



R. UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PARMA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Osservazioni sul Progetto del Libro secondo del Codice Civile

(Relazione del Prof. ANGELO VERGA)



MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA
Biblioteca
INVE. PER
VALORE
35728

PARMA
TIPOGRAFIA FRATELLI GODI
1938 - XVI

TITOLO I

CAPO I

Delle cose in generale

In questo primo capo il progetto, innovando sul codice, ha voluto affrontare il problema, per vero assai arduo, della definizione di « cosa » in senso giuridico.

Il tentativo, però, a parte i gravi dubbi, non appieno valutati, sulla opportunità della innovazione, non sembra felicemente riuscito.

Già l'opportunità di porre in una codificazione la definizione di « cosa » in senso giuridico appare, specie di fronte al contrario indirizzo, seguito, senza pratici inconvenienti da quasi tutti i codici di tipo latino, assai discutibile. E ciò non già, almeno a nostro avviso, perchè si debba indulgere a recenti conclusioni, per cui quello di cosa non sarebbe un concetto giuridico a sè stante.

Quest'ultima tesi, se anche potesse dirsi esatta da un punto di vista astratto, filosofico, è dal punto di vista giuridico, concreto, senza significato, per essere — dovendo essere anzi — la regolamentazione giuridica rivolta esclusivamente a scopi pratici.

Sia o meno dunque la cosa un concetto giuridico per sè stante, visto che siffatta categoria logica, economica e sociale esiste nella coscienza dei più, il diritto deve preoccuparsene e darle adeguata disciplina, senza preoccuparsi di problemi che trascendono scopi pratici.

Senonchè, a nostro avviso, pur condividendo lo scetticismo del relatore circa l'utilità delle recenti reazioni contro il concetto giuridico

di cosa, allo scrivente pare superflua — e in ciò sta unicamente la ragione del nostro dissenso dal progetto — una definizione di cosa in senso giuridico, perchè pure siffatta definizione eccede e trascende quei fini pratici che costituiscono il limite insuperabile all'attività di ogni buon legislatore.

Ci conforta anzitutto in questa opinione la constatazione che mentre, e rispetto al nostro codice ed alla maggior parte dei codici di tipo latino, l'assenza di una definizione del concetto di cosa, — assenza cui ha egregiamente supplito la dottrina — non ha dato luogo ad apprezzabili inconvenienti, questi si sono avuti invece, dando luogo a vivaci critiche di cui si dirà in seguito, proprio rispetto al codice civile germanico !

Soprattutto poi è da tenere bene presente che una attività dogmatica, definitoria, da parte del legislatore è estranea alla nostra tradizione giuridica, ed in genere a quella dei codici di tipo latino, che appunto dal modello germanico si differenziano sotto questo aspetto per il maggior senso pratico, alieno da apriorismi teorici. È ormai ben noto del resto che è proprio questo genere di attività legislativa che è la parte più caduca, e, diciamo pure, secondo il brocardo medioevale, più pericolosa, di ogni attività legislativa.

L'attività dogmatica è, cioè, proprio quella dalla quale il legislatore, secondo è stato del resto scrutinato anche durante la formazione del Codice Civile Germanico, deve, in linea generale più che da ogni altra astenersi.

Il carattere dei moderni codici, la loro concentrazione, la generalità della loro disciplina richiedono ai legislatori concretezza di disposizioni, non definizioni, che quand' anche esatte dal punto di vista dogmatico, non solo possono essere superate dalla successiva evoluzione ed elaborazione del diritto, ma soprattutto possono intralciare l'opera della dottrina nella interpretazione della legge.

Pare proprio strano dunque che, quando uno dei risultati di un cinquantennio di elaborazione dottrinale, che non ha nulla da invidiare a quella di altri paesi, è proprio quello della inutilità, peggio della non obbligatorietà per l'interprete delle definizioni legislative, puramente

tali, il nuovo codice debba contenerne un gran numero. Il che è decisivo specie se si rifletta che le definizioni che si leggono in questo capo riproducono, se pure malamente, concetti già elaborati nonostante l'assenza di ogni definizione legislativa, sulle orme della dottrina pandettistica, dalla nostra dottrina.

Che bisogno c'è dunque di rendere più ingombrante del necessario il Codice, che per le sue stesse finalità, specie in questi tempi dinamici, deve essere snello e maneggevole, facilmente usabile?

Del resto della inutilità e pericolosità della disposizione contenuta nell'art. 1 del progetto sono conferma le stesse difficoltà della definizione. Se la rigida distinzione romanistica fra cose corporali e cose incorporali, cui aveva aderito, suscitando vivaci critiche, il § 90 del Codice Civile Germanico, non è evidentemente, oggi, che una pura sopravvivenza storica, sì da suggerire una necessaria aggiunta per ricomprendervi le « altre entità naturali suscettibili di appropriazione e di utilizzazione », è altresì vero che ogni definizione rischia di porre un concetto di cosa o troppo vago ed indeterminato, o troppo ristretto, come riprovano, ad es., le norme degli artt. 2 e 3 che considerano cose entità che tali l'art. 1 non avrebbe considerato.

Ma v'ha di più. Questo primo capo, evidentemente ricalcato sulla corrispondente sezione II del Libro I del Codice Civile Germanico, non rappresenta un miglioramento del modello, nè è in armonia con i più sicuri risultati della nostra elaborazione dottrinale.

Riappare qui, invero, quella tendenza, già criticata a proposito del libro primo del progetto, alla creazione di nuovi istituti, alla posizione di concetti intermedi, assolutamente superflui.

È il caso, ad es., dell'art. 2 del progetto, che tratta della collettività di cose corporali; disposizione che tra l'altro manca nel modello germanico. E superfluo, oltre che non felicemente redatto, è l'art. 3.

Quest'ultimo ha il duplice intento di definire come cose corporali le opere dell'ingegno, il nome commerciale, la ragione sociale, i marchi, i disegni, i modelli, le insegne ed altre cose simili ed analoghe. Ed ha inoltre voluto assoggettare alle norme relative alle cose corporali queste cose, aggiungendo, naturalmente e necessariamente, che tale applica-

zione può farsi « in quanto non siano applicabili leggi speciali e sia consentito dalla loro natura ».

Ora la superfluità di siffatta norma e la inutilità oltre che la pericolosità della definizione di cosa è così appieno dimostrata. Che dopo l'ampia nozione di cosa, accolta nell'art. 1 del progetto, ci fosse necessità di definire come cose corporali le opere dell'ingegno, il nome commerciale, ecc., è constatazione decisiva a dimostrare la bontà della nostra critica. Nè, crediamo, basterebbe allargare ancora il concetto di cosa, posto nell'art. 1, sostituendo alla espressione « altre entità naturali » quella ancor più lata « altre entità », per ricomprendervi le cose indicate nell'art. 3.

Del resto quale prova migliore si vuole di quella fornita dalla constatazione che proprio nell'art. 3 la parola « cosa » nella frase « e altre cose simili e analoghe » non è usata nel suo senso tecnico, perchè, se così fosse, il legislatore sarebbe incorso in una tautologia od in una contraddizione patente?

È poi appena il caso, rispetto all'art. 3, di osservare che superfluo ed inutile era definire come cose corporali le opere dell'ingegno, ecc., perchè tale compito spetta alla dottrina, che del resto, nella sua maggior parte, condivideva l'affermazione contenuta nell'art. 3. Dal punto di vista poi della tecnica legislativa era evidentemente superflua una norma avente il solo scopo di definire come cose corporali quelle entità, così come era superfluo, per non dire contraddittorio, il dirle assoggettate alle norme relative alle cose corporali, in quanto però non siano applicabili le leggi speciali e in quanto sia consentito dalla loro natura!

La disposizione in parola, che tra l'altra mancava nel Codice Civile Germanico, è dunque del tutto superflua, sicchè pare preferibile la concisione e la precisione del vigente art. 437 Cod. Civ.

Ritornando ora all'art. 2 del progetto, anche quest'ultimo dimostra i pericoli ed i difetti della definizione di cosa.

Infatti la definizione dell'art. 1, riferita alle sole cose corporali, non è applicabile alla universalità di cose, che è una cosa intellettuale, non senza aggiungere che nella collettività di cose possono anche essere

ricomprese cose non corporali: ciò che nega invece l' art. 2. Infine, pur trascurando il sapore evidentemente tautologico della definizione, è assai dubbia l' utilità della disposizione. A che serve infatti il riconoscimento del diritto sul complesso quando questo altro non esprime che la relazione di titolarità sulle cose che già appartengono al proprietario?

Afferma per contro la relazione che la importanza pratica della norma consisterebbe nello speciale regime giuridico che vien fatto a tali complessi rapporti, tenuto conto del loro carattere unitario. Così, ad es., per la *vindicatio gregis* quest' ultima verrebbe intesa non come *vindicatio* cumulativa di cose singole, sibbene come di un individuo distinto dalle singole partes.

A parte che proprio così si mette in pieno rilievo il carattere della universalità come cosa intellettuale, e si riafferma il concetto di cosa come categoria logica, l' utilità pratica della norma è assai discutibile, dacchè non era necessario costituire, anche in senso giuridico, una nuova cosa, quando già la semplice unità economica riusciva ad una disciplina unitaria delle singole cose, anzichè dell' unica cosa costituita dalla collettività delle singole cose.

In tema di distinzione tra cose mobili e cose immobili, il progetto, nell' asserito intento di semplificare la attuale disciplina, ha voluto ricondurla al suo senso naturalistico.

La relazione giustifica tali innovazioni e modifiche, qualificando a volta artificioso ed a volta erroneo il triplice criterio odierno di raggruppamento. Il criterio della destinazione, in quanto introdurrebbe la funzione della immobilizzazione, che, oltre ad essere fonte di gravi controversie, non è necessaria, sarebbe contrario alla tradizione romanistica.

Ora da quest' ultimo punto di vista, oltre all' osservare che il criterio della pertinenza, accolto in sua vece, è di schietta origine germanica, ci sembra che, sia o non il criterio della immobilizzazione contrario alla tradizione romanistica, non sia certo quest' ultimo un argomento di grande peso a favore dell' innovazione. La tradizione è certo elemento cui deve il legislatore ispirarsi per meglio adattare la regolamentazione giuridica alle singole esigenze pratiche: ma non è

nè il solo nè decisivo elemento, e sulla tradizione possono prevalere o le mutate esigenze pratiche, o un diverso atteggiamento dei problemi stessi. Nella specie poi alla tradizione romanistica si sono sovrapposti volta a volta il criterio della immobilizzazione e della destinazione, che nella maggior parte del nostro paese hanno trovato applicazione da oltre un secolo.

Dopo ciò il criterio dell'irrispondenza alla tradizione romanistica è tutt'altro che decisivo, sì che pur riconoscendo che la tripartizione, consacrata nell'art. 407, dava luogo a qualche inconveniente, miglior consiglio ci sarebbe sembrato quello di apportarvi le opportune modifiche.

Il dire poi artificioso il criterio della destinazione è una stridente contraddizione con l'accolto concetto di pertinenza. Non è forse infatti la destinazione l'elemento che permette di determinare il concetto di pertinenza rispetto alla cosa principale, e non è forse la destinazione l'elemento che di una cosa fa la pertinenza di un'altra?

Dopo ciò, quando, ad es., nell'ipotesi della destinazione di una cosa mobile al servizio di una cosa immobile, la prima segue la condizione giuridica della seconda, il dire che l'immobilizzazione non è necessaria significa non solo avere una troppo ristretta concezione degli immobili per destinazione, (arg. art. 413) ma soprattutto ci sembra una questione di parole, significa scambiare per differenza di concetti ciò che in sostanza non è che differenza di parole.

Ciò che può concedersi è che il concetto di pertinenza è più ampio del concetto di immobilizzazione, in quanto mentre questa ultima suppone esclusivamente la destinazione di una cosa mobile al servizio di una immobile, il concetto di pertinenza, più esattamente, comprende anche la destinazione di una cosa mobile al servizio di un'altra cosa mobile. Il che è certo un miglioramento, anche se, dal solo punto di vista delle difficoltà della esecuzione forzata, che hanno notevolmente influito sulla elaborazione e del concetto di pertinenza e di quello di immobilizzazione, l'attuale assetto non generasse gravi inconvenienti.

Il concetto di pertinenza merita dunque, perchè più ampio e preciso, di essere accolto, in luogo di quello della immobilizzazione per destinazione. Ma — ripetesi — ciò non giustifica affatto, anzi lo contrasta,

il criterio naturalistico, che si è voluto porre a base della distinzione tra cose mobili e cose immobili.

Soggiunge infine il relatore che è erroneo il criterio della determinazione della legge, in quanto i diritti *per sè* non sono nè mobili nè immobili, ed è causa di grave equivoco considerarli mobili od immobili secondo la natura del loro oggetto.

Ora razionalmente in siffatta critica potrebbe convenirsi; ma essa dimentica che lo stesso ragionamento astrattamente potrebbe farsi anche per la distinzione tra le cose, specie se si osservi che, prescindendo dal criterio rigidamente naturalistico, il legislatore può considerare una cosa indifferentemente mobile od immobile, anche solo utilitatis causa, sottoponendo ad una disciplina dettata, ad es., per gli immobili beni che sono invece mobili (ad es. artt. 420 n. 2 e 3, 422 del Progetto).

Ciò che significa che, sotto le esigenze sempre più complesse della pratica, il senso tradizionale, naturalistico, della distinzione può mutare.

Ora siffatto riflesso, vero per le cose, ha ragion d'essere anche per i diritti. Anche qui le esigenze pratiche esigono rispetto a determinati diritti un determinato assetto — ad es. i diritti immobiliari, di cui nonostante gli intenti del relatore, è cenno nell'art. 367 del progetto: altrettanto dicasi per i n. 2 e 3 dell'art. 420 —; e lo esigono, proprio per l'oggetto a cui si riferiscono, per la loro importanza in relazione ad esso. Esatto quindi o meno razionalmente il criterio accolto nel vigente art. 415 c. c., esso però è pur sempre utile, così come lo è il corrispondente art. 418 c. c., se pure oggi esso sia superfluo, data la dizione dell'art. 6 del progetto.

Del resto il criterio naturalistico, che a rigor di logica, come ammette lo stesso relatore, porta a considerare immobile solo il suolo, non si trova applicato proprio nell'art. 5 del progetto.

Anche lo scrivente ritiene che non perdano il carattere di cosa immobile i materiali provvisoriamente separati dal fondo per esservi di nuovo impiegati. Ma qui opera appunto un criterio artificiale, non naturalistico, come quello della destinazione, per cui la separazione materiale, ma non intenzionale, non fa venir meno la qualità immobiliare dei materiali separati. Ciò che evidentemente dovrebbe escludersi, specie

se si volesse qui a contrariis, richiamare il principio, accolto nell'art. 4 del progetto, per cui sono immobili anche le cose *transitoriamente unite al suolo*.

E infine, come non dire incompatibile col criterio naturalistico la disposizione — per non dir altro piuttosto singolare — dell'art. 5 del progetto, quando stabilisce che « *similmente* acquistano carattere d'immobile i materiali portati sul posto per esservi impiegati a sostituire i vecchi » ?

Per quanto poi riguarda gli inconvenienti che deriverebbero dal criterio della immobilizzazione, ci permettiamo fare osservare che il criterio naturalistico è in contrasto colla attribuzione del carattere immobiliare alle costruzioni unite al suolo in via transitoria.

L'art. 4, considerando che la temporaneità o perpetuità di una costruzione si affida ad un criterio puramente intenzionale, molte volte incerto, ha finito per considerare immobili anche le costruzioni unite al suolo a scopo transitorio.

Vien proprio fatto di domandarsi a siffatta stregua perchè si sia ripudiato il criterio della immobilizzazione che, per lo meno, (art. 414 C. C.) più logicamente consentiva un maggior ambito di distinzione.

Del resto è più che dubbio che il criterio della temporaneità o perpetuità di una costruzione dipenda solo da elementi intenzionali: anche esso è in relazione con la destinazione della cosa, e come questo è un elemento sufficiente a determinare il rapporto di pertinenza, che implica una destinazione permanente (art. 9), altrettanto potrebbe dirsi per le costruzioni annesse al suolo !

Dal punto di vista tecnico poi gravi critiche possono muoversi alla formulazione dell'art. 4. Dice il relatore che l'art. 4, ricomprendendo sotto un'unica norma i vari articoli che il codice dedica alle cose immobili, ne dà una nozione più organica.

Può dubitarsi che lo scopo sia stato raggiunto.

Inoltre ci sembra superflua ed anche pericolosa la dizione « gli edifici e le costruzioni che vi sono unite », quasi fosse possibile parlare di edifici che non siano uniti al suolo.

Volendo poi considerare immobili le costruzioni anche transitoriamente unite al suolo, migliore dizione ci appariva la seguente « gli edifici, le costruzioni che vi sono unite o vi insistono anche a scopo transitorio ». Sono così ricomprese in questa dizione anche quelle costruzioni provvisorie, spesso in legno, che non hanno fondamenta, e che perciò non possono dirsi unite od incorporate nel suolo.

L'ultimo inciso dell'art. 4 che considera immobile « in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo », specie se si pensi che anche per le costruzioni si esige « che siano unite al suolo », è in evidente contrasto con l'inammissibile affermazione dell'art. 5, che considera immobili i materiali per il semplice fatto che sono portati sul posto per essere impiegati a sostituire i vecchi!

Ora quando il criterio per determinare se una cosa sia immobile o meno, specie dato il criterio naturalistico cui ha voluto far ricorso il progetto, è quello della sua incorporazione al suolo (unite al suolo, saldamente attaccate, ecc.) è evidentemente inammissibile che in difetto di unione i materiali diventino immobili per il solo fatto che sono portati sul posto per essere impiegati a sostituire i vecchi. Con lo stesso ragionamento ci si potrebbe domandare perchè non diventino immobili gli stessi materiali quando fossero portati sul posto anzichè per sostituire i vecchi per fare una nuova costruzione!

Infine la espressione dell'art. 4 « le piantagioni che vi sono radicate » potrebbe essere migliorata in analogia all'art. 410 del Codice vigente nella seguente « le piantagioni fin che vi sono radicate ».

Inoltre nella nuova dizione dell'art. 4 è stata dimenticata attualmente la disciplina dei frutti pendenti, che invece era espressamente considerata nel § 94 Cod. Civ. Germ.: « i prodotti del fondo fintanto che sono uniti al suolo ». Essa è necessaria per evitare, se non altro, dato il disposto dell'art. 6, che i frutti non ancora colti o separati possano essere considerati mobili, con evidente danno della economia agraria, e con notevoli inciampi e difficoltà in caso di procedure esecutive.

Infine la definizione dell'art. 4 permette di considerare, contro l'espresso esempio del § 94 Cod. Civ. Germ., mobile la semente già seminata, e ciò a tanto maggior ragione dato il criterio naturalistico

accolto dal progetto, sol che si rifletta che la semente, dopo tutto, potrebbe essere levata dal terreno. Il che ridimostra però la assurdità stessa del criterio naturalistico adottato come base della distinzione tra cose mobili ed immobili.

Questi rilievi apparranno anche più esatti se si rifletta che, se un criterio puramente e semplicemente naturalistico, data la semplicità di quella economia e la assenza di profondi processi di trasformazione della materia, era adatto per il diritto romano, siffatto criterio non lo è certamente più oggi per il diritto moderno. Il puro criterio naturalistico di distinzione è oramai dunque un criterio superato, e deve, se vuol sopravvivere, essere integrato dal criterio economico. Non si è oggi forse arrivati, attraverso la individuazione della cosa, resa possibile dal suo rilevante valore, a dettare per le navi, per le aeronavi, per le automobili, una disciplina che altra volta sarebbe stata concepibile solo per le cose immobili?

E se ciò è oggi, come pretendere di fare un passo indietro, ed attenersi ad un criterio meramente naturalistico, quando, sia pure solo a titolo di esperimento, si trasportano anche degli edifici? Non è certo il caso, qui, oggi, di soffermarsi molto su queste ipotesi; ma è certo che se tale pratica si estendesse, come può accadere, ognun vede come il semplice criterio naturalistico sia del tutto arretrato ed insufficiente. E nessuno certo considererà mobile una casa solo perchè si può trasportare!

Altrettanto dicasi — e ciò è più facile — di piante annose che vengono trasportate da un luogo all'altro. Quale è — medio tempore — la loro situazione? Può per esse accogliersi, per analogia se non altro, la disciplina dell'art. 5? E il relativo atto di vendita è vendita di cosa mobile od immobile? Problema quest'ultimo che mette in evidenza la utilità della dizione « finchè vi sono piantate », che permette senza bisogno di atto scritto e di trascrizioni di acquistare una pianta incorporata al suolo per trasportarla in altro posto!

Senonchè il più grave inconveniente, derivante dall'accettazione del criterio naturalistico, sta nel difetto di ogni coordinazione tra le innovazioni ed il testo delle altre parti del progetto.

Come sarà notato rispetto ad ogni singola norma, tale difetto di coordinamento porta a gravi perturbamenti nel diritto ipotecario, dove la dizione « immobile », spesso usata dal legislatore per designare il bene capace di ipoteca, esatta se si considerano cose immobili l'usufrutto su beni immobili ed i diritti del direttario e dell'enfiteuta, non corrisponde più alle esigenze del progetto che questi ultimi diritti considera mobili. Altrettanto dicasi del precetto su tali beni, che non dovrebbe più essere precetto immobiliare, quindi non trascritto (art. 368) mentre contraddittoriamente la sentenza di vendita di tali beni deve essere trascritta (art. 357 n. 4).

Inoltre, se si prescinda dalle ipotesi dell'art. 422, il progetto riferendosi ai beni ipotecati parla quasi sempre di immobile, mentre, alla stregua dell'art. 6 del progetto, per il quale le altre cose non indicate negli articoli precedenti sono mobili, ognun vede come l'ipoteca in sostanza venga a cadere non solo su beni immobili ma anche su cose mobili. Il che, sotto altro riflesso, potrebbe far dubitare della opportunità della mantenuta distinzione tra diritto di pegno e diritto di ipoteca e far riflettere sul difetto della disciplina del pegno tra i diritti reali.

Infine, dopo la mancata riproduzione dell'art. 415 Cod. Civ., stupisce di leggere nell'art. 367 n. 9 che si devono trascrivere « gli atti e le domande che interrompono la prescrizione acquisitiva della proprietà o di altri diritti immobiliari »: diritti immobiliari, che secondo l'art. 6, non dovrebbero più esistere!

Un altro difetto del progetto sta nella soppressione degli art. 421, 422, 423 e 424: norme — si noti — che, data la loro funzione, hanno ragione d'essere indipendentemente dalla distinzione tra beni mobili ed immobili: soppressione che viene giustificata colla affermazione che in luogo di risolvere ogni possibile controversia tali disposizioni le avrebbero in maggior numero suscitate.

Se, a smentire tale conclusione non bastasse l'ovvio rilievo che ogni norma interpretativa in quanto elimina un certo numero di questioni è già in sè e per sè utile; se soprattutto, trattandosi di norme presuntive un risultato utile non fosse già con ciò stesso assicurato,

sta di fatto che il voler risolvere i dubbi, che la eliminazione delle norme in questione rende ancora più gravi, con i mezzi della comune interpretazione non farà altro che suscitare un numero infinito di controversie, facendo diventar tali anche quelle che attualmente per effetto delle disposizioni in parola non esistono più! E nessuno vorrà sostenere che a questo risultato debba condurre un'opera di riforma!

Quanto all'art. 9, ripudiato il criterio della immobilizzazione per destinazione gli è stato sostituito, come sopra si è visto, quello di pertinenza.

Pertinenze — dice l'art. 9 — sono le cose che, secondo la comune opinione, sono destinate in modo permanente al servizio di un'altra cosa, ed effettivamente applicate al suo servizio.

È quest'ultima una evidente riedizione, che non diremmo migliorata, del § 97 Cod. Civ. Germ.

Come già si è rilevato per gli artt. 7 e 8, non si capisce come anche qui non sia stato espressamente avvertito che solo le cose mobili possono diventare pertinenze: precisazione quest'ultima forse anche se si vuole superflua, ma necessaria in una definizione, e tanto più in un progetto che vuole avere base dommatica!

Manca inoltre nella definizione, la nozione, accennata invece e nel § 97 Cod. Civ. Germ., e nella relazione (pag. 7) che la pertinenza conserva la sua natura ed individualità, o, come bene dice il richiamato § 97, non è parte costitutiva della cosa principale, così come, data in ispecie la soppressione dell'art. 413 e dell'art. 414, male non è stata accennata la relazione di spazio che deve intercedere tra la pertinenza e la cosa principale, su cui invece tanto a proposito insiste il § 97 citato.

Senonchè ancor più gravi e pericolosi sono i dubbi che sorgono dalla affermazione che il criterio decisivo per la determinazione del concetto di pertinenza è quello offerto dalla comune opinione. Una cosa in sostanza non è pertinenza se nei rapporti comuni non è riguardata come tale.

Ora la critica di un siffatto concetto, dal punto di vista della tecnica della legislazione, è quanto mai facile. Spetta al legislatore infatti

di porre i principi, di dettare i criteri in base ai quali una cosa debba riguardarsi come pertinenza in modo da fissare in modo preciso l'ambito del fenomeno. Il riferire invece alla comune opinione la definizione del concetto di pertinenza, il porre questo elemento come determinante del concetto di pertinenza è fare opera caduca; significa non tenere alcun conto dell'intento, pur decisivo secondo lo stesso progetto, del proprietario.

La tecnica della codificazione è cosa che va accuratamente tenuta distinta dalla tecnica della interpretazione. Dal punto di vista della interpretazione, il riferimento volta a volta alla opinione comune, all'uso normale, all'uomo medio è un elemento utile ed importante per decidere nel dubbio, se una cosa sia pertinenza o meno; ma è elemento assolutamente pericoloso ed inutile se lo si consideri come elemento costitutivo del concetto di pertinenza. È lo stesso problema che si può porre per la determinazione del concetto di cosa in senso giuridico.

Da questo punto di vista infatti il criterio della comune opinione non giova affatto alla determinazione del concetto di cosa. Che anzi può indurre invece alle più gravi perplessità, come del resto porta, ad es., nella determinazione dei concetti di cose consumabili e fungibili, dove pure, a differenza dell'esempio germanico, si è voluto fare riferimento a siffatto criterio (art. 7 e 8).

Appare infine poi assai contraddittorio che dove si è voluto abbandonare il criterio della immobilizzazione per destinazione, sotto pretesto che sarebbe fonte di gravi e numerose controversie, si sia poi accettato un criterio tanto labile, malfido, mutevole come quello rappresentato dalla comune opinione. Da questo punto di vista i criteri adottati dagli art. 413 e 414 cod. civ., anche se insufficienti e non del tutto precisi rappresentavano indubbiamente qualche cosa di meno incerto del criterio accolto dal progetto. Ce ne fornisce una riprova cruciale, decisiva, la stessa relazione (pag. 7) quando scrive che in seno della commissione è sorto il dubbio se fossero pertinenze i mobili di casa.

Ora i tanto criticati criteri accolti negli art. 413 e 414 Cod. Civ. non avevano mai autorizzato un dubbio tanto aberrante, nel mentre

essi risolvevano altresì in modo più preciso, più concreto il criterio della permanenza della destinazione, come elemento essenziale al concetto di pertinenza.

È esatto che il concetto di permanenza non implica quello di perpetuità, ma anche pur il criterio accolto nell'art. 414 2° cpv. per le cose mobili immobilitate, quello della congiunzione, era molto più corretto, meno aleatorio, più pratico, anche se meno esatto.

Criticabile da ultimo è la disposizione dell'art. 9 ult. cpv., per cui il proprietario, salvo i diritti dei terzi, potrebbe fare della pertinenza oggetto di rapporti giuridici separati e diversi dalla cosa principale.

Tutto ciò è inammissibile sotto più riflessi. Anzitutto perchè il fare della cosa pertinente oggetto di rapporti giuridici separati dalla cosa principale costituisce una aperta negazione del concetto stesso di pertinenza e di destinazione di una cosa al servizio di un'altra. E ciò sia che il capoverso incriminato significhi autonomia della pertinenza rispetto alla cosa principale, sia che implichi solo un differente regime giuridico (consistente nel sottoporre la pertinenza al regime delle cose mobili). In secondo luogo la qualità di mobile o di immobile di una cosa deve, per ovvie considerazioni, dipendere esclusivamente dalla volontà della legge, senza che il privato possa con la sua semplice volontà influire sul carattere mobiliare od immobiliare della cosa. La possibilità che una cosa che la legge considera normalmente immobile possa per volontà proprietario, sia pure consentendolo la legge, essere considerata mobile e viceversa, è troppo pericolosa. Il progetto ha qui evidentemente dimenticato che e nel diritto consuetudinario francese il concetto di immobilizzazione e nel diritto germanico e in quello comune il concetto di pertinenza sono proprio stati posti per dare — e ciò era importante specie ai fini esecutivi — una disciplina unitaria alla cosa principale ed alla pertinenza.

La disposizione dell'art. 9 ult. cpv. va dunque eliminata.

Una grave difetto del progetto sta nella mancata riproduzione, specie data la soppressione dell'art. 415, del § 96 Cod. Civ. Germ. per il quale i diritti, ad esempio una servitù, uniti alla proprietà del fondo, si hanno come parte del fondo.

Ora, specie se si ha riguardo all'art. 6 del progetto siffatto diritto potrebbe considerarsi come cosa mobile: ciò che evidentemente non è nè utile nè conveniente.

L'art. 6 del progetto risponde al desiderio di una più ampia mobilitazione delle cose, anche al fine di facilitare e moltiplicare gli scambi. Ma è principio che può dar luogo a gravi pericoli. Sotto altro aspetto poi una riproduzione, anche solo in forma esemplificativa, dell'art. 418 cod. civ. potrebbe servire ad eliminare molti possibili dubbi.

L'art. 7 definisce le cose fungibili. La definizione è troppo diffusa e tautologica. Il concetto della sostituibilità vicendevole tra le cose fungibili è implicito nell'altro che le cose fungibili vengono considerate non individualmente, ma a peso, numero ed a misura. Inoltre, nonostante l'abbondanza della definizione, difetta uno dei caratteri essenziali della fungibilità, e cioè quello della natura mobiliare della cosa fungibile. Meglio è quindi accogliere immutata la dizione, assai più semplice e completa, del § 91 Cod. Civ. Germ.

Il progetto poi, ad integrare la nozione di cosa fungibile, fa ricorso alla opinione comune; il che, come già si è detto per l'art. 9, è cosa pericolosa e dà luogo a gravi incertezze.

L'art. 8 tratta delle cose consumabili. Anche qui stranamente manca una nota caratteristica della consumabilità, che è quella della mobilità della cosa, espressamente indicata invece nel § 92 Cod. Civ. Germ.

Difettosa appare poi la definizione, per cui cose consumabili sono il danaro e quelle in cui uso importa necessariamente la trasformazione della loro sostanza. Anche qui il modello germanico che definiva cose consumabili le cose mobili il cui uso, per la loro destinazione, consiste nel consumo e nella alienazione, è stato inutilmente peggiorato.

Infatti l'aver adottato anzichè il concetto del consumo o della alienazione quello della trasformazione della sostanza della cosa, importa necessariamente la specificazione che è cosa consumabile il danaro, rispetto al quale il requisito della trasformazione della sostanza avrebbe escluso il carattere di cosa consumabile!

È strano poi che all'art. 10 si sia posta la distinzione tra frutti naturali e frutti civili senza prima aver posto, come facevano invece i

i §§ 99 e 100 del Cod. Civ. Germ., il concetto di frutti. Non approvabile ad ogni modo è la definizione di frutto naturale. Pare a noi che molto meglio si sarebbe potuto formulare tale disposizione sopprimendo l'indeterminato e pericoloso inciso « e che sia considerato tale secondo i comuni criteri economici », ed aggiungendo alla affermazione che è frutto naturale « ciò che proviene direttamente dalla cosa, vi concorra o non l'opera dell'uomo » la precisazione « in conformità della sua destinazione ». Tale determinazione, accennata nel § 99 del Cod. Civ. Germ., è certo molto più concreta dell'altra « che è considerato tale secondo i comuni criteri economici. »

Al cpv. dell'art. 10 dovrebbe dirsi « dal godimento di una cosa o di un diritto », e cioè in relazione all'art. 3.

A conclusione di questa disamina il relatore crede di poter affermare che la prima parte, contenente le definizioni, non è davvero all'altezza del modello germanico.

CAPO II

Delle cose di proprietà pubblica e di quelle di proprietà privata dello Stato e degli altri enti pubblici.

Tutt'altro che lievi sono i difetti che emergono dall'esame del capo secondo.

I più gravi si riscontrano nell'art. 11, che contiene la definizione delle cose di proprietà pubblica. Secondo questa definizione perchè le cose siano di proprietà pubblica occorre: a) che si tratti di cose immobili; b) che queste ultime appartengano allo Stato o ad altri enti pubblici territoriali; c) che abbiano l'attitudine ad usi di pubblico generale interesse.

Ora che al concetto di cosa di proprietà pubblica sia necessario presupposto quello della appartenenza della cosa stessa allo Stato od agli altri enti pubblici territoriali non è cosa affatto esatta, contraddetta fra l'altro dallo stesso progetto (art. 16). Già qui il pensiero corre subito

ai diritti reali pubblici (ad es., alle c. d. servitù di uso pubblico), di cui — ed è ben strano — non è nel progetto alcun cenno. Poteva dunque in questa sede essere, se non altro, disciplinata, la questione, che pur nella pratica ha suscitato tante controversie, della titolarità di questi diritti e della loro azionabilità in giudizio. Nè la lacuna può certo dirsi colmata dalla affermazione del relatore (pag. 11) che qui non si tratta di proprietà.

Infine è tutt'altro che pacifico il requisito dell'appartenenza delle cose che sono di proprietà pubblica allo Stato: ne è decisiva riprova il fatto che detto requisito non si trova affermato rispetto agli edifici di culto. È vero che qui la relazione (pag. 13) afferma che nell'art. 16 non vi è una dichiarazione di proprietà pubblica piena ed esplicita con tutte le relative conseguenze, e che con l'art. 16 si è solo inteso « dare agli edifici del culto la tutela che la legge dà alle cose di proprietà pubblica ».

Ma ciò, a nostro modo di vedere, non è che una differenza verbale, senza che differenze concrete sussistano fra la disciplina degli edifici di culto e le altre cose di proprietà pubblica, e non fa che confermare apertis verbis come la appartenenza della cosa allo Stato od agli altri enti pubblici territoriali non sia affatto un requisito necessario al concetto di proprietà pubblica. Nell'art. 16 si hanno infatti tutti gli effetti della proprietà pubblica senza l'appartenenza della cosa allo Stato.

Un altro non lieve difetto del progetto sta nel fatto che esso, pur dopo la definizione di che all'art. 11, non si preoccupa di stabilire quali siano le cose che appartengano allo Stato od agli altri enti pubblici territoriali, se pure una siffatta disposizione apparisse ancor più necessaria dopo che la appartenenza della cosa allo Stato era assunta a requisito essenziale del concetto di proprietà pubblica.

Era quindi necessario riprodurre e la disposizione dell'art. 427 del Codice vigente, per cui « le strade nazionali, i lidi del mare, i porti, i seni, le spiagge, i fiumi, i torrenti, le porte, le mura, le fosse, i bastioni delle piazze da guerra e delle fortezze fanno parte del demanio pubblico », e quella dell'art. 432. Pur essendo evidentemente incompleta tale elencazione offriva per lo meno un criterio per accertare la appartenenza allo Stato di determinati beni.

Ora invece una norma siffatta manca, quando proprio il sapere quali siano i beni che appartengono allo Stato od agli enti pubblici territoriali è tanto più necessario costituendo esso un presupposto del concetto di proprietà pubblica.

Altro requisito, che l'art. 11 pone come necessario al concetto di proprietà pubblica, è quello del carattere immobiliare della cosa stessa. Aggiunge qui la relazione (pag. 10) che siffatto principio è generalmente ammesso, e che d'altronde per le cose mobili la qualifica di cosa di proprietà pubblica sarebbe inopportuna, difficilmente applicabile, bastando, quando una protezione sia necessaria, speciali disposizioni protettive e vincolative.

Ognuno vede subito, a parte che non si dice quali siano o potrebbero essere siffatte norme tutelative e protettive, la fragilità e la contraddittorietà di siffatto ragionamento. Il concetto di proprietà pubblica di che all'art. 11 viene così, a nostro avviso, troppo ristretto. Lo scrivente dubita che non si debbano e non si possano ricondurre al concetto di cosa di proprietà pubblica, ad es., i quadri appartenenti alle gallerie di Palazzo Pitti, solo perchè i quadri sono cose mobili!

E certo rispetto a questi beni non si può dire inopportuna od inadatta la qualifica di cosa di proprietà pubblica!

Del resto quando per lo stesso art. 11 sono considerati beni di proprietà pubblica quelle cose che « sono destinate alla difesa nazionale » è evidente l'erroneità del principio accolto dal progetto. Aeronavi, navi, cannoni, mitragliatrici, fucili, sono, a tenore dello stesso progetto, beni mobili, ed espressamente considerati cose di proprietà pubblica. E infine chi può escludere rispetto alle altre cose che « siano dalla legge considerate come parte della proprietà pubblica » che tra esse non ve ne siano di mobili?

Quest'ultima frase poi in quanto genericamente ricomprende nelle cose di proprietà pubblica tutte quelle cose « che siano dalla legge considerate come parte della proprietà pubblica, » costituisce non solo un'evidente tautologia, ma dimostra altresì la insufficienza e la pericolosità della definizione contenuta nell'art. 11 e la pericolosità del difetto di un elenco, anche se incompleto, come quello che il

legislatore del 1865 ha fatto delle cose che facevano parte del demanio pubblico.

L'art. 13 della legge è poi, almeno in parte superfluo, data la disposizione del secondo periodo dell'art. 12. È evidente che, affermata la inalienabilità e la imprescrittibilità delle cose di proprietà pubblica il loro uso non possa essere limitato a favore di persone determinate.

Per il resto è pacifico, e risulta dalla stessa definizione dell'art. 11, che la cessazione dell'uso pubblico della cosa importa la cessazione della qualifica di cosa pubblica.

Appare infine fuori posto nel Codice Civile la dichiarazione che la cessazione della qualifica di cosa di pubblica proprietà deve essere dichiarata con decreto Reale, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio di Stato. Più opportunamente siffatte norme possono porsi in quella legge sul demanio pubblico, che lo stesso art. 11 presuppone, specie nella sua ultima parte.

D'altra parte la disposizione dell'art. 13 appare eccessiva, sol che si pensi ai relitti derivanti dalle rettifiche di strade pubbliche od alla sclassifica di materiale militare, che avviene secondo norme complicate, ma certo più sollecite del procedimento indicato dall'art. 13! Che per far cessare la qualifica di cosa di proprietà pubblica di un fucile debba occorrere tutto l'apparato di che all'art. 13 non è veramente, oggi, in un regime dinamico, come il fascista, degno di approvazione!

Questo riflesso chiarisce l'utilità di un rinvio di questa materia e della sua regolamentazione alle leggi speciali.

Per l'art. 16 sono reputate cose di proprietà pubblica gli edifici destinati esclusivamente all'esercizio pubblico del culto. La disposizione è manchevole in quanto non fa cenno del problema della appartenenza di siffatte cose.

TITOLO II

Della proprietà

CAPO I

Disposizioni generali

Al capo primo del titolo della proprietà se ne incontra subito la definizione. La relazione espone i criteri per i quali la attuale dizione dell'art. 436 è stata modificata in relazione alla trasformazione economico - sociale che il Regime Fascista ha apportato all'assetto politico ed economico della Nazione.

E che nella funzione sociale del diritto di proprietà vada ritrovata la sua giustificazione sociale e politica, è concetto cui già da tempo (ad es. per tutti Barassi. La proprietà, dispense 1919 - 1920, raccolte dallo scrivente) la nostra dottrina era arrivata, sulla base della stessa definizione dell'art. 436.

Forse, dal punto di vista tecnico, tale affermazione abbisogna di ulteriori precisazioni; ed è questo, soprattutto, l'aspetto del problema che va meglio riesaminato, anche perchè per le applicazioni concrete della norma il concetto della funzione sociale della proprietà non fornisce elementi sufficientemente concreti.

Lo scrivente non crede di approvare, così come è formulato, l'art. 19, per il quale il proprietario non può escludere l'azione o l'ingerenza sulla propria cosa da parte della pubblica autorità o da parte del terzo.

Gia per quanto riguarda il capoverso dell'art. 19, ove è contenuta la disciplina dell'atto necessitato, di cui la nostra dottrina ha già elaborato una regolamentazione conveniente, è dubbia l'utilità, trattandosi di ipotesi particolarissime, ed in genere eccezionali, di una norma gene-

rale, in ossequio al principio che il legislatore deve preoccuparsi solo dell' id quod plerumque accidit.

Inoltre la formulazione generale accolta nell' art. 19 cpv., e per la quale il diritto esclusivo, come riafferma l' art. 18, del proprietario nei riguardi dei terzi, è gravissimamente limitato, in base a concetti oltremodo indeterminati e vaghi, come quelli di attualità o di imminenza del pericolo, o come quello che il danno minacciato al terzo sia superiore al pregiudizio che si arreca al proprietario, è quanto mai pericolosa.

Ora dal punto di vista della tecnica giuridica val meglio anzichè porre norme di questo genere, pericolose per il loro carattere di generalità, inapplicabili praticamente per la loro estrema vaghezza ed indeterminatezza, relative ad ipotesi del tutto eccezionali, tacere, lasciando alla dottrina il compito di definire l'atto necessitato e al magistrato di apprezzare, volta per volta, con il sussidio dei principi generali e della sua prudenza, se l'atto necessitato sia o meno illecito. Si tratta per lo più qui di situazioni eccezionali, variabili da caso a caso, e per le quali norme generali forse non servono.

Infine ognun vede come attraverso la estrema vaghezza dei limiti indicati dall' art. 19 cpv. possa essere lecito a chiunque di violare il diritto di proprietà, affermando di avere ritenuto che il danno minacciato fosse imminente, attuale, superiore al pregiudizio che si arreca al proprietario, nel mentre attraverso quest' ultimo criterio qualsiasi proprietario potrebbe respingere l'ingerenza del terzo attraverso una sua speciale valutazione del pregiudizio.

Ora tutto ciò nè risponde alle esigenze di soluzioni immediate, necessarie in caso di pericolo urgente, immediato, nè risponde alle esigenze della affermata esclusività del diritto di proprietà; quest' ultima infatti è meglio e più efficacemente tutelata, escludendo in linea di principio ogni ingerenza aliena, che non ammettendo una ingerenza, che, giustificabile e non respingibile in circostanze eccezionali, può attraverso vaghi e mal definiti limiti minare il principio essenziale della esclusività. Ciò che qui equivarrebbe alla pratica eliminazione del diritto di proprietà.

Quanto alla prima parte dell' art. 19 essa è superflua. Già per l' art. 18 la proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa in modo

esclusivo in conformità ai limiti imposti dalla legge e dai regolamenti. Il proprietario pertanto non può escludere o respingere l'azione o la ingerenza sulla propria cosa da parte dell'autorità pubblica quando essa sia determinata: a) da un interesse generale; b) e sia esercitata nei casi e con le forme prescritte dalla legge.

Dopo ciò questa parte della disposizione appare una inutile ripetizione del concetto già contenuto nell'art. 18 cpv.

Il relatore ha voluto giustificare la prima parte dell'art. 19 con la ipotesi in cui la pubblica autorità disponga la coltivazione di vaste tenute lasciate incolte da proprietari neghittosi senza alcuna giustificazione, e soggiunge: « in un regime di produttori come quello fascista un simile fenomeno non può essere tollerato ».

Tutto ciò è dal punto di vista economico e politico esatto ed approvabile. Solo è da rilevare che il regime fascista ha già, anche in difetto di una legge apposita, impedito simili atteggiamenti, che del resto, come la pratica dimostra, e come ha dimostrato l'esperienza di guerra, che ci ha dato appunto l'esempio di una norma siffatta, sono del tutto eccezionali e sporadici.

Basta dunque formulare, ove occorra, una legge speciale, la quale autorizzi, in caso di ingiustificato abbandono dei fondi, l'autorità pubblica ad intervenire, in conformità dell'art. 18 cpv.

In sostanza: la ingerenza del terzo o della pubblica amministrazione — possibile, ma assolutamente eccezionale, se si vuol mantenere il carattere esclusivo del diritto di proprietà, e cioè la proprietà stessa — non possono e non devono essere generalizzati. Deve sempre trattarsi di eccezioni, e come tali considerate e trattate. Altrimenti si corre il rischio di mettere in pericolo il diritto di proprietà come diritto di godere in modo esclusivo, o di ridurre il suo contenuto ad una mera apparenza.

Infine: l'ammettere l'ingerenza del terzo o della pubblica amministrazione in base a concetti arbitrari o di difficile e controvertibile valutazione come quelli della attualità ed imminenza del pericolo o della proporzionalità del danno col pregiudizio, è cosa quanto mai pericolosa, ed affidare in questa delicatissima materia al prudente criterio discrezionale del giudice la valutazione del diritto o meno del proprietario

di respingere l'ingerenza del terzo è questione che ci lascia molto, molto perplessi.

D'altra parte, già lo si è rilevato, praticamente l'ingerenza del terzo può sempre e facilmente essere respinta in quanto il proprietario ritenga che il danno minacciato al terzo sia inferiore al pregiudizio a lui accennato. Il terzo del resto se può, solo forse, valutare nel momento in cui si ingerisce nella cosa il pericolo che lo minaccia non è per lo più in grado di valutare il pregiudizio che arreca al proprietario, e di stabilire quel criterio di proporzione che secondo l'art. 19 cpv. legittima l'ingerenza. Si che delle due l'una: o sarà sempre facile al proprietario di respingere l'ingerenza del terzo, ovvero, *e ciò è ancora molto più grave*, sarà sempre facile al terzo di esercitare una ingerenza illecita ed indebita sulle proprietà altrui.

L'art. 21 del progetto deve essere coordinato, come si dirà anche più oltre, col n. 1 dell'art. 367. Inoltre la sua attuale dizione appare suscettibile di notevole miglioramento.

Il 1°, 2° e 3° cpv. potrebbero, a nostro avviso, con vantaggio della chiarezza, essere così formulati: « il possessore della cosa che abbia cessato di possederla dopo la trascrizione della domanda giudiziale o che abbia cessato di possederla prima della notificazione della domanda in modo doloso, è tenuto a ricuperare la cosa a spese proprie per farne restituzione al proprietario e se ciò non sia possibile a pagarne il valore, oltre al risarcimento del danno ».

All'ultimo cpv. dell'art. 21 invece di dire: « o, se la cosa sia diminuita di valore, il minor valore ricuperato » si dovrebbe dire « se la cosa sia diminuita di valore, il suo minor valore al momento del ricupero ».

L'art. 22 ci sembra del tutto superfluo. Non ci sembra poi approvabile il principio che per l'esercizio dell'azione negatoria non basti che il terzo vanti un diritto sulla cosa altrui ma occorre che egli turbi il diritto del proprietario, mettendo in attuazione la propria pretesa.

Anche il solo vantare un diritto inesistente sulla cosa altrui può nuocere alla certezza del diritto ed al proprietario della cosa stessa.

Il primo capoverso dell'art. 22 è evidentemente superfluo, dato il principio dell'onere della prova, ed il principio della elasticità del diritto di proprietà.

L'ultimo cpv. dell'art. 22 è in contrasto colla relazione. Mentre in quest'ultima (pag 22) si dice che può aggiungersi anche la condanna del convenuto ai danni quando risulti che egli abbia agito in mala fede, quest'ultimo requisito non risulta affatto dall'ultimo capoverso dell'art. 22.

Quest'ultima disposizione può inoltre dirsi superflua. Ove il terzo si sia semplicemente limitato a vantare un diritto sulla cosa la condanna ai danni è, in base alle stesse premesse della relazione, che esige per la condanna ai danni la mala fede, assolutamente inammissibile.

Dove invece sia intervenuto un esercizio del diritto vantato contro la volontà del proprietario, ed allora il titolo per i danni si ritrova già nell'art. 1151 del Codice vigente.

CAPO II

Della proprietà dei beni immateriali

Il capo secondo disciplina la proprietà sui beni immateriali. L'art. 23 cpv. è superfluo in relazione all'art. 3 del progetto.

CAPO III

Della proprietà fondiaria

L'art. 25 pone il principio che la proprietà del suolo importa quella di tutto ciò che è piantato o costruito sul suolo. Tuttavia dato che anche il progetto, all'art. 94, sancisce la duplice presunzione di appartenenza al proprietario delle opere fatte sopra o sotto il suolo, e che siano state fatte a sue spese (art. 448 Cod. Civ.), sarebbe stato forse più esatto, anche per eliminare una possibile antinomia tra le due disposizioni, porre all'art. 25 p. p., come fa del resto il codice vigente, la sola presunzione di che all'art. 448 cod. civ., e formulare conseguentemente la disposizione come segue: « la proprietà del suolo importa quella di tutto ciò che è piantato o costruito sul suolo, salva la prova contraria ».

Per quanto riguarda la salvezza dei diritti spettanti ai terzi il relatore (pag. 23) avverte che « tali diritti possono essere non soltanto reali, come per esempio una servitus altius non tollendi, ma anche dipendenti da un rapporto obbligatorio, come per es. dall'avere il proprietario dato in locazione ad altri il proprio suolo ».

L'erroneità della affermazione è evidente, sol che si pensi che si verrebbero così ad attribuire effetti reali anche ai semplici rapporti obbligatori. Che se l'affermazione volesse semplicemente dire che i diritti spettanti ai terzi vanno rispettati ed allora la superfluità del principio è evidente.

Lo scrivente non condivide il principio del divieto degli atti emulativi. E ciò non tanto perchè in sè e per sè il principio non possa essere accettato, quanto perchè non può ragionevolmente presumersi e non può facilmente constatarsi la base stessa del divieto: e cioè l'inutilità dell'opera. La relazione parla di accertamento obiettivo (pag. 24); ma è evidente che o in questo accertamento obiettivo si tiene largo conto dei motivi individuali ed allora l'accertamento della inutilità, tanto più che il divieto prescinde dall'*animus aemulandi*, sarà per lo meno estremamente difficile; ovvero non si tien conto di tali motivi, ed allora si ha una grave limitazione del diritto di proprietà.

Contrari ci trova altresì la formulazione dell'art. 27. A nostro modo di vedere si può utilmente sopprimere la espressione « nei limiti richiesti dalla utilizzazione del fondo secondo la sua destinazione ».

Il compito di determinare i confini del diritto della proprietà verticalmente è meglio assolto e con maggior profitto per la pratica dalla dottrina. E del resto è cosa nota ormai che il concetto di un diritto di proprietà *usque ad sidera et usque ad inferos* non è che un modo enfatico di esprimere l'ampiezza del diritto del proprietario, ed è stato ripudiato alla unanime dottrina nostra e straniera.

Se una precisazione nel senso qui affermato si volesse poi scrivere nel codice crediamo che migliore dizione sia quella accolta nel § 905 del Codice Civile Germanico, mentre il criterio ivi adottato per determinare i confini del diritto del proprietario è più esatto e concreto di quello accolto dal progetto.

La Commissione invece, forse suggestionata dal notevole successo che la formula jheringhiana ha incontrato nella nostra dottrina, ha voluto sancire legislativamente il principio dell'interesse pratico, secondo la formula dello Jhering, dimenticando che se questo può essere un buon criterio di interpretazione, non rappresenta per contro dal punto di vista della tecnica legislativa un efficace e preciso criterio di determinazione dei limiti del diritto.

Senonchè anche qui il progetto ha inutilmente peggiorato il modello svizzero, quando con l'intento di meglio precisare, ha voluto affermare che l'interesse pratico deve intendersi nei limiti della utilizzazione del fondo secondo la sua destinazione.

Tutto ciò costituisce una inutile e pericolosa limitazione del diritto del proprietario.

Anzitutto i concetti di utilizzazione del fondo e di destinazione possono dar luogo a varie divergenze di interpretazione, con il pericolo di gravi limitazioni dei diritti del proprietario. In secondo luogo il proprietario potrebbe impedire gli atti dei terzi solo in relazione alla attuale utilizzazione del fondo ed alla sua attuale destinazione: col che però si impedisce la difesa di una diversa futura destinazione od utilizzazione. Il che non solo è dal punto di vista del diritto di proprietà inammissibile, ma altresì inconciliabile con il concetto di interesse pratico.

Pare allo scrivente pertanto che sarebbe miglior consiglio adottare la formula del § 905 del Codice Germanico per cui « il proprietario non può vietare azioni che vengano esercitate a tale altezza o profondità che egli non abbia alcun interesse ad escluderle ».

Il cpv. dell'art. 27 impone al proprietario del suolo di tollerare che altri compia nello spazio soprastante atti meramente temporanei quando essi non ledano in nessun modo il suo interesse.

La disposizione, data la prima parte dell'art. 27, è superflua, ove essa non costituisca che una riaffermazione del principio dell'interesse pratico, ma è inammissibile e sommamente pericolosa quando implichi la possibilità di occupazioni anche temporanee dello spazio aereo.

Il progetto vuol giustificare la disposizione, con l'affermazione tutt'affatto generica, ed anche assai poco chiara, che occorre secondare le iniziative utili (pag. 26).

Ma, anche ammettendone in astratto la possibilità, si tratta pur sempre di ipotesi d'eccezione, che non conviene legislativamente definire.

In sostanza: se, secondo le finalità assegnate al diritto di proprietà dalla Carta del lavoro, questo istituto si vuole mantenere, esso deve conservare il suo carattere prevalente ed essenziale: quello della esclusione dei terzi. Appunto questo carattere conferisce al proprietario il potere di escludere i terzi dalla cosa, in modo che ogni eventuale intrusione od ingerenza dei terzi rappresenti sempre e necessariamente una eccezione. Invece il progetto ha fatto di tutto per dare alla ingerenza del terzo l'apparenza, se non altro, di una larga possibilità, disciplinando in modo generale ipotesi che sono solo eccezionali: ciò che equivale a mettere il proprietario nella continua necessità di respingere l'intervento del terzo: ciò che sminuisce il concetto stesso di proprietà.

Per quanto riguarda l'art. 28 il cpv. ci sembra superfluo in relazione all'art. 18 cpv.

Lo stesso appunto si deve muovere all'art. 29 riguardante l'uso ed il godimento dei boschi e delle foreste.

Altrettanto dicasi del principio della minima unità culturale che pur rappresentando un principio utile, che già fa parte della nostra legislazione, trova già la sua disciplina nelle leggi speciali.

L'art. 31 del progetto riguarda il divieto di immissione. Qui il nostro progetto ha seguito la falsariga del § 906 del Codice Civile Germanico, che per altro meglio garantiva i diritti del proprietario.

Infatti quella disposizione richiedeva che l'immissione non pregiudicasse affatto o pregiudicasse solo leggermente il godimento del fondo del proprietario, seppure una maggiore larghezza fosse ammessa per l'ipotesi che il godimento ad uso industriale dell'altro fondo fosse comune ai fondi in quel modo situati. In tal modo la condizione del proprietario del fondo, che deve subire l'immissione, è resa meno gravosa di quella ora risultante dall'art. 31 pel quale il divieto di immissioni oltre i limiti del cosiddetto uso normale della propria cosa e purchè non impedisca l'uso normale del godimento dell'altro fondo, è o insufficiente, o fonte di infinite controversie.

È noto che il criterio dell'uso normale è stato introdotto nella nostra dottrina dal Bonfante, senza che esso avesse una base positiva

nella legge. Il criterio dell'uso normale è in sostanza un criterio politico-sociale di interpretazione; ma non un efficace ed esatto criterio per determinare il divieto di immissione. Del resto che il criterio dell'uso normale non rappresenti un criterio sufficiente, una guida sicura per il giudice, ha riconosciuto lo stesso progetto, quando, dopo avere posto quel principio, si è trovato nella necessità di dare ulteriori norme per la valutazione della normalità dell'uso (pag 30). Ora siffatte norme che, in sostanza, si rimettono quasi completamente a quello che è il prudente arbitrio del giudice, stabiliscono, tra l'altro, che si deve tener conto delle esigenze e delle necessità dell'industria, temperandole con i riguardi dovuti al diritto di proprietà. In sostanza, come si vede, un criterio sicuro manca, sì che miglior consiglio ci sembra quello di adottare il principio accolto dal Codice Civile Germanico, per cui, in caso di conflitto, l'attività del vicino è sempre lecita quando sia il prodotto di un godimento dell'altro fondo che, secondo le condizioni locali, sia per i fondi in tal modo situati comune.

Si tratta, cioè, come del resto è stato parecchie volte giudicato dalla nostra giurisprudenza, di tenere conto delle condizioni d'ambiente, con la conseguenza, ad es., che l'impianto di un opificio industriale e le sue immissioni sono naturalmente più tollerabili in una zona a carattere industriale, e non, eventualmente, in una zona a carattere artistico.

È unicamente sotto questo profilo che può accogliersi anche il criterio della priorità di un determinato uso rispetto alle proprietà vicine; criterio che ci pare assai equo, in quanto elimina le eventuali speculazioni dei successivi proprietari, che magari hanno, appunto per la presenza dell'opificio industriale, acquistato a basso prezzo il fondo, nel mentre, dato il suo carattere facoltativo (« può »), è sufficientemente elastico per non sacrificare, dato il principio che la immissione non deve impedire all'altro proprietario l'uso del suo fondo, totalmente l'altro proprietario.

Assolutamente contrari ci trova la disposizione dell'art. 32 relativa alla caccia.

È apparso alla commissione (pag. 31) che la formulazione negativa accolta nell'art. 32 p. p. sia sufficiente alla tutela della proprietà: ciò non è invece esatto, soprattutto in pratica.

Il proprietario di un fondo colto od incolto, soggetto o non a coltura, ha pur sempre il diritto di impedire a chicchessia di introdursi nel suo fondo non solo per esercitare la caccia ma per esercitarvi qualsiasi altra attività. Ne v'è una ragione al mondo perchè il cacciatore, per tale sua sola qualità, possa introdursi nei fondi altrui quando in genere gli altri non vi si possono introdurre.

Che per avere diritto di introdursi nei fondi dei terzi i cacciatori debbano conformarsi alle prescrizioni dettate dalle leggi sulla caccia, è poi cautela assolutamente insufficiente, perchè la tutela del diritto di proprietà è una cosa ben più importante che la tutela di un divertimento. D'altra parte è evidentemente iniquo e poco pratico che per escludere i terzi dal proprio fondo il proprietario deve assoggettarsi a enormi spese, come la costruzione di muri o di cinte o la apposizione delle paline, tanto più che oggi la apposizione delle paline di per sè non equivale a divieto di ingresso sul fondo.

Col regolamento divisato dal progetto si viene dunque a mettere il proprietario del fondo in una posizione di assoluta inferiorità rispetto al cacciatore. Ciò tanto più in quanto è abbastanza difficile determinare quando il fondo adibito a coltura si trovi o meno in istato di sospensione delle colture, mentre è anche da rilevare che quando una muta di cani o di cavalli è lanciata è ben difficile che essa o i cavalieri si arrestino proprio in tempo di fronte ad una coltura! Dal punto di vista poi del proprietario è assolutamente inammissibile che esso possa opporre il divieto generale di esclusione che gli deriva dal suo diritto solamente a quei terzi che non siano debitamente autorizzati all'esercizio della caccia dalle pubbliche autorità.

Bisogna pensare che un tale diritto di controllo il proprietario può difficilmente esercitare, che esercitandolo corre spesso dei rischi, nel mentre, dal punto di vista del cacciatore, tale controllo può intralciare così gravemente la attività venatoria da renderne oltremodo difficile l'esercizio.

Meglio è dunque non intaccare il diritto assoluto che il proprietario di un fondo aperto o incolto ha in ogni caso di escludere chiunque dal suo terreno, voglia il terzo cacciare o meno: il che finora, in pratica, non ha dato luogo a difficoltà.

Del resto l'iniquità del divieto di escludere i cacciatori dal fondo risulta dal fatto stesso che in ogni caso il cacciatore deve i danni arrecati al fondo. E allora come può una tale attività permettersi una volta che ne è riconosciuta implicitamente la illegittimità?

Le stesse considerazioni valgono rispetto all'art. 33 che disciplina la pesca. Qui poi la contraddizione intima della norma è anche più evidente in quanto, dopo aver affermato il divieto di pesca in difetto di permesso del proprietario o possessore, si finisce per equiparare a tale consenso la autorizzazione a pescare da parte della pubblica autorità!

Il diritto di ritenzione che l'art. 34 concede al proprietario del fondo a garanzia del risarcimento dei danni prodotti dalla cosa, dall'animale che si trovino sul fondo altrui o dalla stessa ricerca costituisce certo una garanzia utile, dato, in specie, il notevole allargamento che l'art. 34 rappresenta rispetto all'art. 713 cod. civ.

Solo ci sembra che, in pratica, la disposizione possa essere fonte di litigi tanto pericolosi quanto, e più spesso, sforniti di adeguato contenuto economico.

All'art. 35 può forse apparire superflua la dizione « senza che possa dal vicino opporsi la prescrizione », dato che il diritto di chiudere il proprio fondo è un diritto jure proprietatis, e come tale imprescrittibile, indipendente dell'esercizio del diritto. Ciò nonostante non è il caso di sopprimerla. Piuttosto è il caso di rilevare che è dubbio che la dizione « il proprio fondo » usata dal progetto significhi che, oltre al proprietario e l'enfiteuta, anche l'usufruttuario, *ecc.*; possa chiudere il *proprio fondo*!

Bene è regolata all'art. 36 l'azione di regolamento dei confini, al qual fine bene è ammesso ogni mezzo di prova.

Il riferimento alle mappe catastali come criterio obbligatorio per il giudice in caso di incertezza sembra, dato lo stato attuale del catasto italiano, piuttosto pericoloso, anche come semplice criterio decisorio in via sussidiaria. Esso potrebbe accogliersi solo se nelle disposizioni transitorie per la applicazione del codice si prescrivesse che dentro un lasso di tempo da determinarsi, dopo la pubblicazione del codice, ogni proprietario che non ritenga esatta la mappa può proporre alla conservazione del catasto il reclamo. Certo però a tale scopo non servono

le norme transitorie accolte nel progetto come appendice al titolo delle trascrizioni, riprodotte dal progetto Scialoja del 1910.

È evidente infatti l'insanabile contrasto tra la affermazione dell'art. 1 di siffatte norme transitorie: « la mappa fa fede dei confini sino a prova contraria » e la affermazione dell'art. 36 per cui per la determinazione dei confini è ammesso ogni mezzo di prova, e solo in caso di incertezza, dopo raccolte tali prove, il giudice deve attenersi al confine designato dalle mappe catastali !

CAPO IV

Dei limiti della proprietà fondiaria e del diritto di vicinato

Il capo IV, diviso in quattro sezioni, tratta nella prima sezione, dell'uso e del godimento delle acque private.

Nessuna osservazione si deve formulare sull'art. 38, che ha veramente migliorato la saggia disposizione dell'art. 536 del codice vigente. Un solo rilievo può farsi nel senso che era forse utile specificare anche nella relazione (pag. 34) che l'obbligo del proprietario del fondo inferiore di ricevere anche tutto ciò che dalle acque stesse viene trasportato è limitato solo a tutto ciò che naturalmente le acque trasportano, escludendo così che lo scolo naturale delle acque serva al proprietario del fondo superiore per il trasporto sul fondo inferiore di acque luride, ecc. ecc. Il dubbio ci pare però escluso dalla stessa dizione dell'art. 38 dove si parla di scolo naturale e si esclude il concorso dell'opera dell'uomo. Per quanto riguarda la nuova disposizione dell'art. 39 lo scrivente non ha eccezioni da sollevare in via di massima.

Fa piuttosto osservare che a favore dei proprietari dei fondi inferiori anzichè stabilire una indennità a carico del proprietario del fondo superiore si sarebbe, forse più utilmente, potuto stabilire il diritto, almeno in linea generale, di pretendere dal proprietario del fondo superiore l'esecuzione di tutte le opere che sono necessarie a far sì

che sia eliminato ogni danno per il fondo inferiore, che derivasse dallo scolo della nuova sorgente.

Solo quando o siffatte opere non fossero possibili o fossero troppo costose o con esse non si riuscisse ad eliminare ogni danno al fondo inferiore, l'indennità prevista dall'art. 39 p. p. dovrebbe essere corrisposta.

Quanto al criterio della compensazione del danno arrecato dal nuovo scolo con il vantaggio prodotto dal nuovo deflusso esso non è in linea astratta da riprovare. Conviene però far presente che esso può dar luogo a notevoli difficoltà pratiche, specialmente in relazione all'ipotesi che lo svantaggio non sia attuale, ma futuro. Il punto dovrebbe essere precisato meglio. È bene rilevare che ha questo proposito il progetto non fa menzione della attribuzione di parte dell'indennità al locatario, come è proposto invece all'art. 43. Il che è una riconferma dell'assurdità della minorazione in quest'ultima disposizione contenuta.

L'art. 40 nella prima parte riproduce l'art. 537 del Codice vigente.

È da notare che mentre per il vigente art. 537 i proprietari danneggiati o minacciati possono provvedere alle riparazioni occorrenti « a proprie spese », tale menzione è stata ora soppressa, sì che anche a questa ipotesi è applicabile pienamente l'art. 42 del progetto (art. 539 Cod. Civ.). E per vero che i proprietari minacciati o danneggiati dovessero fare a proprie esclusive spese le riparazioni o costruzioni occorrenti, anche se utili al proprietario del fondo, appariva meno conveniente di fronte allo stesso disposto dell'art. 539 Cod. Civ. A tal fine la dizione dell'art. 42 va modificata, nel senso che i proprietari debbono essere tenuti a contribuire proporzionalmente alle spese non solo nelle ipotesi di conservazione delle sponde e degli argini o di rimozione degli ingombri, ma nella ipotesi altresì di costruzione degli argini.

Altrimenti il coordinamento tra le disposizioni degli artt. 40-42 che la relazione (pag. 35) espressamente prevede, non troverebbe corrispondenza nella disposizione legislativa.

Naturalmente nel calcolare il contributo che il proprietario del fondo su cui esistono gli argini è tenuto a dare, deve tenersi conto a suo favore del valore del terreno necessario per la costruzione degli

argini e del peso costituito dalle servitù accessorie, a norma del vigente art. 639.

Per lo stesso principio, e pur lasciando invariata la dizione attuale per cui « devono le opere eseguirsi in modo che il proprietario del fondo non subisca danno, eccettuo quello temporaneo per la esecuzione delle opere stesse », dovrebbe essere ammessa a favore del proprietario la rifusione del danno, anche temporaneo, che l'esecuzione delle opere stesse importa. Merita lode l'innovazione contenuta nel secondo capoverso dell'art. 40, per il quale « se la distruzione degli argini o la variazione del corso delle acque siano dovute al fatto del proprietario deve questi provvedere prontamente, e, rifiutandosi, possono provvedervi gli altri a spese di lui ».

Deve però precisarsi nel testo della disposizione, secondo del resto accenna anche la relazione (pag. 35), che anche in questa ipotesi occorre l'intervento dell'autorità giudiziaria. Il dire invece che « possono provvedervi gli altri a spese di lui » può dare l'impressione, specie sul riflesso che nel capoverso non è riprodotta la dizione, « ottenuta in via d'urgenza l'autorizzazione del Pretore » usata nell'art. 40 p.p., che il ricorso dell'autorità giudiziaria non sia necessario. E ciò tanto più in quanto l'omissione del ricorso all'autorità giudiziaria sarebbe tra l'altro giustificata dal fatto che nell'ipotesi dell'art. 40 cpv. vi è in più, rispetto alla ipotesi contemplata nell'art. 40 prima parte, il fatto che la distruzione degli argini è avvenuta per fatto del proprietario. Questa considerazione fa sì che, mal si capisce, almeno se si tenga fede alla relazione (pag. 35), come mentre rispetto all'ipotesi dell'art. 40 p. p. gli altri proprietari possono ottenere l'autorizzazione al ripristino o alla costruzione in via d'urgenza dal Pretore, la stessa procedura non debba essere osservata nell'ipotesi, a nostro avviso, più grave dell'art. 40 cpv., rispetto al invece quale la relazione prevede l'esperimento, normalmente, dell'azione giudiziaria ordinaria!

In relazione a queste osservazioni l'ultima parte dell'art. 40 cpv. dovrebbe essere formulata così: « possono chiedere in via d'urgenza al Pretore il ripristino a spese del proprietario dello stato di fatto ».

Questi ultimi riflessi si appalesano anche più evidenti rispetto all'ipotesi dell'art. 41, che riproduce il vigente art. 538. Qui, anzi, in

quanto si tratta di togliere un ingombro formatosi in un fondo o in un fosso, rivo, colatoio ed altro alveo, specie se ciò sia avvenuto per colpa di un proprietario, si potrebbe senz'altro autorizzare gli altri proprietari a provvedere immediatamente a togliere l'ingombro, tenuto presente che in questa ultima ipotesi i pericoli di una azione immediata, dell'esercizio privato del diritto, sono molto minori, che la necessità di un intervento immediato è evidente, e che la spesa è relativamente esigua.

Gli artt. 43, 44 e 45 del progetto riproducono, sostanzialmente immutate, le disposizioni degli artt. 540, 541 e 545 del vigente codice. L'unica modificazione, che non può assolutamente approvarsi è quella accolta nel secondo capoverso dell'art. 43 (art. 543 cod. civ.).

Per l'art. 545 del codice vigente i compensi dovuti a norma dello stesso sono devoluti al proprietario del fondo superiore.

Invece il progetto e la commissione hanno ritenuto che siffatto compenso dovesse spettare anche al possessore del fondo superiore; « in quanto — scrive il relatore (pag. 36) — per esempio, se il fondo sia stato locato senza limitazione per l'uso dell'acqua è giusto ed opportuno che il compenso sia dovuto al locatario, sia perchè anche l'acqua costituisce un frutto del fondo, sia perchè in tal caso il locatario sarebbe stimolato a non sciupare inutilmente l'acqua stessa ».

Ambedue queste giustificazioni però non ci sembrano convincenti. Anzitutto l'acqua anzichè un frutto del fondo è parte del fondo. In secondo luogo lo sciupio dell'acqua può essere ugualmente evitato dallo stesso proprietario del fondo superiore che, avendo diritto a un compenso per i residui, ha evidentemente tutto l'interesse che il locatario non sciupi inutilmente l'acqua.

La attribuzione di un compenso al locatario a danno del proprietario rappresenta così una inutile, ed ingiustificata violazione dei diritti del proprietario.

L'art. 46, che non trova riscontro nel codice vigente, e trae origine dall'art. 708 del Codice Svizzero, è una di quelle disposizioni in cui si bene e concretamente estrinseca il principio della funzione sociale della proprietà.

Qui il principio della funzione sociale, che giustifica la obbligatorietà del consorzio, ci suggerisce i limiti e i presupposti della disposizione. Anzitutto — e questa è una diretta conseguenza del principio della funzione sociale della proprietà — la obbligatorietà del consorzio è giustificata solo se l'uso separato di più acque vicine, alimentate dalla medesima falda sotterranea, dia una utilità minore che l'uso in comune: dove però è utile altresì specificare non solo che, nel determinare la maggiore utilità dell'uso comune rispetto all'uso singolo va tenuto conto delle spese di impianto e di manutenzione delle opere, ma inoltre che l'utilità ritratta dall'uso in comune deve rappresentare un vantaggio notevole rispetto all'uso singolo. Ove si trattasse di un vantaggio relativo, modesto, miglior consiglio sarebbe quello di evitare un consorzio, che può sempre essere facile fonte di gravi litigi, che renderebbero sterile il fine propostosi dalla norma de qua.

Occorre inoltre precisare, ai fini del calcolo degli interessi per stabilire la maggioranza, che questo interesse va calcolato in relazione alla quantità dell'acqua attualmente goduta da ciascuno dei proprietari, prima del consorzio.

Nessuna sostanziale osservazione è da fare rispetto agli artt. 47, 48, 49, del progetto, corrispondenti sostanzialmente agli artt. 543, 544 e 578 del Codice Civile.

Innovando sull'art. 578 l'art. 50 assegna l'indennità in questa ipotesi « a colui che sopporta la diminuzione del proprio diritto », « per compendervi — dice la relazione (pag. 38) — sia il caso che i proprietari danneggiati siano più di due, sia il caso che danneggiati siano anche l'enfiteuta, l'usufruttuario, l'affittuario od altri, non essendo altrimenti giusto che l'indennizzo sia corrisposto al solo proprietario mentre maggior danno potrebbe aver risentito, per esempio, l'affittuario per non avere potuto più avere l'acqua necessaria per la coltivazione da lui adottata ed eventualmente con grandi spese di impianto ».

Siffatta innovazione non ci trova consenzienti. Già non è affatto provato anche ammettendo i criteri cui si è ispirato il relatore, che il danno possa essere solo dell'affittuario, mentre il progetto neppure si è preoccupato dei criteri e dei modi di riparto dell'eventuale indennità tra il proprietario e gli altri c. d. aventi diritto all'indennità.

Ma soprattutto deve rilevarsi che qui si tratta di controversia che riguarda solo il diritto di proprietà, e che il danno è solamente del proprietario, il quale solo è legittimato alla controversia. Da questo punto di vista è infatti contraddittorio che si parli di « controversia fra i proprietari a cui un'acqua può essere utile » e si ammetta un diritto di indennità a favore di chi non è proprietario, che, non potrebbe neppure, per difetto di legittimazione; intervenire nel giudizio! Siffatta contraddizione è la migliore conferma della nostra critica.

Infine il danno è risentito solo dal proprietario anche in caso di locazione, perchè per effetto della diminuzione del suo diritto egli potrà locare il fondo solo ad un prezzo minore. Dopo ciò è evidente come l'affittuario per gli eventuali danni o minor godimento della cosa locata possa avere azione solo verso il proprietario a norma dell'art. 1577, non senza rilevare, sempre nei riguardi dell'affittuario, che le eventuali grandi spese di impianto per una determinata coltura non solo possono in gran parte essere ammortizzate — e l'eventuale rischio deve essere sopportato dall'affittuario — ma che esse possono altresì costituire dei miglioramenti, per i quali il proprietario può essere tenuto ai compensi. Si che, oltre ad una maggiore complicazione dei rapporti, il progetto porterebbe ad una vera e propria iniquità.

La realtà è che da questo punto di vista il progetto presenta una ingiustificata tentenza (per l'enfiteuta e per l'usufruttuario la cosa si pone sotto diverso aspetto) a favorire l'affittuario a scapito del proprietario.

Queste critiche sono anche più evidenti rispetto all'altra disposizione che autorizza il giudice a « compensare altrimenti i danni coi vantaggi ». Ammessa la possibilità di un indenizzo a favore dell'affittuario è evidente come possa che un vantaggio transitorio dell'affittuario eventualmente si possa compensare con un danno permanente del proprietario e viceversa: il che è assurdo.

La realtà è che qui il progetto ha fatto una pericolosa confusione tra i diritti reali in conflitto, e che concernono solo i proprietari, ed i rapporti personali e interni, tra il singolo proprietario e l'affittuario. Tale confusione, oltre che inammissibile in diritto, non riesce che a complicare i rapporti tra le varie parti.

È invece molto più esatto, semplice e logico che solo al proprietario spetti la indennità per la diminuzione del proprio diritto, salvo l'obbligo in quest'ultimo a compensare norma dell'art. 1577, all'affittuario il minor uso della cosa locata.

Così solamente i rapporti sono chiari e limpidi.

La sezione seconda tratta delle costruzioni, piantagioni e scavi e delle distanze relative.

La relazione, specialmente in questa parte numerosi, direi quasi continui, riferimenti ai codici dell'America latina (Codice Brasiliano, Codice Messicano, Cileno, ecc.) a dimostrare la opportunità di questa o di quella modifica. Ora, pur non mettendo in dubbio che specie per la redazione di un codice nuovo il diritto comparato rappresenti un notevole sussidio, è per altro vero che siffatto sussidio, per essere utile, presuppone analoghe situazioni di fatto, esigenze più o meno simili, un assetto politico, economico, territoriale, consono al nostro, uniformità di clima, di ordinamento per l'agricoltura, ecc. ecc.

Il riferimento pertanto ai codici dell'America latina, ispirati ad esigenze ed ad ordinamenti della proprietà fondiaria, assolutamente diversi dai nostri, è pertanto, il più delle volte, fuor di proposito.

A prescindere da ciò, ci ha vivamente sorpreso la disposizione dell'art. 62 per la quale le distanze fissate dal codice per le costruzioni, per l'apertura di pozzi, cisterne, canali, fossi, tubi, camini, forni, stalle ecc., non possono essere ridotte neppure per convenzione tra vicini.

La relazione giustifica il divieto invocando (pag. 42) il carattere di ordine pubblico delle distanze in questione. Ora se pure si deva riconoscere la sussistenza di un interesse pubblico, in quanto le distanze hanno tratto ad esigenze di carattere igienico e di estetica edilizia, non deve però neppure dimenticarsi che allo stesso interesse non possono non ispirarsi le convenzioni tra i privati. Dove pertanto le convenzioni tra le parti escludano ogni danno e rispettino quello stesso interesse pubblico, che si vuole tutelato con le distanze, il divieto assoluto posto dell'art. 62 non ha ragione d'essere. Si potrebbe dunque disporre che le convenzioni private contemplate dall'art. 62 debbano essere approvate dalle autorità amministrative a norma dei regolamenti locali, una volta constatato che nessun danno ne può venire alla pubblica igiene.

La deroga vietata dall'art. 62 non rappresenta poi un pericolo per l'interesse pubblico, igienico e costruttivo edilizio, in quanto l'autorità amministrativa, specie in tema di costruzioni edilizie, ha altri, anche più energici, mezzi di tutela dell'interesse pubblico (ad esempio la negativa del placet al progetto).

Un altro punto meritava di essere chiarito. Si discute, come è noto, in dottrina ed in giurisprudenza se le disposizioni dei regolamenti locali creino a favore del singolo un diritto subiettivo, invocabile dal singolo, ovvero se la loro applicazione possa essere invocata unicamente dall'autorità amministrativa. La questione, specie dato l'amplissimo riferimento che il progetto fa ai regolamenti locali, meritava di essere risolta.

Un'ultima osservazione è quella che vien posta dal continuo richiamo ai regolamenti locali, ai quali in sostanza è devoluta la disciplina della materia.

Ora specie quando anche le maggiori distanze fissate dai regolamenti locali non possono essere ridotte neppure per convenzione, ci si può domandare se sia opportuno ammettere che questa materia finisca in sostanza a non essere regolata, in tutta la Nazione, in modo unitario, ammettendo invece una serie di regolamenti, variabili da paese a paese.

È un problema che va posto ed attentamente esaminato.

Ciò premesso in linea generale, la disposizione dell'art. 51 deve essere approvata tenuto conto delle osservazioni surriferite in relazione alle disposizioni dei regolamenti locali.

Nell'art. 52, innovando sull'art. 556, si pone la condizione che la comunione del muro sul confine sia richiesta « per fabbricare contro il medesimo ».

Ora, se pure il più delle volte, la comunione del muro sia richiesta al fine di costruire contro il medesimo, le numerose controversie sorte in relazione al concetto di « fabbrica », e che si ripeterebbero a questo proposito, consigliano di eliminare l'innovazione.

Il proprietario del muro costruito sul confine non risente alcun danno se esso è reso comune; anzi ha il vantaggio di ottenere il pagamento del valore della metà del terreno e della metà del muro e il concorso nelle spese di riparazione.

Del resto, se dei muri divisorii posti sul confine il progetto (art. 69) presume la comunione, non si vede per quale ragione per ottenere la comunione forzata il proprietario del fondo contiguo debba fabbricare contro il medesimo.

Siffatto requisito era giustificato nell'ipotesi che si trattasse di chiudere delle luci (art. 584 cpv.), apparendo logico il principio di non arrecare un danno al vicino, chiudendogli la luce, senza la necessità di appoggiare l'edificio al muro comune.

Ora la disposizione dell'art. 584 ult. cpv., dato il disposto generale dell'art. 52, non è stata riprodotta nel progetto. Eliminato nell'art. 52 il requisito de quo, la disposizione dell'art. 584 ult. cpv. deve essere ristabilita.

La dizione dell'art. 52 va migliorata nel senso che parlandosi di fondo contiguo all'edificio altrui, si fa sorgere il dubbio che il semplice muro di cinta non sia un edificio che possa essere reso comune.

Può sotto questo riflesso meglio dirsi che « il proprietario di un fondo contiguo al muro od all'edificio altrui, può..... ».

Sempre nello stesso articolo si parla di « confine comune » e di « muro comune »; più esattamente si sarebbe dovuto parlare di « confine da rendere comune » e « di muro da rendere comune ». Inoltre la espressione « la comunione si ottiene pagando » potrebbe utilmente essere sostituita dall'altra, più corretta « per acquistare la comunione del muro il proprietario del fondo contiguo deve pagare ».

Da ultimo l'art. 52 ammette, contro il disposto dell'art. 556, che il vicino possa rendere comune il muro solo fino ad una certa altezza. L'innovazione ci lascia dubitosi per le complicazioni cui tale regolamento può dar luogo.

L'obbligo di fabbricare fin contro il muro da rendersi comune, in conformità a quanto già disponeva l'art. 571, deve invece in ogni caso disporsi per l'ipotesi dell'art. 53, ove tale obbligo sia escluso per l'ipotesi dell'art. 52. È da notare che in questa ipotesi la facoltà accordata al vicino dal nuovo art. 55 non può applicarsi.

Anche per l'art. 53 valgono le osservazioni fatte a proposito dell'art. 52. In sostanza poi non ci sembra approvabile la norma dell'art. 54,

che non trova riscontro nel codice vigente. Per l'art. 54, se il vicino voglia servirsi del muro contiguo soltanto per innestarvi un capo del proprio muro, non ha l'obbligo di renderlo comune, ma deve, un'indennità per l'innesto. Dice il relatore che in questo caso sarebbe eccessivo costringere il vicino ad acquistare la comunione di tutto il muro. Ma, a prescindere dal fatto che anche l'innesto di un capo del muro del vicino può determinare obblighi di distanza, e creare così un danno al proprietario del muro, ci sembra che, applicando l'ipotesi dell'art. 54, al caso regolato nell'art. 53, — e non v'è alcuna ragione che lo vieti — si arrechi al proprietario del muro un danno assolutamente ingiustificato.

Queste osservazioni apparranno anche più probanti, se si tenga presente la disposizione dell'art. 55, per la quale il vicino può anche costruire sul confine, ed appoggiare la sua fabbrica a quella già esistente, purchè i muri siano aderenti in modo da non lasciare alcuno spazio fra le due costruzioni. La disposizione dell'art. 55 merita approvazione per le considerazioni di ordine tecnico addotte dal relatore.

L'art. 56 consacra la giurisprudenza, oramai costante, della Corte di Cassazione, e bene su questo punto si è esclusa ogni distinzione fra i vari tipi di muro.

L'art. 57 esclude dall'obbligo della comunione forzosa non solo gli edifici pubblici ma, felicemente innovando, anche quelli destinati all'uso pubblico e quelli che abbiano interesse archeologico, storico, od artistico. Il progetto ha avuto cura di specificare che il vicino non può rispetto a questi edifici usare della facoltà concessa dall'art. 55; è necessario aggiungere che non può neppure usare dalla facoltà di che all'art. 54.

L'art. 59, innovando sull'art. 573 del Codice vigente, dispone che distanze ivi stabilite debbono essere osservate anche quando sul confine non vi sia un muro divisorio o costruzione. Il richiamo all'art. 856 del Codice Civile Cileno, che si legge nella relazione, non costituisce a nostro modo di vedere, un grande argomento a favore dell'innovazione, contro la quale si può rilevare che per quanto riguarda la tutela dell'igiene e della costruzione futura non solo già provvede la distanza

fissata, ma, ove essa fosse insufficiente, l'autorità giudiziaria può stabilire distanze maggiori. La condanna dell'innovazione sta del resto nella stessa contraddittoria affermazione che, in questa ipotesi, l'autorità giudiziaria può stabilire distanze anche *minori*!

Sotto quest'ultimo riflesso inoltre, la facoltà concessa dall'art. 59, e dall'art. 61 cpv., all'autorità giudiziaria di stabilire distanze maggiori o minori, a seconda delle circostanze, costituisce la migliore confutazione della disposizione dell'art. 62 del progetto, almeno per quanto si riferisce alle distanze fissate dal codice o dai regolamenti locali o speciali, non riducibili dall'autorità giudiziaria.

Anzichè la formula « secondo le circostanze » usata dall'art. 59, ed a nostro avviso troppo imprecisa, ci pare più esatta e rispondente allo scopo la dizione usata dall'ultimo cpv. dell'art. 573, che dice « per riparare e mantenere riparata la proprietà del vicino ».

Le disposizioni relative alle distanze per gli alberi non meritano plauso. La Commissione ha voluto abolire la distinzione tra alberi di alto e non fusto, tenuto conto della difficoltà di stabilire quali alberi siano da considerarsi di alto fusto e quali non, non ritenendo esatta e completa la elencazione fattane dal Codice. L'osservazione è esatta nel senso che la elencazione fatta dal Codice doveva ritenersi semplicemente esemplificativa. Che però il nuovo criterio sia migliore del vecchio appare assai discutibile. Il criterio seguito dal Codice era in sostanza un criterio naturalistico, basato sull'esperienza.

Il nuovo criterio, basato sulla distinzione tra piante la cui altezza supera i tre metri e piante che non li superano, è invece del tutto arbitrario. Il sistema seguito dal codice vigente, presentava per lo meno il vantaggio di sapere a priori quali erano le piante considerate di alto fusto.

Invece il criterio accolto dal progetto, volta che evidentemente non si può imporre alle piante una determinata crescita, non permette di sapere al momento della piantagione, la distanza cui deve restare l'albero. Che se siffatto calcolo dovesse essere basato sull'esperienza, come prevede la relazione (pag. 44), ed allora si ricade nello stesso criterio naturalistico seguito dal codice.

A nostro modo di vedere poi la regola di che all'art. 63 cpv. dovrebbe essere posta anche in difetto dell'esistenza sul confine di un muro divisorio. Se infatti scopo della distanza è quello di evitare sul fondo del vicino l'ombra della piante, questa è portata ugualmente dal muro divisorio. Meglio dunque porre la regola dell'art. 63 cpv. in ogni caso, calcolando a tre metri l'altezza massima del muro e per conseguenza dell'albero.

La relazione prevede altresì per le piante che crescono di più dell'altezza legale che esse siano spostate, abbattute o raccorciate. Ora se la raccorciatura è già cosa dannosa e pericolosa, lo spostamento della pianta è quasi sempre dannoso quasi quanto l'abbattimento. Nell'interesse dell'agricoltura e della floricoltura, all'art. 65 si dovrebbe pertanto aggiungere la frase: « salva sempre l'ipotesi che il proprietario degli alberi non li mantenga alla altezza massima di tre metri ». Sarebbe inoltre opportuno riprodurre, per la sua aderenza alle esigenze agricole, il secondo capoverso dell'art. 579, per cui la distanza sarà in ogni caso di un metro qualora le siepi siano di ontano, di castagno o di altre simili piante, che si recidono periodicamente vicino al ceppo o di due metri per le siepi di robinie ».

La disposizione dell'art. 66 non è approvabile. Essa non distingue fra le ipotesi che siasi prescritto od acquistato in genere il diritto di tenere alberi a distanza minore di quelle sopra indicate, e si sia costituita così una vera e propria servitù di tenere alberi in genere a distanza non legale a favore del fondo dominante e l'ipotesi che si tratti di una deroga per quel singolo albero o per quella singola pianta.

Il dire, colla relazione (pag. 45), che il diritto di ripiantare l'albero aggraverebbe la condizione del vicino, il quale, concedendo la servitù avrebbe potuto sperare nella prossima morte per vetustà dell'albero stesso, dimostra come il legislatore non abbia avuto presente la distinzione.

Ora è evidente che il criterio, adottato dal relatore, può sussistere solo nella ipotesi che si sia costituita la servitù per mantenere quel singolo albero, non nell'ipotesi di costituzione di una servitù di man-

tenere permanentemente la piantagione, che è cosa diversa. La disposizione dell'art. 66 va quindi modificata nel senso qui riferito.

Una decisiva riprova della nostra tesi sta nel fatto che la stessa relazione (pag. 45) deve confessare che il principio, di cui all' art. 66 del progetto, non è naturalmente applicabile quando l'albero sia stato abbattuto dal vicino. In tal caso — dice la relazione — il proprietario può ripiantare l'albero, perchè *malitiis non est indulgendum*. La conclusione, che per altro il testo dell' art. 66 non autorizza affatto, è esatta, seppure esatta non sia la giustificazione datane dal relatore. Qui il principio *malitiis non est indulgendum* — l'abbattimento potrebbe, ad es., anche essere incolpevole! — non è affatto in giuoco, e, ove anche ciò fosse, basterebbe l'art. 27. La realtà è che non può ammettersi invece che col fatto proprio il vicino venga a liberarsi dalla servitù: è cioè lo stesso principio dell'art. 1169.

Ma ciò premesso, si deve ammettere che concedendo al proprietario dell'albero abbattuto dal vicino il diritto di ripiantarlo si viene proprio ad allungare la durata della servitù, che invece la relazione (pag. 45) mostra di volere escludere.

In relazione alle premesse osservazioni ci sembra opportuno modificare come segue la dizione dell' art. 66: « e l'albero muoia naturalmente o venga estirpato con le radici dal proprietario ».

Per quanto riguarda i nuovi germogli che nascono dalle ceppaie o dagli alberi recisi, di cui la relazione a questo proposito si preoccupa, già abbiamo sopra rilevato quanto sarebbe stato utile riprodurre il secondo capoverso dell'art. 579, se non altro per escludere il dubbio esaminato dal relatore. Ad evitare l'inconveniente basta modificare nel senso da noi sopra accennato la dizione dell' art. 66.

Però ci sembra contraddittoria con la disposizione dell' art. 66 la preoccupazione di evitare il taglio dei polloni, che possono, col crescere, costituire quell'aggravamento della servitù che l' art. 66 vuole evitare.

In relazione alle osservazioni di che sopra vorremmo sostituire la dizione « estirpata con le radici » all'altra « reciso o abbattuto » che non comprende la estirpazione delle radici.

L'art. 67 riproduce l'art. 582 del Codice Civile.

Dal punto di vista tecnico-agricolo è il caso di osservare che è contraddittorio permettere al vicino di tagliare egli stesso le radici dell'albero, costringendo invece il proprietario a tagliare i rami. Ciò sotto il riflesso che la vitalità dell'albero può essere più facilmente compromessa da un incauto taglio delle radici che non dal taglio di un ramo. Il taglio del ramo non può, per lo più, portare alla perdita della pianta, mentre invece il taglio, mal eseguito, delle radici, può facilmente provocarne la morte.

Tutto sommato però, l'inconveniente non può in toto rimediarsi, perchè per permettere il taglio delle radici al proprietario dell'albero, bisognerebbe concedergli la facoltà di entrare nel fondo del vicino, fare lo scavo, salva la rifusione del danno derivante dall'entrata (non per lo scasso necessario per il taglio, perchè dovrebbe farlo lo stesso vicino. Naturalmente il taglio dovrebbe avvenire in tempo di sospensione delle culture, tenendo conto delle esigenze culturali dell'albero).

Si che, salvo i diversi accordi fra i confinanti, la regolamentazione di che all'art. 67 rappresenta il minor male tra le antagonistiche esigenze tecnico-agricole e giuridiche, temperate, del resto, dagli usi e regolamenti locali.

Ragionevolmente dal punto di vista pratico, la relazione, pur non negando che i rami e le radici che si protendono in alieno danno sempre luogo ad un danno, ne ha escluso la risarcibilità sotto il riflesso che tutto ciò abbisognerebbe di una perizia, il cui costo finirebbe per assorbire il valore di numerosi raccolti.

Bene si è reso generale il riferimento ai regolamenti ed agli usi locali, che nel codice vigente era limitato agli olivi. Bene pure si è detto che è imprescrittibile il diritto di tagliare le radici e di esigere il taglio dei rami.

Non ci trova invece consenzienti la innovazione consacrata nell'art. 68, che contiene la disciplina giuridica dei frutti caduti dai rami protesi. Il Codice francese, il Codice svizzero, il Codice germanico, e, da noi, la prevalente dottrina attribuiscono la proprietà dei frutti caduti

al proprietario del fondo su cui sono caduti. Da questo regolamento, che è il più pratico ed il più equo, male il progetto si è discostato. Innanzi tutto rileviamo contro la suggerita innovazione che qui si ripeterebbero quegli stessi inconvenienti che si sono denunziati per l'ipotesi dell'art. 34, a proposito del diritto di accesso al fondo altrui concesso al proprietario della cosa o dell'animale per riprendere la propria cosa o l'animale che accidentalmente si trovassero sul fondo del vicino. Tutto ciò può dar luogo a gravi litigi per oggetti di scarso valore. Soprattutto il risarcimento dei danni derivati dall'accesso è tale da rendere quasi nullo l'interesse economico al ricupero dei frutti caduti. Inoltre, e nonostante i pericoli a suo tempo denunziati per l'art. 34, anche per la raccolta dei frutti caduti sul fondo del vicino dovrebbe essere concesso il diritto di ritenzione al proprietario del fondo: altrimenti questi si terrebbe tutti i danni senza alcun vantaggio.

Ora se il principio stabilito nell'art. 34 si dovesse ammettere anche in questa ipotesi, ognun vede come durante il tempo necessario per la determinazione del risarcimento del danno i frutti marcirebbero, con quanto vantaggio, ognun vede, per l'economia nazionale.

Inoltre non probanti e non esatte ci sembrano le ragioni addotte dalla relazione per giustificare la disposizione in parola, che si estranea completamente dal regolamento più accettato dalla materia, ed in ispecie dai codici francese, svizzero e germanico.

Si è detto che si è voluto dare al proprietario dell'altro fondo il diritto di raccogliere i frutti caduti sia in relazione al disposto dell'art. 34 sia in relazione al fatto che il proprietario del fondo vicino avrebbe implicitamente consentito anche alla raccolta dei frutti.

Tutto ciò è però del tutto arbitrario. Anzitutto non è nè logico nè equo che se il vicino non faccia tagliare i rami degli alberi — il che come la relazione ha riconosciuto gli arreca in ogni caso un danno, che è legittimo sia compensato con la raccolta dei frutti — da tale omissione sorga una presunzione che il vicino acconsenta anche alla raccolta dei frutti. Ciò è fuori di ogni realtà, sia perchè detta presunzione è esclusa dal consentito risarcimento dei danni, sia perchè, una volta che il pro-

prietario del fondo vicino non abbia più nessun interesse alla raccolta dei frutti che cadano dall'albero, evidentemente egli chiederà sempre il taglio dei rami che si protendono sul suo fondo.

E allora si avrà effettivamente sempre quel taglio dei rami degli alberi che la Commissione, nella relazione, ha ritenuto cosa antieconomica. Meglio è dunque ritornare alla disposizione tradizionale per cui il proprietario del fondo vicino sui cui i rami si protendono acquista i frutti caduti. È questa del resto una pratica ormai entrata nelle consuetudini agricole, tanto più accettabile in quanto permette una più soddisfacente ripartizione fra i vicini dei vantaggi e degli oneri.

TITOLO V

Della trascrizione

Il progetto è stato redatto, salve le modificazioni di cui all'art. 358 e correlative, sulla falsariga del progetto Scialoja del 3 marzo 1910, modificato dalla Commissione del Dopoguerra.

L'art. 357, corrispondente all'art. 1932 cod. civ., è la riproduzione, quasi fedele, se si eccettui la soppressione dell'art. 1932 n. 8, e la innovazione di che all'art. 357 n. 8, dell'art. 1 di quel progetto.

Al n. 1 dell'art. 357 è stata soppressa la frase « o di altri beni o diritti capaci di ipoteca », che si legge nell'art. 1932 n. 1; questi ultimi però sono stati considerati singolarmente nell'art. 357 n. 2 con la dizione « diritti di usufrutto su immobili..., diritti del concedente e dell'enfiteuta sui fondi enfiteutici. »

Sarebbe stato assai bene che di siffatta dizione — e l'avvertenza era tanto più doverosa in quanto era stata osservata già nell'art. 1932 n. 1 dove espressamente si parlava di « beni o diritti capaci di ipoteca, *ad eccezione delle rendite sopra lo Stato* » — i compilatori si fossero avvalsi anche nel n. 4 dell'art. 357: così non avrebbero scritto l'inverosimile obbligo di trascrivere le sentenze di vendita all'incanto delle rendite sopra lo Stato, delle navi, delle areonavi e delle automobili, che, per l'art. 422 del progetto sono beni capaci di ipoteca, e per i quali le leggi speciali che li governano hanno stabilita una speciale pubblicità, già richiamata nell'art. 422 del progetto.

Peggio, dato il richiamo contenuto nell'art. 358 al n. 4 dell'art. 357, non si sarebbe fatto dipendere anche per questi beni, contrariamente e alle direttive del progetto e delle leggi speciali che li regolano, il passaggio della proprietà dalla effettiva trascrizione della vendita; ciò che tra l'altro importerebbe la istituzione di un catasto dei beni

mobili di che all'art. 422, oltre ed indipendentemente dai pubblici registri attualmente esistenti per le aereonavi, navi ed automobili, superflua e dannosa.

La relazione (p. 159) avverte che all'art. 357 n. 1, su proposta del presidente, fu ordinata la trascrizione anche degli atti e contratti diretti a *constituire* la proprietà di immobili, per assicurare l'efficacia reale del rapporto derivante dalle concessioni *ad aedificandum* per le quali sorge una nuova proprietà superficiaria. Sulla natura reale del diritto non v'è dubbio grave; controversa è invece l'indole del rapporto. In relazione a che ci sembra, oltre che superfluamente dogmatica, errata la disposizione dell'art. 94 ult. cpv. per cui « tale concessione è soggetta alle norme che regolano la costituzione delle servitù. »

Se infatti un tale richiamo si è voluto inserire nell'art. 357 n. 1, perchè ivi si tratta della costituzione e trasferimento della proprietà, è evidente che male si invocano le regole dettate per la costituzione delle servitù che sono disciplinate nell'art. 357 n. 2. Ed evidentemente, a tutto concedere, la concessione *ad aedificandum* in quanto implica la costituzione di una nuova proprietà va disciplinata nei riguardi del concessionario, del nuovo titolare secondo l'art. 357 n. 1, mentre solo riguardo al concedente *ad aedificandum* può parlarsi di costituzione di una servitù. Si che, assicurata una siffatta disciplina attraverso la applicazione rispettivamente dell'art. 357 n. 1 e dell'art. 357 n. 2, l'art. 94 ult. cpv. non solo appare inesatto, ma del tutto superfluo.

Al n. 3 dell'art. 357 si deve rilevare che l'obbligo di trascrivere anche le rinunzie di che agli artt. 71 e 78 del progetto è veramente eccessivo. A prescindere dalle difficoltà pratiche, essendo spesso la rinunzia, data la scarsa entità del valore, verbale, imporre la trascrizione per la rinunzia alla comproprietà del muro comune, che nel giudizio del rinunziante non val neppure le spese di riparazione, ed alla metà del terreno su cui dovrà sorgere il muro comune, significa imporre all'una od all'altra parte un onere pecuniario maggiore del beneficio che le parti rispettivamente ritraggono dalla rinunzia o dall'acquisto.

Al n. 7 dell'art. 357 si deve osservare che, dato l'art. 6, non sono compresi nella dizione « immobili », quivi usata, nè l'usufrutto su

cose immobili nè i diritti del concedente e dell'enfiteuta sul fondo enfiteutico: il che è in contrasto coi n. 2 e 4 dell'art. 357.

Inoltre, in relazione al n. 4 dell'art. 357, è contraddittorio che debbano essere trascritte le sentenze di vendita dei diritti di usufrutto sui beni immobili ed i diritti del concedente e dell'enfiteuta sul fondo enfiteutico quando, dato il tenore dell'art. 368, il precetto relativo a tali beni non è precetto immobiliare e non deve conseguentemente essere trascritto.

Bene il n. 8 dell'art. 357 n. 1 impone la trascrizione per i contratti di anticresi. Approvabile la soppressione del n. 8 dell'art. 1932.

In relazione infine all'art. 357 n. 1, la preoccupazione del relatore (pag. 160) che non sia ricompresa negli atti da trascrivere la occupazione delle cose immobili, se pure risolta correttamente, appare del tutto superflua, anzi in contrasto con la norma dell'art. 561, che, del tutto ingiustificatamente, ammette l'occupazione solo delle cose mobili.

Facciamo voti che siffatta limitazione, assolutamente ingiustificata, sia tolta, anche perchè, alla stregua del progetto, sarebbero occupabili i diritti di usufrutto su cose immobili ed i diritti dell'enfiteuta o del direttario, ma non i beni immobili! Il che è assai ridicolo, e soprattutto può dar luogo a gravi inconvenienti pratici.

Con l'art. 358 si è posto il principio che le sentenze e gli atti indicati nei n. 1, 2, 3, 4 e 5 dell'art. 357 non producono l'effetto dell'acquisto della proprietà o di altro diritto reale sino a che non siano trascritti. La trascrizione diventa così nel nuovo ordinamento, ispirato alla legislazione austriaca, condizione necessaria se non sufficiente per l'acquisto della proprietà di determinati beni, così come la volontà è a sua volta condizione necessaria ma non sufficiente per l'acquisto.

Non nega lo scrivente che la innovazione elimini molti e gravi inconvenienti, ed è altresì d'accordo nel ritenere che sarebbe stato impossibile introdurre di colpo, dato lo stato del catasto vigente, il principio dell'efficacia probante dell'iscrizione proprio del codice civile germanico.

Ma queste considerazioni, mentre tolgono ogni valore all'affermazione del relatore che la riforma è matura perchè essa è accolta nella

Colonia Eritrea e nella Libia — dove però le esigenze cui essa risponde sono ben diverse, e dove esistono i libri fondiari — fanno subito evidente come con questo sistema si mantengano in sostanza molti degli svantaggi dell'attuale sistema franco-italiano della trascrizione, senza avere i vantaggi dell'efficacia probante dell'iscrizione. Di questo cumulo degli svantaggi dei due sistemi del resto risente già lo stesso art. 358 nel suo ultimo capoverso, su cui ritorneremo più oltre. E ne costituiscono decisiva riprova la esclusione della usucapione tavolare triennale di che al § 1467 cod. civ. austriaco, che pur costituiva un utilissimo rimedio contro gli inconvenienti derivanti dalla soluzione di continuità o di validità dei trapassi, e la esclusione della decadenza del titolare di un diritto reale da ogni impugnativa in danno dei terzi, per effetto del decorso di tre anni (§ § 63 e 64 novella 26 luglio 1871).

È vero che questi ultimi rimedi sono parzialmente sostituiti, con efficacia anche maggiore di quella dell'art. 2137, dato il principio dell'art. 358 ed il maggior numero degli atti sottoposti a trascrizione, dall'art. 578 del progetto (art. 2137 cod. civ.); ma il non averli accolti proprio sulla attestazione che persino nelle provincie redente il libro fondiario non è tenuto in regola e non può essere impiantato nel Regno (relazione, pag. 157) fa dubitare in allora se dovesse accogliersi lo stesso principio formulato nell'art. 358 p. p.

È in sostanza il periodo di incertezza che va dalla stipulazione dell'accordo diretto a costituire od a trasferire la proprietà od altro diritto reale a quello della effettiva trascrizione che doveva essere regolato con più attenta cura, tanto più che per la trascrizione non sono possibili quegli accorgimenti che rendono meno gravi per le ipoteche le difficoltà create dall'analogo principio accolto nell'art. 418.

E per vero la disposizione in parola non esclude la possibilità di un duplice trasferimento della proprietà dello stesso immobile a due diverse persone, di cui prevale la prima trascrivente, solo a condizione che il suo titolo sia valido. V' ha di peggio. La disposizione in parola non esclude neppure la possibilità di una trascrizione posteriore da parte di un avente causa dallo stesso causam dans. E ciò perchè la trascrizione non presuppone affatto la validità del titolo costitutivo o

traslativo, si che potrebbe ben succedere che per difetto di capacità, o per non essere al momento della prima vendita il venditore proprietario dell'immobile venduto, la prima vendita, benchè trascritta, fosse nulla, e valida invece conseguentemente la seconda. Si che, dato il principio che la trascrizione è condizione necessaria ma non sufficiente all'acquisto della proprietà o del diritto reale, non potrebbe neppure sostituirsi, specie per l'ipotesi di difetto di capacità o di vizi del consenso, nell'art. 358 ult. cpv. alla dizione « verso il suo autore » l'altra più comprensiva « verso il suo autore o dal suo autore », che eviterebbe se non il pericolo di due vendite contemporanee valide da parte dello stesso causam dans, di cui prevarebbe la prima trascritta, se valido il titolo di acquisto, almeno quello di una vendita da parte dello stesso causam dans, successiva alla trascrizione del primo atto di vendita.

La realtà è che anche l'ultimo capoverso dell'art. 358 va, almeno per i beni indicati nei n. 1, 2, 3 dell'art. 357, soppresso, perchè non è affatto vero che la trascrizione di un acquisto da una persona precluda la possibilità contro lo stesso causam dans di una posteriore valida trascrizione.

L'art. 358 ult. cpv. va quindi meglio formulato, tenendo conto che esso è pur sempre applicabile nei casi di cui ai n. 6, 7, 8 e 9 dell'art. 357, e tenendo conto per gli atti indicati nei n. 1, 2, 3, 4 e 5 delle osservazioni di che sopra.

Nonostante tutto ciò, specie se si farà maggior uso del disposto dell'art. 382 (art. 1946 cod. civ.), e specie se il termine di 30 giorni indicato nell'art. 384 sarà ridotto a 5 — ci si ricordi che i notai diligenti usano trascrivere oggi nello stesso giorno dell'acquisto — i pericoli della vacanza tra il momento della vendita consensuale, diremo così, e quello del trapasso della proprietà a sensi dell'art. 358 saranno notevolmente ridotti, e ristretti in limiti tollerabili. Restano naturalmente tutti gli inconvenienti derivanti dal principio che la trascrizione non aggiunge valore all'atto trascritto se è di per sè invalido o nullo.

Per meglio mettere in chiaro tal principio sarà bene all'art. 358 p. p. inserire dopo le parole « articolo precedente » l'inciso « anche se validi ».

Nonostante tutti questi difetti ed inconvenienti la disposizione merita accoglimento, dati i gravi inconvenienti che con essa si eliminano. Per gli inconvenienti sopra riferiti poi sarà sufficiente cautela quella di stabilire nei singoli atti tra vivi importanti costituzione o trasferimento della proprietà o della titolarità dei beni di che ai n. 1 e 2 dell'art. 357 che il prezzo sarà dovuto e versato a valida trascrizione effettuata. Per le sentenze di cui ai n. 4 e 5 dell'art. 357, dato che lo sborso del prezzo non è immediato, la detta cautela non è necessaria.

La prima parte dell'art. 360 non ha ragion d'essere nel titolo delle trascrizioni, e rivela la sua derivazione dall'art. 4 del progetto Scialoja: va rimandato alla materia della prova per atto pubblico o per scrittura privata.

L'art. 360 2 cpv. troverebbe la sua più esatta sede nell'art. 367.

Sull'art. 360 è poi da domandarsi se anche per le divisioni risulti, come dovrebbe essere, applicabile l'art. 358, dato che, ove la divisione avesse natura dichiarativa, i n. 1, 2, 3 e 4 dell'art. 357 non la comprenderebbero. È meglio quindi chiarire, in senso positivo, che anche per le divisioni si applica il principio dell'art. 358. Diversamente talune disposizioni, (ad es. quella dell'art. 431) sarebbero, come rileveremo oltre, senza sanzione.

È da rilevare che i compilatori si sono dimenticati, del tutto a torto, di applicare il nuovo principio accolto nell'art. 358 alle transazioni: ciò che è in contrasto col principio che solo gli atti mortis causa sono sottratti al nuovo principio. Dopo la frase « mediante la trascrizione » va pertanto aggiunta nell'art. 361 la frase « e per gli effetti di che all'art. 358 p. p. ».

All'art. 363 p. p. non si vede perchè la costituzione in dote debba essere assoggettata a trascrizione solo se riguardi i beni indicati nell'art. 357 n. 1, mentre potrebbero benissimo essere costituiti in dote l'usufrutto su beni immobili, e diritti d'uso, di abitazione, i diritti del concedente o dell'enfiteuta: beni rispetto ai quali, specie dato il disposto dell'art. 357 n. 3, se costituiti in dote, è opportuno disporre l'obbligo della trascrizione. Dato il principio accolto nell'art. 358 non si vede poi ragione perchè anche per il vincolo dotale — altrettanto

dicasi per il patrimonio familiare — non si sia disposto che il vincolo non sussiste anche inter partes finchè non siano stati trascritti i relativi atti di costituzione.

Per gli acquisti mortis causa l'art. 364, sull'esempio del sistema austriaco, non fa dipendere, per non urtare troppo, come mostra il relatore, contro il sistema vigente, l'acquisto della proprietà o del diritto reale dalla esecuzione della trascrizione. L'unica sanzione è per questa ipotesi quella dell'art. 366: sanzione che il relatore equipara ad una vera e propria sanzione di indisponibilità dei beni ereditari, in quanto non bastando più il consenso a trasferire la proprietà l'impossibilità derivante dall'art. 366 di trascrivere gli atti dispositivi compiuti dall'erede o dal legatario fino a quando non abbiano trascritto il loro titolo, equivale a sospensione temporanea dell'esercizio della facoltà di disporre. Qui il relatore ha dimenticato che quanto egli dice sul trasferimento della proprietà è vero solo per gli atti indicati nell'art. 358, e non per gli atti mortis causa.

Per vero, però, vere tali affermazioni, non si capisce più come l'art. 361 ult. cpv. possa occuparsi proprio dell'ipotesi contraria, disponendo che « se l'erede o legatario, abbia, riguardo ad immobili ereditari, compiuto uno degli atti indicati negli articoli 357, 360 e 361, o consentito ipoteche, ».

Del resto sull'efficacia delle sanzioni di che all'art. 366 era scettico lo stesso relatore, costretto (pag. 164) ad ammettere che potesse essere eseguita la trascrizione ancorchè non preceduta dalla pubblicazione dei passaggi anteriori.

Ora questo riflesso ci richiama al problema dell'art. 366, che, dato il principio dell'art. 353, dovrebbe valere solo per i casi in cui l'art. 358 non trovi applicazione: avvertenza che sarebbe bene porre in maggior rilievo per evitare gli equivoci sopra rilevati. E per vero rispetto a quegli atti per cui la trascrizione è requisito necessario all'acquisto della proprietà o del diritto reale il disporre che « le successive trascrizioni ed iscrizioni a carico dell'acquirente non possono eseguirsi se prima non sia trascritto l'atto d'acquisto » non avrebbe senso dato che si tratterebbe di iscrizioni, di trasferimenti o di costituzioni di diritti fatti da chi non è proprietario!

Posto che per i beni indicati nei n. 1, 2, 3, 4 e 5 dell' art. 357, l' art. 358 impone per l' acquisto della proprietà o del diritto reale anche inter partes la necessità della trascrizione, il problema di assicurare la continuità delle trascrizioni, cui vuol provvedere l' art. 366, corrispondente all' art. 10 del Progetto Scialoja del 1910, veniva del tutto meno, essendo superato dalla maggiore e decisiva sanzione costituita dal mancato passaggio anche inter partes della proprietà.

La dizione « in tutti i casi in cui per le disposizioni precedenti un atto di acquisto è soggetto a trascrizione » va dunque modificata.

La differente dizione che si riscontra tra il testo attuale (« non possono eseguirsi ») l' art. 10 del Progetto Scialoja (« non produrranno effetto ») non è tale, specie in assenza di una specifica sanzione, da far ritenere, come scrive invece il relatore (pag. 154), che la trascrizione rimarrebbe del tutto inefficace, e dovrebbe essere compiuta ex novo. Ripetiamo del tutto inefficace non può essere, se lo stesso art. 364 ult. cpv. ne ammette la possibilità e le riconosce effetti, e se la esplicita sanzione di nullità difetta, nonostante il divieto.

All' art. 365 sull' esempio dell' art. 9 del Progetto Scialoja, si dispone, e giustamente (cfr. altresì § 1498 cod. civ. austriaco), che devono trascriversi le sentenze da cui risulti acquistato per prescrizione o per altro titolo non trascritto uno dei diritti indicati nei n. 1 e 2 dell' art. 357.

Il progetto, per evitare l' effetto retroattivo della prescrizione, sull' esempio del legislatore austriaco, ha aggiunto il capoverso. Si rileva qui che tale capoverso, mancante nel Progetto Scialoja, va coordinato coll' art. 367, nel senso che nell' art. 367 ult. cpv. si fa cenno anche della trascrizione delle domande tendenti a far dichiarare verificata l' usucapione, che invece nell' art. 367, dove è regolata la trascrizione di tali domande, non sono elencate. All' art. 367 va dunque aggiunto un n. 10 riguardante l' obbligo della trascrizione di tali domande e la relativa efficacia e disciplina.

Sull' art. 367 deve osservarsi che alla frase « qualora si riferiscano a cose immobili » va sostituita l' altra più esatta « qualora si riferiscano a uno dei beni o diritti indicati nei n. 1 e 2 dell' art. 357 »; e ciò per le solite considerazioni.

Esaminando le domande assoggettate a trascrizione spiace di non veder riprodotto il n. 2 dell' art. 14 del Progetto Scialoja, relativo alle domande o dichiarazioni del riscatto contenuto nella vendita.

All' art. 357 n. 1 il progetto ha sancito l' obbligo della trascrizione della domanda di rivendicazione, già contenuto, pur senza sanzione civile, nell' art. 18 lettera h) della legge 30 dicembre 1923 n. 1923. Tale trascrizione, che, senza snaturare la natura per eccellenza reale dell' azione, non si sarebbe potuta ordinare con l' effetto della conservazione dei diritti anteriormente acquistati dai terzi, è stata disposta per stabilire che la sentenza ottenuta contro il possessore convenuto con la domanda trascritta produce effetto anche contro chi abbia da lui acquistato durante le more del giudizio.

Siffatto intento, del tutto lodevole, esige però una più esatta coordinazione coll' art. 21 1° cpv., che ammette proprio il principio contrario, dicendo espressamente che « la rivendicazione può intentarsi anche contro colui che abbia cessato di possedere dopo *notificata* — dove si sarebbe dovuto evidentemente dire « trascritta » ! — la domanda giudiziale » : disposizione evidentemente incompatibile con la disposizione in parola. Per evitare poi che dalla dizione, pur chiara, dell' art. 367 n. 1 possa in qualche modo trarsi un qualche argomento a favore della conservazione dei diritti acquistati dai terzi anteriormente alla trascrizione della domanda sarebbe opportuno, all' art. 21, porre una esplicita precisazione in tal senso.

All' art. 357 n. 6 e 357 n. 7 sono riconnessi alla pubblicità delle relative domande effetti speciali come quelli della salvezza in ogni caso dei diritti dei terzi, in buona fede, che abbiano acquistati diritti anteriormente alla trascrizione delle domande di cui ai n. 6 e 7 dell' art. 357.

All' art. 357 n. 6 è stato soppresso, senza che ne sia dato ragione, l' obbligo della trascrizione delle domande di revocazione proposte a sensi dell' art. 494 n. 1 e 3 c. p. c. nonchè dell' opposizione a sensi dell' art. 512, quando siano relative ad atti o sentenze trascrivibili, che si leggeva nell' art. 14 n. 6 del Progetto Scialoja del 1910.

Anche all' art. 367 n. 8 sarebbe opportuno accordare la speciale tutela ivi disposta solo per i terzi di buona fede.

All' art. 367 n. 9 si parla evidentemente solo per svista di « diritti immobiliari », che l'art. 6 del progetto e la relazione ci davano per banditi dal progetto !

Che poi, come dispone l'art. 369, « l'annullamento, la risoluzione, la rescissione, la revocazione, nonchè l'avveramento della condizione risolutiva a cui l'atto è sottoposto, debbono essere annotati in margine della trascrizione e dell'iscrizione » è giusto e ragionevole. Ciò che invece non è approvabile è la sanzione, per vero del tutto esorbitante, per cui « in difetto di tale annotazione a margine le posteriori trascrizioni od iscrizioni non producono effetto a carico della persona che ha ottenuto l'annullamento ».

È strano anzitutto che tale obbligo non sia stato sancito espressamente anche per la ipotesi di che all'art. 367 n. 5.

È poi assurdo che mentre la pubblicità dei n. 2 e 6 dell' art. 357 ha appunto per effetto di tutelare contro i terzi l'attore in annullamento ecc. ecc., l'accoglimento della domanda debba porre l'attore stesso in una situazione deteriore. La disposizione è inoltre eccessiva dato l'obbligo imposto ai pubblici funzionari dall' art. 384: sì che, e dato quest' ultimo obbligo, e dato l'evidente interesse all'annotamento nella persona che ha ottenuto l'annullamento, lo scrivente ritiene sufficiente sanzione quella dell'imposizione di una multa. Infatti i terzi sono già sufficientemente tutelati dalla trascrizione della domanda (art. 357 n. 2, 5, 6), e ad essi posti sull'avviso dalla stessa, non deve riuscir difficile accertarsi dello stato reale delle cose, tanto più che si tratta, per lo più di atti pubblici (sentenze), di cui il terzo interessato può in ogni caso richiedere la trascrizione ! (art. 379).

Siffatto rilievo apparrà tanto più esatto se si riflette che nel caso che uno dei fatti indicati nell'art. 359 p. p. risulti da convenzione, quest'ultima deve già essere trascritta a sensi dell'art. 357 in quanto si tratterebbe di convenzione che importa trasferimento di diritti reali immobiliari o di atti soggetti a trascrizione.

Quanto poi all'obbligo dell'annotamento dell'avveramento della condizione risolutiva, specie dato il disposto dell'art. 372 ult. cpv., del tutto approvabile, pare allo scrivente che tutte le ragioni, esauriente-

mente svolte dal relatore per escluderne l'obbligo quanto alla condizione sospensiva, si applichino egregiamente anche alla risolutiva.

Già il giudizio di accertamento, necessario, in caso di dissenso, per eseguire l'annotazione — e non c'è da farsi eccessive illusioni che il contraente in danno del quale la condizione risolutiva si è verificata sia tanto propenso a rilasciare dichiarazioni unilaterali del genere, sì chè il disposto dell'art. 369 cpv. è, per questa parte, per lo meno molto ottimista —, specie data la intollerabile sanzione dell'art. 369 p. p., costituisce un onere gravissimo. E non è certo col rendere necessari giudizi siffatti colla sanzione di che all'art. 369 p. p. che si rende un buon servizio alla amministrazione della giustizia!

Inoltre, come rispetto alla condizione sospensiva, i terzi che non ne possono ignorare l'esistenza (art. 373 ult. cpv.) — qui il secondo periodo dell'art. 372 ult. cpv. contiene un utile implicita presunzione di non avveramento quando la menzione della condizione contenuta nell'atto da trasciversi non sia riprodotta nella nota — sono sempre in grado di accertare se o meno la condizione si sia verificata, altrettanto deve dirsi per la condizione risolutiva. Infine è applicabile tanto alla condizione risolutiva quanto alla sospensiva la osservazione (relazione p. 163) che « è sembrato grave ammettere che mentre *pendente condizione* i beni si possano liberamente alienare od ipotecare sotto la stessa eventualità, ciò non sia possibile dopo decisa la condizione e cessato lo stato di pendenza, fino a che tale cessazione non venga resa pubblica, mentre può dar luogo a gravi incertezze e difficoltà la prova del momento preciso in cui la condizione deve ritenersi verificata, e peggio ancora se mancata ».

Per ciò pure ponendo l'obbligo dell'annotamento anche dell'avveramento della condizione risolutiva la sanzione accolta nell'art. 369 p. p. sia per il difetto di questo annotamento sia per il difetto dell'annotamento dell'annullamento ecc., deve essere soppressa o sostituita.

Bene all'art. 372 ult. cpv. si è imposto l'obbligo di indicare nelle note di trascrizione il termine o la condizione (analogamente art. 373 n. 6 per i trasferimenti mortis causa).

Come sanzione di tale obbligo il relatore avverte che la commissione ha ritenuto eccessiva quella di ritenere il negozio come puro, ed

ha altresì rifiutato la sanzione della nullità in ogni caso della trascrizione, che si potrebbe sempre rifare purchè non siano intervenute altre trascrizioni o iscrizioni.

Senonchè in relazione alla pessima formulazione dell'art. 378, che commina la nullità della trascrizione tanto per il caso di incertezza sulla costituzione o modificazione del diritto quanto per il caso di incertezza sull'esistenza e natura della condizione o del termine — si che aberrantemente la incertezza sull'esistenza e natura della condizione o del termine porterebbe a ritenere nulla la trascrizione anche per quanto riguarda la validità del trasferimento: sanzione tanto più pericolosa dato l'art. 358! — di fronte al cennato pericolo deve pur sempre ritenersi minor danno per il trascrivente la sanzione che il negozio deve nei riguardi dei terzi valere come puro!

Il progetto all'art. 384 sancisce, a nostro avviso opportunamente, l'obbligo per il notaio e per gli altri pubblici ufficiali di trascrivere gli atti, soggetti a trascrizione, che avessero ricevuto.

La disposizione non ci sembra in contrasto, dato l'art. 358, col cosiddetto carattere facoltativo della trascrizione: carattere facoltativo che, per lo meno in pratica, la disposizione dell'art. 358 ha, se non altro, notevolmente attenuato, per non dire del tutto eliminato.

TITOLO VI

Dei Privilegi e delle Ipoteche

CAPO I

La relazione si inizia con una confusa e qua e là anche inesatta esposizione dello svolgimento storico dell' istituto.

Le disposizioni generali (artt. 385-388) sono sostanzialmente rimaste immutate, se si tolga l' inclusione, del resto pienamente approvabile, del pegno tra le cause legittime di prelazione (art. 387) e la conseguente necessaria estensione al pegno delle norme di che all' art. 1951 cod. civ. Strana apparrà, dopo ciò, la mancata disciplina del pegno tra i diritti reali di garanzia!

Sulla disciplina di che all' art. 388 si dirà in prosieguo a proposito dell' articolo 485 n. 2.

CAPO II

L' art. 389 p. p. è la esatta riproduzione dell' art. 1952 cod. civ. e su di esso nulla è da osservare. Il capoverso dell' art. 389 è invece e superfuio e pericoloso. La creazione di nuovi privilegi per effetto della convenzione delle parti, anche se i confini di tale facoltà debbano essere accuratamente e preventivamente fissati dalla legge, è pericolosa, inammissibile, inutile.

Anzitutto infatti, specie nei riguardi dei terzi, non può ammettersi che cause legittime di prelazione possano essere costituite dalla volontà dei privati, tanto più che ciò urta contro la affermazione generale, contenuta nell' art. 389 p. p., che il privilegio è un diritto di prelazione che la legge accorda in riguardo alla causa del credito.

Se dunque siffatta causa è tale da consigliare che quel credito, per la sua causa, sia assistito da privilegio, ed allora è meglio che *ab initio*

sia la stessa legge che istituisce il privilegio. In siffatto caso l'accordo delle parti per costituire il privilegio in quei casi in cui la legge lo ammetterebbe è una vera e propria superfetazione che non ha ragione di essere. L'accordo de quo inoltre darebbe luogo ad uno stato di incertezza sulla esistenza o meno del privilegio — specie in considerazione del difetto di ogni pubblicità —, che è molto pericolosa al credito.

L'art. 390 è superfluo e non ha ragion d'essere: può solo essere, con la sua generale formulazione, e, date in ispecie le disposizioni degli artt. 404, 405 e 406, fonte di equivoci. Altrettanto dicasi in relazione agli artt. 397, 389, 400 ult. cpv., 401, che escludono in modo perentorio la norma generale dell'art. 390 che si trova così, tra l'altro, sfornita di ogni efficacia e portata pratica.

L'art. 392 è assolutamente inapprovabile. Dice il relatore, errando in modo evidente, che già oggi i privilegi speciali si differenzerebbero da quelli generali perchè nei primi si scorgerrebbe una funzione accessoria di garanzia che vincola (!) la cosa al creditore privilegiato e determina quindi effetti reali.

Per vero tutto ciò è un non senso rispetto al diritto vigente dove di un siffatto e per di più discutibilissimo effetto reale dei privilegi potrebbe eventualmente parlarsi rispetto al solo art. 1958 n. 3. Ma se, trascurando tale evidente equivoco, l'art. 392 vuole, attraverso lo speciale sequestro di che all'art. 392 — è il sequestro speciale, quanto ai presupposti almeno, dell'art. 1958 n. 3 cod. civ. — rendere possibile e facilitare al massimo l'esercizio del privilegio, ed allora la disposizione è inammissibile e superflua.

Anzitutto, applicandosi alle sole cose mobili, male essa è collocata nella parte generale del capo II, anzichè nel § 2° della sezione I^a del capo stesso. Come norma generale poi essa non ha ragion d'essere (ad es. nell'ipotesi dell'art. 396: art. 1956 n. 1 cod. civ.). Inoltre come norma generale, oltre che pericolosa, è superflua rispetto alle ipotesi degli artt. 402 (art. 1958 n. 3), 403 (art. 1958 n. 4), 400 (art. 1958 n. 8), che già la materia disciplinano espressamente, mentre è superflua, ed

evidentemente inammissibile o senza ragion d'essere in quelle degli articoli 401, 398, 397.

D'altra parte, a prescindere da queste pur evidenti incongruenze, e dalla pur evidente superfluità di una norma generale in presenza delle singole concrete più adatte disposizioni particolari, è evidente come una disposizione di questo genere intralci in modo intollerabile la libera circolazione dei beni. E non è certo quando il progetto in esame ha spinto al massimo lo sforzo di rendere pubblici tutti i pesi ed i vincoli, reali o non, che affettano la cosa che può, coerentemente, ammettersi la costituzione di una vasta categoria di privilegi speciali aventi effetti reali, che non sono assoggettati ad alcuna pubblicità.

Dopo ciò l'art. 392 va senz'altro abolito.

Bene il n. 1 dell'art. 1956 è stato trasferito nella sezione dei privilegi sopra determinati mobili. Bene all'art. 393 n. 2 (art. 1955 n. 3) il termine di sei mesi è stato, per evidenti considerazioni umanitarie, portato ad un anno.

Da approvarsi è la nuova limitazione di che all'art. 395 cpv.

All'art. 396, date le innovazioni di che agli artt. 387 e 388, deve, analogamente alla dizione usata nell'art. 404 (art. 1961) aggiungersi la frase « in confronto di qualunque altro creditore, anche pignoratizio », in difetto di che, ove fosse conservato l'art. 390, il privilegio de quo sarebbe assai mal tutelato.

La sconcordanza tra gli artt. 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403 e l'art. 390 quanto alla salvezza dei diritti reali è già stato rilevato e non abbisogna di ulteriori dimostrazioni.

Infine i vari termini per l'esercizio dell'azione dopo la asportazione della cosa su cui cade il privilegio (30 giorni: art. 397; tre mesi: art. 398; tre giorni: art. 400; 30 e 15 giorni: art. 402 e 403) dovrebbero nei limiti del possibile essere unificati.

In relazione al capoverso dell'art. 399 è da avvertire che la tassa di successione non è compresa nei diritti, dazio o tributo indiretto indicati nell'art. 399 p. p. Deve quindi farsene specifica menzione.

Rilevasi, solo per incidente, e solo per amore di esattezza, che « tutto ciò che serve a coltivare od a fornire il fondo », nell'ipotesi

dell' art. 402, è pertinenza del fondo stesso, e pertanto da considerarsi cosa immobile. Si che la collocazione delli artt. 402 e 403 nei privilegi mobiliari non è, dal punto di vista dell'assoluto rigore, del tutto esatta.

All' art. 399 cpv. in analogia all'art. 406 cpv. dovrebbe dirsi che il detto privilegio non pregiudica i diritti del creditore pignoratizio.

CAPO III

Delle Ipoteche

In questo capo, che è stato oggetto delle diligenti cure dell' insigne Maestro dell' Ateneo Napoletano, fa specie anzitutto — e il rilievo è tanto più grave, se si ponga mente alla indulgenza rivelata dal progetto verso l'attività dogmatica e definitoria — che non sia contenuta, data anche l'innovazione dell' art. 387 del progetto che annovera esplicitamente il pegno tra le cause legittime di prelazione e dell' art. 388, la disciplina del pegno, come diritto reale di garanzia. Se anche, seguendo l' inesatta topografia del codice vigente, del contratto di pegno, come vincolo obbligatorio dal quale derivano effetti reali, si fosse voluto far cenno nel libro delle obbligazioni e dei contratti, non è meno facile la risposta che lo stesso ragionamento potrebbe giustificare la collocazione nel libro delle obbligazioni e dei contratti anche della disciplina legislativa delle ipoteche, almeno per quanto riguarda l' accordo diretto a costituire il vincolo.

Ciò premesso, ed entrando nel merito della disciplina legislativa che il progetto ha divisato per le ipoteche, talune critiche si possono — e proprio di sulla stessa autorità del relatore — muovere alla definizione che l' art. 413 ha dato dell' ipoteca. Quest' ultima, come già rilevava il Coviello, *de jure condito*, è incompleta, sia perchè si può applicare al diritto di garanzia in genere ed al pegno, sia perchè difetta la indicazione della natura dei beni che possono essere oggetto della ipoteca, se pure, a quest' ultimo proposito, dato il tenore dell' art. 422 del progetto, quest' ultima censura presenti oggi minore rilievo.

Superflua appare inoltre la energica riaffermazione del carattere reale del diritto di ipoteca, attraverso la espressione, già del resto con-

tenuta nell' art. 1964 del codice vigente, « l' ipoteca è un diritto reale ». Anche volendo mettere in relazione siffatta affermazione con l' intento, che lo scrivente del resto pienamente condivide, di proclamare, in contrasto con recenti tendenze, la natura reale del diritto di ipoteca, l' affermazione non raggiunge lo scopo prefissosi, perchè, come proprio il recente dibattito dottrinario ha mostrato, l' argomento dedotto dalla definizione legislativa è di assai scarso rilievo, anche per i fautori della dottrina tradizionale. Nè, quando la disciplina concreta del diritto di ipoteca non contenesse in sè gli elementi della realtà, la semplice definizione legislativa basterebbe a sbarrare il passo alle teoriche che negano il carattere reale del diritto di ipoteca.

Un ultimo rilievo può farsi a proposito del secondo cpv. dell' art. 413 dove è detto che l' ipoteca « segue i beni presso qualunque possessore. » Ci sembrerebbe più corretta, anche se al terzo acquirente dell' immobile ipotecario si continuasse ad applicare la ormai tradizionale denominazione di « terzo possessore », la dizione « li segue presso qualunque titolare ».

All' art. 413 il progetto ha fatto seguire — e sull' opportunità e necessità, anche dal punto di vista morale, del divieto del patto commissorio anche nell' ipoteca, in analogia a quanto è già attualmente ed esplicitamente disposto per il pegno e per l' anticresi, non può sorgere serio dubbio — l' art. 414, contenente il divieto del patto commissorio puro e semplice. Non è qui il caso di entrare nel merito della controversia, che la recente, e a dir vero assai discutibile, giurisprudenza del Supremo Collegio, che, specie di fronte al divieto generale dell' usura, introdotto dal Codice penale del 1930, doveva per lo meno essere assoggettata a revisione, ha suscitato. Il divieto generale, contenuto nell' art. 644 C. P., dei patti usurari, e l' interesse dei creditori posteriormente iscritti parlano troppo chiaro, perchè — ripetiamo — dubbi possano sorgere sulla opportunità del divieto del patto commissorio anche nelle ipoteche. Ma, ciò premesso, ci sembra che il principio sia stato assai mal formulato sotto più aspetti. L' art. 414 ha voluto riprodurre la formula dettata dal vigente art. 1894 per l' anticresi, senza i necessari adattamenti, e senza tener conto delle formule usate e dal

nostro stesso legislatore per il pegno, all' art. 1884 del Codice vigente, e dai legislatori stranieri.

Così il dire che « il creditore non diventa proprietario *dell' immobile* ipotecato » non solo è in contrasto con la formula generica adottata nell' art. 413, dove, come si è rilevato, si parla genericamente di « beni » — si che il rilievo critico sopra svolto a proposito dell' art. 413 trova già qui una sua prima lampante conferma — ma soprattutto, applicando quegli stessi principi che per il diritto vigente ha seguito il Supremo Collegio, sottrarrebbe al divieto del patto commissorio tutti quegli altri beni — (usufrutto su cose immobili, diritti del direttario e dell' enfiteuta (art. 420 n. 2 e 3), navi, aeronavi ed automobili (art. 422) — che non sono immobili, secondo proclama l' art. 6 del progetto! Difetto questo tanto più grave in quanto per le navi, aeronavi ed automobili neppure potrebbe invocarsi, perchè inapplicabile, il corrispondente divieto dell' art. 1884 per il pegno, mentre per i beni indicati nei n. 2 e 3 dell' art. 420, la situazione, creata dal codice vigente, rimarrebbe, nonostante l' innovazione, invariata!

Inoltre la formula adottata — « il creditore non diventa proprietario dell' immobile ipotecato per la *sola* mancanza del pagamento nel termine convenuto » — può far sorgere dubbi. Migliore quindi ci sembra la dizione adottata dall' art. 816 del Codice Civile Svizzero, così modificata: « Il patto che in difetto di pagamento il bene ipotecato passi senz' altro in proprietà del creditore è nullo, nonostante qualunque clausola in contrario ».

Ma non basta. Se, ad evitare patti usurai e il danno per i creditori posteriormente iscritti, era utile il divieto del patto commissorio anche nell' ipoteca, il legislatore non doveva fermarsi quì, non lasciando, come ora espressamente dispone l' art. 1894 per l' anticresi, al creditore altra via che l' espropriazione forzata. È noto infatti, che spesso, il patto commissorio anzichè da fini usurai, è ispirato dal desiderio delle parti, specie quando il debito per cui la garanzia è concessa sia assai vicino al valore di scambio dell' immobile o del bene ipotecato, di evitare la lunga e dispensiosa procedura di espropriazione.

Ora anche siffatta ipotesi, che il legislatore ha invece espressamente considerato per il pegno, merita forse di essere presa in considerazione, anche per l'ipoteca, ammettendo, in caso di preciso e specifico accordo delle parti — non quindi in ogni caso, come ora dispone l'art. 1884 cod. civ. — che il creditore ipotecario possa far suo il bene ipotecato, corrispondendo al debitore il prezzo che al bene ipotecato fosse attribuito da perito o da periti nominandi dalla autorità giudiziaria. Con quest'ultima avvertenza, e concedendo ai creditori posteriormente iscritti il diritto, qualora credessero troppo esigua la somma indicata dal perito, di rendersi essi stessi assegnatari del bene ipotecato per una somma maggiore — lo stesso diritto dovrebbe attribuirsi nei confronti dei creditori posteriormente iscritti al creditore che si sia avvalso di tale facoltà, istituendo così tra essi una vera e propria gara — si potrebbero utilmente conciliare il divieto dei patti usurari e la tutela dei creditori in genere con il legittimo desiderio del creditore di sottrarsi alla lunga e noiosa procedura di esproprio.

L'art. 415 del progetto in conformità delle esigenze della circolazione sempre più rapida della ricchezza, ha accolto, secondo del resto de lege lata già si riteneva da buona parte della dottrina, il principio della cedibilità dell'ipoteca indipendentemente dalle sorti del credito, purchè il cessionario sia un creditore del comune debitore. Della esplicita statuizione va data lode al progetto, anche perchè non ci sembra che con la disposizione in parola si urterebbe contro il carattere accessorio del diritto di ipoteca. La limitazione però della cedibilità dell'ipoteca « a favore di un altro creditore del comune debitore » è eccessiva. È esatto che il creditore ipotecario, per le ragioni addotte dal relatore, non possa cedere l'ipoteca a favore di suoi creditori personali, ma gli inconvenienti che in questo caso si lamenterebbero non avrebbero forse ragione di sussistere se la cessione fosse fatta a favore di un creditore ipotecario del terzo possessore: ipotesi quest'ultima che non può ritenersi ricompresa nella frase « creditore del comune debitore ».

Oppurtuna e ben congegnata è la disciplina degli effetti della cessione dell'ipoteca, in quanto a differenza dal Codice Germanico (§. §.

1137, 1138 e 892) consente al debitore di opporre al cessionario tutte le eccezioni che gli competono rispetto alla validità originaria del credito. La espressa menzione che il debitore non può opporre le eccezioni relative alla estinzione sopravvenuta del credito ci sembra superflua, qualora la disposizione dell'art. 487 del progetto sia mantenuta.

Recisamente contrari ci trova invece l'innovazione, contenuta nell'art. 416 del progetto, per cui l'ipoteca non resa pubblica non ha effetto nemmeno tra le parti. La Commissione ha qui voluto porre non solo un evidente parallelo con la trascrizione, per la quale l'art. 358 fa dipendere anche *inter partes* l'acquisto della proprietà o di altro diritto reale dalla formalità della trascrizione, ma, secondo anche si desume dalla disposizione dell'art. 487 del progetto, ispirandosi alle legislazioni germanica ed austriaca, ha anche cercato di accostarsi in genere alla disciplina accolta da quelle legislazioni, in ispecial modo all'austriaca, fin dove lo permetteva il difetto nel nostro ordinamento giuridico civilistico dei libri fondiari.

A nostro modo di vedere, in ordine al nuovo principio contenuto nell'art. 416, specie se si osservi che il problema centrale, massimo, dell'ipoteca e dei suoi effetti è quello della sua opponibilità ai terzi, non v'è alcuna ragione di fronte al principio della volontà per far dipendere l'efficacia, anche *inter partes*, dell'ipoteca dalla formalità della iscrizione, specie se si riconosca che il parallelo col principio posto per la trascrizione non può vantare al suo attivo la eliminazione di tutti quegli inconvenienti pratici che l'art. 358 tronca quasi totalmente.

In tema di ipoteca poi il parallelo con la trascrizione corre anche meno. Se il negare effetto, anche tra le parti, all'ipoteca può avere senso rispetto all'ipoteca consensuale, siffatte considerazioni vengono del tutto meno rispetto all'ipoteca legale ed alla ipoteca giudiziale, che ripetono la loro ragione d'essere direttamente dalla legge. Rispetto a queste ultime dire che l'ipoteca non ha efficacia finchè non è resa pubblica neppure *inter partes* quando è la legge stessa che è la fonte di siffatte ipoteche è per lo meno contraddittorio.

Infine si rende ingiustamente ed inutilmente peggiore la condizione del creditore ipotecario, il quale, se la disposizione dovesse tradursi

effettivamente in norma cogente, veglierà alla tutela dei suoi interessi *eseguendo, in caso di ipoteca consensuale, la sua prestazione solo ad iscrizione ipotecaria già attuata*. Osserviamo che, a tal fine, sono utilissime la disposizione e dell'art. 433 che permette la costituzione dell'ipoteca anche mediante dichiarazione unilaterale e quella dell'art. 461 che permette la costituzione dell'ipoteca anche per un debito futuro o meramente eventuale !

Non solo infatti il creditore ipotecario che non avesse ancora iscritto l'ipoteca non potrebbe avvalersi del disposto dell'art. 1980 cod. civ. — l'altra questione circa la indivisibilità del pagamento a sensi dell'art. 1029 c. c. può trovare un efficace correttivo nelle norme di cui agli artt. 1206 e 1208 — ma dovrebbe assistere impotente al deterioramento della cosa da parte del debitore, che potrebbe persino, sino ad iscrizione avvenuta, costituire sull'immobile ipotecato servitù passive od altri diritti reali, senza che tale attività, specie dato l'art. 418, sia illegittima! Il peggio poi si è che siffatti atti del debitore, verificatisi medio tempore, resterebbero senza sanzione, perchè, avendo l'ipoteca effetto solo ad iscrizione avvenuta, l'iscrizione dell'ipoteca non farebbe che consacrare lo scorno ed il danno del creditore ipotecario, che non potrebbe neppure godere della tutela dell'art. 418 cpv.!

Tutto ciò non senza notare i gravissimi inconvenienti cui si andrebbe incontro in caso che tra la costituzione dell'ipoteca e la sua iscrizione una delle parti decedesse. Il caso, forse meno grave per l'ipotesi della morte del creditore ipotecario, è gravissimo invece per la morte del debitore ipotecario, perchè non avendo l'ipoteca efficacia anche tra le parti sino alla sua iscrizione non potrebbe più, specie nell'ipotesi (art. 436) che l'eredità sia accettata col beneficio dell'inventario, farsi luogo all'iscrizione. Si assisterà così allo scontro, che, deceduto medio tempore il debitore, il suo erede, accettando l'eredità col beneficio dell'inventario, potrà impedire al creditore ipotecario che avesse già sborsato il danaro, di iscrivere l'ipoteca concessagli dal debitore!

Tutto ciò, mentre si ammette l'ipoteca testamentaria, con tutti i suoi difetti rispetto alla *par condicio creditorum*, è veramente un po' troppo.

Infine non esistendo l'ipoteca *inter partes* se non sia resa pubblica, trascorso, senza che dell'ipoteca sia stata rinnovata l'iscrizione, il trentennio di che all'art. 456 del progetto, il creditore ipotecario non potrebbe più reiscriverla, anche se il credito non fosse nel frattempo estinto. Conseguenza veramente eccessiva, e che il progetto ha dovuto evitare, aggiungendo espressamente all'art. 2001 del codice vigente, riprodotto nell'art. 456 del progetto, un ultimo capoverso per affermare che « se l'iscrizione è rinnovata passato tale termine prende grado dalla rinnovazione », consacrando però così una espressa deroga al principio accolto nell'art. 416.

Infine la disposizione in parola lascia incerta la situazione del creditore ipotecario, che non abbia iscritto l'ipoteca. Avrà o meno quest'ultimo diritto di iscrivere? E fino a quando? E in caso affermativo entro quale termine: nel trentennio di che all'art. 456, ovvero solo entro il termine decennale di che all'art. 576, o nel termine della prescrizione del credito?

Tutte questioni che, come si vede, il progetto non si è prospettate, e che, qualunque sia la decisione che sarà adottata rispetto alle innovazioni di che all'art. 416, meritano di essere più attentamente considerate e valutate.

L'art. 417 del progetto riproduce, mitigandola alquanto, la disposizione dell'art. 1966 cod. civ., per escludere dall'ipoteca sia le miglitorie eseguite dal terzo possessore a sensi dell'art. 475 del progetto, sia le accessioni e miglitorie create con danaro mutuato dagli istituti di credito agrario. Per altro se scopo del legislatore fosse, come appare dalla relazione, quello di escludere dall'estensione solo le miglitorie di che all'art. 475 e quelle create con danaro mutuato dagli istituti di credito agrario, la formula « salve le eccezioni stabilite dalla legge » meriterebbe di essere riveduta, potendo la sua troppo lata formulazione far ritenere che non solo le miglitorie di cui all'art. 475 siano sottratte all'estensione, ma tutte in genere le miglitorie fatte dai terzi. Il che sarebbe veramente eccessivo e pericoloso per il creditore ipotecario, che vedrebbe il suo diritto soggetto ad ogni possibile controversia in ordine all'oggetto della garanzia: pericolo che indurrebbe il creditore ipote-

cario a non tener conto in ogni caso, ai fini della garanzia, delle accessioni esistenti o possibili, restringendo così eccessivamente il credito immobiliare.

Sarebbe infine bene specificare che nelle accessioni dell'immobile ipotecato si comprendono le servitù e gli altri diritti reali acquistati successivamente dal proprietario del fondo ipotecato.

Da ultimo si deve rilevare come, data la ipotecabilità anche delle rendite sopra lo Stato, si possa porre il problema se i premi, nel caso, ad es., di prestiti a premio, rientrino nelle accessioni della cosa ipotecata: problema che la imprecisa dizione « immobile ipotecato » parrebbe escludere, dove invece sarebbe ben giusto che il premio fosse considerato come accessione della rendita ipotecata.

Ciò potrebbe sembrare eccessivo nell'ipotesi di un premio molto forte rispetto ad un debito esiguo. Ma a prescindere dal fatto che in tale ipotesi il debitore può senz'altro pagare il debito, salvo regolamento amichevole delle varie questioni insorgibili (tasso d'interesse, ecc.), la disposizione non è affatto iniqua nell'ipotesi contraria, specie in quella di diminuito valore della rendita sopra lo Stato, dopo la costituzione dell'ipoteca.

L'art. 418 del progetto dispone che il debitore può, malgrado qualunque patto in contrario, vendere il fondo o gravarlo di pesi. Per vero che il debitore potesse alienare il fondo ipotecato o ipotecarlo successivamente non si era mai fino a qualche tempo fa seriamente dubitato, e se la disposizione in parola avesse lo scopo di rimuovere quel dubbio e di affermare che, dopo iscritta una ipoteca su un bene il debitore può iscriverne altre, essa sarebbe del tutto superflua. Essa è invece da ritenersi mal formulata ove, come appare dalla relazione, avesse lo scopo di dichiarare nullo, per le saggie considerazioni svolte nella relazione, — considerazioni che però ci sembrano, così come formulate dall'insigne relatore, accoglibili solo per il divieto della alienazione, — il patto che facesse divieto al debitore ipotecario di vendere lo stabile ipotecato o di gravarlo di altri pesi.

Miglior consiglio ci appare quindi quello di riprodurre la formulazione, che a noi sembra più felice, del § 1135 Cod. Civ. Germ., per

cui « il patto col quale il proprietario della cosa ipotecata si impegna a non alienarla o a non gravarla di pesi è nullo ». Nella dizione da noi proposta, che ricalca, come si è detto, il § 1136 Cod. Civ. Germ., si è poi parlato di cosa ipotecata, anzichè solo di fondi, dato che il divieto avrebbe ragion d'essere anche per i beni ipotecabili compresi nell'art. 422, e per i diritti ipotecabili indicati ai n. 2 3 dell'art. 420, che la dizione « fondo ipotecato » evidentemente non comprende.

Con la nostra formulazione inoltre non può sorgere il dubbio, che potrebbe scaturire dalla collocazione nel periodo della frase « malgrado qualunque patto in contrario », se il divieto del patto in contrario si riferisca solo alla alienazione della cosa ipotecata e non anche alla costituzione di altri diritti reali sulla cosa.

Dal punto di vista terminologico poi la dizione « resi pubblici » usata nella prima parte dell'art. 418, riferita ai diritti reali, ci sembra impropria rispetto all'articolo che parla di « fondo ipotecato », e da sostituire colla espressione « trascritti od iscritti ». La attuale dizione però, ove si parlasse anzichè di « fondo ipotecato » di « cosa o bene ipotecati » potrebbe essere mantenuta.

Sull'esempio poi dell'art. 812 Cod. Civ. Svizzero si potrebbe limitare la inefficacia dei diritti reali resi pubblici dopo la trascrizione dell'ipoteca alla sola ipotesi che il creditore ipotecario non li abbia consentiti. In tal caso l'art. 418 potrebbe essere così formulato: « senza tener conto dei diritti reali imposti sulla cosa senza il consenso del creditore e trascritti (o resi pubblici) dopo l'iscrizione dell'ipoteca ». È quì da avvertire che la espressione « senza tener conto dei diritti reali, », è rispetto alle ipoteche superflua, dato il disposto degli artt. 461 e 462 ed anche inesatta. Probabilmente come appare dalla stessa relazione (pag. 178) qui i compilatori hanno avuto presente solo la ipotesi di costituzione di diritti reali di godimento.

La frase « resi pubblici dopo la sua iscrizione » dove il *sua* è riferito al creditore è evidentemente infelice.

Il regolamento che l'art. 418 fa poi ai diritti reali costituiti dal debitore ipotecario dopo iscritta l'ipoteca, e ricalcato sull'esempio del legislatore germanico e svizzero, è degno di lode e ispirato a sensi di

equità. Esso però merita qualche ulteriore precisazione. Così erroneamente si fanno estinguere anche le servitù costituite in base alla legge: ciò che è assurdo, come si mostrerà meglio più oltre esaminando, in relazione all'art. 388, l'art. 485 n. 2 del proge.to.

Inoltre per evidenti ragioni di coordinamento, e dato che la costituzione di diritti reali posteriormente alla iscrizione dell'ipoteca non è opponibile al creditore ipotecario, va riveduta la disposizione del n. 3 dell'art. 500. Infatti se l'acquirente, che avesse pagato l'immobile ad un prezzo inferiore, proprio in relazione ai diritti reali costituiti dopo l'iscrizione dell'ipoteca, fosse autorizzato ad offrire il prezzo stipulato, e questo solo dovesse essere definitivamente posto a disposizione dei creditori a sensi dell'art. 503, ognun vede come, in siffatta ipotesi, l'inopponibilità al creditore ipotecario dei diritti reali costituiti sulla cosa ipotecata dopo l'iscrizione si ridurrebbe ad una mera apparenza. Pertanto nella ipotesi di costituzione di diritti reali sulla cosa ipotecata dopo l'iscrizione, il prezzo di che al n. 3 dell'art. 500 deve essere aumentato dell'equivalente in danaro dei diritti reali così costituiti. Analogo mutamento dovrà essere introdotto nell'art. 500 ult. cpv., anche nel senso di chiarire che nella determinazione di quel prezzo non deve tenersi conto dei vincoli reali costituiti sulla cosa dopo la iscrizione dell'ipoteca.

La frase usata nel 1 cpv. « costituire servitù o altri diritti reali sulla cosa » in quanto si riferisce anche alle ipoteche, è evidentemente superflua, dati gli artt. 461 e 462, e non essendosi mai dubitato che il debitore ipotecario possa iscrivere sui suoi beni successive ipoteche.

Piuttosto a difficoltà e complicazioni nel procedimento esecutivo, tali forse da ostacolarne la rapidità, può dar luogo la formula « equivalente in danaro », usata dal legislatore nell'art. 418 cpv. Tale espressione implica una valutazione del valore del diritto reale di godimento (servitù, usufrutto, uso) reso pubblico dopo l'iscrizione dell'ipoteca, per la quale, non potendo applicarsi evidentemente i criteri accolti dal vigente codice di diritto processuale civile all'art. 663, si rende necessaria una perizia, che, spesso, potrebbe anche superare il valore del diritto reale di godimento costituito sulla cosa. A nostro modo di vedere si potrebbero eliminare gli inconvenienti sopra rilevati attribuendo, almeno per l'ipotesi di co-

stituzione di diritti reali (servitù, uso, abitazione) a titolo oneroso, al titolare del diritto reale la somma da lui sborsata per la costituzione dell'onere e quale appare dall'atto costitutivo trascritto. In tal modo tanto il debitore ipotecario quanto il titolare del diritto reale hanno interesse ad una dichiarazione veritiera delle somme sborsate per la costituzione del vincolo: il primo perchè in caso di indicazione di somma superiore vedrebbe restringersi automaticamente la possibilità di ulteriori crediti immobiliari; il secondo perchè, indicando una somma minore rischierebbe, in caso di esproprio, di perdere la differenza.

Anche questa disposizione rivela, a tutta evidenza, come i compilatori abbiano avuto presente la sola ipotesi della costituzione di diritti reali di godimento, essendo per le ipoteche, dato il n. 4 dell'art. 442, del tutto superflua ed anche inesatta la espressione « il loro equivalente in denaro ».

Esattamente l'art. 419, che riproduce, migliorandolo notevolmente, l'art. 1980 cod. civ., è stato collocato nelle disposizioni generali, a significare che esso si applica a tutte le ipoteche. Il regolamento dell'art. 419 migliora notevolmente la situazione del creditore ipotecario, che può, attraverso questa norma, impedire gli atti pregiudizievoli sulla cosa. Siffatto regolamento è pienamente approvabile, nonostante che si possa scorgere una certa contraddizione tra il permesso al debitore ipotecario di costituire diritti reali sulla cosa ipotecata ed il diritto di intervento per impedire gli atti pregiudizievoli alla sua sicurezza.

L'art. 419 parla di « debitore o terzo », con che si ricomprende anche il terzo possessore, se pure tale non fosse l'intento del legislatore. Ora, specie in relazione al capoverso dell'art. 419, dove si parla solo di « colpa del debitore », escludendosi così il terzo possessore, che non è un debitore, sarà bene in luogo della dizione « qualora dal debitore o da un terzo » usarne altra più ampia sì da ricomprendervi il terzo possessore. Analogamente dicasi per il capoverso.

Questo diritto di intervento del creditore non deve essere però gravemente ed inutilmente pregiudizievole al debitore: si pensi, ad es., all'ipotesi che il debitore intenda abbattere la casa esistente sul fondo per riedificarne una nuova e più bella. E ancora e più si pensi all'ipo-

tesi che l'ipoteca cada su automobili od aeronavi, che coll'usarne possono e perire e deteriorarsi. Qui l'esigenza del debitore di usare il veicolo e quella del creditore di non vedere distrutta la cosa, su cui la garanzia insiste, potrebbero essere utilmente conciliate, obbligando il debitore ad assicurare l'autoveicolo anche in caso di danno procurato da lui stesso, applicando conseguentemente rispetto al risarcimento del danno il principio dell'art. 1951 c. c. (388 progetto).

In altri casi l'intervento del creditore ipotecario a far cessare gli atti vietati dall'art. 419, può provocare, anche per il solo ritardo, danni gravissimi al debitore. Inoltre quali, in siffatta ipotesi, le cautele che il creditore potrà pretendere?

Per ovviare il più possibile a tali inconvenienti si dovrebbe anzitutto espressamente — per quanto ciò sia intuitivo — limitare il diritto di intervento del creditore all'ipotesi che gli atti vietati dall'art. 419 siano stati fatti « senza il consenso del creditore », aggiungendo quest'ultima frase dopo la parola « compiono ». Inoltre, a facilitare la posizione del debitore ipotecario, anzichè attribuire al creditore ipotecario la facoltà di domandare « che venga ordinata la cessazione di tali atti e disposte le cautele necessarie per evitare il danno », si potrebbe disgiuntivamente attribuire al creditore ipotecario l'una o l'altra facoltà, sostituendo all'*e* congiuntivo un *o* disgiuntivo.

Invero, nell'ipotesi che il debitore ipotecario possa dare le cautele necessarie a garantire l'esclusione di ogni danno perchè comminare anche la cessazione degli atti?

Quali siano poi le cautele necessarie ad evitare il danno è rimesso all'equo apprezzamento del magistrato, il quale valuterà altresì con larghezza, ma con criterio obiettivo, ed in ogni caso entro i limiti del valore del bene ipotecato, quando a causa degli atti del debitore o del terzo i beni ipotecati possano diventare insufficienti alla sicurezza del creditore.

Il problema può poi riproporsi, più grave, ad es., per il caso delle pertinenze, e delle costruzioni provvisorie, che l'art. 4 considera immobili.

Per le pertinenze la cautela dell'art. 9 ult. cpv. attenua il pericolo, solo nel senso che una volta costituita l'ipoteca sulla cosa con le relative pertinenze il proprietario non può mutare il regime giuridico della pertinenza. Ma quid iuris se intenda far venir meno la destinazione permanente che dà luogo alla qualifica di pertinenza? E per le costruzioni fatte sul suolo in via provvisoria dovrà prevalere la loro destinazione od il diritto del creditore ipotecario, che si estende a tutte le accessioni?

Sono problemi, come si vede, che abbisognano di un più approfondito esame, e che accenniamo qui solo per segnalarli all'attenzione di chi presiederà alla compilazione del progetto definitivo.

L'art. 420 cod. civ. contiene l'elenco dei beni capaci d'ipoteca, che andrebbe meglio coordinato tanto con l'art. 413 quanto con l'art. 422. All'art. 422 potrebbe aggiungersi in analogia al n. 2 dell'art. 420 che potrebbe essere oggetto della speciale ipoteca ivi disciplinata anche l'usufrutto sulla nave e sulle rendite sopra lo Stato.

Rispetto alle aeronavi ed alle automobili tale aggiunta, data la loro natura, la aleatorietà, e la scarsa rilevanza economica del relativo usufrutto, ci sembra superflua.

L'art. 421, seguendo l'esempio della legge ipotecaria spagnola, disciplina la sorte dell'ipoteca quando l'usufrutto si consolida con la proprietà, e dell'ipoteca concessa sulla nuda proprietà in caso di consolidazione. Terminologicamente all'espressione « finisce » preferiremmo fosse sostituita quella più tecnica « si estingue », o, per evitare la ripetizione, l'altra equivalente « ha termine ».

La disposizione in parola va poi coordinata col n. 3 dell'art. 485, aggiungendovi le parole « salva la disposizione dell'art. 421 ».

La espressione « naturale estinzione dell'usufrutto » si potrebbe utilmente sostituire con l'altra: « fino a che l'usufrutto non abbia termine secondo il titolo costitutivo ».

Inoltre la distinzione accolta tra « cause estranee alla volontà dell'usufruttuario » e « cause », diremo così, « naturali » è incerta e malfida.

Essa è sotto un aspetto troppo ristretta, dacchè se con essa si vuole dire che in ogni caso di rinunzia dell'usufruttuario l'ipoteca non si estingue, si dispone cosa in via di massima giusta ed esatta, ma si trascurano del tutto le ipotesi in cui la rinunzia sia giustificata (ad es. art. 147 cpv. del progetto). Dall'altro è troppo ampia, perchè se per causa non estranea alla volontà dell'usufruttuario si intenda — come scrive, ad es, il relatore — un suo fatto volontario (ad es. l'abuso della cosa gravata da usufrutto), ognun vede come si dovrebbe finire per escludere l'estinzione dell'usufrutto anche in caso di suicidio dell'usufruttuario o in caso di volontario scioglimento dell'ente titolare dell'usufrutto. E ciò non senza rilevare che non è già la volontarietà dell'abuso — questo potrebbe in ipotesi essere involontario ed incolpevole — che importa la estinzione dell'usufrutto. In sostanza lo abuso dell'usufrutto, la morte dell'usufruttuario suicida, lo scioglimento volontario dell'ente, il non uso per dieci anni, anche se determinati dalla volontà, sono solo *fatti* giuridici, e il fatto che siano o meno stati voluti dall'uomo è irrilevante giuridicamente. Ora tutto ciò non trova una esatta rispondenza nella formula usata dal progetto, che merita pertanto una più attenta disamina, tenendo presente che sarebbe forse il caso di limitare la regola dell'art. 421 p. p. solo rispetto alla rinunzia di mala fede ed all'abuso della cosa immobile su cui è costituito l'usufrutto. E ciò anche per la considerazione che il suicidio dell'usufruttuario o la estinzione dell'ente sono circostanze evidentemente eccezionali, nel mentre in caso di abuso la disposizione dell'art. 173 ult. cpv. attenuerebbe, e di molto, il pericolo per il creditore ipotecario.

Nel capoverso dell'art. 421 si dispone che l'ipoteca sulla nuda proprietà si estende anche all'usufrutto, salva l'ipotesi dell'art. 421 p. p. Ora ciò è vero non solo per la consolidazione, ma altresì per tutte le altre cause di estinzione dell'usufrutto. Ci pare pertanto inesatto aver dettato la norma solo per la ipotesi di consolidazione. La espressione « salvo che questo non sia stato precedentemente gravato di iscrizioni » potrebbe più utilmente essere sostituita da questa: « salva l'ipotesi di cui al precedente comma ».

Nella sezione dell'ipoteca legale è da rilevare anzitutto che non è stata mantenuta l'ipoteca legale a favore dei minori e degli interdetti, ora stabilita dall'art. 1969 n. 3.

Bene invece, in considerazione dell'indirizzo politico-sociale attuale di rafforzamento dei vincoli familiari, al n. 3 dell'art. 424 del progetto, sull'esempio dell'art. 2140 Cod. Nap., è stata vietata la rinunzia alla ipoteca legale della moglie per la dote ed i lucri dotali.

Bene al n. 2 dell'art. 424 è stata ristretta l'ipoteca legale ai soli immobili assegnati al convivente debitore del conguaglio, e bene, con l'accenno agli artt. 319 - 324 del Progetto del Libro III, si è escluso che l'ipoteca di che trattasi comprendesse anche il risarcimento dei danni da evizione.

La redazione dell'art. 1970 cod. civ., corrispondente all'art. 425 del progetto, è stata opportunamente modificata per eliminare il dubbio, anche se infondato, che esso non comprenda la condanna generica ai danni, come titolo per l'iscrizione dell'ipoteca legale. Bene si è escluso che la sentenza dovesse essere esecutiva per attribuire il diritto di iscrivere l'ipoteca giudiziale. Dal punto di vista terminologico alla espressione « produce ipoteca » crediamo più esatto sostituire l'altra « attribuisce il diritto di iscrivere ipoteca ». Infatti la sentenza di condanna non è che il titolo legale per iscrivere l'ipoteca, alla pari del titolo di che all'art. 442. Inoltre la espressione « produce ipoteca » è in contrasto coll'innovazione contenuta nell'art. 416 del progetto. Infine la dizione « ogni sentenza » appare oggi troppa ristretta, sol che si pensi al decreto ingiuntivo, e sol che si rifletta che vi possono essere altri provvedimenti del magistrato (ad es. l'ordinanza presidenziale che determina provvisoriamente la corresponsione degli alimenti tra coniugi in caso di separazione): e ciò tanto più se si rifletta che, non essendo necessario che la sentenza per dar diritto ad iscrivere l'ipoteca giudiziale, sia passata in giudicato od esecutiva, le stesse considerazioni, che militano pro e contro la concessione in quella ipotesi dell'ipoteca, valgono anche rispetto ad ogni provvedimento del giudice. Pertanto la dizione « ogni sentenza » dovrebbe essere sostituita da altra che tenga conto di questi ritievi, e delle disposizioni vigenti per il decreto ingiuntivo.

L'art. 428 richiede per sottoporre validamente i beni ad ipoteca la capacità di alienare un immobile. Ora la disposizione è in contrasto non solo con l'art. 422 che prevede la costituzione di ipoteca anche su beni non immobili, ma lascia nel dubbio quale capacità occorra per costituire l'ipoteca sui diritti di che ai nn. 2 e 3 dell'art. 420, che non sono immobili. È dunque evidente qui il difetto di coordinamento: difetto che è ancor più appariscente se si abbia riguardo all'art. 433 cpv.

La dizione dell'art. 1974 cod. civ. era esatta rispetto al codice vigente, che non ammetteva l'ipoteca testamentaria, e che, pur senza espressamente dirlo, presupponeva che l'ipoteca potesse costituirsi solo su beni immobili. Tutto ciò ora è mutato. È infatti notevolmente allargata la possibilità di costituire l'ipoteca su beni mobili, ristretta nel codice vigente alla sola ipotesi dell'art. 1967 n. 4; e ciò non solo, in relazione all'art. 6 del progetto, per il quale molti beni che il codice considera immobili sono diventati mobili, ma altresì in relazione alla innovazione dall'ipoteca testamentaria, che ha introdotto un elemento nuovo, che sposta l'equazione stabilita dall'art. 1974. Il minore di anni 21, che ha compiuto gli anni 18, può infatti far testamento, e costituire così l'ipoteca testamentaria, pur non avendo la capacità di alienare un immobile. Deve pertanto aggiungersi all'art. 428 la frase: « salva l'ipotesi di che all'art. 443 cpv. ».

La nuova disposizione dell'art. 431, riprodotta dall'art. 5 del Progetto Scialoja del 1910, suscita i più gravi dubbi.

Anzitutto superfluo, dato l'art. 315 del progetto, è il primo alinea.

L'art. 431 1 cpv. disciplina la surroga reale nei beni assegnati dell'ipoteca iscritta a carico di un partecipante su beni diversi da quelli assegnatigli in divisione. Questo, che viene nel testo della disposizione qualificato come trasporto dell'ipoteca, è cosa utile e saggia. Ma proprio appunto perchè si tratta di un trasporto, e le spese per la iscrizione sono già state fatte, — le abbia poi sopportate il debitore od il creditore — sarebbe utile, nell'interesse di chi in definitiva — sarebbe bene che anche di queste spese si facesse esplicito cenno nell'art. 455 aggiungendo la frase « e quelle di trasporto » — le dovrebbe pagare, stabilire che non si debbano pagare le spese, come se si trattasse

di una iscrizione nuova. Ciò è più che giusto ed equo. So bene che il codice civile non sarebbe il luogo per la posizione di un siffatto principio; ma il rimando alla sua sede naturale — la legge sulle tasse ipotecarie — potrebbe far sì che il principio sia per via dimenticato.

Trattandosi di surroga reale bene è stato posto un limite obbiettivo: quello del valore della garanzia offerta dal fondo originariamente ipotecato. E ciò perchè il creditore non tragga indebito lucro dalla surroga.

Dubbi invece suscita la affermazione per cui quel valore dovrebbe essere quello che « risulta dalla divisione ». La disposizione, data la naturale tendenza del contribuente a far apparire nell'atto, soggetto a tassa di registro, un valore minore del reale, al fine della evasione fiscale, e date le possibili collusioni dei condividenti a danno del creditore ipotecario, non pare approvabile, e potrebbe costituire un serio pericolo per il creditore. E ciò tanto più che per l'art. 360 4 cpv. il creditore ipotecario è ope legis ritenuto senz'altro opponente alla divisione. Meglio è dunque togliere l'inciso « quale risulta dalla divisione », lasciando così, in caso di disaccordo sul valore dei beni originariamente ipotecati, libera la via al creditore ipotecario ad un accertamento peritale del valore dei beni originariamente ipotecati.

Inoltre se si capisce che tale surroga non pregiudichi la ipoteca legale spettante ai condividenti per rifacimenti e conguagli, per l'ovvia ragione che il creditore ipotecario non può vantare maggiori diritti del suo debitore, è invece da disapprovare la priorità accordata alle ipoteche validamente iscritte contro tutti i partecipanti. Se l'ipoteca iscritta contro tutti i partecipanti fosse posteriore di data all'ipoteca iscritta contro un partecipante, la surroga reale logicamente porta con sè che, come tale ipoteca resterebbe posteriore, nell'ipotesi che i beni assegnati al condividente siano quelli ipotecati, altrettanto segua per l'ipotesi che i beni assegnati siano diversi da quelli originariamente ipotecati. Diversamente questo regolamento risentirà sempre della incertezza che è ora relativa alla ipoteca su beni comuni.

Ma soprattutto il principio che l'ipoteca si trasporta sui beni assegnati col grado derivante dalla data dell'originaria iscrizione, purchè sia nuovamente iscritta entro novanta giorni dalla trascrizione della

divisione, è fonte di gravissimi pericoli, ed è in aperta contraddizione con la nuova disciplina accolta nell'art. 416. Anzitutto, in analogia all'art. 431 ult. cpv., il termine dei 90 giorni per la trascrizione della ipoteca dovrebbe farsi decorrere dalla notificazione al creditore ipotecario della divisione. È ciò tanto più che per l'art. 360 4 cpv. il creditore ipotecario è ope legis ritenuto opponente alla divisione. Ciò forse costituisce un pericolo perchè potrebbe protrarre il periodo di grave incertezza creato dal termine per la trascrizione, ma d'altra parte a un creditore ritenuto ope legis opponente, al quale la trascrizione dell'atto di divisione può con tutta facilità sfuggire, è opportuno ed equo accordare una maggiore tutela. Naturalmente deve disporsi che in difetto di tale notificazione la trascrizione della divisione non produce gli effetti di che agli artt. 358 e 360. E ciò tanto più se si pensi, che, dato il principio dell'art. 416, trascorso infruttuosamente il termine dei 90 giorni, il creditore ipotecario non potrebbe più reinscrivere sui nuovi beni assegnati al debitore l'ipoteca!

A tanto porta l'aberrante innovazione dell'art. 416 del progetto, sì che se questa fosse mantenuta, all'art. 456 ult. cpv. dovrà farsi un'aggiunta per disciplinare questa ipotesi, in modo da permettere che, per lo meno, e sia pure con effetto ex nunc, il creditore ipotecario che ha lasciato infruttuosamente trascorre i 90 giorni possa reinscrivere l'ipoteca sui beni assegnati al dividendo.

Ora è assurdo che nell'ipotesi che i dividendi possano, magari anche collusivamente, assegnare al dividendo beni diversi da quelli ipotecati, il creditore ipotecario si veda esposto a tanti pericoli! Ma soprattutto il periodo di sospensione dei 90 giorni, e il reintegro nel grado della originaria iscrizione in caso di tempestiva iscrizione, è in contrasto col principio della inefficacia anche tra le parti dell'ipoteca in difetto di iscrizione. Qui, poi, addirittura, in pieno contrasto con tale principio, la nuova iscrizione avrebbe persino effetto retroattivo; un effetto simile in tutto quello della iscrizione in separazione e della ipoteca legale dello alienante nel vigente diritto positivo.

Ora se si è stabilito il nuovo principio dell'art. 358, proprio per eliminare i gravi pericoli attualmente derivanti dall'art. 1942 (cfr. rela-

zione, p. 185), è evidentemente contraddittorio che lo stesso pericolo, altrove evitato, si voglia qui far risorgere.

Non potendosi d'altra parte, specie dato il nuovo principio dello art. 358, pensare ad una sospensione degli effetti della trascrizione e della notificazione di che sopra sino allo scadere dei 90 giorni — con questa formula che contrasta però col nuovo principio forse si sarebbe trovato un rimedio alla situazione sopra lamentata — l'unica conclusione possibile, anche se desolante ai fini del credito immobiliare, sarà quella di evitare la costituzione di ipoteche su beni indivisi, di evitare di costituire ipoteche su beni anche divisi fino a 90 giorni dalla trascrizione della divisione nell'ipotesi che anteriormente alla divisione esistessero ipoteche a carico di un partecipante.

La surroga reale è pure dall'art. 431 3° cpv. attribuita, sempre nell'ipotesi che al condividente siano assegnati beni diversi da quelli ipotecati originariamente, ai creditori ipotecari ed ai cessionari del partecipante. Veramente l'inclusione qui dei « cessionari » risente dell'origine della disposizione, ed andrebbe riportata ad altra sede. È da rilevare poi che nel capoverso non è ripetuto — senza che sia indicato il perchè del divario — quanto al valore dei beni ipotecati o ceduti l'inciso « quale risulta dalla divisione », che sopra si è criticato.

L'art. 431 cpv. è lodevole, in quanto, ad imitazione dell'art. 1951 (388 del progetto) agevola la liberazione dei creditori. Ma l'ultimo inciso « senza che da costoro (creditori ipotecari o cessionari) si sia fatto opposizione » è in insanabile contrasto coll'art. 360 4 cpv., per il quale sono considerati senz'altro come opposenti alla divisione i creditori ipotecari a cui favore, anteriormente alla trascrizione della divisione o della domanda di divisione, esistano iscrizioni ipotecarie, ed i terzi a cui favore esistano trascrizioni degli atti indicati negli artt. 357, 360, 362, 363, 364, 365, 367, 368.

L'art. 432 disciplina l'ipotesi di ipoteca costituita su cosa altrui o da chi non aveva il mandato a concederla. La disciplina adottata nel primo alinea dell'art. 432 può anche approvarsi; pienamente approvable è invece la disciplina dettata per l'ipoteca costituita in base a titolo annullabile per incapacità o vizio del consenso.

Non ci pare invece che abbia fatto bene il progetto a parificare la ipotesi di ipoteca su cosa altrui con quella di ipoteca su beni futuri, tanto più che proprio bisogna leggere la relazione per accorgersi che la disciplina dell'art. 432 primo alinea vorrebbe essere dettata anche per i beni futuri. Meglio pertanto sarebbe inserire tra il primo ed il secondo alinea dell'art. 432 un nuovo alinea dicente «L'ipoteca convenzionale può costituirsi anche su beni futuri, ed a misura che essi pervengano al debitore, purchè non si tratti di beni provenienti da futura successione».

La aggiunta del divieto di costituzione di ipoteca convenzionale su beni provenienti da futura successione, giustificata da ovvie considerazioni politiche e morali, va chiaramente accennata, perchè nonostante la affermazione in contrario contenuta nella relazione il limite non è rilevabile obiettivamente dal progetto.

L'art. 433 cpv. ammette la ipoteca testamentaria, di cui però, anche ad es., per le formalità relative alla iscrizione, ecc. ecc., (ad es. artt. 442, 444, 445, ecc. ecc.) subito dopo si dimentica completamente.

È da osservare ancora, prima di entrare nel merito di questa disposizione, come l'art. 433 del progetto abbia notevolmente migliorato il dettato del vigente art. 1978, stabilendo che l'ipoteca, secondo del resto generalmente era ammesso, possa costituirsi anche mediante dichiarazione unilaterale del costituente. Ciò elimina per lo meno da questo punto di vista ogni difficoltà in caso di morte medio tempore del costituente e rende possibile la costituzione di ipoteche a favore di obbligazioni all'ordine o al portatore.

Venendo ora all'ipoteca testamentaria, sta di fatto che la sua utilità non è affatto esclusa dalla iscrizione in separazione del patrimonio di che all'art. 2054 cod. civ., nel mentre la condizione dei legatari, in ispecie per i legati di quantità — notisi che l'art. 1017 Cod. Nap. accorda addirittura un'ipoteca legale a favore dei legatari —, non è sufficientemente tutelata dalle disposizioni dell'art. 856 e sgg. cod. civ.

Ora se l'ipoteca testamentaria fosse ammessa limitatamente, al solo scopo di assicurare la esecuzione delle disposizioni testamentarie stesse, il principio, specie di fronte all'esempio del Codice Napoleone, andrebbe in tutto approvato. E, così limitato, anzi, è da far voti che sia intro-

dotta, per ovviare alle frodi, spesso frequenti, degli eredi a danno dei legatari.

Ma il male si è che, anche a questo solo effetto, la tutela è assai male congegnata, sol che si pensi alla disposizione, per altri riflessi eccessiva e dannosa, dell'art. 436. Basta infatti che l'erede accetti l'eredità col beneficio dell'inventario per escludere la tutela che si è voluta accordare coll'art. 433 cpv., nel mentre, esclusa la iscrivibilità dell'ipoteca testamentaria, il legatario, di fronte all'erede che venda le attività ereditarie e non paghi i legati, è senza difesa, all'infuori di quella, molto relativa, della decadenza dell'erede dal beneficio dell'inventario e della sua conseguente responsabilità extra vires. Difesa ben scarsa quando l'erede, impedita l'iscrizione dell'ipoteca, abbia nel frattempo liquidato il patrimonio ereditario !

Ciò che appare poi ancor meno ammissibile è che con l'ipoteca testamentaria il testatore alteri la garanzia generale che i suoi beni rappresentano per tutti indistintamente i creditori. Ora tale alterazione non deve essere ammessa. Non già perchè essa urti contro il principio della par condicio creditorum, perchè siffatto principio, nonostante il lodevole tentativo di una procedura concorsuale in caso di eredità accettata con beneficio dell'inventario, rappresenta tuttora una eccezione rispetto al diritto civile — e, nella richiamata ipotesi del beneficio dell'inventario, una eccezione subordinata a ciò che l'erede non preferisca la liquidazione individuale, sì che pur nell'ipotesi di eredità beneficiata la par condicio creditorum non sarebbe assicurata dal divieto dell'art. 346, — se pure debba ammettersi che, anche allo stato di eccezione, siffatto principio comporti con sè più di una riserva contro la ipoteca testamentaria.

Tanto più poi se, secondo avverte il relatore, ad evitare, dopo iniziata la liquidazione del passivo, che sia turbata la par condicio creditorum, è posto il divieto della costituzione di qualsiasi ipoteca dopo la trascrizione del precetto immobiliare.

L'ipoteca testamentaria dunque, limitatamente ai rapporti tra i vari creditori del defunto, importa una alterazione delle garanzie generali dei creditori, tanto più pericolosa in quanto non resa pubblica.

Di fronte ad un debitore che abbia ipotecato i suoi beni i creditori sanno come regolarsi, sanno se debbono o meno fargli credito. Che, invece, per effetto di un atto, che deve restare segreto fino alla morte del testatore, quest'ultimo possa alterare la situazione rispettiva dei creditori al di fuori di ogni pubblicità ci pare veramente troppo grave per poterlo consentire, tanto più se si rifletta che, proprio mentre si tende a dare alla pubblicità, nell'interesse dei terzi, il più ampio sviluppo, si verrebbero così a creare quelle ipoteche occulte, o per lo meno quei loro pericolosi effetti, che tanto hanno contribuito, prima della riforma ipotecaria, ad inaridire il credito fondiario.

L'ipoteca testamentaria va dunque accolta, ma al solo fine di assicurare la esecuzione dei legati o delle disposizioni testamentarie del de cuius, non perchè con il testamento si possa costituire un'ipoteca a favore di uno o più creditori.

L'art. 436 del progetto risolve la vexata quaestio circa la ipotecabilità dei beni immobili sottoposti a precetto — come è noto, oggi si esclude solo la validità delle ipoteche convenzionali — sancendosi espressamente la inefficacia, dopo la trascrizione del precetto immobiliare, anche delle ipoteche giudiziali o legali.

Mentre per la inefficacia delle ipoteche convenzionali e giudiziali va lodata la soluzione accolta dal progetto, gravi dubbi sorgono invece per le ipoteche legali, data la loro affinità coi privilegi, ed in vista delle gravi ragioni sociali che determinano la concessione delle ipoteche legali, almeno per l'ipotesi che la vendita, la divisione e la costituzione di dote siano anteriori alla trascrizione del precetto.

Solo deve rilevarsi anche qui un altro grave difetto di coordinamento. La disposizione dell'art. 436 è limitata solo ai beni indicati nel n. 1 dell'art. 420, e non si riferisce ai beni indicati nel n. 3 e 3 dell'art. 420, perchè, essendo quei beni cose mobili (art. 6 del progetto) il precetto sui diritti di usufrutto su cose immobili e sui diritti dell'usufruttuario e dell'enfiteuta non è precetto immobiliare, e poichè (art. 363 del progetto) va trascritto solo « il precetto nei giudizi di esecuzione su cose immobili », ne deriverebbe che « qualsiasi » ipoteca potrebbe costituirsi, anche dopo intimato il precetto, sui beni indicati nel n. 2 e 3 dell'art. 420.

Inoltre troppo radicale, ed eccedente persino gli stessi scopi dei compilatori, è la disposizione dell'art. 436 per cui nessuna ipoteca, di qualsiasi genere, può iscriversi dopo la morte del debitore in caso di eredità giacente od accettata con il beneficio dell'inventario.

Anche qui, a prescindere da altre considerazioni, si fanno sentire i dannosi effetti dell'innovazione dell'art. 416. Inefficace, in difetto di iscrizione, l'ipoteca, in caso di morte, medio tempore, del debitore ipotecario l'erede può sempre impedire l'iscrizione della ipoteca consensuale, anteriore alla morte, accettando l'eredità col beneficio dell'inventario. Ora il divieto dell'art. 1971 cod. civ. non giungeva a siffatta enormità, e, per ovviare a quella più favorevole interpretazione per cui l'ipoteca giudiziaria poteva iscriversi, anche nel caso dell'art. 1791, se la condanna fu pronunciata in vita contro il *de cuius*, non era certo necessario arrivare a rimedi così radicali.

Infine la disposizione in parola mette tutte le eredità giacenti e tutti coloro che accettano o debbono accettare le eredità con beneficio dell'inventario (minori, interdetti, corpi morali) nell'impossibilità, anche quando manchino dei creditori, di far ricorso al credito immobiliare. Il principio della *par condicio creditorum* non potrebbe ricevere peggiore applicazione.

E così all'erede con beneficio dell'inventario, non sarebbe lecito, neppure colla autorizzazione del tribunale — si che non si capirebbe più perchè la relativa autorizzazione sia richiesta tuttora nel libro IV — costituire un'ipoteca per pagare, in difetto di liquido, o di beni mobili facilmente realizzabili, la tassa di successione, o peggio costituire sui beni ereditari un'ipoteca per pagare i creditori!

All'art. 439 è stato soppresso — e forse non è stato saggio consiglio — il capoverso dell'art. 1934 che dava facoltà al ministero pubblico di richiedere la iscrizione dell'ipoteca legale a favore della moglie dotata. Se può consentirsi nella soppressione dell'art. 1984 cpv., nella parte che riguarda l'applicazione della multa, non può consentirsi, specie in relazione all'importanza per la famiglia del vincolo dotale, della facoltà di ministero pubblico di richiedere la iscrizione dell'ipoteca legale. A ciò può provvedersi mediante l'aggiunta, nell'art. 438 ult. cpv., della

indicazione del pubblico ministero tra le persone che in ogni caso possono richiedere l'iscrizione dell'ipoteca legale a favore della moglie dotata.

Infine, almeno nell'ipotesi dell'art. 363 del progetto, come si fa carico, nell'art. 440, al conservatore delle ipoteche di iscrivere d'ufficio l'ipoteca legale dell'alienante, altrettanto può disporsi per l'atto costitutivo del vincolo dotale, con le stesse penalità di che all'art. 440.

L'art. 450 riproduce l'art. 1985 cod. civ., che si sarebbe potuto migliorare. Infatti oggi la pratica notarile consacra quasi sempre la rinuncia all'ipoteca legale: rinuncia e dispensa al conservatore che non si possono identificare con l'accertamento della esecuzione degli obblighi derivanti dal contratto.

Ora, a prescindere dal fatto che spesso, e specialmente per la garanzia per evizione, ricompresa nell'art. 424 n. 1, non può accertarsi l'adempimento degli obblighi, meglio sarebbe aggiungere nel capoverso che « tale iscrizione non avrà luogo in caso di espressa rinuncia dell'alienante ovvero se viene presentato ».

L'art. 442 n. 1 disciplina la ipoteca costituita a garanzia di titoli all'ordine o al portatore. Per i titoli all'ordine, ad es. le cambiali ipotecarie, difficoltà per l'iscrizione non possono sorgere. Invece per i titoli al portatore la questione è assai grave. L'imporre la designazione di un rappresentante degli obbligazionisti, che può tradirne la fiducia, che può morire o diventare incapace, dà luogo a gravi difficoltà. Non minori sono però gli inconvenienti — tra gli altri, ad es., l'impossibilità nel singolo titolare dell'obbligazione di far valere da solo il suo diritto ipotecario — cui dà luogo l'altro sistema della indicazione dell'emittente, dell'emissione, del numero e valore delle obbligazioni emesse e della serie corrispondente.

Il relatore avverte che di fronte a tali difficoltà la commissione non ha voluto rendere obbligatorio l'uno o l'altro dei due sistemi, lasciando la scelta alle parti. A nostro modo di vedere forse si sarebbe potuto propendere per il primo, sancendo, ad es., nell'art. 491 del progetto, che il rappresentante degli obbligazionisti non ha facoltà di liberare il debitore se non sia autorizzato dalla assemblea degli obbligazionisti, e

con quelle forme e cautele che quest'ultima determinerà. Per le ipotesi di incapacità o morte del rappresentante non dovrebbe poi essere difficile provvedere adeguatamente.

Bene al n. 2 dell'art. 442 si rende obbligatoria (« deve essere eletto » in luogo di « sarà eletto » dell'art. 1987 n. 2) la elezione di domicilio del creditore.

Le norme riguardanti la formalità dell'iscrizione sono rimaste immutate. Solo, come già si è rilevato, nessuna norma è stata dettata per la iscrizione dell'ipoteca testamentaria.

Ora qui le difficoltà sorgono e gravi. Se si tratta di testamento pubblico, difficoltà non sorgono: il n. 3 dell'art. 442 può facilmente osservarsi. Ma già se si tratti di testamento mistico, e peggio, se si tratti di olografo, gli artt. 444 e 442 n. 3 rendono impossibile la iscrizione dell'ipoteca. Se infatti il testamento olografo non è atto pubblico, e deve ritenersi scrittura privata, è evidente che quando sarà ottenuto l'accertamento giudiziale della sottoscrizione ben scarsa utilità l'ipoteca testamentaria potrà presentare. E la autenticazione della sottoscrizione del testatore da parte del notaio è impossibile, dato l'art. 1323 cpv. cod. civ., dopo la morte del testatore, mentre in vita urta contro il vantaggio massimo che fa, nonostante i suoi pericoli, tuttora preferire l'olografo: e cioè il segreto!

L'art. 448 primo alinea meriterebbe di essere meglio e più chiaramente formulato. Bene invece si è resa obbligatoria l'annotazione per la trasmissione dell'ipoteca per cessione, ecc.

Nel primo capoverso dell'art. 448 le espressioni «cessionario, surrogato o creditore pignoratizio» non comprendono o comprendono male tutte le ipotesi indicate nell'art. 448 primo alinea. Sarà bene anche qui migliorare la dizione.

Il 2 cpv. dell'art. 448 è una conseguenza dell'art. 416. Non ci sembra invece approvabile l'ultimo capoverso dell'art. 448. Esso sarebbe stato concepibile rispetto all'attuale art. 1994 cod. civ. Non lo è più invece rispetto all'obbligatorietà dell'annotazione disposta dall'art. 448 p. p.

Non giova certo dissimularsi le difficoltà dell'argomento. Ma anzitutto per i titoli all'ordine, ad es. per le cambiali ipotecarie, il pericolo che il successivo giratario cancelli l'iscrizione d'accordo col debitore, esponendo così ad una sicura perdita i precedenti giranti, è tale che non può essere preso alla leggera.

Anzitutto per procedere alla cancellazione dell'ipoteca cambiaria si dovrebbe imporre che il possessore della cambiale che consente la cancellazione dell'ipoteca debba presentare la cambiale stessa al conservatore delle ipoteche od al notaio che roga l'atto di cancellazione, facendo obbligo a costoro di far menzione della avvenuta cancellazione sul titolo, con la sanzione dei danni in caso di omissione. In questo caso per lo meno i successivi giratari della cambiale non sarebbero vittime di eventuali male arti del possessore della cambiale ipotecaria.

Ma ciò posto, ed anche privando del diritto di regresso cambiario verso i precedenti giranti quel possessore della cambiale che abbia consentito la cancellazione dell'ipoteca, la responsabilità dei precedenti giranti verso i successivi possessori resta pur sempre, e solo potrebbe eliminarsi statuendo che, salvo il regresso tra i giranti successivi, nè il possessore della cambiale che ha assentito alla cancellazione dell'ipoteca nè i successivi giratari possano agire in via di regresso contro i giranti anteriori alla cancellazione della ipoteca.

Invero il pericolo che il giratario della cambiale, cancellando l'ipoteca, danneggi i precedenti giranti, sussiste anche con la annotazione obbligatoria di che all'art. 448, perchè il possessore della cambiale che ha annotato la cessione può cancellare l'iscrizione alla insaputa dei dei precedenti giranti. E questi ultimi d'altra parte hanno diritto ad una tutela, per l'ovvia considerazione che è più facile accettare e girare una cambiale ipotecaria, che non una cambiale comune.

La questione per i titoli al portatore invece, sia che si segua il secondo sistema suaccennato, sia che si segua il primo, con le cautele di cui sopra, circa la cancellazione dell'ipoteca, dà luogo a minori difficoltà, essendo queste ultime offerte più che altro dal principio del regresso cambiario.

Analogamente a quanto è disposto nell'art. 569 ult. cpv. C. P. C., la facoltà di che all'art. 450 primo allinea dovrebbe essere ristretta all'anno dalla morte.

L'art. 454 andrà modificato in armonia alle modifiche che fossero per essere accolte in relazione alla disciplina di cui all'art. 422 n. 1.

Degna di lode, ad ogni modo, è la speciale pubblicità ivi disposta.

Bene, all'art. 455, in considerazione delle gravi spese per la costituzione ed iscrizione dell'ipoteca e delle maggiori esigenze del credito fondiario, è stato mantenuto il termine di trenta anni.

Della incompatibilità del principio accolto nell'art. 456 ult. cpv. con quello accolto nell'art. 416 già si è detto, e non è il caso di ripeterci qui.

Nessuna osservazione in tema di rinnovazione, se non l'osservazione che, forse, l'art. 460, corrispondente all'art. 2006 cod. civ., è superfluo di fronte al disposto dell'art. 450 (art. 1996 cod. civ.).

In conformità all'esempio delle più recenti legislazioni, ed uniformandosi alle esigenze ed alla pratica bancaria, l'art. 461, modificando l'art. 2007, ammette esplicitamente la possibilità di iscrivere ipoteche a garanzia di un debito futuro od anche meramente eventuale. Ciò è utile in relazione ai pericoli già accennati derivanti dal combinato disposto degli artt. 416 e 436; può però anche costituire un mezzo molto, troppo facile per un debitore per onerare legalmente la propria cosa, pur senza essere realmente debitore, rendendosi così insolvente praticamente rispetto ai creditori chirografari.

Non meritano invece approvazione le modifiche apportate, col l'art. 464, all'art. 2010. Come è noto gli interessi spettano al creditore sino al giorno dell'effettivo pagamento: ciò corrisponde al principio degli interessi compensativi. Non si capisce pertanto perchè il corso degli interessi col grado ipotecario si debba fermare al momento dell'aggiudicazione, quando — strano a rilevarsi — da quel momento l'aggiudicatario deve corrispondere egli stesso gli interessi sul prezzo dell'aggiudicazione. Le regioni di equità e l'interesse dei terzi invocate dal relatore sono poi inesistenti, nè v'è alcuna ragione, specie se si accolga l'altra limitazione consistente nella riduzione dell'interesse pattuito all'inte-

resse legale, che mentre a favore della massa creditoria decorrono gli interessi questi non decorrano anche a favore del creditore ipotecario.

È appena il caso di dire che se col provvedimento de quo si vogliono favorire i creditor' chirografari ed il debitore, esso appare senz' altro ingiusto, nel mentre se la lunghezza della procedura esecutiva può, attraverso il cumulo degli interessi a favore del primo iscritto, pregiudicare i creditori posteriori, le stesse lunghezze possono rendere intollerabile la limitazione degli interessi sino all' aggiudicazione. Nè si deve dimenticare che, al postutto, a favore del creditore ipotecario milita il principio della preferenza.

La riduzione dell' interesse dal tasso pattuito al tasso legale, dopo la trascrizione del precetto, è certo misura che viola il principio della validità degli accordi legalmente stipulati, ma può anche apparire equa, purchè però — altrimenti sarebbe iniqua — lo stesso principio si adotti per i creditori chirografari, e purchè non se ne avvantaggi il debitore. Se v' è un residuo attivo, dopo pagati i chirografari, è più che giusto che esso ceda a favore del creditore ipotecario nel limite della riduzione degli interessi anzichè al debitore.

Quanto agli interessi anteriori al precetto il divieto del patto preventivo di coprire con la iscrizione un numero di anualità maggiori del triennio appare tanto più necessario, data la disposizione dell' art. 464 ult. cpv., ed ispirato al lodevole principio di non aggravare eccessivamente la proprietà immobiliare, e di non togliere così al debitore la possibilità di ulteriori appello al credito immobiliare.

Negli art. 465 e 466 il progetto disciplina la surroga ipotecaria per evizione, disciplinata nell' art. 2011 del codice vigente, migliorandone la formulazione e risolvendo talune delle più gravi controversie che si agitano in dottrina. Non è il caso qui, dopo le sapienti parole del relatore, di illustrare la opportunità e l' equità della disposizione in parola: opportunità ed equità del resto dimostrata ampiamente dai ripetuti progetti di legge francesi. Le disposizioni in parola sono state migliorate, aggiungendo nell' art. 465 (art. 2011 c.c.) la frase " in tutto o in parte „, così da risolvere favorevolmente, secondo lo spirito del resto della norma, e secondo l' insegnamento prevalente della nostra dottrina, la questione se

la surroga competesse anche quando il creditore prioro si fosse soddisfatto pro rata sui vari fondi. Coerentemente al principio accolto nell'art. 448 anche la surroga deve obbligatoriamente essere annotata in margine all'ipoteca dell'iscrivente, modificando così il disposto dell'art. 2011. La innovazione è felice, e deve essere mantenuta anche se il legislatore non insistesse sulle innovazioni di cui agli artt. 416 e 448. Anche per quest'ultima rispetto all'art. 416 si può ripetere lo stesso ragionamento.

È stato aggiunto che, per eseguire l'annotazione in surrogazione, basta il certificato del cancelliere del tribunale che attesti la sofferta incapacienza nel giudizio di graduazione. L'aver preso in esame questo punto sul quale il codice vigente tace, è certo merito del progetto.

Ma la soluzione accolta, subordinando la annotazione in surrogazione alla presentazione del certificato del cancelliere “ che attesti la incapacienza nel giudizio di graduazione „, suppone che il detto certificato non possa rilasciarsi che dopo il giudizio di omologa, anzi dopo il passaggio in giudicato della sentenza di omologa.

Ora, date le possibilità di contestazioni, date le lungaggini della procedura di omologa dello stato di provvisoria graduazione, siffatto sistema non sembra opportuno.

Che bisogno c'è di attendere la omologazione dello stato di graduazione provvisoria, il passaggio in giudicato della relativa sentenza, per rilasciare il detto certificato quando, già dallo stato di graduazione e del verbale di che all'art. 713 C.P.C. risultasse sicura la incapacienza del creditore? E anche nel caso di contestazioni ex art. 713 C.P.C. che male c'è, che danno risente il debitore se, sulla base dello stato di provvisoria graduazione e sul verbale di che all'art. 713 C.P.C., il creditore possibilmente evitto si fa diligente e fa eseguire l'annotazione di che all'art. 466 del Progetto?

In luogo del certificato del cancelliere basterà così che il creditore evitto — almeno potenzialmente — presenti per la annotazione della surroga in margine all'ipoteca dell'evincente (ci pare più corretta la dizione « eseguire l'annotazione a margine dell'ipoteca dell'evincente anzichè quella usata dal progetto « eseguire l'annotazione all'ipoteca »)

lo stato di provvisoria graduazione di che all'art. 711 C. P. C. e il verbale di che all'art. 713 C. P. C.

Con questo sistema inoltre si riduce al minimo quello stato di incertezza sullo stato ipotecario dei beni del debitore: incertezza aggravata dal fatto che nessun termine di decadenza è stato fissato, come invece si è fatto utilmente per il trasporto dell'ipoteca su beni indivisi di che all'art. 431 cpv., entro cui procedere all'annotamento. Ora stabilendo non solo il termine di decadenza per l'annotamento, (30 giorni basterebbero) e per di più facendo decorrere quel termine dal giorno del verbale di che all'art. 713 C. P. C., lo stato di incertezza, che le disposizioni del progetto lasciano sussistere indefinitamente, è ridotto in termini minimi. Anche per questa surroga dovrebbe applicarsi, quanto alle spese, il principio richiamato per l'art. 431.

Il progetto, all'art. 466, ha escluso espressamente che la surroga possa esercitarsi sopra i beni dati in ipoteca da un terzo per i debiti altrui.

La questione, come è noto, è largamente dibattuta in dottrina, ed ambedue le tesi hanno per sè pari autorevolezza di argomenti e pari autorevolezza di sostenitori. A nostro modo di vedere, checchè se ne pensi *de jure condito*, mi pare che le stesse ragioni di equità che stanno a fondamento della surroga rispetto al comune debitore sussistano anche qui.

La comunanza del debitore — *de jure condendo* almeno — non è e non deve essere il solo presupposto della surroga ipotecaria per evizione. Perchè favorire il terzo datore di ipoteca, che pur poteva subire l'esecuzione, a danno del creditore ipotecario perdente? Se ben si rifletta più che la comunanza del debitore la comunanza della garanzia è la base della surroga. Donde la sua ammissibilità anche a carico del terzo datore d'ipoteca. Ciò tanto più se si rifletta alla norma dell'art. 521 (art. 2087 cod. civ.), e si faccia l'ipotesi che l'esproprio corra contemporaneamente tanto contro il debitore quanto contro il terzo, ad opera magari anche di diversi creditori. Nessun dubbio che la sanzione dell'art. 521 si applichi al creditore ipotecario che si astenga dal produrre la sua domanda nel giudizio di graduazione contro il terzo. Ed allora, dato che quest'ultima conseguenza è in contrasto con la innovazione

sancita nell'art. 466, meglio è concedere la surrogazione anche sui beni del terzo datore d'ipoteca.

Opportunamente poi, all'art. 521, che è complemento degli artt. 465 e 466 — anzi nell'ipotesi di coordinamento il relativo capo V, va soppresso e l'art. 521 posto dopo gli artt. 465 e 466 — è stato soppresso, come requisito del risarcimento del danno a carico del creditore ipotecario, l'animus di favorire un creditore a danno di altri. Tale prova, troppo difficile, rendeva illusorio il risarcimento: bene quest'ultimo è stato senz'altro concesso, salva al creditore ipotecario la prova dei giusti motivi. E bene si è risolto il dubbio, esistente in dottrina, se l'intento di favorire si riferisse alla sola astensione od alla sola rinuncia, dichiarando espressamente che in ambedue i casi il creditore è responsabile dei danni.

Bene il Progetto, con la nuova formulazione dell'art. 468, ha riaffermata la distinzione fra terzo possessore e terzo datore d'ipoteca: differenza evidente, almeno a nostro modo di vedere, sol che si pensi che il terzo datore d'ipoteca è vincolato verso il creditore ipotecario del negozio costitutivo dalla garanzia, mentre il terzo possessore non lo è. Senonchè, riaffermata, ed opportunamente, la distinzione, nell'art. 468, la soluzione di siffatto problema non risulta dal progetto affatto migliorata — anzi la distinzione la peggiora — rispetto a quella del Codice, sol che si rifletta che diventa del tutto inapplicabile, data la espressa distinzione dell'art. 468, al terzo datore d'ipoteca la disciplina dettata per il terzo possessore: il problema della disciplina giuridica della situazione del terzo datore d'ipoteca appare quindi del tutto insoluto.

Inoltre la nuova dizione dell'art. 468 cpv., corrispondente all'art. 2013 cod. civ., può per la sua dizione (« è tenuto a pagare i crediti ed i loro accessori »), far sorgere il dubbio che, in difetto del giudizio di purgazione o del rilascio, il terzo possessore sia tenuto a pagare egli stesso, personalmente, i crediti iscritti. Ciò è assurdo: ma il dubbio, possibile, va accuratamente eliminato.

Gli artt. 469 e sgg. disciplinano la posizione del terzo possessore. In confronto di tale disciplina si sente il difetto di una corrispondente disciplina della posizione del terzo datore di ipoteca.

All'art. 470 (art. 2015 c.c.d. civ.) va soppressa, in relazione all'art. 358, la frase « che ha fatto trascrivere il suo titolo di acquisto ». Bene poi al terzo possessore è stato concesso di opporre tutte le eccezioni che non siano state opposte dal debitore, senza la limitazione che oggi si legge nell'art. 2015 p. p.

Rispetto all'art. 471 più osservazioni sono a fare in quanto parlando negli artt. 468, 469, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477 e 478 solo di « immobile ipotecato » si dovrebbe dedurre che rispetto ai beni indicati nei n. 1 e 2 dell'art. 420, e pur capaci oggetti del diritto di ipoteca, quest'ultima disciplina dovrebbe ritenersi inapplicabile.

Ora la questione è tanto più grave in quanto, mentre per il codice vigente non era ammessa che la cessione dell'esercizio dell'usufrutto (art. 492), l'art. 133 del progetto ammette invece la cessione del diritto stesso dell'usufrutto. È anche questo uno dei difetti di coordinamento di cui il progetto è a piene mani disseminato, tanto che anche questo articolo, dimenticando l'innovazione dell'art. 416, chiude con la frase « e debitamente iscritta prima del rilascio » (art. 431). Se infatti l'ipoteca ha effetto anche inter partes solo colla iscrizione l'aggiunta de qua è evidentemente superflua.

Il progetto non si è posto il dubbio se, dato il perfezionamento della pubblicità, l'istituto del rilascio avesse ancora ragioni d'essere. Il punto va rimeditato.

Per quanto superflua, era più chiara la dizione usata dall'art. 2016 « il terzo possessore, il quale non sia obbligato personalmente per il debito,..... ».

Perchè poi, per determinare che effetto del rilascio è quello della perdita della proprietà della cosa ipotecata, si debba dire che « questo rilascio importa risoluzione dell'acquisto » — quale preciso significato ha poi questa frase? — non si riesce a capire. Se con la frase de qua infatti si volesse significare che vi ha una vera e propria risoluzione dell'acquisto anche tra il debitore ipotecario venditore ed il terzo possessore o, su su, tra i precedenti terzi possessori ed il debitore ipotecario originario, tutto ciò sarebbe un assurdo. Non v'è nessuna ragione al mondo perchè per il fatto che il terzo possessore, magari dopo parecchi anni dalla

vendita non paga le ipoteche o non istituisce il giudizio di purgazione, il debitore ipotecario venditore veda risolta la vendita da lui a suo tempo effettuata! Che se con tale espressione si volessero solo giustificare le eque disposizioni e dell'art. 472 e dell'art. 472 cpv. si deve pur sempre rilevare che a tali fini essa non è necessaria.

Evidentemente la Commissione non ha poi pensato che, in caso di successivi trapassi dello stabile ipotecato, dall'originario debitore a successivi terzi possessori, sarebbe addirittura una pleiade di acquisti che dovrebbero essere risolti! Tutto ciò per il gusto, piuttosto teorico, di far consegnare a norma dell'art. 474 l'immobile dal terzo possessore al debitore originario, e per far proseguire gli atti contro di lui! Tutto ciò a prescindere dalla enorme difficoltà di un equo e ragionevole componimento di tutte le infinite difficoltà che questa specie di regresso di risoluzioni importerebbe non solo verso i terzi, ma nei rapporti interni tra i singoli successivi venditori ed acquirenti!

Par veramente strano che, nonostante la energica affermazione della realtà del diritto di ipoteca di che all'art. 413 e dopo la disposizione di che all'art. 418, il progetto finisca per accogliere in pratica, almeno per il rilascio, proprio la tesi di chi nega che il debitore ipotecario possa alienare l'immobile ipotecato. Il che è per lo meno assai illustrativo sul valore delle definizioni legislative!

Si è poi dimenticato che se il rilascio importasse davvero risoluzione dell'acquisto, dal punto di vista fiscale, gravissime sarebbero le conseguenze: una tassa di trasferimento dal terzo possessore ai precedenti terzi possessori fino al debitore ipotecario e poi da questo ultimo all'acquirente nel giudizio di espropriazione. Ora non è certo quando i beni probabilmente sono insufficienti a soddisfare tutti i creditori che ci si possono permettere simili lussi! Difficoltà invece tutte che si eliminerebbero se fosse accolto il concetto più piano, più semplice, che il rilascio importa solo trasferimento dei poteri di amministrazione, lasciando per altro, data la gravità dell'atto, il requisito della capacità di alienare. In via poi di equità riviverebbero tutti i diritti di che all'art. 472 p. p. e 472 cpv.

Soluzione anche più equa in quanto permette che l'eventuale residuo attivo, dopo soddisfatti i creditori, vada al terzo possessore anziché al debitore ipotecario originario!

Oltre che annotato a margine del precetto — ciò che è buona ed utile innovazione — il rilascio, in quanto importi trasferimento di proprietà dovrà essere trascritto, a norma dell'art. 357 e dell'art. 358. Per eliminare il possibile dubbio che il rilascio debba solo essere annotato si dovrà modificare la disposizione come segue: « questo, oltre che trascritto a norma dell'art. 357 e dell'art. 358 deve essere annotato..... ».

In conseguenza di tutto ciò, e quando non si preferisca che, interimisticamente, il terzo possessore resti custode ex lege della cosa ipotecata, o possa farne la consegna al creditore procedente, dovrà disporsi che d'ufficio, in caso di rilascio, il tribunale nomini un amministratore.

Se infatti un interesse a custodire il bene rilasciato possono avere rispettivamente il terzo possessore rilasciante o il creditore procedente, nessun interesse evidentemente vi ha il debitore, che l'ha magari venduto da molto tempo, ed al quale nessun beneficio la custodia arrecherebbe! Infine, nominato d'ufficio un amministratore, gli atti della procedura esecutiva dovrebbero essere proseguiti solo contro di esso. In ogni caso, se anche non si volesse nominare d'ufficio un amministratore, non v'è alcuna ragione di far proseguire gli atti contro il debitore. Più semplice, specie se si accolgano le considerazioni di che sopra, è di farli proseguire contro il terzo possessore!

La soluzione accolta nell'art. 475 per cui l'azione di danni contro il terzo possessore può promuoversi solo dopo la vendita non è equa. È vero che se sul prezzo d'asta i creditori iscritti trovassero capienza non avrebbero interesse all'azione di danni; ma con ciò si dimentica che vi possono essere anche altri creditori, non iscritti, cui l'azione potrebbe interessare. Si che non appare equa nè la limitazione ai creditori iscritti che attualmente esiste nell'art. 2020, nè quella accolta nel progetto.

Equa invece è la disposizione dell'art. 475 ult. cpv., che merita pertanto di essere accolta.

Rispetto all'art. 476, corrispondente all'art. 2021 cod. civ. ci sembra miglior sistema quello del codice di fissare la decorrenza dei frutti dovuti dal terzo possessore dal giorno della intimazione del precetto, anzichè da quello della sua trascrizione, anche perchè per i beni indicati nei n. 2 e 3 dell'art. 420 la disposizione sarebbe inapplicabile, non dovendosi il precetto su quei beni trascrivere (art. 368 e 6). Infine e in ogni caso, in luogo di dire « trascritto il precetto a lui intimato di fare il pagamento o il rilascio » si potrebbe, più concisamente, dire « trascritto il precetto di pagamento o di rilascio ».

L'art. 477 contiene due felici rinnovazioni: *a)* quella che ammette l'azione di indennità anche entro il donatario: *b)* quella che risolve legislativamente, in senso negativo il dubbio se possa la surroga ivi contemplata esercitarsi in danno di un creditore evitto, che abbia iscrizione anteriore alla trascrizione del titolo del terzo possessore ed invoca a sua volta la surroga di che all'art. 2011.

L'art. 477 poi, in quanto nell'ipotesi di rilascio concreta una vera e propria garanzia per evizione a favore del terzo possessore, è in insanabile contrasto con l'affermazione, contenuta nell'art. 471 per cui il rilascio importa « risoluzione dell'acquisto ». La risoluzione dell'acquisto darà luogo ai danni da risoluzione, ma non mai alla garanzia per evizione, che suppone l'esistenza e la validità del contratto.

Nell'art. 479, dato l'art. 358 del progetto, la frase « purchè il titolo di acquisto sia stato trascritto » ci sembra superflua, analogamente a quanto è stato osservato per l'art. 470.

La materia della riduzione delle ipoteche è stata oggetto di attente cure. Ma confessiamo che l'art. 479 cpv., benchè limitato alle sole ipoteche legali e giudiziali, e nonostante il precedente dell'art. 36 del Motu-proprio toscano del 1818, ci lascia molto perplessi. Essa non solo urta contro il principio dell'indivisibilità dell'ipoteca, ma può essere altresì fonte di gravi controversie, che, possono in gran parte annullare il beneficio della riduzione.

In tema di riduzione è meritevole di lode l'art. 480 cpv. che, innovando sull'art. 2025, ammette, in caso di pagamento di un quinto del debito originario il diritto ad una proporzionale riduzione dell'iscrizione

quanto alla somma. Sarà bene però specificare che per debito originario si deve intendere quello risultante a sensi dell'art. 464.

Sull'art. 482, corrispondente all'art. 2027, si può osservare che lo scarto di terzo non solo contrasta con la pratica costante degli istituti di credito fondiario che desiderano un margine ben maggiore, ma addirittura esige in tempi come questi in cui il valore degli immobili, è, per varie ed intuitive cause, suscettivo di frequenti spostamenti.

Quanto alla determinazione del valore dei beni il relatore avverte che per tale determinazione deve aversi riguardo al tempo in cui si iscrive l'ipoteca, ed avverte giustamente che se anche il valore fosse stato eccessivo al momento dell'iscrizione, non potrebbe operarsi la riduzione quando, ad es. per una diminuzione di valore del fondo, esso sia deficiente al momento in cui si domanda la riduzione. Anzi — aggiunge, il relatore — «sembra giusto che un aumento sopravvenuto di valore nel fondo non basti per ottenere la riduzione».

Purtroppo però tali sagge ed eque considerazioni non trovano il dovuto riscontro nel progetto. La lettera dell'art. 482 fa sì pensare, che se il valore fu eccessivo al momento della iscrizione ed oggi è deficiente non si può domandare la riduzione, ma fa altresì pensare subito che in caso di sopravvenuto aumento di valore possa domandarsi la riduzione. Ora ciò non è nè equo nè giusto, bastando considerare che vanamente si chiederebbe un supplemento di iscrizione — ove ciò anche fosse possibile — nell'ipotesi di diminuzione di valori successiva alla riduzione.

Per ovviare a tale pericolosa interpretazione, all'art. 482 nella sua dizione attuale si può aggiungere un capoverso del seguente tenore: «la riduzione di che trattasi non può domandarsi a causa di un aumento nel valore dei beni ipotecati sopravvenuto dopo l'iscrizione».

L'art. 483 seppure non nuoccia appare superfluo.

L'art. 485 tratta delle cause di estinzione dell'ipoteca. Al n. 3, deve aggiungersi la dizione, «salvo il disposto dell'art. 421». Bene qui si è specificato che la rinuncia doveva essere espressa. Il n. 2 dell'art. 485 richiama la disciplina dell'art. 388 (art. 1951 cod. civ).

Bene la disposizione dell'art. 1951, estesa espressamente anche al pegno, sancisce il trasporto dell'ipoteca anche sulle somme dovute a titolo di risarcimento dei danni. E bene si è sostituito al principio che l'assicuratore può liberamente pagare dopo 30 giorni dalla perdita in difetto di opposizione, il principio, ben più equo, che gli assicuratori possono liberamente pagare, trattandosi di crediti ipotecari, solo quando dal certificato del conservatore non risultino iscrizioni prese sino al giorno del sinistro. L'opportunità e la equità della iscrizione non hanno bisogno di ulteriori illustrazioni dopo quelle dell'insigne relatore.

Solo un dubbio può sorgere: ed è quello relativamente alle cautele che il debitore dovrebbe dare per assicurare che le somme percepiendo dagli assicuratori vengano effettivamente reimpiegate a riparare la perdita o il deterioramento o a ripristinare la cosa. Sarebbe effettivamente sommamente increscioso che il debitore di mala fede potesse eludere la saggia ed equa disposizione dell'art. 388, e frustare così i diritti dei creditori od obbligare gli assicuratori per non essere costretti a pagare due volte, ad assicurarsi dell'effettivo reimpiego delle somme dovute nel ripristino della cosa. Qui la dizione della legge « *somme* ed ogni altra *somma*, sempre che non venga *impiegata* nel ripristino della cosa » esclude che in caso di esproprio le somme dovute possano essere vincolate al ripristino, d'altronde impossibile per lo più della cosa. Non sarà però male un più evidente chiarimento.

L'art. 388 cpv. dispone infine che sono vincolate al pagamento dei crediti indicati nello stesso art. 388 le somme dovute « per causa.... di servitù imposta dalla legge ».

Evidentemente questa disposizione è, per lo meno per le servitù legali vere e proprie (art. 592 e sgg.; servitù di elettrodotto, di telefono) in parziale contrasto con il disposto dell'art. 418. Il contrasto potrebbe essere risolto nel senso di mantenere la disposizione dell'art. 418 « salvo il disposto dell'art. 388 ult. cpv. ». Ciò tutelerebbe anche meglio i diritti del creditore ipotecario.

Questo riflesso è però utile ancora nel senso che la stessa aggiunta deve farsi nel 1 cpv. dell'art. 418, perchè evidentemente le servitù che il debitore ipotecario ha costituito in adempimento all'obbligo legale,

nelle ipotesi degli artt. 592 e sgg. e consimili debbono essere sottratte all'estinzione di che al 1 cpv. dell'art. 418. Anche nell'art. 418 1 cpv. deve perciò aggiungersi l'inciso « ad eccezione delle servitù imposte dalla legge ».

L'art. 486 riproduce, migliorandolo, l'art. 2030 cod. civ., e facendo espressamente decorrere il termine di prescrizione dalla data della trascrizione del titolo d'acquisto. È stato mantenuto, e mi sembrano persuasive le ragioni addotte dal relatore, il termine prescrizionale di 30 anni.

L'art. 487 contiene una innovazione assai discutibile. Ove tale principio si volesse a tutti costi mantenere dovrebbe per lo meno essere limitato ai soli terzi di buona fede, in conformità alle ragioni che hanno indotto alla innovazione.

Si è detto infatti che oggi l'ipoteca può continuare, benchè estinta a figurare sui registri ipotecari; ciò che può dar luogo a sorprese in danno di chi acquistò il credito ipotecario.

La preoccupazione è legittima, ma non deve essere esagerata, potendosi però obiettare: perchè l'acquirente del credito non si informò prima dal debitore?

Ora tra i due interessi, quello del debitore che ha già pagato, e non ha fatto cancellare l'ipoteca solo per risparmiare spese, spesso ingenti, di cancellazione, e quello dell'acquirente del credito, ci pare più meritevole di tutela quello del debitore che ha pagato, che sarebbe iniquo costringere ad un duplice pagamento.

Ciò specie, ad es., in caso di estinzione dell'ipoteca per prescrizione. Qui poi la disposizione cadrebbe nell'assurdo, perchè mentre l'iscrizione conserva l'ipoteca per 30 anni, la prescrizione si avvera in dieci. E il più spesso il debitore non ha nessun interesse a convenire in giudizio il creditore per sentire dichiarare prescritto il credito! Altrimenti ogni creditore, cui fosse opposta la prescrizione, potrebbe cedere il credito ipotecario o l'ipoteca ad un terzo, che per il progetto potrebbe essere anche di mala fede, e rendere così inutile l'estinzione del debito per prescrizione.

Il principio della rinascenza delle ipoteche se il pagamento viene annullato, è poi in contrasto con l'innovazione di che all'art. 418.

All'art. 489 l'inciso « se la precedente non è stata conservata » è un non senso rispetto al principio dell'art. 487. Dato siffatto principio l'ipoteca non è mai stata estinta, almeno rispetto ai terzi.

Per l'art. 491 si richiamano le osservazioni sopra fatte per il rappresentante degli obbligazionisti.

All'art. 493 si deve dire « sentenza o provvedimento passati in giudicato ».

Anche per la purgazione delle ipoteche valgono le osservazioni fatte per il rilascio. Anche qui si parla solo di « immobili » dove per l'art. 420 n. 2 e 3 anche i diritti di usufrutto e i diritti del direttario e dell'enfiteuta sui beni enfiteutici, benchè mobili (art. 8) sono considerati oggetto capace di ipoteca.

Per il n. 3 dell'art. 500 si richiamano le osservazioni fatte a suo tempo sull'art. 418. Il disposto del 2° alinea del n. 3 dell'art. 500 è opportuno ed equo, in relazione alle finalità esposte dal relatore, ma è assai dubbio che riesca, da solo, ad evitare le frodi previste dal relatore.

All'art. 502 n. 2 sta bene l'obbligazione di anticipare le spese; ancor meglio però sarebbe far eseguire il relativo deposito. Inoltre, per la serietà stessa dell'offerta di aumento, sarebbe bene ripetere le norme di cui ai n. 2 e 4 del vigente art. 2046.

All'art. 502 cpv. si può meglio dire: « produce nullità *assoluta* della richiesta ».

CAPO IV

Dalla pubblicità dei registri e della responsabilità dei conservatori.

* * *

All'art. 517, dopo il n. 4, si dovrebbe scrivere: « 4) per le annotazioni; 5) gli . . . ».

TITOLO VII

Del possesso

Lo scrivente non condivide le linee direttive cui si è ispirato il progetto nella soppressione di ogni distinzione tra possesso legittimo e possesso non legittimo, e specie, nella definizione del possesso di buona fede. Si approva invece la concezione subiettiva del possesso.

All' art. 533 la dizione « cose mobili » va coordinata coll' art. 6.

All' art. 548 la facoltà concessa nella prima parte di un rimborso rateale è pericolosa, oltre che inutile. L'inutilità è in modo patente conclamata dal diritto di ritenzione che ha luogo anche quando sia concessa la dilazione di che all' art. 548 (art. 550).

La facoltà del possessore (art. 551) di togliere le addizioni non è cosa pratica.

La cauzione per l'avvenire di che all' art. 576 ult. cpv. è non solo pericolosa, ma eccessiva.

L' art. 553 p. p. dà luogo a numerosi dubbi.

TITOLO VIII

Dell' occupazione e del ritrovamento

All' art. 561 non si capisce perchè solo le cose mobili possano essere oggetto dell' occupazione.

All' art. 567, può, ove il valore della cosa sia rilevante, disporsi l' inserzione di avvisi sui giornali locali : ciò che assicura una pubblicità più effettiva di quella disposta dall' art. 567.

È pericoloso lasciare al giudice la facoltà di che all' art. 570 cpv. L' art. 573 è superfluo, ed altrettanto l' art. 575.

