota dell'universalità*. Gli è che, come abbiamo già sopra rilevato, una volontà così fatta difficilmente potrà essere in pratica constatata... perchè, la distinzione fra quote di beni ereditari come beni, e quota di beni come quota dell'universalità ereditaria è inaccessibile alla grande maggioranza dei testatori.

Ma dove infine l'art. 141, sembra a noi del tutto inaccettabile, è nel suo capoverso, dove stabilisce che: « in caso di dubbio della disposizione testamentaria il chiamato è considerato erede ». Con questo capoverso infatti, a volerlo applicare alla lettera, resterebbero praticamente aboliti i legati, perchè eccezionalissimi sono i casi nei quali la volontà di erigere un legato piuttosto che di istituire un erede risulta chiaramente. In tutti i casi da noi sopra richiamati nei quali è vivamente controverso se si debba ammettere istituzione o legato si dovrebbero veder sempre delle istituzioni ad erede con la relativa conseguente responsabilità *ultra vires*.

Il concetto dell'eredità politica, o non familiare, che non è nel nostro mondo giuridico moderno che una sopravvivenza storica, prevarrebbe praticamente sul concetto dell'eredità patrimoniale. Nella lotta fra *hereditas* e *legatum* resterebbe praticamente vincitrice l'*hereditas*. Vi sarebbe insomma una *exequatio*,

ma non già nel senso di parificare eredi e legatari, sopprimendo per principio l'ormai vieta responsabilità *ultra vires*, bensì nel senso di estendere questa responsabilità anche ai legatari. Ora, poichè il concetto di legatario è nel Progetto stesso definito *negativamente*, ne conseguirebbe che ogni qualvolta risultasse dubbio se il testatore avesse voluto « attribuire i beni, come beni, o non piuttosto come quota dell'università » (e quando mai un tale dubbio potrebbe non sorgere?), l'onorato dovrebbe venir considerato come erede. Proprio il contrario di ciò che avveniva negli antichi diritti germanici, di ciò che avviene da secoli in Inghilterra, e che avviene anche secondo i più recenti codici civili svizzero e tedesco, dove la sfera di applicazione del principio della responsabilità *ultra vires*, se non proprio del tutto soppressa, è però ridotta ai minimi termini.

V.

SULLA FIDUCIA TESTAMENTARIA.

1. Reca sorpresa il constatare come la Reale Commissione abbia letteralmente riprodotto, nell'art. 195 del suo Progetto, l'art. 829 dell'attuale nostro codice civile, sebbene il lungo dibattito avutosi in dottrina e giurisprudenza intorno a questo spinoso argomento, ne abbia messo in piena evidenza la difettosità. Anche la Relazione molto accurata del Prof. C. Gangi tace. È questa una vera *praeteritio*, mentre ci si sarebbe attesi almeno una esplicita e motivata *iteratio*. Data tuttavia la disposizione del codice ripetuta silenziosamente, nel Progetto, il trattamento da farsi alle istituzioni fiduciarie risulti abbastanza sicuro. Il legislatore non ha creduto di annullare l'intera disposizione a favore degli eredi legittimi, come fa la giurisprudenza francese, fondandosi sull'art. 896 del cod. civ. fr., ma si è contentato di renderne impossibile gli effetti negando al beneficiario di far valere, con qualsiasi prova, la volontà vera del testatore. Con questo infelice mezzo termine, mutuato dal codice albertino,

il legislatore del 1865 credette di aver salvato capra e cavoli. Ma le interminabili discussioni avutesi in seguito circa il più esatto modo di intendere l'art. 829 cod. civ. dimostrarono ben tosto quanto si fosse sbagliato nelle sue previsioni. E perciò diciamo che sorprende non poco che la Reale Commissione sia senz'altro passata all'ordine del giorno.

2. Io mi limiterò qui a considerare anche questo complesso e difficile argomento dal punto di vista che costituisce il filo conduttore delle mie osservazioni critiche al Progetto, cioè dal punto di vista della patrimonialità dell'eredità. E comincio coll'osservare che, da questo punto di vista, nulla osta ad ammettere valida una disposizione colla quale attribuiti dei beni ad una data persona, si ingiunga alla medesima di tenerli solo *pro forma* come propri, e di restituirli poi al vero loro destinatario. Ma ciò che vale per un singolo trasferimento fiduciario non vale per l'istituzione ad erede, perchè se questa fa erede una persona questa resta tale in perpetuo, e non può quindi trasferirne ad altri la veste di erede. Questo ostacolo venne superato in quanto si ammise che potesse essere considerato come vero erede il beneficiario che, nel testamento, non fosse stato nominato, considerandosi che il nominato erede, fosse tale solo *dicis causa*, e che vero istituito fosse solo colui che verrebbe poi dichiarato dal fiduciario. Ciò presupponeva che si ritenesse valida l'istituzione ad erede di persona da designarsi da persona che non fosse il testatore stesso, così, come, in realtà, ammettevasi per diritto comune. Per diritto romano comune pertanto le istituzioni fiduciarie erano considerate valide, in base alla dichiarazione di fiducia da parte dell'erede fiduciario o ad altre persone; e si considerava che il beneficiario della fiducia, una volta che questa fosse stata dichiarata o altrimenti provata, fosse lui stesso il solo e vero erede. La bufera rivoluzionaria contro le istituzioni fedecommissarie travolse anche le istituzioni fiduciarie, che, come già abbiamo detto, vennero dalla giurisprudenza francese considerate nulle in base all'art. 896 cod. civ. fr. abolitivo dei fedecommissi. Il nostro codice tuttavia non seguì su questo punto

la corrente francese, ma anzichè stabilire la nullità delle istituzioni fiduciarie a favore degli eredi legittimi, le lasciò sussistere limitandosi a proibire una qualsiasi prova delle medesime. In tal modo l'erede istituito *dicis gratia* restava erede ed acquistava conseguentemente l'eredità a preferenza degli eredi legittimi. Nulla toglieva e toglie però che egli cercasse di eseguire, nei modi a lui non vietati la vera volontà del defunto, pagando i debiti ed i legati e trasferendo spontaneamente il residuo attivo dell'eredità al beneficiario. Qui pertanto sorgeva una nuova questione: se cioè un simile trasferimento dovesse essere considerato come una donazione, richiedendosi quindi, per la sua validità, l'atto pubblico a termini dell'art. 1056 cod. civ.; oppure se lo si dovesse invece considerare come valido e irrepetibile pagamento di un'obbligazione naturale.

3. V. Scialoja, in un suo breve scritto giovanile, schierandosi con quegli scrittori che negavano che si avesse qui un caso di obbligazione naturale, credette trovare un decisivo argomento in sostegno di questa tesi nell'art. 2 del regio decreto 27 novembre 1870, che contiene le disposizioni transitorie per l'applicazione del codice civile nella Provincia di Roma. Noi cerchiamo confutare questo tentativo dell'insigne nostro maestro, dimostrando che quella disposizione transitoria non poteva essere considerata, come lo Scialoja riteneva, come un'autentica interpretazione dell'art. 829 cod. civ.; e ciò per la semplice ragione che esso imponeva, in via transitoria il diritto romano comune, o un terzo diritto diverso dal nostro diritto civile. Sarebbe stato pertanto desiderabile che la Reale Commissione prendesse in considerazione questo punto, e lo resolvesse in conformità coi principî già sanciti nel codice delle obbligazioni e dei contratti, il che avrebbe portato ad ammettere che il trasferimento dell'attivo dell'eredità al fiduciario non costituisce punto una donazione in quanto non avviene *donandi* ma *solvendi causa*. Il fiduciario infatti che trasferisce l'attivo ereditario non fa che eseguire la volontà del testatore che gli impone di non trattenere ma di trasferirne al beneficiario il residuo at-

tivo dell'eredità acquistata solo *dicis causa*, poi trattenuta solo in conseguenza del divieto legislativo di provare comunque chi fosse, nell'intenzione del testatore, il vero erede. L'eredità infatti avrebbe dovuto andare, in base al sommo principio del *suum cuique tribuere*, all'erede vero: e questo avrebbe potuto rivendicarla dal fiduciario se la legge non avesse vietato ogni prova della volontà vera del testatore non contenuta nel testamento. Siamo dunque qui di fronte ad un dovere del fiduciario che il beneficiario stesso non può, per divieto di legge, far valere in giudizio. Come conseguenza di questo stato di diritto gli è tuttavia giuocoforza riconoscere intanto che l'eredità, o più esattamente l'attivo ereditario, viene a trovarsi nel patrimonio del fiduciario *sine causa*, perchè non si trova in esso in base alla volontà di colui che aveva il diritto di disporne. Il fiduciario dunque è erede sì, in base alla volontà del testatore, ma solo agli scopi della restituzione al vero beneficiario. Siamo qui di fronte ad una combinazione simile assai, se non proprio identica, a quella del *personal representative* del diritto inglese, con questa sola differenza che mentre, per diritto inglese, ogni beneficiario è ammesso a far valere come proprietario *in equity* i suoi diritti verso il *personal representative*, diritti suoi fondati sulle volontà del testatore, nel caso nostro vi è bensì un erede testamentario riconosciuto dalla legge, ma non vi è invece un erede o un titolare di diritti *in equity*, perchè la legge vieta a colui che tale sarebbe di darne la prova. Siamo pertanto qui di fronte ad un caso nel quale il nostro legislatore ha escluso positivamente la figura della *fiducia*. Ma, a nostro avviso, questa esclusione non basta certo a dar base sicura all'opinione di quegli scrittori (e sono la grandissima maggioranza) che non solo negano secondo il nostro diritto positivo, la possibilità di ogni e qualsiasi forma di *fiducia*, ma si oppongono altresì *de iure condendo* alla sua introduzione in onta agli insegnamenti della storia e del diritto comparato. Noi non possiamo accedere a questo, a nostro avviso, infondato misoneismo, ma accediamo invece alla opinione recentemente sostenuta anche presso di noi, secondo la quale nulla osta ad ammettere la possibilità di negozi fiduciari *de iure con-*

dito, e molto, se non tutto, depone in favore di un nuovo riconoscimento legislativo della medesima.

4. Ma ritornando al punto che stavamo trattando, sembra a noi che si possa con tutta sicurezza affermare che il versamento dell'attivo ereditario eseguito dall'erede fiduciario, dopo avere pagato i debiti e i legati, non costituisce già donazione, ma pagamento di un debito naturale del fiduciario. Dire infatti che il fiduciario tiene l'attivo ereditario *sine causa*, significa dire che egli deve a qualcuno restituirlo. Ma chi sarà questo qualcuno? Forse l'erede legittimo? No certamente, perchè il legislatore stesso riconosce col suo divieto che l'erede vero è quello nominato nel testamento. Dovrà dunque dirsi che il legislatore ha voluto che l'attivo dell'eredità fiduciaria resti all'erede testamentario in onta alla volontà del testatore? Sarebbe una vera enormità ingiustificata e ingiustificabile. Proibendo la prova della fiducia il legislatore ha voluto raggiungere ben note finalità alle quali però non osta affatto che sia dato libero corso allo spontaneo sentimento di onestà del fiduciario stesso. Se questi dunque paga, paga bene; e non può pur ripetere. Se la Reale Commissione avesse, colla sua grande autorità, sancito questa che a noi sembra inoppugnabile soluzione, essa avrebbe contribuito a chiarire ad un tempo l'istituto della fiducia e quella delle obbligazioni naturali.

MARIO FALCO

PROFESSORE NELLA R. UNIVERSITÀ DI MILANO

LE DISPOSIZIONI
RELATIVE ALLA MATERIA ECCLESIASTICA
NEL PROGETTO DEL TERZO LIBRO
DEL CODICE CIVILE

Le disposizioni del progetto del terzo libro del codice civile che toccano questioni di diritto ecclesiastico sono contenute negli art. 164 e 176 sui testamenti speciali, nell'art. 195, corrispondente all'art. 829 del codice vigente e nell'art. 198, corrispondente all'831.

Occorre poi fermare l'attenzione sulla proposta soppressione degli art. 833 e 1075.

I. — Nei due articoli sui testamenti speciali non si sono tenute presenti le disposizioni vigenti sui culti ammessi nello Stato.

Nell'art. 164 si prevede che in caso di infortunio e in luoghi, in cui domini una malattia contagiosa, il testamento possa essere ricevuto da un « ministro del culto ». Nella terminologia odierna non si può più ritenere, come avanti il concordato con la S. Sede, che con questo termine s'intenda il ministro di un culto in generale, perchè « il culto » non può essere che quello cattolico; è quindi necessario di completare la disposizione, aggiungendo, dopo « un ministro del culto », le parole « cattolico, o un ministro di un culto ammesso nello Stato ».

Similmente non si è tenuto conto della vigente legislazione sui culti ammessi nell'art. 176, dove si dispone che il testamento dei militari possa essere ricevuto da un « cappellano militare »; con questo termine non si può intendere che un cappellano cattolico; non si è quindi tenuto conto dell'art. 8 del r. d. 28 febbraio 1930, n. 289, che prevede che ministri dei culti ammessi vengano autorizzati all'assistenza religiosa dei militari

acattolici, come effettivamente è avvenuto per l'assistenza dei militari israeliti nella guerra italo-etiopica. Occorre quindi anche qui completare l'articolo, aggiungendo, dopo le parole « da un cappellano militare », queste altre « o da un ministro di un culto ammesso, autorizzato all'assistenza religiosa dei militari acattolici ».

II. — La ripetizione testuale dell'art. 829 del codice vigente non sembra da approvare.

Innanzitutto si ripete in tal modo la dizione « nonostante qualunque espressione che la indichi o possa farla presumere », che, secondo la dottrina anteriore, non era che un errore materiale di redazione; si riteneva cioè che il legislatore volesse dire « nonostante qualunque espressione del testamento che potesse indicare o potesse far presumere che vi fosse l'interposizione »; ed è certo che, se si può dire « qualunque espressione che indichi un'altra persona », non ha senso dire « qualunque espressione che possa far presumere un'altra persona ».

È quindi almeno necessario di correggere la formulazione.

Ma più grave è il fatto che, da un lato, si è lasciata insoluta la questione fondamentale dell'obbligazione naturale, che eventualmente incomba al fiduciario, e, dall'altro lato, avendo mantenuto intatto il secondo comma dell'articolo, si è lasciata aperta la vecchia questione se con la parola « incapaci » si debbano intendere soltanto le persone dichiarate incapaci dagli articoli 147-152 del progetto o anche tutti coloro che sono incapaci di ricevere per testamento e così gli enti che per legge non possono ottenere il riconoscimento della personalità giuridica o che, pur potendolo ottenere, non ne facciano domanda.

A mio avviso, in questo secondo senso si deve risolvere la questione, e ciò dev'essere espressamente statuito nell'art. 195.

III. — La disposizione dell'art. 198 non è soddisfacente dal punto di vista letterale e snatura l'art. 831 del codice vigente, mentre, secondo la relazione, esso vorrebbe soltanto costituirne una più chiara formulazione.

Per quanto riguarda la redazione, sembra che non si possa nello stesso articolo contrapporre « beni » a « somma », quasi che non sia consentito di destinare al suffragio un bene, come una casa, un fondo, una quota del patrimonio o l'intero patrimonio, senza determinarne il valore, così da dover « determinare la somma », come vorrebbe l'articolo del progetto. Dunque, dal punto di vista puramente letterale, se si volesse accogliere la proposta, occorrerebbe dire: « le disposizioni per l'anima sono valide quando sia determinata la persona alla quale sono devoluti i beni da impiegare in suffragio dell'anima e quando sieno individuati i beni che debbono essere destinati al suffragio »; oppure « quando sieno individuati i beni che debbono essere erogati in suffragio e sia indicata la persona che deve impiegarli a tale scopo ».

Ma, come si è detto, più grave è il fatto che l'articolo snatura il vigente art. 831.

Questo non si riferisce, come parrebbe abbia ritenuto la Commissione reale, alle « disposizioni per l'anima » in generale, amplissima categoria che comprende tutte le erogazioni a favor della Chiesa e della beneficenza, in quanto giovano al suffragio dell'anima; ma riguarda esclusivamente le « disposizioni per l'anima espresse genericamente », quali sono: « nomino erede l'anima mia », « lascio tutto il mio in suffragio della mia anima », « voglio che tutto il mio sia impiegato per suffragare la mia anima », e simili; per tali disposizioni il codice vigente esclude tanto il riconoscimento del diritto canonico comune, in base al quale il testamento sarebbe valido e il vescovo sarebbe legittimato a chiedere i beni per l'adempimento, quanto anche nega che la legge intervenga per interpretare o commutare la volontà del disponente, come faceva il codice albertino, che devolveva le disposizioni per l'anima espresse genericamente alla congregazione di carità.

Se, dunque, l'art. 831 s'interpreta tenendo conto delle ragioni storiche che indussero il legislatore ad emanarlo, non si deve vedere in esso altro che l'abrogazione di uno dei cosiddetti privilegi delle pie cause; e quindi l'articolo non ha altro conte-

nuto fuor di questo : anche alle disposizioni a favore dell'anima espresse genericamente si applicano le norme del diritto testamentario comune.

E, del resto, se si esamini la ricca letteratura sull'argomento, si vede che quando si cerca quali sieno i caratteri delle disposizioni specifiche a favore dell'anima (come si usa dire, contrapponendo, inesattamente, le disposizioni specifiche alle disposizioni generiche), si finisce, consapevolmente o no, per dire semplicemente che occorrono i requisiti comuni perchè si abbia una valida disposizione testamentaria a titolo di istituzione di erede o di legato.

Di fronte all'articolo proposto dalla Commissione reale resta dubbio se si sia voluto dire, ma con linguaggio impreciso e dissonante da quello adottato nei restanti articoli dello stesso libro del codice, soltanto quello che dice la dottrina dominante riguardo all'art. 831 ; cioè che per la validità della disposizione per l'anima occorre che vi sia istituzione di erede o attribuzione di un legato, oppure se si sia voluto, ma non si comprende con quale giustificazione, dare una disciplina particolare alle disposizioni a favore dell'anima in confronto di disposizioni altruistiche che possano essere contenute in un testamento, quali sarebbero quelle con cui si ordini l'erezione di un monumento, l'istituzione di un museo, la costruzione di una scuola.

L'articolo infatti richiede che sia indicata la persona a cui sono devoluti i beni ; « devoluti » a quale titolo ? a titolo di erede o di legatario ? o si prevede una diversa ipotesi di devoluzione dei beni senza che chi li riceve assuma la qualità di erede o di legatario ?

Perchè, com'è noto, il caso che dà sempre luogo ai maggiori dubbi e che ancora non molti anni or sono è stato preso in esame da una discussa sentenza della Cassazione (14 luglio 1931 in *Diritto ecclesiastico*, 1931, pagg. 511 e segg.), è quello in cui si dà a taluno l'incarico di erogare i beni in suffragio dell'anima, senza nominarlo nè erede, nè legatario. Nel caso deciso dalla Cassazione il disponente aveva lasciato tutto il suo al proprio vescovo con il preciso incarico di vendere tutti i beni e di erogarli integral-

mente nel suffragio dell'anima propria. La corte ritenne valida la disposizione, perchè, nonostante le parole usate dal testatore e il preciso incarico conferito al vescovo di vendere tutto il patrimonio e di erogarlo in suffragio dell'anima del disponente, ritenne che il vescovo fosse un vero erede.

La questione evidentemente trascende il problema delle disposizioni per l'anima, perchè un incarico siffatto può essere conferito anche per altri scopi.

Orbene, di fronte all'art. 198 del progetto si domanda: quando in un testamento fosse contenuta una disposizione, come quella sopra riferita, sarebbe valida solo in quanto destinata al suffragio dell'anima, e, per ciò soltanto, la persona incaricata della erogazione sarebbe una « persona cui sono devoluti i beni », pur senza essere nè erede, nè legatario, e cioè sarebbe o un erede fiduciario oppure un esecutore testamentario con poteri diversi e più ampi di quelli che il progetto dà agli esecutori? oppure nell'art. 198 non si è punto voluto riconoscere una figura speciale di esecutore o mandatario *post mortem* per le disposizioni per l'anima, ma si è semplicemente aderito alla teoria della Corte di cassazione e si è voluto dire che per la validità della disposizione per l'anima è necessario, come in ogni altro caso, che sia nominato un erede o un legatario? Evidentemente la cosa non può essere lasciata incerta.

E il legislatore deve scegliere tra queste tre soluzioni: o riprodurre semplicemente l'art. 831 del codice, o renderne esattamente il contenuto, scrivendo: « anche alle disposizioni per l'anima espresse genericamente si applicano le norme degli articoli ... », oppure, volendo innovare, occorre dire: « le disposizioni per l'anima sono valide anche se il testatore, senza istituire un erede o un legatario, nomina una persona con l'incarico di provvedere al suffragio ed indichi i beni che debbono essere impiegati a tale scopo ».

IV. — La soppressione degli art. 833 e 1075 è giustificata nella relazione, quanto al primo. col dire che è stato sostituito dall'art. 29 lettera d) della legge 27 maggio 1929, n. 810 e quanto

al secondo, che la « materia » è stata disciplinata dalle norme concordatarie.

Ora bisogna anzi tutto osservare che la disposizione del concordato e poi, senza alcun dubbio, l'art. 4 della legge 27 maggio 1929, n. 848 e l'art. 17 del reg. approvato con il r. d. 2 dicembre 1929, n. 2262 riguardano esclusivamente il riconoscimento civile delle fondazioni di culto, laddove gli art. 833 e 1075 riguardano gli atti dei privati che pongono gli elementi per l'eventuale riconoscimento della fondazione; non vi è quindi nè « sostituzione », nè identità di « materia ».

In secondo luogo gli art. 833 e 1075 comminano la nullità delle disposizioni testamentarie e delle donazioni che hanno per oggetto la dotazione e la istituzione, oltre che di vere e proprie persone giuridiche, quali sarebbero i « benefici semplici », anche delle « cappellanie laicali » e di simili fondazioni, vale a dire, secondo il significato che tali termini tecnici hanno nel diritto canonico, comminano la nullità delle disposizioni con le quali si destinano beni, anche a favore di laici, in perpetuo, con oneri di messe; il legislatore del 1865, mettendo fra gli enti di cui era nulla l'istituzione anche le « cappellanie laicali », le quali non potevano confondersi con gli uffici ecclesiastici veri e propri, non richiedevano l'erezione in titolo, escludevano l'ingerenza vescovile nella provvista e non davano ai beni caratteri di beni ecclesiastici, mirava a impedire del tutto, a prescindere dall'erezione in ente morale, che tali enti si potessero istituire.

In ultimo è da osservare che, anche nell'ipotesi che si trattasse sempre di enti destinati ad essere riconosciuti come persone giuridiche, questo non importerebbe di necessità in ogni caso che dovesse seguire neppure la domanda del riconoscimento.

È bensì vero che l'ultimo comma dell'art. 15 del progetto definitivo del primo libro del codice civile fa obbligo al notajo che interviene per la stipulazione di atti fra vivi ovvero per l'apertura o il deposito di testamenti in cui si istituiscano fondazioni o si dispongano donazioni o lasciti in favore di enti da istituire di farne denuncia al prefetto; ma, — a parte che, data la nuova formulazione dell'art. 10 del progetto definitivo, nella

quale (cosa, del resto, che dà luogo a serii dubbi) sono scomparsi « gli istituti ecclesiastici » e quindi si può dubitare se anche a questi si applichi l'art. 15 del primo libro, — la denuncia al prefetto della fondazione testamentaria, restando in vigore i citati art. 4 della legge 27 maggio 1929, n. 848 e 17 del r. d. 2 dicembre 1929, n. 2262, non implica necessariamente che l'autorità governativa debba provvedere sul riconoscimento civile della fondazione di culto, che può restare tale anche senza riconoscimento, e quindi senza la conseguenza che, negato il riconoscimento, sia dichiarata la nullità della disposizione.

Così stando le cose, se il legislatore, come dichiara, non vuole modificare il diritto vigente, non può sopprimere gli articoli 833 e 1075, ma deve statuire, come adesso, la nullità delle disposizioni ordinate al fine di istituire benefici semplici, cappellanie laicali e simili enti di culto, aggiungendo, in base all'obbligo assunto nel concordato, che sarebbero però valide le disposizioni ordinate al fine di creare fondazioni di culto corrispondenti alle esigenze religiose della popolazione, a condizione che, accertato tale requisito, avvenisse il riconoscimento della personalità civile della fondazione.

V. — Alcune altre disposizioni del progetto del libro III, anche in relazione a talune norme del progetto definitivo del libro I, — per quanto non riguardino direttamente la materia ecclesiastica, — presentano però per essa un particolare interesse e danno luogo a qualche osservazione.

Come già si è accennato, non sembra conveniente aver soppresso nell'art. 10 del libro I la menzione degli « istituti ecclesiastici » come persone giuridiche pubbliche, e non è chiaro perchè si sia restituita la discussa dizione dell'art. 2 del codice vigente che non c'era più nel progetto della Commissione reale « godono dei diritti (civili) secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico », le quali ultime parole, poi, si debbono modificare se si vuol conservare l'uniformità della terminologia, in quanto nell'art. 6 delle disposizioni sulla pubblicazione e l'applicazione delle leggi in generale si adopra il termine « consue-

tudine », e nella relazione (pag. 4) si dice che « uso » equivale a « consuetudine ».

Analoga osservazione sull'uniformità terminologica è da fare riguardo all'art. 12 del terzo libro, dov'è conservato il termine « corpi morali », invece di usare il termine « persone giuridiche », adoprato nel libro primo ed in altri articoli dello stesso libro terzo (es. art. 245, 3° comma, 414), e riguardo all'art. 434, dove si parla di donazioni, fatte ad enti pubblici, che sembra non sieno altro che le persone giuridiche pubbliche dell'art. 10 del libro primo.

Sembra poi che non corrispondano alle buone norme della tecnica legislativa le varie disposizioni relative alla creazione ed al riconoscimento delle fondazioni ed alla loro capacità di acquistare beni per testamento o per donazione.

Il secondo comma dell'art. 13 si limita a stabilire che la fondazione può essere disposta anche per testamento e l'art. 15 dà le norme per il riconoscimento ; nel titolo III del libro III non si parla della fondazione testamentaria ; viceversa l'art. 415 disciplina la donazione ad enti di fatto, vale a dire l'atto fra vivi corrispondente alla fondazione testamentaria, risolvendo anche l'importante questione del valore della donazione nel caso di diniego dell'autorizzazione (si veda la relazione MAROI, pag. 101).

È chiaro che occorre coordinare le disposizioni del libro I e del III e che occorre anche per le fondazioni testamentarie un articolo corrispondente all'art. 415.

Per quanto riguarda gli acquisti delle persone giuridiche, non si comprende perchè l'art. 17 del progetto definitivo del libro primo disponga che la persona giuridica non può accettare donazioni senza l'autorizzazione governativa e la norma sia ripetuta testualmente nell'art. 414.

Occorre anche osservare che non sono uniformi le disposizioni relative all'accettazione di eredità o di legati ; quanto alla prima, dispone, con la notata imprecisione terminologica, l'articolo 12 del libro terzo (che dovrebbe essere spostato, perchè non può stare nel titolo delle « disposizioni comuni alle succes-

sioni legittime e testamentarie»), mentre non vi è una norma diretta sull'accettazione dei legati (il progetto della Commissione reale nell'art. 14 prescriveva l'autorizzazione anche per l'accettazione dei lasciti), e solo l'ultimo comma dell'art. 245, disponendo sull'accettazione, dice per incidenza che dev'essere fatta « coll'autorizzazione del governo ».

Anche qui è evidente che occorre coordinare tutte queste disposizioni con quella dell'art. 17 del libro primo.

È infine da osservare nell'art. 220, oltre all'imprecisione terminologica della « risoluzione del lascito », che è troppo largo consentire l'azione per chiedere l'adempimento dell'onere a « qualunque interessato ».
